

Quelles possibilités pour les entreprises en difficulté après la crise sanitaire ?

Séminaire en ligne Van Ham – 27 octobre 2020



Les mesures préventives et les accords amiables

Cédric Alter

www.janson.be

PLAN

- I. LE MEDIATEUR D'ENTREPRISE
- II. L'ACCORD AMIABLE HORS PRJ
- III. MESURES EXCEPTIONNELLES DE CRISE ?

I. LE MEDIATEUR D'ENTREPRISE

- Article XX.36 CDE :

§ 1er. Lorsque le débiteur le demande, le président du tribunal peut désigner un médiateur d'entreprise en vue de faciliter la réorganisation de tout ou partie de ses actifs ou de ses activités.

Le débiteur peut proposer le nom d'un médiateur d'entreprise.

§ 2. Si le débiteur fait l'objet d'un examen et a été convoqué par le juge conformément à l'article XX.25, la demande est adressée à la chambre des entreprises en difficulté.

I. LE MEDIATEUR D'ENTREPRISE

§ 3. La demande de désignation d'un médiateur d'entreprise n'est soumise à aucune règle de forme et peut même être formulée oralement.

Le président du tribunal ou la chambre des entreprises en difficulté qui accède à la demande fixe par ordonnance donnée en chambre du conseil l'étendue et la durée de la mission du médiateur d'entreprise dans les limites de la demande du débiteur.

I. LE MEDIATEUR D'ENTREPRISE

§ 4. La mission du médiateur d'entreprise tend, que ce soit en dehors ou, le cas échéant, dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire, à préparer et favoriser soit la conclusion d'un accord amiable [...], soit l'obtention de l'accord des créanciers sur un plan de réorganisation [...], soit le transfert sous autorité de justice à un ou plusieurs tiers de tout ou partie des actifs ou des activités [...].

§ 5. La mission du médiateur d'entreprise prend fin lorsque le débiteur ou le médiateur d'entreprise le décident et en informent le président du tribunal.

I. LE MEDIATEUR D'ENTREPRISE

§ 6. Lorsqu'il constate la fin de la mission du médiateur d'entreprise, et dans le cas où l'état définitif des frais et honoraires n'a pas fait l'objet d'un accord, le président du tribunal arrête un tel état.

§ 7. La créance du médiateur d'entreprise en rapport avec la médiation bénéficie du privilège prévu aux articles 17 et 19, 1°, de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851 en cas de concours subséquent ou est traitée comme une créance sursitaire extraordinaire dans le cadre d'un plan de réorganisation

I. LE MEDIATEUR D'ENTREPRISE

- Souplesse

- Procédure à la disposition exclusive du débiteur

- La demande n'est soumise à aucune forme

- > simple courrier au président du tribunal de l'entreprise ou à la chambre des entreprises en difficulté

- > demande peut même être verbale !

I. LE MEDIATEUR D'ENTREPRISE

- Confidentialité

- Ordonnance est prononcée en chambre du conseil et n'est pas publiée au Moniteur belge
- Médiateur tenu à une obligation de discrétion
- Pas d'obligation de rendre compte au tribunal (sauf accord du débiteur)
- Pas d'obligation de communication au conseil d'entreprise
- Pas d'obligation de publication pour les sociétés cotées

I. LE MEDIATEUR D'ENTREPRISE

- Rôle(s) du médiateur

- “Coaching”

Il avait déjà été souligné sous la LCE que le rôle du médiateur d'entreprise pourrait s'apparenter à un « coaching » doublé d'une « intermédiation » entre le débiteur et ses créanciers.

Sur l'aspect « coaching », l'entrepreneur en difficulté pourra en effet utilement se faire aider par un médiateur qui pourra, avec lui, la voie la plus adaptée à sa situation (en dehors ou dans le cadre d'une des procédures de réorganisations judiciaires).

I. LE MEDIATEUR D'ENTREPRISE

- Rôle(s) du médiateur

- “Intermédiaire” entre l’entreprise et les créanciers

Les travaux préparatoires de la LCE précisait que le législateur « a voulu, à dessein, éviter d’organiser la médiation selon les modalités strictes du Code judiciaire » et que c’est volontairement que la loi relative à la continuité des entreprises ne mettait pas d’exigence quant à l’agrément du médiateur ou quant à sa formation préalable, de telle sorte que « la vie des affaires » devait permettre « de désigner la personne la plus adéquate ».

Qu’il s’agisse d’un avocat, d’un professionnel du chiffre ou d’un consultant, le médiateur pourra engager un dialogue avec les créanciers, avec une indépendance et une autorité qui s’attachent à sa fonction.

