Colloque

UN PREMIER BILAN DE LA LOI DE SAUVEGARDE DES ENTREPRISES

Strasbourg, le 22 septembre 2006

LE TRAITEMENT DE LA PREVENTION : LE PARI DE LA CONCILIATION

Jean-Pierre WOLF, Juge Consulaire à Strasbourg
Claude-Maxime WEIL, Administrateur Judiciaire à Strasbourg

Plantons le décor en rappelant que la conciliation est régie par les dispositions de l'article L 611-1 et suivants du Code de Commerce.

La conciliation n'est pas une procédure collective.

Le législateur a voulu déjudiciariser la prévention pour mieux accompagner le chef d'entreprise face aux difficultés de son entreprise et l'inciter à utiliser ces nouvelles procédures.

En effet, depuis 20 ans, le discours est constant vis-à-vis du chef d'entreprise : on lui reproche de ne pas prendre assez en amont ses problèmes et le fait de retarder ce traitement des difficultés rend la situation de son entreprise irrémédiablement compromise.

En initiant cette nouvelle loi, le législateur a voulu rendre plus attractive la prévention pour inciter le chef d'entreprise à l'utiliser au mieux, et ce dès l'apparition des premières difficultés.

Rappelons brièvement les principales nouveautés contenues dans la loi.

1) <u>Nouveautés au profit de l'entreprise</u>

- Cette procédure bénéficie à toute personne ayant une activité commerciale ou artisanale, à toute personne morale de droit privé et à toute personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante (profession libérale) à l'exception toutefois des agriculteurs qui bénéficient d'une autre procédure spécifique.

- La conciliation bénéficie à toute entreprise ayant une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, qui n'est pas en cessation des paiements depuis moins de 45 jours.

- L'ouverture d'une procédure de conciliation rend impossible l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire - article L 631-5.

- Il n'y a pas de recours de tiers contre l'ouverture d'une procédure de conciliation.

Le champ d'application de la conciliation est donc extrêmement large et recouvre toute difficulté présente ou à venir. De plus, le législateur a voulu privilégier la notion d'anticipation.

2) Nouveautés au profit du Chef d'entreprise

- La conciliation est ouverte à la requête du seul chef d'entreprise - article L 611-6 - § 1.

- Le chef d'entreprise peut proposer un conciliateur à la désignation par le Président du Tribunal (L 611-6 - § 3).

- Le chef d'entreprise peut récuser le conciliateur (article 20 du décret du 28/12/2005).

- Le chef d'entreprise peut demander à ce qu'il soit mis fin sans délai à la mission du conciliateur (D. 30 du 28/12/2005).

- Le Président du Tribunal fixe les conditions de rémunération du conciliateur après avoir recueilli l'accord du chef d'entreprise - L 611-14.

- La procédure de conciliation est confidentielle mais néanmoins communiquée au Ministère Public - L 611-6.

- L'accord peut être ou non homologué par le Tribunal à la seule demande du débiteur.

Si le débiteur veut maintenir une confidentialité, il ne sera demandé aucune homologation, donc aucune publicité.

- L'accord homologué entraîne la levée de plein droit de l'interdiction d'émettre des chèques mise en œuvre du fait d'un rejet de chèque (L 611-10).
Il apparaît donc que la volonté du législateur est de favoriser la prévention en assurant au débiteur qu'il est maître de la procédure de conciliation du début à la fin.

3) Nouveautés à l'égard des créanciers

La procédure de conciliation ne permet pas la suspension provisoire des poursuites, mais simplement une possibilité pour le Président d'accorder des délais sur le fondement de l'article 1244 du Code Civil.

Un nouveau privilège est accordé aux créanciers de la procédure de conciliation - L 611-11 (privilège de la new money) en cas d'accord homologué par le Tribunal.

