

ORDONNANCE DU 18 DECEMBRE 2008
DECRET DU 12 FEVRIER 2009

L'ordonnance et le décret sont entrés en vigueur le 15 février 2009

HISTORIQUE

Le droit des procédures collectives existe depuis bien longtemps. On le retrouve dans le droit romain où il y avait des espèces de voies d'exécution collectives. Il est aussi présent dans l'Ancien droit mais c'était un droit dérogatoire très corporatiste (élaboré par les commerçants et appliqué par eux), il donnait surtout lieu à des sanctions.

On le retrouve ensuite dans les foires (le commerçant insolvable est alors considéré comme un véritable délinquant avec les châtiments qu'on imagine). C'est de là que vient le terme « banqueroute » : les commerçants étaient assis sur des bancs lors des assemblées des foires et lorsque l'un d'eux n'était pas solvable, on cassait son banc. Dans certains endroits, on l'obligeait à porter un bonnet vert ou orange pour prévenir ses contractants éventuels. En Italie, il devait s'auto-flageller devant ses pairs.

Bien heureusement le droit des procédures collectives a évolué et les différentes réformes récemment intervenues (loi du 6 juillet 2005 dite de sauvegarde des entreprises et l'ordonnance du 18 décembre 2008) visent principalement à anticiper la situation pour tenter de sauver l'entreprise.

QUELQUES STATISTIQUES

Les redressements et liquidations judiciaires ont progressé de 10,3 % en 2008 :
55 000 entreprises concernées.

TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS 2007

289 redressements judiciaires (8 %)
3344 liquidations judiciaires
9 procédures de sauvegarde
62 désignations d'un mandataire ad hoc
83 désignations d'un conciliateur

TRIBUNAL DE COMMERCE DE CRETEIL

ANNEE 2008 sur 960 jugements d'ouverture de procédure

131 redressements judiciaires (13,5 %)
829 liquidations judiciaires

Aucune désignation de mandataire ad hoc ni de conciliateur

C'est dire le peu de succès des tentatives en amont de sauver l'entreprise, notamment auprès des TPE.

Les principales causes de défaillance étaient, traditionnellement, avant la crise

- un manque crucial de fonds propres des PME françaises

La possibilité de créer une société avec un capital d'un euro est un non-sens, notamment pour les entreprises employant du personnel qu'elles devront payer de suite. Les fonds propres doivent correspondre à l'activité de la société : relativement modestes s'agissant d'une activité de conseil, importants s'agissant d'une entreprise de bâtiment.

- Une insuffisance de rentabilité issue du coût social et fiscal de l'entreprise. Néanmoins attention aux contrats aidés lorsqu'ils sont à durée déterminée (contrat d'insertion.....) et ne peuvent donc être rompus avant terme.

- la lenteur et le coût des licenciements économiques,

- des conditions de paiement des entreprises incompatibles avec les réalités économiques (décalages importants entre les règlements clients et les règlements fournisseurs). Heureusement le texte a changé /

A PARTE :

LA LOI DE MODERNISATION DE L'ECONOMIE

LES FACTURES :

Depuis le 1^{er} janvier 2009 :

- les délais de paiement sont obligatoirement raccourcis :

Article L 441-6 du Code de Commerce :

".... Sauf dispositions contraires figurant aux conditions de vente ou convenues entre les parties, le délai de règlement des sommes dues est fixé au trentième jour suivant la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation demandée.

Le délai convenu entre les parties pour régler les sommes dues ne peut dépasser quarante-cinq jours fin de mois ou soixante jours à compter de la date d'émission de la facture...."

Dans certains secteurs (transports routiers...) les délais sont plus brefs.

2/ LES INTERETS DE RETARD :

Ils sont impérativement d'au moins trois fois le taux d'intérêt légal. En 2009 le taux d'intérêt légal est de 3,79 %, donc les pénalités de retard sont au minimum de 11,37 %.

Les factures doivent obligatoirement préciser les conditions d'application et le taux d'intérêt des pénalités de retard exigibles le jour suivant la date de règlement figurant sur la facture dans le cas où les sommes dues sont réglées après cette date. Sauf disposition contraire qui ne peut toutefois fixer un taux inférieur à trois fois le taux d'intérêt légal, ce taux est égal au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à son opération de refinancement la plus récente majoré de 10 points de pourcentage. Les pénalités de retard sont exigibles sans qu'un rappel soit nécessaire, soit depuis décembre 2008 : $2,5 + 10 = 12,50$ %.

