PREPACK PLAN OU PREPACK CESSION : DEUX PROCÉDURES À CONNAÎTRE FACE AU MUR DE LA DETTE

par Marie Robineau et Kristell Quelennec,
avocates associés du département Entreprises en Difficulté, Simon Associés

Marie Robineau

Kristell Quelennec

Plus les difficultés sont détectées en amont, meilleures sont les chances de les traiter efficacement. Partant de ce constat indiscutable, la volonté affirmée du Législateur, depuis plusieurs décennies, est de favoriser le recours à la prévention des difficultés des entreprises tout en replaçant le dirigeant au centre de cette préoccupation. A ainsi été consacrée la procédure de conciliation, héritière améliorée du règlement amiable.

Le succès de la procédure de conciliation n'est plus à défendre ; procédure par définition volontariste, confidentielle et négociée, elle offre au débiteur un cadre sécurisé de discussions avec ses partenaires non contraints, conserve la valeur de l'entreprise et avec elle, le tissu économique et social. Toutefois, en tant que procédure autonome de prévention, la procédure de conciliation montre certaines limites face à l'objectif souhaité de sauvetage de l'entreprise, dès lors que - sans accord unanime des créanciers - elle est vouée à l'échec.

En effet, les discussions menées dans ce cadre privilégié peuvent laisser entrevoir la voie d'une sortie satisfaisante des difficultés rencontrées par le débiteur, soit par l'arrivée d'un repreneur fiable, soit par l'adoption d'un plan de redressement viable.

La conciliation, dans son mécanisme originel, n'offrait pas cette alternative puisque son succès reposait exclusivement sur l'adhésion à un accord de restructuration par tous, débiteur et créanciers.

De tels obstacles méritaient que le cadre législatif s'adapte. L'Ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des

procédures collectives a, notamment, su tirer les leçons de ces imperfections en instaurant deux outils, inspirés du modèle anglo-saxon, permettant de combiner les avantages de la prévention à ceux des procédures collectives.

Ont ainsi émergés les *prepacks*. D'un côté (i.) la sauvegarde accélérée (inspirée de la sauvegarde financière accélérée, elle-même inspirée du Droit américain du *prepackaged restructuring plan*), de l'autre (ii.) le *prepack cession* (également inspiré du modèle américain du *pre-arranged sales*).

Deux « passerelles » entre l'amiable et le collectif, avec des finalités différentes mais construites sur une même philosophie : anticiper pour mieux sauver, éviter la perte de valeur inhérente à une publicité collective trop longue, sécuriser prioritairement l'emploi.

Si la sauvegarde accélérée a pour objectif d'aboutir, par la restructuration négociée de l'endettement de l'entreprise, à un plan de sauvegarde sans modification de la structure d'origine, le *prepack cession* s'inscrit quant à lui dans l'optimisation d'un plan de cession, total ou partiel, de l'activité.

Ces deux schémas, construits en phase préventive favorisent ainsi - par leur nécessaire confidentialité - dans un temps extrêmement raccourci, l'adoption, en phase judiciaire, de solutions bénéficiant des avantages de la discipline collective.

Malgré la volonté du législateur de les rendre attractives, ces deux procédures restent aujourd'hui peu utilisées.

Leur efficacité n'est cependant pas à négliger quand les conditions d'éligibilité et l'activité de la société concernée, s'y prêtent.

« Prepack plan » ou sauvegarde accélérée

Née du souhait d'élargir le champ d'application de la sauvegarde financière accélérée exclusivement dédiée à la restructuration financière de l'entreprise (Loi n°2010-1249 du 22 octobre 2010), la sauvegarde accélérée a été conçue avec l'objectif de toucher un plus grand nombre de créanciers permettant l'adhésion en amont, à la majorité, d'un plan de sauvegarde.

Si la sauvegarde financière accélérée en est désormais une variante, l'esprit qui a présidé à son adoption demeure. Il s'agit pour le débiteur de bénéficier d'un plan négocié de restructuration avant l'ouverture d'une procédure collective qui sera, quant à elle, d'une durée maximale de trois mois.

« La procédure de sauvegarde accélérée est ouverte à la demande d'un débiteur engagé dans une procédure de conciliation qui justifie avoir élaboré un projet de plan tendant à assurer la pérennité de l'entreprise. Ce projet doit être susceptible de recueillir, de la part des créanciers à l'égard de qui l'ouverture de la procédure produira effet, un soutien suffisamment large pour rendre vraisemblable son adoption dans le délai prévu à l'article L. 628-8 ou, le cas échéant, à l'article L. 628-10. » (C. com. art. L. 628-1 al. 2).

