

DE L'USAGE DU PRÉ-PACK CESSION DANS LA REPRISE D'UNE CLINIQUE EN DIFFICULTÉ

*par Mathias Vuillermet, avocat associé, et Dehlila Micoud, avocat,
cabinet Fiducial Legal by Lamy*



Mathias Vuillermet



Dehlila Micoud

Le regroupement de l'offre de soins souhaité par les pouvoirs publics et la désaffection des zones rurales sont à l'origine des difficultés financières rencontrées par de nombreuses cliniques situées en dehors des grands pôles urbains.

Si ces difficultés sont suffisamment anticipées, la restructuration du passif et le redimensionnement de l'activité peuvent permettre une poursuite de l'exploitation de la même personne morale demeurée « in bonis ».

Mais lorsque l'état de cessation des paiements guette, le dépôt de bilan aboutit le plus souvent à une liquidation judiciaire du fait principalement de deux obstacles majeurs rendant l'activité de soins incompatible avec les procédures collectives classiques : (i) la confiance de la patientèle qui voit dans les difficultés économiques une source d'insé-

rité de l'outil médical et des soins, et (ii) l'indispensable sésame de l'Agence Régionale de Santé (ARS) pour le transfert du bénéfice des autorisations de soins à tout repreneur potentiel.

Toute cession judiciaire d'une clinique suppose donc que le repreneur soit identifié et que les conditions de la cession aient été négociées en amont de l'ouverture de la procédure collective, afin de limiter la durée de cette dernière à sa portion congrue et de pouvoir soumettre la candidature du repreneur au visa préalable de l'ARS.

Cette préparation d'une cession judiciaire accélérée trouve dès lors logiquement sa place dans la procédure dite de "pré-pack cession" mise en place par l'ordonnance du 12 mars 2014.

Le cas :

Le cas soumis à l'analyse est celui d'une clinique située en bordure d'une ville d'environ 10.000 habitants et ayant fait l'objet d'une reprise in bonis quelques années plus tôt, mais dont la charge du crédit-vendeur obère substantiellement les résultats d'exploitation.

Un acteur régional de premier plan du monde de la santé est alors contacté pour envisager une reprise du capital.

Après réalisation d'un audit d'acquisition, les négociations avec les créanciers tournent rapidement court dans la mesure où le candidat repreneur est confronté à la problématique suivante : l'ARS est encline à valider à son profit le transfert des autorisations de soins à la condition d'une reprise de la (quasi) totalité des 100 salariés du site, laquelle reprise suppose pour sa part un business-plan expurgé de la quasi-totalité du passif.

Dès lors et de deux choses l'une, soit une négociation aboutit rapidement avec les principaux créanciers de la clinique, soit la cession devra intervenir dans le cadre d'une procédure collective permettant un apurement préalable du passif.

La poursuite des négociations d'une reprise in bonis devait donc coïncider avec la préparation d'une procédure collective dont la durée ne devait pas dépasser quelques semaines, sauf à compromettre définitivement la pérennité de l'exploitation de la clinique.

Les deux grandes caractéristiques du "pré-pack cession" se trouvaient ainsi réunies, à savoir la poursuite des négociations en vue d'une cession sous l'égide d'un conciliateur qui – à défaut d'y parvenir dans le cadre d'un accord avec la majorité des créanciers – endossera l'habit d'administrateur judiciaire et procédera à une vente à la barre du Tribunal après clôture de la conciliation et ouverture d'une courte procédure de redressement judiciaire.

C'est dans ce contexte qu'a été envisagé le recours à la technique du "pré-pack" cession, sorte d'interface entre les cessions amiables et judiciaires qui s'impose à première vue comme une mesure adaptée à la transmission d'établissements de soins, mais dont certains pans ne sont pas exempts de difficultés, principalement en terme de délais.