Ce taux d'intérêt doit figurer sur la facture.

Le non-respect de ces dispositions entraîne une amende pénale (jusqu'à 75 000 € pour les personnes morales) (c. com. art. L. 441-6 modifié).

NOUVELLES CAUSES LIEES A LA CRISE

Tous les secteurs d'activité, toutes les entreprises, toutes les régions sont désormais touchées

- baisse du chiffre d'affaires
- clients devenus moins solvables
- restriction des crédits bancaires

LES PRINCIPAUX POINTS DE LA REFORME DE L'ORDONNANCE DU 18/12/2008 :

- Anticipation à la cessation des paiements
- La cession de l'entreprise devient possible pendant la phase de redressement
- le recours à la procédure de liquidation judiciaire simplifiée.

DEFINITION DE L'ETAT DE CESSATION DES PAIEMENTS

L'Article 75 de l'ordonnance pose une définition nouvelle de l'état de cessation des paiements.

Avant l'état de cessation des paiements était l'impossibilité de payer le passif exigible (toutes les dettes) avec l'actif disponible (banque + caisse).

Le premier alinéa de l'article L. 631-1 est complété par les dispositions suivantes :
« Le débiteur qui établit que **les réserves de crédit ou les moratoires dont il bénéficie de la part de ses créanciers** lui permettent de faire face au passif exigible avec son actif disponible n'est pas en cessation des paiements. »

Cela signifie que si l'entreprise a un accord d'échelonnement de sa dette, cette dette n'entre pas en totalité dans son passif exigible.

Le problème viendra du fait que si des créanciers acceptent un étalement de la dette, il s'agira le plus souvent d'un accord oral sans confirmation écrite pour éviter le grief de soutien abusif.

Il conviendra donc de tenter d'obtenir des accords écrits d'étalement de la dette, quel que soit le créancier : Trésor public, caisses, bailleur, fournisseur.

LES DIFFERENTES PROCEDURES

1/ LA CONCILIATION

La conciliation est une procédure de prévention des difficultés de l'entreprise, destinée à trouver un remède simple, rapide et discret aux dites difficultés.

Elle est ouverte aux entreprises commerciales, artisanales et libérales (mais pas agricoles), exploitées ou non sous forme de société, « qui éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, et ne se trouvant pas en cessation des paiements depuis plus de 45 jours. »

Il s'agit donc d'une procédure qui vise une entreprise « aux portes de la maladie », voire même déjà « malade », mais seulement depuis peu.

L'intérêt de la procédure de conciliation, notamment par rapport à la procédure de sauvegarde, réside dans son **caractère confidentiel** : la procédure de conciliation, si elle est adoptée, ne fait l'objet d'aucune publicité.

Les difficultés rencontrées par l'entreprise ne sont donc pas dévoilées, ce qui peut s'avérer un véritable atout vis-à-vis de la clientèle potentielle de l'entreprise qui ne risque pas de se détourner en constatant que son futur cocontractant est fragile financièrement ou risque de déposer le bilan.

1. Mise en place de la procédure de conciliation

Le dirigeant de l'entreprise prend l'initiative de déposer une requête auprès du Greffe du Tribunal de Commerce de son siège social (au Greffe du Tribunal de Grande Instance pour les entreprises libérales).

Le Tribunal ainsi saisi examine les difficultés alléguées par l'entreprise et vérifie qu'elle n'est pas en état de cessation des paiements depuis plus de 45 jours, car la demande serait alors irrecevable.

Si ce critère fondamental est rempli, rien ne semble interdire de former une demande de conciliation même après que l'entreprise ait reçu d'un créancier une assignation en redressement ou liquidation judiciaire.

2. Déroulement de la procédure de conciliation

Le déroulement de la procédure de conciliation est ensuite assez simple.

Si les conditions sont réunies, le Tribunal désigne pour un délai de quatre mois (renouvelable une fois, pour un mois de plus) un conciliateur dont la mission va être de favoriser la conclusion d'un accord entre l'entreprise en difficulté et ses principaux créanciers.

Concrètement le conciliateur, qui sera le plus souvent un administrateur judiciaire, va prendre attache avec les créanciers de l'entreprise et négocier avec chacun d'eux des remises de dettes, des délais de paiements, ou les deux à la fois.