I. LE MEDIATEUR D'ENTREPRISE

- Rôle(s) du médiateur

- Autres rôles ? Prepack, coopération internationale

La figure du médiateur, par sa souplesse et la confidentialité y afférente, permet également des restructurations sophistiquées, analogues aux procédures 'prepack' anglosaxonnes. L'idée est de préparer en amont d'une procédure collective une solution qui pourrait avoir l'aval du tribunal et des créanciers, de telle sorte que lorsque la procédure devient officielle et publique, elle soit la plus courte possible et la moins perturbatrice de l'activité de l'entreprise.

Le médiateur peut aussi intervenir comme 'praticien de l'insolvabilité' dans le cadre d'une coopération internationale

I. LE MEDIATEUR D'ENTREPRISE

- Exemple tiré de la pratique :

- Pain Quotidien :

Sont désignés en qualité de médiateurs de l'entreprise avec mission de coopérer avec les entreprises du périmètre de la maison mère et ses conseils, en toute transparence et loyauté, en respectant la confidentialité tant envers les tiers que le débiteur sauf son accord pour :

Partie Accord amiable

Médier les intérêts du débiteur, de ses créanciers et stakeholders ce qui inclut ceux de ses filiales viables en négociant avec les créanciers de la requérante toute forme d'accords amiables qui permettent soit de financer la période d'observation entre ce jour et l'ouverture de la procédure puis l'homologation de l'éventuel transfert sous autorité de justice soit d'acter des abandons de créance de la part des créanciers que d'acter un transfert d'actifs et d'activités

I. LE MEDIATEUR D'ENTREPRISE

Partie Prépack

Définir et relater dans des écrits ce qui pourrait être l'objet d'une cession dans le cadre d'une PRJ transfert dans toutes et chacune des entités du groupe et d'identifier toutes les informations qui devraient être reprises en data room pour permettre au tribunal et aux Repreneurs d'avoir une vision claire des faits

Préparer tout ce qui peut être préparé des documents et informations dont aura besoin ensuite le mandataire au transfert comme par exemple un projet laissé ensuite à son choix de cahier des charges

Rechercher et solliciter des offres des personnes qui ont déjà été abordées et aborder celles qui ne l'ont pas encore été pour envisager leur intérêt à la prise d'une participation au capital ou à un rachat total des actions ou à un rachat des actifs existants dans les différentes entités Répondre à toutes leurs interrogations sur les actifs à céder en tenant de maintenir au mieux l'activité et l'emploi ; les inviter à remettre des offres pertinentes Négocier ces différentes offres ;

Faire (autant que faire se peut) établir des lettres d'intention obligatoires ou des conventions sous condition suspensive par les personnes les plus intéressées et qui me remette la meilleure offre ;

Médier les intérêts des stakeholders en faisant après avoir eu l'accord de l'entreprise, toute réunion, communication ou action utile à faciliter la cession que ce soit avec les fournisseurs, les financiers, les travailleurs, ...

Restituer tout ce travail au mandataire au transfert dès qu'il sera désigné

I. LE MEDIATEUR D'ENTREPRISE

Partie coopération

Avant l'ouverture de la procédure de PRJ, Coopérer avec les juges des autres Etats en charge de procédures d'insolvabilité pour coordonner le mieux possible les procédures

Après l'ouverture, coopérer avec les mêmes juges soit à la demande du juge délégué et en particulier avec les juges US, UK et Français (éventuels)

II. L'ACCORD AMIABLE

- Article XX.37 CDE :

§ 1^{er}. Le débiteur peut proposer à tous ses créanciers ou à deux au moins d'entre eux un accord amiable en vue de la réorganisation de tout ou partie de ses actifs ou de ses activités.

Il peut à cette fin proposer la désignation d'un médiateur d'entreprise.

Les parties conviennent librement de la teneur de cet accord, qui n'oblige pas les tiers.

II. L'ACCORD AMIABLE

- Article XX.37 CDE :

§ 2. Les articles 1328 du Code civil, XX.111, 2° et 3°, et XX.112 ne sont applicables ni à un accord amiable ni aux actes accomplis en exécution de celui-ci, si cet accord est constaté par un écrit mentionnant et motivant son utilité en vue de la réorganisation de l'entreprise.

L'accord amiable comporte une clause expresse de confidentialité et une clause expresse d'indivisibilité.

Cet écrit est déposé par la partie la plus diligente dans le registre et y est conservé.

Les tiers ne peuvent prendre connaissance de l'accord amiable et être informés de son dépôt et de sa conservation dans le registre qu'avec l'assentiment exprès du débiteur.

