

PRESENTATION DE COFACE ET DE SON EXPERIENCE EN MATIERE DE RECOUVREMENT AUX ETATS-UNIS

INTRODUCTION

1. Les différents métiers exercés par le Groupe Coface / Couverture géographique

Le principal métier de Coface est l'assurance crédit, à l'origine uniquement à l'export et aujourd'hui également sur la France et les autres pays pour les ventes domestiques.

L'assurance crédit consiste à définir pour chaque client d'une entreprise assurée les modalités du crédit (en termes de durée et montants) qui peut être garanti sur chaque client de l'entreprise assurée. C'est donc l'assureur qui fixe la limite de crédit garanti par lui sur chaque acheteur de son assuré, ce qui lui impose de disposer d'une base de données ou de renseignements financiers lui permettant d'apprécier la solvabilité des entreprises. Ainsi, Coface dispose d'une base de données comportant près de 2 millions d'entreprises. En cas d'impayé par un acheteur garanti, c'est l'assureur qui se substitue au débiteur en versant une indemnité le plus souvent plafonnée à 85% ou 90% du montant en principal de la créance.

- Spécificités de l'assurance crédit Coface :

La principale particularité des polices d'assurance crédit Coface est d'incorporer dans la garantie du risque de crédit, objet même de la police d'assurance, des prestations de service qui consistent essentiellement à prendre

en charge l'exercice des recours contre les débiteurs défaillants. Le coût des actions en recouvrement ainsi diligentées est également pris en charge par Coface, ce qui explique que le taux de prime d'assurance soit relativement élevé par rapport à d'autres formes d'assurance crédit telles que pratiquées en Allemagne ou au Royaume Uni qui n'englobent pas de prestations de recouvrement.

Depuis maintenant près de 5 ans, Coface a mis en place une notation de la capacité financière des entreprises et tout particulièrement les petites et moyennes entreprises, sous forme de @rating, cette classification très simple permet d'attribuer de 1 à 4 @ aux entreprises selon la limite du découvert que Coface est prête à garantir sur celles-ci.

- **Tout naturellement, le deuxième métier exercé par Coface, consiste à vendre des informations commerciales et des prestations de recouvrement** déconnectées de l'assurance crédit. Cette diversification sur les services a débuté il y a une quinzaine d'années en France avec le rachat de la société lyonnaise SCRL devenue depuis Coface SCRL.

Aujourd'hui, Coface est présente dans 26 pays où elle offre directement des prestations de recouvrement alors qu'elle est présente dans environ 60 pays, notamment la Chine, la Corée et le Japon pour l'Asie, pour la vente d'assurance crédit à l'export et le plus souvent en domestique.

- **Le dernier métier lancé par Coface en partenariat avec son actionnaire, le Groupe NBP, est l'affacturage** avec pour l'instant une présence limitée aux principaux pays européens.
- **Les liens entre la protection des créances, cœur de métier du Groupe Coface, et le financement de ces créances** sont évidemment forts puisqu'il est d'autant plus facile de trouver du financement que la créance bénéficie de garanties. C'est la raison pour laquelle de nouvelles formes d'assurance ont vu le jour récemment avec le montage de plans de titrisation de créances.
L'affacturage est également une activité qui doit permettre des combinaisons intéressantes entre financement et garantie délivrée par un assureur crédit. Cela explique également les synergies entre banques et assurance crédit.

2. Evolution des besoins des entreprises

- **Il convient d'abord de souligner que le marché du recouvrement de créances est très segmenté.** Les modes opératoires doivent en effet être standardisés pour le recouvrement des petites et moyennes créances qui constitue l'essentiel de l'activité des quelques 2.000 agences de recouvrement recensées en France. Par contre, le recouvrement de créances d'enjeux financiers significatifs relève d'une approche artisanale, chaque dossier devant faire l'objet d'une stratégie personnalisée.

- **La mondialisation des échanges économiques** intervenant sur un seul modèle économique de type libéral a également entraîné une augmentation très importante du recouvrement international, certains dossiers mettant souvent en cause plus de 3 pays.

Un phénomène récent à souligner en ce qui concerne le recouvrement standardisé, est la délocalisation des centres d'appels téléphoniques dans des pays comme l'Inde, certains pays du Maghreb ou les Iles Caraïbes. A titre d'exemple, Global Vantage dispose d'une plate-forme de 750 employés dans une banlieue de New Delhi qui gère la totalité des appels téléphoniques avec les débiteurs principalement Nord-Américains.

