GUIDE - Les relations contractuelles à l'épreuve des procédures collectives

(à jour de l'ordonnance du 20 mai 2020)

Luc-Marie Augagneur, avocat associé

lmaugagneur@cvs-avocats.com

CORNET VINCENT SEGUREL

L'ouverture d'une procédure de traitement des difficultés d'une entreprise (sauvegarde, redressement judiciaire, conciliation) **perturbe significativement les relations avec les partenaires commerciaux** :

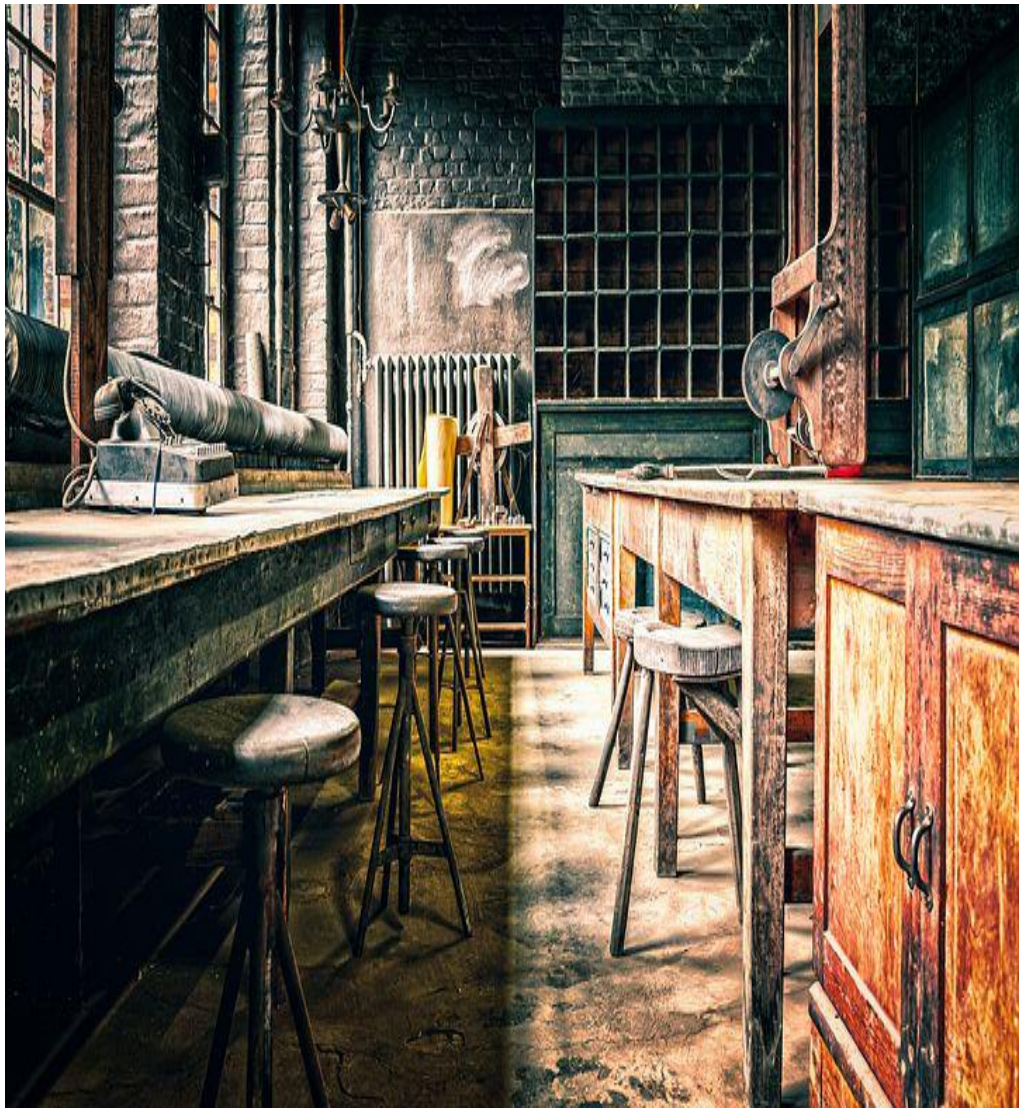
- Fournisseurs
- Clients
- Loueurs/locataires
- Concédants de droits (de distribution, de propriété intellectuelle)
- etc

Ces relations contractuelles sont d'ailleurs souvent **troublées avant l'ouverture de la procédure collective**,

- Soit du fait même des difficultés qui y conduisent
- Soit parce que la dégradation des relations ont causé les difficultés.

