107874- Folio : -- - Type : -- 07-12-04 09:19:59
L : 219.992 - H : 279.993 - Couleur : Black

COMPAGNIE NATIONALE DES EXPERTS-COMPTABLES JUDICIAIRES

(Cour de cassation et Cours d'appel)

XLVe CONGRÈS NATIONAL

JOURNÉE D'ÉTUDE

Sur le thème

LA LOI DE SAUVEGARDE DES ENTREPRISES ET L'EXPERT-COMPTABLE JUDICIAIRE

Cour d'appel de Riom

6 octobre 2006

107874- Folio : -- - Type : -- 07-12-04 09:19:59
L : 219.992 - H : 279.993 - Couleur : Composite

107874- Folio : -- - Type : -- 07-12-04 09:19:59
L : 219.992 - H : 279.993 - Couleur : Black

Sous la présidence de
Madame Perrette REY
Président du Tribunal de commerce de Paris

Président de la Conférence des juges consulaires de France

La journée d'étude sur le thème :
La loi de sauvegarde des entreprises et l'expert comptable judiciaire

a été organisée par
Monsieur Pierre LOEPER
Président de la Compagnie Nationale des Experts-Comptables Judiciaires
et par le CONSEIL NATIONAL de la COMPAGNIE, ainsi composé pour 2006 :

Présidents d'honneur	:	Pierre DUCOROY (Montpellier-Nîmes)
	:	Félix THORIN (Paris-Versailles)
	:	Madeleine BOUCHON (Paris-Versailles)
	:	Jean CLARA (Amiens-Douai-Reims)
	:	André DANA (Paris-Versailles)
	:	André GAILLARD (Paris-Versailles)
	:	Anne-Marie LETHUILLIER FLORENTIN (Rouen-Caen)
	:	Rolande BERNE LAMONTAGNE (Paris-Versailles)
	:	Marc ENGELHARD (Aix-en-Provence-Bastia)
Vice-Présidents	:	Bruno DUPONCHELLE (Amiens-Douai-Reims)
	:	Henri-Claude ESTEVE (Lyon-Chambery-Grenoble)
	:	Didier FAURY (Paris-Versailles)
	:	Henri LAGARDE (Toulouse)
Secrétaire général	:	Bruno Pierre (Rennes)
Secrétaire général adjoint	:	Jacques RENAULT (Orléans-Pointiers)
Trésorier national	:	Michel PITIOT (Lyon-Chambery-Grenoble)
Trésorier national adjoint	:	Didier KLING (Paris-Versailles)

Membres :

– Les présidents des sections autonomes constituées :
A. CHARNY (Aix-en-Provence-Bastia) ; F. DEMILLY (Amiens-Douai-Reims) ; J.F. VERGRACHT (Angers) ; D. LENCOU (Bordeaux) ; B. BENHESSA (Colmar) ; A. DIAZ (Dijon-Besançon) ; J.M. VILMINT (Lyon-Chambery-Grenoble) ; D. GARCIA (Montpellier-Nîmes) ; M.L. LIGER (Nancy-Metz) ; D. GIRARD (Orléans-Poitiers) ; D. FAURY (Paris-Versailles) ; R. POIRIER (Rennes) ; D. BAUBET (Riom-Bourges-Limoges) ; G. GOGIBU (Rouen-Caen) ; P. RIU (Toulouse-Agen-Pau).

– Les membres cooptés du Conseil National :
P.H. COMBE (Aix-en-Provence-Bastia) ; Y. LEBLOND (Lyon-Chambéry-Grenoble) ; S. CHAUMET (Orléans-Poitiers) ; D. DUCOULOMBIER (Amiens-Douai-Reims) ; J.M. KRIEGER (Colmar) ; L. WEISZBERG (Paris-Versailles) ; F. DY (Rennes) ; G. SCHAEFFER (Nancy-Metz).

– Représentants supplémentaires délégués par les sections groupant plus de vingt membres :
J. NAZARIAN, J. KALPAC (Aix-en-Provence-Bastia) ; A. JULIEN-SOBESKY, H. HOUTHAEVE (Amiens-Douai-Reims) ; J.J. PAQUIER (Bordeaux) ; Y. LEBLOND, A. ETIEVENT, J.P. GRANADOS (Lyon-Chambery-Grenoble) ; M. BOUSSIÈRE (Montpellier-Nîmes) ; B. DROCHON (Orléans-Poitiers) ; O. RATEAU ; J.M. GARNIER ; J.J. GARNIER (Paris-Versailles) ; P.F. LE ROUX (Rennes) ; R. GRISON (Riom-Bourges-Limoges) ; G. GOGIBU (Rouen-Caen) ; G. BAROUH (Toulouse-Agen-Pau).

107874- Folio : -- - Type : -- 07-12-04 09:19:59
L : 219.992 - H : 279.993 - Couleur : Black

édité par la Revue Experts
4, rue de la Paix
75002 PARIS

107874- Folio : -- - Type : -- 07-12-04 09:19:59
L : 219.992 - H : 279.993 - Couleur : Black

TABLE DES MATIÈRES

Allocution de Madame Marie Colette BRENOT
Première Présidente près la Cour d'appel de Riom 8

Allocution de Monsieur Marc ROBERT
Procureur Général près la Cour d'appel de Riom 9

Allocution de Monsieur Pierre LOEPER
Expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation
Président de la Compagnie Nationale des Experts Comptables Judiciaires 11

Allocution de Madame Perrette REY
Président du Tribunal de commerce de Paris et Président de la Conférence des juges consulaires de France 12

Allocution de Monsieur Didier KLING
Rapporteur général
Expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation 13

Allocution de Monsieur Xavier de ROUX
Député, Vice Président de la Commission des lois de l'Assemblée Nationale..... 14

Allocution de Monsieur Yves CHAPUT
Professeur à l'Université de Paris I, Directeur scientifique du Centre de Recherche sur le Droit des Affaires 16

La notion de difficulté par Monsieur Didier PREUD'HOMME
Expert près la Cour d'appel de Douai, agréé par la Cour de cassation 18

La cessation de paiement par Monsieur Didier FAURY
Expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation
Président de la section Paris Versailles de la Compagnie Nationale des Experts Comptables Judiciaires 20

DISCUSSION 27

Le choix de la procédure par Monsieur Dominique LENCOU
Expert près la Cour d'appel de Bordeaux, agréé par la Cour de cassation
Président de la section Bordeaux de la Compagnie Nationale des Experts Comptables Judiciaires 30

107874- Folio : -- - Type : -- 07-12-04 09:19:59
L : 219.992 - H : 279.993 - Couleur : Black

La procédure de conciliation par Monsieur Alfred REICH et Monsieur Dominique LENCOU
Président du Tribunal de commerce de Bordeaux
Expert près la Cour d'appel de Bordeaux, agréé par la Cour de cassation et Président de la section Bordeaux de la Compagnie Nationale des Experts Comptables Judiciaires 36

Les particularités de l'expertise dans le cadre de la loi de sauvegarde par Monsieur Olivier LE BERTRE
Expert près la Cour d'appel de Rouen, Vice Président de la section Rouen Caen de la Compagnie Nationale des Experts Comptables Judiciaires 47

La responsabilité des créanciers par Monsieur Didier FAURY
Expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation
Président de la section Paris Versailles de la Compagnie Nationale des Experts Comptables Judiciaires 51

DISCUSSION 56

107874- Folio : -- - Type : -- 07-12-04 09:19:59
L : 219.992 - H : 279.993 - Couleur : Black

XLVe CONGRÈS DE LA COMPAGNIE NATIONALE DES EXPERTS COMPTABLES JUDICIAIRES

Riom, le 6 octobre 2006

La loi de sauvegarde des entreprises et l'expert-comptable judiciaire

107874- Folio : -- - Type : -- 07-12-04 09:19:59
L : 219.992 - H : 279.993 - Couleur : Black

ALLOCUTION DE

Madame Marie Colette BRENOT

Première Présidente de la Cour d'appel de Riom

(matinée)

Sous la présidence de Mme Perrette REY, Président du Tribunal de commerce de Paris, Président de la Conférence des juges consulaires de France.

(Séance ouverte à 9 H 15)

Madame la Présidente du Tribunal de commerce de Paris, Monsieur le Président de la Compagnie nationale des experts-comptables judiciaires, Monsieur le Président de la section Riom-Bourges-Limoges de la Compagnie des experts-comptables judiciaires, Mesdames, Messieurs, vous avez choisi l'Auvergne et ce beau palais pour organiser votre congrès national. Soyez remerciés pour ce choix. Bienvenue à la Cour d'appel de Riom.

Le thème de votre congrès, particulièrement intéressant *« La loi de sauvegarde des entreprises »*, applicable depuis le 1er janvier 2006, introduit des modifications importantes en matière de droit des entreprises puisque son objectif est de ne pas attendre la cessation des paiements mais de détecter bien en amont les difficultés des entreprises et pour ce faire de généraliser la conciliation que nous connaissions auparavant en matière agricole, notamment avec le règlement amiable. Je viens d'une région agricole dans un précédent poste et j'ai connu un certain nombre de dossiers de ce type.

Cette loi introduit une phase procédurale absolument nouvelle et assez révolutionnaire, la phase de sauvegarde. Cette phase procédurale entraîne la suspension provisoire des poursuites et permet, non pas la première étape avant la liquidation, ce qui était souvent le cas dans le redressement judiciaire mais l'élaboration d'un plan visant à la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique pour préserver l'emploi et apurer le passif. En bref cette loi vise à permettre la survie des entreprises et c'est une révolution dans notre droit.

Sans entrer dans le détail du texte, ce qui va faire l'objet de vos travaux aujourd'hui, ce texte entraînera également une révolution dans les mentalités. Il faut y croire, j'y crois, pour que cette loi arrive à atteindre ses objectifs et l'expert-comptable doit tout naturellement y trouver sa place. C'est d'ailleurs prévu dans les textes puisque, dans cette phase de procédure de sauvegarde il est prévu qu'un expert soit désigné pour faire un bilan de la situation de la Société.

Je vous souhaite un congrès riche et animé. Je ne doute pas que ce sera le cas eu égard à la qualité des intervenants. Bon congrès et bonne journée.

(Applaudissements)

107874- Folio : -- - Type : -- 07-12-04 09:19:59
L : 219.992 - H : 279.993 - Couleur : Black

ALLOCUTION DE

Monsieur Marc ROBERT

Procureur Général près la Cour d'appel de Riom

Monsieur le Président national de la Compagnie, Monsieur le Président inter-régional, Monsieur le Député, Madame la Présidente du Tribunal de commerce de Paris, Mesdames, Messieurs. Comme vient de l'exprimer Madame la Première Présidente, c'est un plaisir pour la Cour d'appel de Riom, d'accueillir aujourd'hui votre 45e congrès.

Vous le savez, les experts judiciaires sont chez eux dans nos palais de justice. Point n'est besoin de souligner ici combien, eu égard à la complexité accrue de l'organisation économique, au changement des normes comptables et à nos ambitions judiciaires, l'expertise des chiffres et des comptes est importante pour éclairer le magistrat.

Vous avez décidé aujourd'hui d'expertiser non pas des comptes mais une loi et une loi qui suscite beaucoup d'espoir. S'il y avait un constat sur lequel l'ensemble des professionnels s'accorde, le droit commercial sur les entreprises en difficulté, qui était en vigueur jusqu'au 1er janvier dernier, avait davantage vocation à constater le décès d'une entreprise qu'à susciter sa régénérescence. Certains y ont vu une sorte de déterminisme judiciaire, le plus grand nombre soulignant que lorsqu'on intervient auprès d'un patient déjà en état de mort clinique, préserver à la fois les intérêts des débiteurs, ceux des créanciers, ceux des sous-traitants, ceux des clients, ceux des salariés est bien la quadrature du cercle. La loi du 26 juillet a en effet vocation à répondre à ce constat.

La prudence qui a prévalu dans les premiers mois d'application de cette législation, prudence qui ne m'étonne pas car nous avions constaté le même phénomène en 1985, est le signe toutefois que les choses ne sont pas aussi évidentes qu'il n'y paraît. Évitons tout d'abord de rêver. Beaucoup d'entreprises meurent faute de formation suffisante de leurs dirigeants, faute de capitaux propres, par manque de débouchés ou tout simplement par l'effet de la concurrence. N'attendons pas de l'application de la loi qu'elle change cette réalité économique mais demandons simplement à la justice commerciale d'en tirer plus rapidement les conséquences. La liquidation simplifiée y aidera grandement. En réalité je crois que nous en sommes tous convaincus, l'important est de tenter de prévenir les difficultés de nos entreprises, voire de les traiter avant que la situation ne soit définitivement obérée.

Cela passe d'abord par la formation des chefs d'entreprise, les indicateurs dont il doit savoir s'équiper, l'accompagnement et le conseil qu'il doit pouvoir attendre de son expert-comptable ou de son avocat, tout cela pour lui permettre d'anticiper et d'apprécier les risques. Mais cela passe aussi par une pratique accrue de la négociation avec les créanciers, avec les apporteurs d'argent frais, avec les salariés, les fournisseurs, voire les clients.

Incontestablement la solution doit d'abord être trouvée dans l'entreprise.

Je suis naturellement conduit à formuler une interrogation qui est au centre de certaines réflexions : pourquoi en France le diagnostic, la discussion, la négociation commerciale ont-ils besoin d'un cadre judiciaire pour prospérer, alors que se développent par ailleurs des centres de prévention adossés aux Chambres de commerce et d'industrie qui ont déjà fait la preuve de leur utilité ? Autre façon de dire les choses : que pourra offrir la justice commerciale pour que la prévention et la recherche d'accords deviennent plus effectives ?

Nous savons tous que dans ce contexte l'avenir de la loi dépendra de l'évolution des attentes et des comportements de chaque partie prenante. J'ai déjà évoqué le challenge majeur qui est celui des juges de commerce, dans lequel ils se sont résolument engagés comme en témoignent par exemple les initiatives prises par la justice consulaire de Clermont-Ferrand.

Mais lorsque l'on parle de conciliation et de sauvegarde c'est bien la culture du chef d'entreprise qui est au cœur, ce chef d'entreprise qui était hier décrit dans certains débats parlementaires comme passif et résigné, et c'est l'objet de la procédure des entreprises en difficulté, qui doit devenir aujourd'hui l'acteur principal, comprenant à la fois l'initiative de la saisine sur la base d'un constat qui lui est préparé mais aussi comme choisissant la procédure qui lui paraît la plus appropriée envers son entreprise.

Derrière le chef d'entreprise il y a les créanciers dont nous n'appréhendons pas encore la stratégie. A supposer qu'ils acceptent la négociation dans le nouveau cadre juridique, rares seront peut-être ceux qui en contrepartie de leurs créances ou de leur étalement dans le temps ne vont pas exiger du débiteur une homologation en bonne et due forme de la conciliation opérée, au risque, vous le savez, pour le chef d'entreprise, de faire perdre cette confidentialité à laquelle le monde des affaires est très attaché. D'ailleurs que feront demain les créanciers tiers à la procédure qui, ne serait-ce que pour préserver leurs droits, risquent aussi, si on n'y prend garde, de faire trop opposition à l'homologation, comme cela s'est déjà vu dans certains cas ces derniers mois.

Il y a aussi le ministère public dont le rôle est renforcé, avec le souci de protéger l'intérêt général dont il est le garant mais à

107874- Folio : -- - Type : -- 07-12-04 09:19:59
L : 219.992 - H : 279.993 - Couleur : Black

qui on demande dans le même temps de davantage prendre en compte l'intérêt économique. Il ne faudrait pour autant prendre le risque d'une homologation hâtive, d'une conciliation qui risquerait de masquer une cessation de paiement effective qui reste, quoi que l'on en dise, au centre de l'architecture juridique et donc de léser les tierces parties. Dans ce domaine, pour nous, comme en matière de sauvegarde lorsqu'il s'agira par exemple de décider la nécessité de désigner un mandataire ou un administrateur ou d'écarter même le chef d'entreprise, le magistrat du Parquet aura besoin d'être mieux informé qu'il ne l'est, d'être davantage éclairé, notamment sur les incidences économiques. J'attends d'ailleurs beaucoup sur ce point des commissaires aux comptes mais aussi des experts dans la mesure où nous pourrions créer une prestation de conseil gratuite et souple.

Enfin l'expert-comptable qui doit nécessairement jouer un rôle pédagogique majeur dans cette évolution mais dans la limite impartie par le caractère contractuel de son rôle.

Voilà quelques-unes des interrogations sur lesquelles, vous le comprendrez, j'écouterai avec le plus grand intérêt les éminentes personnalités que vous avez conviées à traiter la sauvegarde des entreprises en difficulté. Je vous souhaite un bon congrès.

(Applaudissements)

107874- Folio : -- - Type : -- 07-12-04 09:19:59
L : 219.992 - H : 279.993 - Couleur : Black

ALLOCUTION DE

Monsieur Pierre LOEPER

Expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation
Président de la Compagnie Nationale des Experts Comptables Judiciaires

Mesdames et Messieurs les magistrates et magistrats, Messieurs les députés, Mesdames, Messieurs, chers confrères. Je voudrais tout d'abord, en votre nom à tous, mes chers confrères, remercier Mme BRENOT et M. ROBERT de nous accueillir dans ce palais de justice de la belle ville de Riom, vous remercier aussi Madame la Présidente, Madame REY, d'avoir pris sur un emploi du temps dont nous savons à quel point il est chargé, toute une journée pour travailler avec nous sur ce sujet qui nous tient à cœur, le sujet de la loi de sauvegarde auquel nous rattachons l'intervention possible de l'expert-comptable judiciaire.

Je ne peux saluer toutes les personnalités qui sont dans la salle et je prie celles et ceux que je ne nommerai pas de bien vouloir m'en excuser mais je voudrais tout particulièrement adresser un salut à Madame LARDENNOIS qui représente ici la Chambre commerciale de la Cour de cassation dont elle est conseiller doyen, à Monsieur le Président honoraire Pierre BEZARD qui nous fait depuis de nombreuses années le grand honneur et le très vif plaisir de venir participer à nos travaux, à Monsieur le Député Louis Giscard d'ESTAING, à Monsieur le représentant du Premier Président de la Cour d'appel de Limoges, à Monsieur le Président du Tribunal de grande instance de Clermont-Ferrand, etc.

Deux brèves remarques, avant de laisser la parole à Didier KLING, au sujet de la loi de sauvegarde et de l'expert-comptable judiciaire. Tout d'abord cette loi de sauvegarde n'aurait certainement pas abouti, en l'état dans lequel elle se trouve, sans la forte action de la Chancellerie dont nous n'avons malheureusement pas aujourd'hui de représentant ici, mais je pense pouvoir m'exprimer au nom de toute la tribune pour dire notre reconnaissance aux deux Gardes des sceaux successifs qui ont imprimé leur marque sur ce texte.

Ma deuxième remarque sera davantage tournée vers l'expert-comptable judiciaire. Nos missions sont en général d'apprécier une situation de fait à la demande des tribunaux, à la lumière d'une part des textes et des règles, d'autre part des usages. Ce qui est un peu paradoxal dans le congrès d'aujourd'hui c'est que les textes sont récents (c'est à la fois une loi du mois de juillet 2005 et un décret du mois de décembre 2005) dont nous n'avons pas encore la totale maîtrise, et surtout, en matière d'usages, ceux-ci sont en train de se créer sous nos yeux. En effet avant vacances nous avons eu l'ouverture de la procédure Eurotunnel et avant-hier nous avons appris par la presse l'ouverture de la procédure sur Libération.

Par conséquent je forme le vœu que ce congrès nous permette de mieux connaître les textes et surtout de pressentir (et c'est là son caractère spécifique) ce que pourront être les usages de demain à la lumière desquels nous aurons à interpréter les cas qui nous seront soumis. Merci de votre attention, je donne immédiatement la parole à Madame REY.

(Applaudissements)

107874- Folio : -- - Type : -- 07-12-04 09:19:59
L : 219.992 - H : 279.993 - Couleur : Black

ALLOCUTION DE

Madame Perrette REY

Président du Tribunal de commerce de Paris et
Président de la Conférence des juges consulaires de France

Mesdames et Messieurs les hautes personnalités judiciaires et politiques ici présentes, Monsieur le Président, mes chers collègues puisque vous êtes aussi très nombreux dans cette salle, mes chers amis, cette loi de sauvegarde des entreprises, nous l'avons longtemps attendue. Nous en avons vu des projets se succéder pendant plusieurs années. Nous l'attendions avec l'espoir qu'avait déjà fait naître la dualité des textes de 1984 et de 1985 ; la loi du 1er mars 1984 consacrée à la prévention et celle de 1985 consacrée au traitement des entreprises en difficulté, autrement dit au redressement et à la liquidation judiciaire.

Notre pratique de plus de vingt ans du droit des entreprises en difficulté nous avait convaincus d'une idée force que les statistiques corroboraient : « Mieux vaut prévenir que guérir » lorsqu'il s'agit de sauvegarder les entreprises.

Par le mandat ad hoc et par le règlement amiable, hélas trop peu nombreux, nous constations que dans deux cas sur trois, quand ces procédures étaient ouvertes, l'entreprise était durablement sauvée. Au contraire, lorsqu'il s'agissait de procédure collective, comme le rappelait à très juste titre M. Le Procureur général, c'était bien trop souvent la liquidation judiciaire, donc la mort de l'entreprise, qui résultait d'efforts pourtant colossaux des acteurs de la faillite.

C'est bien cette idée même qui sous-tend la loi de sauvegarde, avec un mot d'ordre en forme d'exhortation destinée aux chefs d'entreprise : anticipez, anticipez, anticipez pendant qu'il en est encore temps et traitez vos difficultés tant que subsiste cette confiance sans laquelle, vous le savez bien vous les experts judiciaires, il n'est plus possible de rien faire pour sauver une entreprise.

Cette loi, voilà plus de neuf mois qu'elle est entrée en application. Vous avez réuni, Monsieur le Président LOEPER, quasiment tous les auteurs et acteurs de ce texte. Certes la Chancellerie n'est pas représentée, mais que serait la loi de sauvegarde si mon voisin, M. Xavier de ROUX, n'y avait pas mis sa patte de vice-Président de la commission des lois, si l'assemblée nationale et le sénat n'avaient pas profondément modifié le texte de la Chancellerie. Dieu sait que nous nous en sommes souvent entretenus et nous avons beaucoup milité pour infléchir le texte d'origine. Nous n'étions d'ailleurs pas les seuls à faire entendre cette voix mais c'est vous qui l'avez mise en musique. Nous avons donc les auteurs mais nous avons aussi les acteurs.

Mesdames et Messieurs les hauts magistrats, vous êtes du côté de la justice les acteurs de ce texte, même si les humbles juges consulaires que nous sommes sont bien sûr en première ligne. Dans la Chambre que je préside :

– nous avons ouvert la procédure de sauvegarde d'Eurotunnel le 2 août. Nous avons eu exactement 24 heures pour rédiger et délibérer 170 pages et 17 procédures d'Eurotunnel en appliquant le règlement européen d'insolvabilité, ce qui était une première pour une procédure de sauvegarde.

– hier et avant-hier nous avons effectivement finalisé l'ouverture de sauvegarde des deux structures du quotidien Libération.

Cette loi commence donc à vivre et à vivre à travers tous les outils de sa panoplie dont à juste titre vous allez progressivement discuter.

Il y a les concepteurs ; il y a les acteurs judiciaires mais il y a aussi les experts et l'un des enjeux fondamentaux de ce colloque est bien de voir comment et de quelle façon l'articulation entre magistrats et experts judiciaires peut aider, non pas à faire des miracles, comme l'a très bien rappelé M. Le Procureur général, mais à faire un peu mieux ou un peu moins mal que ce que nous pouvions faire dans le cadre de la législation précédente.

Je n'aurai garde d'oublier qu'il y a parmi nous l'Université, avec mon complice de toujours Yves CHAPUT. Dieu sait que nous discutons des heures entières sur l'interprétation des textes ; il y a toujours ce côté assez comique de voir commenté presque à chaud le jugement que l'on vient de rendre par quelqu'un que l'on connaît si bien et avec qui on a tant discuté de la loi de sauvegarde.

La justice étant en mouvement perpétuel, je pense que les propos que nous allons tenir aujourd'hui, Monsieur le Député, ne seront peut-être pas innocents puisque cette loi mérite déjà comme celles qui l'ont précédée, certaines retouches. Nous étions en aparté en train d'échanger sur Eurotunnel et sur le sort des obligataires, avec le problème bloquant que nous avons aujourd'hui rencontré dans ce domaine.

Il y a donc un suspens haletant et je ne veux surtout pas différer davantage le débat sur la loi de sauvegarde. Bien évidemment une loi ne vaut que par l'usage que l'on en fait et c'est tous ensemble que nous allons essayer d'inventer cet usage, avec pour seul souci, la justice et ses justiciables.

(Applaudissements)

Monsieur le Président KLING, il me revient de vous laisser maintenant la parole, nous sommes tout ouïes.

107874- Folio : -- - Type : -- 07-12-04 09:19:59
L : 219.992 - H : 279.993 - Couleur : Black

ALLOCUTION DE

Monsieur Didier KLING

Rapporteur général
Expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation

Merci Madame la Présidente. Vous avez tout dit déjà pratiquement ; en tout cas vous avez superbement ouvert ce congrès qui se présente pour nous, experts-comptables judiciaires, dans une connotation très différente de celle à laquelle nous sommes habitués, à la fois sur le fond et sur la forme.

Sur le fond généralement dans nos travaux, dans nos colloques, dans nos congrès nous traitons de thèmes sur lesquels nous avons exercé notre activité professionnelle et nous nous efforçons d'en tirer un certain nombre d'enseignements. Évidemment cela ne se prête pas, ou très peu, à la loi de sauvegarde qui est d'une application tout à fait récente, de sorte que le choix même du thème témoigne d'un souci qui est tout à fait différent.

Je lisais un article récent rédigé par M. Soulier, délégué général à la prévention auprès du Tribunal du commerce de Paris et qui, avant les affaires Eurotunnel et Libération, donc uniquement sur le premier semestre, retraçait le fait que la mise en œuvre de cette loi se révélait difficile ; huit saisines seulement du Tribunal de commerce de Paris sur le premier semestre dit-il et une seule qui était acceptable. « En effet généralement lorsque les entreprises s'adressaient à notre juridiction, il était trop tard ».

Donc nous avons considéré qu'il était de notre devoir, en qualité de professionnels, de nous intéresser à ce sujet. Voilà pourquoi nous avons choisi ce thème, thème que nous ne pouvions pas (et c'est la deuxième novation) traiter de la même manière que les congrès précédents.

La solution que nous avons imaginée a consisté à dire ceci : nous allons apporter notre contribution technique sur ce thème. Nous allons essayer de résoudre l'un des sujets majeurs que vous avez évoqués : il faut que les entreprises nous saisissent ni trop tôt, ni trop tard. Trop tard : s'il y a déjà un état de cessation des paiements ce n'est plus la loi de sauvegarde qui s'applique, on rentre dans les procédures plus classiques que nous connaissons. Pas trop tôt non plus, me semble-t-il, car si les entreprises viennent nous saisir trop tôt il y a un autre risque, d'une autre nature, celui de fausser les règles de concurrence, celles des entreprises qui exercent leur activité dans le même secteur professionnel. Il y a donc de vraies limites. Est-ce que l'entreprise rentre exactement dans la configuration qui était prévue par le législateur ?

Voilà pourquoi sur la forme elle-même nous avons innové aujourd'hui, en décidant non seulement de donner la parole à des professionnels mais aussi de nous entourer des meilleurs experts, si vous permettez ce terme, en la matière. Outre vous-même, Madame, qui présidez non seulement le Tribunal de commerce de Paris mais aussi la Conférence générale des tribunaux de commerce, nous avons recherché quels étaient ceux qui pouvaient nous aider à traiter le sujet dans les meilleures conditions. Tout naturellement, comme vous avez déjà cité deux d'entre eux, je les prendrai dans cet ordre chronologique.

Tout d'abord l'universitaire, dont les travaux ont largement inspiré le projet de la Chancellerie et les réflexions qui ont par la suite mûri, en la personne d'Yves CHAPUT qui est Professeur, Directeur scientifique du Centre de recherche du droit des affaires et qui par ailleurs, indépendamment de cette qualité d'universitaire, est un aussi un professionnel averti puisqu'il a exercé la profession d'avocat à Riom.

C'est ensuite le législateur en la personne de M. Xavier de ROUX qui est Député et vice-Président de la commission des lois, qui était rapporteur sur ce texte qui a été très largement amendé, ce qui montre à quel point le Parlement peut jouer son rôle tout à fait utile et constructif dans de telles matières et peut-être dans d'autres. Il se trouve que M. de ROUX officie par ailleurs dans le civil en tant qu'avocat. Cela lui donne une double qualité qui lui permet d'intervenir à bon escient sur ce sujet.

Nous serons rejoints dans l'après-midi par M. Jean-Louis GUILLOT, utilisateur de ce texte, qui est banquier, Directeur des affaires juridiques de la BNP Paribas, qui participera à une table ronde et nous permettra d'enrichir le débat.

Également nous avons associé à nos travaux M. Alfred REICH qui participera à nos tables rondes de l'après-midi. Il est Président du Tribunal de commerce de Bordeaux. Ainsi que M. Daniel CARTON, avocat, spécialiste dans ces procédures.

Donc une forme également différente puisque le sujet est différent, avec peu d'exposés théoriques sauf les deux exposés de cette matinée confiés à Didier PREUD'HOMME et Didier FAURY ; sinon beaucoup de tables rondes, beaucoup d'échanges, beaucoup de dialogues, de manière à ce que, lors de la synthèse à la fin de cette journée, nous puissions tirer un certain nombre d'enseignements sur notre exercice professionnel et les contributions que nous pourrons apporter sous notre casquette d'experts-comptables judiciaires.

Monsieur le Député, Monsieur le rapporteur, Monsieur le Président, je vous cède volontiers la parole.

(Applaudissements)

107874- Folio : -- - Type : -- 07-12-04 09:19:59
L : 219.992 - H : 279.993 - Couleur : Black

ALLOCUTION DE

Monsieur Xavier de ROUX

Député,

Vice-Président de la Commission des lois de l'Assemblée Nationale

Madame le Premier Président, Monsieur le Procureur général, merci de votre accueil. Madame la Présidente du Tribunal de commerce de Paris, Monsieur le Professeur, Mesdames, Messieurs les parlementaires qui assistent à nos travaux, Mesdames Messieurs. Nous parlions tout à l'heure déjà, vous le disiez Monsieur le Procureur général, de l'évolution de la loi. Mais nous sommes sur un domaine où paradoxalement nous avons toujours connu une certaine stabilité juridique et non pas l'insécurité juridique qu'entraîne la notification de nombreux textes dans de nombreuses matières. En effet si nous reprenons l'évolution de 1967 à nos jours, il y a une réforme tous les dix ans, ce qui est finalement assez peu ; même la première période de 1967 à 1984 est extrêmement calme ; puis il y a eu 1984, 1994 et 2005. C'est en quelque sorte une réflexion permanente qui n'est pas simplement celle du législateur mais celle du monde économique sur le rôle de l'entreprise dans notre société et la balance entre les droits des créanciers et la nécessaire survie de l'entreprise, acteur essentiel de notre vie sociale.

Le fléau de la balance était parti depuis très longtemps d'ailleurs du côté de la protection des créanciers, à une époque plus lointaine où l'on asseyait le failli à la porte de la ville avec un chapeau vert sur la tête pour le montrer à la honte de ses concitoyens, nous en sommes un peu revenus. 1984 a été la première inclinaison forte puisque le législateur s'est d'abord préoccupé de l'entreprise, de ce qu'elle représente en délaissant un peu les créanciers. En 1994 c'est une proposition de loi du Parlement, que j'avais d'ailleurs signée et nous avons ainsi fait pencher le fléau de la balance un peu plus, pour revenir à la protection des lois différenciées. Il est apparu en 2005, tous les intervenants l'ont souligné, que ce qui était important était le moment de l'intervention et finalement la confiance que pouvait avoir le débiteur dans les organes de l'action collective. Cela va plus loin. L'esprit de la loi est d'essayer de redonner confiance au débiteur dans le traitement de la difficulté de l'entreprise. Il faut sortir, et je m'excuse de ce mot Madame la Présidente, du redressement judiciaire « d'équarrissage » qui est un peu l'image qu'en son temps avait le traitement des entreprises en difficulté.

Il y avait déjà plusieurs institutions, tel le mandat ad hoc qui a très bien fonctionné ; le règlement amiable que l'on appelle aujourd'hui conciliation et auquel le législateur donne force exécutoire si les parties le souhaitent. Il s'est ouvert à l'homologation du jugement, c'est un point très important et qui tient d'ailleurs à la confidentialité de la vie des affaires. Et il y a cette nouvelle procédure qui s'appelle la sauvegarde. Qu'est-ce en réalité ? C'est un redressement judiciaire anticipé. Anticipé sur quoi ? Sur la cessation de paiements.

Là, Messieurs les experts-comptables, vous avez un rôle totalement éminent à jouer. Vous avez à jouer un rôle double qui est d'abord le rôle naturel de conseil de vos clients dans le choix des procédures et nous en parlerons plus tard aujourd'hui. Vous êtes là à la source, vous êtes les premiers à constater les difficultés et donc vous avez une responsabilité éminente de conseil de direction de vos clients vers telle ou telle solution. Vous avez dès l'abord et avant tout le monde la clef des songes. En effet vous connaissez réellement la situation de l'entreprise, vous savez si elle est en cessation des paiements et si elle ne l'est pas. Je pense d'ailleurs, Monsieur le Professeur, qu'il faudra repenser cette question de cessation des paiements, y retravailler. Entre une notion très subjective qui est souvent celle des tribunaux de commerce (et je ne leur jette pas la pierre, ils n'ont pas tort. Que ne ferait-on pour sauver une entreprise ?), entre la définition stricte de la cessation des paiements, c'est-à-dire de ne pas pouvoir faire face à ses dettes exigibles, en pratique très souvent il y a le fait de ne pas pouvoir faire face à ses dettes exigées. Dans l'affaire Eurotunnel, Madame la Présidente, vous le déniez immédiatement mais nous ne sommes pas très loin de ce débat. Je ne me permettrais pas de porter un jugement quelconque sur une action judiciaire en cours mais je crois que c'est un des sujets sur lequel il faudra avancer, la jurisprudence le permettra et la Cour de cassation, dans sa grande sagesse, finira par tracer une voie claire autour de cette notion sans la vider de sa substance. Votre rôle, Mesdames, Messieurs les experts-comptables, me semble éminent, considérable. La réflexion sur ce point n'est pas totalement terminée.

La sauvegarde c'est l'organisation du rôle des créanciers ; c'est en effet là qu'un problème se pose et que nous avons mal vu, il faut en reparler : le problème du rôle des obligataires puisque les créanciers sont tous réunis en comité. Mais nous, législateur, lorsque nous avons abordé cette question des obligataires, avons pensé simplement que la loi suffisait. Les obligataires sont eux-mêmes réunis dans une assemblée avec les règles du Tribunal de commerce et nous avons pensé que cela était suffisant. Or il s'avère, compte tenu de la complexité de l'insolvabilité tout à fait importante et des problèmes de lois applicables, puisque nous vivons dans des sociétés mondiales, au moins européennes, l'interprétation de la directive communautaire pose des pro-

blèmes extrêmement complexes. Vous avez raison, Madame la Présidente, si la jurisprudence ne peut trouver une solution à cette affaire il conviendra que le législateur reprenne sa réflexion et sa plume sur ce problème particulier.

Je ne rentrerai pas dans le détail du décret, sur ses 364 articles qui ont suivi la publication de la loi. Je saluerai simplement le fait qu'ils sont arrivés à peu près à l'heure, ce qui a permis justement d'appliquer la loi. Il y a eu un certain nombre de retards ; il y a un certain nombre de textes qui ne sont pas encore entrés en vigueur, dont l'un me semble très important, qui est la faculté pour le Trésor public de transiger. C'est une avancée législative très forte. Le ministère de l'économie et des finances, dans sa sagesse, tarde à publier ce décret qui permettrait justement de traiter le Trésor public comme le législateur a souhaité qu'il fût traité.