Les avantages d'une négociation amiable confidentielle :

Le Pré-pack rompt avec la pratique de la cession judiciaire et facilite la transmission d'entreprise dans un cadre de négociations proche du contrat permettant de préserver les capacités de l'entreprise et son chiffre d'affaires.

La participation active du dirigeant au processus de reprise - à l'inverse d'une cession intervenant dans le strict cadre d'une procédure collective vécue la plupart du temps comme une véritable expropriation – contribue à une information plus efficace du repreneur.

Cette information est fondamentale dans le cadre de la transmission d'un établissement de soins puisqu'elle concerne - au-delà des renseignements économiques usuels – tous les aspects techniques propres à l'activité (organisation des soins et services médicaux, validation et transmission des contrats d'exercice libéral des Médecins, etc.), indispensables à la poursuite de l'exploitation.

Le cadre confidentiel de négociation et de préparation des offres permet en outre de préserver l'image et la réputation de l'établissement de soins mais surtout la confiance de sa patientèle, ce qui constitue la clef du succès de la cession.

Surtout, et c'est là le principal avantage de la cession "pré-packée", les offres sont reçues par le Conciliateur avant l'ouverture d'une procédure collective, sans pâtir des effets dégradants d'un appel d'offres ni de la large publicité de la procédure.

Il existe à ce sujet un véritable dilemme pour le Conciliateur qui doit par tous moyens préserver la confidentialité de la procédure amiable pour en assurer l'efficacité, tout en garantissant une recherche et une mise en concurrence des éventuels candidats, sous le contrôle a posteriori du Tribunal et du parquet.

À ce titre, le conciliateur a l'obligation d'accomplir des démarches - répondant à l'exigence de "publicité suffisante" prescrite par l'article R.642-40 al. 3 du Code de commerce¹ - lui permettant de rechercher de manière confidentielle des repreneurs potentiels afin que la cession judiciaire ne soit pas réalisée "en catimini" au profit d'un candidat pré-identifié.

Dans le cas soumis à l'analyse, le conciliateur s'est prêté à cette obligation de mise en concurrence en circularisant

¹ R.642-40 al.3 : «Compte tenu de la nature de l'activité en cause, les démarches» effectuées par le mandataire ad hoc ou le conciliateur désigné en application des articles L. 611-3 ou L. 611-6 ont assuré une publicité suffisante de la préparation de la cession.»

des courriers types – ne contenant aucune indication sur l'identité de l'entreprise ni son état de conciliation – auprès des personnes susceptibles d'être intéressées par l'activité dont la liste lui avait préalablement été fournie par le dirigeant.

Le choix de cette méthode simplifiée – en accord avec le Président du Tribunal – s'imposait du fait de la nature particulière de "l'activité en cause" permettant de cibler les éventuels candidats à la reprise dans le délai restreint (quelques semaines en l'espèce) entre l'ouverture de la conciliation et celle du redressement judiciaire.

Cela étant, et si aucune marque d'intérêt n'a en l'occurrence été exprimée, une telle concurrence aurait quoi qu'il en soit pu apparaître artificielle dans la mesure où le candidat pressenti (i) disposait d'une longueur d'avance du fait de l'audit d'acquisition réalisé en amont et (ii) avait d'ores et déjà sollicité et recueilli l'accord de principe de l'ARS.

Car s'il appartient au Tribunal d'arrêter le plan de cession au profit du candidat ayant présenté l'offre la "mieux disant" en terme de prix, de maintien de l'emploi et de viabilité du projet, le dernier mot revient en définitive à l'ARS qui – nous y reviendrons – ne confirmera le transfert des autorisations de soins qu'au profit du candidat qu'elle aura préalablement approuvé.

Le principal épouvantail attaché au pré-pack cession – à savoir la crainte d'un favoritisme du candidat au pré-pack au détriment d'un cessionnaire potentiellement mieux disant qui aurait pu se déclarer dans le cadre d'une procédure collective classique – se trouve donc réduit à néant en matière de soins au regard de la nécessaire "validation" en amont par l'ARS du choix du repreneur, empêchant en pratique toute offre concurrente par un tiers.