Or, **la survie de l'entreprise dépend parfois – souvent ! - du sort de ces contrats** qui peuvent être vitaux pour l'entreprise.

A l'inverse, les co-contractants peuvent être notablement affectés par les conséquences d'une procédure collective d'un partenaire.



Avant l’ouverture d’une procédure collective

Lorsque les partenaires commerciaux anticipent une éventuelle défaillance financière de l’un d’eux :

- les en-cours peuvent être importants, voire augmenter
- des stocks impayés ou des actifs essentiels peuvent se trouver en possession de l’entreprise en difficultés.

Importance et évolution des encours

- La modification brutale de l'en-cours habituellement accordé peut constituer
  - non seulement **une rupture de la relation commerciale** engageant la responsabilité de son auteur pour défaut de préavis
  - mais également être **la cause d'une défaillance de l'entreprise** engageant la responsabilité du contractant pour les conséquences de la défaillance

- La modification des conditions de règlement doit être **justifiée par un défaut de paiement** par rapport à l'en-cours habituellement accordé

Le co-contractant doit donc surveiller l'évolution des en-cours et, en tous cas, signifier qu'il n'a pas accepté une situation d'en-cours comme un crédit accordé au partenaire, au risque de ne pouvoir réagir suffisamment vite avant la défaillance

C'est seulement au moment de l'ouverture du redressement judiciaire (mais pas d'une sauvegarde) que le co-contractant peut exiger un paiement comptant.

Stocks impayés ou actifs appartenant au partenaire se trouvant en possession de l'entreprise en difficulté

Si l'entreprise est en réalité déjà en **état de cessation des paiement** (même sans que le co-contractant le sache)

- Se faire remettre des actifs contre une réduction de la dette (dation en paiement) est un mode anormal de paiement qui pourra conduire à faire annuler la remise des actifs (il faudra les rendre avec perte de la créance non déclarée au passif)
- Se faire payer des factures non échues (par exemple comme condition à de nouvelles livraisons) expose à devoir restituer les sommes
- La prise de nouvelles garanties comme condition à la poursuite des relations serait inefficace (nullité)

Il faut donc notamment :

- Essayer de connaître la situation réelle de son partenaire pour connaître les opérations possibles
- S'assurer que l'on est réellement déjà propriétaire des actifs à récupérer (par une clause de réserve de propriété soumis à différentes conditions de validité, ou par un contrat de location, de dépôt, etc)
- Prendre toutes mesures pour que les biens appartenant au partenaire commercial soient clairement identifiés et ne puissent être transmis à des tiers
- Vérifier la validité et la publication des garanties qui ont été prises pour qu'elles soient efficaces en cas d'ouverture d'une procédure collectives
- Vérifier que l'entreprise détentrice a bien souscrit une police d'assurance couvrant perte, vol et détérioration

