

LE DIRIGEANT FACE A LA CRISE

Nota : Cet article a été rédigé par Jean-Charles SIMON en vue d'en insérer les principaux chapitres dans la mise à jour du Guide « De la sous-performance à la sortie de crise » édité par l'AFIC (Association Française des Investisseurs en Capitaux) au mois d'Avril 2007 (www.afic.asso.fr).

Le dirigeant est l'acteur clé de l'entreprise et la réforme des procédures collectives (Loi de sauvegarde du 26 juillet 2005) a consacré la confiance qui lui est faite, notamment en assouplissant les mesures de sanction à son égard, sauf dans les cas de malhonnêteté caractérisée.

La crise, qui marque toujours un tournant majeur dans la vie d'une entreprise, implique pour le dirigeant anticipation et organisation, lesquelles sont nécessaires au franchissement des étapes clés du retournement que sont Détection, Diagnostic, Traitement et Sortie de crise.

L'anticipation doit permettre au chef d'entreprise de rester dans une phase de « prévention autonome » mais si les difficultés identifiées sont plus sérieuses, il devra se résoudre à mettre en œuvre les mesures de traitement offertes par la loi dans le cadre d'une organisation bien établie.

Le dirigeant doit savoir anticiper la crise en identifiant un faisceau d'indices (1), définir des stratégies dans le choix des procédures (2), appréhender ses prérogatives et sa situation juridique (3), être conscient des effets sur sa situation patrimoniale (4) et du régime des sanctions qui lui seraient éventuellement applicables (5).

1 Anticiper la crise

L'évolution d'une situation de crise dépend des conditions dans lesquelles elle sera appréhendée par le dirigeant, notamment par une anticipation de ses facteurs de risque ou d'aggravation.

Que la crise résulte d'une rupture (perte brutale d'un client, chute du cours de bourse, arrêt d'activité, baisse de l'activité, du chiffre d'affaires, des résultats, crise alimentaire, industrielle, d'image, etc...) ou d'un événement subi dans la vie de l'entreprise (alerte du CAC, saisine d'office du Tribunal, etc ...), le dirigeant doit disposer de moyens de détection précoces pour en anticiper les effets le plus rapidement possible.

C'est le sens de la Loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 dont le maître mot est « anticiper ».

Anticiper, c'est avant tout s'organiser et ne pas rester isolé alors même que la tendance naturelle du dirigeant est parfois de se replier sur lui-même ; or, il est indispensable que l'entreprise soit à tout moment à même de détecter une situation de crise pour mieux organiser son retournement.

Détecter une situation de crise

Quelle que soit la taille de l'entreprise, les outils de pilotage et de suivi de l'activité dont l'entreprise peut disposer sont nombreux et chacun définit ses propres critères d'appréciation de la pérennité à court ou moyen terme (tableau de bord, prévisionnel d'exploitation et de trésorerie, reporting, contrôle de gestion, seuils de rentabilité, ratios, etc ...).

Il nous paraît cependant indispensable que chaque dirigeant soit capable de déterminer ce qui constitue ses références d'évaluation de la situation de l'entreprise et ses indicateurs d'alerte.

La connaissance régulière de l'évolution de ces indicateurs est la seule qui permette une détection précoce des difficultés de l'entreprise et de leurs effets.

Organiser le retournement

Le dirigeant doit s'entourer d'une équipe ad hoc pour organiser le retournement de l'entreprise, si possible avant même d'ailleurs qu'une situation de crise n'apparaisse ; cela aussi bien en interne qu'à l'extérieur de l'entreprise.

Au sein de l'entreprise, il peut être utile de constituer une cellule dédiée à la gestion de la crise.

Cette cellule pourra être animée par le dirigeant, le cas échéant autour d'un ou plusieurs actionnaires, du DAF ou assimilé, d'un ou plusieurs salariés choisis pour leurs fonctions au sein de l'entreprise au regard des difficultés rencontrées.

L'un des membres de la cellule aura pour mission de coordonner l'information et les différentes actions ; l'essentiel est que cette cellule soit homogène, informée, réactive et soudée.

