

NORDEN

ASSOCIATION D'AVOCATS

121, avenue des Champs Elysées

www.norden.fr

La Lettre de NORDEN Association d'avocats

Décembre 2008

RESTRUCTURING

Avec la crise, les difficultés des entreprises se multiplient.

Ces difficultés peuvent être particulièrement dramatiques dans les montages de type LBO où les créanciers que sont les banques, les fonds d'investissement et les actionnaires auront tout intérêt à trouver une solution négociée.

Les articles L611 - 1 à L 611-15 du Code de commerce relatifs à la conciliation et au mandat ad hoc, dont certaines dispositions ont été aménagées par la récente Ordonnance du 18 décembre 2008 portant réforme des procédures collectives, proposent ainsi deux mécanismes permettant aux parties d'engager des discussions visant à trouver une solution aux difficultés de l'entreprise.

En voici les principaux aspects :

A – Le mandat ad hoc :

À la demande du débiteur, le président du tribunal de commerce peut désigner un mandataire ad hoc dont il détermine la mission.

Les créanciers ne peuvent pas demander la nomination de ce mandataire.

Depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, le débiteur peut soumettre au tribunal le nom du mandataire dont il souhaite la désignation.

Il n'y a aucune publicité de la nomination de ce mandataire au greffe du tribunal.

Sous l'égide du mandataire ad hoc, les parties (créanciers et emprunteur) négocieront les termes d'un accord qui devra être accepté par toutes les parties. Il n'y a aucune possibilité pour le tribunal d'imposer telle ou telle condition aux créanciers.

Le mandat présente l'avantage de permettre au chef d'entreprise de rester maître de ses affaires tout en négociant avec les créanciers avec l'assistance d'un médiateur.

Il permet aussi et surtout de conserver une grande confidentialité des discussions avec les principaux créanciers mais aussi de l'accord qui en résultera.

B – La conciliation :

La procédure de conciliation est applicable lorsque une entreprise éprouve une difficulté juridique, économique ou financière, avéré ou prévisible et ne se trouve pas en cessation des paiements depuis plus de 45 jours.

La demande de conciliation est faite par le débiteur exclusivement. Elle est d'une durée maximum de quatre mois prorogeable 1 mois.

En pratique et compte tenu de ce court délai, les parties commencent généralement par un mandat ad hoc, pour ensuite, lorsqu'elles se sont mis d'accord sur un protocole demander au tribunal l'ouverture d'une procédure de conciliation afin de bénéficier de ses effets.

Les administrations financières, les organismes de sécurité sociale, les institutions gérant le régime d'assurance-chômage peuvent consentir des remises de dettes dans le cadre de cette procédure.

Si au cours de la procédure le débiteur est poursuivi ou mis en demeure par un créancier le juge peut octroyer aux débiteurs des délais de grâce et la suspension des procédures d'exécution, sur le fondement de l'article 1244 – 1 du Code civil.

L'accord peut être soit **constaté**, dans ce cas le tribunal lui donne force exécutoire mais ne fait l'objet **d'aucune publicité**. Soit l'accord est **homologué** par le tribunal et dans ce cas il fait l'objet **d'une publicité** au greffe du tribunal.

Avant l'ordonnance du 18 décembre 2008, seul l'accord homologué permettait aux personnes ayant consenti un cautionnement ou une garantie autonome de se prévaloir de l'accord. Dorénavant, ceci est également possible dans le cas d'un accord constaté.

En outre, en application de l'article 611 – 11 du Code de commerce, les créanciers effectuant un apport de fonds « nouveaux » dans le cadre d'un accord **homologué** seront payés par priorité (on parle du privilège de « new money »), dans le cadre d'une procédure collective subséquente, aux autres créanciers dont les créances sont nées avant et après l'ouverture de la conciliation hormis, néanmoins, le superprivilège des salaires et les frais de justice.

En conséquence :

1 – Mandat ad hoc :

Avantage : confidentialité

Inconvénients : aucune contrainte sur les créanciers

Pas de remise de dettes par les créanciers sociaux et fiscaux

Pas de privilège de « new money ».

2 - accord de conciliation constatée :

Avantages : confidentialité

Remise de dettes par les créanciers sociaux et fiscaux

Suspension de toute action en justice pendant l'exécution de l'accord

Bénéfice de l'accord aux cautions et garants.

Inconvénient : Pas de privilège de « new money ».

3 - accord de conciliation homologué :

Avantages : Suspension de toute action en justice pendant l'exécution de l'accord

Remise de dettes par les créanciers sociaux et fiscaux

Bénéfice de l'accord aux cautions et garants.

Privilège de new Money

Inconvénient : pas de confidentialité

Une entreprise en difficulté a généralement besoin d'argent « frais ».

Le dilemme sera donc le suivant :

Soit les créanciers (banques en particulier) octroient de nouveaux concours mais alors ils souhaiteront bénéficier d'un privilège de rang ce qui nécessitera la publicité de l'accord « homologué » au risque d'informer les autres créanciers (fournisseurs en particulier) des difficultés de l'entreprise.

Soit le chef d'entreprise ne souhaitera pas de publicité de l'accord et dans ce cas les créanciers risquent de refuser de nouveaux concours.

Pour de plus amples informations, vous pouvez contacter Laurent VERDES, Avocat au Barreau de Paris, au 01 72 71 85 59 ou à son adresse email : verdes@norden.fr ou Véronique Rehbach rehbach@norden.fr