A l'instar du *prepack cession*, la solution de sortie se construit en phase préventive (exclusivement en conciliation au contraire du *prepack cession*). A la différence, a priori, du *prepack cession* dont l'option peut être envisagée dès l'ouverture de la procédure préventive, la sauvegarde accélérée est une solution discutée en cas d'échec de la conciliation puisque sa raison d'être réside précisément dans la possibilité de passer outre le refus de créanciers minoritaires récalcitrants.

Avec la sauvegarde accélérée les créanciers financiers ne sont plus les seuls concernés. Tous les créanciers assujettis à déclarer leurs créances (créanciers antérieurs) pour autant qu'ils soient membres des comités de créanciers et, les cocontractants, se trouvent soumis à la discipline du plan.

Hors comités, la procédure montre ses limites puisque le tribunal ne pourra pas imposer des délais uniformes comme l'y autorise la sauvegarde de droit commun. Ces créanciers seront ainsi consultés individuellement sur les propositions de délais et remises. Toutefois, en cas de refus, les créances devront être réglées à échéance (où dès l'arrêté du plan dans l'hypothèse d'une date d'échéance antérieure).

Le temps de la conciliation (éventuellement précédée d'un mandat ad hoc) sera mis à profit pour - après constat de l'impossibilité de dégager un accord négocié à l'unanimité des créanciers sur le traitement de la dette -rechercher un accord sur un projet plan de sauvegarde qui devra recueillir un soutien suffisamment large pour rendre vraisemblable, en phase judiciaire, son adoption par les comités de créanciers (financiers, fournisseurs et éventuellement assemblée des obligataires).

C'est sous cette condition que la procédure de sauvegarde accélérée sera ouverte ; autant dire que le rapport du conciliateur (qui deviendra en pratique l'administrateur judiciaire) ayant accompagné l'entreprise, établi et déposé à cette occasion, est essentiel dans l'appréciation du tribunal.

D'un cadre contractuel confidentiel, la procédure bascule alors dans une phase collective et publique aux fins exclusives d'adoption du projet du plan de sauvegarde par les comités de créanciers.

Si cette « passerelle » permet au débiteur de bénéficier des règles protectrices essentielles de la discipline collective

(gel du passif, interdiction des poursuites et des inscriptions, suspension du cours des intérêts etc.), il importe toutefois qu'elle soit de très courte durée (3 mois sans aucune possibilité de prorogation) pour ne pas impacter la valeur de l'entreprise ; sa sortie annoncée dès son ouverture participe de ce principe d'efficacité.

En allant plus loin que la sauvegarde de droit commun (au-delà des attraits indéniables d'un passage obligatoire par la procédure préventive de conciliation, on peut citer à titre d'illustrations, la possibilité d'ouvrir une telle procédure nonobstant l'existence d'un état de cessation des paiements de moins de 45 jours et la non-application des règles relatives à la résiliation de plein droit des contrats), la procédure de sauvegarde accélérée constitue un outil efficace d'anticipation des difficultés des entreprises et de restructuration « forcée » des principales dettes, en cohérence avec la rentabilité dégagée par l'entreprise.

Elle demeure pourtant peu employée.

Son intérêt bien compris du Législateur a poussé le Gouvernement - autorisé par la Loi d'urgence du 23 Mars 2020 à légiférer par voie d'ordonnances- dans la crise sanitaire actuelle inédite liée au covid-19 impactant sévèrement notre économie, à la revaloriser.

Au titre de ces mesures transitoires, le Gouvernement a adopté l'Ordonnance du 20 mai 2020 (Ord. N°2020-596) dont les mesures favorisent la procédure de conciliation.

En son article 3, l'Ordonnance permet d'élargir le champ d'application de la sauvegarde accélérée et financière accélérée à des sociétés qui n'étaient jusqu'ici, par principe, non éligibles à la procédure, au regard des seuils imposés par l'article D. 628-3 du code de commerce (comptes certifiés par un commissaire aux comptes ou établis par un expert-comptable ; nombre de salariés et chiffre d'affaires ou total de bilan excédant au moins l'un des seuils suivants : 20 salariés, 3 M € de chiffre d'affaires hors taxes ou 1,5 M € de total de bilan pour le dernier exercice clos).

Contrepartie de la souplesse transitoire octroyée, l'alinéa 2 de l'article 3 prévoit, qu'en cas d'échec de l'adoption du plan par l'emploi du mécanisme de la sauvegarde accélérée ou financière accélérée, la possibilité, pour le débiteur, l'administrateur, le mandataire judiciaire, ou le ministère public, de solliciter, sans délai, une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire.