Cette cellule sera le lien avec l'équipe externe constituée pour traiter la crise (auditeurs, avocats, experts comptables, communicants, managers de crise), ceci afin de mettre en œuvre le plan d'action constitué des mesures de retournement à court ou moyen terme.

Le cas échéant, il peut être envisagé par le dirigeant de consulter, dès l'apparition des premières difficultés, un administrateur ou un mandataire judiciaire.

Ces équipes étant réunies, même de manière embryonnaire avant la mise en œuvre d'une éventuelle procédure amiable ou collective (cf. 1.1.2), le dirigeant est mieux à même de définir des stratégies dans le choix des outils qui sont à sa disposition.

2 Les stratégies du dirigeant dans le choix des procédures

La cessation des paiements et la situation de l'entreprise

La définition légale de la cessation des paiements n'a pas été modifiée mais celle-ci a perdu son caractère de sanction puisque désormais une procédure amiable (conciliation), sous réserve que la date de cessation des paiements soit inférieure à 45 jours, peut être ouverte aux fins d'obtenir la conclusion d'un accord amiable.

La Loi distingue aussi les difficultés « prévisibles » des difficultés « insurmontables ».

En effet, le texte opère une distinction selon que l'entreprise rencontre une « *difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible* » (relevant de la procédure de conciliation de l'article L 611-4 du Code de Commerce) ou qu'elle rencontre des difficultés telles qu'elle « *n'est pas en mesure de surmonter* » et qui vont la « *conduire* » à la cessation des paiements (relevant de la procédure de sauvegarde de l'article L 620-1 du Code de Commerce), ce qui suppose précisément alors qu'elle ne soit pas en cessation des paiements.

Enfin, il faut observer que dans le délai de 45 jours de la cessation des paiements, le dirigeant peut aussi opter entre la conciliation et le redressement judiciaire, alors même que la sauvegarde lui est fermée.

Les intérêts en présence

Le choix du dirigeant entre les différentes procédures dont il dispose interviendra aussi en fonction des intérêts en présence ; ce choix diverge notamment entre l'intérêt de l'entreprise, celui de l'actionnaire, et son intérêt personnel (prérogatives de direction, situation patrimoniale, régime des sanctions notamment).

Ainsi, si la loi semble consacrer au premier chef l'intérêt de l'entreprise, l'intérêt du dirigeant est souvent susceptible d'interférer dans le choix de la procédure, malgré d'éventuels conflits d'intérêt.

La stratégie du dirigeant dans le choix des procédures est donc difficile car elle doit prendre en compte :

- l'absence ou non de cessation des paiements ;
- l'origine et la nature des difficultés, prévisibles ou insurmontables ;
- l'intérêt de l'entreprise ;
- l'intérêt de l'actionnaire ;
- l'intérêt du dirigeant ;
- les autres intérêts en présence (salariés, banques, clients, fournisseurs).

Les procédures à la disposition du dirigeant

Face à la crise, le dirigeant peut choisir entre une procédure purement amiable (non réglementée), l'une des deux procédures amiables (article L 611-3 du Code de Commerce : mandat ad hoc - articles L 611-4 à L 611-15 du Code de Commerce : conciliation) ou l'une des trois procédures collectives (articles L 620-1 à L 627-4 du Code de Commerce : sauvegarde - articles L 631-1 à L 632-4 du Code de Commerce : redressement judiciaire - articles L 640-1 à L 644-6 du Code de Commerce : liquidation judiciaire).

Les cinq procédures amiables et collectives de la Loi du 26 Juillet 2005 sont détaillées ci-après (cf. 4) et nous reviendrons ici seulement sur la procédure purement amiable.

En effet, si la détection est précoce, l'anticipation suffisamment efficace, le dirigeant peut faire le choix, avant même un mandat ad hoc ou une conciliation, voire d'une procédure collective, de ne recourir à aucune des cinq procédures visées par la loi de sauvegarde et conduire son action de manière totalement indépendante, tant à l'égard des créanciers privilégiés que chirographaires.

