



FLASH PRÉVENTION & RESTRUCTURATION

Janvier 2017 N°1/2017

SIMON ASSOCIES a le plaisir de vous communiquer son nouveau FLASH PREVENTION ET RESTRUCTURATION entièrement tourné vers la pratique. Notre objectif est d'aborder de manière pragmatique les problématiques que nous avons pu rencontrer ces derniers mois dans le cadre de l'exercice de notre activité. Nous pensons que ces problématiques sont susceptibles d'intéresser les dirigeants de sociétés ainsi que les différents acteurs du monde de la prévention et de la restructuration. Nous partagerons également nos retours d'expérience sur nos interventions récentes.

N'hésitez pas à nous faire part de vos réactions et commentaires. Dans l'attente, bonne lecture et une nouvelle fois excellente année 2017!

Stéphane CAVET, Avocat Associé

SOMMAIRE

RETOUR D'EXPERIENCE : 1 AN APRES LA REPRISE DE LA SOCIETE MARCHEGAY	P. 2
FOCUS - ASSOCIATION DES ACTEURS DU RETOURNEMENT DE L'OUEST (AARO)	P. 3
ACTUALITÉ LÉGISLATIVE ET REGLEMENTAIRE	P. 3
FOCUS SUR LA REFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS	P. 4
LE COIN DU DIRIGEANT – LE DIRIGEANT A L'EPREUVE DE LA CONFUSION DES PATRIMOINES	P. 6
CHIFFRES SUR LA DEFAILLANCE EN GENERAL	P.7
ÉVÉNEMENTS DU CABINET	P. 8
DISTINCTIONS	P. 8
A PROPOS DU CABINET SIMON ASSOCIÉS	P. 8

Créée en 1949, la société MARCHEGAY TECHNOLOGIES a acquis une véritable notoriété dans la fabrication et la construction de serres et de jardinerie. Outre cette activité historique, la société MARCHEGAY a développé, depuis plusieurs années, une activité de conception et de construction de structures architecturales d'acier, d'aluminium et de verre. Au cours des exercices 2013/2014, la société MARCHEGAY a enregistré une chute brutale de son chiffre d'affaires et une érosion de ses marges. En juillet 2015, la société MARCHEGAY a été contrainte de solliciter l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire. Elle employait alors 110 salariés. Par jugement en date du 29 octobre 2015, le tribunal de commerce de LA ROCHE-SUR-YON a arrêté, après autorisation du ministère public, un plan de cession des actifs de la société MARCHEGAY au profit de Monsieur CHAMPAIN, alors président de la société MARCHEGAY. Il s'est depuis substitué la société MTECH, spécialement créée pour la reprise et qui compte parmi ses actionnaires, plusieurs salariés ex-MARCHEGAY. Les intervenants reviennent sur ce dossier.



Monsieur Franck CHAMPAIN, Président de MTECH: En l'absence d'offre de reprise sérieuse, il m'est apparu évident qu'il fallait que je me batte pour que l'aventure MARCHEGAY se poursuive. Dans la construction de ce projet de reprise, j'ai eu la chance d'être entouré de collaborateurs fidèles, eux-mêmes persuadés de notre capacité à se redresser. La « solidarité vendéenne » a permis de finaliser le financement de notre projet de reprise. Aujourd'hui, notre activité est en progression et est encourageante, au vu de notre carnet de commandes. Nous allons ainsi pouvoir réembaucher des salariés ex-MARCHEGAY. Reconnue pour son savoir-faire technique, la société MTECH, qui emploie aujourd'hui 75 salariés, est régulièrement sollicitée par les principaux donneurs d'ordre nationaux et a ainsi participé à la réalisation de la Cité de la Musique sur l'île Seguin ou encore de la Halle Freyssinet.

Madame Nora ASRI, OCEAN PARTICIPATIONS : Notre présence au côté de Monsieur CHAMPAIN s'inscrit dans un projet d'entreprise qui dépasse la seule participation à une reprise d'actifs de la société MARCHEGAY. Notre présence a également facilité l'adhésion des entrepreneurs au soutien de ce projet. Cet accompagnement entre dans notre philosophie d'investissement : pérennité développement des entreprises du territoire, préservation importante de l'emploi, le tout dans un contexte de carnet de commandes fourni avec la participation majoritaire d'un homme clef, Franck CHAMPAIN. Aujourd'hui, dans le cadre d'échanges constructifs et en confiance avec le dirigeant, nous accompagnons le développement de l'entreprise et restons attentifs à ses perspectives d'activité à moyen et long terme.

