

160 Avocats et administrateurs judiciaires, quelles places respectives au soutien du débiteur ?

L'évolution des procédures collectives a eu une incidence sur les rôles respectifs de l'avocat et de l'administrateur qui interviennent de plus en plus en amont de la procédure. Leur rôle est par ailleurs d'autant plus important que les opérations de restructuration ont tendance à se complexifier dans le contexte économique actuel.

Éric Étienne-Martin
*Administrateur judiciaire, AJ Partenaires
Président de l'IFPPC*

Gilles Podeur
Avocat, Clifford Chance

Les réformes successives intervenues depuis l'année 2005 ont conduit à une profonde évolution du droit des procédures collectives, et, avec lui, des rôles respectifs de l'avocat et de l'administrateur judiciaire.

On peut considérer qu'en la matière, la mission de l'avocat est double. Pour emprunter le vocabulaire du droit bancaire, l'avocat a tout d'abord un devoir de mise en garde. Il s'agit ici d'informer les dirigeants sur leurs obligations légales – notamment, en cas de cessation des paiements, la nécessité de solliciter l'ouverture d'une procédure de conciliation ou d'une procédure collective –, et d'analyser les risques auxquels ils pourraient être confrontés.

L'avocat a également un devoir de conseil sur la meilleure stratégie de restructuration à adopter. À cet effet, c'est désormais toute une palette de procédures, confidentielles ou publiques, aboutissant à une restructuration négociée ou au contraire à un plan de rééchelonnement du passif imposé par le tribunal, qui peuvent être suggérées à son client.

L'administrateur judiciaire entre en scène dès lors que le recours à l'une de ces procédures est envisagé. Certaines entreprises se présentent spontanément pour l'interroger sur l'opportunité d'un mandat *ad hoc* ou d'une conciliation, parfois après un entretien de prévention des difficultés au sein du tribunal, mais c'est fréquemment sur les conseils d'un avocat que se tiennent de telles réunions. À cet égard, il est rassurant pour le dirigeant de savoir qu'il pourra proposer au tribunal le nom de son mandataire *ad hoc* ou de son conciliateur, voire de son administrateur judiciaire en cas de sauvegarde.

Le premier objectif des conseils et des mandataires de justice doit être d'orienter le dirigeant vers le cadre juridique le plus adapté à sa situation, voire de suggérer le recours aux nouvelles procédures récemment créées (I). Ce rôle est d'autant plus important que les opérations de restructuration ont tendance à se complexifier dans le contexte économique actuel, avec

notamment l'apparition de nouveaux acteurs et la nécessaire prise en compte de problématiques internationales (II).

I - L'utilisation des nouveaux outils juridiques

Les multiples réformes intervenues depuis 2005 ont pour point commun d'encourager le traitement des difficultés à un stade aussi précoce que possible, et en tout cas avant la survenance d'un état de cessation des paiements.

Tout est fait, désormais, pour vaincre les réticences des dirigeants à se tourner vers leur tribunal de commerce. En matière de procédures amiables, tout d'abord, le livre VI du Code de commerce offre un large éventail de choix, entre le mandat *ad hoc*, la conciliation « constatée » et la conciliation « homologuée », en fonction des caractéristiques du dossier. Le dirigeant particulièrement sensible à la confidentialité des négociations pourra ainsi opter pour un mandat *ad hoc*, le cas échéant « converti » en conciliation à un stade avancé des négociations, pour aboutir à un accord simplement « constaté » par ordonnance du président du tribunal. Pour encourager les bailleurs de fonds à consentir de nouveaux crédits, il est également possible d'opter pour un accord de conciliation homologué par jugement du tribunal, qui offrira à ces créanciers le fameux « privilège du *new money* »¹, dont le rang est particulièrement avantageux (juste après le superprivilège de l'AGS). Les procédures amiables sont d'ailleurs très souvent utilisées pour mettre en place de nouveaux financements.

Parallèlement, ont également été créées des procédures judiciaires de traitement des difficultés en amont de la cessation des paiements, à savoir la sauvegarde et désormais la sauvegarde financière accélérée (SFA). Ces procédures non confidentielles sont bien moins

1 V. sur ce thème, *infra*, la controverse entre François-Xavier Lucas et Françoise Pérochon, n° 175.

fréquentes que les procédures amiables, mais leur simple existence offre en réalité un argument de négociation non négligeable.

Cette segmentation des procédures est complexe. Un audit très précis doit être conduit par l'avocat et les conseils financiers pour orienter le dirigeant vers la procédure adéquate, commencer à réfléchir à une stratégie et souvent prendre un premier contact avec un administrateur judiciaire pour partager le premier diagnostic.