A cet égard, la loi de sauvegarde a créé une innovation importante concernant deux créanciers particuliers mais incontournables de l'entreprise : le trésor et les organismes sociaux.

La loi prévoit désormais que :

« Les administrations financières, les organismes de sécurité sociale, les institutions gérant le régime d'assurance chômage...peuvent accepter, concomitamment à l'effort consenti par d'autres créanciers, de remettre tout ou partie de ses dettes au débiteur. »

Auparavant, les possibilités de remises de dettes ne portaient, pour ces administrations, que sur les pénalités et intérêts de retard. Désormais, cette limitation n'est maintenue que pour les impôts indirects.

Le conciliateur pourra donc mener de véritables négociations avec l'ensemble des créanciers quelque soit leur statut, personnes privées, publiques ou en charge d'un service public, ce qui est une réelle avancée.

La procédure de conciliation ne suspend pas les poursuites des créanciers (à la différence de la procédure de sauvegarde).

Cela signifie qu'un créancier pourra engager une action judiciaire contre l'entreprise objet de la procédure de conciliation et obtenir un jugement la condamnant à payer sa dette.

Toutefois, la loi prévoit que le débiteur pourra solliciter des délais de paiement d'une durée maximum de deux années, par voie d'assignation devant le Président du Tribunal qui a ouvert la conciliation statuant en la forme des référés.

Coût :

Après avoir recueilli l'accord du débiteur, le président du tribunal fixe les conditions de rémunération du mandataire ad hoc, du conciliateur et, le cas échéant, de l'expert, lors de la désignation de l'intéressé, en fonction des diligences nécessaires à l'accomplissement de sa mission. Sa rémunération est arrêtée par ordonnance du président du tribunal à l'issue de la mission.

Échec de la procédure de conciliation.

En cas d'échec d'une procédure de conciliation, lorsqu'il ressort du rapport du conciliateur que le débiteur étant cessation des paiements, et s'il constate que le redressement est manifestement impossible, le tribunal ouvre une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire.

2/ LA PROCEDURE DE SAUVEGARDE : 700 en 2008

La procédure de sauvegarde est une procédure nouvelle ouverte aux entreprises ayant des difficultés susceptibles de les conduire à la cessation des paiements. Elle lui permet d'élaborer avec ses créanciers un projet de plan pour la réorganisation de l'entreprise, soit pour la continuation de l'entreprise, soit sa continuation assortie d'une cession partielle tout en bénéficiant durant la procédure d'une suspension provisoire des poursuites.

Pièces à fournir :

- un état d'endettement datant du jour du dépôt
- les comptes annuels du dernier exercice
- une situation de trésorerie de moins de 8 jours

Il s'agit donc d'une procédure préventive avant toute cessation de paiement, axée autour du dialogue entre le chef d'entreprise et les créanciers au sein de deux comités, l'un qui regroupe les établissements de crédit et l'autre les principaux fournisseurs de l'entreprise .

Le chef d'entreprise n'est pas dépossédé durant cette procédure de ses prérogatives et l'administrateur nommé ne peut avoir qu'une mission de surveillance et exceptionnellement d'assistance.

Une fois ce projet de plan adopté, le tribunal intervient pour l'arrêter.

Il faut souligner que les efforts consentis par les principaux créanciers au profit de l'entreprise vont lui permettre de bénéficier également de remises de créances de la part des créanciers publics sur tout ou partie de tous les impôts directs, intérêts de retard, majorations, pénalités et amendes fiscales de toutes sortes.

A souligner également que les cautions de l'entreprise peuvent s'en prévaloir, ce qui constitue pour les dirigeants qui sont très fréquemment dans cette situation, une incitation supplémentaire pour avoir recours à cette procédure de sauvegarde.

Coût :

- Une provision de 450 € TTC est demandée au débiteur au moment du dépôt de la déclaration au Greffe. Elle englobe les premiers frais engagés qui sont à la charge du débiteur (à savoir : les insertions au BODACC et dans les journaux d'annonces légales, les frais de jugement et de signification ...)

Plus, dès l'ouverture de la procédure :

- 1 000 € si l'entreprise a moins de 6 salariés et réalise un chiffre d'affaires de moins de 750 000 €

- 2 000 € si l'entreprise a moins entre 6 et 19 salariés et réalise un chiffre d'affaires compris entre 750 001 € et 3 000 000 €.

