

## Cession d'une filiale en difficulté : la prudence s'impose !



Par Isabelle Marguet, avocat, Dechert (Paris) LLP

### Comment sécuriser la cession d'une filiale en difficulté et limiter les risques encourus par le cédant en cas d'échec du projet de reprise et de liquidation judiciaire de son ex-filiale ?

On sait maintenant depuis quelques années que céder une filiale en difficulté ou financièrement fragile peut présenter des risques pour l'actionnaire cédant pour lequel la cession n'est pas toujours «la fin de l'histoire». Les juges ont accueilli de plus en plus favorablement les recours des créanciers, tout particulièrement des salariés de l'activité cédée, contre le cédant lorsque la filiale cédée se retrouve en liquidation judiciaire quelque temps après la cession. Le contexte économique actuel favorise bien entendu ces recours.

Une décision récente de la cour d'appel de Paris du 4 septembre 2012<sup>1</sup> vient apporter une pierre supplémentaire à cet édifice jurisprudentiel et doit inciter les groupes souhaitant se séparer d'une activité en difficulté à encore plus de prudence dans la conduite du processus de cession.

### Quels sont les risques encourus par le cédant d'une activité en difficulté qui se trouve in fine placée en liquidation ?

Des groupes ont été condamnés à indemniser les salariés de leur ex-filiale suite à la liquidation judiciaire de celle-ci, afin de les dédommager de la perte de chance de bénéficier d'un plan social au sein du groupe vendeur. Il est reproché au cédant d'avoir «fauté» dans la conduite du processus de cession, en particulier en ne s'assurant pas du caractère sérieux du projet de reprise. De façon similaire, certaines décisions ont retenu un manquement du vendeur à son obligation de loyauté dans l'exécution du contrat de travail pour ne pas avoir vérifié la capacité financière du repreneur. Dans des cas très particuliers, un comportement frauduleux du repreneur (doublé d'une légèreté fautive du cédant) a même pu entraîner l'annulation de la cession, renvoyant ainsi sur le vendeur la charge du passif social de l'activité cédée.<sup>2</sup>

### Pour autant, toute cession d'activité en difficulté expose-t-elle le cédant à voir sa responsabilité mise en cause ?

Ce n'est pas le principe même de la cession d'une activité en difficulté que les juges remettent en cause mais plutôt ses modalités. C'est ce que confirme la décision de la cour d'appel de Paris du 4 septembre 2012.

Dans cette affaire, une société française appartenant à un groupe mondial spécialisé dans la livraison de colis, la logistique et le transport, avait décidé de céder l'une de ses branches d'activité déficitaire depuis plusieurs années. Des cadres de l'activité avaient proposé un projet de reprise et la cession avait eu lieu, l'activité ayant été préalablement filialisée au sein d'une société créée pour les besoins de l'opération, société elle-même rachetée par la holding constituée par les repreneurs (schéma couramment rencontré dans la pratique). Près d'un an et demi après sa cession, cette société était placée en redressement judiciaire puis en liquidation. Les organes de la procédure collective (administrateur judiciaire, puis liquidateur, et représentant des créanciers) avaient alors obtenu en référé, sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile, la désignation d'un expert chargé de collecter des preuves sur les causes de cet échec (notamment, informations financières sur l'activité avant sa cession, modalités de l'opération et mesures d'accompagnement mises en place par le cédant, causes de la non-réalisation du business plan). La cour d'appel, saisie par le cédant qui demandait l'annulation de cette désignation d'expert, a confirmé la décision de première instance.

L'«expertise in futurum» prévue à l'article 145 du Code de procédure civile permet à tout intéressé de demander à titre de mesure d'instruction la désignation d'un expert s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige. La cour d'appel souligne que cela suppose un possible procès «en germe», sur la base d'un fondement juridique suffisamment déterminé et dont la solution peut dépendre de la mesure sollicitée, à condition que cette mesure «ne porte pas une atteinte illégitime aux droits d'autrui<sup>3</sup>».

Les demandeurs reprochaient en l'espèce au cédant, de façon maintenant classique, d'avoir délibérément cédé à d'anciens cadres leur filiale dont l'activité était déficitaire depuis plusieurs années, «en sachant pertinemment que la pérennité de celle-ci n'était pas assurée ce qui avait in fine abouti à une prise en charge par la collectivité de son passif social».

Au regard des éléments qui lui sont soumis, la Cour relève que le cédant «ne pouvait ignorer» le caractère incertain du projet de cession et les faiblesses du business plan de reprise, et qu'il n'est donc «pas exclu que le reproche qui est fait [à la cédante] d'avoir cédé

une activité dont elle savait la pérennité non assurée soit fondé et que sa responsabilité à l'égard des créanciers [de son ex-filiale] puisse être engagée».

Le cédant semblait pourtant avoir fait preuve d'une certaine prudence dans les modalités de la cession, même s'il est indéniable qu'une reprise par des personnes physiques présente nécessairement moins de garanties qu'une cession à un groupe, à la surface financière plus importante. Au cas particulier, l'opération de cession s'était déroulée sur plusieurs mois, avec l'intervention de plusieurs experts tiers : expert désigné par le comité d'entreprise (comme c'est de plus en plus souvent le cas), expert-comptable assistant à l'élaboration du business plan des repreneurs, commissaire aux apports désigné par le tribunal de commerce dans le cadre de la filialisation de l'activité. Le cédant avait apporté une dotation en capital significative à l'activité, dont le montant avait été déterminé en coordination avec les repreneurs au regard des besoins futurs de l'activité et afin de lui permettre d'y faire face. Des relations commerciales s'étaient également poursuivies avec le cédant, assurant ainsi des revenus à la filiale cédée.

