



DOSSIER

Intérêts et modalités de reprise d'une entreprise en difficultés

Dans le marché de la cession d'entreprises, on pense avant tout aux cibles en bonne santé (« in bonis »). Mais il serait dommage de se fermer la porte des entreprises qui connaissent des difficultés⁽¹⁾ alors même qu'elles peuvent constituer des opportunités remarquables, à des conditions notamment de prix parfois bien plus intéressantes. Au-delà des idées reçues sur ce type de reprise (facile, sans grand formalisme, pour un prix dérisoire et sans risque), la réalité est plus subtile et souvent plus complexe. Encore faut-il connaître les types de procédure existants pour faire un choix éclairé, entreprendre les démarches adéquates et être conscient des avantages mais aussi des risques encourus.

Les différents types de procédures : procédures amiables et procédures collectives ; modalités de reprise.

A - Procédures préventives : mandat ad hoc et conciliation

La cible peut connaître des difficultés -sans qu'elles soient insurmontables- et s'être placée, le cas échéant, dans le cadre d'une procédure de prévention des difficultés type mandat ad hoc ou conciliation.

Pour mémoire, ces procédures ne peuvent être ouvertes par ordonnance du président du tribunal compétent, à la demande exclusive du chef de l'entreprise en difficultés, que si cette dernière n'est pas en cessation des paiements (mandat ad hoc) ou l'est, le cas échéant, depuis moins de 45 jours (conciliation). En recourant à une telle procédure de traitement amiable des difficultés, le but poursuivi par le dirigeant est de parvenir à un accord avec les principaux créanciers de son entreprise pour lui permettre d'obtenir, le cas échéant, des remises et/ou des délais de paiement qui lui permettront de surmonter ses difficultés (l'accord doit aussi mettre fin à l'état de cessation des paiements, s'il existait préalablement).

Rien ne lui interdit toutefois dans le cadre d'une conciliation de rechercher une solution de cession partielle voire totale de l'entreprise ; cette solution est d'ailleurs désormais consacrée par les textes puisque mission peut être donnée par le chef d'entreprise au conciliateur à cette fin (celui-ci recueillera alors l'avis des créanciers parties à la conciliation) ; la mise en œuvre de la cession pourra intervenir, le cas échéant, dans le cadre d'une procédure collective ultérieure, par exemple dans le cadre d'une Sauvegarde accélérée. C'est le fameux « prepack » à la française.

Si l'on se place côté acheteur, la cible étant en difficultés, on peut facilement imaginer que le dirigeant et/ou les détenteurs du capital seront moins exigeants quant aux conditions de cession. La cession peut prendre de multiples formes : par exemple, prise de contrôle majoritaire, acquisition d'une branche de fonds de commerce, exactement comme pour une entreprise en bonne santé. L'avantage de conclure un accord de cession dans ce cadre est d'éviter le risque qu'il soit remis en cause si les difficultés de la cible devaient l'amener à ouvrir ultérieurement une procédure collective. Or, on sait que la date de cessation des paiements peut toujours être fixée par le juge en remontant 18 mois en arrière au maximum, ce qui peut avoir comme conséquence de remettre en cause tous les actes de disposition conclus pendant cette période dite « suspecte ».

B - La reprise d'une entreprise en procédure collective (sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaire)

Dans cette hypothèse, si l'on met de côté la procédure de sauvegarde qui n'a pas pour objet premier de permettre la cession de l'entreprise mais d'adopter un plan de continuation (lequel peut toutefois prévoir une cession partielle), il faut avoir à l'esprit que toute entreprise qui se trouve en procédure de redressement ou liquidation judiciaire est par principe à vendre.

En effet, si les textes consacrent, même pour ces types de procédures, le droit de priorité des dirigeants en place -aidés, le cas échéant, et s'il s'agit d'une société, par les associés - pour bâtir un plan de redressement par continuation, tout tiers c'est-à-dire toute personne non liée au(x) dirigeant(s) de l'entreprise cible et qui n'est pas non plus



contrôleur de ses créances, peut formuler une offre de reprise, et ce, dans les délais fixés par les organes de la procédure (en principe, par l'administrateur judiciaire). Pour mémoire, les offres sont déposées au greffe du tribunal compétent, donc accessibles à la connaissance du public.

Ces offres doivent répondre aux exigences des dispositions prévues par le Code de commerce : il faut notamment d'une part « montrer patte blanche » en présentant le repreneur, ses comptes sociaux récents, les garanties qu'il peut apporter, et, d'autre part, les prévisionnels liés à la reprise de tout ou partie de l'activité, avec business plan, financement et trésorerie, perspectives d'emploi... qui vont justifier les modalités de la reprise proposée. C'est au vu du rapport présenté par l'administrateur judiciaire au tribunal que ce dernier pourra retenir l'offre qui permettra le mieux, selon lui, de pérenniser l'activité, maintenir le plus d'emplois et désintéresser les créanciers.