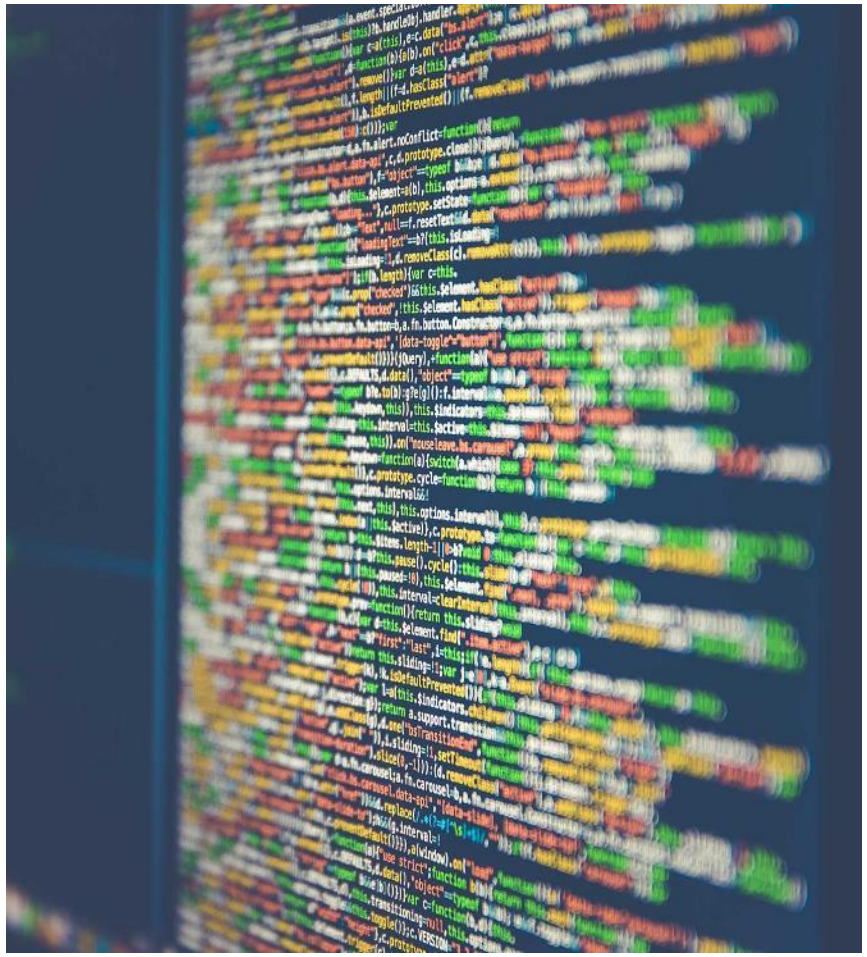
Les actifs numériques

Les logiciels

- en cours de développement : s'assurer que le transfert de propriété des droits d'auteur a lieu au fur et à mesure du développement et non à la recette finale
- Sous licence : prévoir une clause de dépôt des codes-sources (par exemple à l'APP) conférant un droit d'accès au licencié pour permettre la continuité d'activité, ainsi que des droits (adaptation, exploitation…) pour permettre d'assurer la maintenance corrective et évolutive de la solution

Les données

- Prévoir une clause de réversibilité suffisamment détaillée (v. Les principales clauses des contrats d'affaires, Clause de réversibilité, L.-M. Augagneur, éd. Lextenso 2019) de façon à ce qu'elle soit opposable à l'administrateur judiciaire
- S'assurer d'une accessibilité à un back-up (éventuellement en récupérer un)
- Lorsque les données sont hébergées chez un prestataire de cloud : s'assurer d'une faculté de substitution dans le contrat



S'agissant d'actifs qui ne sont pas toujours exclusifs ou rivaux, la régularisation est moins susceptible d'annulation à l'approche d'une procédure collective

A l’ouverture de la procédure collective

L’entreprise fait l’objet d’une protection spécifique ;
néanmoins, elle doit continuer à exécuter ses nouvelles obligations.

Les deux co-contractants doivent éviter de nombreuses difficultés liées aux règles dérogatoires applicables pendant cette période.

La rupture des relations

Par le co-contractant

- Principe de poursuite des contrats en cours : les clauses de rupture automatique du contrat en cas de procédure collective ne sont pas valables
- Le partenaire commercial ne peut pas rompre les relations d'affaires sans préavis au motif de l'ouverture d'une procédure collective : il doit respecter un préavis suffisant tenant notamment compte de l'ancienneté et de la dépendance

Par l'entreprise défaillante

- La procédure collective offre le choix discrétionnaire à l'administrateur judiciaire de poursuivre ou de rompre les contrats en cours
- … mais pas à rompre sans indemnité pour l'autre partie (mais il faudra déclarer cette indemnité au passif)

La rupture de certains contrats prive de certains droits pour l'avenir : mettre fin au crédit-bail empêche d'agir en responsabilité contre le fournisseur d'un matériel

Le co-contractant peut toujours faire résilier le contrat pour des défauts d'exécution non-financiers (prestation défaillante, etc)

Le choix de la rupture du contrat peut intervenir à tout moment : pour lever le doute, le co-contractant doit mettre en demeure l'administrateur de prendre position. En l'absence de réponse sous un mois, le contrat est résilié.