Si la conciliation échoue, ordre de paiement des diverses créances privilégiées :

Procédures de sauvegarde ou de redressement judiciaire	**Procédure de liquidation judiciaire**
- superprivilège des salaires - frais de justice antérieurs - privilège de conciliation - créances postérieures (*)	- superprivilège des salaires - frais de justice antérieurs - privilège de conciliation - créances garanties par des sûretés immobilières ou par des sûretés mobilières spéciales avec droit de rétention ou constituées en application du chapitre V du titre II du Livre V - créances postérieures (**)
(*) Sous réserve d'une déclaration aux organes de la procédure dans un délai d'un an à compter de la fin de la période d'observation. *(**) Sous réserve d'être déclarées aux organes de la procédure dans le délai de six mois à compter de la publication du jugement de liquidation judiciaire ou, à défaut, dans le délai d'un an à compter de celle du jugement arrêtant le plan de cession.*	

Les apports nouveaux ou autres que ceux consécutifs à une augmentation de capital en trésorerie, en nature, en fourniture d'un bien ou d'un service consenti pendant cette période font l'objet d'un privilège spécial si l'accord intervenu fait l'objet d'un jugement d'homologation et si la créance fait l'objet d'une déclaration de créance entre les mains du mandataire judiciaire - L 622-24.

La date de cessation des paiements ne peut être fixée avant le jugement d'homologation sauf fraude - L 631-8.

4) Nouveauté à l'égard des cautions, coobligés et garants

Le fait pour le dirigeant ou toute autre personne physique ou morale d'être caution était l'une des causes du non dépôt de bilan d'une entreprise ou du retard pris dans la décision. Le législateur a voulu corriger cette lacune.

Les articles 611- 8 à 10 précisent que les coobligés, cautions et garants autonomes peuvent se prévaloir des dispositions de l'accord homologué par le Tribunal.

Ainsi, pour favoriser la prévention, le législateur a mis en place un nouvel outil, laissant une plus grande initiative au chef d'entreprise, a initié un nouveau privilège pour les créanciers de la conciliation dit privilège de la new monnaie qui doit permettre d'assurer le coût des mesures nécessaires pour restructurer l'entreprise, enfin a prévu en cas d'homologation de la conciliation un avantage exceptionnel pour les cautions et coobligés.

Fort de ces considérations théoriques, qu'en est-il en pratique ?

Quels sont les critères déclencheurs de la décision du chef d'entreprise d'opter pour la procédure de conciliation ?

Quels sont les freins à la décision ?

Par qui et comment le chef d'entreprise est-il informé ?

Les personnes qui ont vocation à informer sont-elles formées et sont-elles convaincues de l'intérêt d'une telle procédure ?

Pour répondre à ces questions, nous sommes allés sur le terrain et avons interrogé les acteurs concernés.

Comme vous pourrez le constater, à l'écoute de la synthèse de notre enquête, le pari de la conciliation n'est peut-être pas là où on l'attend !

Cette enquête nous amène à faire 5 observations.

Première observation :

Nous n'avons pas pu tirer de conclusions statistiques au vu des procédures de conciliation ouvertes par la Chambre commerciale du TGI de Strasbourg, l'échantillon étant insuffisant puisque trois procédures ont été ouvertes depuis le 1er janvier 2006 ; 2 ont conclu à une impossibilité de concilier avec à la clef l'ouverture d'une procédure collective et 1 procédure est en attente de rapport.

A remarquer l'ouverture de 6 dossiers de mandat ad'hoc et de 16 dossiers sur alerte du Commissaire aux Comptes, chiffres non comparables à ceux des procédures collectives (RJ : 53, LJ : 282).

La lecture des différents rapports concernant ces affaires est toutefois édifiante dans la mesure où une première conclusion s'impose :

« on ne peut prétendre à l'issue favorable d'une procédure de conciliation si l'entreprise ne dispose pas d'une trésorerie suffisante pour proposer aux créanciers un plan d'apurement amiable du passif. »

Dans les dossiers analysés, la situation de trésorerie était catastrophique.

le marché de la conciliation est étroit (arithmétiquement et qualitativement).