S'agissant des créances privilégiées, le dirigeant peut saisir :

- le CODEFI (Comité Départemental d'Examen des Difficultés de Financement des entreprises) est l'instance interministérielle départementale compétente pour examiner la situation de toutes les entreprises de moins de 400 salariés, tous secteurs confondus (placé sous l'autorité du Préfet et du Trésorier Payeur Général ; il rassemble les compétences financières, fiscales et sociales de l'Etat dans le Département dont le Trésor Public, les impôts, la DRIRE, la Concurrence, l'URSSAF et la Banque de France).
- le CIRI (Comité Interministériel de Restructuration Industrielle) est compétent au niveau national pour examiner la situation des entreprises de plus de 400 salariés de tout secteur (placé auprès de la Direction Générale du Trésor et de la Politique économique à Bercy).
- la CCSF (Commission Départementale des Chefs des Services Financiers et des Représentants des Organismes de Sécurité Sociale), présidée par le Trésorier Payeur Général du Département, chargée d'examiner les demandes de délai de paiement des passifs fiscaux et sociaux.

Pour les créanciers chirographaires (banques et fournisseurs notamment), le dirigeant peut toujours négocier des délais, amiablement ou judiciairement (article 1244-1 du Code Civil), avant même la mise en œuvre d'une procédure amiable ou collective telle que prévue par la Loi du 26 Juillet 2005.

3 La situation juridique des dirigeants

Chaque procédure présente pour le dirigeant des caractéristiques qui vont influencer son choix, en dehors même des critères objectifs de la cessation des paiements ou des intérêts en présence.

Créateur de son entreprise, souvent engagé personnellement, acteur de la vie locale, le dirigeant dont l'entreprise rencontre des difficultés sera attentif aux prérogatives qui lui sont laissées dans le cadre de la procédure choisie ; ces prérogatives diffèrent de manière importante en fonction des procédures.

Le Mandat ad hoc

La mission du mandataire ad hoc est une mission d'assistance du dirigeant dans la résolution des difficultés d'entreprise et il n'existe aucune restriction au pouvoir du dirigeant ; cette procédure peu formelle et souple est souvent mise en œuvre comme une première étape.

Cependant, le mandataire ad hoc peut toujours alerter le Président du Tribunal de Commerce sur la situation de l'entreprise, lequel pourra alors tirer les conséquences éventuelles qui s'imposent ou suggérer au dirigeant telle ou telle mesure plus appropriée.

Le Mandat ad hoc prend fin par la conclusion d'un accord sous l'égide du Mandataire ad hoc et le Président du tribunal constate la fin de la mission ; en cas d'échec, il est mis fin à la mission et le dirigeant peut s'orienter vers une autre procédure.

La Conciliation

La conciliation laisse le dirigeant diriger et maîtriser la procédure ; durant la procédure aucun créancier ne peut demander l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire.

La mission du conciliateur se limite à « favoriser la conclusion d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise » (article L 611-7 du Code de Commerce).

Le dirigeant a aussi un rôle dans la désignation de ce conciliateur et la Loi lui permet de proposer un nom au président du tribunal (article L 611-6 du Code de Commerce).

Quant au sort de la procédure de conciliation, qui aboutit à l'accord amiable, le dirigeant peut décider de le faire homologuer (articles L 631-8 et L 611-11 du Code de Commerce) ou seulement constater (article L 611-8 du Code de Commerce) par le président du tribunal de commerce.

Si l'accord amiable est homologué, il est révélé au public, ce qui peut freiner le dirigeant, notamment dans ses relations avec les tiers (clients et fournisseurs), mais certains créanciers peuvent préférer une telle solution en raison de la sécurité que peut leur procurer l'homologation, notamment au regard de la date de cessation des paiements ou de la priorité de paiement pour les apports en trésorerie consentis dans le cadre de l'accord ; là est l'équilibre d'un choix qui doit se faire par définition de manière consensuelle.