L'accélération du processus de cession après l'ouverture du redressement judiciaire :

Si l'anticipation - qui est l'une des caractéristiques de la cession Prepackée – se matérialise tout d'abord par la préparation confidentielle de l'offre en phase de conciliation, elle s'exprime ensuite lors du basculement dans la procédure collective par une accélération du processus de cession.

L'objectif est de réduire au maximum "l'instruction publique" du plan de cession qui aura été préparé en amont en phase amiable.

D'un point de vue pratique, la préparation de l'offre en conciliation se déroule de la même manière que dans le cadre d'une procédure collective, puisque le candidat doit

formaliser une offre comportant les mêmes éléments et informations.

Une fois l'offre déposée, le Conciliateur saisit le Tribunal de commerce d'une demande d'ouverture d'un redressement judiciaire dont le jugement fixe la date à laquelle le plan de cession sera arrêté avec, le cas échéant, une date limite de dépôt des offres (DLDO) concurrentes à celle préparée en conciliation.

L'article L. 642-2 I alinéa 2 du Code de commerce donne alors la clef de l'accélération du processus en stipulant que le Tribunal n'est pas contraint, lors de l'ouverture de la procédure collective, de fixer une DLDO si les offres "formulées dans le cadre des démarches effectuées par le mandataire ad hoc ou le conciliateur" sont satisfaisantes et contiennent l'ensemble des informations requises par le II de ce même article (prix offert, conditions de règlement...).

Si le Tribunal estime – après avoir apprécié le caractère suffisant, au regard de l'activité concernée, des recherches d'offres concurrentes par le conciliateur – que l'offre présentée remplit les deux conditions posées par l'article susvisé, il n'y a alors pas lieu de rechercher des candidats repreneurs supplémentaires.

Dans ces conditions, la publicité par voie de presse - qui dans le cas contraire est obligatoire et impose en général le respect d'un calendrier compris entre quinze jours et trois semaines au minimum entre l'appel d'offre et la DLDO - n'est pas indispensable.

Un arbitrage délicat incombe donc à l'ensemble des acteurs de la procédure entre d'un côté, la célérité voulue par la vente Prépackée enclenchée et, de l'autre, la publicité nécessaire à la transparence et à la sécurisation du mécanisme qui, à défaut, s'expose à la censure du Tribunal ou aux recours des tiers.

Au cas d'espèce, et après s'être assuré que le processus de recherche de candidats en phase amiable était suffisant et que l'offre déposée répondait aux conditions de forme posées par l'article L642-2-II du Code de commerce, le Tribunal de commerce a ouvert une procédure de redressement judiciaire le 5 juillet 2016 en fixant l'audience d'examen des offres au 22 juillet suivant, sans publicité ni recherche d'autres candidats afin notamment d'éviter toute complication des discussions d'ores et déjà engagée avec l'ARS en phase de conciliation.

Bien qu'insuffisante en terme de prix – aux dires à tout le moins de l'administrateur judiciaire – l'offre déposée par le repreneur pressenti a ainsi bénéficié d'une certaine ex-

clusivité implicitement justifiée par l'activité de soins concernée qui, d'une part, n'aurait pu endurer l'allongement des délais liés à l'appel d'offre et, surtout, rend ce dernier illusoire du fait du visa obligatoire d'ores et déjà donné par l'ARS au premier impétrant.

Pour le reste, les modalités et conditions de l'offre ayant été largement débattues en phase amiable, l'administrateur judiciaire s'est ensuite attaché à finaliser la solution de cession, par le jeu notamment des améliorations de l'offre jusqu'à 48 heures avant la date d'audience.

Par jugement en date du 22 juillet 2016, le Tribunal de commerce a arrêté le plan de cession de l'établissement de soins au profit du seul candidat au Prépack.

L'apparente cohérence du processus a néanmoins mis en lumière deux incompatibilités notoires entre le mécanisme du Prépack et certains délais impératifs ou incompressibles.