II. L'ACCORD AMIABLE

- Article XX.37 CDE :

§ 3. La présente disposition laisse entières les obligations de consulter et d'informer les travailleurs ou leurs représentants conformément aux dispositions légales ou conventionnelles en vigueur.

§ 4. Lorsque les conditions précitées sont remplies, la responsabilité des créanciers participant à un accord amiable ne peut être poursuivie par le débiteur, un autre créancier ou par les tiers pour la seule raison que l'accord amiable n'a pas effectivement permis de préserver la continuité de tout ou partie des actifs ou des activités ».

II. L'ACCORD AMIABLE

- Article XX.38 CDE :

« Lorsque les parties le demandent par requête conjointe, le président du tribunal peut homologuer l'accord amiable et, le cas échéant, conférer un caractère exécutoire à tout ou partie des créances qui y sont mentionnées. Le juge examine, aux fins de l'homologation, si l'accord répond aux conditions formelles énoncées à l'article XX.37.

Cette décision n'est soumise ni à publication, ni à notification. Elle n'est pas susceptible d'appel.

Le président du tribunal peut, le cas échéant, proroger la mission du médiateur d'entreprise en vue de faciliter l'exécution de l'accord amiable.

Le coût des formalités légales nécessaires à l'opposabilité aux tiers des droits conférés par un accord amiable bénéficie du privilège prévu aux articles 17 et 19, 1°, de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851 en cas de concours subséquent ou est traité comme une créance sursitaire extraordinaire dans le cadre d'un plan de réorganisation ».

II. L'ACCORD AMIABLE

- Conditions

- être conclu avec au moins deux créanciers
- l'écrit constatant l'accord doit mentionner et motiver « son utilité en vue de la réorganisation de l'entreprise »
- l'accord doit comporter « une clause expresse de confidentialité et une clause expresse d'indivisibilité »
- être déposé au greffe du tribunal et conservé dans un registre

II. L'ACCORD AMIABLE

- Contenu
 - principe de l'autonomie de la volonté
 - classiquement : termes et délais et, éventuellement, abattements
 - utilisations modernes plus sophistiquées : transfert d'actifs ou d'activités à un ou plusieurs créanciers (ex: dation en paiement) ou à un tiers, que rien n'interdit d'être partie à l'accord (pour autant qu'au moins deux créanciers le soient également).

II. L'ACCORD AMIABLE

- Effets et avantages
 - Ecartement des dispositions de la période suspecte :
 - XX.111, 2° - paiement dettes non échues
 - XX.111, 3° - sûretés pour dettes antérieurement contractées (! nouveauté)
 - XX.112 – actes en connaissance de l'état de cessation de paiements
 - Possibilité de conférer un caractère exécutoire par l'homologation (contrôle formel du juge)
 - Confidentialité
- Inconvénients (par rapport à PRJ):
 - Pas de sursis
 - Pas de neutralité fiscale pour les abattements

II. L'ACCORD AMIABLE

- Exemples tirés de la pratique
 - Secteur industriel à Mons : crédit-pont par actionnaire à une entreprise en difficulté garanti par un gage
 - Secteur de la mode à Anvers : 'distress M&A' – garanties post-closing coulées dans un accord amiable (acquéreur permettant la sauvegarde de l'activité)
 - Secteur pharma: cession de la branche d'activité rentable (carve-out) et nouveau financement garanti par des sûretés (importance de la confidentialité)

III. MESURES EXCEPTIONNELLES DE CRISE ?

- Rappel : L'AR n° 15
 - Entré en vigueur le 24 avril pour produire ses effets jusqu'au 17 mai, il a connu une prolongation jusqu'au 17 juin.
 - L'AR n° 15 instaurait un “moratoire” protégeant notamment l'entreprise contre:
 - les saisies et voies d'exécution
 - les citations en faillite (et obligations de faire l'aveu)
 - les demandes de résolution des contrats pour non paiement
 - Controverses autour d'un tel régime d'exception:
 - Certains étaient favorables
 - D'autres estimaient que cela faussait la libre concurrence et ne faisait que reporter les problèmes

III. MESURES EXCEPTIONNELLES DE CRISE ?

- Difficultés actuelles (en l'absence de nouveau texte)
 - Manque de liquidité
 - Tout le cash a été 'brulé'
 - Entreprises en difficultés exclues du système des prêts garantis
 - Banques sont frileuses
 - Seuls subsistent les financements alternatifs (invest régionaux, crowdfunding,..)
 - Problème des dettes nouvelles, spécialement pour les entreprises contraintes à un arrêt de leurs activités
 - Dettes récurrentes (ex: loyers et électricité) non couvertes par le sursis en cas de PRJ
 - Discussions sur 'force majeure' restent aléatoires
 - Assurances 'pertes d'exploitation' (incendie, dégâts des eaux, électricité) excluent généralement les événements immatériels tels qu'une pandémie