Maître César HUBBEN, Administrateur Judiciaire : Au vu d'une trésorerie exsangue à l'ouverture de la procédure et de la nature de l'activité, une issue par la voie de cession a été immédiatement privilégiée. Cependant, les offres reçues à la date limite de dépôt des offres n'étaient pas satisfaisantes, au regard du maintien de l'emploi. Le projet de reprise porté par Monsieur CHAMPAIN, largement soutenu par les salariés et par certains clients historiques de la société, a permis de préserver le savoir-faire et un maintien sur le site historique d'un nombre significatif d'emplois. L'ensemble de ces éléments a ainsi largement favorisé l'autorisation du procureur de la république, qui reste très exceptionnelle, en pratique.

Maître Marie ROBINEAU, Avocat de Monsieur Franck CHAMPAIN: Nous avons accompagné et conseillé Monsieur CHAMPAIN dans son projet de reprise, dont le principal enjeu s'est avéré la recherche de financements et la mise en œuvre des différents montages juridiques et financiers. Nous sommes ainsi parvenus *in extremis* à réunir les fonds nécessaires pour démontrer au tribunal la faisabilité et la force de ce projet de reprise. Dans le cadre de cette reprise, Monsieur CHAMPAIN et ses équipes ont su préserver l'activité de la société MARCHEGAY, tout en mettant en œuvre des mesures de restructuration nécessaires.

ASSOCIATION DES ACTEURS DU RETOURNEMENT DE L'OUEST (AARO)

Le cabinet SIMON ASSOCIÉS est un des membres fondateurs de l'Association des Acteurs du Retournement de l'Ouest (AARO) qui a été créée en 2016. A l'instar de l'ARE (Association pour le Retournement des Entreprises), l'AARO regroupe des professionnels reconnus dans les opérations de restructuration, de retournement et de financement et a pour principale mission de développer et de promouvoir une pratique

reconnue et respectée de la restructuration et du retournement des entreprises de l'Ouest de la France. Dans ce cadre, l'AARO a organisé une première conférence consacrée au « Prepack Cession : premier bilan et perspectives » qui s'est tenue le 30 septembre 2016, à Nantes. La prochaine conférence se tiendra le 28 avril 2017 et traitera des « Opportunités et risques – investissements et retournement ».

ACTUALITE LEGISLATIVE ET REGLEMENTAIRE

❖ **La Loi de modernisation de la justice du XXIème du 18 novembre 2016**

La Loi de modernisation de la justice du XXIème siècle du 18 novembre 2016 (Loi n°2016-1547) a apporté quelques modifications ou précisions au Livre VI du code de commerce.

Il est désormais expressément spécifié que le débiteur n'est pas tenu d'informer le comité d'entreprise ou à défaut les délégués du personnel de la désignation d'un mandataire ad hoc (L. 611-3 du code de commerce) ou de l'ouverture d'une procédure de conciliation (L. 611-6 du code de commerce).

Il ressort des dispositions de l'article L. 621-1 du code de commerce relatif à l'ouverture de la procédure de sauvegarde qu'à défaut pour le débiteur de réunir les conditions d'ouverture d'une procédure de sauvegarde (l'existence d'une difficulté insurmontable), le Tribunal invite le débiteur à solliciter l'ouverture d'une

procédure de conciliation auprès du Président du Tribunal.

Cette Loi a également modifié les dispositions relatives de l'article L. 626-3 du code de commerce aux fins de faciliter les modifications statutaires prévues au plan. Le tribunal de la procédure peut décider que l'assemblée compétente statuera sur les modifications statutaires, sur première convocation, à la majorité des voix dont disposent les associés ou actionnaires présents ou représentés dès lors que ceux-ci possèdent au moins la moitié des parts ou actions ayant le droit de vote.

Ainsi, cette Loi s'inscrit dans la continuité des précédents ajouts législatifs et vise à renforcer l'efficacité des procédures préventives et collectives dans l'intérêt principal du débiteur et de la préservation de son activité.