Cette décision ne préjuge bien entendu pas de la solution d'une éventuelle procédure au fond que les demandeurs décideront certainement d'initier afin de rechercher la responsabilité du cédant, mais cela constitue sans aucun doute une première étape et il sera intéressant de suivre les prochaines.

Dans la pratique, les groupes ont commencé à tirer les leçons de ces décisions des tribunaux en adoptant une plus grande prudence dans la conduite des processus de réorganisation de leurs activités. Vérifier le sérieux du projet de reprise, s'assurer de la capacité financière du repreneur, en particulier de sa capacité à mettre en œuvre le business plan qu'il aura lui-même établi, négocier des engagements contractuels du repreneur quant à l'utilisation des fonds apportés à l'activité par le cédant avant la cession, sont autant de «bons points» qui permettront au cédant d'établir sa bonne foi et de démontrer sa vigilance dans la conduite de la vente. Pour autant, ces mesures ne sont pas forcément suffisantes pour protéger

le cédant contre un futur recours en responsabilité en cas d'échec du projet de reprise.

### Mettre en place un mandat ad hoc ou une procédure de conciliation permet de céder plus sereinement une activité en difficulté ?

Pour sécuriser d'avantage l'opération, les groupes souhaitant céder une activité en difficulté pourront envisager le recours à des procédures de mandat ad hoc voire de conciliation.

Ainsi par exemple, un mandataire ad hoc pourra être désigné sur saisine du président du tribunal de commerce<sup>4</sup>, avec pour mission de contrôler l'utilisation des fonds apportés par le cédant avant la cession et rendre compte de sa mission selon les modalités convenues par les parties.

Les parties à l'opération pourront également décider de la conduire sous l'égide d'un conciliateur, nommé lui aussi sur requête auprès du président du tribunal de commerce, qui aura pour mission d'assister le cédant et la société cédée dans leurs négociations avec l'acquéreur pressenti<sup>5</sup>. Cette procédure ajoutera quelques semaines au calendrier de la cession mais présente plusieurs avantages significatifs pour la suite. Elle permet tout d'abord de procéder à l'opération dans un cadre «officiel», impliquant les différentes parties en présence : vendeur, acquéreur, institutions représentatives du personnel, ministère public, tribunal de commerce. Ensuite, l'accord de conciliation conclu par les parties à l'issue de la procédure, reprenant leurs principaux engagements réciproques (ce qui n'exclut pas sur le principe la conclusion d'un contrat de cession plus détaillé), pourra faire l'objet soit d'un «constat» par le président du tribunal de commerce (constatant l'accord des parties et non soumis à publication) soit, si les parties le souhaitent, d'une véritable «homologation» de leur accord (le jugement d'homologation étant public). En homologuant l'accord, le tribunal confirmera que les «termes de l'accord sont de nature à assurer la pérennité de l'activité de l'entreprise<sup>6</sup>». Cette reconnaissance officielle devrait constituer une sécurité non négligeable pour le cédant. ■

1. CA Paris, 4 septembre 2012 n° 11-12359, ch. 1-3, SAS UPS SCS France c/ SAS Maintenance Partner Solutions.
2. Quelques décisions emblématiques : Cass. Soc., 14 novembre 2007 (affaire Bull) ; TGI de Béthune, 24 juin 2008 (affaire Samsonite).
3. Une formulation semblable avait été adoptée par les juges dans un arrêt CA Paris, 14e ch. A, 19 avril 2000.
4. Article L. 611-3 du Code de commerce.
5. Article L. 611-4 et suivants du Code de commerce.
6. Article L. 611-8, II, du Code de commerce.

**Option**  
**DROIT & AFFAIRES**

Directeur de la rédaction :  
Jean-Guillaume d'Ornano  
01 53 63 55 55  
Rédactrice en chef :  
Ondine Delaunay Chambaud 01 53 63 55 61  
ondine.delaunay@optionfinance.fr  
Rédaction :  
Florent Le Quintrec 01 53 63 55 73  
florent.lequintrec@optionfinance.fr

Editeur : Lucy Letellier 01 53 63 55 56  
lucy.letellier@optionfinance.fr

Conception graphique :  
Florence Rougier 01 53 63 55 68  
Maquettiste : Gilles Fonteny  
Publicité :  
Régie : Option Finance SAS  
10 rue Pergolèse  
75016 PARIS  
Tel : 01 53 63 55 56 - Fax : 01 53 63 55 60  
Assistante : Sylvie Alinc 01 53 63 55 55  
Secrétaire générale : Laurence Fontaine  
01 53 63 55 54

Administration, abonnements  
Service abonnements : 123, rue Jules Guesde  
CS 70029 - 92309 Levallois Perret Cedex  
Tél 01 44 84 80 45 - Fax 04 42 00 56 92  
optionfinanceabonnements@dipinfo.fr  
Impression : Ambiance graphique - Hôtel d'Entreprises, rue Aristide Bergès, Local D1 - 17180 Périgny  
N° de commission paritaire : 0117 I 90179  
N° ISSN : 2105-1909  
Editeur : Option Droit & Affaires est édité par  
Option Finance SAS au capital de 2 043 312 euros.  
Siège social : 10 rue Pergolèse (à compter de 24-12-12)  
75016 PARIS - RCS Paris B 342 256 327  
Directeur de la Publication : Jean-Guillaume d'Ornano  
Fondateur : François Fahys  
Option Finance édite : Option Finance,  
Option Finance à 18 heures, Option Droit & Affaires,  
Funds, Family Finance, AOF, OFE.

**Option**  
**Finance** 10 rue Pergolèse • 75016 Paris • Tél. 01 53 63 55 55