3/ LE MANDAT AD HOC

Une fois encore l'entreprise ne doit pas être en état de cessation des paiements.

Le Mandataire Ad Hoc est désigné, sur requête établie par le dirigeant ou son conseil exclusivement, auprès du Président du Tribunal de Commerce ou de Grande Instance compétent, relativement au siège de l'entreprise concernée, pour une **mission particulière et précise**, permettant de résoudre une ou plusieurs difficultés. Différents cas de désignation sont expressément prévus par la loi (désignation d'un Mandataire Ad Hoc pour réunir l'Assemblée Générale d'une SARL ou d'une SA), nomination d'un Mandataire Ad Hoc en cas de désaccord entre copropriétaires d'actions indivises, désignation pour accomplir les formalités nécessaires afin de couvrir certaines nullités d'actes et de délibérations encourues.

Hors ces cas précis, le Président peut procéder à une désignation de manière beaucoup plus souple en fonction de la nécessité et de l'urgence de la situation juridique, mais aussi économique des entreprises.

Plus spécifiquement, le rôle du Mandataire Ad Hoc a été consacré par la Loi du 26 Juillet 2005 au niveau du traitement des difficultés des entreprises

La désignation du Mandataire Ad Hoc n'opère aucun dessaisissement et initiation dans la gestion de l'entreprise, mais à une simple assistance limitée.

Elle n'est pas communiquée au Ministère Public (Procureur de la République)

La mission du Mandataire Ad Hoc s'exerce dans la plus grande confidentialité, tant au niveau de son établissement que du déroulement, préservant ainsi les intérêts de l'entreprise et n'est pas enfermée dans des délais légaux.

Les conditions de rémunération du Mandataire Ad Hoc sont fixées par le Président du Tribunal au moment de la désignation et arrêtées à l'issue de la mission par ordonnance du Président du Tribunal.

Le Mandataire Ad Hoc, par ses compétences techniques, sa connaissance de l'entreprise, des obligations juridiques, comptables et financières, mais aussi par son expérience de la gestion de rapports et d'intérêts conflictuels, est capable de trouver, dans la mesure du possible, une solution de compromis, le Mandataire Judiciaire étant habilité pour remplir cette fonction.

4/ LA PROCEDURE DE REDRESSEMENT JUDICIAIRE -

Article L631-1 du Code de Commerce

Il est institué une procédure de redressement judiciaire ouverte à tout débiteur mentionné aux articles L. 631-2 ou L. 631-3 qui, dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, est en cessation des paiements. Le débiteur qui établit que les réserves de crédit ou les moratoires dont il bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face au passif exigible avec son actif disponible n'est pas en cessation des paiements.

La procédure de redressement judiciaire est destinée à permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif. Elle donne lieu à un plan arrêté par jugement à l'issue d'une période d'observation et, le cas échéant, à la constitution de deux comités de créanciers, conformément aux dispositions des articles L. 626-29 et L. 626-30.

Pièces à fournir :

- un état d'endettement datant du jour du dépôt
- les comptes annuels du dernier exercice
- une situation de trésorerie de moins de 8 jours
- un prévisionnel de trésorerie à six mois.

LE JUGE COMMISSAIRE

Il est l'un des membres du tribunal plus spécialement chargé du suivi du dossier du débiteur.

Il dispose de pouvoirs spécifiques, sur requête de l'administrateur judiciaire nommé, il pourra notamment :

- * Autoriser le recours à des concours bancaires à court terme.
- * Autoriser des licenciements pour motifs économiques.
- * Fixer la rémunération du dirigeant.
- * Autoriser la cession d'actifs.

L'ADMINISTRATEUR JUDICIAIRE

Il a pour mission d'aider au redressement l'entreprise en état de cessation des paiements ayant bénéficié d'une procédure de redressement judiciaire.

Il doit examiner avec le débiteur les raisons de la défaillance, décider des mesures à prendre pour permettre la restructuration de la société afin de permettre l'élaboration d'un projet de plan de redressement soit par voie de continuation ou de cession.

Dans la plupart des cas il doit assister le débiteur dans tous les actes de gestion et notamment contresignée tous les ordres de paiement.

LE MANDATAIRE DE JUSTICE (Représentant des créanciers)

Il a pour mission de recueillir et de vérifier les déclarations de créances aux fins d'établir un État du passif.