Il manque également dans cette longue liste de décrets la fixation d'un certain nombre d'émoluments et notamment la licence de publication du décret nécessaire à l'adaptation des tarifs des administrateurs et des mandataires judiciaires au regard des nouvelles missions. Je pense que cela va intervenir.

Par contre le coefficient du taux de base et en final les émoluments des greffiers des tribunaux de commerce pour procéder aux règles de publicité des créances privilégiées du Trésor public a été pris. Ce point semble mineur mais il préoccupait considérablement, Madame la Présidente, vos greffiers.

Donc le texte est à peu près en ordre de bataille. Nous aurons l'occasion de revenir, je pense, sur ces dispositions. Je ne vais donc pas le faire. Je vous dirai simplement un mot de la jurisprudence de la Cour de cassation qui est intervenue depuis la publication de la loi, c'est-à-dire pratiquement un an. La Cour de cassation s'est saisie, avec beaucoup de célérité, d'un certain nombre de dispositions de ce texte et notamment de l'application du texte nouveau par rapport au texte en vigueur.

En effet, passant d'un texte à l'autre, il fallait donner un sort aux procédures en cours. La réforme a posé les difficultés concernant l'articulation entre le temps des règles anciennes avec les règles nouvelles, particulièrement pour les procédures engagées à des fins de sanctions à l'encontre des dirigeants puisque le régime des sanctions a considérablement changé, le texte nouveau allégeant les sanctions des dirigeants et les alignant sur ce qu'on peut appeler le droit commun des sanctions.

Par dérogation au principe général posé à l'article 191 de la loi de sauvegarde des entreprises, aux termes duquel la loi nouvelle ne s'efface au profit de la loi ancienne que si au 1er janvier 2006 une procédure collective est en cours, certaines procédures engagées avant 2006 peuvent tout de même bénéficier de ces innovations. Il s'agit des dispositions relatives à la liquidation simplifiée ; à la sanction de l'inexécution du plan par le débiteur ; aux conditions de reprise des actions individuelles des créanciers après clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif ; à la reprise d'une procédure de liquidation judiciaire alors que sa clôture a été prononcée ; aux sanctions financières ; et (c'est important) à la limitation de la durée maximale des sanctions professionnelles à quinze ans et aux règles de publicité des créances.

L'article 182 de la loi de sauvegarde dispose également que les procédures de redressement ou de liquidation judiciaire ouvertes aux sanctions, en application des articles L-621-98 et suivants de notre code de commerce, antérieurement au 1er janvier 2006, ne sont pas affectées par l'abrogation de ces différents cas de figure à compter du début de cette année et la Cour de cassation a déjà rendu, sur ces sujets qui sont essentiels pour l'application de la loi, quatre arrêts qui sont importants. Le premier, il faut le saluer, est du 4 janvier 2006, ce qui montre bien que lorsque la justice veut traiter une affaire qu'elle estime importante le temps compte peu et il faut saluer la façon dont la Cour de cassation a évoqué très vite ces affaires d'application de la loi dans le temps et la façon dont elle a su les régler d'une manière claire maintenant, nous permettant d'agir.

Nous disions que les procédures de sauvegarde étaient peu employées. Madame la Présidente, c'était un peu à cause de vous. Tout le monde n'avait d'yeux que pour Chimène, que pour le Tribunal de commerce de Paris qui tardait fort à entrer en voie de sauvegarde. Nous ne savions pas tous que vous attendiez un événement important mais par vos collègues des tribunaux des autres ressorts judiciaires, si l'on se réfère à l'étude faite par le Cabinet Conseil Altares du ministère de la justice, 215 procédures de sauvegarde ont été ouvertes en 2006 (99 au premier trimestre et 116 au second). Il y a même une étude d'un de mes confrères, avocat au Barreau de Paris, qui a publié dans la Gazette du Palais, le 30 avril 2006, la répartition par profession de ces procédures et on peut voir que cela est extrêmement varié.

Il est vrai que ces procédures ont été ouvertes très souvent pour des affaires petites et moyennes. Là nous sommes au cœur d'une discussion que nous avons eue avec la Chancellerie. Celle-ci souhaitait finalement que la sauvegarde soit réservée aux grandes entreprises. Le législateur, compte tenu du tissu économique français (2,5 millions d'entreprises dont la plupart sont de très petites entreprises ou des PME) ne voulait pas que cette procédure soit réservée aux grandes entreprises. Le législateur vote et l'exécutif propose. Nous avons finalement ouvert largement les portes de la sauvegarde et les résultats judiciaires de la sauvegarde montrent bien que nous n'avions pas tort mais l'exécutif essaye toujours de reprendre dans le décret ce qu'il a été forcé de céder à la loi. Vous verrez que le seuil mis à la constitution obligatoire de comités de créanciers a été réservé, dans le décret, aux entreprises importantes. Nous verrons comment, chemin faisant, cette distinction peut fonctionner si elle fonctionne bien, si elle est performante ou pas. Il est encore trop tôt pour le dire.

Mais constatons que la procédure de sauvegarde vient de s'appliquer à des cas exemplaires, tel Eurotunnel, par la complexité des problèmes juridiques que cela pose, par l'entassement des créanciers, par la titrisation de différentes obligations, par la coexistence de créanciers très différents (principaux, subordonnés...). Tout cela ouvre un champ de complexités énorme et considérable à cette première procédure. Il est certain que toutes les juridictions de France et de Navarre, et probablement les juridictions anglaises également, vont se pencher sur ce cas d'école. Il est certain qu'il y aura une jurisprudence Eurotunnel sur la sauvegarde. Cette matière complexe est maintenant entre les mains du juge. D'autres opérations de sauvegarde importantes mais moins connues, comme celle du journal Libération, montrent que nous rentrons réellement dans le vif du sujet, le sujet complexe, celui de nos entretiens.

Je suis persuadé que ce soir, grâce à vos travaux, à votre compétence et à votre implication nécessaire dans ce domaine, j'insiste sur votre implication nécessaire, le sujet aura progressé.

(Applaudissements)

107874- Folio : -- - Type : -- 07-12-04 09:19:59
L : 219.992 - H : 279.993 - Couleur : Black

ALLOCUTION DE

Monsieur Yves CHAPUT

Professeur à l'Université de Paris I
Directeur scientifique du Centre de Recherche sur le Droit des Affaires

Madame le Premier Président, Monsieur le Procureur général, Madame le Président, Monsieur le Député, Mesdames et Messieurs les hautes personnalités, Mesdames et Messieurs. Avec nostalgie je me retrouve à la Cour d'appel de Riom. Avocat j'étais inscrit au Barreau de Riom en 1967. Je ne suis pas sûr que ce fût le 13 juillet 1967 mais j'ai l'impression que les lois successives sur les entreprises en difficulté m'ont amené à Riom et m'y ramènent.

Cette salle qui a été aussi celle du procès de Riom a bien changé ; elle est totalement rénovée. Comme la réforme de 2005, elle donne une certaine confiance en la justice. Lorsque je l'avais connue en 1967 elle ressemblait à une salle du XIXe siècle, même si le système de 1967 était relativement moderne, avec l'ordonnance sur la suspension provisoire des poursuites.

Plus que pour rappeler des souvenirs, je suis plutôt là comme avocat de la défense. Monsieur le Député Xavier de ROUX, vous avez brillamment mis en accusation la cessation des paiements. La cessation des paiements mérite-t-elle d'être acquittée ? Je pense que les experts qui sont autour de nous nous donneront la réponse.

Des propos qui ont été excellemment exprimés par tous, s'affirme un choix de grande politique, dans une économie libérale. Il n'est pas surprenant que des entreprises disparaissent et soient liquidées, n'est ce pas inhérent à la concurrence. Mais combien sera préférable une liquidation amiable. La liquidation en elle-même et pour des juristes n'est pas une anomalie. Une procédure de faillite est une procédure d'ordre ; il y a des créanciers à classer et il y aura toujours des créanciers à classer quoi que l'on fasse. L'anomalie apparaît quand une législation provoque des dysfonctionnements et des coûts pathologiques.

C'est là où la difficulté apparaît. Ce qui est anormal c'est que les entreprises ne résistent pas à la concurrence alors qu'elles auraient pu être sauvées et qu'il a manqué dans certains cas une pédagogie, des conseils ou bien encore que leur restructuration efficiente ait été retardée.

Ce qui caractérise la loi de 2005, cela a été dit à plusieurs reprises, n'est ce pas la confiance, la confiance que les chefs d'entreprise doivent avoir, non seulement dans notre système économique mais confiance à faire aux tribunaux les mieux placés non pas pour condamner mais pour les aider. Certes une difficulté sérieuse naît de la nature même du rôle des juges. Notamment l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme insistant sur l'indépendance et l'impartialité inhérentes à la justice mais à transposer en matière économique afin d'intervenir avant même qu'un litige soit devenu abcès de fixation, intervenir pour revenir à la raison et non pas pour s'immiscer dans la vie de l'entreprise.

On voit qu'une confiance doit s'instaurer entre juges et conseils de l'entreprise. Votre profession, probablement à raison, n'a pas voulu que les experts-comptables déclenchent des alertes. L'alerte est déjà la voie vers le judiciaire. Elle préfère qu'il y ait un lien permanent de confiance entre les dirigeants, leurs experts-comptables, leurs avocats et leurs notaires. Comme vous l'avez dit à plusieurs reprises, c'est cet élément de confiance qui est déterminant.

Seulement la confiance ne se décrète pas ; elle se mérite. La déontologie en est l'affirmation. Dans notre domaine, méfions nous des mots : redressement judiciaire, ou comme le dit le règlement européen, insolvabilité, ou encore sauvegarde, dans notre culture (qui n'est pas la culture anglo-américaine) se superpose encore un sentiment de faillite, c'est-à-dire, d'échec.

Certes, c'est un progrès sémantique de parler de sauvegarde. Sauvegarder une entreprise n'est plus la condamner à plus ou moins brève échéance. Il faut que rentre dans les mœurs cette idée que le mandat ad hoc n'est pas une faillite, mais un acte positif de gestion. .. une conciliation n'est pas une faillite mais une saine opération. Un élément très important de cette réforme (qui, au temps où j'étais à Riom aurait paru tout à fait insolite) vient du fait que ces procédures ne s'appliquent plus aux seuls commerçants. Le « commercialiste » que je suis est embarrassé pour avoir enseigné que l'originalité d'un droit commercial tient aux risques de faillite. Maintenant ce qui fait l'originalité du droit économique tient à la chance de disposer de mesures préventives dont peuvent bénéficier non seulement les commerçants, les artisans, les agriculteurs mais aussi tous les professionnels indépendants : avocats, notaires, médecins, comme les experts-comptables, etc. Mais le sujet est à l'optimisme ; je ne vais pas évoquer la liquidation judiciaire devenant, espérons-le, résiduelle.

Voilà quelques remarques banales et préliminaires. Vous m'avez, bien malgré moi d'ailleurs, fait l'avocat de la cessation des paiements, que je n'ai jamais défendue si ce n'est pour affirmer que c'est encore le moins mauvais des critères pour tracer une frontière, devenue quelque peu fluctuante. Ce qui est un progrès dans une Cour d'assises où la rétroactivité in mitius

107874- Folio : -- - Type : -- 07-12-04 09:19:59
L : 219.992 - H : 279.993 - Couleur : Black

s'impose, c'est que nous l'avons dédramatisée collectivement. A un point tel que désormais il peut y avoir une conciliation dans les 45 jours de la cessation des paiements ; ce qui reste simple. La cessation des paiements n'apparaît pas immédiatement dans les comptes pour compter jusqu'à 45 jours. Et le texte, dans sa grande sagesse, prévoit que si une conciliation a été ouverte il n'y a pas de véritable recours pour contester. Sauf à attendre une issue malheureuse, si la suspension des poursuites ne conjure pas la cessation. En revanche si la conciliation n'est pas ouverte en cessation des paiements il n'y a plus qu'à ouvrir un redressement judiciaire ou une liquidation.

La cessation des paiements est une clef qui ferme le jeu.

Apparaît alors la sauvegarde qui est techniquement un redressement judiciaire anticipé mais dont l'esprit est celui de la prévention. On peut en sortir presque discrétionnairement s'il n'y a pas cessation des paiements. Mais la période d'observation, suspension des poursuites sera un heureux ballon d'oxygène.

On en vient à ce constat : la loi de 2005 (c'est là sa difficulté), comme l'a dit le poète dans d'autres domaines « n'est ni tout à fait la même ni tout à fait une autre ». Ce n'est pas vraiment une révolution. En France nous avons aimé les révolutions ; elles ont un avantage : faire table rase,... et reconstruire. Est-ce nécessaire avec de bonnes fondations ?

La réponse est simple dans un système libéral, la loi offre des instruments, mais la stratégie, est volontariste. Pour une fois que le législateur ne nous dit pas que « interdit ! », tant mieux. Tout est ouvert, à qui anticipe, à la volonté des chefs d'entreprise et de leurs conseils. La liberté fait reculer la menace de l'article 1382. En matière de responsabilité des banques, le texte cherche à ce que la responsabilité classique soit atténuée, même si des translations tactiques n'en facilitent pas l'exégèse.

Théorisons le non droit, cher au doyen Carbonnier. Est-ce que nous pourrions à la fin de cette journée décrire ce qu'est le non droit de la faillite ? Nous aurions bien avancé. C'est ce que je souhaite au succès de ces travaux : passer du droit au non droit, mais non pas au non économique et financier.

(Applaudissements)

M. KLING – Merci Monsieur le Professeur, Merci Monsieur le Député, non seulement d'avoir parfaitement rappelé quels étaient les objectifs de ce texte mais de nous avoir enthousiasmés sur une matière qui pourrait être réputée un peu ingrate, un peu difficile. Une fois que les objectifs de ce texte sont rappelés, il reste à le mettre en œuvre. C'est là que les choses vont devenir un peu plus délicates et en même temps tout aussi intéressantes.

Les difficultés sont nées du fait que lorsqu'on relit les textes, par exemple concernant la sauvegarde, ils disent que cette procédure est prévue pour les entreprises qui justifient de difficultés qu'elles ne sont pas en mesure de surmonter et qui sont de nature à conduire à la cessation des paiements. Il y a cette notion de difficultés et de cessation des paiements, même si on a compris que sur la cessation des paiements il y a encore un dialogue qui mérite d'être approfondi et que, Monsieur le Député, vous ouvrirez la prochaine réforme dans un peu moins de dix ans maintenant.

De même en ce qui concerne la procédure de conciliation, on retrouve des notions qui sont tout à fait proches puisque cette procédure est ouverte *aux entreprises qui connaissent des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, difficultés juridiques, économiques ou financières, avérées ou prévisibles et ne se trouvent pas en cessation des paiements depuis plus de 45 jours.* Même si on ne sait pas très bien comment mettre en œuvre cette notion précise de cessation des paiements et donc de décompte qui s'y attache.

De sorte que ce matin nous avons prévu trois temps. Nous allons d'abord demander à Didier PREUD'HOMME d'explorer cette notion de difficultés. Que sont ces difficultés avec des définitions qui sont un peu différentes selon les textes auxquels on se réfère. C'est un exposé qui sera un peu théorique au début mais surtout très pratique pour essayer d'aider chacune et chacun d'entre nous à participer à cette œuvre de justice et donc à contribuer à éclairer les juges consulaires qui recourraient à nos interventions.

Didier FAURY aura ensuite la tâche redoutable de définir davantage ce qu'est la cessation des paiements alors que l'on a cru comprendre, aux termes des exposés précédents, que nous étions dans une situation de flou, avec un dialogue intéressant entre notamment le parlementaire et le juge consulaire.

Enfin nous aurons une table ronde qui sera animée par notre confrère Dominique LENCOU, avec M. Xavier de ROUX, M. CHAPUT et Me Daniel CARTON, pour regarder l'entreprise. Quel est le choix de la procédure qui s'ouvre à l'entreprise ? Comment opérer ce choix ? Est-ce que j'ai avantage à intervenir avant la cessation des paiements ? Ou ai-je avantage à attendre tranquillement la cessation des paiements pour bénéficier de la sauvegarde protectrice ? C'est l'un des problèmes qui peut se poser aux entreprises qui veulent assurer dans des conditions satisfaisantes la pérennité de leur exploitation.

Donc si vous en êtes d'accord trois temps, avec un horaire extrêmement strict, une matière extraordinairement riche. C'est toute la difficulté de l'exercice mais nous leur faisons confiance. Didier PREUD'HOMME nous vous écoutons.

107874- Folio : -- - Type : -- 07-12-04 09:19:59
L : 219.992 - H : 279.993 - Couleur : Black

LA NOTION DE DIFFICULTÉ

Monsieur Didier PREUD'HOMME

Expert près la Cour d'appel de Douai, agréé par la Cour de cassation

Il est clair que le débiteur doit justifier des difficultés. Il ne suffit donc pas d'invoquer les difficultés, il faut en justifier. Boileau disait *Les mots portent le sens mais seul le sens rend l'action légitime.* Avoir des difficultés aujourd'hui, et c'est le grand mérite de cette loi, n'est plus honteux. Cette loi va, comme le soulignait Mme le Président REY, susciter dans notre société une véritable révolution culturelle : l'échec économique est admis. C'est sans doute là l'un des principaux défis. Il faut encore bien sûr réussir à convaincre, comme vous nous le disiez, Madame, le chef d'entreprise à anticiper.

Monsieur le Professeur CHAPUT, s'il nous est arrivé d'être en désaccord avec vous (et ce sera l'intérêt du débat), cette loi cherche à éviter la cessation des paiements. Nous sommes tous d'accord pour dire que c'est le risque de cessation des paiements qui nous intéresse.

Que veut dire le mot « difficultés » ? L'étymologie ne nous apporte pas beaucoup d'enseignements car il n'y a pas de définition étymologique du mot « difficulté » ; il n'est défini que par opposition à la facilité : est difficile ce qui n'est pas facile, c'est-à-dire ce qui ne peut être fait. J'ai eu beau chercher sur le plan juridique, philosophique, économique ; il n'existe pas de définition du mot « difficulté ».

Or, a contrario, il existe des définitions du mot « normalité ». La difficulté est-ce donc la rupture de la normalité ?

Plutôt que de se lancer dans un exposé très théorique qui serait particulièrement ennuyeux car l'objet de ce congrès est de tenter de trouver des solutions pratiques et de nous aider à aider le juge lui-même à trancher, je vous propose cette petite histoire que j'ai trouvée dans un livre intitulé « La théorie de la finance » dont le sous-titre est encore plus intéressant : « La finance, un commerce de promesses ». Cet ouvrage révèle l'histoire suivante.

Un commerçant de fourrures est inquiet et ne trouve pas le sommeil. Son épouse lui dit :

– « Qu'as-tu ? Pourquoi ne dors-tu pas ? »

– « Tu me connais, j'aime assumer mes engagements et je crois bien que cette fois je ne vais pas y parvenir car j'ai des clients qui me font défaut. Je ne parviendrai sans doute pas à honorer la créance de notre ami Simon qui est mon fournisseur. J'en suis vraiment tout à fait désolé car ce n'est pas dans mes habitudes ».

Et son épouse de lui dire :

– « Il n'y a que cela qui te gêne ? ».

La ville est organisée avec des ruelles très étroites, on aura compris que la scène se déroule en Crimée, sur la route de la soie. Or son épouse ouvre la fenêtre, appelle le fournisseur ami qui occupe l'immeuble voisin, de l'autre côté de la ruelle, le réveille en pleine nuit. Cet ami ouvre la fenêtre et demande :

– « Que se passe-t-il ? Un pogrom ? Une invasion ? »

– « Non, pas du tout. Ne t'inquiète pas. Tu sais, nous te devons un peu d'argent... »

– « Bien sûr et j'y compte bien, moi-même j'en ai besoin. »

– « Eh bien, nous ne pourrons pas te payer. » L'épouse ferme la fenêtre et dit à son mari « Dors maintenant car c'est lui qui ne dort plus ».

Le commerce des promesses, c'est la mutualisation du risque. Kindlebaker (un éminent Professeur de l'Université d'Harvard) l'a d'ailleurs particulièrement bien montré, disant ceci : quand un débiteur est confronté à une situation de difficultés, sa réaction première est de rechercher un prêteur en dernier ressort. Le tout est de savoir si la recherche de ce prêteur en dernier ressort se fait de manière arbitraire, comme le fait spontanément cette épouse qui cherche le sommeil en première instance et le sommeil de son mari en seconde instance, ou si l'on confie à la collectivité le soin d'ordonner cette mutualisation du risque. Car c'est bien de cela dont il s'agit.

La comparaison avec les notions voisines nous aidera peut-être un peu à hiérarchiser les choses dans le temps. Didier KLING le rappelait à l'instant, la procédure d'alerte vise les faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Nous sommes en amont de l'état de difficultés.

Nous ne sommes pas encore parvenus à bien définir l'état de difficultés. Allons donc à un autre concept que le législateur avait d'ailleurs envisagé à une certaine époque, la notion de situation irrémédiablement compromise. Finalement, Monsieur le Professeur vous l'avez rappelé, l'état de cessation des paiements.

Le législateur ne fait qu'occuper cet espace intermédiaire, le fait de nature à compromettre la continuité d'exploitation qui doit conduire le commissaire aux comptes à déclencher une procédure d'alerte pour interpeller le chef d'entreprise afin qu'il anticipe, comme vous le disiez fort justement, Madame. Anticiper est sans doute la règle majeure du management.

Puis, si la situation est irrémédiablement compromise on espère éviter autant que faire se peut la cessation des paiements mais la cessation des paiements est un concept particulièrement

107874- Folio : -- - Type : -- 07-12-04 09:19:59
L : 219.992 - H : 279.993 - Couleur : Black

complexe. Mon éminent confrère et ami Didier FAURY en traitera tout à l'heure.

Donc la situation de difficulté est un concept nouveau qui ne se définit pas autrement qu'en le situant dans l'espace entre la continuité d'exploitation nettement compromise, la situation irrémédiablement comprise et la cessation des paiements. Ceci renvoie à l'idée de normalité. Un grand philosophe a montré qu'elle ne s'abordait pas plus facilement que celle de la difficulté car l'esprit humain a besoin d'un point de référence ; l'anormalité n'est qu'un écart à la norme. C'est là que les experts-comptables sont eux-mêmes en difficulté, si je puis me permettre, car ils ont l'habitude de manipuler la norme comptable mais la norme comptable reflète-t-elle la norme économique ? Je ne suis pas convaincu, pour vous dire le fond de ma pensée, que la norme économique puisse être assimilée à la norme comptable.

L'information comptable que nous avons l'habitude de manipuler ne nous sera pas nécessairement toujours d'un grand secours pour tenter de définir ce qu'est la norme économique, l'équilibre de cette entreprise.

Que fait d'ailleurs la Cour d'appel de Versailles dans l'arrêt Photo Service du 15 juin ? Elle dit très clairement (et j'aime beaucoup cette expression) : « La situation de la Société doit être appréciée en elle-même ». C'est-à-dire que l'idée de norme économique transposable à toute situation quelle qu'elle soit par une espèce de raisonnement de « scoring » pourrait-on dire, pour reprendre une expression couramment employée, n'aurait pas de sens. L'expertise qui devra être effectuée sera donc nécessairement l'expertise singulière dont le but sera, par opposition à des distinctions fondamentales qu'on a l'habitude de connaître (les questions de liquidité, de solvabilité, d'asymétrie de l'information, etc.) de se centrer sur la singularité de l'entreprise.

Rechercher avant toutes choses quels sont ses équilibres fondamentaux. C'est ce qui rend l'expertise comptable économique incontournable en la matière. Il ne sera pas possible d'aller rechercher dans les tables des normes économiques une solution.

Voici quelques exemples. Nous avons tous en tête des entreprises dont les résultats sont bénéficiaires et qui pourtant sont en cessation des paiements. Des entreprises qui sont déficitaires et qui pourtant ne sont pas en cessation des paiements. Des entreprises qui ont des actifs, une trésorerie opulente et qui sont en situation d'insolvabilité avérée. Des entreprises qui sont en situation d'illiquidité avérée et qui sont pourtant en situation de solvabilité avérée. Nous avons tous rencontré des pertes salutaires et des bénéfices qui sont déjà insuffisants ; l'entreprise est donc déjà dans l'antichambre des difficultés.

Cela montre que la transposition d'un système de ratios types ou d'une méthodologie normée n'a pas beaucoup d'intérêt dans le domaine de l'appréciation de la notion de difficultés. Seule une expertise singulière le permettra.

On l'a vu, la difficulté ne s'aborde pas facilement, la normalité encore moins et la norme doit être écartée si elle résulte d'une observation statistique du secteur, d'une observation statistique de la taille et ainsi de suite.

Je conclurai donc en disant ceci : si la situation de l'entreprise doit être appréciée en elle-même c'est parce qu'elle est justement incomparable. Ce qui devra être fait à l'expertise c'est rechercher si au regard de sa propre norme elle est encore ou non en situation d'équilibre afin de lui éviter de connaître la cessation des paiements.

Je ne peux vous en dire plus car sinon ce serait sans aucun doute nier le fond du propos, c'est-à-dire l'utilité de l'expertise singulière. Je vous remercie.

(Applaudissements)

M. KLING – Est-ce que, Madame le Président, dans ces propos vous avez retrouvé une démarche assez proche de celle que vous avez suivie dans les dossiers qui vous ont été soumis, sans rien dévoiler de ce qui pourrait être confidentiel, bien sûr ?

Mme REY – J'ai toujours un infini plaisir à écouter M. Didier PREUD'HOMME philosopher sur la réalité quotidienne à laquelle les pauvres juges se trouvent confrontés. Cette réalité est beaucoup plus triviale, M. PREUD'HOMME m'excusera de le noter, car je n'ai encore jamais rencontré de chef d'entreprise venant devant nous, en Chambre du conseil et ne sachant pas intuitivement, sans référence à aucun maître à penser, qu'il était réellement en difficulté. J'en ai rencontré avec des degrés divers de difficultés. J'en ai rencontré qui étaient conscients du fait qu'ils étaient à deux doigts de la cessation des paiements. J'en ai rencontré aussi certains qui « faisaient l'autruche », si je puis me permettre cette expression, en pensant qu'il y avait là une situation qui semblait proche de celle qu'ils avaient déjà connue, qu'ils avaient surmontée et mon Dieu qu'ils s'en tireraient ; s'ils venaient là c'était peut-être pour avoir une certaine réassurance qu'ils allaient pouvoir s'en tirer avec une thérapie douce.

Quant à la difficulté il est clair que ce n'est pas la norme comptable qui peut l'appréhender mais une approche économique du problème. Il est clair aussi, comme vous l'avez très bien souligné, que chaque entreprise a sa singularité et que seule est possible une approche au cas par cas, et une approche pas seulement économique mais aussi psychologique (c'est l'un des points que l'on n'a peut-être pas encore assez souligné) des difficultés de l'entreprise. Quand on soigne correctement un malade, encore faut-il qu'il sache qu'il est malade. Le début de la thérapie commence par là.

M. KLING – La tâche n'est pas simple pour Didier FAURY qui va évoquer maintenant la cessation des paiements. En effet on a cru comprendre qu'il y avait encore quelques réflexions sur le sujet qui méritaient une maturation. Didier, dis-nous ce que tu sais sur le sujet qui puisse nous être utile.

107874- Folio : -- - Type : -- 07-12-04 09:19:59
L : 219.992 - H : 279.993 - Couleur : Black

LA CESSATION DES PAIEMENTS

Monsieur Didier FAURY

Expert près la Cour d'appel de Paris,
agréé par la Cour de cassation
Président de la section Paris Versailles
de la Compagnie Nationale des Experts Comptables Judiciaires

M. FAURY – J'en sais certainement moins que beaucoup des participants à ce colloque. En tout cas je suis très satisfait, Monsieur le Député, que vous ayez donné un peu d'éclat à mon sujet. Je craignais, quand on m'a demandé de traiter ce thème de la cessation des paiements, d'avoir un rôle ingrat car c'est un sujet austère et après tous les propos brillants qui viennent d'être échangés, je craignais de paraître bien terne. Ce sera peut-être le cas mais au moins vous avez éveillé l'attention de l'auditoire en indiquant que la notion de cessation des paiements n'était pas facile à apprécier, voire qu'elle pouvait donner lieu à différentes interprétations.

La loi de sauvegarde en effet, qui est très innovante, n'a pas modifié la notion de cessation de paiement, notion qui est au cœur des différentes procédures prévues par cette loi.

Jusqu'à la Loi du 26 juillet 2005 de *« sauvegarde des entreprises »*, la notion de cessation de paiement séparait nettement :

– les procédures dites de prévention des difficultés des entreprises (mandat ad hoc et règlement amiable) ;

– et les procédures de traitement de ces difficultés (redressement ou liquidation judiciaire).

Les procédures de prévention n'étaient possibles que pour les entreprises qui n'étaient pas en état de cessation de paiement alors que c'était la cessation de paiement qui permettait l'ouverture des procédures de traitement.

Avec le nouveau texte, la cessation de paiement ne marque plus une limite aussi nette entre la prévention et le traitement :

– La prévention reste possible en présence d'une cessation de paiement récente (pour l'ouverture d'une procédure de conciliation l'entreprise ne doit pas être en cessation de paiement depuis plus de 45 jours).

– La procédure de sauvegarde qui est considérée comme une procédure de traitement judiciaire des difficultés suppose, quant à elle, l'absence de cessation de paiement.

– Il n'y a pas de changement en ce qui concerne les procédures de redressement ou de liquidation judiciaire qui sont ouvertes par le Tribunal lorsque l'entreprise est en état de cessation de paiement.

Ces procédures de redressement ou de liquidation peuvent intervenir indépendamment de toute procédure de prévention ou de sauvegarde ou au contraire sur conversion de celles-ci.

Elles peuvent être ouvertes :

→ sur conversion d'une procédure de conciliation qui a échoué ou sur conversion d'une procédure de sauvegarde s'il s'avère au cours de la période d'observation que le débiteur est en cessation de paiement ;

→ ces procédures sont ouvertes, indépendamment d'une autre procédure :

– Sur demande du débiteur qui doit obligatoirement intervenir dans le délai de 45 jours, et non plus 15 jours, à compter de la date de cessation de paiements (sauf procédure de conciliation).

– D'office par le Tribunal sur requête du Ministère public ou sur assignation d'un créancier (en l'absence dans ces trois cas d'une procédure de conciliation en cour).

(cf. schéma des procédures par rapport à la date de cessation de paiement en **annexe 1**).

La notion de cessation de paiement est donc au cœur des différentes procédures prévues par la loi dite de sauvegarde.

Les évolutions précitées ne se sont, toutefois, pas accompagnées de modifications dans la définition de la notion de cessation de paiement : Le nouvel article 631-1 du Code de commerce reste fidèle à la définition issue de la Loi du 25 janvier 1985, l'état de cessation de paiement demeure l'impossibilité pour le débiteur de faire face au passif exigible avec son actif disponible.

I – LE CONTENU DE LA DÉFINITION LÉGALE

La jurisprudence de la Chambre commerciale est à l'origine de la définition légale.

1.1. De la jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation sur la situation irrémédiablement compromise à la définition actuelle

La réforme s'en tient donc à la notion de cessation de paiement déjà en vigueur, qui traduit l'impossibilité pour le débiteur d'honorer ses engagements.

107874- Folio : -- - Type : -- 07-12-04 09:19:59
L : 219.992 - H : 279.993 - Couleur : Black

C'est la Chambre commerciale de la Cour de cassation qui a été l'origine, en 1978, de la définition actuelle qui a été entérinée sous sa forme par la Loi du 25 janvier 1985.

Avant 1978, la jurisprudence et la doctrine considéraient que la cessation de paiement pouvait être constatée lorsque deux éléments étaient réunis :

– un arrêt matériel des paiements, c'est-à-dire, le non respect des échéances
– et l'existence d'une situation irrémédiablement compromise.

L'ouverture d'une procédure collective nécessitait donc, outre l'arrêt des paiements, le constat d'une situation d'ensemble du débiteur, situation irrémédiablement compromise, c'est-à-dire désespérée, sans issue.

Les arrêts se référaient à :

– l'impossibilité pour le débiteur de faire face à son passif exigible avec son actif disponible, mais cette impossibilité était considérée comme un indice d'une situation sans issue ;
– l'impossibilité pour le débiteur d'obtenir du crédit ;
– l'inexistence de toute trésorerie propre à assurer les paiements et l'impossibilité de redresser une telle situation.

Dans un arrêt de principe du 14 février 1978, la Chambre commerciale a défini la cessation de paiement comme l'impossibilité pour le débiteur de faire face avec son actif disponible à son passif exigible.

A compter de cette date, pour la Chambre commerciale, cette situation est devenue l'élément primordial et déterminant, sans qu'il soit nécessaire de caractériser la situation irrémédiablement compromise.

La Chambre commerciale de la Haute Cour a ainsi retenu une conception plus extensive destinée à permettre une application plus précoce de la procédure et donc une intervention en amont du Tribunal dans l'intérêt de l'entreprise.

Malgré une position différente de la Chambre criminelle qui a continué à rechercher si la situation du débiteur était irrémédiablement compromise, c'est la définition de la chambre commerciale qui a été reprise par la Loi du 25 janvier 1985.

La cessation de paiement est donc l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible.

L'entreprise n'a plus la trésorerie pour faire face à ses dettes échues.

La Cour de cassation a utilisé l'expression de « panne de trésorerie ».

La cessation de paiement est donc une insuffisance immédiate de liquidités qui peut exister indépendamment :

– de l'insuffisance de rentabilité et du niveau des pertes,
– d'une structure financière déséquilibrée (capitaux propres négatifs, insuffisance de fonds de roulement).

Ainsi une entreprise dont les résultats sont positifs et l'activité en croissance peut subir une crise de trésorerie si ses ressources stables ne lui permettent pas de financer son besoin en fonds de roulement.

1.2. Précisions sur les notions de passif exigible et d'actif disponible, selon la jurisprudence

– La notion est donc articulée sur la comparaison de deux concepts « juridico comptable » :

→ le passif exigible

→ l'actif disponible.

1.2.1. Qu'est-ce que le passif exigible ?

Il convient d'entendre la notion de passif exigible au sens de passif échu, c'est-à-dire des dettes arrivées à échéance et non réglées.

Les concours bancaires non dénoncés ne font pas partie du passif exigible.

Ces dettes doivent être certaines et donc non litigieuses, c'est-à-dire qu'elles ne doivent pas être légitimement contestées par le débiteur quant à leur existence ou leur montant.

En cas de contestation encore faut-il bien sûr que celle-ci soit sérieuse, le débiteur ne devant pas pouvoir échapper à la cessation des paiements au seul prix de la contestation des droits de ses créanciers poursuivants. La Cour de cassation a ainsi jugé que :

– La créance litigieuse ne doit être exclue du passif exigible qu'au regard de la situation d'ensemble du débiteur, si le seul refus de paiement concerne la créance contestée alors que les autres dettes sont réglées, la cessation des paiements n'est pas caractérisée (Cass. Com. 6 oct.92 – Juris-Data n° 1992-002173).
– Le débiteur doit établir que le refus de paiement est motivé par une autre raison que la cessation des paiements (Cass. Com. 3 juin 1997).
– Si la dette résulte d'un jugement au fond frappé d'appel mais exécutoire par provision elle est considérée comme certaine (Cass.Com. 13 mai 1980 – Bull.civ. IV n° 198).

Toutefois des créances constatées par ordonnance de référé dont le sort définitif est lié à une instance au fond qui est en cours n'entrent pas dans le passif exigible (Cass.Com. 22/02/94 – Bull. Civ. IV n° 75).

La Cour écarte bien sûr l'argument du débiteur qui conteste sa dette sans véritable motif afin d'extraire du passif la créance du poursuivant.

