

DOSSIERS / 19 Septembre 2018

Sauvegarde des entreprises : vers un quatrième âge de la vie de la loi ?

par Marie-Paule Noel, associé, Jeausserand Audouard, et Alain Bloch, Of Counsel, Jeausserand Audouard, Directeur du Master HEC Entrepreneurs



© Serge Luyssi-Podraz



La loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 rentrera dans sa quinzième année en 2019, ce qui donne non seulement un recul suffisant pour une première évaluation mais permet de formuler quelques hypothèses sur les perspectives ouvertes par ce dispositif législatif ambitieux.

Déposée par le gouvernement à la mi-2004, la loi de sauvegarde des entreprises promulguée en 2005 est apparue d'emblée, tant pour le législateur lui-même (les débats parlementaires en attestent) que pour les juges et les praticiens, comme un dispositif particulièrement innovant. On se souvient que le texte précédent de 1985 (à la suite de sa dizaine de prédécesseurs en deux siècles de république, rappelons-le pour pointer la difficulté de l'exercice...) avait aux yeux de tous fait la démonstration de son inefficacité à permettre aux entrepreneurs d'anticiper avec succès leurs difficultés, de sorte que chacun s'accordait sur le constat qu'au fil des ans les Tribunaux de commerce étaient devenus, pour les entreprises défaillantes, davantage des cimetières que les hôpitaux qu'ils ambitionnaient d'être.

Partant de cette réalité, désastreuse pour l'économie, gouvernement et législateur vont administrer à cette situation un remède inédit et très audacieux : il suffira désormais aux entrepreneurs d'invoquer devant la juridiction commerciale des difficultés insurmontables (sans même qu'il soit besoin depuis l'ordonnance du 19 décembre 2008 de prétendre qu'elles conduiront à la cessation des paiements) pour bénéficier d'une procédure dite de sauvegarde susceptible de déboucher, après une courte période d'observation, sur un étalement du passif sur une durée pouvant atteindre 10 ans ! Pour le dire vite, les bénéficiaires du redressement judiciaire sans passer par la case cessation des paiements...

De nombreux augures s'attendaient dans ces conditions à nombre de procédures abusives conduisant aux distorsions de concurrence qu'on pouvait redouter : à quelques exceptions près, qui firent au demeurant plus sourire par leur caractère courtelinesque que confirmer ces inquiétudes, il n'en fut rien...

Très vite cependant, la profession bancaire confirma les réticences qu'elle avait fait exprimer par différents relais dès la conception du texte : ce dispositif, s'il était efficace, l'était en effet dans la plupart des cas au détriment des créanciers financiers.

Dans ce contexte, le coup de tonnerre de l'arrêt Cœur Défense de la Cour d'Appel de Paris du 25 février 2010 parut pour beaucoup sonner le glas de l'édifice législatif et réglementaire qui s'était consolidé durant cette première période de quatre ans. En construisant une sorte de théorie de l'abus de sauvegarde, la Cour prenait le risque de ruiner en pratique l'efficacité de la loi en restreignant sa portée : loi des contrats contre loi de sauvegarde en quelque sorte.

Durant les deux années qui suivirent s'ouvrit une deuxième période où l'incertitude juridique domina. Le législateur donna tout d'abord le sentiment de réaffirmer sa volonté en instituant une procédure dite de sauvegarde financière accélérée par la Loi du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière quand enfin, par un arrêt très attendu dans l'affaire Cœur Défense, la Cour de Cassation, le 8 mars 2011, remit en quelque sorte les compteurs à zéro en cassant les principales dispositions de l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 25 février 2010, dont le nouvel arrêt de la Cour d'Appel de Versailles, le 19 janvier 2012, tira très logiquement les conclusions qui s'imposaient. Fin de la théorie de l'abus de sauvegarde.