❖ **La Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique du 9 décembre 2016**

La Loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (Loi n°2016-1691), dite Loi SAPIN II, a modifié le premier alinéa de l'article L. 651-2 du code de commerce relatif à la responsabilité du dirigeant pour insuffisance d'actif afin d'écarter de la qualification de fautes de gestion susceptibles d'engager la responsabilité de ce dernier la simple négligence dans la gestion de la société, ce qui ne manquera pas

d'adoucir la situation toujours délicate dans laquelle se trouve le dirigeant d'une société en liquidation judiciaire. Cette disposition est entrée en vigueur le 11 décembre 2016.

Si l'objectif du législateur est louable ; cette mesure étant destinée à faciliter le « rebond du dirigeant de bonne foi », il n'en restera pas moins à la jurisprudence la charge (essentielle) de nous éclairer sur ce qu'il convient d'entendre par « simple négligence »...

Le cabinet SIMON & ASSOCIES a participé au colloque de l'IFPPC qui s'est tenu le Jeudi 1^{er} décembre 2016 à Paris sur le thème « L'impact de la réforme du droit des obligations sur le livre VI du Code de commerce ».

L'année 2016 a été marquée par la réforme du droit des obligations qui était annoncée depuis 2007 et qui s'appliquera à l'ensemble des contrats (ou avenants) conclus après le 1^{er} octobre 2016 (Loi n°2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures et ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016).

Cette réforme a notamment codifié, en droit français, les notions de vice d'abus de faiblesse, d'action interrogatoire, de cession de dettes, de révision judiciaire pour imprévision ou d'exception d'inexécution en raison d'un risque d'inexécution.

Notre propos n'ayant pas pour ambition d'être exhaustif sur le panel des nouveautés ainsi créées par la réforme, il est ici concentré sur deux notions précises que sont, la création de l'exception d'inexécution pour risque d'inexécution (*C. civ. Art. 1220 nouveau*) et l'action dite « interrogatoire » (*C. civ. Art. 1123, 1158 et 1183 nouveaux*) au regard de l'influence qu'elles pourraient exercer sur les règles du droit des entreprises en difficulté au vu des réflexions éclairées qui nous ont été livrées par le Comité Permanent des Diligences de l'IFPPC à l'occasion de son colloque du 1^{er} décembre dernier et que nous souhaitons ici partager avec vous.

1. L'article 1220 du code civil nouvellement créé dispose qu' « *une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais* ».

La nouveauté réside ainsi dans la possibilité pour une partie d'opposer à son cocontractant l'exception d'inexécution, non plus seulement en cas d'inexécution avérée par celui-ci de son obligation, mais aussi dans l'hypothèse d'un simple risque d'inexécution à l'échéance, pour autant bien sûr que ce risque soit « manifeste » et que les conséquences de ce risque d'inexécution soient « suffisamment graves ».

Ramené au droit des procédures collectives, ce cas d'exception d'inexécution pour risque interpelle nécessairement les praticiens quant à son articulation avec les règles d'ordre public du Livre VI du code de commerce : pourrait-il notamment être invoqué en cas de connaissance de l'état de cessation des paiements du cocontractant et d'ouverture imminente d'une procédure collective ou encore en phase préventive ?

La possibilité d'opposer le jeu de l'exception d'inexécution pour risque étant circonscrite au respect des deux conditions légales précitées, sauf hypothèse d'une liquidation judiciaire sans poursuite d'activité, l'ouverture d'une procédure collective n'apparaît pas sceller le sort de l'exécution de l'obligation à l'échéance puisque l'objectif poursuivi demeure le redressement de l'entreprise.

De la même manière, l'exception d'inexécution ne pourra faire échec aux règles d'interdiction du paiement des créances antérieures ou priver l'administrateur judiciaire de son droit réservé quant à la poursuite des contrats.

Enfin, l'existence d'une procédure préventive ne pourra davantage matérialiser un risque d'inexécution, dans la mesure où, sauf conciliation, l'entreprise ne sera pas en état de cessation des paiements, que l'objectif de la procédure tend également à permettre la mise en œuvre de mesures de restructuration et de pérennisation de l'activité et, qu'enfin aucun des éléments dont aurait pu avoir connaissance, au cours de cette procédure, le cocontractant désireux d'opposer l'exception d'inexécution, ne pourra servir de fondement à cette exception puisqu'ils sont par nature confidentiels (*L. 611-15 du code de commerce et Cass. Com. 22 sept. 2015, n°14-17.377*).