Concernant la contestation des redressements fiscaux, signalons un arrêt récent de la chambre commerciale de la Cour de cassation (7 mars 2006 – arrêt n° 304) selon lequel la seule contestation d'une créance fiscale ne permet pas de remettre en cause son caractère exigible :

Suite à un avis de mise en recouvrement d'un rappel d'impôt non suivi d'effet, le trésorier principal avait assigné la société en redressement judiciaire et le Tribunal a ouvert une liquidation judiciaire. Le mandataire a fait appel du jugement puis s'est pourvu en cassation au motif que la créance fiscale étant litigieuse et discutée devant la Cour administrative d'appel, elle ne pouvait être certaine.

La Cour a rejeté le pourvoi car la Cour d'appel avait constaté que *« La dette fiscale était exigible nonobstant le recours devant la Cour administrative d'appel et que le montant de cette créance était supérieur à l'actif disponible. »*

Un commentateur de l'arrêt (Madame le Professeur LEBEL – Gazette du Palais du 14 au 18/07/2006) note qu'*« il ne faut pas perdre de vue que la créance litigieuse en cause est une créance d'impôt et en présence d'une créance d'origine légale, le débat sur la certitude de la créance est quasi inexistant, car les discussions portent plus spécifiquement sur le montant de l'impôt bien plus que sur son existence »*. Quant à l'exigibilité de cette créance d'impôt

107874- Folio : -- - Type : -- 07-12-04 09:19:59
L : 219.992 - H : 279.993 - Couleur : Black

direct « *elle découle de l'homologation des rôles par le préfet (article 1658 du CGI)* ».

L'arrêt du 28 avril 1998 de la chambre commerciale de la Cour de cassation est quasi systématiquement cité dans les ouvrages de doctrine qui font valoir la thèse que le passif à prendre en considération doit non seulement être exigible mais en plus il doit être exigé, l'arrêt précité ayant précisé :

« *Mais attendu que le passif à prendre en considération pour caractériser l'état de cessation des paiements est le passif exigible et exigé, dès lors que le créancier est libre de faire crédit au débiteur.* »

Un débat récurrent porte sur le point de savoir si le passif exigible doit en outre être exigé.

Cependant d'autres auteurs ont fait valoir que cet arrêt ne devrait pas être considéré comme un arrêt de principe eu égard aux faits de l'espèce.

Il s'agissait de la résiliation par anticipation d'un bail commercial par une SARL en dissolution. Suite à une lettre du liquidateur amiable au bailleur l'informant de son intention de résilier le bail, la réponse du bailleur avait été ambiguë car il avait laissé entendre, tout en réservant ses droits, qu'il allait remettre les locaux en location à la date d'effet de la résiliation anticipée soit le 1er janvier 1991.

Environ trois mois après cette date, le bailleur avait assigné la SARL en paiement des arriérés de loyer depuis le 1er janvier et avait obtenu la condamnation de celle-ci. Un redressement judiciaire s'en est suivi suite à assignation du bailleur, redressement converti en liquidation.

Le représentant des créanciers puis le liquidateur avaient demandé un report de la date de cessation de paiement à la date de résiliation du bail (1er janvier 1991) et non à celle de la mise en œuvre de la procédure de recouvrement (mars 1991) et ce afin de rechercher la responsabilité du gérant.

En fait, la lettre du bailleur ne permettait pas au gérant de la SARL d'être conscient qu'un passif exigible représenté par l'arriéré des loyers naîtrait à compter de la date de résiliation anticipée, le bailleur lui ayant laissé entendre que les locaux seraient reloués.

A la date de résiliation, le 1er janvier 1991, le gérant n'était donc pas certain d'être en cessation de paiement.

C'est ce qu'a souligné la Haute Cour :

« *Qu'ayant retenu qu'il ne résultait pas de la lettre du 8 novembre 1990 (lettre de réponse du bailleur) que la dette échue au titre des loyers et charges, postérieure au 1er janvier 1991, était réellement exigible à cette date, la Cour d'appel a fait apparaître que cette dette n'avait pas été exigée avant le 19 mars 1991 et a ainsi légalement justifié sa décision de reporter la date de cessation de paiement à ce moment.* »

Les arrêts postérieurs de la Cour de cassation ont fait référence à la notion de passif exigible et non plus de passif exigé.

Le passif exigible est donc le passif échu qui ne peut être limité aux seules dettes dont le paiement est demandé. Tout passif échu mais non expressément exigé entre dans la composition du passif exigible et n'en sort qu'à la condition d'avoir fait l'objet d'un accord exprès de report.

Monsieur le Président TRICOT a fait valoir (Gazette du palais 30/04/2005 – la cessation des paiements : une notion stable) que cet arrêt du 28 avril 1998 n'avait nullement remplacé la notion de passif exigible par celle de passif exigé.

Il a précisé que cette décision souligne que dans le débat engagé devant le Tribunal dans l'administration de la preuve de la cessation de paiement (preuve qui incombe au créancier qui demande l'ouverture de la procédure collective ou le report de la date de la cessation de paiement), le débiteur peut démontrer que l'actif disponible est accru par l'effet d'une réserve de crédit ou que les dettes apparemment échues doivent être réduites du montant de ce qui n'est plus exigé. Dans ce cas c'est à l'entreprise de rapporter la preuve de ce qu'elle allègue.

Un arrêt récent de la Cour d'appel de Lyon a exprimé cette analyse de la façon suivante :

La cessation de paiement est suffisamment caractérisée même en l'absence de poursuite de recouvrement, lorsque le passif actuellement exigible ne peut être payé avec les disponibilités ; que c'est seulement lorsqu'un accord a été trouvé avec les créanciers pour aménager les conditions de règlement que la cessation de paiement n'est pas caractérisée (CA LYON – 3e Ch. Civ., 3 août 2005).

1.2.2. Qu'est-ce que l'actif disponible ?

En premier lieu et a minima, l'actif disponible est constitué :

→ de liquidité en caisse et en banque et
→ des quasi liquidités (titres de placements immédiatement réalisables).

La question se pose de savoir si des créances mobilisables ou cessibles à court terme peuvent, dans le cadre d'opérations d'escomptes, de cession Dailly ou d'affacturage, être retenues dans l'actif disponible ?

En théorie, si les plafonds d'escompte, d'en cours Dailly consentis, ou d'affacturage ne sont pas dépassés et si les créances sont bien mobilisables ou cessibles, elles devraient pouvoir être considérées comme des quasi disponibilités.

D'une façon plus générale, il semble logique de considérer que l'actif disponible ne consiste pas uniquement dans des liquidités existantes mais puisse comprendre des disponibilités certaines dégagées dans un avenir très proche.

Concernant la possibilité d'obtenir de nouveaux concours financiers ceux-ci doivent dans le cadre d'une appréciation non strictement immédiate de l'actif disponible :

– être tangibles et apporter une trésorerie supplémentaire (à contrario un crédit de restructuration du fonds de roulement n'apporte pas de trésorerie supplémentaire) ;
– être obtenus dans des conditions normales. Un crédit obtenu dans des conditions ruineuses dépassant manifestement les possibilités financières de l'entreprise ne pourra être retenu dans l'actif disponible. Ainsi il ne doit pas être tenu compte du maintien des crédits bancaires quand les frais financiers des découverts asphyxiaient le débiteur (Cass. Com. 11/07/88).

De plus, quand le crédit accordé n'a apporté qu'une aide précaire permettant au débiteur de retarder le dépôt de bilan, les juges peuvent reporter la date de cessation des paiements au jour des premières défaillances (Cass. com. 18 juin 1980 – Bull. civ. IV, n° 261).

II – COMMENT ET A PARTIR DE QUELS DOCUMENTS APPRÉCIER L'ÉTAT DE CESSATION DES PAIEMENTS ?

Deux approches sont concevables :

107874- Folio : -- - Type : -- 07-12-04 09:19:59
L : 219.992 - H : 279.993 - Couleur : Black

2.1. Approche comptable et approche financière

L'approche comptable

Bien que le Ministre de la justice ait précisé, lorsque la définition légale a été retenue en 1985, qu'il s'agissait d'une définition juridique et non comptable, les informations d'origine comptable sont nécessaires mais pas suffisantes pour déterminer l'actif disponible et le passif exigible.

Quels sont les états comptables de synthèse qui contiennent des informations utiles ?

• Des états comptables du type du bilan ne permettent pas une évaluation directe de l'actif disponible ni du passif exigible : (exemple de bas de bilan).

A L'ACTIF			AU PASSIF	
ACTIF CIRCULANT	STOCKS	Matières premières En cours de production de biens En cours de production de services Produits intermédiaires et finis Marchandises Avances et acomptes versés sur commandes	DETTES	Emprunts obligataires convertibles Autres emprunts obligataires Emprunts et dettes auprès des établissements de crédit Emprunt et dettes financières divers Avances et acomptes reçus sur commandes en cours Dettes fournisseurs et comptes rattachés Dettes fiscales et sociales Dettes sur immobilisations et comptes rattachés Autres dettes
	CREANCES	Clients et comptes rattachés Autres créances Capital souscrit et appelé, non versé		
	LIQUIDITES ET QUASI LIQUIDITES	Valeurs mobilières de placement dont actions propres Disponibilités	COMPTES DE REGUL	Produits constatés d'avance

Le bilan indique bien le montant des liquidités qui entrent dans la notion d'actif disponible :

– disponibilités (comptes créditeurs de banque rapprochés des relevés bancaires)
– valeurs mobilières de placement immédiatement réalisables.

Mais il ne fournit pas d'informations sur les échéances des créances et des dettes.

Aussi même si les dettes sont supérieures aux créances, cette situation ne caractérise pas la cessation des paiements.

• L'état des créances et des dettes qui fait partie de l'annexe des comptes annuels est également insuffisant pour connaître les différents degrés d'exigibilité du passif à moins d'un an.

Cet état distingue seulement :

→ les créances à un an au plus et à plus d'un an
→ les dettes à un an au plus, à plus d'un an et cinq ans au plus et à plus de cinq ans.

• Dans le cadre de la loi du 1er mars 1984 relative à la prévention des difficultés des entreprises, certaines entreprises doivent établir semestriellement une situation de l'actif réalisable et disponible et du passif exigible, mais cet état :

→ ne concerne pas toutes les entreprises (outre les conditions liées à leur forme juridique - cf. C.Com. art. L 232-2) les entreprises visées doivent dépasser un seuil relatif au nombre de salariés (≥ 300), au chiffre d'affaires (≥ 18 M€) ;
→ plusieurs interprétations coexistent quant à son contenu :

La doctrine comptable fait étage de plusieurs interprétations possibles pour l'établissement de cet état :

– la première interprétation retient l'existant en banque ainsi que le réalisable susceptible d'une conversion immédiate en disponible, quant au passif exigible il correspond au passif échu. Cette interprétation correspond bien à la définition de la cessation de paiement.

C'est cette interprétation qu'a retenue la commission des études juridiques de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes afin que le même sens soit donné aux définitions de l'actif et du passif contenu dans la Loi du 25 janvier 1985 et dans la Loi du 1er mars 1984.

Sur le plan pratique, l'utilité de cet état comptable ainsi établi est toutefois limitée puisqu'il fournit quatre mois plus tard un ratio de liquidité au jour le jour et il ne concerne, comme indiqué précédemment que les entreprises les plus importantes.

Il a été également souligné la difficulté d'établissement de cet état selon cette interprétation et plus spécialement la difficulté de détermination du passif échu et a souligné que la sincérité de cet état serait difficile à attester.

– Les autres interprétations s'éloignent des notions retenues pour apprécier la cessation de paiement puisqu'elles considèrent que doivent être retenues, outre les disponibilités, toutes les créances et les dettes quelles que soient leurs échéances ou seulement les échéances à moins d'un an.

Il n'existe donc pas d'état comptable type qui permettrait de répondre à la définition légale de la cessation de paiement.

Pourtant un état de ce type est facilement concevable.

Il s'agirait d'un état, le plus récent possible, présentant les comptes de bas de bilan et précisant en outre :

– les disponibilités ou quasi disponibilités
– les dettes échues.

La notion de dettes échues n'est pas suivie en tant que telle en comptabilité.

Il existe parfois des balances fournisseurs par échéances mais le plus souvent ces informations sont extra comptables :

– Les échéances fiscales ou sociales sont bien connues.
– Les échéances fournisseurs peuvent être plus complexes à suivre dans la mesure où les échéances de règlement sont contractuellement libres (à l'exception des ventes de certains produits) mais les entreprises suivent en général leur échéance par catégorie de fournisseur.

L'échéancier extra comptable des règlements doit ainsi pouvoir facilement être récapitulé par dates d'échéance afin de renseigner l'état précité qui pourrait prendre la forme suivante :

107874- Folio : -- - Type : -- 07-12-04 09:19:59
L : 219.992 - H : 279.993 - Couleur : Black

	Données comptables	Dont quasi disponibilités
ACTIF REALISABLE ET DISPONIBLE		
Capital - souscrit non appelé		
Créances rattachées à des participations		
Prêts		
Autres immobilisations financières		
Avances et acomptes versés sur commande (de fournisseurs d'exploitation)		
Créances clients et comptes rattachés		
Autres créances		
Capital souscrit - appelé non versé		
Sous total		
Valeurs mobilières de placement		
Disponibilités		
TOTAL		**Dont dettes échues**
PASSIF EXIGIBLE		
Emprunts obligataires convertibles		
Autres emprunts obligataires		
Emprunts et dettes auprès des établissements de crédit *		
Emprunts et dettes financières divers		
Avances et acomptes reçus sur commandes en cours		
Dettes fournisseurs et comptes rattachés		
Dettes fiscales et sociales		
Dettes sur immobilisations et comptes rattachés		
Autres dettes		
TOTAL		

* Dont concours bancaires courants et soldes créditeurs de banque

La première colonne serait le reflet d'une comptabilité à jour, susceptible d'être auditée.

La seconde colonne correspondrait pour les dettes à la reprise des données de l'échéancier. Des compléments d'information sur, par exemple, les créances et dettes à 1 mois, seraient également utiles.

L'approche financière

L'approche financière repose sur l'analyse de la structure financière de l'entreprise, de ses besoins en fonds de roulement et de la trésorerie qui en résulte.

Certains auteurs (Encyclopédie.....) ont tenté de proposer une définition financière de l'état de cessation des paiements incluant le facteur temps :

Il y a cessation de paiement lorsque il n'y a plus d'adéquation durable entre le fonds de roulement et le besoin en fonds de roulement, autrement dit plus d'adéquation entre ses excédents de ressources financières stables et les besoins de financement de son cycle d'exploitation.

Mais le législateur ne s'est pas référé à cette approche financière sur laquelle la jurisprudence n'a pas, à ma connaissance, pris position.

Son intérêt se situe davantage pour les experts dans la phase d'analyse des difficultés plutôt que dans celle d'appréciation de la cessation des paiements.

2.2. Diversité des situations à apprécier

Les magistrats et les experts, s'il est fait appel à eux ont donc à apprécier l'absence ou l'existence d'une cessation de paiement dans des contextes très différents.

Absence de cessation de paiement

L'absence de cessation de paiement est la condition négative de mise en œuvre d'une procédure de sauvegarde (et du mandat ad hoc).

La demande d'ouverture d'une procédure de sauvegarde repose sur une anticipation des difficultés qui permet de légitimer la procédure judiciaire.

Elle nécessite que l'entreprise qui anticipe ses difficultés soit bien organisée et puisse fournir les informations suffisantes sur sa situation.

107874- Folio : -- - Type : -- 07-12-04 09:19:59
L : 219.992 - H : 279.993 - Couleur : Black

C'est ce qui explique les nombreux documents comptables et financiers que l'article 50 du décret du 28 décembre 2005 prévoit de joindre à la demande d'ouverture et notamment :

comptes annuels, situation de trésorerie de moins de 8 jours, un compte de résultat prévisionnel, état chiffré des créances et dettes avec indication des noms et adresses des créanciers, état des sûretés et des engagement hors bilan.

Concernant l'appréciation de l'absence de cessation de paiement les informations essentielles proviennent de la situation de trésorerie récente et de l'état des créances et des dettes. Bien que le décret ne le précise pas cet état des créances et des dettes pour remplir son rôle devrait être échéancé.

On retrouve la question soulevée précédemment de l'inadaptation des états comptables à la question posée.

Cessation de paiement récente

L'absence de cessation de paiement ou une cessation de paiement intervenue depuis moins de quarante cinq jours figurent parmi les conditions d'ouverture d'une procédure de conciliation.

Avec la possibilité d'ouverture d'une procédure de prévention malgré une cessation de paiement récente, la loi a mis un terme à la cessation de paiement « couperet » qui constituait auparavant un obstacle à ce type de procédure.

Bien que ce délai de 45 jours soit des plus précis on voit mal comment, en pratique, ne pas accepter une certaine souplesse eu égard aux difficultés concrètes d'appréciation d'une date de cessation de paiement à quelques jours près.

L'état des créances et dettes échéancées tel que proposé précédemment attesté par l'expert comptable, l'auditeur ou vérifié par un expert judiciaire répondrait à cette question.

Le tableau des échéances et des dettes mentionnées précédemment complété par une information sur la date depuis laquelle le passif est échu serait également dans ce cas un document utile.

Cessation de paiement plus ancienne

Lorsqu'une procédure de redressement ou de liquidation ont été ouvertes la question de la détermination de la date de cessation des paiements se pose fréquemment dans le cas de demande de report de la date de celle-ci par rapport à celle initialement fixée par le Tribunal.

Ce report de date peut être reportée une ou plusieurs fois sans pouvoir être antérieure de plus de 18 mois à la date du jugement d'ouverture.

Le Tribunal peut se prononcer d'office ou à la demande de l'administrateur, du représentant des créanciers, du liquidateur ou du Procureur de la République.

Cette date de report marque le départ de la période dite suspecte pendant laquelle l'administrateur, le représentant des créanciers, le liquidateur peuvent faire annuler certains actes.

Elle est également le point de départ en matière de recherche de responsabilité.

Cette situation donne lieu à des missions d'expertise qui sont en général difficiles.

En effet, la situation la plus fréquente à laquelle les experts sont confrontés est celle d'entreprises en liquidation judiciaire.

Cette situation est souvent synonyme de travaux de recherche dans des archives comptables plus ou moins complètes, situation totalement différente de cette évoquée précédemment dans laquelle l'entreprise doit fournir les informations requises pour bénéficier des procédures demandées.

Dès lors :

– soit les archives comptables contiennent suffisamment d'informations pour déterminer la date à laquelle l'actif disponible est devenu insuffisant pour faire face au passif exigible. C'est-à-dire qu'il existe notamment des éditions comptables pluriannuelles de grands livres et grands livres fournisseurs et des dossiers bancaires suffisamment complets (rapprochements de banque, accords sur les découverts et plafonds d'escompte...) ;

– soit la documentation comptable est insuffisante et il est alors nécessaire de recourir à ce qui a été précédemment qualifié « d'indices » :

- recherche dans la correspondance et les pièces bancaires de rejets de chèques, dénonciation des concours ;
- recherche de retards de règlements des organismes sociaux (URSSAF, ASSEDIC, caisse de retraite) ou de la TVA, des inscriptions ;
- examen des financements.

CONCLUSION

En définitive, le contenu de la notion légale de cessation des paiements et les notions d'actifs disponibles et de passifs exigibles sont relativement faciles à définir, d'un point de vue théorique, malgré quelques problèmes qui paraissent aujourd'hui ne plus exister sur la notion de passif exigé.

Leur mise en œuvre se heurte en premier lieu à l'absence de correspondance entre le contenu de ces notions et les états comptables de synthèse.

Cette difficulté peut être plus ou moins facilement résolue lorsque c'est l'entreprise qui doit démontrer sa situation notamment dans le cadre d'une procédure de sauvegarde ou de conciliation puisque ces procédures d'anticipation des difficultés sont réservées aux entreprises bien organisées et qui doivent donc être en mesure de fournir les informations nécessaires.

La question se pose, toutefois, de la vérification des informations ainsi fournies par l'entreprise.

Les difficultés les plus réelles existent en l'absence de toute documentation comptable fiable, ce qui peut être le cas dans les procédures de report de la date de la cessation de paiement.

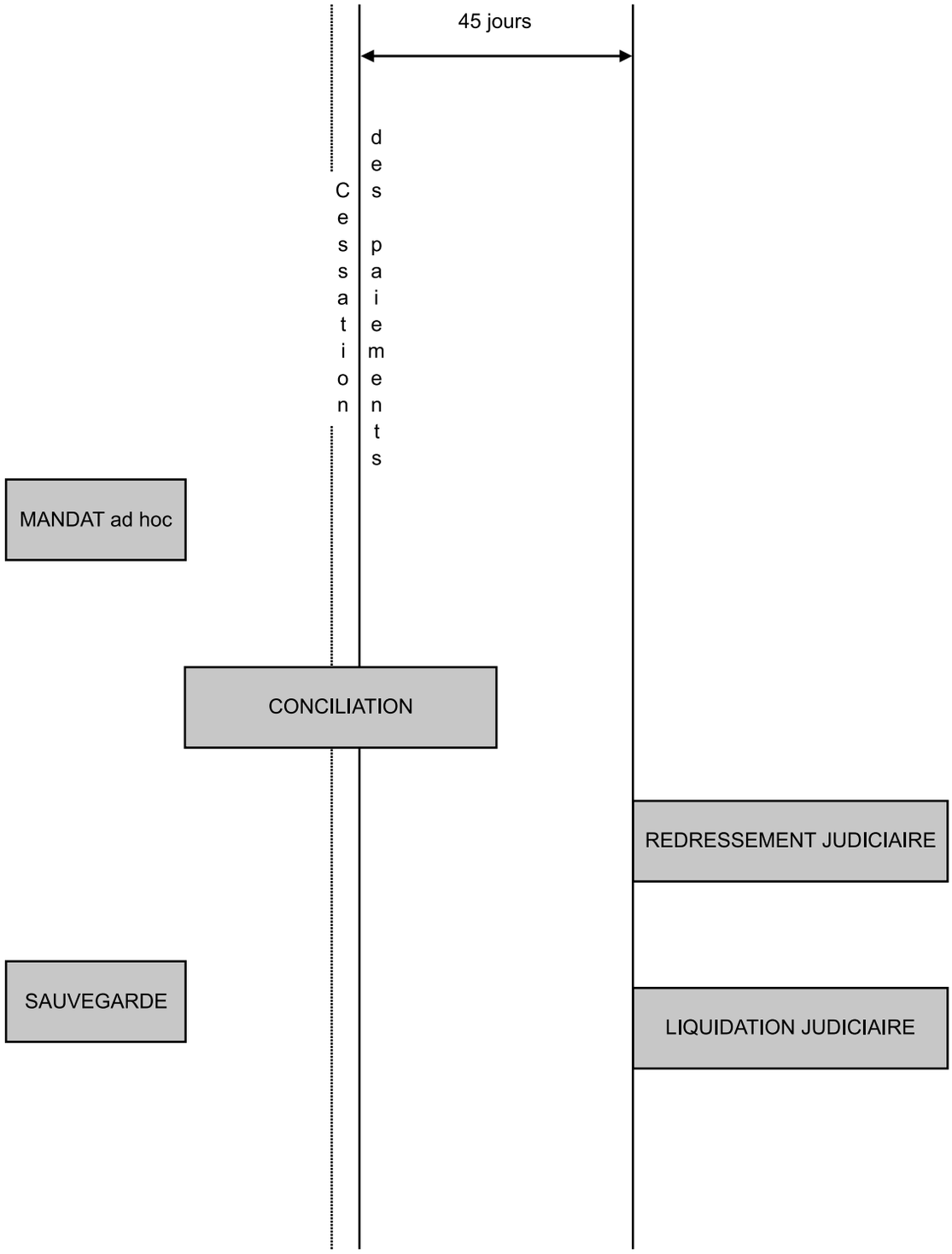
Nos anciens avaient une conception moins nuancée que la notre de la défaillance du débiteur et l'expert, confronté à des dossiers rendus difficiles par le manque d'informations, peut regretter la simplicité du concept retenu et ce que nous appelons « la quête documentaire » dans l'ordonnance de Colbert de 1673 qui, dans son titre sur les faillites et banqueroutes précisait : *« La faillite ou banqueroute sera réputée ouverte du jour ou le débiteur se sera retiré. »*

(Applaudissements)

107874- Folio : -- - Type : -- 07-12-04 09:19:59
L : 219.992 - H : 279.993 - Couleur : Black

Annexe 1

SCHEMA DES PROCEDURES



107874- Folio : -- - Type : -- 07-12-04 09:19:59
L : 219.992 - H : 279.993 - Couleur : Black

DISCUSSION

M. KLING – Voici traitée avec clarté une notion subtile et délicate. Bien évidemment, Madame le Président, Monsieur le Député, vous pouvez intervenir à tous moments si vous souhaitez réagir. Le souhaitez-vous déjà ?

Mme REY – Sur la cessation des paiements certainement, d'autant plus que j'ai fait l'objet d'une insinuation traîtresse de mon voisin et je saisis cette occasion de dire ce qui me brûle les lèvres depuis longtemps. Vous m'avez accusée, Monsieur le Député, d'avoir ouvert la procédure de sauvegarde d'Eurotunnel alors qu'Eurotunnel aurait été en état de cessation des paiements. Vous m'avez accusée deuxièmement, non pas moi en particulier mais les juridictions consulaires, d'avoir une certaine tendance élastique dans l'interprétation de l'état de cessation des paiements que vous sembliez me reprocher. Si vous le permettez, très brièvement je voudrais reprendre ces deux points.

Le premier est d'autant plus nécessaire à aborder que je suis en présence de mes juridictions supérieures, peut-être pas immédiates puisque Clermont Ferrand n'est pas ma Cour d'appel mais en tout cas, dans un terme un peu plus lointain, au niveau de la Cour de cassation. Non, nous n'avons pas ouvert la sauvegarde d'Eurotunnel alors qu'Eurotunnel était en état de cessation des paiements. Si vous avez trouvé que Chimène appliquait la loi avec une certaine réticence, c'est bien justement parce que, indépendamment du cas d'Eurotunnel où je ne partage pas votre perception, la plupart des demandes d'ouverture d'une sauvegarde émanent d'entreprises qui, elles, sont en état de cessation des paiements caractérisée.

Il faut bien voir qu'il n'y a pas d'élasticité dans l'interprétation de l'état de cessation des paiements dans les juridictions consulaires selon qu'il s'agit de mandat ad hoc ou de conciliation ou selon qu'il s'agit de la sauvegarde.

Mais il faut comprendre que lorsqu'un représentant légal d'une entreprise, demande la nomination d'un mandataire ad hoc ou d'un conciliateur, ce qu'il fait souvent sur la suggestion de ses créanciers, il y a déjà eu au préalable des discussions entre ce représentant légal de l'entreprise et les principaux créanciers qui sont prêts à se mettre autour d'une table et qui les uns comme les autres savent que ce n'est pas possible s'il y a état de cessation des paiements en mandat ad hoc, et que ce n'est plus possible, sauf à respecter un délai de 45 jours à partir de l'état de cessation des paiements en conciliation.

Lorsqu'ils viennent voir le Président du Tribunal ou son délégué, ils arrivent avec un accord de report d'échéances qui rend possible l'ouverture d'un mandat ad hoc ou d'une conciliation, comme cela se passait autrefois pour le mandat ad hoc et le règlement amiable. Donc cette notion de report d'échéances que vous avez soulignée, Monsieur FAURY, est parfaitement mise en pratique. Nous ne sommes pas en situation d'illégalité mais simplement dans l'application de ce que vous souligniez.

En revanche, quand nous nous trouvons face à une procédure de sauvegarde, il nous est arrivé très souvent (et Chimène n'avait que ses yeux pour pleurer !) d'avoir affaire à des chefs d'entreprise qui pensaient avec une candeur naïve que venir se placer sous la protection du Tribunal c'était obtenir, par une décision du Tribunal, ce report d'échéances qu'ils n'avaient pas obtenu spontanément de la part de leurs créanciers. Il est évident que ce n'est pas le rôle du Tribunal. Ou l'état de cessation des paiements est caractérisé justement parce que ce chef d'entreprise n'a pas obtenu de ses créanciers un report d'échéances et qu'il est dans une situation telle qu'il ne peut pas faire face à ses échéances et là l'état de cessation des paiements nous interdit d'ouvrir une procédure de sauvegarde. Ou il a obtenu ce report d'échéances comme dans le cas de Libération et dans ce cas-là cela est possible. Mais cela n'aurait pas été possible si la preuve ne n'avait pas été apportée à l'audience que ce report d'échéances avait été obtenu.

C'est aussi simple que cela et ce ne sont pas deux définitions différentes. Il y a un manque d'information des entreprises qui suppose de la part des experts que vous êtes une pédagogie auprès de vos clients pour bien leur faire comprendre que ce souhait d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, qui suppose qu'il n'y a pas état de cessation des paiements, passe nécessairement par l'obtention d'un report d'échéances préalable avant la Chambre du Conseil qui devra statuer sur l'ouverture de la procédure.

Donc il n'y a pas deux poids deux mesures et Chimène ne peut pas faire autre chose que de respecter la loi que vous avez votée, Monsieur le Député.

(Applaudissements)

M. KLING – Nous n'avons jamais douté du respect de Chimène pour la loi. Je vais bien sûr laisser la parole à la défense et lui proposer une question plus générale. On a cru comprendre qu'il y avait une certaine insatisfaction du législateur au regard de la définition actuelle de la cessation des paiements et que le Parlement ne s'interdisait pas une évolution à cet égard. Est-ce que cette frustration vient du fait que la définition actuelle serait exagérément comptable, Monsieur le Député ?

M. de ROUX – Je voudrais d'abord, très respectueusement, dire à Madame la Présidente que je ne me permettrais de l'accuser de rien et encore moins de m'immiscer dans une décision de justice. Je voudrais qu'elle en prenne acte.

Cela dit je voudrais reprendre la balle au bond. Pourquoi est-ce que le législateur est un peu perplexe sur cette affaire ? Il est perplexe car vous venez de donner une définition qui est tout de même assez originale, bien qu'elle ait l'air parfaitement orthodoxe. Vous avez dit, Madame la Présidente, que dès lors que les créanciers pouvaient avoir un accord de report d'échéances faisant donc que leurs créances n'étaient plus exigées par eux-mêmes, ils effaçaient l'état de cessation des paiements. Mais je rejoins là quand même l'examen comptable des choses : que se passe-t-il si les créanciers demandent accord d'un report d'échéances d'une entreprise dont l'actif disponible est largement inférieur au passif exigé ? C'est là où nous retombons dans la difficulté de la définition juridique. Je comprends très bien la sauvegarde dans ce cas puisqu'elle a justement pour effet d'obtenir des avances de créances et autres, de façon à faire en sorte que le niveau de l'actif rejoigne celui du passif, ceci dans une vision dynamique de gestion de l'entreprise puisque nous sommes en train de la soigner et je trouve cela parfaitement acceptable. Mais ce qui gêne le législateur, le juriste en général c'est que cette définition ne « colle » pas très bien avec la réalité comptable.

J'ai retenu parfaitement votre tableau, Monsieur FAURY mais comment faire pour que le juriste trouve une norme qui ne soit pas totalement clinique : ou l'on accepte la norme comptable et (je n'évoque aucune affaire) on sera obligé de constater que la cessation des paiements est inscrite dans la norme comptable. Ou on reste totalement empirique et personnellement c'est ce

que je défends. On reste dans une vision dynamique du redressement de l'entreprise, c'est-à-dire que l'on envisage au moment de la sauvegarde les mesures permettant de rendre liquide de nouveau l'entreprise pour faire face à ses créanciers. Mais nous sommes à ce moment-là à mon sens totalement dans l'empirisme et dans la singularité de chacun. C'est une vraie question pour le juriste dès lors qu'il doit être normatif et je dirai même pour le contrôle de la norme de droit par la haute juridiction.

Personnellement je suis pour un empirisme dynamique mais est-ce que cet empirisme dynamique est satisfaisant pour le respect de la norme de droit ? C'est la question que je pose.

Mme REY – Je me permettrai tout d'abord de vous faire remarquer que s'il y a un report écrit d'échéances, non seulement la créance n'est plus exigée mais elle n'est plus exigible de par la volonté contractuelle des parties. De ce fait lorsqu'il s'agit d'échéancer les discussions, puisque les parties sont convenues de se mettre autour d'une table s'agissant de créances qui non seulement ne sont plus exigées mais ne sont plus exigibles, c'est bien qu'elles ont l'espoir de réduire la dette du côté de l'entreprise, d'obtenir des compensations du côté des créanciers qui pérennisent l'entreprise et qui de toute façon valent mieux que de s'en aller vers la liquidation judiciaire où la stratégie sera perdante.

Nous ne sommes pas dans l'illégalité mais dans le pragmatisme ; nous respectons le pouvoir là encore.

M. de ROUX – Je crois que finalement, Madame la Présidente, nous disons la même chose mais vous le savez aussi bien que moi, il y a des créances représentées par des contrats, avec des dates d'exigibilité et bien entendu les parties peuvent reconduire indéfiniment l'exigibilité de leurs créances si elles le souhaitent. On rentre alors dans un autre domaine. Est-ce que les créanciers ne deviennent pas les commanditaires de l'entreprise ? Nous rentrons dans une autre problématique qui me semble importante. Dès lors que le créancier devient une sorte de créancier important des capitaux propres de l'entreprise, quelle est sa véritable nature ?

Mme BRENOT – J'ai présidé pendant très longtemps la Chambre commerciale à la Cour d'appel de Bastia, dans un contexte, vous l'imaginez bien, un peu particulier dans ce domaine ! Sur cette notion d'état de cessation des paiements nous avions très souvent des difficultés, notamment dans la filière agricole, dans la filière bois ou la filière pierre puisque la Corse fonctionne à coups de grands plans de relance de son économie. Donc nous avons été confrontés à différents plans de relance, notamment à des soutiens bancaires qui se sont révélés dans un certain nombre de cas ruineux pour les entreprises et qui ont abouti à ce que la liquidation judiciaire intervienne au bout d'un certain nombre d'années, après un report de l'état de cessation des paiements bien en amont, ce qui au niveau du passif est assez catastrophique et ce qui a multiplié aussi les procédures de soutien abusif de la part des liquidateurs, à l'encontre de ces banques qui pourtant s'inscrivaient dans un cadre gouvernemental puisqu'elles intervenaient dans le cadre de ces plans de relance.

La Cour de cassation nous a donné l'absolution. Un certain nombre de décisions rendues par la Cour d'appel de Bastia condamnant les banques pour soutien abusif ont fait l'objet de rejets de pourvoi. Ceci pour dire que dans des contextes particuliers parfois, cette notion d'état de cessation des paiements est particulièrement difficile à cerner.

M. KLING – Merci. Donc une notion difficile à cerner s'agissant de la cessation des paiements ; une notion de difficulté qui n'est pas plus facile. Ceci dans une procédure de sauvegarde assez largement inspirée de ce qui se pratique dans le domaine anglo-saxon ; chez nos amis américains il y a une procédure qui en est assez proche. Monsieur le Professeur je voudrais vous demander si on retrouve ces mêmes difficultés dans le monde anglo-saxon. Est-ce qu'il y a cette notion de cessation des paiements ou sinon quels sont les critères à la fois de difficulté et de cessation qui sont le déclenchement de cette procédure assez proche de la nôtre ?

M. CHAPUT – C'est une question embarrassante car nous n'allons pas du tout nous trouver dans la même culture. Dans le monde anglo-saxon, si on reprend la question que vous posez de la façon la plus simple possible, le déclenchement de ce type de procédure n'est pas véritablement considéré, à la différence de ce que l'on constate en France, comme du droit de la faillite ou de la banqueroute pour reprendre l'ancien terme. C'est plutôt considéré comme un mode de gestion que l'on pourrait dire presque normal.

Je prendrai l'exemple le plus caractéristique de la liquidation d'une Société que ce soit en Angleterre ou aux États-Unis. Lorsqu'en assemblée générale les dirigeants décident de liquider, ils préviennent les créanciers qui vont tenir une assemblée. On s'éloigne donc du principe de notre approche, même dans l'hypothèse où la liquidation est faite in bonis. Mais le dirigeant qui déclare que la liquidation se fait in bonis, alors que c'est inexact, engagera sa responsabilité.

