



QUELS OUTILS DE PRÉVENTION ET DE TRAITEMENT DES DIFFICULTÉS *POUR AIDER LES ENTREPRISES À SORTIR DE LA CRISE PAR LE HAUT?*

Les outils juridiques de prévention des difficultés tels que le mandat *ad hoc* et la conciliation doivent être utilisés par rapport à la notion d'état de cessation des paiements, prévisible ou avérée. Si la définition est bien connue, son application pratique nécessite de réaliser une analyse technique approfondie.



PAR **VÉRONIQUE
DOBELLE**

Avocate associée au
cabinet Boche Dobelle



Pourquoi tester l'état de cessation des paiements ?

Les difficultés financières d'une société peuvent conduire à une impasse de trésorerie de nature à caractériser un état de cessation des paiements. Celui-ci se définit par l'impossibilité de faire face au passif exigible avec l'actif disponible. Cette définition n'est pour autant pas toujours aisée à utiliser car cette situation peut n'être que temporaire.

Mais pour quelle raison la société devrait-elle réaliser des tests préventifs d'état de cessation des paiements alors même que le principe de continuité d'exploitation ne serait pas remis en cause par le commissaire aux comptes ?

En effet, le principe de continuité d'exploitation valorise les actifs à leur valeur d'usage pour la détermination de l'actif réalisable et disponible. Or, les actifs réalisables tels que le compte client et les stocks ne sont pas intégrés dans le calcul de l'actif disponible, ceci en application d'une jurisprudence constante relative à la caractérisation de l'état de cessation des paiements.

À l'inverse, la définition de l'état de cessation des paiements prend en compte dans le calcul de l'actif disponible la réserve de crédit non utilisée et par exemple les créances immédiatement mobilisables. Tout dépend alors concrètement de la capacité de la société à mobiliser rapidement ses ressources financières et en particulier à recouvrer rapidement ses actifs pour faire face aux dettes exigibles. Lorsque l'état de cessation des paiements est caractérisé, l'ouverture d'une procédure collective est obligatoire dans un délai maximum de 45 jours et tout retard peut être sanctionné par une interdiction de gérer et plus si cela a eu des conséquences sur l'aggravation du passif.



Anticipation et maîtrise du calendrier : deux facteurs clés

De nombreuses entreprises traversent chaque mois des crises de liquidités temporaires qui sont résolues avec quelques jours de retard. C'est pourquoi la vigilance est de mise pour éviter un glissement inéluctable vers des impasses de trésorerie répétées qui peuvent mettre en péril la poursuite de l'activité. Ainsi, l'analyse doit être menée en amont de manière sereine pour anticiper les mesures à prendre et remédier à cette situation. Cela permettra également de prévenir toute demande éventuelle d'annulation par le tribunal des décisions prises durant la période suspecte des dix-huit mois qui précèdent toute ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire.

S'il est possible de remédier durablement à la dégradation de trésorerie avec un moratoire conclu avec les principaux fournisseurs et/ou par un accord d'échelonnement des dettes fiscales sociales sans augmentation du passif qui ne serait pas financée, alors la société pourra continuer son activité sans recourir à des procédures de traitement des difficultés.

Dans le cas contraire, si la société éclairée par ses conseils constate qu'il est nécessaire de conclure un accord de restructuration avec les principaux créanciers financiers le plus souvent, celle-ci pourra alors recourir sans crainte aux procédures amiables confidentielles telles que le mandat ad hoc et la conciliation, qui permettront d'aligner les intérêts des parties prenantes. En effet, le mandat *ad hoc* et la conciliation sont des procédures confidentielles, facultatives, et engagées à la demande du dirigeant uniquement. Le mandat *ad hoc* n'a pas de durée limitée, et suppose une absence d'état de cessation

des paiements. La conciliation peut être ouverte en présence d'un état de cessation des paiements de moins de 45 jours et sa durée maximale est de cinq mois, exceptionnellement prorogée de 10 mois jusqu'au 31 décembre 2021. La conciliation a pour but de conclure un accord avec les créanciers et/ou de mener une recherche d'acquéreur en toute confidentialité si le dirigeant le sollicite expressément dès la demande de désignation du conciliateur.

La révélation de la procédure de conciliation est circonscrite aux parties à l'accord et au commissaire aux comptes qui sont tous soumis à la confidentialité. Elle emporte la suspension de la procédure d'alerte du commissaire aux comptes. L'homologation de l'accord de conciliation par le tribunal éteindra tout état de cessation des paiements et permettra à la société de retrouver les conditions nécessaires à une activité pérenne.

En ce qui concerne les créanciers publics, le cadre de la conciliation permet d'engager favorablement dès le début de la procédure l'obtention des moratoires fiscaux et sociaux auprès des CCSSF ou bien du CIRI et permettra de demander le remboursement anticipé des créances de *carry back* dans le cadre de l'accord de conciliation qui sera conclu. Cette procédure implique le plein accord des parties prenantes, qui sera acté unanimement dans l'accord de conciliation. Cependant, tout créancier appelé à la conciliation qui refuserait de renoncer à l'exigibilité de sa créance pourra se voir imposer des délais par le juge de la conciliation, en application du dispositif de loi ASAP reconduit pour 2021. À l'inverse, tout créancier qui souhaite concourir à la résolution des difficultés de la société peut bénéficier de la déductibilité des abandons de créances à caractère commercial en cas d'accord de conciliation constaté ou homologué. Enfin, l'apporteur d'argent frais bénéficie du privilège de *new money*,

qui lui permet d'être remboursé en priorité en cas d'ouverture d'une procédure collective ultérieure.

Pour autant, si le déséquilibre de l'actif disponible face au passif exigible ne peut pas être résolu par une procédure amiable confidentielle de mandat *ad hoc* ou de conciliation, il faudra alors préparer l'ouverture d'une procédure collective qui présente un caractère obligatoire.

L'ouverture d'une procédure de conciliation permet aussi de mener l'analyse de manière évolutive, et, le cas échéant, de guider la recherche d'une solution de pérennité via le prépack cession. Ce processus consiste à rechercher de manière anticipée une solution de cession du capital ou des actifs dans le secret de la conciliation, pour être mise en œuvre dans le cadre d'une procédure collective avec l'adoption rapide d'un plan de cession si la proposition reçue ne permet pas de régler le passif exigible.

À la lumière de tout ce qui précède, le test de l'état de cessation des paiements doit être réalisé avec en toile de fond l'interaction de la société avec le groupe auquel elle appartient et les conventions applicables, ses clients, ses salariés, ses fournisseurs stratégiques, ses prêteurs, son assureur-crédit. L'objectif de ce test est primordial pour décider de recourir à la mesure la plus adaptée au traitement des difficultés: un mandat *ad hoc* ou une conciliation, qui sont des procédures amiables confidentielles et facultatives, ou bien une procédure collective publique préventive telle que la sauvegarde en présence de difficultés prévisibles insurmontables, le redressement ou la liquidation judiciaire en présence d'un état de cessation des paiements avéré.

1— L 631-1 Code de Commerce
 2— L 123-20 Code de Commerce
 3— L 232-2 Code de Commerce
 4— L 653-8 Code de Commerce
 5— Ordonnance n°2020-1443 du 25 novembre 2020
 6— CGI, art. 220 quinquies mod. par L. n° 2020-1721, 29 déc. 2020, art. 19, 2
 7— Article L 611-7 modifié par la loi ASAP applicable jusqu'au 31 décembre 2021
 8— L 611-8 Code de Commerce
 9— L 611-11 Code commerce