Il gère avec le dirigeant en redressement judiciaire, les créances salariales et donc les rapports avec l'UNEDIC - A.G. S., qui fera les avances des sommes dues aux salariés au jour du jugement de redressement judiciaire.

Durée de la procédure de redressement judiciaire :

Dans son premier jugement, le tribunal a autorisé la poursuite de l'exploitation pour une durée donnée.

La période d'observation est instituée en vue de l'établissement d'un bilan économique et social et de propositions tendant à permettre à l'entreprise de poursuivre son activité. S'il n'y a pas de durée minimale, en revanche il existe une durée maximale.

* Dans le cadre du régime simplifié (entreprise dont le chiffre d'affaires est inférieur à 3.100.000 € et à – de 50 salariés), la durée est de 4 mois renouvelable une fois pour la même durée. Toutefois le Tribunal a la faculté d'appliquer, à l'issue de la période de 8 mois, les dispositions du régime général afin de rallonger la période d'observation s'il considère que la durée a été insuffisante pour établir le bilan économique et social.

* Dans le cadre du régime général, la durée de la période d'observation est de 6 mois renouvelable 1 fois avec une prolongation exceptionnelle de 8 mois à la demande du Ministère public (Procureur de la République) soit au total 20 mois.

Durant la période d'observation, l'entrepreneur devra convaincre l'administrateur de ce que le redressement est possible, voire certain.

Il présentera régulièrement des tableaux prévisionnels justificatifs.

Pour cela il est totalement déconseillé de présenter un premier prévisionnel trop optimiste qui ferait douter l'administrateur de votre sérieux. Il doit se contenter d'être réaliste.

La période d'observation peut prendre fin à tout moment sur décision du tribunal :

- * Soit par l'adoption d'un plan de redressement (de continuation ou de cession)
- * soit par le prononcer de la liquidation judiciaire.

EFFET DU REDRESSEMENT JUDICIAIRE

Rôle et pouvoir du dirigeant :

L'intervention du dirigeant dans la gestion courante est liée à la mission confiée à l'administrateur judiciaire :

* Si le tribunal compétent a donné à l'administrateur judiciaire une mission de surveillance, le dirigeant faisant l'objet de la procédure de redressement judiciaire continue à exercer seuls lesdits actes.

* S'il lui est attribué une mission d'assistance, l'administrateur et le dirigeant les exercent ensemble.

* S'il a été donné à administrateur judiciaire une mission d'administrer seul et entièrement entreprise, le dirigeant n'intervient plus pour ses actes, sauf mandat exprès de l'administrateur judiciaire

Dans la pratique, la mission d'assistance est la plus courante.

Elle se concrétise essentiellement par :

* Une prise de décision commune quant à la politique générale de l'entreprise en redressement judiciaire

* une co-signature en matière bancaire.

Le dirigeant conserve en conséquence la maîtrise de l'exploitation de son entreprise au quotidien tout en tenant strictement informé administrateur judiciaire nommé.

Dès lors qu'un acte s'écarte de la gestion courante, il est nécessaire d'en référer à l'administrateur judiciaire, car le plus souvent une ordonnance du juge commissaire sera indispensable à sa validité.

Néanmoins, le dirigeant reste responsable de l'organisation de l'exploitation et par conséquent du respect des textes en matière sociale et plus particulièrement en matière de sécurité du travail et de représentation du personnel.

L'ouverture de la procédure de redressement judiciaire emporte interdiction de payer toutes dettes nées antérieures à cette date.

Lorsqu'il s'agit de contrats à exécution successive (contrat de crédit-bail, location, abonnement), il importera à réception de la facture, de ne procéder qu'au paiement de la fraction postérieure au redressement judiciaire.

Créances sociales

Les demandes d'avancement sont faites par le mandataire de justice auprès de l'UNEDIC-AGS.

Il s'agit d'avances remboursables qui s'inscrivent au passif de la société au profit de laquelle elles ont été faites.

Les charges sociales se rapportant aux sommes ainsi versées par l'UNEDIC-AGS aux jours de l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire doivent également être considérées comme des dettes nées antérieurement à l'ouverture du redressement judiciaire.

Il ne faut procéder qu'au règlement des charges sociales assises sur les salaires postérieurs au jugement de redressement judiciaire, lesquels sont seuls pris en charge par l'entreprise.