Les incompatibilités de délais liées au mécanisme du Prépack :

Comme tout mécanisme accéléré, le Prépack s'accommode mal des délais impératifs de protection des tiers tels que ceux issus du Droit du travail.

Dans l'hypothèse où l'offre envisagée par le candidat au Prépack prévoit la mise en œuvre d'un Plan de Sauvegarde de l'Emploi (PSE) – qui, pour rappel, s'applique aux entreprises employant au moins 50 salariés dès lors que les licenciements économiques concernent au moins 10 personnes sur une même période de 30 jours – celui-ci impose de respecter certains délais prévus par les différents textes du Code du travail pour la convocation des institutions représentatives du personnel et l'obtention de leurs avis.

Bien que les dispositions combinées des articles L. 631-19, III, du Code de commerce et L. 1233-58 et L. 1233-34 du Code de travail ne rendent obligatoire qu'une seule réunion de consultation du comité d'entreprise, l'avis du comité et, le cas échéant, du CHSCT doivent être rendus au plus tard le jour ouvré avant l'audience du tribunal de commerce statuant sur le plan.

En l'espèce, le nombre de postes repris s'élevait dans l'offre originelle à 85 sur 100 salariés, ce qui supposait l'organisation par la procédure d'un PSE.

L'adoption d'un PSE aurait toutefois conduit au renvoi de l'audience d'adoption du plan - du fait de l'incompatibilité des délais de convocation des institutions représentatives du personnel avec celui accordé par le Tribunal pour la

présentation des offres - ce que la trésorerie tendue de l'entreprise et les contraintes susvisées ne permettraient pas.

Pour contourner cette difficulté, le candidat à la reprise n'a donc eu d'autre choix que de consentir – en guise d'amélioration de son offre – à revoir à la hausse le nombre d'emplois repris, évitant par là-même à la procédure d'avoir à supporter le coût du plan et des licenciements en résultant.

Autre délai apparaissant incompatible avec la procédure accélérée du Prépack, toute reprise d'un établissement de soins se trouve normalement conditionnée au transfert effectif des autorisations par l'ARS.

Car s'il est possible et souhaitable, lors de la phase de conciliation, d'inviter l'ARS à donner un accord de principe sur le candidat pressenti, cet accord devra ensuite être confirmé par une procédure spécifique - supposant l'instruction du dossier par une commission et la prise de décision par décret du directeur de l'ARS - dont les délais (généralement compris entre 3 et 6 mois) sont là encore inconciliables avec la durée écourtée du Prépack.

Afin d'amoindrir le risque, la volonté ferme de l'ARS a en l'espèce été formalisée par une attestation de sa Directrice actant du transfert effectif des autorisations de soins au jour de l'arrêté du plan de cession par le Tribunal, et confirmée le jour de l'audience par un représentant de l'ARS – dûment convoqué – permettant ainsi à la clinique de poursuivre sans interruption son activité.

Cela étant, si ces précautions permettent a priori de se prémunir contre un revirement de position de l'ARS, la réalité reste que seul le décret ultérieur entérinera juridiquement le transfert des autorisations de soins, conférant entre-temps une certaine précarité au Cessionnaire de la clinique.

En définitive, la meilleure protection du Cessionnaire Prépacké reste l'engagement public généralement pris par l'ARS auprès des autorités locales dans le cadre des discussions préparatoires, déplaçant l'enjeu d'une éventuelle volte-face sur le terrain politique.

Au-delà des problématiques juridiques et contraintes de délais, la célérité inhérente et indispensable au mécanisme du Prépack implique d'ailleurs une grande motivation du candidat à la reprise qui, malgré l'urgence, doit déployer des efforts considérables pour mobiliser les différents acteurs salariés, médicaux, politiques et administratifs du dossier.

Le "sprint" du Prépack nécessite donc, pour le repreneur et ses conseils, d'être bien entraînés !