

GESTION

Le dirigeant face à la crise

Partie II

D
O
S
S
I
E
R

P
R
A
T
I
Q
U
E

En 2007, près de 50 000 entreprises françaises ont été défaillantes, soit le niveau le plus élevé depuis 1998. Au premier semestre 2008, la tendance s'est confirmée, avec une nouvelle et forte augmentation des défaillances par rapport au premier semestre 2007. Toutes ces entreprises, à un moment donné, ont connu une crise plus ou moins aiguë, qui a pu se produire des mois avant la procédure collective ou immédiatement en amont, selon la nature des difficultés rencontrées. Comment prévenir le risque de crise ? Affronter et gérer une crise lorsqu'elle est déclenchée ? Le mois dernier, nous avons traité les crises surmontables. Pour faire le tour de la question, nous vous expliquons, dans ce second volet, comment vous comporter face à une crise insurmontable.

Dossier réalisé par Jean-Charles Simon, avocat à la cour, cabinet Simon Associés (jcsimon@simonassociés.com)



GESTION DE CRISE

Nous avons vu, dans le dossier pratique du mois dernier (*L'Entreprise* n° 271 pages 139 à 144), que le chef d'entreprise devait savoir anticiper la crise en identifiant un faisceau d'indices, organiser et définir des stratégies. Lorsque la crise devient trop grave, qu'elle met l'entreprise en péril, le dirigeant doit être capable d'appréhender la situation juridique, ses effets possibles sur sa situation patrimoniale, ainsi que les sanctions qui lui seraient éventuellement applicables. Et d'opter pour la procédure la plus adaptée à la situation et à la préservation des intérêts en présence. C'est d'ailleurs le sens de la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, dont le maître mot est « anticiper ».

EN AMONT D'UNE PROCÉDURE, DES ACTIONS À TENTER

Face à la crise, le dirigeant peut choisir entre l'une des deux procédures amiables – mandat ad hoc ou conciliation – ou l'une des trois procédures collectives – sauvegarde, redressement judiciaire ou liquidation judiciaire.

Mais, si la détection est précoce et l'anticipation suffisamment efficace, le dirigeant peut faire le choix, avant même un mandat ad hoc ou une conciliation, voire 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 publics que privés chirographaires.

S'agissant des créanciers publics, le dirigeant peut saisir le Codefi (Comité départemental d'examen des difficultés de financement des entreprises), instance interministérielle départementale compétente pour examiner la situation de toutes les entreprises de moins de 400 salariés. Pour une société de plus grande taille, il peut s'adresser au Ciri (Comité interministériel de restructuration industrielle), compétent au niveau national, pour examiner la situation des entreprises de plus de 400 salariés de tous secteurs (placé auprès de la Direction générale du Trésor et de la politique économique à Bercy). Et, dans tous les cas de figure, le chef d'entreprise peut aussi demander des délais de paiement de ses passifs fiscaux et sociaux auprès de 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.

Bon à savoir : pour les créanciers privés (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 de sauvegarde du 26 juillet 2005.

LE CHOIX D'UNE PROCÉDURE : UNE QUESTION STRATÉGIQUE

Le choix parmi les procédures amiables ou judiciaires à la disposition du dirigeant dépend quant à lui de la situation de l'entreprise et de la stratégie que le dirigeant souhaite adopter.

Depuis la loi du 26 juillet 2005, la définition légale de la cessation des paiements n'a pas été modifiée mais celle-ci a perdu son caractère de sanction automatique. Désormais, sous réserve que la date de cessation des paiements soit inférieure à quarante-cinq jours, une procédure amiable et non collective (conciliation) peut être ouverte aux fins d'obtenir la conclusion d'un accord amiable.

