La cessation de paiements non réformée

Le projet de loi destiné à réformer le livre VI du Code de Commerce " *Des difficultés des entreprises* " ne prévoit pas de modifier la notion de cessation des paiements.

Suivant en cela un fort courant doctrinal, le gouvernement a choisi de maintenir la définition de la cessation des paiements telle qu'elle résulte de l'article L.621-1 du Code de Commerce et qui est caractérisée par, " *l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible* ".

Aussi, l'on pourrait s'étonner d'un commentaire qui porterait sur un non événement, en l'espèce l'une des parties non réformée d'un texte par ailleurs profondément bouleversé.

Dans le dispositif actuel, la date de cessation des paiements est un pivot autour duquel les solutions sont binaires.

Avant la date de cessation des paiements, des mécanismes de prévention peuvent être mis en œuvre, après elle le chef d'entreprise n'a le choix qu'entre le redressement et la liquidation judiciaire : dans tous les cas il doit procéder à la déclaration de l'état de cessation des paiement au greffe du Tribunal de Commerce dans le ressort duquel l'entreprise a son siège.

Cette déclaration doit être effectuée dès que l'état de cessation des paiements est constaté, et au plus tard dans les quinze jours de la date à laquelle elle est avérée.

Pour que l'entreprise soit éligible aux mesures de prévention (mandat ad hoc et conciliation), une attestation sur l'honneur que l'entreprise n'est pas en état de cessation des paiements devra être délivrée par le dirigeant.

Le projet de loi ouvre de nouvelles perspectives autour de la constatation de l'état de cessation des paiements ou de la prévision qu'une telle constatation s'imposera dans l'avenir.

Celles-ci sont de nature à accroître encore l'intérêt qui sera porté dans l'avenir à la notion d'état de cessation des paiements par les praticiens amenés à conseiller les chefs d'entreprise dans leurs choix de solutions de prévention et de redressement, ou à analyser a posteriori l'état de la trésorerie à la date à laquelle ces choix auront été effectués ; leurs rôles et leurs responsabilités en seront à cet égard augmentés.

1°) L'EVOLUTION PROJETÉE

Dans sa version restituée par le Conseil d'Etat, le projet prévoit une modification de la numérotation actuelle du texte, réorganisant l'ensemble en sept titres :

- Titre I :" *De la prévention des difficultés des entreprises et de la procédure de conciliation* " ;
- Titre II :" *De la sauvegarde* " ;
- Titre III :" *Du redressement judiciaire* " ;
- Titre IV :" *De la liquidation judiciaire* " ;
- Titre V :" *Des responsabilités et des sanctions* " ;
- Titre VI :" *Des dispositions générales de procédure* " ;
- Titre VII :" *Des dispositions particulières aux départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle* ".

L'on peut en dégager cinq solutions principales, d'ordre juridique, aux difficultés financières de l'entreprise.

a) Sans aucune référence à la notion de cessation des paiements, étant donc présupposé que l'entreprise fait face à ses échéances, le mandat ad hoc achève son processus de reconnaissance officielle.

" *Article L.611-3. Le Président du Tribunal de Commerce peut, à la demande du représentant de l'entreprise, désigner un mandataire ad hoc dont il détermine la mission.* "

Les dispositions de l'article L.611-3 du Code de commerce en vigueur rappelaient comme incidemment le, " *pouvoir du Président du Tribunal de Commerce de désigner un mandataire ad hoc dont il détermine la mission,...* "

Ce pouvoir était depuis longtemps reconnu de lege ferenda.
Le projet affirme ce pouvoir et l'on peut penser que celui-ci sera exercé avec le même discernement et la même efficacité que par le passé.

Le recours au mandat ad hoc devrait donc être réservé aux hypothèses où d'autres dispositifs ne peuvent être mis en œuvre, en l'absence de cessation des paiements.

b) Les dispositions de l'article L.620-1 du projet reposent sur l'idée que le chef d'entreprise dispose d'outils d'analyse comptable et financière lui permettant d'anticiper d'une part et que, d'autre part, à supposer qu'il en dispose, il en fasse un usage efficace.
" *Article L.620-1. – Il est institué une procédure de sauvegarde ouverte sur demande d'un débiteur mentionné à l'article L.620-2 qui justifie de difficultés susceptibles de le conduire à la cessation des paiements...* "

L'appréhension d'un risque de cessation des paiements de l'entreprise et la justification que ce risque est réel sont deux conditions posées par le texte pour permettre au débiteur de prétendre être éligible à la procédure de sauvegarde.