On doit également relever que le marché du recouvrement de créances en Europe est fortement atomisé avec une myriade d'intervenants alors qu'il est déjà beaucoup plus concentré aux Etats-Unis.

Il est significatif de relever qu'une agence de recouvrement comme NCO implantée en Pennsylvanie revendique plus de 50.000 clients avec des bénéfices annuels compris entre 40 e 50 millions USD. La même entreprise envisage de délocaliser aux Philippines et en Inde au moins 25 % de l'activité de son centre de gestion de créances dans les prochaines années.

Force est donc de relever que la délocalisation en matière de recouvrement de créances est une réalité.

Ce mouvement paraît inévitable dans un contexte où les clients demandent davantage de résultats en termes de sommes recouvrées avec une diminution des coûts de recouvrement.

- **Un phénomène d'une importance croissante doit également attirer l'attention ; c'est l'intervention des fonds spéculatifs** sur le segment du recouvrement des créances impayées importantes.

Ces fameux « hedge funds » ou fonds vautours se sont en effet substitués à la bulle Internet pour attirer les investisseurs. Ainsi, l'un de ces fonds, Blackstone, vient de lancer le montant le plus élevé d'appel de fonds jamais réalisé avec 11 milliards USD sur le marché Nord-Américain.

En 2004, on peut relever que 2 fonds, CARLYLE & GOLDMAN SACHS CAPITAL PARTNER ont levé ensemble plus de 16 milliards USD et que certains analystes prévoient que ces fonds pourraient lever 200 milliards USD en 2005 dont 15 à 20 % pourraient servir à des rachats de créances impayées en Europe, tout spécialement en Allemagne.

L'ampleur des sommes investies dans ces activités s'explique par les larges rémunérations obtenues sur les 8 dernières années d'activité avec des moyennes annuelles de 20 % et des pointes à 40 %.

Cette nouvelle activité de rachat de créances est un phénomène d'autant plus intéressant à suivre qu'il correspond à la nécessité de rendre liquide et circulant des actifs qui étaient auparavant gelés. On assiste ainsi à un

traitement international des créances commerciales qui est comparable à celui des créances souveraines à risque qui avait été mis en place pour les pays émergents il y a quelques dizaines d'années (ex. Brady Bonds).

- **Les facteurs de croissance du marché du recouvrement de créances**

dépendent de 3 éléments :

- mondialisation des échanges qui va entraîner un accroissement continu des opérations de recouvrement de créances internationales ;
- les scénarios de crise économique dans un pays ou dans une zone dont l'un des signes est la multiplication des impayés commerciaux et leur effet domino ;
- les bouleversements apportés par Internet ; accès à des informations libres en temps réel et souvent sensibles.

3. Expérience de recouvrement aux Etats-Unis

Il n'existe pas de traité relatif à l'entraide judiciaire et à l'exécution des décisions judiciaires entre la France et les Etats-Unis d'Amérique. Il s'ensuit que l'exequatur aux Etats-Unis d'une décision rendue en France est régi par les règles générales, c'est-à-dire signification au Parquet.

En pratique, il est presque impossible d'obtenir l'exequatur aux Etats-Unis d'une décision rendue en France lorsque l'entreprise américaine ne s'est pas constituée

dans le cadre de la procédure française et le plus souvent le demandeur français s'expose à un deuxième procès au fond aux Etats-Unis.

En ce qui concerne les mesures conservatoires, comme on le verra ensuite, les mêmes mesures conservatoires sont envisageables que celles prévues dans le cadre d'une procédure au fond engagée directement aux Etats-Unis.

Cependant, l'intérêt de telles mesures conservatoires est faible, étant donné que le demandeur devra fournir une sécurité dont le tribunal américain sera seul à décider de la nature et du montant.

Dans ce contexte et dans un souci d'efficacité, il est dès lors préférable d'engager toute procédure directement aux Etats-Unis.

Il ne faut pas oublier que sur le plan culturel, l'une des différences importantes est souvent résumée par le fait que les américains s'attachent au caractère pragmatique des raisonnements, alors que les français se soucient davantage de la théorie.