La loi de sauvegarde distingue aussi les difficultés « prévisibles » des difficultés « insurmontables ». Le texte opère en effet une distinction selon que l'entreprise rencontre une « difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible » [condition de l'ouverture de la conciliation] ou qu'elle rencontre des difficultés qu'elle « n'est pas en mesure de surmonter » et qui vont la « conduire » à la cessation des paiements (condition d'ouverture de la procédure de sauvegarde), ce qui suppose précisément alors qu'elle ne soit pas en cessation des paiements (cette dernière partie du texte est actuellement « en cours de modification dans le cadre plus large d'une réforme en cours »).

Enfin, il faut observer que, dans le délai de quarante-cinq 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.

Le choix du dirigeant entre les différentes procédures dont il dispose interviendra également 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).

Bon à savoir : la stratégie du dirigeant dans le choix des procédures à sa disposition dépend essentiellement :

- de l'existence ou non d'une cessation des paiements ;
- de l'origine et de la nature des difficultés, prévisibles ou insurmontables ;

- de l'intérêt de l'entreprise ;
- de l'intérêt de l'actionnaire ;
- de l'intérêt du dirigeant ;
- des autres intérêts en présence : salariés, banques, clients, fournisseurs.

QUATRE PROCÉDURES À LA DISPOSITION DU DIRIGEANT

> LE MANDAT AD HOC

Cette procédure impose que l'entreprise ne soit pas en cessation des paiements. Peu formelle et souple, elle est souvent mise en œuvre comme une première étape avant la conciliation. La mission du mandataire ad hoc est une mission d'assistance du dirigeant dans la résolution des difficultés de l'entreprise et il n'existe aucune restriction au pouvoir du dirigeant. 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.

Bon à savoir : 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, limitée en principe à quatre mois, permet au dirigeant de diriger et maîtriser la procédure. Durant celle-ci, aucun créancier ne peut demander l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, ni le président du tribunal se saisir d'office. La mission du conciliateur se limite à « favoriser la conclusion d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise ». Le dirigeant initie la désignation de ce conciliateur ; la loi lui permet de proposer un nom au président du tribunal, qui ne peut, en principe, le refuser comme en matière de mandat ad hoc. Quant au sort de la procédure de conciliation, qui aboutit à l'accord amiable, il peut être décidé de le faire homologuer par le tribunal de commerce ou seulement constater par le président du tribunal. Cette question est toujours traitée dans le cadre de l'accord de conciliation et le choix souvent dicté par les créanciers ou les parties à l'accord.

Bon à savoir : si l'accord amiable est homologué, il est révélé au public, ce qui peut freiner le dirigeant, notamment dans ses relations avec les tiers. Mais certains créanciers, et notamment les banques, peuvent préférer une telle solution en raison de la sécurité juridique que leur procure l'homologation, notamment au regard de la priorité de paiement pour les apports d'argent frais (« new money ») consentis dans le cadre de l'accord. La crise actuelle



GESTION DE CRISE

verra sans doute apparaître des comportements nouveaux et il est à craindre que la « new money » se fasse plus rare...

> LA SAUVEGARDE

Cette procédure a été introduite par la loi de 2005. Avec la sauvegarde, le dirigeant, qui initie la procédure, perd certaines prérogatives attachées à sa fonction. Toutefois, les contraintes de la sauvegarde sont moindres que celles du redressement et de la liquidation judiciaires... procédures auxquelles il reste exposé lorsqu'il apparaît que l'entreprise était, en réalité, en cessation des paiements dès l'ouverture de la procédure ou si elle le devient en cours de procédure.

La sauvegarde a pour effet la suspension des poursuites à l'égard de l'entreprise et des cautions personnes physiques, le gel du passif, et elle autorise la résiliation de contrats ; l'intervention de l'AGS (garantie des salaires) est limitée aux indemnités consécutives aux licenciements. Cette intervention limitée constitue l'un des freins actuels au succès de la sauvegarde avec la publicité de la procédure.