En pratique à l'égard des fournisseurs qui réclament le paiement :

Il est conseillé de répondre systématiquement à toute demande de paiement, en précisant que l'entreprise fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire, qu'un administrateur au redressement judiciaire a été désigné par le tribunal et que les créances doivent être adressées au représentant des créanciers dont vous donnerez les coordonnées.

LA FIN DE LA PERIODE D'OBSERVATION : 3 POSSIBILITES

1/ LE PLAN DE REDRESSEMENT :

Il s'agit d'apurer le passif et de reconstituer les capitaux propres :

Il convient de présenter un plan pour l'apurement du passif :

* la durée : maxi 10 ans, sauf pour les créances salariales et les frais de justice qui doivent être payés de suite.

Le plan peut comprendre une période de franchise (ex : aucun remboursement au cours des 6 premiers mois).

* le pourcentage de créances payé.

Il conviendra de demander à l'administrateur comment sera reçu son offre :

- s'il propose 80 % payés en 10 ans
- ou 50 % en 4 ans.

Les créanciers sont consultés sur le plan proposé. Ceux qui ne répondent pas sont considérés comme ne s'y opposant pas : c'est le cas des caisses et parfois du trésor public qui ne répondent pas.

Coût du diagnostic :

- 1 000 € si l'entreprise a moins de 6 salariés et réalise un chiffre d'affaires de moins de 750 000 €
- 2 000 € si l'entreprise a moins entre 6 et 19 salariés et réalise un chiffre d'affaires compris entre 750 001 € et 3 000 000 €.

Coût du bilan économique, social et environnemental et assistance à la préparation du plan :

- 1 500 € pour moins de 6 salariés et moins de 750 001 € de CA HT
- 2 000 € pour de 6 à 19 salariés et moins de 3 000 000 € de CA HT

Coût de l'exécution du plan :

Le commissaire à l'exécution du plan a droit sur les sommes encaissées annuellement à :

- de 0 € à 15 000 € = 3,5 %
- de 15 001 € à 50 000 € = 2,5 %
- de 51 000 € à 150 000 € = 1,5 %
- de 150 001 € à 300 000 € = 0,5 %
- au delà de 301 001 € = 0,25 %.

Bien évidemment le plan doit être respecté, sinon la liquidation judiciaire est prononcée.

2/ LE PLAN DE CESSION

La cession de l'entreprise est la seconde possibilité offerte au Tribunal pour assurer le redressement de l'entreprise s'il s'avère que la continuation est impossible faute notamment de ressources suffisantes pour apurer le passif.

Un ou plusieurs repreneurs peuvent en effet être intéressés par l'activité et présenter leurs offres à l'administrateur qui les soumettra ensuite au Tribunal.

Le contenu de l'offre :

* des prévisions d'activité et de financement : un compte prévisionnel sera joint à l'offre

* du prix de cession et de ses modalités de règlement :

* Le prix doit être garanti par une caution bancaire ou un chèque de banque remis à l'audience. Si le prix n'est pas payé comptant le Tribunal doit être informé des conditions de règlement et des garanties proposées.

* Date de réalisation de la cession : l'auteur doit préciser à quelle date il est prêt à prendre l'entreprise en jouissance

* Niveau et perspectives d'emploi : l'offre doit de façon précise indiquer le nombre de salariés repris et leur qualification.

* Des garanties souscrites en vue d'assurer l'exécution de l'offre : il s'agit de la garantie bancaire ci-dessus visée

* Des prévisions de cession d'actifs au cours des deux années suivant la cession.

3/ LA PROCEDURE DE LIQUIDATION JUDICIAIRE

Les conditions d'ouverture de la liquidation judiciaire sont, pour l'essentiel, les mêmes que les conditions d'ouverture du redressement judiciaire. Ici, comme là, elles sont principalement, commandées par deux événements. La cessation des paiements du débiteur ou l'échec d'une procédure de conciliation. À ces deux cas commun, s'ajoute la situation particulière correspondant à la liquidation judiciaire prononcée au cours d'une période d'observation.

La demande d'ouverture de la liquidation judiciaire est effectuée selon les mêmes modalités que pour le redressement judiciaire.

Saisine du tribunal par le débiteur.

L'ouverture de la liquidation judiciaire doit être demandé par le débiteur 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.

Ou saisine du tribunal par un créancier.

Les éléments de nature à établir que le redressement du débiteur est manifestement impossible doivent être joint à sa demande, à l'assignation d'un créancier, à la requête du ministère public, à la note du président du tribunal en cas de saisine d'office ou au rapport du juge commis par le tribunal.