2. La réforme du droit des obligations a, par ailleurs, introduit trois nouvelles dispositions instaurant une action dite « interrogatoire » (*C. civ. Art. 1123, 1158 et 1183 nouveaux*) qui, au contraire du principe de survie de la Loi ancienne pour les contrats conclus avant le 1^{er} octobre 2016, sont d'application immédiate.

Nous n'aborderons que la seule action interrogatoire créée en matière de pactes de préférence (*C. civ. Art. 1123 nouveau*) permettant à un tiers, souhaitant de se porter acquéreur d'un bien - objet d'un pacte de préférence - de clarifier ses droits et de lever toute éventuelle incertitude juridique sur l'existence même de ce pacte et sur la volonté de son bénéficiaire de s'en prévaloir.

Si la portée de cette action interrogatoire est sans objet dans l'hypothèse d'un plan de cession (par l'effet de la cession judiciaire des contrats et l'inopposabilité de tels pactes), elle pourra dans un avenir proche solutionner des situations de blocage pour les liquidateurs judiciaires dans le cadre de cession d'actifs isolés et de fonds de commerce. On sait qu'en pareille hypothèse, le pacte de préférence est opposable au repreneur. Ainsi, sans attendre la notification de l'ordonnance l'autorisant à acquérir le bien, ce repreneur pourra purger ses droits en amont dans un délai raisonnable (le Comité Permanent des Diligences de l'IFPPC étant d'avis qu'un délai de 15 jours répondrait à cette exigence).

D'évidence cette disposition qui s'inscrit dans un objectif de sécurité juridique sera un outil appréciable pour les cessions d'actifs en liquidation judiciaire.

Stéphane CAVET, Avocat Associé
Denis MEYER, Avocat

L'action en extension de procédure, d'origine prétorienne, a été consacrée par le Législateur à l'occasion de la Loi de sauvegarde du 26 juillet 2005. L'article L. 621-2 du code de commerce ainsi créé dispose dans sa dernière rédaction que la procédure collective ouverte peut, à la demande de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du débiteur ou du ministère public, être étendue à une ou plusieurs autres personnes physiques ou morales en cas de confusion de leur patrimoine avec celui du débiteur ou de fictivité de la personne morale.

L'extension de procédure vise ainsi à sanctionner les abus de personnalité juridique commis par des personnes physiques ou morales qui mélangent leurs biens ou, à l'inverse, séparent artificiellement leurs actifs par des montages plus ou moins sophistiqués.

Sur le terrain de la confusion des patrimoines, l'action en extension de procédure suppose la démonstration soit de l'existence d'une confusion des comptes entre le débiteur et l'entité visée par l'extension - illustrée par l'impossibilité de déterminer comptablement ce qui relève de l'une ou de l'autre des structures - soit de l'existence de relations financières anormales entre ces mêmes personnes, les deux critères étant alternatifs au regard du dernier état de la jurisprudence.

A l'aune de la jurisprudence foisonnante en la matière, dont il est au demeurant délicat de tirer un régime clair,

l'anormalité des relations financières alléguées s'évince de l'absence de justification des relations financières entre le débiteur et la société cible, tenant à un défaut de contrepartie, et provoquant un déséquilibre patrimonial significatif.

L'existence ou non d'une convention équilibrée entre les deux structures joue ici un rôle clef dans la détermination de la normalité ou non du flux allégué.

Outil redoutable au service des créanciers, dont le gage commun sera étendu au patrimoine visé par l'extension, arme funeste au détriment de la société cible, l'action en confusion des patrimoines doit être exercée avec sagesse par les mandataires de justice, et anticipée rigoureusement par les dirigeants.

L'appréciation de la normalité ou non des relations financières alléguées diffère nécessairement selon que les sociétés en cause sont indépendantes ou appartiennent au même groupe. La notion d'anormalité des relations financières entre sociétés nouées par des liens capitalistiques doit être interprétée à travers le prisme du groupe de sociétés et de ses spécificités. Ainsi des relations financières, pouvant être jugées anormales entre sociétés indépendantes, constituent généralement des opérations courantes entre sociétés du même groupe (il en est ainsi de la mise à disposition de personnel, des avances de

trésorerie, de la prise en charge de déficit etc.).