La Procédure de sauvegarde

Avec la procédure de sauvegarde, nouvelle procédure collective, le dirigeant, qui initie la procédure, perd des prérogatives attachées à sa fonction, même si les contraintes sont plus souples que celles du redressement et de la liquidation judiciaires auxquels il demeure toujours exposé lorsqu'il apparaît que l'entreprise était, en réalité, en cessation des paiements lors de l'ouverture de la procédure ou si elle le devient en cours de procédure (conversion prévue aux articles L. 621-12 et L 622-10 du Code de Commerce).

Cette procédure impose la suspension des poursuites à l'égard de l'entreprise et des cautions, le gel du passif, autorise la résiliation de contrats ; l'intervention de l'AGS est limitée aux indemnités consécutives aux licenciements.

Le dirigeant fait l'objet soit d'une mission de surveillance (article L 622-1, II du Code de Commerce) soit d'une mission d'assistance d'un administrateur (article L. 621-4 du Code de Commerce), certains paiements sont interdits ou soumis à l'autorisation du juge-commissaire (article L. 622-7 du Code de Commerce) ; Il est procédé à l'inventaire de l'actif (article L. 622-6 du Code de Commerce) et à la vérification du passif (article L. 622-24 et suivants du Code de Commerce) et le sort des contrats en cours est décidé sous le contrôle (article L. 622-13 du Code de Commerce) des organes de la procédure.

Toutefois, le dirigeant est maintenu dans ses fonctions, ses droits d'associés (actions, parts sociales) ne sont pas immobilisées et sa rémunération n'est pas soumise à la décision du juge-commissaire ; le dirigeant n'a à craindre aucune sanction à son égard.

Le plus important est qu'à l'issue de cette procédure il est présenté un plan de sauvegarde (article L. 626-1 du Code de Commerce), sans risque de cession de l'entreprise (sauf partielle et si nécessaire au plan) ou d'éviction du dirigeant (sauf à la demande du ministère public : article L. 626-4 du Code de Commerce), de sorte que le dirigeant est maintenu dans ses prérogatives.

Le Redressement judiciaire

La loi de sauvegarde n'a apporté aucune évolution quant aux prérogatives du dirigeant.

L'ouverture du redressement judiciaire donne lieu à la désignation d'un ou de plusieurs administrateurs (articles L. 631-9 et L. 621-4 du Code de Commerce) chargés, ensemble ou séparément, d'assister le dirigeant pour tout ou partie des actes relatifs à la gestion, ou d'assurer seuls, entièrement ou en partie, l'administration de l'entreprise (article L. 631-12, al. 2 du Code de Commerce).

Ainsi, l'administrateur peut assister ou représenter le débiteur, la mission de surveillance étant désormais réservée à la procédure de sauvegarde ; dans la première hypothèse, le débiteur ne peut effectuer certains actes qu'avec le concours de l'administrateur; dans la seconde, il est dessaisi de tout ou partie de ses prérogatives dans la gestion de l'entreprise au profit de l'administrateur.

Le tribunal décide des missions du ou des administrateurs et il faut donc être particulièrement attentif.

La liquidation judiciaire

Cette procédure porte atteinte aux prérogatives des dirigeants du fait même de la nature de cette procédure.

Le débiteur est dessaisi (article L. 641-9 du Code de Commerce), ses droits et actions étant exercés par le liquidateur, même si pour les besoins techniques de la liquidation qui aboutit à la dissolution de l'entreprise (article 1844-7-7^{ème} du Code Civil) le dirigeant reste en fonction.

4 La situation patrimoniale des dirigeants

Le choix du dirigeant peut aussi être guidé par le sort des sûretés personnelles qu'il aura accordées, la question présentant essentiellement un intérêt dans le cas des procédures de conciliation et de sauvegarde.

Le sort de ces sûretés est différent durant la phase de procédure et lors de la conclusion de l'accord amiable ou du plan de sauvegarde.

Durant la procédure de conciliation, le dirigeant ne fait l'objet d'aucune protection et il peut être poursuivi personnellement en qualité de caution, garant ou co-obligé, encore que, dans la pratique, le consensualisme inhérent à cette procédure impose souvent que le dirigeant bénéficie d'un « effet de souffle ».