Saisine de l'office du tribunal ou à la requête du ministère public.

Lorsqu'il n'y a pas de procédure de conciliation en cours, le tribunal peut également se saisir d'office ou être saisi sur requête du ministère public aux fins d'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire.

Le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel peuvent communiquer au président du tribunal ou ministère public tous faits révélant la cessation des paiements du débiteur.

LE RISQUE : LES SANCTIONS PERSONNELLES

- La moins grave : l'interdiction de gérer pendant un certain nombre d'années
- La plus grave : la contribution au passif ou la faillite personnelle.

Comment éviter cette dernière sanction :

- Ne pas tarder à solliciter la liquidation judiciaire : 45 jours au plus tard après la cessation des paiements. En fait l'entrepreneur dépasse toujours ce délai.

En pratique, la première inscription fixe la date de l'état de cessation des paiements.

- Se présenter devant le liquidateur avec une comptabilité à jour
- Etre parfaitement au courant de ses dettes,
- Etre présent en cas de vérification du passif et contester, s'il y a lieu, les déclarations de créances "gonflées" que font le plus souvent le Trésor Public et l'URSSAF.
- Donner le moins de travail possible au liquidateur : répondre immédiatement à toutes ses demandes.
 - Ne pas faire disparaître les actifs.
 -

PROTECTION DU PATRIMOINE PERSONNEL DE L'ENTREPRENEUR INDIVIDUEL

La loi pour l'initiative économique d'août 2003 a institué le principe de l'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel. Elle permet à une personne physique exerçant une activité commerciale, artisanale, agricole ou indépendante de déclarer devant notaire ses droits sur sa résidence principale insaisissables, ce qui la met à l'abri des poursuites de créanciers professionnels en cas de difficultés.

Dorénavant, avec la loi de modernisation de l'économie du 5 août 2008, tous ses biens fonciers, bâtis ou non, sont protégés s'ils ne sont pas affectés à un usage professionnel.

Si le bien a un usage mixte, seule la partie affectée à l'habitation est protégée. La déclaration devant notaire est alors accompagnée d'un état descriptif de division.

L'entrepreneur individuel peut renoncer à tout moment à l'insaisissabilité de ses biens immobiliers selon les mêmes formes, c'est-à-dire devant notaire.

Cette renonciation peut n'être que partielle (porter sur une partie seulement des biens) ou être faite au bénéfice d'un ou plusieurs créanciers désignés dans l'acte

authentique de renonciation, ce qui facilite l'accès au crédit, en offrant des possibilités de gage aux établissements financiers.

En cas de décès, l'insaisissabilité du bien protégé est maintenue jusqu'au décès du conjoint.

LA FIDUCIE permet de transférer temporairement un droit de propriété sur un bien à un tiers, qui s'engage à le gérer et à le restituer à une échéance donnée. En fait il s'agit d'isoler un droit de propriété qui, transféré via la fiducie, ne fait plus vraiment partie du patrimoine de celui qui cède son droit. L'intérêt ? Cela peut être un excellent outil pour garantir une dette : le bien cédé est mis en gage au profit du ou des créanciers. Cela peut également être un bon outil de gestion. Imaginons une société qui possède un terrain pollué et qui souhaite le réhabiliter.

LE CAUTIONNEMENT

La loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 a changé la donne.

L'article L330-1 modifié du code de la consommation est désormais rédigé comme suit :

« La situation de surendettement des personnes physiques est caractérisée par l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir. **L'impossibilité manifeste pour une personne physique de bonne foi de faire face à l'engagement qu'elle a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société caractérise également une situation de surendettement.**

Désormais donc, la commission de surendettement des particuliers peut être saisie par toute personne physique s'étant portée caution d'une dette contractée par une entreprise ou une société, que cette personne soit ou non dirigeante.

Lorsque les ressources ou l'actif réalisable du débiteur le permettent, des mesures de traitement peuvent être prescrites devant la commission de surendettement des particuliers dans les conditions prévues aux articles L. 331-6, L. 331-7 et L. 331-7-1 du Code de la consommation.

Lorsque le débiteur se trouve dans une situation irrémédiablement compromise caractérisée par l'impossibilité manifeste de mettre en œuvre des mesures de traitement visées au deuxième alinéa, il peut solliciter l'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel dans les conditions prévues au présent titre.