Le troisième âge de la loi de sauvegarde pouvait dès lors s'ouvrir faisant la part belle aux procédures « amont » de mandat ad hoc et de conciliation. L'efficacité de celles-ci ne fit pas seulement que se confirmer, mais s'amplifia avec l'ordonnance du 12 mars 2014 : celle-ci instaure en effet la possibilité de la négociation non plus seulement d'un accord avec les créanciers, mais celle d'une opération de cession, « pré-packagée », avec de nouveaux actionnaires, permettant ainsi de faire espérer, pour ces procédures, de nouvelles issues hors du périmètre des créanciers. Utile leur d'espoir pour les créanciers financiers, dont il est encore trop tôt pour mesurer l'effet réel.

Est-ce à dire que ce troisième âge de la loi, en principe celui de la sagesse, est appelé à perdurer en l'état ? L'art du

Retrouvez cette article sur notre site internet à l'adresse:

<http://fusions-acquisitions.fr/article/dossiers-5/sauvegarde-des-entreprises-vers-un-quatrieme-age-de-la-vie-de-la-loi-3031>

pronostic est toujours périlleux, mais il nous paraît permis de penser qu'un quatrième âge pourrait rapidement s'ouvrir, qui verrait le retour en grâce de la négociation amiable, en amont de toutes procédures : l'amont de l'amont si l'on ose dire.

L'effet dissuasif de la procédure de sauvegarde a largement atteint, bien peu en doute aujourd'hui, son objectif indirect, qui était l'entrée en négociation des créanciers avec leur débiteur. Les créanciers financiers, en particulier, ont aujourd'hui parfaitement intégré qu'un accord négocié vaut généralement mieux que celui susceptible d'être imposé par le Tribunal. Dès lors il paraît vraisemblable que certains d'entre eux accepteront de se laisser séduire, à tout prendre, par la perspective d'éviter, pour eux et leurs débiteurs, les coûts d'une procédure, fût-elle amont, et de privilégier une négociation amiable. À une condition, impérative : que celle-ci soit menée par des professionnels connaissant leurs logiques et leurs contraintes et maîtrisant parfaitement les arcanes du droit du financement.

Si amiable ne rime plus en effet, comme trop souvent, avec amateurisme, le prix à payer pour la sécurité juridique d'une procédure, qui plus est souvent davantage cosmétique que réelle, paraîtra de plus en plus, au moins dans un certain nombre de cas, disproportionné. Car même si le législateur, alerté sur ce coût élevé des procédures amont et son impact funeste sur des entreprises déjà fragilisées, a depuis 2014 introduit une nouvelle arme de dissuasion dans les mains du Président du Tribunal, qui a désormais le pouvoir de limiter d'autorité le montant des honoraires des mandataires et conciliateurs, ce dernier n'est bien souvent que la partie émergée de l'iceberg...

Si quatrième âge de la vie de la loi de sauvegarde il doit y avoir, on verrait ainsi le marché des entreprises en difficulté se structurer durablement en trois tiers : les « champions de l'anticipation » qui sauront grâce au professionnalisme de leurs conseils conduire, hors de toute procédure, des négociations fertiles et frugales avec leurs créanciers et redresser leur situation, les « anticipateurs tardifs » qui continueront à user des vertus incontestables, mais moins frugales, des procédures amont, et les inévitables et malheureux « retardataires » qui franchiront le cap fatal de la cessation des paiements avec, le plus souvent, la seule perspective de la liquidation.

Dans la vie humaine le quatrième âge précède la disparition : s'agissant de la Loi de sauvegarde et par analogie, chacun a en tête que c'est le droit européen qui pourrait porter un coup fatal à sa destinée. La technocratie de Bruxelles a souvent donné le sentiment d'un tropisme assumé pour un chapter 11 à l'européenne : son principe pourrait être équivalent au dispositif anglo-saxon, très différent du nôtre quoiqu'on ait pu en dire, lequel, pour faire très court, contraint davantage l'actionnaire et donne aux créanciers la capacité de se transformer en actionnaire de son débiteur. Bien que les difficultés économiques nourrissent les populismes de tout bord, les formations politiques européennes qui en sont les adversaires ne donnent pas le sentiment d'avoir mis au centre de leurs préoccupations programmatiques le cadre juridique du traitement des difficultés des entreprises : doit-on y voir un gage de longévité de l'innovant dispositif français, dont le quatrième âge que nous pronostiquons pourrait ainsi se prolonger ? Seul l'avenir le dira.