Les principes communs

Aux Etats-Unis, comme dans tout autre pays, il faut appliquer les 2 principes suivants pour tout dossier de recouvrement :

- L'objectif est de faire comprendre au débiteur pourquoi il est de son intérêt de payer le créancier que vous représentez ; sur ce plan, il est très intéressant de mettre en pratique les études effectuées depuis une trentaine d'années sur le thème de la négociation par l'Université de Harvard sous l'autorité des Professeurs Irving et Fisher.

- Il convient également de se rappeler qu'un débiteur promet selon ses espérances et tient toujours selon ses craintes.

3.1 - Différences entre l'approche juridique américaine et l'approche européenne

- **La procédure judiciaire américaine est complexe et très différente du système français.** Les Américains ne font pas de différence entre les affaires commerciales et les affaires civiles et **il existe 2 niveaux de juridiction** : les juridictions fédérales et les Cours de justice propres à chaque Etat.

La majorité des procès aux Etats-Unis se déroulent devant les Cours étatiques ; en conséquence, les affaires sont jugées en application de la loi de l'Etat et de la loi fédérale, sauf dans les affaires mettant en cause directement les Etats, l'application de la Constitution et des traités américains et enfin celles qui opposent des parties localisées dans des Etats Américains différents ou des pays étrangers, ce qui est systématiquement le cas lorsque l'une des parties est implantée en Europe. Lorsque les 2 types de juridiction peuvent être compétents, le demandeur peut s'adresser au tribunal de son choix. Sur un plan pratique, il est préférable lorsqu'une partie est étrangère, qu'un tribunal fédéral soit saisi. En effet, les juges fédéraux sont considérés comme ayant plus d'expérience et surtout plus de compétence en matière de droit international. Par ailleurs, dans toute affaire, qu'elle soit portée devant une Cour étatique ou fédérale, l'une des parties peut toujours demander qu'un jury soit constitué. Dans cette hypothèse, les jurés se prononcent essentiellement sur les faits et le juge applique ensuite le droit. Selon les

statistiques, il est intéressant de relever qu'un demandeur obtient satisfaction dans 62 % des cas devant un juge alors que devant un jury, la proportion tombe à 50 %.

- **Réparation des dommages**

L'une des différences essentielles de la jurisprudence américaine par rapport à la jurisprudence européenne est illustrée par l'application du principe de responsabilité notamment professionnelle. En effet, en Europe, une partie qui subit un dommage suite à une faute professionnelle ou au non respect d'une loi ou d'un règlement doit d'abord chiffrer le montant de son préjudice et ensuite démontrer le lien de causalité entre le préjudice et la faute commise par un tiers pour obtenir réparation de son préjudice.

La jurisprudence américaine depuis un célèbre arrêt Ford rendu au début des années 1930 considère que l'approche européenne passe à côté de l'objectif principal qui est de veiller à ce que tout citoyen n'enfreigne pas les lois et les règlements. Afin d'assurer cet objectif, la jurisprudence américaine considère qu'il faut prendre en compte un élément supplémentaire qui est la puissance financière ou le pouvoir détenu par l'auteur d'une infraction. En effet, si les dommages et intérêts ne sont pas proportionnés à la puissance financière de l'auteur de l'infraction, les tribunaux américains considèrent que le risque de récidive est très grand puisqu'il pourrait, par exemple, permettre en matière commerciale de couler un concurrent par des manœuvres déloyales d'où la notion de « **triple damages** ».

- **Une autre différence essentielle des procédures américaines est constituée par la phase de Pre-trial discovery.** Cette étape préalable au jugement permet à chaque partie d'établir les faits et les points de droit applicables à l'affaire. Elle reste sous l'autorité du juge chargé du dossier, mais se trouve complètement entre les mains des avocats des parties pour le nombre et la formulation des questions posées ainsi que pour la durée de cette phase. Cette procédure, qui n'existe pas en droit français, est la phase la plus importante d'un procès américain. Ce système permet à chaque partie d'exiger de son adversaire tout document, toute preuve ou tout témoignage se rapportant au procès. De plus, toute personne ayant eu connaissance de l'affaire peut également être amenée à venir témoigner et une simple présomption peut être prise en considération. **Les témoignages oraux** sont recueillis par l'avocat de la partie adverse devant un notaire qui prend note des propos et rédige ensuite un compte rendu exhaustif. Au cours du procès, chaque avocat est libre de présenter ou non les documents et témoignages obtenus pendant la phase de discovery. Le juge américain laisse en effet une très grande autonomie aux parties pour produire tout élément de preuve écrite ou orale. Dans la pratique, ce système est souvent utilisé à des fins tactiques pour gagner du temps ou tenter de décourager l'adversaire. Chaque demande d'interrogatoire ou de fourniture d'une pièce complémentaire doit être formulée devant le juge par l'intermédiaire d'un avocat.