Le juge de l'exécution connaît de la procédure de traitement des situations de surendettement devant la commission de surendettement des particuliers et de la procédure de rétablissement personnel.

La clôture de la procédure de surendettement entraîne l'effacement de la dette résultant de l'engagement du débiteur en tant que caution.

Reste néanmoins que le débiteur caution, dirigeant ou non, doit prouver qu'il est un débiteur de bonne foi.

La mauvaise foi sera certainement retenue en cas de faute évidente de gestion commise par le dirigeant caution ou de dissimulation d'éléments qui, s'ils avaient été connus de la banque, auraient conduit au rejet de la demande de prêt.

CONSEILS PRATIQUES DIVERS

En terme de prévention, il s'agit tout simplement de surveiller certains indicateurs : son carnet de commandes, son découvert, la part représentée par le plus gros client, etc.

1) La trésorerie :

Réaliser des simulations de trésorerie à 12 mois en fonction des différentes hypothèses d'activité

– Clients : vérifier la qualité des clients, les délais de paiement et leurs évolutions, recenser les clients en difficulté pour éviter les créances irrécouvrables. Pour toute commande que vous recevez, établissez aussitôt la facture.

Lorsque les délais de paiement ne sont pas respectés, contactez aussitôt le client. Peut-être que la facture n'est pas parvenue à temps. Si pas contre le client se trouve avoir quelques difficultés de liquidité, offrez-lui l'occasion de payer par tranches. Vous rentrez plus rapidement dans vos fonds.

– Fournisseurs : valider les termes et les délais de paiement (optimiser les « campagnes de règlement » et éviter les blocages de livraisons). Identifier les fournisseurs à « risques » pour sécuriser les achats

– Stocks : calculer les délais d'écoulement, et identifier les références à rotation lente pour tenter de les réduire

Ne gardez pas dans vos stocks des matières premières et marchandises dont vous n'avez pas besoin dans un bref délai, et surtout prévues pour des utilisations bien déterminées. Il est toujours mieux d'acheter peu du cher que d'avoir à financer d'avance des suppléments qui passeront des mois dans vos magasins.

2) La comptabilité

- Ne jamais "abandonner" sa comptabilité à son expert-comptable, mais la suivre toujours avec lui

– Accélérer le processus de sortie des états comptables (suivi de la trésorerie) et commerciaux (carnet de commandes)

– Mesurer les écarts entre les réalisations et les prévisions.

Quelque que soit la procédure envisagée, de la conciliation à la liquidation judiciaire, vous avez besoin de votre Expert-Comptable :

- pour sauver l'entreprise les administrateurs exigent des situations comptables à jour et la remise d'états prévisionnels de trésorerie, il faut donc s'y prendre au moins un mois avant de contacter le tribunal

Ces documents devront être sans cesse réactualisés.

- en cas de liquidation, le dernier bilan est exigé, sinon le défaut de comptabilité ouvre la porte à une procédure en sanction personnelle.

3) Définir une nouvelle relation bancaire :

* Anticiper les rendez-vous avec les banques

* réfléchir sur les possibilités du factoring

Agir vite sur les réductions de charges : chômage technique, réduction du temps de travail, licenciements économiques...

* **voir ses débiteurs et négocier avec eux**, en particulier le Trésor Public et les caisses sociales, qui accordent presque toujours des délais de paiements, alors que si vous attendez l'assignation devant le Tribunal de Commerce, ce dernier ne peut vous accorder aucun délai et il est trop tard : l'entreprise va à l'enquête.

* de même s'agissant du paiement du loyer : le commandement de payer visant la clause résolutoire indique obligatoirement qu'il est possible de saisir le juge pour avoir des délais.

Attention aux entreprises de conseils qui vous promettent de vous en sortir, certaines vous feront payer très cher au prétexte qu'elles connaissent le Président du Tribunal de Commerce.... En fait elles videront le peu de trésorerie qui vous reste.

Préférez votre avocat qui a l'habitude de cette matière, vous assistera devant le Tribunal, vous accompagnera chez le mandataire, défendra vos plans....

Document réalisé par Maître Claudie Mailfait-Dupont, Avocat
1 avenue de Lattre de Tassigny - 94130 Nogent sur Marne
Tél : 01 45 14 45 34
E-mail : claudie.mailfait-dupont@wanadoo.fr