La Cour de cassation dans la célèbre affaire *Metaleurop* (Cass. com. 19 avril 2006, n°05-10094) a ainsi consacré une quasi immunité au bénéfice de ces sociétés afin de ne pas remettre en cause, à travers la confusion des patrimoines, le régime du groupe de sociétés, ses intérêts et ses spécificités. Le groupe, s'il n'a pas de personnalité juridique, a une réalité économique et n'est pas qu'un simple tissu de liens capitalistiques. L'intérêt du groupe de sociétés réside notamment dans la possibilité d'optimiser certains coûts en mutualisant certains besoins. Cette mutualisation conduit les sociétés d'un même groupe à multiplier les relations, dont certaines peuvent apparaître dénuées de contrepartie directe mais demeurent de l'essence même du groupe de sociétés.

On ne saurait toutefois trop conseiller au dirigeant, même en présence d'un groupe de sociétés, de veiller à ce que toute relation entre la société et une autre personne physique ou morale soit justifiée par une convention et réponde à une contrepartie réelle.

Il faut enfin relever que la confusion des patrimoines peut être prononcée alors même que les relations financières alléguées n'ont pas appauvries le débiteur en procédure collective (Cass. com. 16 juin 2015, n°14-10187).

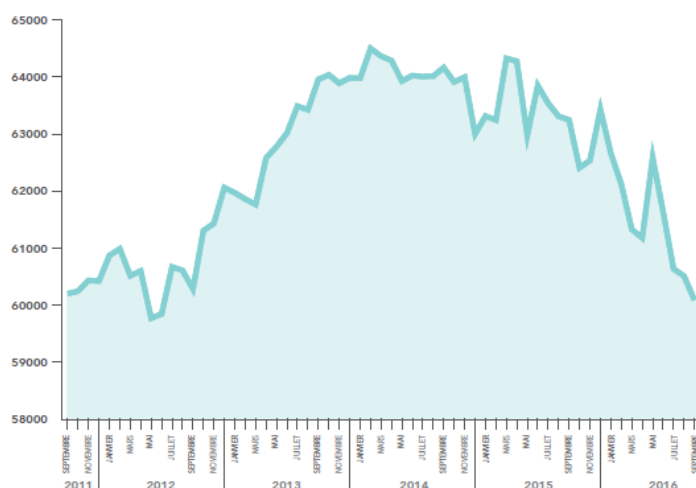
Kristell QUELENNEC,
Avocat
Paul MINET, Avocat

La défaillance d'entreprises en France : la diminution de la sinistralité se poursuit

Dans le précédent Flash Prévention et Restructuration, nous vous faisons part du recul de la sinistralité en France. Cette tendance s'est confirmée au cours du 3^{ème} trimestre 2016. Le nombre de procédures collectives ouvertes sur douze mois glissants (octobre 2015 à septembre 2016) a diminué de l'ordre de 5 % (Source ALTARES).

NOMBRE DE DÉFAILLANCES D'ENTREPRISES AU COURS DES 3 ^{ÈMES} TRIMESTRES SUR 5 ANS						
	2012 - T3	2013 - T3	2014 - T3	2015 - T3	2016 - T3	Évolution T3 2016/2015
Sauvegarde	327	356	375	330	254	-23,0%
Redressements Judiciaires	3 585	3 801	3 816	3 729	3 318	-11,0%
Liquidations Judiciaires	8 496	9 237	9 654	8 915	7 850	-11,9%
Total Ouvertures	12 408	13 394	13 845	12 974	11 422	-12,0%
Dont PME > 50 salariés	89	114	120	72	71	-1,4%
Total Emplois menacés	50 500	53 500	56 400	47 000	39 400	-16,2%
Total Ouvertures 12 mois glissés	60 284	63 955	64 162	63 246	60 090	-5,0%

ÉVOLUTION DES DÉFAILLANCES D'ENTREPRISES EN FRANCE SUR 5 ANS (DONNÉES 12 MOIS GLISSANTS - SEPTEMBRE 2011 À SEPTEMBRE 2016)



Cette diminution constatée au cours du 3^{ème} trimestre 2016 s'inscrit dans une tendance plus globale. Les chiffres du dernier trimestre 2016 établis par ALTARES ne sont pas encore disponibles mais devraient très probablement confirmer les chiffres du début de l'année.