Il convient également de souligner les sanctions sévères appliquées aux auteurs de mensonges, ce qui fait qu'il est presque toujours moins risqué pour une partie de

reconnaître la vérité que de mentir. Une attention particulière doit également être portée aux risques de chantage. Par exemple, en utilisant la menace d'une procédure judiciaire d'assignation en faillite.

- **Les procédures collectives américaines**

En ce qui concerne les procédures collectives, il existe 5 types de procédure collective mais la seule applicable aux sociétés commerciales qui souhaitent restructurer leurs dettes et continuer leurs activités est celle connue sous le nom de **Chapter XI**. Cette procédure est parfois perçue en Europe comme un instrument de gestion à la disposition des dirigeants d'entreprise puisque ceux-ci restent à la tête de leur entreprise.

Si l'on regarde toutefois l'exemple des 7 compagnies aériennes américaines qui ont bénéficié d'une procédure de Chapter XI depuis une douzaine d'années, seulement 2 sur les 7, Continental and America West ont réussi à reprendre une activité normale et encore pour Continental après un deuxième passage devant les tribunaux. On doit également relever que United, après 2 ans de procédure, a enregistré une perte nette de 1,6 milliard de USD en 2004 qui est largement supérieure aux pertes supportées par Continental, American et North West, 3 compagnies qui ne se trouvent pas en procédure collective. Il est ainsi clair qu'une telle procédure ne constitue pas un remède miracle pour la survie des entreprises, laquelle dépend totalement d'un projet à moyen et long terme mis en place par des dirigeants et de la confiance de ces derniers dans la réussite de leur projet.

3.2 – Caractéristiques de la procédure de Chapter XI

- C'est le système fédéral qui est responsable de la gestion des dossiers confiés au tribunal de faillite. Le tribunal de faillite est compétent pour toutes les matières relevant du code de la faillite, il a une juridiction exclusive sur tous les actifs du débiteur quel que soit l'endroit où ceux-ci sont localisés.

On assiste à une certaine concurrence entre les principaux tribunaux de faillite qui cherchent à attirer les dossiers les plus importants par une jurisprudence novatrice ; pour cela, en effet, il suffit aux dirigeants de l'entreprise en difficulté de transférer le siège social de l'entreprise dans le ressort du tribunal de la faillite dont la jurisprudence leur semble attractive. Sur les dernières années, on peut ainsi relever le cas du tribunal de faillite de Chicago qui traite notamment la faillite du distributeur Kmart et la faillite d'autres grandes entreprises, lequel tribunal étant à l'origine d'une jurisprudence extensive sur la définition de **critical vendor** : **fournisseur essentiel**, cette jurisprudence permet en effet à certains fournisseurs dont les livraisons sont jugées indispensables à la poursuite des activités de l'entreprise bénéficiant du Chapter XI, d'être payés intégralement de leurs créances nées avant l'ouverture de la procédure de Chapter XI. Le tribunal de faillite de Chicago a montré une interprétation exhaustive en acceptant qu'un grand nombre de fournisseurs soient qualifiés de fournisseurs essentiels, ce qui a lui a valu une grande notoriété. On doit toutefois relever que cette tendance est aujourd'hui combattue par des décisions de Cour d'Appel et il est probable que la définition de fournisseur essentiel sera ramenée à des limites beaucoup plus étroites.

Dans toute procédure de Chapter XI, une nouvelle entité juridique est créée appelée : **débiteur en possession** ; « **debtor in possession** » ; c'est cette entité composée des dirigeants de l'entreprise qui gère le patrimoine et dirige les activités. Cette entité a les mêmes droits qu'un syndic « trustee », étant précisé qu'à tout moment, une partie à la procédure peut demander à la Cour la nomination d'un trustee pour superviser la procédure de réorganisation. Les motifs retenus pour la nomination d'un trustee reposent le plus souvent sur la fraude, la malhonnêteté, l'incompétence ou de graves négligences dans la conduite des affaires de l'entreprise débitrice.