Le dirigeant fait l'objet soit d'une mission de surveillance, soit d'une mission d'assistance d'un administrateur ; certains paiements ou actes sont interdits ou soumis à l'autorisation du juge-commissaire. Toutefois, le dirigeant est maintenu dans ses fonctions, ses droits d'associé (actions, parts sociales) ne sont pas immobilisés et sa rémunération n'est pas soumise à la décision du juge-commissaire ; il n'a à craindre aucune sanction à son égard. Le plus important est qu'à l'issue de cette procédure le dirigeant ait présenté un plan

de sauvegarde, sans risque de cession de l'entreprise (sauf partielle et si nécessaire au plan) ou de son éviction à la demande du ministère public.

Bon à savoir : la procédure de sauvegarde n'ayant pas rencontré le succès voulu, des modifications aux fins d'accroître son attrait pour le dirigeant sont en cours afin d'insister encore sur l'esprit de la réforme de 2005.

> LE REDRESSEMENT JUDICIAIRE

L'ouverture d'un redressement judiciaire donne lieu à la désignation d'un ou de plusieurs administrateurs 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. Ainsi, l'administrateur peut assister ou représenter le débiteur ; 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.

Bon à savoir : en cas d'échec de toutes les tentatives de sauvetage de l'entreprise, cette dernière sera conduite à la liquidation judiciaire, qui n'est pas une procédure à la disposition du dirigeant, mais une procédure subie par celui-ci. Le dirigeant est alors dessaisi, ses droits et actions étant exercés par le liquidateur, même si, pour les besoins techniques de la liquidation qui aboutit à la dissolution de la société, le chef d'entreprise reste en fonction.

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, la loi du 26 juillet 2005 aménage 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 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. 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.

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 ÉGALEMENT LIMITÉES

Ni la procédure de conciliation, ni celle de sauvegarde ne génèrent à l'égard du dirigeant des sanctions professionnelles (faillite personnelle, interdiction 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. 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.

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

CHOIX D'UNE PROCÉDURE ET SITUATION PATRIMONIALE DU DIRIGEANT

- 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 coobligé ; encore que, dans la pratique, un certain consensualisme inhérent à cette procédure fasse bénéficier

le dirigeant d'un effet d'attente.

- Durant la procédure de sauvegarde, la situation est plus favorable pour le dirigeant car la loi impose 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 ».

- Quant au sort de la procédure, en matière de conciliation, les dirigeants, cautions, garants et coobligés peuvent se prévaloir d'un accord homologué 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.



GESTION DE CRISE

ou du plan de sauvegarde, puis de l'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire.

LES ACTEURS AUTOUR DE L'ENTREPRISE EN GRAVE DIFFICULTÉ

Divers acteurs interviennent autour de l'entreprise en difficulté et de son dirigeant.

> LE TRIBUNAL DE COMMERCE

La loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 a placé le président du tribunal de commerce au centre des mesures de prévention et de détection des entreprises en difficulté. Le président du tribunal de commerce est progressivement devenu un acteur majeur du monde économique parce qu'il est élu, issu de l'entreprise, en relation avec tous les autres acteurs de l'économie que sont les pouvoirs publics, les professionnels du droit et du chiffre, les collectivités locales, les syndicats patronaux et salariés, le monde associatif et la presse.

Le président du tribunal de commerce peut faire citer une entreprise devant lui pour connaître de sa situation et de ses difficultés ; il peut initier une enquête et désigner un juge, assisté d'un expert de son choix, chargé d'établir un rapport sur la situation économique, sociale et financière de l'entreprise ; il peut également se saisir d'office ou à la demande du parquet en matière de redressement ou de liquidation judiciaire. Ses pouvoirs de nomination, de décision ou de sanction font du président du tribunal de commerce le maître d'œuvre des procédures de traitement de l'entreprise en difficulté, qu'elles soient amiables et de prévention, ou judiciaires.

> LE PARQUET

Le rôle du parquet est de préserver l'ordre public au nom de l'Etat ; son action est importante à tous les stades de l'entreprise en difficulté, que ce soit dans les phases amiables ou évidemment judiciaires où sa fonction est définie par la loi.