Déjà au départ les deux approches sont différentes.

Ensuite parlons du célèbre « Chapter 11 » qui a fait dire que la réforme française se rapproche de la législation des États-Unis. La banque mondiale et les experts du doing business seront rassurés si l'on parle leur langage.

Or une entreprise est sous la sauvegarde de la justice en droit américain, en cas d'accident de parcours. Le juge prend les choses en main. Les salariés y sont associés avec des réductions de salaires. Il y a une sorte de gestion judiciaire de l'entreprise. Le juge 24 heures sur 24 est là pour répondre à tous les intérêts. Une fois la crise passée les choses reprennent leur cours.

Et je n'envisage pas les coûts en frais et honoraires, calculés en dollars même non convertis en euros !

Assez curieusement le système américain est moins libéral qu'on ne le croit. Il y a une forme de gestion judiciaire à laquelle nous n'avons pas adhéré ; nous n'allons pas jusque là. Monsieur PREUD'HOMME, quand je dis qu'il y aura toujours des liquidations je souhaite qu'il y ait le moins de liquidations possibles mais ne croyons pas à leur totale disparition. Pourquoi la cessation des paiements est-elle primordiale ? Parce que c'est un critère qui permet de faire le partage entre le contractuel négocié et le passage aux mesures judiciaires imposées, allant jusqu'à l'expropriation du débiteur. Or dans le mandat ad hoc, dans la conciliation et dans la sauvegarde, le débiteur peut échapper à la vente de son entreprise. Quand on passe au redressement ou à la liquidation, le Tribunal peut lui imposer la vente de son entreprise. C'est pourquoi il faut des critères.

Quels critères ? S'il y en avait tant de parfaits cela se saurait. Par un amendement on aurait donné une définition d'un autre critère. En l'état il n'y en a pas. Nous avons l'habitude de la cessation des paiements. Elle n'est pas bonne mais elle est moins mauvaise que tous les autres critères.

En réalité, au départ, la cessation des paiements est l'arrêt du

service de caisse. Après il y a un problème de preuves de la réunion des conditions légales. Est-ce un risque fréquent que d'ouvrir par anticipation ?

Si on abandonne quelques instants, excusez-moi, la comptabilité pour laquelle j'ai le plus grand respect, la cessation des paiements cache un critère psychologique de marché. Le débiteur est abandonné de tous, son banquier, ses fournisseurs « Faites-moi crédit »non !. Les clients ne veulent plus payer d'avance. Il va se retourner inutilement vers sa famille et ses amis qui souvent se seront imprudemment portés cautions. La cessation des paiements c'est la perte totale de confiance. Le débiteur est abandonné de tous, sauf évidemment à recourir à des moyens tout à fait contestables.

Quand à en fixer la date ? Les subtilités s'annoncent. Elles sont de métiers pour vous. Elles sont des rêves de débiteur. La cessation des paiements s'apprécie le jour où le tribunal (ou la cour d'appel) statue. On a éventuellement des cessations des paiements à éclipse.

Je vois, Madame la Présidente, qu'une nouvelle fois nous nous entendons très bien.

Mme REY – Je vais soulever toutefois un petit point de contradiction. Vous avez dit à très juste titre qu'il vaudrait peut-être mieux prendre le risque d'ouvrir. C'est certainement vrai s'agissant d'une sauvegarde mais ce n'est pas vrai s'agissant d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire. J'ai une petite histoire à vous raconter qui met en jeu et en scène l'expert-comptable d'une entreprise. Le chef d'entreprise soutenait mordicus à l'encontre du créancier qui l'avait assigné en redressement judiciaire que celle-ci n'était pas en état de cessation des paiements. C'était un dialecticien absolument extraordinaire qui avait d'ailleurs une profession très proche du conseil en marketing et faisait preuve d'une maestria dans l'argumentation en Chambre du conseil qui frisait l'abus de langage plutôt que l'abus de droit.

Face à cela il n'y a pas eu d'autre solution pour nous, pauvres juges que nous étions, de demander à l'expert-comptable de l'entreprise de venir nous dire quelle était son analyse des comptes de l'entreprise pour savoir si elle était ou non en état de cessation des paiements. La réponse que nous avons eue, après une analyse d'abord comptable et ensuite financière était d'ordre psychologique et c'est en ceci que je vous rejoins.

« Si ce Monsieur n'avait pas une telle dialectique et s'il n'avait fait le choix de dédommager dans l'antichambre de la Chambre du conseil celui des fournisseurs qui était le plus râleur pour ne plus se trouver en état de cessation des paiements, il le serait. Mais comme il a cette dialectique et qu'il a su faire patienter son créancier le plus acharné il ne l'est pas. » Voilà ce que j'ai entendu.

L'approximation de l'approche de l'état de cessation des paiements par les juges n'a d'égal dans certains cas que celle des hommes de chiffres que vous êtes.

M. KLING – Merci d'avoir introduit cette dimension psychologique dans le débat. Une intervention avant la table ronde.

M. PREUD'HOMME – Je réagis sans aucune polémique bien évidemment. J'ai le sentiment que notre débat illustre le fait que les latins ont une vision très patrimoniale de l'entreprise ; les anglo-saxons n'ont pas une vision patrimoniale ; ils ont une vision qui est dynamique. J'en veux pour preuve qu'aujourd'hui dans la finance moderne on considère que la bonne trésorerie dans l'entreprise est celle qui est en flux tendu, trésorerie zéro. C'est-à-dire que la notion de zéro trésorerie, qui évoque l'idée qu'il puisse y avoir quelque part un réservoir et donc que ce réservoir soit à sec, est une vision patrimoniale qui ne correspond pas à la réalité du quotidien de l'entreprise. La réalité du quotidien de l'entreprise ce sont de multiples interactions et interdépendances qui font qu'à un instant T l'entreprise sera en situation d'équilibre, qu'à l'instant T+1 elle sera en déséquilibre et qu'à l'instant T++ elle sera à nouveau en situation d'équilibre. L'information comptable quelle qu'elle soit, de manière vaine, ne parviendra jamais à appréhender cet aspect dynamique de l'entreprise.

Une comparaison : l'état de cessation des paiements, c'est l'infarctus ; cela fait appel à la notion d'hospitalisation d'urgence. Ce que l'on espère c'est que les patients viennent trouver leur médecin en leur disant « Je ne me sens pas bien » et que le médecin en vienne peut-être à l'idée de poser un repère et qu'on observe l'état du malade pour voir si oui ou non l'état du malade va conduire à l'hospitalisation préventive afin d'éviter l'infarctus. C'est l'esprit de la loi de sauvegarde auquel personnellement j'adhère beaucoup.

Je souhaiterais que la notion de cessation des paiements soit vraiment réduite (mon propos n'est pas péjoratif) aux entreprises qui, de manière irrémédiable, sont dans l'antichambre de l'insolvabilité et non pas dans la situation de la crise de liquidité qui devrait être prévenue, anticipée. Bien évidemment cela fait appel à des analyses infiniment plus complexes, telles celles de l'analyse stratégique, l'analyse marketing, l'analyse économique et financière. Mais peut-être là aussi devons-nous faire preuve de pédagogie à l'égard des entreprises car fort malheureusement je constate que dans les pays anglo-saxons la comptabilité, par rapport à chez nous, n'est pas considérée comme un instrument d'information mais comme un instrument de management.

Il faut peut-être que nous œuvrions tous pour que la comptabilité devienne un instrument de contrôle de gestion, un instrument de contrôle budgétaire qui fasse que de manière plus récurrente le chef d'entreprise prenne le pouls de l'entreprise. On entrera alors dans une vision résolument dynamique et la cessation des paiements sera réduite à sa plus simple expression. Je le crois vraiment, il faut que nous évoluions vers une appréciation dynamique de l'économie.

M. KLING – Il est vrai que le but de l'entreprise n'est pas d'avoir une trésorerie excédentaire mais d'être proche de zéro. Par ailleurs la comptabilité est un outil parfaitement utile, important mais qui retrace le passé. Or ce qui est utile aujourd'hui ici dans l'entreprise qui recherche à assurer sa pérennité peut se passer complètement sous la protection de la loi (en particulier la loi de sauvegarde) ; c'est l'avantage d'avoir des prévisions de trésorerie sur la période qui s'ouvre « Est-ce que dans les trois mois, six mois qui viennent, est-ce qu'à échéance je risque de graves difficultés ou non ? ».

On a déjà un peu introduit la table ronde à cette occasion. C'est à Dominique LENCOU qu'il appartient de le faire, de manière plus solennelle si je puis dire, en conviant ses invités à débattre du choix de la procédure. Je lui cède la parole. Il a une demi-heure pour mener à bien ce débat.

107874- Folio : -- - Type : -- 07-12-04 09:19:59
L : 219.992 - H : 279.993 - Couleur : Black

LE CHOIX DE LA PROCÉDURE.

Monsieur Dominique LENCOU

Expert près la Cour d'appel de Bordeaux

Président de la section Bordeaux de la Compagnie Nationale des Experts Comptables Judiciaires

Les débats de ce matin ont démontré la volonté du législateur d'anticiper le plus possible les difficultés des entreprises en ouvrant à leurs dirigeants une option sur le choix des procédures entre la conciliation et la sauvegarde.

L'interrogation du chef d'entreprise en difficulté sur le choix de la procédure sera dictée par sa visibilité de l'avenir et le message qu'il pourra communiquer au Président du Tribunal.

En général il semblerait souhaitable de commencer par un mandat ad hoc afin de permettre au Président du Tribunal de commerce ou TGI de connaître la situation de la société et ses chances de se redresser. Le Président a aussi la possibilité de nommer un expert.

Dans une seconde étape et au vu du résultat de la mission du mandataire ad hoc il est possible d'envisager soit :

- Une procédure de conciliation
- Une procédure de sauvegarde
- Un redressement judiciaire
- Une liquidation des biens.

Nous avons compris au cours des débats l'aspect psychologique qui entoure les difficultés des entreprises et il convient de poser une question à M. de ROUX sur la notion de confidentialité. Vous avez introduit dans la loi l'article L-611-15 qui soumet tous les participants aux procédures de mandat ad hoc et de conciliation à la confidentialité. Or il faut constater que dès qu'un un organisme bancaire ou financier est appelé à participer à la procédure de conciliation toute la place financière est informée des difficultés. Cela entraîne pour l'entreprise un problème de dégradation de sa cotation et une absence de recours au crédit.

La question que je voudrais vous poser est celle-ci : que peut-on faire pour respecter la confidentialité pendant le mandat ad hoc et la conciliation, surtout pour préserver cet aspect psychologique qui a été si bien évoqué par M. Le Professeur CHAPUT ?

M. de ROUX – C'est un débat qui dépasse le problème de la confidentialité. Pourquoi est-ce que nous avons eu ce débat ? D'un côté vous avez franchi l'étape en premier plan les banques qui demandent un acte judiciaire, une autorité de la justice du juge. D'autre part, les entrepreneurs disent « Si je vais demander un règlement amiable au Tribunal de commerce ma situation va se dégrader du seul fait que j'aie demandé cette mesure. »

Ceci est valable, je pense, pour la conciliation mais ce n'est pas valable pour le mandat ad hoc qui, par nature, est confidentiel ; c'est une requête qui se passe chez le juge, en Chambre du conseil, il n'y a aucune publicité à cela. Cela peut se savoir, ce sont les rumeurs mais il n'y a pas de publicité. Cela se passe pour la conciliation. C'est pourquoi nous avons imaginé deux procédures possibles : une procédure qui est une procédure contradictoire, qui aboutit à une décision exécutoire et qui est forcément publique. C'est la position majoritaire que vont réclamer les différents créanciers (pas les banques), avoir un accord qui soit revêtu de l'exécution.

Nous avons conservé (après de longs débats) la possibilité de demander la simple homologation si tout le monde est d'accord et personne n'est censé le savoir. Cela dit sur une place quelconque si une Société d'une certaine importance se retrouve avec ses banquiers, ses fournisseurs chez le Président du Tribunal de commerce il y a quand même un certain risque que cela se sache. Mais le législateur est bien incapable de pratiquer les portes étanches dans les tribunaux.

Donc dans un cas il y a une procédure qui se veut confidentielle, qu'elle le soit ou pas en réalité, mais on ne peut pas faire en sorte que la rumeur ne passe pas. Et une procédure qui est fluide. C'est la négociation entre le créancier et ses débiteurs de façon à choisir l'une ou l'autre.

M. LENCOU – M. Le Professeur CHAPUT. Tout le monde est unanime pour louer les avantages du mandat ad hoc et pouvez vous évoquer l'articulation des procédures avec le mandat ad hoc dans un premier temps puis le choix entre la sauvegarde et la conciliation.

M. CHAPUT – C'est une question fort difficile. On ne peut que partir des propos de M. de ROUX sur la conciliation. La conciliation est en réalité double. Il y a la conciliation simple, comme vous le faites remarquer, qui pourrait même aboutir à un accord amiable de pur droit commun. La loi de 1984 ayant enfoncé quelques portes ouvertes. Mais dans une approche technique, et c'est là que l'on touche le fond du problème et peut-être sa faiblesse : on suggère que celui qui rentre en mandat ad hoc, en conciliation flirte avec la cessation des paiements. Il faut donc le surveiller. Aussi pour le mandat ad hoc, la requête doit comporter, dit le décret, nombre d'indications qui sont loin d'être légères.

De la même façon la demande de désignation d'un concilia-

teur, comporte toute une série de documents, fort intéressants et notamment la certification que l'intéressé n'est pas en cessation des paiements. Pourquoi ? Dans la conjoncture actuelle, on a peur que le débiteur vienne au moment ultime et camoufle, derrière le mandat ad hoc et la conciliation une situation avérée qui devrait conduire au redressement ou à la liquidation.

Une autre problématique est posée par la conciliation. Les banquiers ont souhaité un privilège de conciliation, non sans logique. Mais si vous créez un privilège, permettant à son titulaire de passer avant les autres créanciers, vous ne pouvez pas le laisser occulte.

Je prends un exemple fort théorique mais qui peut être révélateur. Deux banquiers : l'un est appelé à la conciliation et accepte d'accorder un crédit dans l'accord amiable : privilège. Notre débiteur va voir un autre banquier qui n'est pas prévenu de la conciliation et demande un crédit de même montant. Les choses tournent mal. Un mois, six mois plus tard les deux banquiers se retrouvent dans un redressement judiciaire ; l'un sera privilégié et pas l'autre. On crée une inégalité qui est en opposition totale avec nos principes de juristes. Les privilèges sont en principe publiés.

En revanche, seconde question, que ce soit le tribunal ou son président qui homologue, je n'ai pas d'opinion sur ce point, si ce n'est que l'homologation de l'accord de conciliation correspond tout de même à un jugement de non-redressement judiciaire !. C'est la raison pour laquelle le tribunal doit vérifier que l'état de cessation des paiements a disparu, la pérennité de l'entreprise et que l'égalité est respectée.

Par définition, s'il y a un privilège, cet accord de conciliation crée des inégalités entre les créanciers. Aussi va-t-on donner une possibilité d'opposition à ceux qui ne sont pas parties à l'accord. C'est la porte ouverte à tous les abus. Ce qui révèle qu'il y a eu un accord amiable. Les oubliés vont dire « Qu'est-ce qu'ils ont fait ? » Certes l'accord amiable heureusement n'est pas publié. C'est le jugement. Mais le créancier va dire " quand nous allons venir devant la Cour d'appel il faudra bien que l'on me précise la portée de l'accord amiable. Droit de la défense, contradictoire oblige.

Dans le mandat ad hoc le Parquet n'est pas informé ! Est-ce une bonne chose ? Messieurs les jurés apprécieront. Le mandat ad hoc présente des avantages. C'est l'anticipation. Il n'y a pas de publicité, pas d'accords dérogatoires au droit commun. C'est là où la confiance totale apparaît. Il n'y a rien de dérogatoire, il n'y a pas de risques spécifiques, pas de contraintes exorbitantes.

Une procédure de Chapter 11 est horriblement coûteuse. « Chez nous » il faut prévoir à l'avance la rémunération versée au mandataire ad hoc et si le mandataire ad hoc fait appel à des experts, ce que permet le texte, il faut indiquer à l'avance quelle sera la rémunération de l'expert. Le débiteur pouvant renoncer.

Quand on commence à glisser dans la conciliation on voit bien que l'on se rapproche de la cessation des paiements puisque le conciliateur appellera autour de la table les principaux créanciers ce peut être aussi l'antichambre de la sauvegarde si les créanciers minoritaires s'obstinent. Les comités pourront les soumettre à la Loi de la majorité.

Voici donc quelques éléments. Je ne sais pas si j'ai répondu à votre question.

M. LENCOU – Pourriez-vous nous dire un mot sur l'articulation, la suite du mandat ad hoc ?

M. CHAPUT – La suite du mandat ad hoc est toujours de droit commun. Si le mandat ad hoc réussit le débiteur a échappé à ses difficultés ; l'entreprise se trouve dans une situation financière rétablie et tout se passe bien. Si les choses tournent moins bien, il y a possibilité de recourir à la conciliation, y compris dans les 45 jours de la cessation des paiements.

Et si le débiteur tient à la suspension des poursuites et au plan imposé aux créanciers quitte à révéler ses difficultés au public, il peut demander l'ouverture d'une sauvegarde. Pendant la sauvegarde la période d'observation gèle les paiements. Avec un plan de continuation on obtient des délais de paiement. Comme on a créé dans la loi française des comités d'établissements de crédit et des comités de fournisseurs, on soumet ceux qui sont récalcitrants à la loi de la majorité.

La sauvegarde est en principe antérieure à la cessation des paiements, on le sait. Dans le cas contraire sa conversion ne va pas considérablement changer les choses, sauf sur un point que l'on n'a pas assez souligné dans la loi. Dans le redressement judiciaire avec cessation des paiements le débiteur est désormais prisonnier ; il ne peut plus s'échapper. Donc il va soit au plan de continuation totale, soit à la continuation partielle avec cession partielle ; soit si véritablement il n'est pas en mesure de redresser son entreprise, à la liquidation judiciaire avec cession globale de l'entreprise ou cession en pièces détachées.

Dans le cadre de la sauvegarde, le débiteur, même si la loi sur ce point n'est peut-être pas assez précise, mais le décret l'est plus, le débiteur peut s'en échapper. La sauvegarde s'arrête si le débiteur ne fait pas de proposition de plan de continuation. On pourrait dire « Attendons la fin de la procédure pour savoir s'il fait ou non des propositions de plan de continuation ». Hypothèse d'école, si le débiteur dit « J'ai demandé une sauvegarde, j'ai bénéficié d'un répit d'un ou deux mois. Maintenant la sauvegarde ne me convient plus. Je m'en vais », il peut s'en aller.

Certains ont critiqué la loi en disant qu'une chose était terrible dans la sauvegarde : on peut exproprier. Non. Il faut que le ministère public le demande et il faut que l'entreprise reste en sauvegarde. Si l'entreprise ne demande pas de plan de continuation il n'y aura pas d'expropriation. On revient au droit commun ; l'assemblée générale en sera maître.

Donc la sauvegarde est beaucoup plus libérale. Cela dit, elle a l'inconvénient incommensurable d'être un jugement d'ouverture.

M. de ROUX – Un mot de réaction sur ce sujet. Je pense que la procédure de sauvegarde peut être ouverte et dans certains cas doit l'être, en l'absence de la cessation des paiements et heureusement, en dehors même des difficultés immédiates. Prenez une entreprise qui est sous-traitante par exemple et qui sait que son contrat de sous-traitance va s'arrêter dans six mois ; il faut qu'elle ait le temps de se reconvertir pour retrouver un deuxième souffle. Pourquoi ne demanderait-elle pas la sauvegarde ? Une entreprise brusquement va avoir une dette fiscale très importante soumise à contentieux. Pourquoi est-ce qu'elle ne demanderait pas la sauvegarde jusqu'à l'extinction du contentieux ? On pourrait multiplier les exemples ; ils sont extrêmement nombreux.

Cela ne me choque pas du tout de voir une entreprise apparemment en bon état aller voir le Président du tribunal de commerce, demander la sauvegarde et disant " Il y a un événement certain qui va porter atteinte certainement à mon crédit, qui va intervenir dans tel délai. S'il vous plaît, prononcez la suspension des poursuites de façon à ce que je puisse faire face à la difficulté ». Il me semble que la sauvegarde est faite aussi pour cela.

M. CHAPUT – Si vous me permettez, je ferai un rappel historique, la loi de 1985. En réalité la loi de 2005 sur ce point s'inspire de la loi de 1985 et la corrige. Lorsqu'on était en règlement amiable il était possible, cas exceptionnel, d'obtenir une suspension provisoire des poursuites. Cette suspension provisoire des poursuites avait un inconvénient, outre sa publicité : le débiteur n'était pas surveillé. Un débiteur qui obtenait une suspension des poursuites pouvait vider tous les stocks de son entreprise et vous dire « Je suis rentré un matin dans mon hangar, la serrure était forcée, il n'y a plus rien ». La sauvegarde présente l'avantage d'un regard professionnel.

Il y a le problème, dans la conciliation, de l'unanimité. D'où les comités de créanciers (et je n'aborderai le problème de la composition du comité des établissements de crédit). Quels sont les créanciers que l'on peut soumettre à la majorité ? Si vous voulez faire échouer une conciliation et que vous soyez relativement important, vous dites « Merci de m'avoir informé. Je sors du jeu et immédiatement je saisis tout ce que je peux saisir ».

Si vous ouvrez une sauvegarde vous bloquez alors le jeu. Donc vous avez peut-être intérêt à négocier en conciliation.

On voit quand même apparaître un certain nombre de passerelles et il y a une part psychologique. L'ancien article 180 était parfois un moyen de rendre les gens plus compréhensifs. Il y a une cohérence dans les textes, avec un alourdissement progressif de l'interventionnisme judiciaire.

M. LENCOU – Merci Monsieur le Professeur. Maître CARTON pouvez vous répondre à la question suivante : « Entre la conciliation et la sauvegarde, quel conseil allez-vous donner à votre client ? ».

M. CARTON – C'est une question qui a déjà été évoquée dans le débat entre M. CHAPUT et M. Le député De ROUX. Je voudrais ajouter ceci sur ce débat. Au fond la nouvelle loi donne un éventail de choix aux chefs d'entreprise qui sur cette question vont avoir l'embarras du choix.

Si on raisonne uniquement sur-le-champ entre conciliation et sauvegarde, ce qui a été dit sur le mandat ad hoc par le Professeur CHAPUT, me paraît tout à fait exact ; c'est la procédure la plus discrète et tout à fait efficace. En elle-même elle ne procurera jamais le privilège de l'argent frais, les avantages d'une conciliation homologuée bien entendu.

Si on part de l'idée que le choix du mandat ad hoc est laissé de côté, que l'on cherche les critères de choix entre conciliation et sauvegarde, ce sont des procédures qui ont au fond une finalité identique. Il s'agit d'éviter le redressement judiciaire ou la liquidation et les aléas que cela implique ; il s'agit de traiter en amont une cessation des paiements, même si la conciliation peut déborder un peu sur la période de cessation des paiements.

Ceci étant, la technique, l'orchestration de ces procédures par contre sont extrêmement différentes. En effet l'une est une procédure purement volontariste, purement amiable, globalement discrète, sous la réserve d'une ou deux questions par le jugement du tribunal et les dérives signalées tout à l'heure. C'est une procédure qui par conséquent, en principe, sauf le bouche à oreille, n'est pas connue du public.

La sauvegarde est une procédure collective. C'est un redressement judiciaire anticipé dans sa technique, c'est tout à fait cela. On le verra tout à l'heure car j'aurai le plaisir de vous présenter quelques observations sur la procédure de sauvegarde en elle-même, c'est une procédure collective qui a tous les effets d'une procédure, comme le redressement judiciaire. Cela veut dire publicité, tout le monde le sait, on le publie dans le journal le lendemain. C'est une procédure par conséquent qui est violente, contraignante. C'est une procédure qui gèle le passif, qui bloque les droits d'action des créanciers.

Donc les effets sont très radicalement différents d'un point de vue juridique. Maintenant vous me demandez ce que je conseille à mon client. Je ne lui dis surtout pas « Pour vivre heureux face à ces difficultés, vivons cachés ». Il faut sortir, aller discuter avec les créanciers, essayer de trouver des solutions de remise en état. C'est à cela que sert la procédure de conciliation. Mais en tout cas « vivons discrets. »

Si l'on se lance dans une procédure de sauvegarde immédiatement il y a un effet très concret sur les créanciers, sur les partenaires ; il y a le blocage des créances ; il y a la poursuite des contrats en cours qui peut être imposée par l'administrateur, tout l'arsenal que l'on connaît pour le redressement judiciaire. C'est donc une procédure qui n'est pas du tout à l'amiable. Elle va produire les effets d'une procédure non à l'amiable sur l'exploitation de l'entreprise.

Le créancier sera d'autant plus mécontent qu'on lui dira « Je ne suis pas en cessation des paiements, j'ai fait une procédure de sauvegarde mais je ne vais tout de même pas vous payer ». Il peut réagir d'une manière un peu brutale. On a vu l'exemple systématique de certains créanciers systématiques (je pense à des assureurs de crédits) : il y a eu une politique de tierce opposition qui a été menée. On sait quels sont les principaux éléments de jurisprudence sur le sujet. Il y a une réaction car ils ne sont pas particulièrement contents. Or un créancier qui n'est pas content c'est une partenaire qui n'est pas content, c'est un fournisseur pas content. Il vous faisait crédit, vous ne le payez plus car vous vous mettez sous la protection de la justice dans le cadre de la sauvegarde mais il ne vous fait plus crédit. Donc vous perdez d'un côté ce que vous gagnez de l'autre.

En termes de financement au niveau de l'entreprise, il y a un impact évidemment négatif de la procédure de sauvegarde que vous n'avez a priori pas dans la procédure beaucoup plus douce qu'est la procédure de conciliation et encore moins dans le mandat ad hoc.

Il faut mesurer ces impacts. Tout le monde l'a dit ce matin, il faut raisonner cas par cas, attention aux règles générales, il n'y a pas de formule magique. Cela veut dire aussi qu'il ne faut pas s'orienter vers la sauvegarde pour de mauvaises raisons « C'est une nouvelle procédure. Elle doit sûrement être très bien. Je me mets en sauvegarde ». Non, il faut réfléchir sur des éléments concrets, sur la situation concrète de l'entreprise, les impacts concrets que la procédure va engager dans la loi de sauvegarde. Cela veut dire qu'il faut regarder en fonction aussi des besoins de restructuration de l'entreprise, donc des moyens que l'une ou l'autre procédure lui permettra d'obtenir. Donc il ne faut aller à la sauvegarde qu'à bon escient et notamment en regardant bien l'impact que cela aura sur la trésorerie.

Quand je commence à avoir une trésorerie un peu tendue, c'est peut-être un peu tard pour aller en sauvegarde. La difficulté de l'exercice est qu'il faut que l'on ait des difficultés de nature à conduire à la cessation des paiements mais si on y est presque, je ne suis pas sûr que la sauvegarde fera grand-chose ; elle entérinera plutôt la situation. Donc il faut faire attention à cela ; il faut encore avoir une trésorerie suffisante pour financer ce que sera la période d'observation. Car c'est une période d'observation qui va s'ouvrir.

La dégradation des relations avec les partenaires sera d'autant

plus grande qu'ils seront surpris. Ce n'est pas tout à fait sans risques pour les dirigeants et les actionnaires. Je suis d'accord, en principe il y a une protection contre l'expropriation qui a été prévue dans le texte. Malgré tout il est prévu que, sur demande du Parquet le dirigeant, peut se voir contraint de céder ses titres à un repreneur qui prendra sa place dans le plan de sauvegarde qu'il s'agit de mettre en œuvre. Dans ce cas-là la sortie est facile ; on ne fait pas de proposition, on dit « Je m'en vais. Je sors d'une procédure collective sans coup férir, sans avoir dégradé mon environnement ». C'est concevable mais il faut vraiment mesurer les impacts que cela peut avoir.

Il n'y a pas de règle générale mais dans le principe, quand on ne sait pas il vaut mieux aller à la conciliation car il y a justement ces effets beaucoup plus doux. Maintenant dans certains cas la sauvegarde peut être tout à fait justifiée. Il faut simplement bien examiner la situation. Ce sera le cas par exemple à l'issue d'une procédure de mandat ad hoc quand on s'aperçoit que les réactions des partenaires contactés pour négocier laissent craindre de ne pas aboutir au plan que l'on veut mettre en œuvre. Vous avez évoqué le problème de l'unanimité.

Cela peut être lorsque les besoins de restructuration imposent des mesures qu'il sera difficile d'obtenir par une voie purement amiable, à cause de leur ampleur. Le plan de sauvegarde est un plan de continuation de l'ancienne loi. Cela peut vouloir dire dix ans pour l'apurement du passif et tout ce que nous connaissons sur le redressement judiciaire.

La procédure de sauvegarde est une procédure très utile car elle est fondée sur une idée majeure, l'anticipation. Tout le monde le dit, on ne peut que dire cela. Mais c'est une procédure qui comporte des dangers et dans bon nombre de cas on s'apercevra qu'elle pourra être plus nuisible qu'une procédure amiable. Il faut y faire attention. C'est une procédure à manier avec précaution. Il faut savoir que l'on devra affronter certaines difficultés qu'il faut intégrer dans le raisonnement conduisant au choix de la procédure.

M. KLING – Merci d'avoir participé à cette table ronde. Je voudrais maintenant me tourner vers vous, Madame le Président, vous qui êtes Président de la Conférence des juges consulaires de France, en vous demandant si vous avez des indications chiffrées sur le recours actuel à ces différentes procédures dont nous parlons.

Mme REY – J'en ai. En vous écoutant, je me disais que décidément il y avait toujours un décalage assez sensible entre les raisonnements qui paraissent imparables lorsqu'on vous écoute et la manière dont nos justiciables utilisent la panoplie de procédures mises à leur disposition par la loi de sauvegarde. Cela s'explique malgré tout très bien par les raisonnements que vous avez tenus, si l'on veut introduire les deux éléments clés sans lesquels il ne peut y avoir de droit des entreprises en difficulté efficace ; je veux parler bien sûr de la confiance, déjà nommée mais aussi de la confidentialité.

Les chiffres que j'ai viennent d'une enquête qui a été faite par la commission de traitement des entreprises en difficulté, de la Conférence des juges consulaires de France, auprès de nos 185 tribunaux. Comme d'habitude, une partie seulement des tribunaux répond, 60 %, ce qui est tout de même significatif. Ces chiffres sont malheureusement arrêtés au 31 mai mais déjà en soi ils sont intéressants.

Ils montrent une progression des mandats ad hoc qui sont passés en 2005 de 288 à 417 en 2006. Soit +45 % pour 60 % encore une fois de nos tribunaux, du 1er janvier au 31 mai.

Pour la conciliation c'est une explosion comparée au règlement amiable de 2005 ; il n'y en avait que 66 durant la même période, il y en a quatre fois plus pendant les cinq premiers mois de l'année 2006, 268. Il est intéressant de noter que ces conciliations ne sont pas des conciliations qui se clôturent par des jugements d'homologation après débat en Chambre du conseil, présence du Parquet, présence des salariés, etc. Ils sont rarissimes dans nos tribunaux de commerce ; pour une immense majorité (plus de 95 % d'entre eux) ce sont des conciliations qui se clôturent par ordonnance du Président du tribunal, comme cela se faisait antérieurement dans les règlements amiables.

Les chiffres de la sauvegarde nous ont été donnés tout à l'heure par M. de ROUX. Vous avez parlé des 215 procédures de sauvegarde ouvertes. A quelle date ?

M. de ROUX – Pour toute l'année 2006. 99 au premier trimestre, 116 au second.

Mme REY – Nous sommes fin septembre, nous pouvons considérer que votre période couvre trois mois de plus. Lorsque l'on compare l'utilisation qui est faite de ces différents outils, cela rejoint ce que vous disiez : plébiscite des outils de prévention et on plébiscite ceux qui respectent la confidentialité. On retrouve une fois de plus le souci des justiciables, des chefs d'entreprise en difficulté. Il est très intéressant de noter que cela rejoint également le souci des créanciers et notamment des créanciers bancaires. Quand on voit que ce sont eux qui ont réclamé la conciliation par jugement pour pouvoir obtenir, vous l'avez très bien dit Monsieur le Député et Monsieur le Professeur, le privilège de l'article L.611-11 opposable aux tiers et qu'ils ne s'en servent pas car ils estiment que le viol de cette confidentialité serait encore plus dommageable pour la survie de l'entreprise et anéantirait l'effort qu'ils consentent à partir du moment où les difficultés de l'entreprise sont rendues publiques, on comprend bien, une fois de plus, que c'est la psychologie qui domine le droit des entreprises en difficulté et que la continuité de l'exploitation, en termes économiques, pour être au rendez-vous, suppose bien la confiance mais aussi la confidentialité.

M. KLING – Merci de ces propos. On interrogera notre ami banquier, Jean-Louis GUILLOT qui nous rejoindra cette après-midi sur le recours à ce dispositif.

Pierre, est-ce que nous avons quelques minutes pour ceux et celles qui souhaitent poser des questions dans la salle ?

Philippe BAU – Je suis praticien commissaire aux comptes expert-comptable judiciaire à Lyon. J'ai été enseignant chercheur dans la discipline du diagnostic d'entreprises pendant de nombreuses années et je suis intervenu dans ce cadre sur une réflexion sur les entreprises en difficulté, y compris lors d'un colloque qui s'est tenu à Lyon en mars 2005 sous la présidence du Garde des sceaux. Dernier acte, nous sommes en train de rédiger un guide de la prévention sous la haute autorité du Président du Tribunal de commerce de Lyon. C'est à ce titre que je me permets de porter devant vous une interrogation qui a été ouverte par le Président Didier KLING qui disait tout à l'heure combien cette matière était en devenir et qu'il fallait définir les critères concernant la notion de cessation des paiements et la notion de perte de cessation des paiements. L'interrogation que j'ai est la suivante.

Il me semble que l'on peut tout d'abord considérer que toutes les entreprises sont virtuellement en cessation des paiements. Un malheur est vite arrivé et la nature des décisions qui sont prises peut malheureusement entraîner des difficultés plus vite que

prévu dans une entreprise. Je distingue pour ma part quatre temps dans la prise de décision par rapport aux événements d'une entreprise :

• le long terme (pardonnez-moi ce critère de deux ans, je ne sais pas s'il est bon) qui est le temps de la réflexion stratégique ;

• le temps du moyen terme qui est le temps de la mise en œuvre d'une stratégie ;

• le temps du court terme qui est l'émergence d'un certain nombre de difficultés qui vont avoir un impact ;

• et le très court terme qui est malheureusement la constatation de difficultés avérées.

Le temps du court terme oriente repose sur des solutions amiables et le très court terme oriente évidemment sur des solutions judiciaires.

Par rapport à tous les intervenants de cette matinée, plus peut-être que la question de la cessation des paiements et la date, quelle est la réflexion sur l'origine des difficultés ? Il me semble que la cessation des paiements n'est pas de même nature selon qu'il s'agit d'une décision qui n'a pas été prise au bon moment, dans le temps de la réflexion stratégique ou au contraire d'un événement qui survient dans un très court terme ? Quelle est la position des tribunaux, des avocats et de la Chancellerie ?

M. KLING – Je ne sais pas si on peut dire que toute entreprise est virtuellement en état de cessation des paiements ou susceptible de l'être un jour mais toute entreprise par contre connaît des difficultés car c'est l'essence même de la vie économique et financière. Fort heureusement ces difficultés ne se traduisent pas nécessairement par les échéances fatales que vous avez évoquées.

Sur l'interrogation générale, Madame la Présidente, vous souhaitez réagir.