Je voudrais recenser les **principaux avantages et inconvénients de la procédure de Chapter XI** en retenant comme critère le nombre des redressements d'entreprises en difficulté et le maintien des emplois.

Les principaux inconvénients de cette procédure semblent être de :

- Permettre aux entreprises d'obtenir des accords privilégiés, spécifiquement avantageux par rapport à d'autres entreprises du même secteur exerçant leur activité normalement. Ainsi, cette procédure permet la renégociation de plans de pension pour les salariés de l'entreprise avec parfois la possibilité du transfert à l'Etat comme on a pu le constater dans le cas de la compagnie aérienne US Air Ways. (autre exemple : General Motors où les frais de retraite et Sécurité Sociale des employés sont évalués à 1.500 USD par voiture produite).

- D'inviter les grandes entreprises à effectuer une sorte de forum shopping en organisant une concurrence entre les divers tribunaux de faillite.
L'exemple du tribunal de faillite de Chicago déjà cité est significatif.
- Etre extrêmement coûteux en frais judiciaires et légaux, même si cet inconvénient peut sembler relatif aux avocats américains qui en bénéficient.

Les principaux avantages sont de :

- Pouvoir réaliser des actifs non rentables ou non souhaités ;
- Renégocier certains contrats tels que les baux, loyers, etc...
- Réduire certains postes de frais comme les retraites payées aux anciens salariés ;
- Permettre aux directeurs de conserver le contrôle de l'entreprise et de renégocier les contrats de travail ;
- Maintenir à distance certains créanciers

Pour les créanciers, 3 dispositions sont particulièrement importantes à connaître :

- La possibilité pour un fournisseur de récupérer les marchandises livrées dans les 10 jours suivant la livraison ;
- L'annulation possible des paiements préférentiels effectués par l'entreprise dans les 90 jours précédant l'ouverture de la procédure, de même que pour les privilèges et les sécurités consentis. Cette

période peut aller jusqu'à un an lorsqu'il s'agit de paiements ou de sécurités donnés à des personnes internes à l'entreprise.

- La constitution d'un comité de créanciers qui doit intervenir aussi vite que possible après l'ouverture d'une procédure de Chapter XI ; ce comité des créanciers, qui est l'organe de contrôle de la procédure, est en général constitué des 7 plus importants créanciers chirographaires

Comme dans tout autre pays, un des éléments clés pour assurer le redressement d'entreprises en difficulté est de leur faciliter l'accès à un financement avec le rôle joué par les fonds vautours comme la Presse s'en est fait récemment l'écho à propos de General Motors et de certaines de ses filiales.

3.3 – Aspects essentiels des procédures de recouvrement aux Etats-Unis

- Quelles sont les mesures conservatoires ?

3 types de mesures conservatoires sont intéressants :

- Les injonctions préliminaires
- L'interdiction temporaire de disposer – « Temporary restraining order »
- Les saisies

Les Injonctions préliminaires

Le principe est qu'aucune ordonnance d'injonction ne peut être délivrée sans notification à la partie adverse. Avant ou après le début d'une audience en vue

d'obtenir une injonction, le tribunal peut ordonner que l'action au fond soit jugée et intègre la demande d'injonction. Même lorsque le tribunal ne décide pas d'incorporer la procédure d'injonction dans le cadre de l'action au fond, la procédure d'injonction fera partie intégrante des minutes du procès et n'aura pas besoin d'être rappelée dans l'action au fond. Cette procédure d'injonction ne doit, en aucune manière, nuire aux droits de chaque partie de demander à ce que le procès soit jugé par un jury.

L'Interdiction temporaire de disposer

Une ordonnance temporaire de ne pas disposer peut être obtenue sans information écrite ou verbale de la partie adverse et de ses avocats, seulement s'il apparaît de l'exposé des faits un risque de perte immédiate ou irréparable ou que des dommages peuvent découler d'une notification à l'adversaire.

Chaque ordonnance de ce type doit comporter la date et l'heure de sa délivrance. Elle ne peut pas excéder une période de 10 jours à moins d'une éventuelle prorogation décidée par le juge.