> LE MANDATAIRE AD HOC ET LE CONCILIATEUR

Le mandataire ad hoc et le conciliateur sont désignés par le président du tribunal sur requête du chef d'entreprise, et choisis le plus souvent parmi les administrateurs judiciaires. Ils interviennent lorsque le traitement de l'entreprise en difficulté nécessite une sécurité judiciaire de nature à rassurer les créanciers et partenaires sur les solutions proposées. Leur rôle est d'assister le dirigeant de l'entreprise pour assurer une solution de redressement efficace pour celle-ci tout en maintenant un équilibre avec les contraintes imposées par l'ensemble des partenaires à l'accord.

> L'AVOCAT

L'avocat, en particulier s'il est spécialisé dans les situations complexes et de crise, est celui qui va guider et participer à la définition de la procédure adaptée au contexte, éventuellement judiciaire, amiable ou collective. L'avocat travaille étroitement avec l'ensemble des acteurs de l'entreprise et les autres conseils spécialisés pour prendre avec le dirigeant les décisions appropriées. Il intervient ensuite pour assister le dirigeant et l'entreprise dans les différentes procédures et participe à la définition des actions adaptées à la situation en cause ; il rédige également les actes qui vont le cas échéant permettre

à l'entreprise de sortir de la crise, tout en préservant une sécurité juridique.

> L'AUDITEUR SPÉCIALISÉ

Il est nommé par le dirigeant, souvent sur l'initiative du mandataire ad hoc ou du conciliateur, pour fournir un diagnostic économique et financier de la situation réelle de l'entreprise en difficulté. Il valide notamment les données de trésorerie. Il permet d'identifier les risques et les pièges liés à l'environnement, participant à la faisabilité du retournement. Cet acteur est essentiel dans les crises liées à la situation financière car il est un facteur de confiance pour les partenaires bancaires et autres intervenants ; il évite également un dérapage de la situation, avec les risques attachés.

> LES MANAGERS DE CRISE

Il est parfois nécessaire qu'un tiers assiste le dirigeant dans ses fonctions ; cette intervention résulte du choix du dirigeant ou des actionnaires, souvent lorsque le dirigeant n'est plus à même de contrôler la situation. Ce tiers peut prendre ou non un mandat social en fonction des prérogatives de la fonction et de la situation de l'entreprise. Il permet souvent d'apprécier avec recul la réalité du quotidien et d'initier la conduite du changement.

> LES BANQUES

Les banques traditionnelles de l'entreprise, surtout depuis l'application de Bâle 2, sont prises dans un carcan et liées par des contraintes qui compliquent une action en période de difficulté ; la crise financière actuelle ne fera qu'accroître cette situation dans des proportions encore inconnues.

DES ACTEURS QUI MONTENT : LES FONDS DE RETOURNEMENT ET AUTRES ÉTABLISSEMENTS SPÉCIALISÉS

Les années 2006 et 2007 ont vu un fort développement de l'activité des fonds de retournement, et de nouveaux acteurs, liés parfois à des capitaux étrangers, sont arrivés sur le marché.

Les fonds de retournement sont des structures spécialisées dans des prises de participation, majoritaires ou minoritaires, concernant des entreprises connaissant des situations complexes (conflit d'actionnaires, décès du dirigeant, crise industrielle, accident, etc.) ou des difficultés financières. Ces fonds, nécessaires

en dernier recours dans les situations les plus tendues, interviennent là où les investisseurs traditionnels ne veulent pas intervenir. Ils investissent non seulement des capitaux mais conduisent aussi des restructurations lourdes autour d'un manager qui sera identifié comme pouvant mener le retournement et la conduite du changement. Outre ces fonds, ces dernières années ont vu de nouveau se développer l'activité des établissements spécialisés dans le rachat des créances