Mme REY – Monsieur, vous avez tout à fait raison de dire qu'on ne peut pérenniser une entreprise que lorsque l'on s'est interrogé sur les raisons qui l'ont fait rencontrer ces difficultés. C'est bien le sens du bilan économique et social qui existe aussi bien dans la procédure de conciliation, dans la procédure de sauvegarde et dans le mandat ad hoc. Il n'est pas possible d'arriver à un accord avec les créanciers, quand on est chef d'entreprise en difficulté, si on ne s'est pas interrogé sur le pourquoi, le comment et si on n'est pas crédible vis-à-vis de ces créanciers quant à la pérennisation de l'entreprise. Il y a bien toujours cette démarche. Simplement un choix a été fait ce matin car on ne pouvait pas tout traiter. Si la cessation des paiements a retenu notre attention, il n'en reste pas moins que tout traitement judiciaire passe bien évidemment par l'analyse des raisons qui ont conduit cette entreprise dans l'état où on la prend et également une projection sur l'avenir pour savoir comment s'en sortir. C'est l'acte judiciaire entouré des experts.

M. KLING – Merci. Cette après-midi nous rentrerons davantage dans ces procédures de conciliation et de sauvegarde et nous verrons les particularités de l'expertise à cette occasion.

Michel ARMAND-PREVOST – Avocat – Paris. C'est une question à Mme le Président à propos des deux procédures de sauvegarde ouvertes devant le Tribunal de Paris. Dans les deux cas il y a eu médiatisation antérieure et y compris sur les éléments de plans qui étaient proposés. Je sais bien que vous venez d'évoquer, à propos du mandat ad hoc et de la conciliation, la confidentialité. La procédure de sauvegarde est publique mais, dans la tradition de la préparation des plans, il y avait une certaine confidentialité. Pour le moment effectivement, dans l'affaire Eurotunnel on n'entend parler de rien mais je voulais connaître votre position par rapport à ces affaires qui arrivent en sauvegarde excessivement médiatisées et peut-être même trop au regard du travail qui doit être fait dans le cadre de la procédure de sauvegarde.

Mme REY – Je ne peux, cher Michel, que t'apporter la contradiction la plus flagrante. Prenons le cas de Libération, qui remonte à avant-hier et l'étonnement de la presse et des médias de découvrir que Libération était sous mandat ad hoc. Quand l'ont-ils découvert ? Souviens-toi. Le 27 septembre alors que l'ordonnance nommant le mandataire ad hoc datait du 13 juillet précédent. Personne ne le savait. Ceci prouve bien que, même s'agissant d'un quotidien aussi médiatique et médiatisé que Libération, personne ne savait que Libération était sous mandat ad hoc.

Il a fallu que les journalistes se réunissent pour connaître l'issue du Conseil d'administration qui avait été annoncé par Libération lui-même le 27 septembre, à la fin de la semaine dernière et voient sortir Me VALLIOT, le mandataire ad hoc pour se dire « Pourquoi est-il là ? ». C'est à ce moment-là que les journalistes se sont aperçus que depuis deux mois l'entreprise était sous mandat ad hoc.

C'est extraordinaire de voir à quel point le secret et la confidentialité avaient été préservés dans une affaire de ce type. Je trouve cela au contraire un contre-exemple par rapport à tes propos.

Je vais même vous faire une petite confidence. Pour la suite des événements j'ai dû expliquer aux co-gérants de Libération, après l'audience, qu'une procédure de sauvegarde n'était pas un mandat ad hoc. Si le mandat ad hoc leur avait permis de réfléchir dans le secret le plus absolu que personne n'avait trahi si ce n'était le fait que Me VALLIOT avait été vu par la presse deux jours avant l'ouverture de la procédure de sauvegarde, pour la procédure de sauvegarde, comme vous l'avez très bien dit autour de cette table, à partir du jugement publié il était évident que la confidentialité n'existait plus. Dans ces conditions ils ne pouvaient pas conserver la règle du silence et ayant raccroché ma toque de juge j'ai pris ma casquette de stratège en communication ; je les ai incités à prendre les devants, la nature ayant horreur du vide, pour communiquer sur leur sauvegarde afin que des personnes moins bien intentionnées ne communiquent autrement que ce qu'ils voulaient faire.

M. KLING – Merci. On ne saurait en déduire que les journalistes sont mal informés, mais davantage que la confidentialité n'est pas un vain mot.

M. Louis GISCARD D'ESTAING – En tant que législateur, après avoir écouté ce très intéressant débat ce matin, je voudrais vous dire tout l'intérêt qu'il y a à avoir ce type d'échanges à l'issue d'un vote comme celui qui a été à l'origine de cette loi de sauvegarde des entreprises. Tout d'abord il est heureux que le travail législatif soit ainsi salué dans sa capacité créative d'initiative et aussi quelquefois dans sa capacité d'amendement par rapport à des dispositions qui peuvent être perfectibles ; elles le seront encore dans le cadre d'une disposition qui fait que Xavier de ROUX est aujourd'hui investi d'une mission. Cela répond à une résolution qui avait été adoptée par un règlement de l'assemblée nationale, la résolution Barthmann, faisant que le rapporteur d'un texte de loi est ensuite chargé d'en suivre l'application dans les années qui suivent ou les mois qui suivent. On voit bien avec ces décrets d'application qu'il est toujours important que le rapporteur d'un texte soit à même de poursuivre dans l'esprit législatif qui a concouru à l'adoption de ce texte.

Je voudrais aussi saluer la présence ici d'un législateur euro-

107874- Folio : -- - Type : -- 07-12-04 09:19:59
L : 219.992 - H : 279.993 - Couleur : Black

péen, d'un représentant de la France au Parlement européen, Jean-Pierre AUDY qui représente l'inter-région Centre Auvergne Limousin au Parlement européen, dans la mesure où il est d'autant plus concerné qu'il a exercé cette fonction d'expert-comptable judiciaire pendant plus de dix ans. Vous imaginez bien qu'il peut faire le lien entre certaines dispositions du droit communautaire et celles du droit national français dans la pratique de ce type de sauvegarde des entreprises et de l'application de ces dispositifs.

Enfin je voudrais dire, en ce qui concerne la commission des finances de l'assemblée nationale (avec Xavier de ROUX nous avons suivi ce texte sous un angle juridique d'une part et pour la commission des finances), nous étions très soucieux que le respect des droits des contribuables /entreprise soit aussi pris en compte dans ce texte. Il y a un certain nombre d'avancées qui ont été d'ailleurs relevées tout à l'heure et qu'il faudra poursuivre. Je sais que dans le projet de loi de finances pour 2007, en ce qui concerne les acomptes versés au titre de l'impôt sur les Sociétés nous avons aussi introduit une disposition qui vise à l'équilibre strict des intérêts moratoires, en ce qui concerne les avances qui pourraient avoir été consenties par les entreprises et donc versées par anticipation à un montant dépassant l'impôt exigible.

Tout cela fait partie des dispositions législatives allant dans le sens de la sauvegarde des entreprises et du respect des droits des contribuables.

M. KLING – Merci de cet éclairage fort pertinent, Monsieur le Député. Merci d'avoir mentionné à juste raison la présence du Parlement européen et de notre ami Jean-Pierre AUDY qui suit ces travaux avec beaucoup d'attention.

Nous nous retrouvons à 14 H 15.

(La séance est suspendue à 12 H 15)

(La séance est reprise)

M. KLING – Nous allons reprendre nos travaux avec quatre thèmes cette après-midi : la procédure de conciliation, la procédure de sauvegarde, les particularités de l'expertise et la responsabilité des créanciers. Nous serons rejoints par un intervenant qui n'était pas présent parmi nous ce matin, Jean-Louis GUILLOT et qui doit notamment participer à la table ronde. Nous avons des contraintes horaires que nous allons ensemble respecter. Madame le Président vous devez nous quitter vers 15 H 30. Quoi qu'il advienne de l'état des discussions et des débats, nous nous interromprons pour vous permettre de nous livrer quelques sentiments. Yves CHAPUT a bien voulu accepter de se subsister à vous, uniquement dans ce cadre très précis, pour nous livrer les conclusions de cette journée.

M. CHAPUT – Ou pour dire simplement « Il y a clôture » !

M. KLING – Voilà la règle du jeu que nous allons essayer ensemble de respecter. Pour le premier temps fort, bonne chance à ce duo puisque dans le cadre de notre nouvelle configuration vous faites un duo, Monsieur LENCOU et Monsieur REICH.

107874- Folio : -- - Type : -- 07-12-04 09:19:59
L : 219.992 - H : 279.993 - Couleur : Black

LA PROCÉDURE DE CONCILIATION

Monsieur Dominique LENCOU

Expert près la Cour d'appel de Bordeaux

Monsieur Alfred REICH

Président du Tribunal de commerce de Bordeaux

M. LENCOU – Les débats de ce matin ont été marqués par l'aspect psychologique de la situation et la réaction du débiteur devant les difficultés rencontrées par son entreprise. Madame REY et Monsieur de ROUX ont bien voulu évoquer la notion de confiance que doit avoir le débiteur dans son entreprise et nous allons voir que dans la conciliation il en faudra beaucoup.

Au cours des exposés précédents nous avons pris conscience de la volonté du législateur de tout mettre en œuvre pour sauver les entreprises et d'anticiper en favorisant la prévention par un traitement plus précoce de leurs difficultés.

La conciliation est une procédure destinée à trouver un remède simple, rapide et discret aux dites difficultés. Elle est ouverte aux entreprises commerciales, artisanales et libérales, « qui éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, et ne se trouvent pas en état de cessation de paiement depuis plus de 45 jours ». Ces nouvelles dispositions s'adressent à un petit nombre d'entreprises qu'un plan de sauvetage bien conçu peut aider à surmonter une gêne passagère.

L'intérêt de la procédure de conciliation, notamment par rapport à la procédure de sauvegarde, réside dans son caractère confidentiel. Les difficultés rencontrées par l'entreprise ne doivent pas être dévoilées, ce qui peut s'avérer un véritable atout vis-à-vis de la clientèle potentielle de l'entreprise qui ne risque pas de se détourner en constatant que son futur cocontractant est fragile financièrement ou risque de déposer son bilan.

Comme le mandat ad hoc, la procédure de conciliation a pour objet de rechercher un accord amiable entre le débiteur et ses principaux créanciers afin de résoudre les difficultés rencontrées par l'entreprise. Cette procédure, issue de la loi de sauvegarde des entreprises, remplace celle du règlement amiable, mais elle ne doit pas être interprétée comme une simple substitution, car il s'agit d'une procédure innovante qui allie des aspects contractuels sécurisés dans un cadre juridictionnel assurant une confidentialité généralisée.

La procédure de conciliation s'est vu doter d'arguments de poids pour convaincre les débiteurs et leurs créanciers de s'entendre afin d'éviter les procédures collectives.

Le pivot de la conciliation est le débiteur lui-même qui seul peut prendre l'initiative de la procédure, qui va négocier avec ses créanciers un accord, pour lequel il choisira l'homologation ou le simple constat.

Le rôle de conciliateur est de faciliter l'accord en incitant les créanciers et le débiteur à des concessions réciproques. Dans la plupart des tribunaux, cette mission est confiée à des administrateurs judiciaires mais à Bordeaux les Présidents successifs du Tribunal de commerce ont pour habitude de désigner parfois des experts comptables judiciaires qui obtiennent de bons résultats.

Le personnage central du dispositif est le Président du Tribunal de commerce ou de grande instance qui doit être informé et agir conformément à la loi, qui lui a reconnu des pouvoirs très élargis dans le domaine de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises.

Monsieur REICH, a bien voulu accepter d'intervenir dans ce congrès pour nous faire part de son expérience en matière de conciliation et je me permets de préciser brièvement qu'il a dirigé pendant de nombreuses années l'entreprise familiale en menant de front une carrière de juge consulaire couronnée par son élection à la tête du Tribunal de commerce de Bordeaux depuis le premier janvier dernier.

Pour traiter le sujet nous évoquerons la procédure de conciliation, la mission de conciliateur et les conséquences de l'accord.

I – LA PROCÉDURE DE CONCILIATION

M. REICH – Nous allons donc, d'une façon extrêmement pratique, parler de la procédure de conciliation. Un intitulé de loi n'est jamais neutre, n'est-ce pas Monsieur le Député, et la loi de sauvegarde, dans la procédure de conciliation, est un des éléments qui signifie clairement que la priorité du législateur n'est plus le redressement qui suppose une entreprise déjà moribonde mais la sauvegarde c'est-à-dire le maintien d'une activité en état.

Feu le règlement amiable et vive la procédure de conciliation.

Comme toujours le changement de terminologie est significatif : le terme de « règlement » montrait que la préoccupation essentielle de la loi de 84 était de mettre un terme à l'amiable aux difficultés financières de l'entreprise et d'organiser le paiement des créanciers.

Le terme de conciliation met l'accent sur le rapprochement du débiteur et de ses créanciers et sur la recherche d'une solution

107874- Folio : -- - Type : -- 07-12-04 09:19:59
L : 219.992 - H : 279.993 - Couleur : Black

négociée et consentie. Il s'inscrit donc dans le cadre des modes alternatifs de résolution des conflits. Si de prime abord l'on peut penser que la nouvelle procédure semble se dérouler de la même manière que le règlement amiable, l'étude de la loi de 2005 apporte de substantielles modifications :

La procédure s'applique aux personnes exerçant *une activité commerciale ou artisanale* ainsi qu'*aux personnes morales de droit privé et aux personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou règlementaire où dont le titre est protégé.* (L.611-4 et 611-5) alors que le règlement amiable était interdit aux particuliers exerçant une profession libérale. Aujourd'hui seuls les agriculteurs demeurent en dehors du champ de cette loi.

Le domaine des difficultés doit être précisé puisque la procédure peut être ouverte au bénéfice de personnes qui *éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible et qui ne se trouvent pas en état de cessation de paiement depuis plus de 45 jours.* L'on constate donc que peuvent être admis à la procédure de conciliation des personnes dont les difficultés sont déjà avérées et non pas seulement prévisible et qui peuvent même être en état de cessation des paiements. L'état de cessation des paiements n'est donc plus le fil rouge, le critère absolu et intangible du critère de répartition entre les procédures amiables et judiciaires.

Reste en débat la datation de l'état de cessation des paiements dont la définition n'a pas été modifiée. (Actif disponible insuffisant face au passif exigible) et de l'appréciation de la notion d'exigibilité.

Le but est de *mettre fin aux difficultés de l'entreprise* et au-delà à travers la mission du conciliateur d'assurer *la sauvegarde de l'entreprise, la poursuite de l'activité économique et le maintien de l'emploi* (L.611-7). Pour y parvenir le champ de l'accord est donc étendu aux *cocontractants habituels* de l'entreprise et non plus cantonné au débiteur et à ses principaux créanciers.

Le débiteur n'est donc plus seul face à ses difficultés, il est assisté d'un conciliateur qui et c'est particulièrement innovant puisqu'il peut formuler *toute proposition se rapportant à la sauvegarde de l'entreprise.* La procédure de conciliation est donc une pièce maîtresse de la loi du 26/07/2005. Le débiteur peut ouvrir le dialogue avec ses créanciers alors qu'il est en état de cessation des paiements. Il peut choisir la procédure de conciliation plutôt que la sauvegarde même s'il n'est pas en état de cessation des paiements. L'inverse est impossible.

Le but du législateur apparaît donc clairement : la procédure de conciliation est fondamentalement une procédure de nature contractuelle puisque pour effacer la coloration judiciaire de l'ancienne procédure le législateur a enlevé au Président du tribunal la possibilité dans le cadre de la procédure de conciliation d'ordonner la suspension provisoire des poursuites et en rendant l'homologation de l'accord par le Tribunal toujours facultative et à la seule initiative de débiteur.

Le déroulement de la procédure permet de constater qu'elle repose uniquement sur une initiative du débiteur qui demande la désignation d'un conciliateur. A l'instigation de ce dernier est bâti un accord de conciliation selon un principe de totale liberté puisque les créanciers peuvent le discuter, y adhérer ou le refuser.

Démarche volontaire, monopole de la demande, maîtrise de la procédure, choix du conciliateur. Le débiteur apparaît véritablement comme le pivot de cette réforme.

I.1. La demande

I.1.1. La forme de la demande

Elle doit être formulée par écrit et être accompagnée de nombreuses pièces de nature à renseigner le Président sur sa situation économique et financière :

1. Extrait d'immatriculation
2. État des créances et des dettes assorti d'un échéancier
3. Liste des principaux créanciers
4. État actif et passif des engagements hors bilan
5. Comptes annuels, tableau de financement
6. Situation de l'actif réalisable et disponible (valeurs d'exploitation exclues) et du passif exigible sur les trois derniers exercices.

I.1.2. L'auteur de la demande

Les dirigeants ont seuls cette initiative. Ce droit est donc refusé au ministère public, aux créanciers, aux salariés, au Président du tribunal de commerce ou de grande instance. Nous sommes donc en présence d'une demande spontanée afin de favoriser le caractère consensuel de la procédure et discrète afin d'éviter la divulgation aux tiers des difficultés de l'entreprise.

I.1.3. Le destinataire de la demande

La requête est adressée au Président du tribunal de commerce pour une entreprise commerciale ou artisanale et au Président du tribunal grande instance dans les autres cas. A réception, le Président fait convoquer par le greffe le représentant légal de la personne morale débitrice ou le débiteur personne physique pour entendre ses explications. Il informe de cette démarche le Procureur de la République. Curieusement le Code de commerce ne prévoit aucune information des représentants du personnel alors que le comité d'entreprise jouit de nombreuses prérogatives dans la procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire et liquidation judiciaire. Il est de surcroît investi d'un droit d'alerte.

I.2. Le choix du conciliateur

Avant de prendre sa décision, le Président dispose d'un grand pouvoir d'investigation auprès des établissements bancaires ou financiers par exemple. Ce droit ne saurait être entravé par aucune disposition législative ou règlementaire contraire (L.611-6). Deux inconvénients à ce pouvoir :

- Il donne une certaine publicité aux difficultés de l'entreprise qui risque de fragiliser encore un peu plus sa situation. Certes toute personne contactée est tenue à la confidentialité mais le risque existe.
- Les personnes interrogées ne sont pas obligées de répondre et le Président ne dispose d'aucun moyen coercitif sauf à signaler le risque qu'elles prennent de causer un préjudice à l'entreprise en compromettant le bon déroulement de la procédure.

Le Président peut également charger un expert de son choix d'établir un rapport sur la situation de l'entreprise. Cette possibilité n'est pas très heureuse car elle alourdit financièrement et allonge considérablement la demande.

Le Président peut refuser d'accéder à la demande présentée. Possibilité d'appel pour le débiteur dans les dix jours qui suivent la notification de la décision. Cependant la liberté de choix a été restreinte puisque le débiteur peut lui-même proposer un conciliateur et a la possibilité de récuser le conciliateur choisi par le Président. Les cas de récusation sont particulièrement larges :

1. Intérêt personnel direct ou indirect à la procédure

107874- Folio : -- - Type : -- 07-12-04 09:19:59
L : 219.992 - H : 279.993 - Couleur : Black

2. Lien direct ou indirect entre le conciliateur et l'un des créanciers ou l'un des dirigeants ou préposés de l'entreprise
3. Cause de défiance entre le conciliateur et le débiteur
4. Radiation ou destitution d'une profession réglementée

Outre la récusation à l'initiative du débiteur existent un certain nombre d'incompatibilités dans le but de moralisation de la fonction de conciliateur et de préservation de leur indépendance.

Incompatibilités : Personne ayant, au cours des 24 mois précédents, perçu à quelque titre que ce soit, directement ou indirectement une rémunération ou un payement de la part du débiteur demandeur, de tout créancier du débiteur ou d'une personne qui ne détient le contrôle ou est contrôlé par lui au sens de l'art. L.233-16 du Code de commerce sauf rémunération provenant d'une mission de mandat ad hoc, de règlement amiable ou de conciliation réalisée pour le même débiteur.

Le conciliateur nommé doit attester sur l'honneur qu'il se conforme à ces interdictions.

La décision de l'ouverture de la procédure est communiquée au ministère public ou si le débiteur exerce une profession libérale soumise à un statut législatif ou règlementaire ou dont le titre est protégé à l'autorité compétente dont il dépend. La même décision peut être portée à la connaissance de monsieur le Préfet pour assurer la liaison avec le CODEFI. La décision d'ouverture n'est pas susceptible de recours. Le débiteur peut demander à tout moment qu'il soit mis fin à la mission du conciliateur, ce dernier peut également solliciter l'arrêt de sa mission. Pas de recours possible.

I.3. La liberté de négociation de l'accord

I.3.1. La conciliation est maîtrisée par le débiteur et ses créanciers

Il n'y a plus d'intervention des organes judiciaires et la mission du conciliateur est, par essence, incitative. Le conciliateur n'est pas partie à la procédure, il n'exerce aucune fonction d'assistance ou de représentation du débiteur mais il doit *favoriser la conclusion entre le débiteur et ses principaux créanciers ainsi que le cas échéant ses cocontractants habituels d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise.* Il peut également *présenter toutes propositions se rapportant à la sauvegarde de l'entreprise, à la poursuite de l'activité économique et au maintien de l'emploi* (L.611-7). Il peut également formuler des propositions tendant à l'apurement du passif. Pour remplir cette mission le conciliateur ne dispose d'aucune prérogative particulière si ce n'est la possibilité d'obtenir du débiteur tout renseignement utile et du Président les informations dont il dispose.

Le conciliateur n'a donc pas de pouvoir propre d'investigation. Tout le succès de son entreprise dépend de son autorité morale et de son sens de la diplomatie. Il doit, par la persuasion, convaincre les créanciers de faire encore confiance au débiteur et de lui permettre par leurs efforts financiers de sauver l'entreprise. En fait son rôle est autant de suggérer au débiteur des mesures de restructuration que de faire accepter des créanciers et donc essentiellement des banques des remise des délais de payement.

Dans le cadre de la procédure la possibilité de suspension générale des poursuites n'est plus permise au Président qui ne peut que suspendre les poursuites d'un créancier dans la stricte application des articles 1244-1 à 1244-3 du Code civil. Si cette possibilité demeure c'est dans le but de paralyser les poursuites d'un créancier qui par ses actions intempestives pourrait faire obstacle à la conclusion d'un accord de conciliation.

I.3.2. Le volontariat des créanciers

La loi encourage par des mesures incitatives les créanciers à participer à un accord de conciliation. Ainsi des remises de dettes peuvent porter sur le nominal des impôts directs et sur les majorations et intérêts de retard pour les indirects. Autre condition : ces remises de dettes doivent être concomitantes à celles accordées par les créanciers privés

I.3.2.1. La possibilité de remise de dettes par les créanciers institutionnels

I.3.2.2. La limitation de la responsabilité des créanciers

La responsabilité des créanciers pour soutien abusif est désormais dissipée par l'art. L.650-1 du Code de Commerce *les créanciers ne peuvent être tenu pour responsable des préjudices subis du fait des concours consentis sauf en cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnés à ceux-ci.* Ce principe d'irresponsabilité n'est pas absolu puisqu'il comporte 3 exceptions :

- Fraude
- Immixtion : il s'agit de sanctionner une gestion de fait
- Proportionnalité : il faudra désormais que le préteur veille au moment où il consent ses concours à ce que les sûretés prises pour en garantir le remboursement soient proportionnées par rapport au prêt accordé.

C'est la fin des cautionnements illimités.

I.3.2.3. Participation modulable à l'accord

Il ne s'agit pas d'une procédure collective et l'accord ne concerne pas obligatoirement l'ensemble des créanciers. En outre un créancier peut très bien soumettre à l'accord une partie seulement de ses créances. De plus rien n'empêche les salariés de participer à l'accord en renonçant soit à une partie de leurs salaires ou de leurs avantages acquis... On peut toujours rêver !

Compte tenu de ces dispositions légales, comment envisagez-vous, Monsieur LENCOU, la mission du conciliateur ?

II. LA MISSION DU CONCILIATEUR

M. LENCOU – La lecture de l'article L.611-7 du code de commerce nous amène à nous poser une première question qui est celle de savoir ce qu'est un conciliateur et qui peut remplir en remplir les fonctions.

Si concilier, selon l'étymologie latine, signifie rapprocher, le conciliateur pourrait n'être rien d'autre qu'un entremetteur. Mais l'acception péjorative de ce mot, dans le langage français commun, a toujours exclu qu'il soit employé pour caractériser la mission de conciliateur. Concilier serait, plutôt, témoigner du rapprochement de deux personnes qui entretiennent un différend et choisissent la voie de la conciliation plutôt que la déflagration judiciaire. Le conciliateur aurait alors pour mission de permettre la discussion, de la guider et d'inciter les protagonistes à trouver un accord. Cela suppose, bien sûr, que ceux-ci soient de bonne foi, accessibles au raisonnement de l'autre et suffisamment désintéressés pour accepter une solution équitable.

Le rôle du conciliateur est de parvenir à amener le débiteur et ses créanciers à cet état d'esprit. Par comparaison avec le rôle de l'administrateur dans les procédures collectives, qui peut

107874- Folio : -- - Type : -- 07-12-04 09:19:59
L : 219.992 - H : 279.993 - Couleur : Black

exercer une partie des pouvoirs de gestion du chef d'entreprise, la mission du conciliateur se limite à la recherche d'un accord.

Le choix du conciliateur peut être dicté par un souci d'efficacité par la désignation d'un professionnel habitué à l'observation des entreprises et l'accomplissement d'une mission judiciaire originale. L'esprit de la loi conduit le Président à désigner un conciliateur, qui peut être un expert comptable judiciaire, qui va intervenir dans le cadre d'une mission comportant des aspects contractuels et des aspects juridictionnels, qui se retrouvent également dans son statut.

II.1. Les aspects contractuels de la mission du conciliateur

Le législateur semble avoir voulu un cadre souple mais sécurisé pour les parties aux fins de faciliter un accord en vue du redressement et de la pérennité économique et financière de l'entreprise. La loi a défini la mission du conciliateur en laissant libre cours à une grande liberté pour atteindre l'objectif de parvenir à un accord amiable entre le débiteur et ses principaux créanciers, ainsi que le cas échéant, ses cocontractants habituels. Ainsi, le conciliateur a reçu ainsi une mission incitative sans aucune prérogative particulière.

II.1.1. Mission incitative en vue de favoriser l'accord amiable

La réussite d'une mission de conciliateur repose avant tout sur l'aptitude de ce dernier aux négociations qui peuvent être résumés par deux mots de l'article L.611-7 *« **favoriser...** » et « **accord...** »*. Le cadre de sa mission est posé, il devra rechercher un accord amiable pour mettre un terme aux difficultés de l'entreprise. Ce n'est pas restrictif, puisqu'il pourra également présenter toute proposition se rapportant à la sauvegarde de l'entreprise, à la poursuite de l'activité économique et au maintien de l'emploi.

II.1.1.1. La recherche d'un accord amiable peut présenter plusieurs approches

II.1.1.1.1. La négociation de délais de paiement des dettes avec les créanciers permettra au conciliateur d'inciter les créanciers à des concessions. Il conviendra de faire comprendre avec tact aux créanciers qu'il est de leur intérêt d'être réglé dans un délai de trois ou quatre ans alors qu'en sauvegarde ou en redressement judiciaire le délai pourrait être de huit ou dix ans sans compter les effets négatifs de la publicité donnée à ces procédures.

II.1.1.1.2. Les négociations de remise de dettes, d'intérêts et de pénalités de retard avec la plupart des créanciers ne sont pas une innovation mais la véritable révolution introduite par la réforme réside dans la possibilité par les créanciers publics d'accorder des remises sous certaines conditions pour favoriser la sauvegarde des entreprises.

Depuis l'application de la loi du 26 juillet 2005, les conciliateurs constatent une plus grande souplesse de ces créanciers. Auparavant seules la plupart des URSSAF se montraient relativement bienveillantes en accordant des remises d'intérêts et de pénalités de retard à la condition du respect des engagements de paiement pris dans l'accord. Sur ce point il convient d'insister sur le fait que les administrations financières, la plupart du temps saisies par le Préfet lui-même informé par le Président du Tribunal, ne peuvent remettre que les impôts directs à l'exclusion des impôts indirects, dont la TVA, pour lesquels seuls les intérêts de retard, les majorations, les pénalités ou amendes peuvent faire l'objet d'une remise.

II.1.1.1.3. La mise en place de nouveaux concours par les partenaires bancaires sera plus facile à obtenir grâce au privilège d'argent frais ou « new money »mais il ne pourra bien souvent n'intervenir qu'après la conclusion de l'accord et de son homologation. Or ces concours, tels qu'un complément de ligne d'escompte Dailly par exemple, seront nécessaires dès le début de la période de conciliation avant même la signature de l'accord. La difficulté consiste à savoir si de tels nouveaux apports de trésorerie pourront bénéficier des effets de l'homologation ultérieure, ce qui n'est pas en l'espèce sans incidence sur l'attitude des établissements financiers dont on connaît la prudence. Il ne fait aucun doute qu'il s'agit là d'une mesure d'incitation que pourra utiliser le conciliateur.

II.1.1.2. La présentation de propositions se rapportant à la sauvegarde de l'entreprise, à la poursuite de l'activité économique et au maintien de l'emploi

Cette disposition laisse penser que l'analyse de la situation de la société par un commissaire aux comptes peut être utile. Ce professionnel, sans accomplir les diligences appliquées dans un audit légal, est capable par la prise de connaissance et l'examen des procédures de détecter rapidement les faiblesses de l'entreprise en difficulté et de proposer des solutions pour y remédier.

II.1.2. Le conciliateur ne dispose d'aucune prérogative

Il n'a aucun pouvoir, son rôle est limité à proposer des solutions permettant de parvenir à un accord. A partir des informations en sa possession il doit s'efforcer de travailler dans un climat de confiance et par son autorité morale mener à bien dans les délais impartis les négociations.

II.1.2.1.

A partir des documents remis au Président à l'appui de la requête demandant l'ouverture de la conciliation, l'opinion d'un expert comptable sur la situation réelle de l'entreprise, notamment l'importance du passif et son retard, devrait permettre d'apprécier sa capacité à se redresser. Il conviendra qu'il se fasse remettre par le débiteur tous les documents nécessaires pour avoir une connaissance suffisante de la situation afin d'être crédible vis-à-vis de créanciers anxieux et peu enclins à des concessions. En présence de créanciers qui souhaiteraient engager des poursuites le conciliateur devra les informer de la possibilité du débiteur de demander au Président du Tribunal le report ou le rééchelonnement dans la limite de deux ans du paiement des sommes dues dans les conditions des articles 1244-1 à 1244-3 du Code civil. Cependant pour le créancier qui ne poursuit pas et qui ne veut pas participer à l'accord la question est plus complexe car l'analyse a contrario de l'article L.611-7 alinéa 5 conduit à conclure qu'il n'est pas possible de l'assigner sur ce fondement ce qui ne peut que fragiliser la pérennité d'un accord seulement constaté par le Président du Tribunal contrairement à ce qui est prévu dans le cadre d'un accord homologué.

II.1.2.2.

Il est évident qu'en l'absence de pouvoir, le conciliateur doit posséder une **autorité morale** lui permettant de favoriser des négociations rapides et fructueuses.

II.1.2.2.1. **Les négociations doivent être rapides** il ne faut pas perdre de vue le délai de 4 mois plus 1 soit 5 mois qui est très

107874- Folio : -- - Type : -- 07-12-04 09:19:59
L : 219.992 - H : 279.993 - Couleur : Black

court lorsqu'il faut négocier avec un nombre important de créanciers. Lorsqu'il n'existe qu'une ou deux parties à l'accord avec le débiteur et que les trois intéressés habitent la même région, cela ne pose pas trop de problèmes. En revanche, en présence d'un nombre significatif de créanciers ou de banquiers répartis sur le territoire national, l'exercice devient beaucoup plus compliqué voire impossible dans les délais prescrits alors même que l'on se rapproche dangereusement de la fin du cinquième mois de la période de conciliation.

II.1.2.2.2. **La conclusion de l'accord peut achopper sur le choix entre le constat ou l'homologation** avec l'éventuel choix d'une procédure de sauvegarde ou de règlement judiciaire en raison de la publicité de l'homologation et ses effets. Le principe de la publicité de l'homologation pose problème aux chefs d'entreprise tant vis-à-vis du personnel que des concurrents et des sociétés d'assurance-crédit.

La question s'est posée récemment dans un dossier à l'occasion duquel tous les créanciers avaient signé l'accord en vue d'un constat par le Président du Tribunal afin d'avoir force exécutoire sauf un banquier qui exigeait une homologation. Le chef d'entreprise constatant que les salariés et la SFAC seraient au courant il préférait l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire avec un étalement sur huit ou dix ans au lieu de trois ou quatre prévus dans le projet d'accord de conciliation. Dans ce cas de figure le conciliateur doit faire preuve de beaucoup de diplomatie pour parvenir à obtenir du banquier l'abandon de son exigence.

L'essentiel de la mission de conciliateur se situe dans sa capacité à amener les parties à des concessions pour parvenir à un accord.

Cette réflexion me permet de rappeler cette phrase du livre des proverbes dans la bible qui en mettant en garde les hommes contre l'esprit de chicane, devrait inspirer l'action de tout conciliateur devant une situation de rupture des négociations *« C'est ouvrir une digue que d'entamer un procès ; avant qu'il ne s'engage, déiste– toi. »*

Voltaire en évoquant la pratique des Pays-Bas à son époque parlait de *« faiseurs de paix »*.

Cette remarque nous rapproche de notre pratique d'expert judiciaire, qui si elle ne nous permet plus de concilier les parties, nous permet de constater leur accord et le favoriser.

II.2. Les aspects juridictionnels de la mission du conciliateur

Les négociations doivent être menées par le débiteur avec le concours actif du conciliateur, qui doit informer le Président du tribunal dont les pouvoirs qui lui sont conférés sont de nature à leur donner une fonction d'arbitre facilitant les négociations, imposant des orientations et sanctionnant un échec. En conséquence, alors même que la procédure de conciliation est ouverte à la seule initiative du débiteur et revêt une nature essentiellement contractuelle et consensuelle, basée sur la seule liberté de négociation entre les parties, il apparaît que le Président a un pouvoir de contrôle sur le bon déroulement de la procédure, son suivi, et que l'échec des négociations pourra entraîner d'office la saisine du tribunal pour l'ouverture d'une procédure collective.

II.2.1. L'information du Président

La mission de conciliateur par un expert comptable judiciaire devrait être une aide précieuse pour le Président du Tribunal par l'aptitude et la rapidité avec laquelle il pourra appréhender la réalité de l'entreprise au travers de la documentation comptable et financière lors de l'ouverture de la procédure et de son déroulement.

II.2.1.1.Lors de l'ouverture de la procédure le conciliateur doit, si le Président le lui demande s'assurer que le débiteur n'est pas en cessation des paiements ou depuis moins de quarante cinq jours

Un expert comptable appréciera sans doute plus rapidement qu'un autre professionnel si l'entreprise n'est pas en état de cessation des paiements ou depuis moins de quarante cinq jours.

Bien que la notion de cessation des paiements ne puisse être constatée à partir des comptes annuels de l'entreprise il est indéniable que leur observation rapide doit permettre de poser les questions opportunes afin de répondre au Président qui souhaite obtenir rapidement cette information. Les ordonnances de Monsieur le Président du Tribunal de commerce de Bordeaux précisent que le conciliateur doit déposer sous vingt jours au Greffe un pré rapport sur la situation financière de l'entreprise en déterminant si l'entreprise est en cessation des paiements, et, le cas échéant si cet état est antérieur ou postérieur à 45 jours conformément à l'article L.611-4 du code de commerce. Le délai de vingt jours est rapide car il faut considérer qu'à partir du prononcé de l'ordonnance du Président le compte à rebours a commencé. Il faut environ cinq jours pour un premier rendez vous, puis une dizaine de jours pour obtenir les renseignements complémentaires et le versement de la consignation. L'examen de la documentation communiquée devra être suivi d'une prise de connaissance discrète, pour respecter la confidentialité dans l'entreprise, puis il convient de se forger une opinion sur l'avenir de l'entreprise et sur ses chances de se rétablir. Il me paraît difficile d'accomplir cette première étape en moins de vingt jours. Ainsi il ne restera que trois mois plus un soit quatre mois pour négocier avec les créanciers et cocontractants, ce qui est très court.