Les saisies

Une saisie conservatoire est également possible.

Il faut toutefois signaler qu'aucune de ces 3 mesures conservatoires ne peut aboutir sans que le demandeur fournisse une sécurité dont le tribunal est seul à même de décider de la nature et du montant.

Cette sécurité qui revêt souvent la forme d'une caution bancaire est destinée à garantir le paiement des frais et des dommages et intérêts subis par l'autre partie au cas où la mesure conservatoire aurait été décidée à tort (cf Art. 65.1 UCC). De ce fait, les mesures conservatoires présentent un intérêt limité.

- **Les sécurités**

Les principales sécurités qu'un fournisseur peut prendre sont définies par l'article 9 de l'UCC qui est très large. Un créancier peut obtenir un privilège de premier rang sur toutes les ventes qui impliquent des actifs personnels. Toutefois, ces privilèges peuvent être classés après un certain nombre d'autres créances privilégiées telles que les sécurités prises par les banques, les assureurs ou les cas prévus par la loi fédérale.

- **Intérêt des actions en responsabilité contre les tiers**

Enfin, il faut souligner l'intérêt des actions en responsabilité à la fois contre les dirigeants de l'entreprise mais aussi contre tous les conseils extérieurs, qu'il s'agisse des commissaires aux comptes, des avocats conseils ou divers conseils en stratégie, en management, etc...

Dès lors qu'une faute ou une négligence professionnelle peut être prouvée, ces actions en responsabilité peuvent permettre de mettre à la charge des conseils extérieurs une part importante du passif, voire même la totalité du passif de l'entreprise en faillite.

Certaines actions de ce type ne sont, bien entendu, ouvertes qu'aux syndicats alors que d'autres peuvent être engagées par n'importe quel créancier ; par exemple,

un créancier peut engager une action en responsabilité contre le commissaire aux comptes d'une entreprise bénéficiant d'une procédure collective dès lors qu'il peut prouver premièrement qu'il a pris la décision de livrer sur base de l'étude du bilan certifié par le commissaire aux comptes et que deuxièmement ce bilan comportait une erreur que le commissaire aux compte n'aurait pas dû laisser passer sans faire preuve de négligence.

- Ces actions en responsabilité posent bien entendu le problème de leur financement qui peut représenter plusieurs millions d'euros.

Il est toutefois possible pour les principaux créanciers d'organiser un fond de combat « fighting fund » qui sera mis ensuite à disposition du syndic pour financer les actions en responsabilité. Les créanciers pourront financer ainsi à proportion du montant de leurs créances respectives et obtenir en cas de succès l'assurance que tous leurs frais seront remboursés prioritairement sur les dommages et intérêts obtenus. A titre d'exemple, citons deux dossiers : ENRON et DE LOREAN.

En conclusion, le recouvrement de créances aux Etats-Unis a des spécificités très éloignées des procédures connues en Europe ou ailleurs.

Il faut souligner que le financement des entreprises américaines est également très spécifique puisqu'il n'y a quasiment pas de crédit fournisseur et donc pas d'assurance-crédit sur le marché domestique.

L'exercice de la fonction de credit manager aux Etats-Unis consiste à prendre le maximum d'informations sur les partenaires, avoir recours au meilleur prestataire de recouvrement extérieur à l'entreprise et assumer personnellement les conséquences des décisions prises.

Les formes traditionnelles du financement à court terme des entreprises américaines sont les banques et le factoring qui prennent toujours des sûretés sous forme de security interest.

Toutefois, depuis 8 à 10 ans, il faut insister sur la place prise par les Hedge Funds dans le financement à court terme des entreprises.

Comme on l'a lu dans la presse récemment avec General Motors, ces fonds se substituent très vite aux banques et institutions financières dès lors qu'une entreprise fait l'objet de difficultés et sont souvent des partenaires financiers de courte durée pour l'entreprise.

Il est probable que ces fonds vont s'intéresser de plus en plus à l'Europe, à commencer par l'Allemagne où ils sont déjà très présents et l'Italie.

Pour terminer, dans le recouvrement de créances aux Etats-Unis comme ailleurs, c'est l'anticipation par l'analyse de l'information disponible qui permet d'élaborer les meilleures stratégies.