Cette reprise peut être « interne » ou « externe ».

Elle est « interne » si l'acquéreur reprend tout ou partie du capital social de la cible pour en détenir a priori au moins la majorité. Cette solution présente plusieurs intérêts : reprise du capital pour un montant a priori faible (le cas échéant, par souscription à une augmentation de capital par compensation avec des créances qu'il détiendrait sur la cible), bénéfice de la trésorerie et des créances clients existant dans la cible (donc des besoins de financement du BFR limités), « renégociation » du passif, délais de remboursement calés sur la durée du plan (10 ans maximum). Toutefois, elle présente l'inconvénient principal de devoir participer à l'apurement du passif antérieur existant au jour de l'ouverture de la procédure, ce qui n'est pas forcément une charge simple à gérer pour le repreneur... En outre, celui-ci reprend par principe l'intégralité des actifs et des passifs de l'entreprise sans pouvoir opérer un choix dans les personnes et les biens à reprendre (sous réserve notamment des licenciements jugés inévitables et indispensables dans le cours de la période d'observation pour la poursuite de l'activité).

Il en va différemment dans une reprise « externe » qui porte sur tout ou partie des actifs (ou de branches d'activités susceptibles d'une exploitation autonome) correspondant à une ou plusieurs activités d'une entreprise en redressement ou en liquidation judiciaire. Dans cette hypothèse qui se traduira par l'adoption par le tribunal d'un plan de cession, l'intérêt du repreneur est beaucoup plus visible : il reprend la cible dans la configuration requise (périmètre défini par lui pour les actifs/activités, les contrats et les postes de travail limitativement énumérés), et au surplus, il ne reprend pas le passif existant dans l'entreprise en procédure⁽²⁾ Il verse le prix tel que prévu dans son offre retenue (sans craindre une surenchère de la part de tiers), charge au

mandataire judiciaire de le répartir ultérieurement entre les créanciers selon leur rang. Il bénéficie aussi de la neutralisation des droits de préemption urbains et ruraux.

Notons toutefois que, en contrepartie, le caractère forfaitaire de la cession l'empêche de bénéficier des garanties ordinaires liées à la vente (notamment pas de garantie de passif ; il lui faudra aussi financer l'intégralité du BFR de démarrage, reconstituer si nécessaire les dépôts de garantie, reprendre la charge, le cas échéant, des congés payés des salariés repris y compris pour la part antérieure à l'ouverture de la procédure (pas une obligation légale, mais souvent très apprécié non seulement des salariés mais aussi du tribunal), et plus généralement, faire face à une image détériorée de la cible et un climat social en général assez tendu voire dégradé.

Dans l'un et l'autre des cas de reprise susvisés, le repreneur doit accepter le risque attaché au peu de temps dont il va disposer pour pouvoir étudier le dossier, pour déposer, le cas échéant, une offre : en signant un engagement de confidentialité au profit de l'administrateur judiciaire, il va pouvoir accéder à une information (via une data room) qui sera souvent non exhaustive et pas forcément actualisée... Certes, il pourra conduire un audit d'acquisition voire demander un « indépendant business review », mais il n'aura pas, a priori, le loisir de prendre tout son temps ni questionner en direct l'entreprise cible.

Par ailleurs, dans l'offre à déposer, le repreneur aura intérêt à se réserver la faculté de se substituer une personne morale nouvelle qui sera constituée pour réaliser la reprise ; cette substitution pourra lui permettre, s'il remplit les conditions, de bénéficier des dispositions fiscales favorables de l'article 44 septies du CGI (exonération temporaire d'impôts et taxes). Mais surtout, la création d'une telle structure ad hoc lui permettra d'isoler l'activité reprise de celles qu'il exerce déjà ; en cas de difficultés ultérieures, le risque de propagation aux autres activités du cessionnaire sera ainsi limité.

Philippe DUMEZ
Avocat associé
DELSOL AVOCATS

⁽¹⁾ Le « marché » des entreprises en difficultés est hélas florissant : de l'ordre de 63 000 défaillances d'entreprises sur les douze derniers mois ; dans le lot, la très grosse majorité des procédures ouvertes se terminera en liquidation judiciaire. Mais y sont également comptabilisées les procédures préventives type mandat ad hoc et conciliation.

⁽²⁾ Ceci est le principe (incontestable) mais il faut être prudent sur son étendue exacte, et vérifier l'existence éventuelle de charges augmentatives du prix telles que, notamment, la reprise de la charge de sûreté au titre de l'article L.642-12 du Code de commerce.