II.2.1.2 Le conciliateur devra rendre compte au Président du Tribunal de l'avancement et du déroulement de sa mission

Il n'est pas prévu dans quels délais ni selon quelle périodicité il devra informer le Président. Il souhaitable qu'il lui transmette toute observation utile sur les diligences accomplies par le débiteur au cours des négociations. Ce compte rendu ne sera pas sans conséquence puisqu'en cas d'échec des négociations le Président mettra fin de plein droit à sa mission et à la procédure de conciliation. De plus, selon les dispositions de l'article L.631-4 du Code de commerce, lorsqu'il ressort du rapport du conciliateur que le débiteur est en état de cessation des paiements, le tribunal devra se saisir d'office pour statuer sur l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire.

II.2.2. Intervention à l'issue de l'accord

Comme nous l'avons déjà dit le conciliateur ne doit pas avoir un rôle passif mais il n'entre pas dans sa mission la rédaction de l'accord qui incombe aux parties dans un cadre contractuel qui sera différent selon le choix de le faire constater ou homologuer.

II.2.2.1.

Lors de la constatation, les parties doivent présenter la requête conjointe prévue par l'article L.611-8 sans que l'intervention du

107874- Folio : -- - Type : -- 07-12-04 09:19:59
L : 219.992 - H : 279.993 - Couleur : Black

conciliateur soit prévue. Il est souhaitable que le conciliateur soit présent lors de la présentation de cette requête.

II.2.2.2.

Lors de l'homologation, le conciliateur devra être entendu en chambre du conseil avant que le Tribunal ne statue sur l'homologation de l'accord intervenu conformément à l'article L.611-9.

II.2.3. La fin de la mission

La durée de la procédure de conciliation sera relativement brève puisque limitée à quatre mois et prorogeable d'un mois par le Président du Tribunal sur décision motivée. A l'expiration de la durée ainsi fixée la mission du conciliateur et la procédure de conciliation prendront fin de plein droit, conformément aux dispositions de l'article L.611-6 alinéa 3. Elle pourra prendre fin plus tôt en cas d'échec des négociations ou par le jugement d'homologation, s'il intervient avant la fin du délai.

II.3. Le statut du conciliateur

Il n'est pas nécessaire de revenir sur la notion d'indépendance du conciliateur renforcée par l'article L.611-13 du Code de commerce mais je souhaiterai insister sur le statut des experts de justice, qui apporte une garantie de sérieux. Les règles édictées par la loi du 29 juin 1971 modifiée le 11 février 2004, son décret d'application du 23 décembre 2004 et les règles de déontologie de la Fédération nationale des compagnies d'experts de justice et la Compagnie nationale des experts comptables judiciaires confortent les magistrats qui nous désignent dans notre souci d'indépendance.

Notre obligation de formation est le gage d'une compétence suffisante dans la connaissance des entreprises et de l'information financière.

Enfin notre assurance responsabilité civile professionnelle qui inclut toutes les missions judiciaires rentrant dans le cadre de la loi du 26 juillet 2005 à l'exception des missions d'administrateur judiciaire doit permettre de garantir nos éventuelles défaillances.

Cette procédure reste contractuelle puisque les modalités de la rémunération du conciliateur sont fixées au début de la procédure dans un document signé par le Président et le débiteur. Le coût de la mission pourrait être dissuasif pour de petites entreprises mais il est possible de réaliser certaines missions pour des honoraires raisonnables.

Monsieur le Président Reich je vous passe la parole pour évoquer la conclusion de l'accord.

III – LA CONCLUSION DE L'ACCORD

Monsieur REICH – Conformément à l'article 1134 du Code civil la signature d'un accord de conciliation engage les parties signataires dans les termes de ce qui a été conclu. Si la loi reste muette sur les effets de l'accord simplement constaté par le Président, il faut admettre que les créanciers signataires renoncent à exercer des poursuites en recouvrement des créances portées dans l'accord à défaut de quoi celui-ci n'aurait aucun intérêt pour le débiteur. En vertu du principe de l'effet relatif des contrats l'accord de conciliation ne produit aucun effet à l'égard des tiers qui n'y sont pas parties. Il y a trois degré de force à l'accord conclu l'accord simplement conclu, qui a la valeur d'un contrat collectif classique, l'accord homologué et l'accord constaté.

III.1. L'accord homologué

A la demande du débiteur le Tribunal peut homologuer un accord si trois conditions sont réunies :

• Le débiteur n'est pas en état de cessation des paiements ou l'accord y met fin.

• Les termes de l'accord sont de nature à pérenniser l'entreprise.

• L'accord ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers non signataires.

Le jugement rendu est déposé au greffe où tout intéressé peut en prendre connaissance et il fait l'objet d'une publicité. Il est communiqué au Procureur de la République et si le débiteur est soumis au contrôle légal de ses comptes il est transmis au commissaire aux comptes.

Possibilité de tierce opposition sous 10 jours à compter de la publicité.

Avec l'homologation l'on passe d'un accord contractuel et confidentiel à un accord procédural et judiciaire. Certes ce n'est que le jugement qui est publié et non le contenu de l'accord mais l'article 33 du décret du 28/12/05 énonce que les personnes appelées à l'instance d'homologation peuvent prendre connaissance de l'accord au greffe et le jugement tout en ne reprenant pas les termes de l'accord *mentionne les garanties et privilèges constitués pour en assurer l'exécution. Il précise les montants garantis par le privilège de l'art. 611-11* (privilège de conciliation). Il ne sera donc pas très difficile à des tiers de mesurer l'ampleur de l'aide consentie à l'entreprise ce qui est de nature à la fragiliser. Cette publicité est dans l'esprit du législateur la contrepartie des effets attachés à l'homologation judicaire.

L'accord homologué produit des effets à l'égard des créanciers de l'accord homologué.

L'éviction des nullités en période suspecte Il n'est plus possible de considérer que l'entreprise se trouvait en état de cessation de paiement au moment de la conclusion de l'accord (sauf fraude) il ne pourra donc plus y avoir de remontement de la date de cessation des paiements à une date antérieure à la conclusion de l'accord afin d'annuler un acte passé en période suspecte. Les créanciers sont ainsi certains d'échapper à l'annulation des actes inclus dans l'accord homologué.

Le privilège de la conciliation. La loi a institué un privilège au profit de tous les créanciers qui ont fait un apport en trésorerie ou un apport de bien ou de service dans l'accord homologué. En sont exclus les concours antérieurs à l'accord et les apports consentis dans le cadre d'une augmentation de capital. En cas d'une procédure de sauvegarde de règlement judiciaire ou de liquidation judiciaire, les créanciers bénéficiant du privilège sont réglés après le super privilège des salariés et les frais de justice. Leur rang est donc particulièrement favorable puisqu'ils priment notamment les créanciers de la période d'observation et dans le cas de la liquidation judiciaire les créanciers antérieurs titulaires de sûretés.

L'accord homologué produit des effets pour le débiteur par la **suspension des poursuites des parties à l'accord.** La situation des créanciers signataires est gelée pendant tout la durée de l'accord : pas de poursuite en paiement, pas de prise de nouvelles garanties sur les biens du débiteur. L'art. 611-10 limite cependant cet état de fait qu'aux actions en paiement des créances qui font l'objet de l'accord. L'accord homologué permet aussi **la levée de l'interdiction d'émettre des chèques.**

107874- Folio : -- - Type : -- 07-12-04 09:19:59
L : 219.992 - H : 279.993 - Couleur : Black

L'accord homologué produit des effets pour les garants en vertu de l'article L.611-10 du Code de Commerce prévoit que *les coobligés et les personnes ayant consenti un cautionnement ou une garantie autonome peuvent se prévaloir de l'accord homologué.* Cette disposition affaiblit certes le régime du cautionnement mais elle se justifie par le souci de mettre les dirigeants cautions à l'abri des poursuites et ce faisant de les inciter à empoigner au plus tôt leurs difficultés.

L'échec de l'accord homologué peut avoir 2 causes :

1) La résolution pour inexécution des engagements pris dans l'accord (L.611-10 alinéa 5) qui doit être prononcée par le Tribunal à la requête de l'une des parties à l'accord (débiteur, créanciers, cocontractants). Ce pouvoir n'est donc reconnu ni au ministère public ni au Tribunal par saisine d'office. Les causes de résolutions ne sont pas uniquement la méconnaissance des engagements financiers mais peuvent concernées également l'inexécution des engagements sociaux, économiques ou juridiques. La loi ne précise pas les conséquences de cette résolution si ce n'est la déchéance de tout délai accordé mais qu'en est-il pour les remises concédées ? Seule certitude la résolution n'entraîne pas en elle même l'ouverture d'une procédure judiciaire.

2) La cessation de l'accord pour ouverture d'une procédure collective. Cette ouverture n'est pas la sanction du non respect de l'accord mais si elle survient elle y met fin. Dans ce cas les créanciers recouvrent l'intégralité de leurs créances et sûretés, déduction faite des sommes perçues sans préjudice de l'application du nouveau privilège.

III.2. L'accord non homologué

Il peut être simple ou constaté par le Président du Tribunal de Commerce ou de TGI. Dans les 2 cas les effets sont communs mais l'accord constaté revêt l'intérêt d'être revêtu de la force exécutoire. Les conséquences de l'inexécution de ces accords ne sont pas précisées par le Code mais nous devrons procéder par analogie avec l'accord homologué.

En conclusion L'accord homologué produit des effets extrêmement puissants mais a pour inconvénient majeur de faire perdre toute confidentialité à la convention conclue. Le débiteur pourra craindre de perdre tout crédit par la publicité faite à ses difficultés. Les créanciers seront tentés par le privilège de conciliation assurant leur sécurité financière mais peuvent également redouter de faire connaître les avantages qu'ils ont consentis à l'un de leur débiteur par rapport aux autres.

Alors homologuer ou pas ?

Le temps du législateur a passé, c'est désormais aux juges, aux dirigeants d'entreprise et à leurs conseils.

Que le temps fasse que nous soyons tous inspirés.

M. KLING – Dominique si tu le permets, j'ai entendu des réactions. Monsieur le Député, qui souhaitiez apporter des précisions sur un point précis.

M. de ROUX – Un point effectivement très précis. J'ai réagi lorsque vous vous êtes étonné de l'absence de participation des organes sociaux à la procédure de conciliation. La procédure de conciliation n'est pas une procédure d'insolvabilité. L'insolvabilité commence avec la procédure de sauvegarde. Aussi bien le mandat ad hoc que la procédure de conciliation ne sont pas des procédures d'insolvabilité ; elles n'ont pas été notifiées aux autorités en tant que telles et le règlement d'insolvabilité ne s'applique pas à ces procédures.

M. REICH – Je vous remercie de ces explications ; je maintiens tout de même ma réflexion.

M. KLING – Merci Monsieur le Président REICH et merci Dominique de cette présentation très riche, très dense et de cette conclusion à laquelle on souscrit assez volontiers. Merci d'avoir illustré par quelques exemples pratiques qui montrent, Monsieur le Député vous devez en être très heureux, que la loi marche. On peut en constater les effets escomptés. Simplement se pose naturellement la question de savoir si cela marche uniquement dans le ressort du Tribunal de commerce de Bordeaux ou si, Madame le Président, on retrouve les mêmes pratiques sur un plan national.

Mme REY – Vous nous avez tracé, Monsieur le Président, le portrait robot du conciliateur idéal et bien évidemment votre description peut parfaitement s'étendre au mandataire ad hoc. Voyons si la pratique, en fonction des statistiques, confirme le vœu que vous avez émis à l'instant et si l'on peut dire que dans la réalité ce sont les experts-comptables judiciaires qui se trouvent ou pas le plus souvent nommés mandataires ad hoc ou conciliateurs.

J'en reviens à mes fameuses statistiques, celles qui portent sur les cinq premiers mois de l'année. Nous avions posé à nos tribunaux la question suivante « Qui choisissez-vous en fonction des différentes professions comme mandataires ad hoc ou comme conciliateurs ? » Voilà la réponse. Je vous rappelle que cela porte sur 60 % des tribunaux de commerce.

- Les administrateurs judiciaires (mandataires ad hoc et conciliateurs) arrivent en tête avec 53 % des nominations.
- Viennent ensuite les mandataires judiciaires avec 28 %.

Ces deux professions de mandataires au sens large se taillent une part de 80 % et notre Président en bon polytechnicien retrouve sa loi des 80/20.

- Pour les 20 % restants, vous allez être contents, chers collègues, ce sont les experts-comptables qui arrivent en tête avec 8 %, suivis des avocats (Maître CARTON vous n'aurez pas tout perdu !) avec 6 % et quant aux autres pour un total de 5 % j'espère qu'il ne s'agit pas de juges consulaires !

Je voudrais dire qu'il y a dans le vœu que vous avez émis, Monsieur le Président, une réflexion qui méritera d'être prolongée et qui tient à la nature différente des entreprises qui peuvent bénéficier d'un mandat ad hoc ou d'une conciliation. Votre voisin et vous-même avez beaucoup insisté sur le fait que les entreprises qui pouvaient bénéficier d'un mandat ad hoc ou d'une conciliation étaient de taille très différente. Nous savons tous que les créanciers qu'il s'agit de concilier lorsqu'il s'agit d'entreprises importantes sont souvent des créanciers bancaires ; alors que lorsqu'il s'agit de TPE ou de PME, je ne voudrais pas avoir un brin de férocité mais nous savons que les banquiers sont les premiers à avoir trouvé moyen de réallouer des ressources financières rares à d'autres entreprises qu'à celles en difficulté. Les principaux créanciers des TPE et des PME sont plutôt des créanciers sociaux et fiscaux.

Qui d'autre mieux, à ce moment-là, que l'expert-comptable peut parler le langage de ces petites entreprises et les aider dans leur dialogue en parlant vrai vis-à-vis des administrations sociales et fiscales.

C'est la raison pour laquelle j'ai exhorté dans un premier temps, pour faire leur preuve, vos collègues experts-comptables, voire commissaires aux comptes, les hommes du chiffre d'une façon générale, à venir se former. Nous avons en projet, car il n'y a rien de tel qu'une saine concurrence, la possibilité de créer

107874- Folio : -- - Type : -- 07-12-04 09:19:59
L : 219.992 - H : 279.993 - Couleur : Black

d'ici la fin de l'année une école de formation destinée aux professionnels du chiffre à qui on n'apprendrait évidemment pas le chiffre mais on apprendrait les contraintes juridiques à respecter de manière à faire correctement ce métier. Ce n'est pas chose facile que de savoir jusqu'où il faut, pour un mandataire ou un conciliateur, ne pas aller trop loin.

Voyez que je n'étais pas en contradiction avec vous mais c'était simplement une réflexion qui m'amène à quelques propos conclusifs, non pas en forme de synthèse, ce serait empiéter sur la mission que vous avez bien voulu assumer à ma place, cher ami Professeur, avec la maestria que l'on vous connaît, puisqu'il me faut partir dans très peu de temps.

Je voudrais dégager trois idées forces de ces premiers échanges portant avec beaucoup d'à propos sur notre loi de sauvegarde.

Vous nous avez dit depuis ce matin qu'elle était d'une part porteuse d'espérance, d'autre part qu'il s'agissait d'une réforme encore inachevée, comme la symphonie du même nom, et enfin peut-être que pour ceux qui la reçoivent et l'appliquent il s'agissait là d'un cadeau embarrassant. Très rapidement je voudrais revenir sur chacune de ces trois idées directrices.

Une loi porteuse d'espérance. Vous avez à très juste titre souligné que le titre lui-même incarnait l'espoir que cet impossible équilibre à réaliser entre les intérêts de l'entreprise, ceux de ses dirigeants, ceux de ses salariés, ceux de ses créanciers, ceux de ses co-contractants, ceux de son environnement au sens large, pourrait trouver à mieux se réaliser dans le cadre d'un texte dont la philosophie elle-même est aussi porteuse d'espérance. En effet la loi passée nous a montré que la seule façon de sauver avec efficacité les entreprises et ceux des emplois qu'il n'y avait point lieu de sacrifier était bien d'anticiper les difficultés. C'est revenu constamment dans vos propos.

Loi porteuse d'espérance aussi, si j'en veux pour preuve la croissance sensible des procédures préventives ou de sauvegarde, le bon côté, le côté vertueux de votre distinguo de ce matin qu'on avait du mal à lire mais dont on avait parfaitement bien compris le sens, Monsieur FAURY puisque nous avons vu que nous avions réalisé autant de mandats ad hoc que par le passé, quatre fois plus de conciliations et que nous n'avions de règlements amiables pendant la même période. C'est tout bonus du côté des procédures de sauvegarde puisqu'elles n'existaient pas.

On peut parler véritablement d'un bond en avant qui reste évidemment minime par rapport au nombre de procédures collectives ouvertes mais qui est suffisamment significatif pour que cette loi porteuse d'espérance ne soit pas passée à côté de sa cible.

Il m'a semblé en deuxième lieu que vous aviez également insisté sur le caractère nécessairement inachevé de cette réforme. Vous avez rappelé que tous les dix ans, parce qu'il y a cette accélération de l'histoire, la période 67-84 était encore le bon temps où on prenait le temps de faire une législation appliquée à une évolution économique qui ne galopait pas à la vitesse qui est la sienne aujourd'hui. Pourtant ce qui galope moins vite (puis-je même parler de trot, ne s'agit-il pas plutôt du pas lent et serein comme devrait être celui de la justice) c'est la rédaction des décrets d'application que nous attendons encore. Comment voulez-vous que nous les juges, nous fassions comprendre à nos justiciables, surtout lorsqu'ils ont comme créanciers des créanciers sociaux et fiscaux (et j'évoque le fameux décret d'application, celui du ministère de l'économie et des finances que nous avons descendu en flamme à l'occasion d'une réunion mémorable où j'avoue avoir joué les affreuses « jojottes » compte tenu de la manière dont ce texte était initialement conçu) que, face à cette espérance qu'ils fondaient dans la possibilité d'obtenir de leurs créanciers sociaux et fiscaux une remise importante (surtout si ce sont des PME et PME), on leur dise « Il faut que vous attendiez, neuf mois après l'entrée en application du texte, que le décret d'application paraisse ».

Il est vrai que nos administrateurs et mandataires de justice, qui auraient tout lieu de se plaindre de leurs conditions de rémunération qui ne sont pas encore publiques et qui pourraient faire la grève de leur fonction, sont dans le même attentisme. Mais là nous avons trouvé une autre solution puisque nous savons que les experts, et notamment les experts-comptables, sont preneurs. Nous sommes en pleine loi de la concurrence, Monsieur le Professeur, que vous souligniez avec des vertus plus que contemplatives.

Cette loi de sauvegarde est aussi un cadeau embarrassant. Il me semble qu'il l'est d'abord pour le justiciable, pour le chef d'entreprise en difficulté. Vous n'avez cessé, à juste titre, Monsieur le Député, Monsieur le vice-Président de la commission des lois et rapporteur de cette loi à l'assemblée nationale, de nous rappeler que c'est au chef d'entreprise à utiliser la panoplie des beaux joujoux que vous avez mis à sa disposition en matière de traitement des difficultés des entreprises. Nous savons aussi qu'il n'y a pas de culture de traitement des difficultés des entreprises chez les chefs d'entreprise en France ; cela ne s'apprend pas, même dans les grandes écoles ou que depuis peu et dans certaines grandes écoles seulement ; nous chefs d'entreprise (et il y en a un certain nombre dans cette salle) savons bien que nous avons là un défaut génétique, celui de penser qu'en créant notre entreprise nécessairement nous sommes voués à réussir. Il ne nous vient pas à l'esprit que nous pourrions échouer.

Comment nous intéresserions-nous dans ces conditions à la culture d'une loi qui ne parle que d'échec ? Et de ce fait quand cet échec survient, quand ces difficultés surviennent, nous sommes diantrement embarrassés devant cette panoplie qui déborde de ce coffre à jouets et que vous nous avez mis à disposition. C'est tout naturellement vers le conseil que nous nous tournons. Chic alors ! Voilà encore du positif pour les experts-comptables, dont vous avez rappelé à très juste titre ce matin qu'ils étaient très proches de l'entreprise, Monsieur KLING, que c'étaient eux qui étaient aux premières lignes pour observer la détérioration d'une situation, diagnostiquer une difficulté, un redoutable privilège de par votre position, et une redoutable responsabilité.

Du coup le cadeau empoisonné c'est aux experts qu'il est fait. J'ai eu l'occasion dans d'autres enceintes de rappeler ce rôle de gardien du temple avec votre obligation de certifier la régularité et la sincérité des comptes. Vous voyez vous aussi votre métier bouleversé et changé. Vous voilà gardiens de phare alors que vous aviez déjà du mal avec cette nouvelle normalisation, empêtrés que vous étiez dans les normes IFRS. Vous voilà de surcroît obligés de passer de la vague certitude comptable à l'obligation de voir au delà et vers l'horizon incertain qu'un participant signalait, qu'il soit très court terme, moyen terme ou long terme. C'est cela le travail du gardien de phare.

N'oubliez pas qu'il faut persuader une formation de délibéré que le projet de redressement, que ce soit dans le cadre d'un mandat ad hoc ou d'une conciliation ou d'une procédure de sauvegarde ou d'un redressement judiciaire, est capable d'assurer la pérennité de l'entreprise, la sauvegarde des emplois indispensables et l'apurement du passif. Encore faut-il des chiffres qui soient crédibles et qui aient une fiabilité suffisante, notamment

107874- Folio : -- - Type : -- 07-12-04 09:19:59
L : 219.992 - H : 279.993 - Couleur : Black

à l'égard des banquiers qui sinon n'accepteront pas, de s'engager dans des sacrifices si cette crédibilité n'est pas étayée par des comptes. Oui pour les gardiens de phare il y a encore bien du travail !

Sur ces fortes paroles je me permets de prendre congé de vous car mon avion n'attendra pas. Je vous laisse avec cette perplexité mais je suis très tranquille, je sais que mon ami et complice de toujours, M. Le Professeur CHAPUT, quand il aura à faire la synthèse que je n'ai pas faite, vous apportera la sérénité qui en principe sied à un juge. Pardonnez-moi de vous quitter sur ces mots. C'était vraiment formidable d'être aujourd'hui avec vous. Merci de votre invitation. J'espère que je pourrai revenir !

(Applaudissements)

M. KLING – Je suis très heureux de cette conclusion. Nous avons encore matière à poursuivre un dialogue avec le Tribunal de commerce comme avec les autres intervenants sur le sujet.

Nous avons parlé de la procédure de conciliation. Le deuxième volet est la procédure de sauvegarde. Daniel, veux-tu nous brosser non seulement la procédure mais également les modalités d'application et le rôle que nous pouvons y jouer éventuellement.

M. CARTON – Dans un délai qui, je l'ai bien noté, devrait rester raisonnable, on parle beaucoup depuis ce matin de la procédure de sauvegarde, je vais essayer de vous la remettre en perspective, notamment en ce qui concerne ses nouveautés. Il est clair que la procédure est radicalement nouvelle dans son existence du point de vue déjà de son nom puisqu'elle a été créée par la loi du 26 juillet 2005. C'est une procédure qui est lourde, qui est complexe. J'en veux pour preuve le nombre de textes applicables puisque les articles du code de commerce (pour la partie législative qui s'y applique) sont au nombre de 116. 116 articles complétés en décembre 2005 par 120 nouveaux articles du décret d'application. On est donc à 236 articles ; c'est un beau corps législatif.

Je le mentionne pour dire que je vais être contraint de limiter mon intervention car il n'est pas tout à fait concevable de vous dire tout dans une procédure aussi lourde, surtout si l'on compare d'ailleurs avec le redressement judiciaire. Le redressement judiciaire, dans la nouvelle loi, fait l'objet de 26 articles et d'une quarantaine d'articles dans le décret.

La procédure de sauvegarde est celle qui est mise en valeur ; c'est la grande procédure, la procédure sur laquelle le législateur a fondé ses espoirs, comme cela a été dit. Je vais vous en décrire la structure générale qui est nouvelle. Je le ferai en la comparant avec le redressement judiciaire, par petites touches. Vous allez voir que l'on est, Dieu merci, pour les praticiens en terrain connu.

Quelle est la finalité de la sauvegarde ? Il est intéressant de le rappeler dès le début. Elle est définie à l'article L.620-1 du code de commerce : *Cette procédure est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif.*

On a l'impression peut-être d'avoir déjà vu cela, ce qui est normal puisque la loi nouvelle est une refonte mais aussi un prolongement de la législation de 1985. Si l'on compare ce texte avec l'article L.631-1 de la loi du commerce sur le redressement judiciaire, on voit que la procédure de redressement judiciaire est *destinée à permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif.* Les finalités sont strictement les mêmes et ce sont les mêmes que celles qui étaient assignées au redressement judiciaire dans la législation précédente. D'où la continuité.

L'objectif de la procédure de sauvegarde, nous dit la loi, *est d'aboutir à la mise en place d'un plan de sauvegarde.* Ceci est très intéressant. Le plan de sauvegarde présente trois caractéristiques ; il est préparé par l'entreprise, avec l'aide de l'administrateur judiciaire. C'était déjà le cas auparavant. Mais il peut être aussi négocié avec les créanciers notamment lorsque le système des comités de créanciers fonctionne. Il est enfin arrêté par le tribunal.

Préparé par l'entreprise et l'administrateur. Négocié avec les créanciers. Arrêté par le tribunal.

Si l'on regarde la procédure de sauvegarde à partir de cette finalité qui est de chercher un plan de continuation de l'entreprise, son organisation est caractérisée par deux choses : c'est une procédure collective, je l'ai déjà dit avec force ce matin ; sa particularité est qu'elle ne peut être ouverte qu'avant la cessation des paiements de l'entreprise. C'est l'élément considérablement novateur de la loi de 2005. Je vais développer ces deux thèmes.

La procédure de sauvegarde est une procédure collective. Cela signifie que l'on y retrouve tout ce que vous connaissez dans le redressement judiciaire. Il y a le tribunal qui est l'organe clé qui va prendre de grandes décisions ; le juge commissaire ; le tribunal nomme les mandataires de justice et les administrateurs judiciaires ; on n'a plus de représentant des créanciers, il s'appelle maintenant le mandataire judiciaire. L'architecture de la procédure est la même que celle du redressement judiciaire.

C'est une procédure collective donc publicité ; je l'ai également dit avec force ce matin, c'est ce qui fait la considérable différence par rapport aux procédures amiables qui ont été évoquées, conciliation ou mandat ad hoc. L'effet très caractéristique est celui du gel du passif, c'est-à-dire la paralysie des plans d'action des créanciers, l'interdiction de la loi d'exécution, l'obligation de déclarer ou de soumettre leurs créances aux mandataires judiciaires. Nous sommes en terrain connu ; tout cela nous le connaissons du redressement judiciaire.

L'architecture et l'organisation technique de la procédure de sauvegarde sont également reprises de celles du redressement judiciaire. Elles fonctionnent en deux temps : une période d'observation qui a une durée assez comparable à celle du redressement judiciaire, six mois ou huit mois. Cette période d'observation est la période où l'on essaye de conserver l'entreprise, de la gérer pour qu'elle ne disparaisse pas, tout en posant les principes de la recherche du plan de sauvegarde.

La deuxième phase est la phase de solution ; c'est celle du plan de sauvegarde. Qu'est-ce que le plan de sauvegarde ? C'est un plan de continuation. C'est une continuation de l'entreprise qui peut être assortie, dit la loi 1626-1 du code du commerce, s'il y a lieu, de l'arrêt de l'adjonction ou de la cession d'une ou de plusieurs activités. Le plan de continuation, ou plan de sauvegarde maintenant, est donc l'objectif fondamental de la loi ; il peut s'assortir de cession de branches d'activité dans le cadre de la disposition technique qui est celle de la cession d'entreprise.

On pourrait se poser la question de savoir si la cession d'une ou de plusieurs activités peut aller jusqu'à la cession de toutes les activités ; à ce moment-là c'est qu'il n'y a plus de plan de continuation, plus de plan de sauvegarde puisque la Société qui en fait l'objet va disparaître ; ce n'est pas l'esprit de la loi et ce n'est pas ce que dit le texte.

107874- Folio : -- - Type : -- 07-12-04 09:19:59
L : 219.992 - H : 279.993 - Couleur : Black

Il est intéressant de comparer ce texte avec l'article L.631-22 concernant le redressement judiciaire qui nous dit ceci : *« Au vu du rapport de l'administrateur judiciaire, le tribunal peut ordonner la cession totale ou partielle de l'entreprise si le débiteur est dans l'impossibilité d'en assurer lui-même le redressement. »* Le redressement judiciaire débouche normalement sur un plan de redressement, de même nature que le plan de sauvegarde, le traitement de la restructuration de l'entreprise, le rééchelonnement du passif, etc. Le plan de redressement peut aboutir à une cession partielle de l'entreprise ou il peut ne pas aboutir en tant que redressement et aboutir à une cession totale de l'entreprise. Voyez la différence, c'est la possibilité d'expropriation totale dans le redressement judiciaire qui en principe est exclue dans le plan de sauvegarde. Expropriation par le bas, en pillant la Société qui a déposé le bilan de sa substance par cession à des tiers.

Donc vous avez une finalité, une construction du régime de fonctionnement de cette procédure de sauvegarde qui est au fond tout à fait analogue à celle du redressement judiciaire ; vous retrouvez les mêmes têtes de chapitre que celles auxquelles vous êtes habitués.

Dans le cadre de la procédure de sauvegarde pourront aussi se poser les problèmes de revendication, par exemple, des droits des créanciers propriétaires ; on a les mêmes règles sur le fonctionnement et la poursuite des contrats en cours. On est sur un terrain qui est fondamentalement connu. Cela ne veut pas dire qu'il n'y a pas de novations particulièrement substantielles. La première de toutes est la possibilité de demander l'ouverture de sauvegarde avant cessation des paiements. On en a parlé.

Sinon il faut signaler deux éléments fondamentaux de modification par rapport au redressement judiciaire /ancien système, ces deux modifications allant dans le sens d'une amélioration du traitement des difficultés de l'entreprise.

D'une part en ce qui concerne les dettes postérieures au jugement de l'ouverture (que nous avions tous pris la mauvaise habitude, maintenant doublement dépassée, d'appeler les dettes de l'article 40), qu'il s'agissait de privilégier uniquement en fonction d'un critère de régularité fondamentalement chronologique, la date de naissance des créances ; maintenant un autre critère a été rajouté, un critère « téléologique » qui tend à restreindre l'application du privilège de manière à faciliter là aussi le traitement du passif de l'entreprise et donc son redressement.

On a cette modification des anciennes règles de l'article 40. Deuxième chose, l'institution des comités de créanciers ; c'est majeur ; c'est le forum de négociation du traitement du passif et finalement du plan avec les créanciers les plus importants, les deux comités, d'une part le comité des établissements de crédit et d'autre part le comité des principaux fournisseurs qui ont été évoqués.

La réglementation là-dessus est complexe en termes chronologiques de réunions et autres ; c'est quelque chose qui peut aboutir à faciliter le traitement du passif, notamment en aboutissant à un vote majoritaire des créanciers qui s'imposera aux minoritaires en fonction de la majorité prévue par la loi.

Voilà les principales innovations très importantes. Parmi les autres il faudrait signaler le fait que les créances non déclarées ne sont plus éteintes, elles sont simplement paralysées, inopposables à la procédure. Ce sont des dispositions importantes mais au regard du redressement de l'entreprise j'ai développé les deux qui me paraissaient les plus importantes.

Je voudrais rappeler cependant par rapport à ces innovations, tant qu'à faire puisque l'on avait une procédure que l'on a essayé de rendre meilleure et plus efficace, plus performante, pourquoi ne pas améliorer les lois de redressement judiciaire. Ces innovations ont été également rendues applicables au redressement judiciaire.

Je poursuis ma comparaison entre la sauvegarde et le redressement judiciaire en disant qu'il y a 116 articles de la loi qui sont applicables à la sauvegarde contre 26 au redressement judiciaire. Simplement, dans les 26 articles sur le redressement judiciaire on a le renvoi à 106 autres articles. Autrement dit, la plupart des articles applicables à la procédure de sauvegarde sont également applicables au redressement judiciaire. Il y a un véritable parallélisme des procédures si ce n'est les différences techniques liées à la volonté d'anticiper l'ouverture de la procédure et un certain nombre d'autres conséquences.

Les réglementations qui ont été voulues sont proches. On n'est donc pas dans un terrain complètement inconnu. Pour autant la procédure de sauvegarde techniquement est un redressement judiciaire anticipé.

Par conséquent la procédure collective qu'est la sauvegarde peut être ouverte avant la cessation des paiements de l'entreprise. On a vu ce matin par rapport aux conditions d'ouverture que le débiteur devait justifier de difficultés qui étaient de nature à le conduire à la cessation des paiements. Je n'y reviens pas. Il est intéressant de noter ceci dans la procédure de sauvegarde : à partir du moment où on peut pousser le chef d'entreprise à anticiper ses difficultés, cela a été dit, il faut dédramatiser la procédure, peut-être changer aussi certaines mentalités, c'est difficile, en tout cas la législation peut poser un certain nombre de règles d'incitation pour le chef d'entreprise de manière à ce qu'il anticipe la procédure. Je vais vous indiquer quelques-unes de ces règles.

D'une part la maîtrise de l'ouverture de la sauvegarde. La sauvegarde ne peut être ouverte qu'à la demande du chef d'entreprise. On ne peut être assigné en sauvegarde, ce serait extrêmement curieux, en l'absence de cessation des paiements.

Le rôle de l'administrateur judiciaire dans la gestion de l'entreprise est limité ; on essaye de ne pas dessaisir de ses pouvoirs le dirigeant, étant entendu que le rôle de l'administrateur sera limité, dans la gestion de l'entreprise, à la surveillance ou à l'assistance, jamais à la pleine représentation ; cela ne pourrait avoir lieu que dans le cadre du redressement judiciaire.

Le traitement des cautions co-obligées ou des garants personnes physiques a été rendu très favorable dans la sauvegarde ; s'agissant des co-obligés, cautions, voire garants autonomes personnes physiques, comprenez le dirigeant qui a donné sa caution, peuvent se prévaloir des règles de la suspension des poursuites (les créanciers), de l'arrêt du cours des intérêts et des dispositions du plan de sauvegarde si un plan est arrêté.

Voilà des mesures qui sont fortement incitatives que l'on ne retrouve pas dans le redressement judiciaire. Il ne faut pas choisir la sauvegarde uniquement pour ces motifs mais quand on doit y aller c'est quelque chose qui permet de faciliter la décision du chef d'entreprise.

Bien entendu en procédure de sauvegarde il n'y a pas de période suspecte puisqu'il n'y a pas de cessation des paiements. La période suspecte étant définie comme la période qui sépare la cessation des paiements de l'ouverture de la procédure, par construction dans une procédure de sauvegarde toute la question

107874- Folio : -- - Type : -- 07-12-04 09:19:59
L : 219.992 - H : 279.993 - Couleur : Black

des nullités, de période suspecte, des traitements préférentiels ou des risques de sanctions ne se pose pas de la même manière.

Un certain nombre de risques subsistent pour le chef d'entreprise. Chaque chose a son revers. Les pouvoirs de l'administrateur ne peuvent qu'être assez limités ; cela ne peut être un pouvoir de représentation. Ceci dit un chef d'entreprise qui se retrouve avec un administrateur doté d'une mission d'assistance pour tous les actes de gestion le perçoit souvent (il a probablement tort, ce que n'est pas que cela, loin de là, c'est une garantie de fonctionnement pour l'entreprise) comme un joug qui lui est mis. On n'y peut pas grand-chose ; la procédure est telle. Comme le rappelait M. Le Député tout à l'heure, c'est une procédure qui a été intégrée, considérée comme telle au regard des règles européennes ; c'est un règlement européen sur les procédures d'insolvabilité.