Au contraire, la constatation d'un état avéré de cessation des paiements interdit d'emprunter cette voie, étant observé que lorsqu'il est saisi d'une telle demande :

" *Le tribunal peut, avant de statuer, commettre un juge pour recueillir tous renseignements sur la situation financière, économique et sociale de l'entreprise. Ce juge peut faire application des dispositions prévues à l'article L.623-2.* "

Il en résulte que si le chef d'entreprise a fait un choix, le tribunal n'est pas tenu par celui-ci, et le juge nommé en application de ce texte disposera des mêmes pouvoirs que ceux dévolus au juge-commissaire par les dispositions de l'article L.621-55 du Code de commerce.

Le juge ainsi commis par le tribunal pourra, " *nonobstant toutes dispositions législatives ou réglementaires contraires, obtenir communication par les commissaires aux comptes, les membres et représentant du personnel, par les administrateurs et organismes publics, les organismes de prévoyance et de Sécurité Sociale, les établissements de crédit ainsi que les services chargés de centraliser les risques bancaires et les incidents de paiement des renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière de l'entreprise.* "

Il va sans dire que la décision du chef d'entreprise de recourir à la procédure de sauvegarde doit faire l'objet d'une information préalable aussi complète et objective que possible de la part de ses conseils, notamment quant à ce type de conséquences .

c) La notion de cessation des paiements apparaît de manière positive dans les dispositions de l'article L.611-4 nouveau selon le projet, qui organisent la procédure de conciliation.
" *Article L.611-4. – Il est institué une procédure de conciliation applicable aux*

entreprises commerciales et artisanales, lorsque :
a) Elles éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible ;
b) Ou qu'elles se trouvent, depuis moins de 45 jours, en cessation des paiements. "

Le chef d'entreprise devra avoir fait effectuer une analyse complète de la situation de celle-ci, puisque la requête par laquelle le tribunal sera saisi devra exposer,
" *sa situation financière, économique et sociale, les besoins de financement ainsi que les moyens d'y faire face.* "

Le Président du Tribunal pourra, s'il n'est pas satisfait du contenu de la requête ou des pièces justificatives, en application de l'article L.611-6, 2ème alinéa :
" *charger un expert de son choix d'établir un rapport sur la situation économique, sociale et financière de l'entreprise et, nonobstant toutes dispositions législatives et réglementaires contraires, obtenir des établissements bancaires ou financiers tout renseignement de nature à donner une exacte information sur la situation économique et financière de l'entreprise.* "

d) Toujours à l'intérieur de ce délai de 45 jours, couru depuis la date de cessation des paiements, " le débiteur " dispose d'une alternative puisqu'il peut demander l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire.

" *Article L.631-4. – L'ouverture de cette procédure doit être demandée 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.*
En cas d'échec de la procédure de conciliation, ce débiteur doit demander l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire dans les huit jours de la notification de la décision mettant fin à la mission du conciliateur ou de la décision, devenue définitive, refusant l'homologation de d'accord. "

Un créancier peut également demander l'ouverture d'une telle procédure, le tribunal peut se saisir d'office ou être saisi par le Ministère Public.
En toute hypothèse, l'ouverture d'une telle procédure est réservée aux entreprises en état de cessation des paiements.

e) La liquidation judiciaire est quant à elle ouverte,
" *à tout débiteur mentionné à l'article L.640-2 qui, en cessation des paiements, est dans l'impossibilité d'assurer, par l'élaboration d'un plan de redressement, la continuation de son entreprise.* "
Ainsi, la notion de cessation des paiements devra-t-elle désormais être regardée dans une perspective plus large, intégrant notamment le paramètre du temps pour participer à l'analyse d'une situation offrant en théorie cinq choix possibles.

Ces choix seront difficiles, non seulement en raison des conséquences qu'ils entraîneront, mais également en raison de la compréhension du critère même que constitue la cessation des paiements, et des incertitudes qui peuvent en découler quant à sa date.

2°) UNE NOTION UNIQUE A DATES MULTIPLES.

Le projet gouvernemental n'a pas échappé à la reconnaissance d'un risque d'erreur dans la détermination de la date de cessation des paiements lors de l'ouverture de la procédure en prévoyant, comme les dispositifs antérieurs, que la date de cessation des paiements, qu'elle est fixée,

- par le jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde (art. L.622-11),
- par le jugement qui prononce le redressement judiciaire (art. L.631-8),
- ou par le jugement de liquidation judiciaire (art. L.641-1 III),

et qu'elle peut être reportée une ou plusieurs fois par un jugement, étant précisé que la demande de modification de date,

" *doit être présentée au tribunal dans le délai d'un an après le jugement d'ouverture de la procédure* ".

Les jugements rendus en la matière s'imposent erga omnes passé le délai de dix jours à compter de la publication d'un extrait au BODACC (art. 22 et 156 du décret du 27/12/85).A l'intérieur de ce délai, les tiers justifiant d'un intérêt sont recevables à former tierce opposition contre le jugement de report, néanmoins exécutoire par provision.