Les limitations de certaines prérogatives contractuelles

Ouverture d'une procédure collective
(redressement, sauvegarde)

→ Suspension des poursuites = gel du passif *

→ défaillance financière

→ absence de défaillance contractuelle

→ Impossibilité pour les co-contractants :

D'opérer une compensation (sauf créances connexes dérivant d'une même opération économique)

D'interrompre l'exécution de ses obligations jusqu'au paiement

D'appliquer toute autre sanction contractuelle liée à l'inexécution (déchéance, pénalité, etc)

* La suspension des poursuites peut désormais être ordonnée par le Président du tribunal à l'égard de certains créanciers de la conciliation – ord. 20 mai 2020

La continuation d'exécution du contrat

La procédure collective n'est **pas une dispense d'exécution du contrat** pour l'entreprise :

Si le co-contractant ne peut pas invoquer la défaillance financière passée pour refuser de s'exécuter…

… l'entreprise en procédure collective ne peut se dispenser d'exécuter ses propres obligations, y compris sous l'effet de **pénalités** contractuelles ou **d'astreinte** judiciaire.

L'entreprise en redressement judiciaire doit payer son co-contractant comptant, sauf si ce-dernier accepte de consentir des délais de paiement.

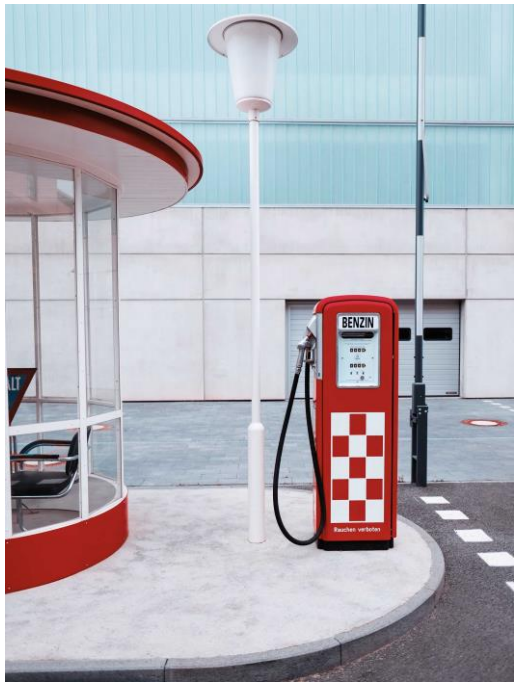
En cas d'inexécution de l'une quelconque des parties : la résolution du contrat peut être mise en œuvre aux conditions prévues dans le contrat ou sans autre condition en cas de faute suffisamment grave, avec indemnisation du préjudice subi.

Des prérogatives financières spécifiques

Si un co-contractant peut être tenté de se désengager en cas de difficulté de son partenaire commercial, il peut aussi souhaiter (ou avoir besoin) de l'accompagner en le soutenant financièrement dans le cadre des relations contractuelles. Dans certaines conditions, il peut alors bénéficier d'un privilège de paiement s'il procède à un **apport de trésorerie supplémentaire** à l'entreprise en difficulté:

Conciliation

Privilège de New Money



Sauvegarde / Redressement*

Privilège de Post Money

* Au cours de la période d'observation (nouveauté introduite par l'ordonnance du 20 mai 2020)

La préservation des actifs du co-contractant

Dès l'ouverture de la procédure collective, les actifs destinés à revenir au partenaire commercial ne peuvent plus être remis volontairement par l'entreprise :

Créances

Déclaration de créance dans les 2 mois de la publication du jugement d'ouverture de la procédure collective

Sinon, la créance ne sera pas payée

Biens dont la propriété n'est pas déjà établie

Clause de réserve de propriété, contrat de dépôt ou de location non publiés, etc

Revendication auprès de l'administrateur dans les 3 mois de l'ouverture de la procédure collective

Saisine du juge-commissaire dans le délai de 1 mois après la réponse de l'administrateur

Biens dont la propriété est établie et publiée

Clause de propriété publiée (dont crédit-bail)