bancaires, sur un modèle proche de celui connu lors de la crise de l'immobilier des années 1990. Ces établissements, étrangers pour la plupart, rachètent, avec une décote sensible liée au risque (50 %, 60 % ou 70 %), les créances des banques traditionnelles de l'entreprise, souvent sans en informer cette dernière. Leur appréciation de la situation, les contraintes liées à une rentabilité imposée de leurs capitaux, un état d'esprit différent font que ces établissements adoptent

parfois une position mal comprise par l'entreprise en difficulté et son dirigeant, notamment lorsqu'ils leur laissent peu de choix entre un remboursement de la dette ou une prise de participation et une dilution du capital. Les fonds de retournement et ces établissements spécialisés sont probablement appelés à connaître une très forte activité dans les prochains mois, même si la crise financière en cours a freiné des ardeurs ou vu disparaître certains d'entre eux. Ne nous y trompons pas, la relève est là !



GESTION DE CRISE

Les (trois ou quatre) banques spécialisées contribuent à fournir à l'entreprise certaines des liquidités dont celle-ci a besoin ; leur appréciation du risque, leurs contraintes d'engagement sont différentes de celles des banques traditionnelles de l'entreprise. Il reste à voir dans les prochains mois quelle sera leur marge de manœuvre dans le contexte que traverse l'économie mondiale. Les établissements de crédit spécialisés dans la mobilisation des créances et des stocks sont peu nombreux également alors que leur rôle se révèle déterminant dans l'économie de l'entreprise en difficulté.

DIRIGEANTS, PRÉPAREZ-VOUS À AFFRONTER LA TEMPÊTE !

Même si de nombreux acteurs influent sur le sort de l'entreprise en difficulté, le dirigeant est l'acteur clé dans une situation de crise.

La qualité et la dynamique de la résolution des difficultés, et donc la sortie pérenne de la crise, dépendent directement de la capacité du dirigeant à comprendre les origines internes et externes

des difficultés de l'entreprise, et de son aptitude à organiser le traitement du retournement.

Chacun se reconnaîtra entre le dirigeant non préparé et celui qui a mis en place une méthode de gestion de crise d'entraînement et de préparation de l'entreprise. Les conséquences en seront bien sûr radicalement différentes entre celui qui agira dans l'instant et celui qui se sera fixé un cadre préalable d'intervention en cas de crise.

Les conséquences de la situation de crise seront graves pour les uns, plus faibles pour les autres, entre ceux non préparés et ceux s'inscrivant dans une démarche préventive qui permet d'agir en limitant les risques associés.

Le recours à des conseils externes spécialisés habitués aux techniques spécifiques de la crise constitue un véritable atout pour la mise en place d'une solution de sortie de crise car la gestion de la crise fait appel à des qualités radicalement différentes de celles généralement requises pour le management d'une entreprise. Il est clair aussi que des indicateurs doivent être mis en place pour

s'assurer que l'entreprise sort durablement de la situation de crise. Enfin, la mise en place d'une politique de communication adaptée constitue une mesure d'accompagnement indispensable car l'entreprise doit rétablir la confiance, donc gérer son image pour faire savoir qu'elle a identifié et mis en œuvre le traitement de ses difficultés afin de retrouver une dynamique de réussite.

Nous espérons que chacun aura trouvé dans ce dossier des idées de réflexion, d'évolution, peut-être pris conscience de sujets ignorés jusqu'alors. L'essentiel est, selon nous, de les connaître, de les avoir à l'esprit, d'en tirer les enseignements et de croire en ses capacités dans l'exercice souvent solitaire et toujours difficile de diriger une entreprise, surtout lorsqu'elle se trouve dans la tourmente. La crise financière que traverse l'économie mondiale impose que chacun se « pose » et prenne le temps d'y réfléchir, entouré de conseils spécialisés et adaptés, pour apprécier le risque encouru. Les temps à venir seront difficiles et il appartient à chacun de s'y préparer. ■