Cette date, ainsi irrévocablement fixée à l'égard des tiers, sauf à être à nouveau reportée dans les mêmes conditions, et constituant le point de départ de la " période suspecte ", durant laquelle certains actes accomplis par le débiteur pourront faire l'objet d'une action en nullité, en application des dispositions de l'article L.632-1 et L.632-2 (anciens articles L.621-107 et L.621-108 du Code de commerce) peut cependant faire l'objet d'un réexamen à l'occasion des procédures éventuellement engagées contre les dirigeants.

En effet, il est admis que la date de cessation des paiements ainsi fixée ne lie,
- ni le juge saisi des sanctions pécuniaires ou civiles,
- ni le juge en charge des poursuites pénales du chef de banqueroute pour détournement d'actif.
Il est également jugé que de ce chef, la date de cessation des paiements peut être fixée au-delà des 18 mois dans lesquels se trouve enserrée la période suspecte (CRIM. 18/11/91 Bull. Crim. 415, COM. 30/11/93 Bull. Civ. IV 93 n°440).

Il a même été jugé, dans un arrêt non publié au Bulletin des Arrêts de la Cour de Cassation que la date de cessation des paiements pourrait également être fixée par le juge des sanctions, en deçà de ladite période suspecte (COM. 04/07/00 n°1360 F.SD).

Cette pluralité dans l'acception de la date de cessation des paiements, selon les objectifs visés par les poursuites dont elle est l'un des supports, ne favorise pas la clarification de la notion elle-même.

3°) L'ETAT DE CESSATION DES PAIEMENTS : UN ETAT LE PLUS SOUVENT REVELE.

La difficulté de la question dont témoigne le nombre de décisions rendues en la matière, les innombrables commentaires argumentés et pertinents auxquels elle a donné lieu, ne nous autorisent pas à prétendre à une synthèse.

Toutefois, l'on peut considérer que l'état de cessation des paiements est le plus souvent révélé, en ce sens qu'il est constaté par sa survenance et les conséquences tangibles que cela entraîne et non pas anticipé; cela justifie une approche plus pragmatique que théorique quant à sa compréhension, sinon sa définition.

a) La cessation des paiements, " *rupture de crédit* ", évoquée par le Professeur SOINNE (La réforme des procédures collectives " Revue des Procédures Collectives Juin 2004 ") restitue le caractère pathologique de l'état de cessation des paiements d'une entreprise brutalement privée du crédit qui lui était fourni par son environnement économique.

Cette rupture peut d'ailleurs être la cause, comme la conséquence, de l'incapacité de l'entreprise à faire face à son passif exigible avec son actif disponible.

b) Inversement, alors même que l'entreprise présente les apparences d'un état de cessation des paiements, en ce que la lecture de ses échéanciers permettrait de conclure à une telle incapacité, le passif exigible étant supérieur à l'actif disponible, l'octroi par un ou plusieurs créanciers d'un crédit nouveau, tel qu'une simple prorogation d'échéance peut suffire à rétablir la situation.

La Cour de Cassation juge avec constance que l'existence d'une réserve de crédit est incompatible avec un état de cessation des paiements (COM. 17/01/97 Bull. Civ. IV 1997 n°193).Le principe comme le contenu de cette réserve de crédit offrent un champ de discussion heureusement limité par le droit de la preuve.

En outre, un crédit jugé " *artificiel* " ou "*ruineux* " sera écarté pour déterminer l'actif disponible (COM. 13/06/89 Bull. Civ. IV 1989 n°187).

c) En revanche, la présence d'un " actif circulant " significatif n'est pas de nature à caractériser un actif disponible susceptible de faire face au passif exigible, car la cessation des paiements n'est pas une notion comptable qui résulterait d'une comparaison des postes du bas du bilan (COM. 02/02/99 RJDA 4/99 n°438).

C'est dire qu'est grand le besoin d'instruments comptables et financiers destinés à saisir le juridique, pour apporter aux acteurs des entreprises en difficultés un début de sécurité dans le mode de détermination de l'état de cessation des paiements :
- Sécurité pour l'entrepreneur au premier chef, pour lui permettre d'appréhender sa propre situation et celle de son entreprise ;
- Sécurité pour ses conseils, pour les mettre en mesure de leur apporter un soutien efficace ;
- Sécurité pour le juge, pour décider de la mesure à prendre, la plus appropriée ;
- Sécurité pour les experts dans leurs analyses a priori, comme a posteriori ;
- Sécurité pour l'ensemble des intervenants qui, pour parler le même langage, pourront agir dans la concertation.