Pas de délai ni de demande préalable à l'administrateur

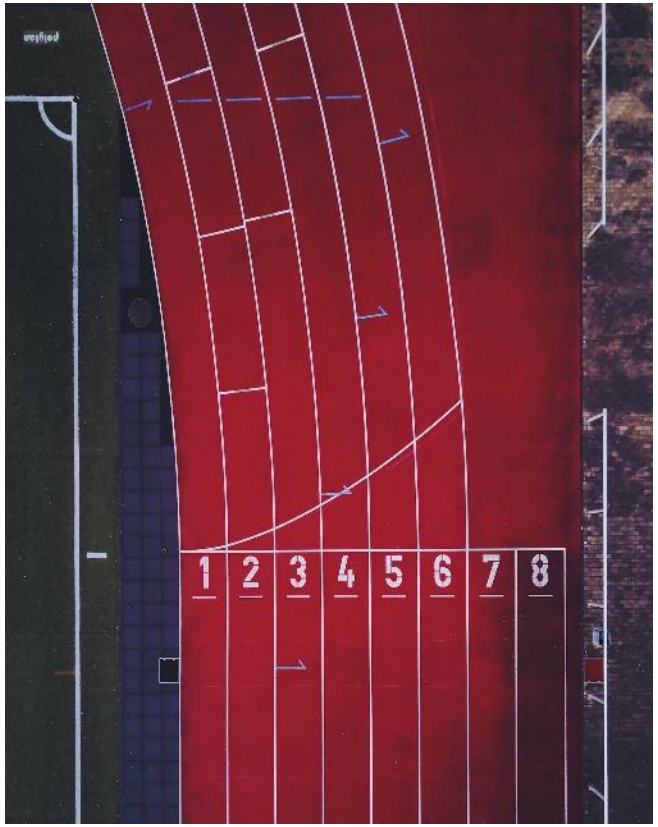
Mais le mandataire peut choisir de payer la créance et conserver le bien

Immeubles

Pas de revendication nécessaire,

mais attention au sort du contrat d'occupation

La préservation des actifs du co-contractant



Les délais sont courts et rigoureux (même si un allongement a été prévu en raison de la crise du Covid) : leur non respect entraîne généralement la perte irrémédiable d'un droit ou d'un bien.

Leurs combinaisons et points de départ sont souvent capricieux :

Par exemple, en cas d'absence de réponse à une demande de revendication, le délai d'un mois pour former une requête en revendication court à compter de la première des deux dates suivantes 1) la réponse de l'administrateur, 2) l'expiration du délai de réponse d'un mois de l'administrateur ; de sorte si l'administrateur répond au-delà du délai d'un mois, le délai a déjà commencé à courir.

La revendication et la restitution peuvent se heurter à de multiples obstacles : revente, transformation ou incorporation, disparition du bien… : des mesures préalables peuvent être nécessaires pour assurer l'effectivité des droits.

Après la reprise de l’entreprise

La reprise de l’entreprise dans le cadre d’un plan de cession décidé par le tribunal au profit de l’un des candidats peut entraîner un changement forcé de co-contractant : la vigilance est indispensable à la fois pour le repreneur et pour le co-contractant !

Plan de cession

En cas de reprise des **titres** de la société : tous les contrats se poursuivent. **Mais attention aux clauses de changement de contrôle !**

En cas de reprise portant sur des **actifs** : le tribunal peut imposer au co-contractant une transmission forcée des contrats de **crédit-bail**, de **location** et de **fourniture** nécessaires à l'activité

Seuls les contrats en cours peuvent être transférés : l'expiration ou la résiliation avant le jugement empêchent le transfert

Le **repreneur** doit avoir visé le contrat dans son offre : le juge ne peut pas lui imposer la reprise d'un contrat.

Le transfert des contrats clients ne sont pas prévus : la jurisprudence est indécise

Il est préférable de s'assurer des intentions des contractants au préalable, voire de négocier des prolongations avant la reprise

Les clauses d'*intuitu personae* ou d'incessibilité sont inopérantes, mais attention à la prochaine échéance ou à la moindre défaillance

Le repreneur ne bénéficie pas de la garantie des vices cachés

Lorsqu'il n'y a pas de contrat, mais seulement des relations commerciales suivies

Si la cession porte sur les titres : la cessation des relations doit respecter un préavis tenant compte de l'ancienneté et du niveau de dépendance

Si la cession porte sur des actifs : le tribunal ne peut pas imposer un transfert

Mais si le co-contractant accepte de poursuivre la relation avec le repreneur : l'ancienneté de la relation antérieure est conservée
➔ Elle allonge donc le délai de préavis

Pour éviter l'inertie d'un long préavis, tout en faisant un essai : le co-contractant doit exprimer des réserves

Procédures collectives : les associés de notre bureau de Lyon

Luc-Marie Augagneur
lmaugagneur@cvs-avocats.com

Alban Pousset-Bougère
apoussetbougere@cvs-avocats.com

Pierre-Jean Ferry
pjferry@cvs-avocats.com

NANTES | PARIS | RENNES | LILLE | LYON | BORDEAUX

CORNET VINCENT SEGUREL