« Prepack cession » ou plan de cession pré-négocié

Le *prepack cession* a également été introduit par l'ordonnance du 12 mars 2014 qui prévoit que le conciliateur peut « *être chargé, à la demande du débiteur et après avis des créanciers participants, d'une mission ayant pour objet la cession partielle ou totale de l'entreprise qui pourrait être mise en œuvre, le cas échéant, dans le cadre d'une procédure collective ultérieure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire* » (C. com. art. L. 611 7).

Seul le dirigeant a qualité pour demander qu'une mission de *prepack cession* soit confiée à un mandataire ad hoc ou au conciliateur.

Cette décision va ainsi intervenir suivant le constat fait par le dirigeant que tout plan de redressement est impossible, compte tenu du montant des dettes et/ou de l'impossibilité pour les actionnaires de soutenir financièrement l'entreprise.

En lien avec le dirigeant, le conciliateur sera ainsi chargé d'organiser la cession totale ou partielle de l'entreprise qui est, par la suite, mise en œuvre dans le cadre d'une procédure collective. Le tribunal arrêtera ainsi un plan de cession « prénégocié ».

Ce mécanisme a pour but ; à l'initiative du dirigeant, d'organiser la cession de l'entreprise dans un cadre confidentiel, ce qui permet *in fine* de sauvegarder l'image, la valeur de l'entreprise et la confiance de ses partenaires (clients, fournisseurs, banques...).

La confidentialité attachée à la procédure de prévention permet à l'entreprise qui en bénéficie de ne pas subir les impacts négatifs inhérents à une procédure judiciaire, dont une destruction inéluctable de la valeur de l'entreprise.

Cependant, dans le cadre de la recherche de candidats à la reprise, le conciliateur se doit de garantir une recherche et une mise en concurrence des éventuels candidats, sous le contrôle *a posteriori* du tribunal et du parquet.

En pratique, le conciliateur va prendre des contacts avec des repreneurs potentiels, sur la base d'une liste établie d'un commun accord avec le dirigeant et va publier un appel d'offre anonyme en fixant une date limite de dépôt des offres.

Cette recherche de candidats à la reprise constitue certes, une entorse au principe de confidentialité mais apparait indispensable pour éviter tout soupçon de favoritisme, et préserver ainsi in fine l'intérêt des créanciers, avec un prix de cession « juste ».

Au sein de son offre de reprise, le candidat repreneur devra notamment déterminer le prix de cession, le nombre de salariés repris, les contrats dont le transfert judiciaire est sollicité ainsi que les actifs et stocks qu'il entend reprendre.

Si la ou les offres déposées à la date limite de dépôt des offres sont satisfaisantes, fermes et définitives, le dirigeant

sollicitera alors l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire avec poursuite d'activité. Le conciliateur sera alors nommé en qualité d'administrateur judiciaire.

Au regard des offres déposées et du rapport établi par le conciliateur, le tribunal pourra alors décider, après avoir recueilli l'avis du ministère public, de ne pas faire de nouvel appel d'offre ni fixer de nouvelle date limite de dépôt des offres.

Le tribunal fixera alors, dès le jugement d'ouverture, la date de l'audience d'examen des offres de reprise. Cette audience interviendra dans un délai de 3 à 4 semaines.

Ce court délai entre l'ouverture de la procédure collective et l'arrêté du plan de cession constitue le principal intérêt du *prepack cession*.

Au cours de l'audience qui arrêtera le plan de cession, le tribunal analysera les offres de reprise, au regard des trois critères habituels, à savoir : la préservation de l'emploi, la pérennité du projet de reprise et le prix de cession offert.

En pratique, le candidat dont l'offre de reprise aura été retenue par le tribunal, entrera en jouissance des actifs repris, le jour même ou les jours suivants le prononcé du jugement. Dans ce cadre, les éventuels coûts de licenciement des salariés non repris seront pris en charge par la procédure collective. Les dettes et sûretés (sauf quelques exceptions légales) ne seront pas opposables au repreneur.

La société dont les actifs ont été repris sera in fine liquidée puis radiée du registre du commerce et des sociétés.

Ainsi, face à la rapidité et à l'efficacité du *prepack cession*, cette procédure, au cours des derniers années, tend à se développer, et ce quelque soit la taille de l'entreprise cible.

Compte tenu de la crise sanitaire actuelle et des nouvelles dettes contractées par les entreprises pour y faire face, tout porte à croire que la procédure de *prepack cession* va continuer à se développer. Il apparait ainsi important que les dirigeants, les investisseurs aient connaissance de cette procédure tant pour préserver la valeur des entreprises que pour organiser des opérations de croissance externe par la reprise d'entreprises en difficulté, dans un cadre sécurisé.