En effet, la conciliation n'est pas adaptée à une entreprise déjà en difficulté qui, pour redresser sa situation, doit envisager une restructuration sociale qui ne peut être financée.

La conciliation paraît plus favorable à une entreprise saine qui doit gérer un problème ponctuel ou prévisible à court terme.

Deuxième observation :

Selon le Greffe de la Chambre Commerciale, le recours à la prévention et à la procédure de conciliation ne semble pas encore acquis car il constate une méconnaissance des dirigeants d'entreprise ou même de certains professionnels (avocats, experts-comptables) qui bien souvent avant de déposer une requête au Greffe, téléphone pour avoir des précisions sur les différentes procédures : conciliation, mandat ad'hoc, sauvegarde, ou redressement judiciaire.

En clair, la distinction n'est pas forcément faite entre les différentes procédures.

Question : si la Loi est méconnue, comment le conseil peut-il s'exercer efficacement ?

Comment dans ces conditions, mettre en avant les avantages du système ?

Il faut être conscient qu'heureusement, les entreprises en difficulté représentent une partie infimes de la clientèle d'avocats, experts comptables ou autres, de sorte que ces derniers souvent n'investissent pas dans l'approfondissement de la connaissance de ces procédures qui sont particulièrement complexes.

Troisième observation :

Le point dominant qui ressort de l'enquête est l'obstination du chef d'entreprise à ne pas admettre les réelles difficultés et même s'il les voit, il pense qu'elles ne sont que passagères et liées à la conjoncture, laquelle finira bien par lui être favorable.

Il ressort clairement que l'usage ne veut malheureusement pas que dans notre pays on consulte pour éviter des ennuis : on consulte quand les difficultés sont avérées et dans ce cas, la conciliation ne présente plus d'intérêt.

L'attitude est critiquable, mais culturellement ancrée et pas seulement chez les chefs d'entreprise ; ainsi, à titre d'illustration, quelle est la proportion d'entre nous qui, malgré les signes avant-coureurs, n'appellent le plombier que lorsque la fuite est constatée.

Le chef d'entreprise entrepreneur et joueur aura toujours du mal à constater, puis à avouer son échec à des tiers, notamment en matière judiciaire.

Le législateur, conscient de cette situation, a tenté de mettre en place la procédure de conciliation où le chef d'entreprise reste maître d'une désignation, voire de la récusation du conciliateur et malgré tous les avantages de la conciliation, notamment la caution en cas d'homologation, le chef d'entreprise n'ira pas « naturellement » au tribunal.

Il cherchera auprès de ses conseils des réponses à ses difficultés, mais reste seul à prendre la décision.

Le chef d'entreprise craindra toujours qu'un œil extérieur le remette en cause, ce qui est souvent le cas dans la mesure où le chef d'entreprise est le plus souvent un entrepreneur qui gère une entreprise en progression alors que là, il y a lieu souvent de gérer une entreprise en régression, ce qui, il faut le rappeler, est moins ludique.

Quatrième observation :

A supposer que le dirigeant s'appuyant sur des considérations subjectives et objectives, telle la défense de l'image de l'entreprise et la crainte de voir des marchés résiliés ou la clientèle se détourner, rejette la solution de facilité consistant à solliciter l'ouverture d'une procédure collective et s'oriente vers la sauvegarde ou la conciliation.

A supposer que l'entreprise n'ayant pas la trésorerie suffisante pour faire face à des paiements immédiats, permettant de résorber au moins partiellement le passif exigible, se considère en cessation de paiement et opte pour l'ouverture d'une procédure de conciliation.

A supposer donc que l'entreprise soit éligible à l'ouverture d'une telle procédure, notre enquête constate que l'issue de la conciliation est loin d'être acquise du fait même de l'attitude des créanciers qu'ils soient fournisseurs ou établissement financier.