Cette confirmation est d'autant plus vraisemblable qu'il ressort des chiffres disponibles sur le site Infogreffe que 57.393 procédures collectives ont été ouvertes en France en 2016, contre 62.664 en 2015. En 2016, les tribunaux ont prononcé l'ouverture de 1.042 procédures de sauvegarde contre 1.291 en 2015, 13.921 procédures de redressement judiciaire contre 15.227 en 2015. Ainsi, la sinistralité des

entreprises a diminué de façon significative au cours de la dernière année. Il conviendra de rester attentif à l'évolution des chiffres au cours du premier semestre de l'année 2017 qui confirmeront ou non l'existence d'une amélioration durable.

EVENEMENTS DU CABINET

CONFERENCE-DEBAT:

SIMON ASSOCIES organise une conférence, en présence notamment de Maître Jonathan EL BAZE, Administrateur Judiciaire, de Maître Lucile JOUVE, Mandataire Judiciaire et de Monsieur Grégoire CABRI-WILTZER, CEO de NIM EUROPE, le vendredi 27 janvier 2017 à 8h30 au 32 rue de Monceau-75008 Paris (CAPITAL 8), sur la thématique :

« *Le dirigeant à l'épreuve des difficultés, de la prévention aux procédures de sanction* ».

Pour vous inscrire :
information@simonassocies.com

inscription gratuite
nombre de places limité

DISTINCTIONS

SIMON ASSOCIES a une nouvelle fois été classé « Incontournable » (1^{er} rang) en Réorganisation et restructuration - Procédures collectives conseil des entreprises mid cap et leurs actionnaires dans le classement Décideurs 2016-2017 ([cliquez ici](#))

SIMON ASSOCIES a également été classé « Excellent » en Clientèle LBO en difficulté dans le classement Décideurs 2016-2017 ([cliquez ici](#))

SIMON ASSOCIES a été classé numéro 2 dans la catégorie « Entreprises en difficulté / Restructuring » lors du Palmarès des Avocats organisé par Le Monde du Droit en partenariat avec l'AFJE ([cliquez ici](#))

SIMON ASSOCIES remercie ses clients pour leur confiance.

A PROPOS DU CABINET SIMON ASSOCIES

Le Cabinet est un acteur reconnu du monde de la prévention et de la restructuration via une équipe entièrement dédiée de professionnels rompus et aguerris à la pratique.

SIMON ASSOCIES suit les entreprises en situation de sous-performance, en difficulté ou en retournement depuis plus de 20 ans. SIMON ASSOCIES s'attache à la prévention des difficultés et sait aussi accompagner ses clients dans le cadre de procédures collectives. SIMON ASSOCIES conseille les entreprises, leurs dirigeants, leurs actionnaires, les créanciers, les repreneurs et les mandataires judiciaires.

Le département entreprises en difficulté, qui peut s'appuyer sur les autres départements du Cabinet (Corporate, Social, International, Contentieux...), intervient notamment dans les secteurs de la franchise, l'industrie, l'immobilier, la construction, la promotion, les services, les soins médicaux et médicaux-sociaux, les réseaux, l'internet et les technologies de l'information, l'hôtellerie, la publicité, la banque, l'industrie du luxe, l'industrie pharmaceutique, l'assurance, la métallurgie et l'édition.

SIMON ASSOCIES compte plusieurs associés membres de l'ARE, de l'IFPPC et de Prévention et Retournement.

Membres de l'équipe "Entreprises en difficulté"



Jean-Charles SIMON
Avocat Associé-Fondateur
(jcsimon@simonassocies.com)



David PITOUN
Avocat Associé
(dpitoun@simonassocies.com)



Stéphane CAVET
Avocat Associé
(scavet@simonassocies.com)



Sophie NAYROLLES
Avocat Associée
(snayrolles@simonassocies.com)



Marie ROBINEAU
Avocat Associée
(mrobiniau@simonassocies.com)



Kristell QUELENNEC
Avocat
(kquellenec@simonassocies.com)



Denis MEYER
Avocat
(dmeyer@simonassocies.com)



Paul MINET
Avocat
(pminet@simonassocies.com)

Nous attirons votre attention sur le fait que les articles de cette lettre d'information ne sont pas exhaustifs et n'ont pas vocation à constituer un avis juridique. N'hésitez pas à nous faire part de vos commentaires et/ou questions : dmeyer@simonassocies.com