III. MESURES EXCEPTIONNELLES DE CRISE ?

- Proposition 1337 du 10 juin 2020

- Les grands axes :

- Elargir les possibilités de désignation d'un mandataire de justice (en dehors de toute faute)
- Faciliter les conditions d'accès aux PRJ et apporter certaines améliorations à la procédure
- Instaurer une nouvelle forme de "moratoire" à la demande
- Renforcer la PRJ par accord amiable
- Consécration du vote électronique
- Suspension de l'obligation de faire aveu de faillite en période de crise générale

III. MESURES EXCEPTIONNELLES DE CRISE ?

- Proposition 1337 du 10 juin 2020

- Le nouveau « moratoire » : justification

« Le nouvel article XX.35/1 crée un système de garantie provisoire pour le débiteur. Une telle pause pour l'entreprise répond à la fois aux exigences de la directive "restructuration" et à la nécessité de résoudre les problèmes de liquidité de l'entreprise dans des circonstances économiques complexes.

Le système ne doit pas être confondu avec les délais de faveur du Code civil (article 1244). Il s'agit ici d'une forme de procédure collective et non d'une action individuelle.

L'objectif est que le débiteur, sous le contrôle du tribunal et, si nécessaire, avec l'aide d'un médiateur d'entreprise, bénéficie de facilités provisoires. L'obligation de payer, c'est-à-dire de satisfaire à ses engagements, reste entière mais est suspendue sans qu'une sanction ne puisse être infligée. Le droit de gage ou l'exception *non adimpleti contractus* seraient néanmoins maintenus.

Le président peut moduler cette suspension afin de sauvegarder certains intérêts, tels que ceux d'un fournisseur qui se trouve en grande difficulté du fait de la suspension elle-même.

Les créanciers peuvent s'y opposer et il appartiendra au président du tribunal de peser les intérêts. Les créanciers peuvent également s'opposer aux mesures pendant la durée de l'octroi des facilités si leur situation a changé. La procédure est celle du référé. »

III. MESURES EXCEPTIONNELLES DE CRISE ?

- Proposition 1337 du 10 juin 2020

- Le nouveau « moratoire » : texte proposé

« Art. XX.35/1. § 1er. À la demande de l'entreprise ou à la demande du mandataire judiciaire désigné en vertu de l'article XX.30, le président du tribunal peut, eu égard à la situation du débiteur et prenant en compte le préjudice causé par la mesure aux créanciers ainsi que l'intérêt général, accorder des termes et/ou délais proportionnés aux besoins du débiteur.

Le président du tribunal peut ainsi donner un délai au débiteur pour le paiement de tout ou partie de ses dettes et faire surseoir aux poursuites, même si la dette est constatée par un acte authentique ou un jugement, aussi longtemps que durent ces délais.

Les facilités accordées ne portent pas atteinte aux créances elles-mêmes, ni à l'exception d'inexécution, à la compensation ou au droit de rétention. »

III. MESURES EXCEPTIONNELLES DE CRISE ?

- Proposition 1337 du 10 juin 2020

- Le nouveau « moratoire » : texte proposé

« Le créancier ne peut toutefois pas poursuivre la résolution d'un contrat fondée sur la non-exécution de l'obligation pendant la durée du délai de grâce accordé. Les clauses pénales pouvant être applicables à la suite de l'application des facilités accordées sont réputées non écrites.

La faculté d'accorder des facilités de paiement s'applique à toutes les dettes, quelles qu'en soient la nature et les garanties dont elles sont assorties, notamment les hypothèques ou privilèges spéciaux ou généraux, ou la cause, que celle-ci soit légale, réglementaire, contractuelle ou délictuelle, à l'exception des dettes alimentaires, des dettes nées de prestations de travail, hors les cotisations ou dettes fiscales ou sociales, des dettes qui résultent de l'obligation de réparer le dommage lié au décès ou à l'atteinte à l'intégrité physique d'une personne qu'il a causé par sa faute, et des amendes pénales.