Il y a quand même un risque d'extension de procédure qui est réservé dans l'article 621-2 du code du commerce ; c'est également incontournable, c'est une situation de fait. S'il y a confusion de patrimoine entre diverses entités cela ne peut qu'aboutir logiquement à une extension. Cela peut se produire en sauvegarde et il est possible que des chefs d'entreprise, connaissant la façon dont cela peut fonctionner par petits groupes, de façon un peu trop liée, aient un recul devant cette procédure, parce qu'ils craindraient une extension aux dites entités.

Il y a tout de même un risque d'éviction ou d'expropriation (article L.626-4 du code du commerce) dans le cadre du plan qui serait arrêté par le tribunal, à la demande du procureur et qui peut en tout cas aboutir à une obligation pour le dirigeant de céder ses actions. Vous avez le contre-feu mais il n'est pas toujours facilement applicable sans conséquences.

Il peut y avoir une cessation ou une cession partielle d'activité imposée dans la loi et bien sûr il y a le risque, si cela ne fonctionne pas tout à fait comme on le veut, d'une conversion en redressement ou en liquidation judiciaire. Ce n'est sans doute pas le grand risque de la procédure de sauvegarde elle-même mais un risque lié à la situation de départ de l'entreprise.

Voilà brossées très sommairement les caractéristiques de la procédure de sauvegarde. J'avais prévu de conclure sur les perspectives de celle-ci. Mme REY l'a fait excellemment tout à l'heure, ce qui me dispensera de développer. C'est une procédure éminemment intéressante et porteuse d'espoir. On verra ce qu'en fait la pratique ; on verra ce qu'en feront les juridictions ; cela commence effectivement à bouger. Sachant que les œuvres sont perfectibles, un maître d'ouvrage peut revenir sur le métier dans ce domaine comme dans d'autres, on trouve en sauvegarde certaines dispositions qui sont moins favorables que celles du redressement judiciaire qui pourraient donc restreindre le choix de la sauvegarde. J'en ai identifié deux.

D'abord les modalités d'intervention du fonds national de garantie des salaires. En sauvegarde, il n'y a pas cessation des paiements donc le fonds de garantie ne prend pas en charge les salaires antérieurs, en tout cas dans la situation actuelle. Il y a une modalité particulière de prise en charge pour les autres créances, un contrôle de l'indisponibilité de fonds qui est sous l'arbitrage du juge. Ce sont des choses spécifiques à la sauvegarde compte tenu des modalités d'ouverture de cette procédure.

Une question difficile dont il a été débattu est celle des licenciements pendant la période d'observation. Le redressement judiciaire permet une procédure plus simple pour opérer en période d'observation des licenciements. On a recours au droit commun dans la procédure de sauvegarde. C'est peut-être un handicap, il y a un certain nombre de raisons qui expliquent cette différence dans les contextes ; néanmoins cela peut faire partie des évolutions ultérieures.

(Applaudissements)

M. KLING – Merci beaucoup de cette présentation mais aussi de ces observations très pertinentes. Monsieur le Député, peut-être souhaitez-vous réagir sur les deux dernières observations par rapport au fonds national de garantie et aux licenciements ? Il m'a semblé que ces deux points étaient un peu discutés au Parlement.

M. de ROUX – Nous avons passé une nuit entière sur ce seul article ! J'espère d'ailleurs que les tribunaux et la Cour de cassation remettront les pendules à l'heure. La question qui se posait était de savoir quel était le caractère des licenciements intervenant en matière de sauvegarde. Il est bien évident que lorsque l'on veut restructurer une entreprise en difficulté, très souvent il faut adapter la masse salariale à la situation réelle de l'entreprise. C'est une vérité d'évidence que tout le monde connaît. A l'assemblée cela a donné lieu à un débat passionnel et passionné puisque la disposition devenait absolument libertissime, permettant de contourner le droit du travail. Il ne s'agissait pas de cela mais simplement de tenir compte de la réalité. Or la réalité d'une difficulté d'entreprise est que le licenciement a en soi un caractère économique.

Nous verrons bien quelle interprétation sera donnée de ces dispositions en matière de licenciements, si l'on peut qualifier un licenciement de sauvegarde économique ou pas. En tous les cas, et c'est vrai, le législateur a écarté l'intervention du FNGS ce qui, à mon avis, constitue une erreur. Je maintiens la position que j'ai prise à cet égard. Je crois que cela peut être un frein et un frein très considérable à la sauvegarde dès lors que l'on ne pourra pas traiter des licenciements indispensables, des licenciements d'adaptation ou des licenciements économiques.

M. KLING – Merci Monsieur le Député. A plusieurs reprises tout au long de cette journée et encore cette après-midi lors des exposés, nos interlocuteurs ont spontanément évoqué le recours à un technicien, à l'expert ce qui est allé directement à nos oreilles. Nous nous sommes posé la question de savoir si des missions éventuelles, celles qui viennent de nous être confiées dans le cadre de cette loi, seraient des missions analogues à celles auxquelles nous sommes habitués. Nous allons demander à Olivier LE BERTRE de bien vouloir traiter ce propos avant la table ronde qui sera animée par Didier FAURY.

107874- Folio : -- - Type : -- 07-12-04 09:19:59
L : 219.992 - H : 279.993 - Couleur : Black

ALLOCUTION DE

Monsieur Olivier LE BERTRE

Expert près la Cour d'appel de Rouen
Vice Président de la section Rouen de la Compagnie Nationale des Experts Comptables Judiciaires

M. LE BERTRE – Merci. Il me revient donc le soin de parler après tous ces débats qui ont porté sur la loi elle-même, sans vraiment traiter des experts.

LES PARTICULARITÉS DE L'EXPERTISE DANS LE CADRE DE LA LOI DE SAUVEGARDE

L'ensemble des dispositifs mis en place par la loi de sauvegarde tendent à offrir un cadre adapté aux circonstances particulières que rencontrent les entreprises, qui font face à des difficultés insurmontables dans le régime général de concurrence, que ces entreprises soient ou qu'elles ne soient pas encore en cessation de paiements.

La loi tend à permettre la prévention ou le redressement, à défaut elle organise la disparition. Mais ces situations préjudiciables à l'environnement économique peuvent trouver leur origine dans des faits qui peuvent engager la responsabilité de leurs auteurs, la loi organise en conséquence un dispositif répressif.

Dans le cadre de la loi, l'intervention d'un expert peut donc répondre à deux objectifs, l'un qui participe au dispositif juridique et économique de prévention ou de sauvegarde, l'autre qui participe en quelque sorte à la police économique.

L'intervention des experts dans le cadre répressif relève de missions d'expertise dont la conduite ressort généralement des règles communes aux missions confiées à des experts comptables judiciaires. Elles s'inscrivent dans le cadre d'une mise en cause et la conduite contradictoire des opérations d'expertise est fondamentale. Certes, la nature est spécifique mais comme le temps nous est compté, il a paru nécessaire de nous concentrer sur les missions de la première catégorie, c'est-à-dire les missions prévues par la loi, pour éclairer le tribunal à l'origine sur la situation de l'entreprise, et par la suite sur les conditions de poursuite d'activité. Enfin, dès lors que le tribunal a un choix sur l'issue de la procédure, l'expert peut recevoir pour mission de lui fournir une analyse technique des propositions en concurrence.

La loi fait place plus large à l'intervention des experts que les textes précédents dans la démarche de prévention de sauvegarde ou de redressement. Nous commencerons par examiner les cas prévus par la loi.

Celle-ci laisse généralement au tribunal, à son président ou au juge commissaire suivant les cas le soin de définir la nature et l'étendue de la mission. Alors quelles sont les missions qui peuvent être conduites par les experts comptables judiciaires ? C'est ce que nous examinerons ensuite.

Dans toute la loi on trouve une recherche de pertinence, dans le choix des procédures, dans la mise en œuvre de dispositions exonératoires des obligations de droit commun. Cette recherche de pertinence on la retrouve dans toutes les dispositions relatives à l'expertise car, comme on va le voir, le tribunal peut expressément désigner des techniciens à tous les stades de la procédure et fixer librement leur mission.

La matière nécessite par essence une bonne maîtrise par l'expert de ces dispositions d'exception et une bonne connaissance des difficultés spécifiques résultant de la situation de l'entreprise pour bien appréhender les enjeux, les conditions éventuelles de redressement et contribuer à éclairer le tribunal sur les solutions les plus pertinentes.

LES CAS D'INTERVENTION PRÉVUS PAR LA LOI DU 25 JUILLET 2005

La loi de sauvegarde est organisée en six titres, les quatre premiers nous intéressent depuis le début de cette journée. Ils vont avec un enthousiasme décroissant de la prévention à la liquidation en passant par la sauvegarde et le règlement judiciaire.

I. La prévention

Au titre I, dans le cadre de la détection des difficultés par le président du tribunal (art. 611.2), comme dans celui de la demande de désignation d'un mandataire ad hoc par le débiteur (art. 611-3), la loi ne prévoit pas expressément d'intervention d'un expert.

C'est dans le cadre de la procédure de conciliation, innovation de la présente loi qu'apparaît la possibilité pour le président du tribunal de charger un expert de son choix d'établir un rapport sur la situation économique, sociale et financière. En cela, l'article 611.6 reprend la même rédaction que l'ancien article 611.3 3e alinéa relatif au règlement amiable. Cette faculté de désigner un expert de son choix, le président en disposera à tous les stades de la procédure (article 17 du décret).

107874- Folio : -- - Type : -- 07-12-04 09:19:59
L : 219.992 - H : 279.993 - Couleur : Black

La mission de cet expert est d'éclairer le président en rédigeant un rapport sur la situation économique, sociale et financière de l'entreprise.

Si la loi prévoit la possibilité pour le débiteur de proposer un conciliateur, il n'en est pas de même pour l'expert. Celui-ci tient sa mission du président, rend compte au président. C'est le président qui est chargé par la loi de donner ensuite communication de son rapport.

L'article 37 du décret rappelle le caractère confidentiel de la mission en prévoyant une diffusion restrictive du rapport (conciliateur, débiteur). C'est la conséquence du caractère confidentiel de la procédure de conciliation fixée par l'article 611-15 : *« toute personne qui est appelée à la procédure de conciliation ou à un mandat ad hoc ou qui, par ses fonctions, en a connaissance, est tenue à la confidentialité ».*

Pour que l'expert travaille, il faut prévoir de le payer et il faudra bien que le débiteur en supporte la charge. La loi traite de cette question en demandant au Président du tribunal, après qu'il ait recueilli l'accord du débiteur, de fixer lors de sa désignation les conditions de rémunération en fonction des diligences nécessaires à l'accomplissement de sa mission. Cet accord doit être annexé à l'ordonnance de désignation.

II.La procédure de sauvegarde

La procédure de sauvegarde introduite par la loi précède dans le texte, le redressement judiciaire. Les éléments distinctifs des deux procédures ont été exposés dans les précédentes interventions. Je vous propose donc de ne relever que les innovations concernant la désignation des experts par rapport aux textes précédemment en vigueur étant précisé que ces derniers étaient relatifs au règlement judiciaire.

L'intervention d'expert ou technicien est prévue par la loi à tous les stades de la procédure de sauvegarde.

Avant l'ouverture de la procédure :

« Le tribunal peut avant de statuer commettre un juge pour recueillir tous renseignements sur la situation financière, économique et sociale de l'entreprise... il peut se faire assister de tout expert de son choix » (art. 621.1 alinéa 3 et art. 52 du décret). L'ancien article 621-4 ne prévoyait pas formellement la désignation d'un expert à ce stade.

Le rapport du juge auquel est annexé le rapport de l'expert est déposé au greffe et communiqué par le greffier au débiteur et au Ministère public.

A l'ouverture de la procédure :

Dans le jugement d'ouverture, qui désigne les organes de la procédure, le tribunal peut nommer *« un ou plusieurs experts en vue d'une mission qu'il détermine » (621-4).*

Le rôle de l'expert se trouve ainsi renforcé par rapport aux textes précédents qui disposaient (art. 621-8) :

« L'administrateur peut demander la désignation d'un ou plusieurs experts ».

La nouvelle loi reprend dans les même termes que les textes antérieurs les incompatibilités, les conditions de remplacement ou révocation, mais elle introduit la possibilité pour le débiteur de demander le remplacement aussi bien de l'administrateur que celui de l'expert, conséquence naturelle du maintien du dirigeant à la tête de son entreprise dans la procédure de sauvegarde.

Pendant la procédure :

C'est donc le juge commissaire qui est le chef d'orchestre, c'est à lui que revient l'initiative de désigner un technicien et le texte est sans ambiguïté *« seul le juge commissaire peut y procéder en vue d'une mission qu'il détermine »* (art. 621-9).

« Le juge commissaire est chargé de veiller au déroulement rapide de la procédure et à la protection des intérêts en présence » (art. 621-9 alinéa 1). Cette disposition est reprise de l'ancien article 621-12.

Cette possibilité de désigner un technicien a été introduite par la nouvelle loi, elle permet sous le contrôle du tribunal de mieux cantonner les rôles respectifs des experts et des administrateurs.

En raison du maintien du dirigeant à la tête de son entreprise, l'article 69 fait obligation au juge de recueillir les observations du débiteur lors de cette désignation.

Le même article donne pouvoir au juge commissaire de fixer la rémunération de l'expert (en fonction notamment des diligences accomplies, de la qualité du travail fourni et du respect des délais impartis).

Les missions sont dans ces textes laissées à l'entière appréciation du juge commissaire. Nous y reviendrons dans la 2e partie.

Toutefois, il existe une mission particulière prévue par la loi explicitement, qui est la participation à l'élaboration du bilan économique, social et environnemental (art. 623-1). Cette mission était également formellement prévue dans l'ancien texte article 621-54.

C'est bien sûr la responsabilité de l'administrateur d'élaborer ce plan, mais c'est un élément essentiel de la procédure puisque c'est *« au vu du bilan que l'administrateur propose un plan de sauvegarde »* ; le concours du débiteur et l'assistance d'un ou plusieurs experts sont justifiés par l'importance de ce bilan pour l'analyse de la situation de l'entreprise et les perspectives qui peuvent être envisagées.

III. La procédure de redressement judiciaire

La loi renvoie pour la plupart des dispositions qui nous intéressent spécifiquement aux articles relatifs à la procédure de sauvegarde (art. 631-7 et suivant et art. 185 du décret).

A noter cependant que l'obligation qui était faite au juge commissaire de recueillir les observations du débiteur avant la désignation d'un technicien est supprimée dans la procédure de redressement, quand bien même le débiteur ne serait pas dessaisi. C'est bien là une marque de différence de degré entre les deux procédures.

En procédure de redressement, le débiteur peut être dessaisi de l'administration de l'entreprise, dispositions qui existaient également dans l'ancien article 621-22 relatif aux missions de l'administrateur judiciaire, mais en pareille hypothèse la nouvelle loi introduit une obligation spécifique (article 631-12) *« le tribunal désigne un ou plusieurs experts aux fins de les assister dans leur mission de gestion »*, si le chiffre d'affaires est supérieur à 3 000 k€ et le nombre de salariés est supérieur à 20. Cette désignation est facultative dans les autres cas.

Mais il faut bien insister : cette désignation d'un expert vise la situation, qui n'est pas la plus courante, de dessaisissement du débiteur en redressement judiciaire. Par contre, il convient de noter que les seuils ne conduisent à exclure que les très petites entreprises.

107874- Folio : -- - Type : -- 07-12-04 09:19:59
L : 219.992 - H : 279.993 - Couleur : Black

En pareille hypothèse, c'est bien sûr le président du tribunal qui arrête la rémunération de ces experts, à la charge de la procédure, sans intervention du dirigeant puisqu'il est dessaisi de ses fonctions.

IV. La procédure de liquidation judiciaire

L'intervention des experts est évidemment moins utile et la loi ne prévoit pas de désignation spécifique d'expert.

Encore que... des missions pourraient être ordonnées, notamment dans l'appréciation de la pertinence de certains projets de cessions d'actifs.

En résumé,

• La place de l'expertise est renforcée par la loi.
• L'intervention des experts est prévue à tous les stades de la procédure et donc considérée comme un moyen de tendre à une résolution pertinente au regard des difficultés rencontrées.
• Leur désignation et leur mission sont placées directement sous l'autorité du tribunal et/ou du juge-commissaire.
Leur indépendance est essentielle et les incompatibilités sont fixées par les textes ; elles sont en général celles qui s'appliquent à tous les organes.
• Leur mission est spécifique, elle relève principalement :
– soit de l'enquête,
– soit de l'opinion sur une situation,
– soit de l'accompagnement.

Compte tenu de sa nature, elle n'impose pas le respect de toutes les règles de conduite des autres missions d'expertise.

LES DIFFÉRENTS TYPES DE MISSION

Nous avons vu que la loi laisse largement la place à l'appréciation du président du tribunal et au juge commissaire pour fixer la mission de l'expert. Mais en réalité, la pratique nous permet de donner un aperçu sommaire des types de missions qui peuvent être confiées.

C'est ce que nous allons examiner, sans aucune prétention à l'exhaustivité puisque c'est au magistrat en fonction des circonstances de l'espèce de fixer ce qui peut être utile.

Comme cela a été très bien exposé dans les précédentes interventions, ces missions sont fixées au cas par cas en fonction des spécificités de chacune des entreprises.

I. Dans le cadre préalable à la décision du tribunal

L'objectif du président et du tribunal est d'avoir une exacte information sur la situation économique et financière. Les missions seront centrées pour l'expert comptable sur :

– la situation financière,
– l'opinion sur les derniers états financiers,
– la compréhension de l'activité et de la formation du résultat,
– l'examen de la situation de trésorerie et des besoins de financements.

Plus spécifiquement, l'expert pourra être chargé de donner un avis sur la situation de l'entreprise au regard :

– de la cessation des paiements,
– des difficultés rencontrées,
– des perspectives à court et moyen terme.

Tous ces aspects doivent être maîtrisés pour vérifier les conditions d'ouverture de telle ou telle procédure sollicitée par le débiteur.

Compte tenu du contexte d'urgence qui caractérise les situations de défaillance ou de risque de défaillance de l'entreprise, l'expert n'aura pas de délai pour mettre en œuvre ses diligences. Or, il lui faudra très vite cerner la capacité de l'entreprise à fournir une information fiable et mettre en œuvre des diligences appropriées pour aller à l'essentiel au regard de l'objectif poursuivi.

II. L'expert désigné à l'ouverture de la procédure ou au cours de la procédure

Dans le cadre des dispositifs de prévention :

L'intervention de l'expert comptable portera principalement sur la validité des informations financières fournies et également sur la réalité des perspectives de poursuite d'activité après conciliation suivant les plans alternatifs qui peuvent être élaborés par le débiteur avec le conciliateur.

Il est bien sûr une mission spécifique qui est la vérification de l'état de non cessation des paiements ou le respect du délai de 45 jours, qui conditionne le choix de procédure.

Au cours de la période d'observation :

Il s'agit principalement de faire un diagnostic ou de confirmer celui-ci. Ensuite l'expert pourra procéder au suivi de l'activité en validant :

– les situations intermédiaires,
– les situations de trésorerie,
– les plans prévisionnels à court terme,
– l'analyse des écarts de réalisation.

La mission elle-même, et son étendue, dépendent de la situation de l'entreprise appréciée par le juge commissaire. En effet, article 621-9 *« le juge commissaire est chargé de veiller au déroulement rapide de la procédure et à la protection des intérêts en présence »*. Ceci doit le conduire à ne désigner un expert que lorsque cela lui paraît nécessaire et pertinent au regard des objectifs. Il n'est pas prévu une substitution des conseils habituels de l'entreprise ou un remplacement de ces conseils. Il sera dans bien des situations plus efficace de maintenir les intervenants et de ne confier qu'une mission d'examen limité à un expert extérieur, et seulement en cas de besoin.

Par contre, il est des situations assez fréquentes où les conseils ont pris du champ, ou exceptionnellement des situations où les organes de la procédure n'obtiennent pas la qualité des services qu'ils attendent.

C'est donc en pareille hypothèse une mission d'expertise plus lourde qui pourra être demandée à l'expert.

Dans la préparation du plan :

Dès lors que l'objectif premier est le redressement de l'entreprise, le tribunal peut avoir besoin d'un éclairage indépendant sur les plans de réorganisation et les perspectives de l'entreprise. Il est alors un certain nombre de missions qui peuvent se révéler assez lourdes et pour lequel le juge commissaire peut décider de désigner un expert comptable judiciaire :

– analyse de plans (cohérence et impacts),
– audit de « détourages » (cessions partielles),
– audit des données fournies en data room,
– analyse des conditions d'apurement du passif.
...

107874- Folio : -- - Type : -- 07-12-04 09:19:59
L : 219.992 - H : 279.993 - Couleur : Black

III. Analyses des conditions d'exploitation antérieure

Un mot sur les missions relatives aux conditions d'exploitation antérieures et qui sont souvent fixées en complément de la mission principale exposée précédemment.

Ces interventions ont pour objet d'informer le tribunal quant à l'existence de situations susceptibles de constituer une infraction au code de commerce :

– recherche de la date de cessation des paiements,
– analyse de la régularité de la comptabilité,
– analyse de certaines opérations identifiées comme susceptibles d'engager la responsabilité des dirigeants.

Il s'agit d'éclairer le tribunal dans un premier temps, car un expert sera généralement désigné spécifiquement dans le cadre des poursuites éventuelles, mais comme je l'avais annoncé, c'est un autre sujet qui n'était pas l'objet de mon propos.

En synthèse,

• **Il s'agit d'investigations pour le tribunal, et à sa seule initiative ou à celle du juge commissaire :**

Elles relèvent par nature d'enquête et d'investigations qui compte tenu du contexte peuvent être conduites sans être soumises à toutes les règles fixées en matière d'expertise judiciaire.

• **Ces missions sont à réaliser dans un bref délai :**

– C'est un point essentiel qui pose une obligation de moyens et de disponibilité pour l'expert. Il faut reconnaître que c'est bien souvent une difficulté à laquelle se heurtent les magistrats.

• **Ces missions ont pour objectif de :**

– Donner de la pertinence au diagnostic parce qu'il conditionne la qualité de la solution ;
– Prévenir les dérives économiques et financières en cours de procédure parce que généralement l'entreprise est fortement perturbée ;
– Contribuer à la recherche de solution pérenne.

Elles ne devraient pas avoir pour objet de substituer les conseils si leur intervention est pertinente.

Parmi les experts, la place des experts comptables judiciaires paraît prépondérante, mais elle n'est pas exclusive. La difficulté de la matière, la complexité des situations pourront nécessiter le concours de spécialistes d'autres disciplines. En pareille hypothèse, l'expert comptable paraît trouver le plus souvent naturellement sa place au centre du dispositif.

Au regard des objectifs de prévention et de sauvegarde, les experts comptables judiciaires réunissent certainement les compétences et les qualités pour être de bons gardiens de phares comme nous y invitait madame Rey il y a quelques instants.

(Applaudissements)

M. KLING – Merci. Vous êtes donc directement impliqués dans la mise en œuvre de la loi de sauvegarde ; la compétence, la rigueur, la déontologie des experts-comptables judiciaires peut être utile à l'œuvre de justice.

Nous avons été rejoints par M. J.L. GUILLOT. Je vous remercie d'autant plus que vous avez eu bien des difficultés pour nous rejoindre aujourd'hui, en raison de quelques soucis de train tombé en panne. Nous n'y sommes pour rien ! Ce n'est pas pour nous permettre de bavarder et de dire du mal des banquiers, je vous assure. C'est simplement le hasard qui le veut. Je sais que vous avez eu d'autant plus de difficultés, et nous vous en sommes d'autant plus reconnaissants, que vous deviez être loin de Riom aujourd'hui. Je ne sais pas si c'est le charme de Riom, le plaisir de participer à cette table ronde avec nous ; en tout cas vous avez annulé tous les rendez-vous que vous aviez prévus dans la zone asiatique pour participer à nos travaux.

J'ai cru comprendre que vous étiez très heureux de la loi de sauvegarde par certains côtés, notamment ce qu'on appelle le privilège de *new money* vous a donné pleine et entière satisfaction. Vous avez parfaitement convaincu le législateur, qui s'est laissé convaincre volontiers. L'article L.611-11 est parfait pour vous. Par contre il m'a semblé que vous aviez eu d'autres soucis sur l'article 650-1 qui vous pose bien des difficultés et ce sera sans doute l'un des sujets que Didier FAURY va évoquer avec vous-même et les autres participants à cette table ronde.

107874- Folio : -- - Type : -- 07-12-04 09:19:59
L : 219.992 - H : 279.993 - Couleur : Black

LA RESPONSABILITÉ DES CRÉANCIERS

Monsieur Didier FAURY

Expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation

Président de la section Paris Versailles de la Compagnie Nationale des Experts Comptables Judiciaires

L'article 650-1 traite de façon innovante de la question de la responsabilité des créanciers. Avant la nouvelle Loi, les experts étaient fréquemment confrontés aux problèmes posés par la mise en cause de la responsabilité délictuelle des créanciers (les créanciers visés étant très généralement des banquiers) sur le terrain du soutien abusif. Le soutien abusif était principalement un soutien artificiel consenti par un banquier à une entreprise dont il connaissait ou aurait dû connaître, s'il s'était informé, la situation irrémédiablement compromise. La conséquence était redoutable puisque était mis à la charge du banquier l'accroissement de passif lié au soutien qu'il avait consenti.

Aujourd'hui l'article 650-1 précise : *« Les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci. Pour le cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ces concours sont nulles ».*

Donc premier constat : les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables du fait des concours consentis. Ce principe d'irresponsabilité a suscité de nombreux débats et a même fait l'objet d'un recours devant le Conseil constitutionnel.

Deuxièmement le texte vise tous les créanciers et pas seulement les banquiers. Il parle de *« concours consenti »* ; c'est une notion sur laquelle vous vous exprimerez, j'en suis certain. Il pose trois exceptions au principe d'irresponsabilité : la fraude, l'immixtion caractérisée dans la gestion et la disproportion des garanties avec pour cette exception une sanction très forte : Si la garantie est disproportionnée, il semble que ce soit la totalité de la garantie qui soit susceptible d'annulation.

Nous avons la chance et l'honneur d'avoir à cette tribune M. Le Professeur CHAPUT, M. Le Député de ROUX et M. GUILLOT, juriste éminent d'un grand groupe bancaire. J'ai deux questions à poser ; pour moi la tâche est simple ; les réponses seront sans doute plus difficiles.

La première question concerne la portée de cet article 650-1. Hormis les trois cas cités dans lesquels la responsabilité demeure, est-ce que cela signifie qu'un banquier qui consentirait des crédits de façon inappropriée, sans se préoccuper de la situation de son débiteur, ce que l'on appelait autrefois le soutien abusif, pourrait le faire en toute impunité ?

M. CHAPUT – Je vous répondrais oui vous seriez bien étonné ! La difficulté de ce texte est qu'à l'époque où le Gouvernement a présenté son projet le système d'irresponsabilité dépendait de la réussite de la conciliation. Donc étaient protégés les banquiers qui accordaient des concours dans un accord. Cet accord devait-il ou pas être homologué ? On pensait qu'il devait l'être. Il répondait à une question précise de la profession bancaire qui était de savoir si l'on pouvait poursuivre ceux qui participaient à un règlement amiable. La Cour de cassation n'avait pas rejeté un pourvoi contre une décision qui avait refusé de condamner un banquier mais elle avait laissé les hypothèses, notamment de fraude même avec un règlement amiable.

Mais limiter cette solution simplement au règlement amiable, à la conciliation, avait quelque chose d'absurde à partir du moment où on voulait que soient aidées très tôt les entreprises en difficulté, c'est-à-dire pas seulement en conciliation mais tout aussi bien en mandat ad hoc.

La presse avait même fait état d'une éventuelle dérogation qui serait apportée à l'article 1382 du code civil. Quoi qu'il en soit, le texte s'est trouvé heureusement déplacé mais peut-être trop brutalement puisqu'il est désormais situé dans le titre V du code du commerce, avant les responsabilités qui pèsent sur le dirigeant.

Quelle portée ? Sur la question que vous posez, il faut donner un sens au texte.

Heureusement le Parlement a supprimé l'hypothèse du soutien manifestement abusif car on serait revenu à la situation antérieure.

Première difficulté qui pour moi est sensible. Dans l'hypothèse où des concours ont été accordés, non pas en conciliation, non pas en mandat ad hoc, mais avant, est-ce que le texte est applicable ? C'est là que l'on est embarrassé. La première réponse consisterait à dire que l'article 650-1-1 est situé dans le titre V qui lui-même appartient à la loi de sauvegarde ; il relève donc de la sauvegarde.

Et cherchant un paradoxe d'universitaire, on lirait même que le banquier ne serait irresponsable que si le débiteur était mis en liquidation judiciaire ! On peut quand même penser que ce texte a une portée générale. Tout soutien apporté par un banquier à une entreprise devrait normalement dégager le banquier de sa

responsabilité, sinon il n'aurait plus qu'à souhaiter la catastrophe finale pour s'exonérer.

Encore que le Conseil constitutionnel dans sa décision évoque : une atteinte légitime au droit commun de la responsabilité justifiée par l'intérêt général. Or l'intérêt général est de sauver une entreprise en difficulté et non pas de soutenir maladroitement en amont.

En prolongement, en droit transitoire cette irresponsabilité de l'article L.650-1-1 s'applique-t-elle aux procédures ouvertes au 1er janvier 2006, auquel cas c'est un texte qui est rattaché aux procédures de « faillite » et peut concerner des faits antérieurs. Ou est-ce qu'elle s'applique comme en matière de responsabilité, aux faits qui ont été commis sous l'empire de la loi, c'est-à-dire que tous les soutiens antérieurs au 1er janvier 2006 resteraient soumis aux sanctions antérieures ? En résumé cette irresponsabilité est une atteinte forte à l'article 1382 mais on ne peut faire reposer l'irresponsabilité en espérant la mise en liquidation du débiteur.

M. GUILLOT – Je vais modestement essayer d'apporter une réponse. Là j'ai un double parrainage redoutable avec Monsieur le Professeur. Effectivement ce texte est globalement positif et en tant que créancier je serais mal venu de le critiquer mais la finalité qui a été poursuivie par le législateur dans cette loi de sauvegarde était de limiter les risques pour les créanciers, principalement en matière de droit de crédit, de voir leur responsabilité engagée pour soutenir les entreprises. Le législateur a voulu inciter les banques ainsi à s'engager davantage à consentir des crédits à ces entreprises afin de les aider lorsqu'elles sont en difficulté à surmonter celles-ci.

Ce qui est perturbant c'est ce que l'on commence à voir écrit de-ci de-là sur-le-champ d'application de cet article 650-1. Quand on lit certains propos les craintes renaissent à savoir que finalement, à écouter certains auteurs, on aurait créé potentiellement un nouveau contentieux tout aussi dangereux et bloquant en matière de droit de crédit, à savoir celui de la responsabilité de l'article 650-1.

Au travers de ceux qui avaient écrit sur le sujet, il y a deux interprétations que je rappellerai et j'essaierai de donner ma lecture de ce texte.

La première interprétation consiste à considérer que les trois exceptions (fraude, immixtion caractérisée, garantie excessive) ne sont pas uniquement des faits générateurs de responsabilité mais plus radicalement des sortes de déchéance. Dès lors que l'un de ces trois cas prévus à l'article 650-1 serait démontré, le créancier perdrait la protection accordée par ce texte et engagerait sa responsabilité, quel que soit le concours donné, quelle que soit la date à laquelle ce concours a été octroyé. De même sa responsabilité pourrait être engagée quelle que soit la nature de la faute qu'il aurait commise à l'occasion de la mise en place de ce crédit.

La seconde interprétation conduit à considérer que ce texte énonce les trois seules fautes susceptibles de constituer un fait générateur de responsabilité pour le banquier. Si la preuve de l'une de ces trois fautes est apportée, le prêteur perd alors le bénéfice du principe que certains ont appelé non-responsabilité et une action en soutien abusif peut alors être engagée contre lui.

Cette seconde interprétation personnellement me paraît la bonne. Quand on regarde les débats parlementaires, ils sont très clairs. Je citerai, si vous le permettez, les propos du rapporteur de la loi à l'assemblée.

« Dans un premier temps nous pensions qu'il était préférable que ce texte s'applique à tous les créanciers responsables des préjudices subis du fait des concours consentis. Mais la commission a repris les termes de la jurisprudence en énumérant trois cas de responsabilité, la fraude, les missions caractérisées dans la gestion du débiteur et la prise de garantie disproportionnée par rapport aux concours. »

Le Gouvernement rajoutait : *Nous sommes favorables à cet amendement car il permet de limiter les cas où la responsabilité des créanciers pourrait être engagée.*

Plus loin : *Désormais la situation sera plus claire puisque trois cas uniquement de mise en jeu de la responsabilité des créanciers sont définis. Voilà qui constitue une très bonne définition du soutien abusif. Il faut s'en tenir là.*

Je n'ai rien à ajouter. Ces paroles sont très claires. Nous avons exactement des dispositions tout aussi explicites dans l'exposé des observations du Gouvernement sur des recours dirigés contre la loi de sauvegarde des entreprises devant le Conseil constitutionnel. La décision du Parlement est explicite mais le Conseil constitutionnel précise qu'il s'agit là, en visant l'art. 650-1, d'une clarification juridique dans le cas de la mise en jeu de la responsabilité du financier qui consent un concours à une entreprise en difficulté. Je ne vois pas pourquoi, pour tuer cette première interprétation et éviter qu'elle ne perdure, créant ainsi un dangereux contentieux et surtout très négatif, le fait qu'il ne serait pas lui-même source de responsabilité pourrait être une cause de déchéance du principe de non-responsabilité. Une telle interprétation ne correspondrait pas du tout à l'objectif poursuivi par le législateur.

En conclusion, pourquoi l'article 650-1 ne crée-t-il pas un régime de responsabilité totalement nouveau par rapport au régime de soutien abusif ? Sa place dans le code du commerce conforte cette interprétation. Il a donc uniquement pour but d'encadrer le régime de l'action en soutien abusif en limitant sa mise en œuvre aux trois seules hypothèses visées par l'article 650-1, à savoir la fraude, l'immixtion caractérisée et la constitution de garanties disproportionnées.

M. de ROUX – Je n'ai pas grand-chose à ajouter. Vous avez cité mon intervention en tant que soutien à cet amendement. Il est évident que je ne vais pas la contredire. L'interprétation du texte, si on se réfère aux travaux parlementaires, est extrêmement claire. Vous venez effectivement de la résumer. Cette affaire n'est pas tombée du ciel. Il s'agissait de mettre fin à une querelle, celle du soutien abusif et de ce que les banques disaient sans cesse : l'affaire du crédit, notamment auprès des petites et moyennes entreprises, était totalement freinée par le fait que les banques ignoraient toujours jusqu'où allait leur responsabilité ; tantôt elles prêtaient trop et tantôt elles ne prêtaient pas assez ; un coup à droite, un coup à gauche. Nous répondions que la jurisprudence n'était pas aussi nombreuse, n'était pas aussi méchante. Mais cette querelle quant au soutien abusif empoisonnait l'atmosphère.

Le législateur (d'où l'amendement) a voulu définitivement, autant que faire se peut, trancher cette querelle. Les trois exceptions que nous avons conservées n'ont pas été inventées ; ce sont les exceptions jurisprudentielles qui existent. Nous avons fait simplement rentrer dans le droit collectif la jurisprudence qui avait effectivement une autre thèse constituant à dire qu'il n'y avait qu'à supprimer totalement le soutien abusif et revenir à l'article 1382 du code civil. Il nous semblait, compte tenu de l'ancienneté, de la complexité de la querelle, qu'il valait mieux la trancher en faisant rentrer dans le droit collectif la jurispru-

dence pour les tribunaux, ce que nous avons fait avec une explication qui me semble claire. Personnellement je suis très surpris, je le dis devant tout le monde que l'on puisse rouvrir cette interprétation qui est tellement contraire à la volonté du législateur.