Dans le cadre de la prévention, le rôle de l'administrateur judiciaire va être celui de mandataire *ad hoc* ou de conciliateur. Sa mission, confiée par le président du tribunal, lui confère une autorité qui lui permet de conduire les négociations. Après la phase d'audit réalisée avec les conseils de l'entreprise, il s'agit d'expliquer les difficultés, d'envisager les mesures à prendre, et de faire partager ce diagnostic par les partenaires de l'entreprise. Le mandataire *ad hoc* ou conciliateur est le garant de la loyauté, de la fiabilité et de l'équilibre des échanges avec un dirigeant qui est dans une position de faiblesse.

Il reste certains cas, minoritaires, dans lesquels seul le recours à une procédure de sauvegarde permettra de faire aboutir la restructuration. On le sait, son principal avantage, par rapport aux procédures amiables, est son aspect « coercitif » à l'égard des créanciers : d'une part, ils sont soumis à l'arrêt des poursuites, et d'autre part, à l'issue de la période d'observation, ils peuvent se voir imposer un rééchelonnement de leurs créances sur une période pouvant aller jusqu'à dix ans. Revers de la médaille, la procédure est publique, et l'on entre dans un processus judiciairisé, avec une forte implication du tribunal (durée de la période d'observation, examen du plan, vérification du passif, revendications...). Cela dit, il s'agit nécessairement d'une démarche volontaire : le débiteur, qui n'y est pas légalement tenu, décide de se placer « sous la protection du tribunal ». Dans ce cadre, et plus encore qu'en redressement judiciaire, avocats et administrateur judiciaire sont amenés à travailler en équipe.

Ce travail d'équipe est facilité par le fait qu'en procédure de sauvegarde, la cession de l'entreprise ne peut pas être imposée au dirigeant. L'administrateur judiciaire (dont le nom aura été généralement suggéré au tribunal par le débiteur lui-même) n'a donc pas à jouer un rôle d'arbitre indépendant entre le plan de sauvegarde présenté par le débiteur et d'éventuelles offres de plan de cession émanant de tiers, situation potentiellement conflictuelle. Le plan de sauvegarde est nécessairement une œuvre commune entre le dirigeant, son avocat, et l'administrateur judiciaire.

Cette tendance est encore renforcée, au demeurant, avec l'apparition des « sauvegardes *prepack* » (au nombre de deux à l'heure actuelle : Autodis et Thomson-Technicolor), qui consistent à ouvrir une sauvegarde alors qu'a déjà été préparé le projet de plan, et après s'être assuré du soutien d'un nombre suffisant de

créanciers. Négociations avec les créanciers, élaboration du projet de plan et rétro-planning font évidemment l'objet d'une concertation entre le chef d'entreprise, son avocat et l'administrateur judiciaire. Il en sera de même dans le cadre de la sauvegarde financière accélérée désormais introduite aux articles L. 628-1 et suivants du Code de commerce.

II - La prise en compte du nouveau contexte économique

On l'a vu, les dirigeants d'entreprises se voient désormais offrir toute une palette de procédures afin de les aider à surmonter les difficultés auxquelles ils peuvent se trouver confrontés. Or cette évolution répond elle-même à une complexification des dossiers, en raison tant des techniques juridiques qui se sont développées au cours des vingt dernières années (LBO, titrisation...) que de l'internationalisation des entreprises.

Ainsi, les opérations de LBO (*leveraged buy-out*) se définissent classiquement comme des montages ayant pour objet d'utiliser un « effet de levier » : à l'occasion de l'acquisition d'une société « opérationnelle » par une société holding, la société holding se finance autant que possible par l'endettement, ce qui permet en principe d'optimiser la rentabilité de ses fonds propres. Mais l'effet de levier peut se transformer en « effet massue » si la société opérationnelle ne se révèle pas suffisamment rentable pour permettre le remboursement de la dette de sa société holding. Avec la crise financière, les « défauts » de sociétés sous LBO se sont multipliés.

Les procédures de mandat *ad hoc* ou conciliation ont démontré leur efficacité pour traiter ce type de restructurations, car leur caractère confidentiel permet de préserver le crédit fournisseur de la société opérationnelle, et donc le besoin de fonds de roulement de l'entreprise.

Un travail d'équipe est alors nécessaire, car il s'agit de montages souvent complexes. La documentation financière est très détaillée, avec des « *covenants* » qui doivent être analysés, de même que les accords entre actionnaires et les aspects fiscaux.