Durant la procédure de sauvegarde, la Loi impose désormais que le jugement d'ouverture de la procédure « *suspend jusqu'au jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation toute action contre les personnes physiques coobligées ou ayant consenti un cautionnement ou une garantie autonome* » (article L. 622-28 du Code de Commerce) et le dirigeant personne physique peut invoquer la règle de l'arrêt du cours des intérêts dont bénéficie l'entreprise (article L. 622-28 du Code de Commerce); la situation est donc plus favorable pour le dirigeant encore que la Jurisprudence n'est pas encore tranchée sur la situation des sûretés réelles accordées par le dirigeant.

Quant au sort de la procédure, en matière de conciliation, les dirigeants, personnes physiques ou personnes morales, cautions, garants et coobligés peuvent se prévaloir d'un accord homologué (article L. 611-10 du Code de Commerce) mais la question n'est pas traitée par la Loi à l'égard des garants et coobligés dans le cadre de l'accord amiable seulement constaté.

Il faut également souligner que le texte confère aux seuls accords de conciliation homologués un effet suspensif des poursuites pour les créances visées à l'accord (article L. 611-10 du Code de Commerce).

Dans la sauvegarde, le Code de commerce prévoit qu'à l'exception des personnes morales, les cautions, garants et coobligés peuvent invoquer le plan à leur profit (article L. 626-11 du Code de Commerce) et il est indifférent à la solution que le plan ait été voté par les comités de créanciers ou imposé par le tribunal.

5 Le régime des sanctions à l'égard des dirigeants

Au regard du régime des sanctions, et pour inciter à la voie préventive, sous réserve des sanctions pénales qui frappent le dirigeant malhonnête, il est apparu opportun d'aménager avec la Loi du 26 juillet 2005 la position du chef d'entreprise tant pour ce qui concerne les sanctions patrimoniales que professionnelles.

Des sanctions patrimoniales limitées

Aucune sanction n'est prévue à l'égard des dirigeants dans le cadre de la prévention ou de la procédure de sauvegarde.

Sur un plan patrimonial, la traditionnelle responsabilité pour insuffisance d'actif à laquelle la réforme a apporté des modifications, côtoie l'obligation aux dettes sociales créée pour remplacer l'ancienne extension-sanction.

La responsabilité pour insuffisance d'actif, qui sanctionne toute faute de gestion ayant contribué à la situation de l'entreprise, est limitée à celle qui apparaît en cas de liquidation judiciaire ou de résolution d'un plan de redressement ou de sauvegarde (article L. 651-2 du Code de Commerce) ; l'inexécution de l'accord de conciliation ne peut fonder une action en comblement de passif sauf lorsque l'entreprise est en cessation des paiements et que son redressement est manifestement impossible de sorte que la liquidation s'impose ; il y a donc là une incitation à la réussite de la sauvegarde.

S'agissant de l'obligation aux dettes sociales, qui sanctionne des agissements graves précisément énoncés par la Loi, elle ne peut être mise en œuvre qu'en cas de liquidation judiciaire (article L. 652-1 du Code de Commerce).

Ces deux actions ont des fondements juridiques distincts mais rien n'exclut qu'elles soient engagées cumulativement, une procédure pouvant succéder à une autre.

Des sanctions professionnelles limitées

Ni la procédure de conciliation, ni celle de la sauvegarde ne visent à l'égard du dirigeant des sanctions professionnelles, faillite personnelle et interdictions de gérer, ou la sanction pénale de la banqueroute, lesquelles sanctions ne concernent éventuellement le dirigeant qu'en cas de redressement ou de liquidation judiciaire (articles L 653-1 et L 654-4 du Code de Commerce) ; pour favoriser les mesures de prévention, il a aussi été décidé que l'omission de procéder à une déclaration de cessation des paiements n'est pas fautive lorsque l'ouverture d'une conciliation a été demandée dans le délai de quarante-cinq jours (article L. 653-8, alinéa 3 du Code de Commerce).

Cependant, il faut noter que le dirigeant pourra se trouver rattrapé par de telles actions exercées à son encontre en cas d'inexécution de l'accord amiable ou du plan de sauvegarde, puis de l'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire.