M. CHAPUT – Sur ce point de vue deux remarques complémentaires. Une première, technique : depuis la réforme du 26 juillet 2005, peuvent agir en responsabilité contre les banquiers, dans l'hypothèse où l'un de ces cas serait constaté, non seulement les mandataires, notamment les représentants des créanciers mais également les contrôleurs. En cas de carence des représentants des créanciers, le texte autorise les contrôleurs à agir. Il faut remarquer que la place de l'article L.650 dans le titre V chapitre 1 permet à un contrôleur seul d'agir. En effet l'exigence de la majorité des contrôleurs en matière de responsabilité n'apparaît qu'après, dans le chapitre suivant. Il y a là une source possible de contentieux : qu'un contrôleur (qui ne serait pas probablement le banquier qui aurait été nommé comme contrôleur).

Une deuxième remarque. L'analyse qui a été donnée au début du texte par M. FAURY est une analyse tout à fait logique, qui consiste à dire que les sûretés ne seront annulées que s'il y a des garanties disproportionnées, c'est ce qu'une lecture « intelligente » suggère. Mais le texte a une portée telle que les sûretés disparaîtront dans les trois cas. C'est « l'analyse logique ». J'avoue que là c'est plus discutable. On comprend très bien que si quelqu'un prend des garanties disproportionnées on le prive de ses garanties.

Vous avez aussi l'immixtion dans la gestion qui pourrait faire difficulté depuis que la Cour de cassation distingue le devoir de mise en garde, du conseil qui serait une immixtion dans la gestion. Est-ce qu'il n'y a pas éventuellement une possibilité de se faufiler pour dire « Votre immixtion dans la gestion, au delà de la mise en garde, vous fait rentrer dans le conseil et non dans la direction de fait positive. » ?

Je ne sais pas ce qu'il en est ; il n'est pas souhaitable d'introduire de telles subtilités mais il y aurait pour un contrôleur ou d'autres la tentation de faire tomber les sûretés.

M. FAURY – Monsieur le Professeur, vous avez anticipé ma question. Il est bien sûr important que nous abordions les trois cas, sachant que l'un de ces trois cas ne doit pas poser trop de problèmes, c'est la fraude. Qu'en est-il des deux autres et surtout de la notion de garantie disproportionnée ? Qu'est-ce qu'une garantie disproportionnée ? J'ai lu une réponse de M. PERBEN qui disait qu'il suffisait de se référer à la pratique. Monsieur GUILLOT, qu'est-ce qu'en pratique une garantie disproportionnée ?

M. GUILLOT – La disposition de la fraude, peut-être à tort Monsieur le Professeur, n'appelle pas beaucoup de remarques, je n'ai pas grand-chose à dire. On pouvait d'ailleurs s'interroger. Fallait-il citer la fraude dans le texte ? Je répondrai « oui » et cela renforce la lecture du champ d'application que j'ai faite il y a quelques instants qui visait les trois cas ; ce sont les seuls trois cas qui peuvent ouvrir une action de responsabilité ; il fallait bien citer la fraude dans le cadre de ce texte ; sinon on n'avait pas besoin de la citer.

Sur la fraude la jurisprudence est très claire, nous la connaissons. Dès lors qu'elle sera établie parce qu'il y aura eu une intention frauduleuse, une tromperie accomplie dans le dessein d'être préjudiciable à autrui, la responsabilité du banquier pourra être engagée. Il y a quelques cas bien connus de la jurisprudence. Je ne vois pas personnellement en quoi le texte nouveau devrait bouleverser cette jurisprudence bien connue sur la fraude.

M. CHAPUT – Là encore je suis entièrement d'accord avec vous mais d'autres ne le sont pas. Je me fais l'avocat du diable. La jurisprudence en matière de responsabilité du banquier remonte à un arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation, sauf erreur de ma part, de 1896, une affaire qui s'appelait l'affaire SOUPE Père et fils. Dans cette affaire un banquier était intervenu pour permettre aux SOUPE Père et fils de restructurer leur entreprise et de conclure un marché, en leur octroyant un crédit qui leur permettait de réaliser une opération qui en elle-même n'avait rien de vraiment frauduleux mais qui permettait en outre au banquier de se désengager. La Cour parle pourtant de la « fraude ». Autre temps ?

En lisant le texte nouveau je suis parti de l'idée qu'on visait notamment les effets de complaisance que l'on connaît bien. La fraude n'est ni la faute inexcusable, ni la faute lourde, ni la faute grave. Mais il y a des auteurs qui disent « Attention, le fait d'accorder des crédits pour une opération qui en elle-même n'a rien de frauduleux mais qui permet au banquier, en connaissance de cause, d'être désintéressé aux dépens des autres deviendrait frauduleux. Attendons la casuistique pertinente de la Cour de cassation, notre Cour régulatrice.

M. GUILLOT – J'ai glissé volontairement sur cette autre interprétation. On ne peut pas empêcher qui que ce soit de penser. Mais très sincèrement, l'avenir le dira et on verra la jurisprudence, je ne vois vraiment pas de raison d'être alarmiste sur cette disposition de la fraude ; j'ai peut-être tort mais je ne vois rien ni dans les débats, ni dans le texte ce qui serait de nature à faire évoluer radicalement la jurisprudence.

Par contre sur l'immixtion caractérisée dans la gestion, le problème est beaucoup plus délicat. A priori cette seconde exception au principe de « non responsabilité » du créancier, renvoie, comme l'indiquent les parlementaires, à l'hypothèse particulièrement rare dans laquelle le créancier acquière la qualité de dirigeant de fait en participant activement à la gestion du débiteur et en prenant ainsi seul des décisions importantes en ses lieu et place. Cette notion de gestion de fait, bien connue de la jurisprudence actuelle, est-elle véritablement applicable dans le cadre de l'article 650-1 ? Tout d'abord, comme vous l'avez justement fait remarquer Monsieur le Professeur et Monsieur FAURY, il faut bien rappeler que la jurisprudence constante, depuis 1930, impose aux établissements de crédit un principe de non-immixtion dans les affaires de leurs clients. La compréhension de la notion devrait donc de prime abord ne pas poser de difficultés.

Toutefois on peut s'interroger d'une part sur la volonté du législateur et d'autre part sur l'interprétation qui en sera faite par la jurisprudence. Est-ce qu'en visant l'immixtion caractérisée dans la gestion le législateur n'a pas voulu viser une autre notion que celle-ci ? Sinon pourquoi ne l'a-t-il pas écrit ? En effet si le banquier qui s'immisce de manière caractérisée dans la gestion du débiteur n'est autre que le banquier dirigeant de fait de l'entreprise emprunteuse, il ne peut relever au titre des crédits fautifs qu'il consent que d'actions au comblement du passif de l'article 651-2 du code du commerce.

En revanche il ne peut relever de l'exception à la règle d'immunité posée par cet article 650. Sinon je ne vois pas pourquoi il y aurait, pour les mêmes faits générateurs deux sortes de responsabilité, celle du 650-1 et celle du 651-2.

L'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur doit donc

107874- Folio : -- - Type : -- 07-12-04 09:19:59
L : 219.992 - H : 279.993 - Couleur : Black

à mon avis être autre chose que la simple gestion de fait. Mais alors qu'est-ce que l'immixtion caractérisée ? Je pense que le mot « caractérisé » n'apporte pas grand chose. En effet ou il y a immixtion et elle est caractérisée ou elle n'est pas caractérisée et il n'y a pas immixtion.

Deuxièmement, selon la jurisprudence récente de la Cour de cassation de Créteil, confirmée dans l'arrêt du 22 septembre dernier, le banquier dispensateur de crédits a un devoir de conseil vis-à-vis de son client mais en contrepartie a une obligation de mise en garde, nous dit la Cour de cassation. Ce devoir de mise en garde à mon sens ne peut en aucune façon être analysé comme étant une immixtion caractérisée.

De même s'informer sur la situation de son client, s'informer sur son patrimoine ne peut être caractérisé comme une immixtion. On peut donc penser que l'immixtion caractérisée consisterait, pour le créancier, à être ou à jouer un rôle qui n'est pas le sien en qualité de simple dispensateur de crédits par l'accomplissement, à ce titre, d'actes positifs.

En conclusion il y aurait trois schémas.

• Un premier schéma : les conseils donnés par le banquier et le devoir de mise en garde qui lui est imposé et prodigué et imposé par la jurisprudence constituent certes une certaine immixtion dans la gestion du débiteur mais cette immixtion se situe à un niveau indispensable imposé par la jurisprudence et ne saurait tomber sous le coup de l'article 650-1.

• Un deuxième schéma : le banquier allant au delà des limites de l'exercice de son obligation de mise en garde, en réalisant un ou des actes positifs de gestion, s'immisce de façon caractérisée dans la gestion de son débiteur et effectivement il sera responsable, dans les conditions de droit commun de l'article 1382 du code civil, des conséquences dommageables que pourraient avoir les crédits par définition fautifs ou abusifs qu'il consent à son client.

• Troisième cas de figure : le banquier, notamment dans le cadre d'une réorganisation de l'entreprise en difficulté à laquelle il consent des concours, s'immisce à ce point dans les affaires de son client qu'il se substitue durablement aux organes représentatifs et il encourt effectivement une action mais cette fois-ci sous le coup de l'article 651-2 du code civil.

M. CHAPUT – Par rapport à ces textes sur la responsabilité, il faut considérer que la Cour de cassation dans sa grande sagesse a dit qu'il n'y avait pas de possibilité de cumul d'une action avec l'article du Code civil 1382 et l'article 180 de la loi de 1985. Or il y a une forme d'équivalence entre 1382 C. Civ. et insuffisance d'actif, sauf à démontrer qu'on n'est pas dans le même cas de figure. Mais on peut très bien dire que l'article L.651-1 n'est pas un justificatif des poursuites en insuffisance d'actif.

M. de ROUX – Je partage votre avis très largement. L'article 650-1 crée une responsabilité spéciale par rapport au 1382. Je voudrais toutefois réagir. Nous sommes par rapport au mot « caractérisé » sur le fait que vous disiez que l'expression semble redondante ou inutile. Je pense que là ce n'est pas tout à fait inutile puisque cela renvoie, dans l'esprit du législateur, à la preuve. Autrement dit, pour que ce soit caractérisé, il faut que le fait d'immixtion soit clairement défini. Ceci, la réflexion est simple, justement pour éviter que l'on arrive à faire un procès d'intention et que l'on bâtisse une immixtion à partir d'un comportement général qui ne comporte pas de faits particuliers, de faits précis mais d'un faisceau (c'est à la mode) de comportements assez vagues. Il y a ceci puis cela, chacun des faits ne constitue pas mais l'ensemble peu constituer. Donc le mot caractérisé renvoie simplement, à mon avis, à la définition d'un fait positif, ce qui est beaucoup plus clair.

M. GUILLOT – Dernier point, c'est le plus délicat, je vais essayer de négocier certaines certitudes et de m'avancer sur un certain nombre d'interrogations. Tout d'abord sur-le-champ d'application. Premièrement les principes de proportionnalité ne sont effectivement pas, comme vous l'avez dit, limités aux sûretés réelles portant sur les biens de l'entreprise débitrice. L'utilisation du terme « garanties prises en contrepartie des concours » semble porter ainsi aussi bien sur les sûretés réelles que personnelles.

Deuxièmement à quel moment doit se faire le contrôle de la proportionnalité ? Au moment de la prise des garanties, lors de l'exécution ou pendant toute la durée de vie de la garantie ? La logique du mécanisme de contrôle mis en place par l'article 650-1 du code de commerce ne vise pour moi que le premier cas de figure, à savoir au moment de la constitution des garanties.

En ce qui concerne les sanctions, une première remarque. Le banquier qui méconnaît le principe de proportionnalité s'expose donc à une condamnation en dommages et intérêts facilement, ainsi qu'à une sanction complémentaire consistant en la nullité des garanties.

Deuxième remarque, l'utilisation de l'indicatif des parties qui sont nulles laisse penser que d'une part la garantie est en totalité nulle et pas seulement l'excédent de garantie qui serait nul, c'est la garantie en totalité ; d'autre part il s'agit d'une sanction... Le texte ne prévoit en effet aucune faculté pour le juge de la mener.

Dernière remarque : la rédaction indique que la nullité doit être prononcée même si le juge retient la responsabilité du créancier sur la base des deux autres cas, fraude ou immixtion caractérisée dans le fait.

C'est vrai que cela peut paraître tout à fait curieux eu égard au but poursuivi par le législateur. Ainsi, dans un cas d'immixtion caractérisée les garanties des concours consentis par le banquier pourraient être déclarées nulles alors même qu'elles ne seraient pas du tout disproportionnées.

J'en arrive maintenant à une tentative d'explication de solution sur les conditions d'application du principe de proportionnalité, en essayant dans un premier temps, car c'est ce qui me pose véritablement le plus de difficultés aujourd'hui, de dégager quelques principes sûrs, au regard du texte ; très rapidement ensuite quelques éléments qui à mon sens devraient être pris en considération par les tribunaux ; enfin quelques pistes de réflexion pour dégager des solutions.

Tout d'abord sur ce qui est sûr au regard de la loi. Le législateur n'a pas qualifié la disproportion abusive ni même fixé de seuil ou de règles de détermination de celui-ci. Selon l'article 650-1 une simple disproportion objective suffit alors que le même article exige une immixtion caractérisée pour constituer la faute du banquier.

A titre comparatif, l'article 632-1 du code du commerce prévoit la nullité de tout contrat dans lequel les obligations du débiteur excèdent notablement celles de l'autre partie. Dans l'esprit de la jurisprudence (les arrêts Macron § Hennel), comme dans le nouvel article L.341-4 du code de la consommation de décembre 2003, il faut que le cautionnement soit manifestement disproportionné pour qualifier la faute du banquier. Or dans l'article 650-1 il n'y a aucun qualificatif qui doit être disproportionné. Première remarque.

Deuxième remarque : seules les sûretés au sens juridique du

107874- Folio : -- - Type : -- 07-12-04 09:19:59
L : 219.992 - H : 279.993 - Couleur : Black

terme devraient être prises en compte pour l'application de cet article. C'est ainsi que toutes les techniques de remboursement de créances dans la délégation la plus parfaite (subrogation) ne devraient pas être prises en compte.

Troisième remarque : ne doivent être comptabilisées que les seules garanties prises en contrepartie du ou des concours consentis. Pas toutes les garanties.

Enfin il paraît nécessaire de prendre en compte, à mon sens, le coût à supporter par le créancier dans le cadre de la mise en jeu de la garantie. Le coût d'une saisie immobilière n'a absolument rien à voir avec le coût de l'exécution d'un gage sur la valeur mobilière.

Enfin cette valeur de la garantie devrait être à mon sens minorée du montant de l'éventuelle existence de créanciers inscrits antérieurement.

Le cautionnement personnel ne pose aucun problème et ne saurait jamais tomber sous le coup de l'article L.650-1. Si on lit les dispositions du code civil le cautionnement ne peut pas être supérieur au montant de l'engagement principal garanti. Il ne peut donc y avoir une surpondération du cautionnement par rapport à cet engagement principal garanti.

Enfin le contrôle de la proportionnalité ne s'effectue pas par rapport à la situation et au patrimoine du constituant mais seulement par rapport au montant des concours consentis lors de la mise en place des sûretés.

Voilà pour les quelques remarques de relative certitude. Dans un deuxième temps j'introduirai quelques éléments qui pourraient être pris en considération et qui sont les suivants.

Il me paraîtrait légitime de tenir compte du caractère plus au moins volatile de la valeur économique de la ou des garanties retenues, en anticipant d'éventuelles évolutions de la valeur des biens en garantie.

Enfin, à l'instar du droit allemand, il serait à mon sens normal de tenir compte des difficultés de réalisation futures de la garantie même s'il faut les apprécier au jour de la constitution. J'ai le souvenir cuisant de la vente judiciaire d'un stock de vieil armagnac entre les réalités, valeur économique de la garantie et sa réalisation il y avait une marge considérable.

Enfin comment déterminer la valeur de certains biens qui n'ont pas de valeur propre apparente (un contrat de capitalisation, des bons d'épargne) ou qui ne donne pas lieu à une évaluation officielle (actions, prix de véhicules), sinon à exiger des expertises systématiques qui renchériront le coût du crédit, sauf à être relativement large dans l'appréciation de la disproportion.

Enfin quelques pistes de réflexion pour le quantum de la disproportion. Où commence la disproportion ? J'ai retrouvé différents éléments dans ce qui existe au sein de la communauté européenne.

Premier élément, l'article 2161 du code civil qui établit un seuil de 233 % de la créance garantie pour que le juge puisse réduire le montant des inscriptions hypothécaires comme étant excessives.

A titre de comparaison, même si comparaison n'est pas toujours raison, le droit italien prévoit, en matière d'hypothèque lui aussi, une réduction dès lors que l'inscription est excessive. Il qualifie le caractère excessif en créant une présomption de disproportion si la valeur de l'hypothèque excède de plus d'un tiers le montant de la créance garantie.

L'article 259 du décret du 31 juillet 1992 peut donner également une indication en matière de restriction. Il prévoit la possibilité d'un cantonnement de la sûreté provisoire par le juge si les biens demeurant grevés ont une valeur double du montant des sommes garanties.

Enfin dernier cas que j'ai retrouvé, en Allemagne. La Cour fédérale de justice a jugé que des sûretés pouvaient être annulées en totalité (c'est proche de nos dispositions de l'article 650-1) si dès sa constitution il existe un déséquilibre manifeste entre la valeur de la sûreté et le montant du crédit. Il convient toutefois, a jugé la Cour fédérale, de se référer à la valeur de réalisation future des biens faisant l'objet de la sûreté incriminée. Pour être annulable la valeur des sûretés doit dépasser le double du montant des concours consentis.

Voici quelques pistes de réflexion.

En conclusion je voudrais faire deux remarques, pour répondre à Didier FAURY. Le Garde des sceaux, lors des débats, a déclaré, s'agissant des garanties disproportionnées, qu'il s'agit ici de viser les prises de garanties inhabituelles au regard de la pratique. Il va de soi, dit-il, que *les crédits immobiliers qui sont consentis en échange d'une hypothèque sur la totalité du bien, alors qu'il en finance une partie, demeurent possibles puisqu'une telle pratique est contre.*

Il n'en demeure pas moins que cette indication de prise de garantie inhabituelle au regard de la pratique, d'une part ne me paraît pas très éclairante et l'application de cette exception est pour le moment assez incertaine alors même, que pour de nombreux financements, les sûretés sont prises sur la totalité.

Quelle pratique d'ailleurs ? Existe-t-il une pratique bancaire en matière de contribution de sûreté ? Existe-t-il un taux ? Il n'existe pas de pratique ; il n'existe pas de taux. Les pratiques varient d'une banque à l'autre. Les banques vont d'ailleurs devoir essayer de trouver un juste équilibre entre deux conceptions : d'une part ne pas trop prendre de garanties pour éviter de voir leur responsabilité engagée pour garanties manifestement excessives et d'autre part, ne pas être dans une situation délicate par rapport en matière concurrentielle aux autres établissements européens mais tout de même prendre suffisamment de garanties pour qu'elles ne soient pas trop pénalisées en termes de capital économique. En effet vous le savez, plus le banquier prend de garanties, meilleur est son et moins il a de capital économique à constituer. Entre ces deux conceptions, à chacun de trouver le juste milieu.

(Applaudissements)

107874- Folio : -- - Type : -- 07-12-04 09:19:59
L : 219.992 - H : 279.993 - Couleur : Black

DISCUSSION

M. KLING – Merci de cette brillante démonstration. En raison de contraintes horaires fortes, M. Le Député doit nous quitter. Auparavant vous pouvez répondre d'un mot.

M. de ROUX – Tout d'abord je vais vous remercier de votre invitation et de cette journée qui a été absolument passionnante. Cela m'aide à mesurer combien les interprétations dans les esprits juridiques arrivent à disséquer des textes que l'on pensait simples et dont la finalité était simple. La brillante démonstration que vous venez de faire, Monsieur GUILLOT, de la complexité d'une chose qui à mon avis ne l'est pas prouve bien justement que la jurisprudence est créatrice de droits. Je suis persuadé que les juges et les tribunaux donneront des réponses successives aux questions que vous avez posées. Mais enfin, de quoi s'agit-il ? Il s'agit simplement d'un abus de crédit. Vous savez très bien pourquoi cette disposition a été prise. Là encore c'était pour mettre fin à une question et à une crise consistant justement à voir naître de plus en plus de garanties sur de moins en moins de matière. C'est pour recréer une proportion raisonnable que ces termes qui ne sont certainement pas parfaits ont été posés.

Nous ne sommes pas très loin de l'esprit de la loi mais je suis persuadé que les magistrats à qui nous avons remis ce texte et qui peuvent maintenant l'appliquer en feront un usage raisonnable et certainement pas un usage irraisonnable.

(Applaudissements)

(départ de M. De ROUX).

M. CHAPUT – Je voulais réagir aux propos qui ont été tenus par M. GUILLOT en expliquant d'ailleurs, comme je l'avais fait au début, que la difficulté tenait simplement au déplacement du texte. Il faut revenir sur l'historique de 1984/1994/2005.

En 1984, dans l'accord amiable, il est interdit au créancier qui participe à l'accord amiable de prendre des sûretés. Pourquoi ? Pour préserver au débiteur une sorte de solvabilité, en tout cas de capacité de crédit. Ce qui dans la psychanalyse d'échec du législateur conduit à penser que lorsqu'il rentre dans un règlement amiable il va échouer et il faudra bien qu'il recoure après au crédit. Curieuse façon de soutenir l'accord amiable.

En 1994 on revient au droit commun. Si le créancier veut prendre des sûretés il peut en prendre.

Dans le projet de 2005 quand on parle de cette question de la responsabilité du banquier en conciliation, on dit que si le banquier prend des garanties qui sont disproportionnées (c'est un moyen terme entre 1984 et 1994), il doit être empêché de s'en prévaloir. Mais si on donne au texte une portée générale, il devient absurde. Un créancier diligent, raisonnable, qui prend des sûretés est en droit français un créancier intelligent. Le fait de prendre trop de sûretés n'a jamais été considéré comme une faute ; c'est plutôt l'inverse ; c'est le créancier qui justement ne prend pas de sûretés laisse l'activité se poursuivre par sa négligence fautive.

Qu'on vienne annuler des sûretés simplement parce que le créancier a pris des garanties, on est dans le domaine du surréalisme. Les réduire oui... les annuler ! Comment va-t-on apprécier ? On a créé l'hypothèque rechargeable. Elle sera disproportionnée etc. Il serait beaucoup plus simple de supprimer ce deuxième alinéa ou simplement de le ramener à de saines proportions, c'est-à-dire que les sûretés seront réduites à proportion.

Vous êtes obligés de faire preuve d'une imagination dont vous êtes parfaitement capables et que l'on ne peut qu'admirer ! N'est-il pas plus simple de « toiletter » le texte et dire que lorsque les sûretés seront disproportionnées elles seront réduites à proportion.

D'ailleurs, dans d'autres systèmes c'est par rapport aux capacités financières du débiteur qu'on apprécie les sûretés et non pas par rapport à la garantie abstraite de la créance considérée. Puisque la loi est expérimentale, il faudrait prévoir simplement dans le texte futur que l'on réduise les garanties à proportion et qu'elles ne sont annulées qu'aux cas de fraude ou d'immixtion.

En quoi d'ailleurs est-ce que cela causerait un préjudice ? Il y a bien un moyen de s'en sortir. Le texte est un texte de responsabilité ; il ne s'agit pas de démontrer qu'il y a fraude ou qu'il y a immixtion ou qu'il y a garanties disproportionnées, il faut démontrer qu'il y a un préjudice qui a été causé. Le préjudice est tout de même difficile à démontrer dans cette hypothèse. Est-ce réduire une capacité de crédit, alors que le soutien devient préjudiciable ? Or, ce n'est pas une sanction automatique. La sanction de l'annulation suppose d'abord que soit démontré un préjudice causal. Je souhaite bien du plaisir à ceux qui devront le démontrer !

(Applaudissements)

107874- Folio : -- - Type : -- 07-12-04 09:19:59
L : 219.992 - H : 279.993 - Couleur : Black

M. KLING – Merci d'avoir participé à cette table ronde. Nous avons le temps pour quelques questions avant la conclusion.

Jean-Louis HEMMER – S'il est permis de revenir sur le cas du journal Libération qui a été évoqué ce matin, pour moi et cela n'engage que moi, les journaux gratuits ont contribué largement au déficit et à la perte du journal Libération. J'en étais resté, dans mes connaissances juridiques, à l'interdiction de la vente à perte et je voudrais donc interroger les juristes ici présents. Où en est-on de l'interdiction de la vente à perte ?

Il me semble que les journaux gratuits ne font qu'accumuler des pertes et se retrouveront de toute façon un jour devant les tribunaux de commerce dans le cadre de procédures de sauvegarde.

M. KLING – Je ne suis pas certain que les journaux gratuits soient de la vente à perte.

Jean-Louis HEMMER – C'est justement une question que je souhaitais poser : est-ce que les journaux gratuits ne sont pas automatiquement de la vente à perte ?

M. REICH – Non. Cela ne peut pas être une vente à perte puisqu'il n'y a pas vente.

M. KLING – Il n'y a pas vente effectivement et il n'y a pas nécessairement de perte puisque c'est financé par la publicité.

M. LOEPER – Je me demandais si Mme LARDENNOIS ou M. Le Président BEZARD ne pourraient pas nous donner leur sentiment sur les derniers points développés en matière de garantie disproportionnée.

M. Le Président BEZARD – Sur la garantie je préfère qu'un magistrat en place qui a à connaître de ces questions se prononce.

Mme LARDENNOIS – Je crains de ne pouvoir vous donner beaucoup d'informations. Les banquiers le savent très bien, nous avons eu l'occasion d'en parler lors d'un déjeuner, vous nous aviez posé les mêmes interrogations et nous vous avons fait des non-réponses finalement. Nous n'avions pas encore réfléchi aux questions. Vous nous avez ouvert beaucoup d'horizons, nous craignons beaucoup les contentieux. C'est un nid à contentieux.

Il est vrai que notre jurisprudence sur la responsabilité pour soutien abusif nous paraissait assez équilibrée. J'ai peur que là on déséquilibre un peu les choses. On ne sait pas trop où l'on va. Je ne rajouterai rien à ce que vous avez évoqué, la disproportion, la sanction.

M. Le Président BEZARD – Je voudrais simplement faire une ou deux observations sur l'immixtion caractérisée et je me permets de saluer Monsieur le Directeur. Nous nous connaissons depuis un certain temps. Nous avons eu beaucoup de jurisprudence en Chambre commerciale sur ce sujet. Les solutions nouvelles consacrées sont une bonne chose. Il y avait trop d'arguments de la part des banques justifiant assez largement de dire « On ne s'engage pas ; le risque est trop grand. » Sur ce point je ne voudrais pas relancer le débat mais la jurisprudence que j'ai vue approuvait l'abus de ces procédures soutenant qu'il y avait immixtion. Effectivement, quasiment systématiquement vous avez des gens qui en difficulté se tournent vers leur banquier en disant « Vous êtes intervenus et cela ne tenait pas ».

Cependant je me demande s'il ne faut pas distinguer la gestion pure où l'on dit « Je prends les rennes », ce qui est très rare quand même, d'un certain nombre de cas où je me souviens être intervenu, qui sont assez rares également, où finalement le banquier ne prend pas la gestion mais s'immisce en disant « Vous ne ferez pas ceci. Vous ferez cela ». Ce n'est pas de la gestion mais c'est peser lourdement. Je me demande si, sur ce plan, on ne manque pas un peu de jurisprudence.

Marc ENGELHARD – Je veux revenir un instant sur les immixtions de l'expert-comptable judiciaire. Notre confrère a fait un exposé très intéressant sur la mise en œuvre de la procédure de sauvegarde et l'apport que peut faire l'expert-comptable judiciaire dans ce domaine. Je pense toutefois que l'on ne peut pas écarter aussi simplement toutes les missions a posteriori qui sont susceptibles d'être confiées à l'expert-comptable judiciaire lorsque les choses ont mal tourné et que deux ou trois ans après les événements le magistrat a besoin d'être éclairé sur le point de savoir si on a fait une bonne application des textes. Ce type de mission est très important.

M. LOEPPER – Je pense que c'est vraiment un bon sujet pour un futur congrès. On ne pouvait pas tout traiter et en l'occurrence on manquait vraiment beaucoup de recul.

M. KLING – S'il n'y a plus d'autres questions c'est que vous êtes parfaitement satisfaits des débats et présentations qui ont été faites.

S'agissant du rapport de synthèse vous connaissez ma paresse naturelle qui m'autorise assez volontiers à invoquer les contraintes horaires pour faire valoir que je ne peux vous présenter un rapport de synthèse alors que les propos ont été si riches et vous reporter à la plaquette qui sera imprimée en son temps. Sauf à dire que je voudrais en votre nom à tous et à toutes remercier à la fois les personnalités extérieures et les professionnels qui sont intervenus au cours de cette journée. Grâce à vous toutes et tous nous sommes beaucoup plus savants ce soir que ce matin. Plus encore nous sommes aujourd'hui convaincus que nous avons un vrai rôle à jouer en tant qu'experts-comptables judiciaires et que nous pouvons, par notre compétence, notre rigueur déontologique, être un apport pour cette œuvre de justice à laquelle nous avons fait choix de contribuer.

Voilà ce que je voulais vous dire en quelques mots avant de vous proposer, Monsieur le Professeur, de bien vouloir tenir les propos conclusifs en votre nom et au nom de Mme REY qui vous a délégué tous ses pouvoirs en la matière.

M. CHAPUT – Ce sont beaucoup trop de responsabilités. Dans ce domaine du mandat le mandataire a tout de même la possibilité de refuser le mandat ! Je refuse ce mandat mais j'accepte au contraire ce qui n'est plus qu'une heureuse gestion d'affaire, la tâche des plus agréables de remercier la Compagnie nationale des experts-comptables judiciaires, non pas par des propos de circonstance qui n'auraient pas leur place dans cette réunion mais des remerciements sincères d'une part pour son accueil et d'autre part pour son organisation.

Je tiens à remercier à l'unanimité M. Pierre LOEPER et M. Denis BAUBET. Nous leurs devons des moments très agréables avec un respect exceptionnel des délais, y compris pendant cet excellent déjeuner. Félicitations aux organisateurs et à vous-même Monsieur le Président KLING.

D'autres félicitations seront plus subjectives. Ce qui est rare chez les professionnels, vous avez vos propres interventions au profit de vos invités, montrant votre sens de valeurs qui ne sont pas seulement financières.

Je remarque alors avec regret que le sujet qui était le vôtre et qui nous passionne était le rôle de l'expert-comptable judiciaire ou non judiciaire. Serait-ce votre prochain thème de congrès ?

C'est sur ce point que je voudrais tenir des propos conclusifs. Nous avons beaucoup parlé des responsabilités juridiques et de

107874- Folio : -- - Type : -- 07-12-04 09:19:59
L : 219.992 - H : 279.993 - Couleur : Black

l'article 1382. Je le disais en commençant, ne sommes-nous pas dans un domaine de non droit ou plus exactement dans le domaine de la responsabilité économique. La responsabilité économique ne doit pas être confondue avec la responsabilité juridique. Or dans le domaine économique, nous avons tous des responsabilités comme d'ailleurs les tribunaux, les cours d'appel, ou la Cour de cassation. De telles institutions comme les professionnels du chiffre et du droit, de bonne volonté, cherchent à améliorer la situation économique de nos entreprises et de notre pays. C'est cette distinction qu'il faut bien faire. Il y a des responsabilités au bon sens du terme, être responsables d'une institution ce n'est pas commettre des fautes.

La journée d'aujourd'hui est rassurante. A une époque où les français ont tendance à dire que leur pays va à la dérive, font de la sinistrose, s'inquiètent beaucoup de classements arbitraires il est rassurant de disserter sur une loi sur la sauvegarde. Pourvu que le grand public comprenne le message, votre profession a un rôle fondamental pour qu'il soit reçu.

Cette loi est née d'une concertation. C'est même la première fois que de la Chancellerie, du Parlement, avec les professionnels il y a eu autant d'échanges et... peu d'imperfections. La concertation constructive a aussi eu lieu aujourd'hui. Si les débats ont été vifs, tous les participants avaient les mêmes objectifs d'intérêt général.

Dans ce passage progressif du droit à l'économie, le rôle du droit, de la comptabilité et de la gestion financière, n'a pas opposé de façon quelque peu simpliste les hommes du droit et les hommes du chiffre mais les a réunis en interdisciplinarité.

On ne peut souhaiter le développement de cette interdisciplinarité. De proche en proche on s'aperçoit qu'au moins dans ce domaine des entreprises en difficulté (n'allons pas chercher des modèles outre-Manche ou outre-Atlantique l'efficience économique est équitablement répartie. Si le coût de l'intervention (c'est le cas aux États-Unis) est très élevé, oui on sauvera quelques grandes entreprises mais la base des autres entreprises disparaîtra et le tissu économique lui-même se détruira.

Le droit français, de la sauvegarde, est un droit mobilisateur qui peut servir de modèle en Europe. Je crois que nous avons toutes les raisons de nous réjouir de cette journée. Nous pouvons nous réjouir que nos parlementaires rejetant les lois figées évoquent opportunément avec Monsieur Xavier de Roux l'évaluation et l'expérimental. La loi n'est plus un carcan mais un moteur de l'économie.

Et comment ne pas admirer avec l'intervention de Madame le Président REY, la cohérence de notre système judiciaire en symbiose avec un droit écrit codifié.

C'est l'occasion de conclure non pas en disant « Nous avons tout dit », avec le mot « fin » qui viendrait s'inscrire sur l'écran, mais d'indiquer « A suivre » et à suivre en nous disant « Heureusement ils n'ont pas tout dit et nous allons pouvoir entendre nos amis experts-comptables parler du sujet et, selon leur spécialité, répondre à bien des interrogations.

« A suivre », n'est-ce pas une sorte de suspension de séance. J'ai trop parlé. Il faut redonner la parole aux sachants... aux savants. Monsieur le Président, vous avez la parole.

(Applaudissements)

M. LOEPER – Je laisse la parole à Denis BAUBET pour quelques indications d'ordre matériel. Je voudrais également remercier tous les participants à cette journée et féliciter Didier KLING d'avoir si bien mené son équipe dont il était le rapporteur général et de nous avoir offert une très bonne journée d'étude.

M. BAUBET – Merci à tous les intervenants et à toute cette qualité de travail qui a été fournie. Bravo à Didier de s'être entouré de tous ces techniciens et députés brillants. Merci à tous d'être venus si nombreux. Nous sommes environ 190 personnes dans cette salle. Merci à tous. Après cette journée d'étude très enrichissante, les festivités vont commencer ; déjà ce soir par un dîner de gala auquel vous êtes invités. Demain sera une journée de détente avec la visite de Vulcania et le Puy-de-Dôme l'homme. Merci à tous et à ce soir.

(Applaudissements)

(La séance est close à 17 H 35)

107874- Folio : -- - Type : -- 07-12-04 09:19:59
L : 219.992 - H : 279.993 - Couleur : Composite

107874- Folio : -- - Type : -- 07-12-04 09:19:59
L : 219.992 - H : 279.993 - Couleur : Black

Achevé d'imprimer par Corlet, Imprimeur, S.A.
14110 Condé-sur-Noireau
N° d'Imprimeur : 107874 - Dépôt légal : octobre 2007

Imprimé en France

107874- Folio : -- - Type : -- 07-12-04 09:19:59
L : 219.992 - H : 279.993 - Couleur : Composite

107874- Folio : -- - Type : -- 07-12-04 09:19:59
L : 219.992 - H : 279.993 - Couleur : Composite

107874- Folio : -- - Type : -- 07-12-04 09:19:59
L : 219.992 - H : 279.993 - Couleur : Composite

107874- Folio : -- - Type : -- 07-12-04 09:19:59
L : 219.992 - H : 279.993 - Couleur : Composite