La multiplicité des intervenants est aussi une source de difficultés. Peuvent être présents autour de la table :

- des banquiers dits « affaires spéciales », spécialisés dans le traitement de ces dossiers ;
- des créanciers « juniors » ou « *mezzaneurs* », d'un rang inférieur aux créanciers bancaires dits « senior » ;
- des fonds d'investissement, qui ont des objectifs ambitieux en matière de taux de rentabilité du capital investi ;

– voire des *hedge funds* étrangers ayant acquis des créances bancaires avec une forte décote et dont l'objectif est de réaliser une plus-value rapide sur cet actif. Ces fonds peuvent d'ailleurs se trouver confrontés à des obstacles de nature réglementaire s'agissant, par exemple, de leur participation à une injection de « *new money* » (le monopole bancaire peut ainsi leur interdire de consentir un nouveau prêt à l'entreprise).

Ce catalogue à la Prévert met en évidence la diversité des situations qui peuvent être rencontrées et la nécessité d'un travail d'équipe pour assister au mieux les dirigeants. L'avocat et l'administrateur judiciaire forment avec les autres conseils une cellule de crise au sein de laquelle l'information doit circuler rapidement et en confiance pour s'adapter à chaque instant à la situation de l'entreprise. Une solution *a priori* séduisante économiquement peut en effet s'avérer impossible à mettre en œuvre juridiquement. L'analyse rapide du conseil permet d'éviter une perte de temps.

Cette nécessité de créer des équipes pluridisciplinaires est encore renforcée lorsque les problématiques sont internationales, ce qui est de plus en plus fréquent.

Il convient en particulier de souligner l'impact qui a été celui du règlement (CE) n° 1346/2000 sur les procédures d'insolvabilité, du moins pour les dossiers d'une certaine envergure. La souplesse dont font preuve les juridictions pour interpréter la notion de « centre des intérêts principaux » permet une forme de *forum shopping*, principalement lorsqu'il s'agit de déterminer s'il est préférable que toutes les sociétés d'un même groupe sollicitent l'ouverture de procédures collectives dans le même État (fréquemment celui du siège social de la holding), ou au contraire chacune dans l'État de son siège social. Des sociétés françaises peuvent donc faire le choix de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité principale en Angleterre (comme cela a été fait dans les dossiers *Rover*, *Daisytek* ou encore *Nortel*), et, réciproquement, des sociétés anglaises, luxembourgeoises ou polonaises n'ont pas hésité à opter pour la procédure de sauvegarde française (les exemples les plus connus étant sans doute les dossiers *Eurotunnel*, *Cœur Défense* et *Belvédère*), plutôt que pour une procédure régie par le droit de l'État de leur siège social. Par exemple, il peut être

nécessaire d'analyser comparativement l'impact que les procédures collectives de chaque État peuvent avoir sur le rapport de forces entre les sociétés du groupe et leurs créanciers. À titre d'exemple, on sait que la procédure de sauvegarde avec comités de créanciers permet l'adoption d'un plan à la majorité des deux tiers du montant des créances² au sein de chaque comité, tandis que la procédure anglaise du *Company Voluntary Arrangement* requiert l'accord de créanciers représentant trois quarts du montant total des créances.

Les équipes des conseils ne doivent donc pas seulement être pluridisciplinaires : elles doivent également être internationales. De leur côté, les administrateurs judiciaires doivent être prêts à gérer une procédure collective française ouverte au bénéfice d'une société anglaise, luxembourgeoise, ou encore slovaque... et réciproquement, ce sont parfois des administrateurs anglais qui sont amenés à gérer des procédures collectives de sociétés françaises, employant des centaines de salariés en France. Des procédures d'insolvabilité secondaires peuvent également être ouvertes, ce qui exige alors des différents conseils et administrateurs judiciaires une bonne compréhension des systèmes juridiques étrangers, afin de parvenir à coordonner au mieux les procédures des différents États. La pratique des « accords de coopération » entre administrateurs judiciaires de différents États (procédure principale/procédures secondaires) est ainsi apparue comme une nécessité dès les premiers dossiers transnationaux qui ont suivi l'entrée en vigueur du règlement communautaire n° 1346/2000.

Confrontés ensemble à ces nouveaux défis, avocats et administrateurs judiciaires sont donc amenés à nouer des liens étroits. Depuis le 20 avril 2012 et le décret n° 2012-536, le législateur a d'ailleurs créé une nouvelle possibilité d'institutionnaliser cette relation, au sein d'une société de participation financière des professions libérales. Une holding commune pourrait ainsi être créée entre des administrateurs et des avocats. Cela dit, à ce stade, la plupart des professionnels souhaitent avant tout préserver leur indépendance et éviter de créer de nouveaux risques de conflits d'intérêts, préoccupation commune aux deux professions.

2 Pour mémoire, seules les créances des créanciers ayant exprimé un vote sont prises en compte.