Les facilités accordées n'excluent pas que le débiteur fasse une nouvelle demande au cours de la période de sursis concernant les dettes exigibles nouvelles. (...) »

III. MESURES EXCEPTIONNELLES DE CRISE ?

- Perspectives au niveau européen : Directive (UE) 2019/1023 du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes, et modifiant la directive (UE) 2017/1132

Doit être transposée pour le 17 juillet 2021 au plus tard mais certains Etats accélèrent le processus pour répondre aux conséquences de la crise sanitaire

« Les solutions préventives s'inscrivent dans une tendance croissante du droit de l'insolvabilité. Cette tendance privilégie des approches qui, à la différence de l'approche classique de la liquidation de l'entreprise en difficulté financière, ont pour objectif le redressement de celle-ci ou au moins le sauvetage de ses unités qui sont encore viables économiquement ». (Considérant 4)

III. MESURES EXCEPTIONNELLES DE CRISE ?

- Perspectives au niveau européen : Directive (UE) 2019/1023 du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes, et modifiant la directive (UE) 2017/1132

« Les PME, en particulier celles en difficulté financière, n'ont souvent pas les ressources nécessaires pour faire face aux coûts élevés d'une restructuration et pour tirer parti des procédures de restructuration plus efficaces de certains États membres. Afin d'aider ces débiteurs à se restructurer à bas coût, des listes de contrôle détaillées portant sur les plans de restructuration, adaptées aux besoins et spécificités des PME, devraient être élaborées au niveau national et mises en ligne. En outre, il convient aussi de mettre en place des outils d'alerte précoce pour alerter les débiteurs sur l'urgence d'agir, compte tenu des ressources limitées dont disposent les PME pour recourir à des experts » (Considérant 17).

III. MESURES EXCEPTIONNELLES DE CRISE ?

- Perspectives au niveau européen : Directive (UE) 2019/1023 du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes, et modifiant la directive (UE) 2017/1132

« Un cadre de restructuration devrait être mis à la disposition des débiteurs, y compris des entités juridiques et, lorsque le droit national le prévoit, des personnes physiques et des groupes d'entreprises, afin de leur permettre de remédier à leurs difficultés financières à un stade précoce, lorsqu'il semble probable que leur insolvabilité peut être évitée et que la viabilité de leur activité peut être garantie. Un cadre de restructuration devrait être disponible avant qu'un débiteur ne devienne insolvable au regard du droit national, c'est-à-dire avant qu'il ne remplisse les conditions prévues par le droit national pour être soumis à une procédure collective d'insolvabilité qui entraîne, normalement, un dessaisissement total du débiteur et la désignation d'un liquidateur. Pour éviter un recours abusif aux cadres de restructuration, les difficultés financières du débiteur devraient refléter une probabilité d'insolvabilité, et le plan de restructuration devrait être capable d'éviter l'insolvabilité du débiteur et d'assurer la viabilité de l'activité. » (Considérant 24)

III. MESURES EXCEPTIONNELLES DE CRISE ?

- Perspectives au niveau européen : Directive (UE) 2019/1023 du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes, et modifiant la directive (UE) 2017/1132

« Les États membres devraient être en mesure de déterminer si les créances qui deviennent exigibles ou naissent après la présentation d'une demande d'ouverture d'une procédure de restructuration préventive ou après l'ouverture de la procédure, sont incluses dans les mesures de restructuration préventive ou dans la suspension des poursuites individuelles. Les États membres devraient pouvoir décider si la suspension des poursuites individuelles a une incidence sur les intérêts échus des créances » (Considérant 25) .

« Les États membres veillent à ce que, lorsqu'il existe une probabilité d'insolvabilité, les débiteurs aient accès à un cadre de restructuration préventive leur permettant de se restructurer, en vue de prévenir l'insolvabilité et d'assurer leur viabilité, sans préjudice d'autres solutions visant à éviter l'insolvabilité, et de protéger ainsi les emplois et de maintenir l'activité économique » (Article 4).

III. MESURES EXCEPTIONNELLES DE CRISE ?

- Conclusion provisoire
 - Appel à ce que la proposition 1337 du 10 juin 2020 devienne rapidement loi ou qu'à tout le moins un texte soit adopté permettant notamment un « moratoire » à la demande pour les entreprises les plus affectées par les conséquences de la crise sanitaire ainsi que, le cas échéant, des mesures en vue de faciliter l'octroi de crédits
 - Dans l'intervalle, et outre les procédures en réorganisation judiciaire proprement dites, les entreprises ne doivent pas négliger les possibilités multiples que permettent les mécanismes de l'accord amiable hors PRJ et du médiateur d'entreprise

Merci de votre attention!

BRUSSELS

Chaussée de La Hulpe, 187
Terhulpesteenweg, 187
1170 Brussels

GENT

Congreslaan, 27
9000 Gent

NIVELLES

Rue Henri Pauwels, 2
1400 Nivelles

Mons

Rue de la Réunion, 8
7000 Mons