Malheureusement, la majorité des exploitations se trouve privée d'outils d'analyse, et le dirigeant comme les autres acteurs de l'entreprise peuvent ignorer la véritable nature des difficultés qu'elle éprouve, jusqu'à ce qu'elles deviennent insurmontables.

L'état de cessation des paiements s'impose alors, comme les conséquences qui en découlent, qui privent l'entreprise de l'essentiel des dispositifs de prévention, lui réservant majoritairement les mécanismes de réalisation des actifs, concentrés par le projet de loi (malheureusement ?), dans la procédure de liquidation judiciaire.
La mise en place de procédures internes à l'entreprise, destinée à alerter les organes de gestion, n'est pas totalement absente cependant des préoccupations du législateur, mais elle est réservée aux entreprises plus les importantes.
Les dispositions du Code de commerce (art. L.232-2) imposent aux dirigeants des,
" *sociétés commerciales qui répondent à l'un des critères définis par décret en Conseil d'Etat et tirés du nombre de salariés ou du chiffre d'affaires, compte tenu éventuellement de la nature de l'activité* ",

l'établissement de documents traduisant l'état de la trésorerie et notamment :
- " *Une situation de l'actif réalisable et disponible, valeurs d'exploitation exclues, et du passif exigible…*
- *un tableau de financement en même temps que le bilan annuel et un plan de financement prévisionnel.* "

Il ressort de l'article 244 du décret du 23 mars 1967 que les sociétés commerciales assujetties à cette obligation sont celles,
" *qui, à la clôture d'un exercice social, comptent 300 salariés ou plus ou dont le montant net du chiffre d'affaires, à la même époque, est égal ou supérieur à 18.000.000 euros* ".

La loi de sécurité financière du 1er août 2003 fait obligation aux dirigeants de sociétés anonymes d'organiser des procédures de contrôle interne, et en matière de trésorerie, de mettre en place un système de prévision ayant pour objet,

" *d'harmoniser à l'avance les recettes et les dépenses afin d'avoir toujours les disponibilités suffisantes pour faire face aux engagements et de prévoir l'utilisation des disponibilités inemployées. Il permet, a posteriori, un contrôle des réalisations par comparaison entre les recettes réelles et les recettes prévues, d'une part, et dépenses réelles et les dépenses prévues, d'autre part.* " (Comptabilité, Ed. Francis LEFEBVRE – Opérations financières n°2237)

De tels dispositifs, non généralisés, ont un coût non marginal.
Un coût financier à raison des structures qu'il faut mettre en place, ou auxquelles il faut avoir recours, mais également un coût psychologique en ce qu'ils sont de nature à donner à la vie sociale une transparence que certains jugeront excessive.

Fallait-il une réforme ajoutant de nouveaux mécanismes à ceux existant :

- les nouveaux se voyant parés des avantages dont l'on regrettait que les anciens soient dépourvus,

- les anciens demeurant privés de certains des moyens, dont le bénéfice est cependant reconnu.

Si le critère de sélection tiré de l'appréciation des difficultés de trésorerie de l'entreprise semble n'avoir pas été modifié, l'on voit bien que l'imprécision de la notion de cessation des paiements dont s'accommode le système binaire en vigueur multipliera les obstacles à la mise en œuvre des dispositions nouvelles.

N'aurait-il pas été efficace de procéder plus modestement par étapes législatives et réglementaires d'une part, en intervenant ponctuellement et en concertation avec tous les acteurs des procédures collectives et, d'autre part, en soutenant ou corrigeant au besoin la construction méthodique de la jurisprudence ?

N'est il pas excessivement ambitieux de proposer cinq modes distincts de traitement des difficultés des entreprises dont les régimes sont parfois complexes, et dont le choix qui pourra avoir des conséquences irréversibles reposera sur l'appréciation non dépourvue de subjectivité que l'entreprise est, pourrait être, ou sera en cessation des paiements, et dans quels délais !

L'avenir le dira, mais le défi à relever pour tous les praticiens quant à l'application des dispositions dont le parlement sera saisi avant la fin de cette année, ne manquera pas de faire appel à leur enthousiasme et à toutes leurs ressources.

Antoine DIESBECQ
Avocat à la Cour
Cabinet RACINE

NOUVEAU LIVRE

ANNUAIRE DE LA COMPAGNIE

Le nouvel annuaire a été diffusé auprès de l'ensemble des juridictions françaises. De nombreux remerciements ont été adressés à la Compagnie, venant des quatre coins de France. Il est à noter qu'il est régulièrement évoqué la facilité d'utilisation de l'annuaire, considéré comme un réel outil de travail.

Bien entendu, des exemplaires supplémentaires de l'annuaire se trouvent à la disposition des magistrats, sur simple demande adressée au siège de la Compagnie.