En effet, on observe que les relations se sont déshumanisées, que les responsabilités se sont diluées, les interlocuteurs étant prisonniers de la norme qui devient le critère déterminant de la décision ; ainsi :

- tel banquier qui justifie son refus de négocier parce que la norme exige des fonds propres positifs et que ce n'est pas le cas

- ou tel fournisseur qui s'appuiera sur le fait qu'il a une assurance crédit qui couvre son risque client pour ne pas entrer en négociation arguant que même le dépôt de bilan de son client n'aura aucun impact sur sa trésorerie

- l'ouverture de la conciliation entraîne une crise de confiance avec ses partenaires, la confiance étant la matière première de l'entreprise
- individualisme des créanciers qui n'agissent qu'en fonction de leur seul intérêt.
- Les partenaires économiques de l'entreprise, notamment les étrangers, ne comprennent pas la différence subtile entre ces procédures.

Cinquième et dernière observation :

L'expert-comptable apparaît comme l'interlocuteur privilégié du chef d'entreprise et les remarques du style « j'ai un expert-comptable, je le paie, il n'a qu'à me dire ce qu'il faut faire » sont significatives de l'état d'esprit.

Reste que l'expert est plus confronté à une clientèle qui va bien plutôt qu'à celle qui éprouve des difficultés et qui reste marginale dans son fonds de commerce et qu'en conséquence, son expérience de conseil en prévention est donc limitée et il se trouve un peu démuni lorsque le cas se présente à lui.

Cet inconfort, partagé par d'autres professions de conseil, nous permet d'assister à une prise de conscience réelle du problème avec comme début de solution, la création sous le sigle CIP ALSACE du Centre d'Information sur la prévention des difficultés des entreprises qui est constitué par les instances professionnelles, des avocats, des Commissaires aux comptes, des Experts-comptables et des Compagnies des Juges Consulaires de la Région Alsace.

L'objectif est d'informer les chefs d'entreprise qui pressentent des difficultés ; les entretiens sont accordés à titre gratuit et sont confidentiels.

L'initiative doit être saluée, car elle va dans le bon sens. Encore, faudra-t-il qu'un marketing adapté soit développé afin de gommer les craintes du chef d'entreprise et l'inciter à aller s'informer.

En conclusion, au cours de notre enquête, nous avons rencontré au mieux de la prudence polie, au pire, un profond scepticisme avec en toile de fond, cette interrogation :

> *« Pourquoi y croire, alors que les conditions de mise en œuvre des dossiers sont hasardeuses. »*

La vraie question est donc de savoir pourquoi cette procédure qui vise tout de même à la prévention, n'a pour l'instant obtenu qu'un succès d'estime :

1) la loi est-elle simplement méconnue ? au quel cas, il faudra accentuer la communication à l'égard des prestataires des entreprises : experts-comptables, avocats et autres conseils pour qu'eux-mêmes soient en mesure d'en informer leurs clients, si nécessaire

2) la loi n'est-elle pas contraire aux mœurs de nos chefs d'entreprise qui s'obstinent généralement à relativiser les difficultés.

3) la prévention fait le constat de la situation et peut préconiser les remèdes : restructuration, investissements, … ; pour financer ce redressement la nouvelle Loi a institué la New Money. Pourquoi cela ne marche-t-il pas ?

Le pari de la conciliation est de donner une réponse positive à ces trois questions qui ne sont exclusives l'une de l'autre.

☞ **Réponse à la première question : la Loi est-elle simplement méconnue ?**

En ce qui concerne la réponse à cette question, nous avons vu que la prise de conscience par les prestataires de l'entreprise s'affirme et que des vecteurs de communication intéressants se mettent en place.

Nous dirons que le pari consiste à mettre en œuvre des actions de communication permanente tendant à faire évoluer les mentalités et à démontrer qu'une situation dégradée n'est pas irréversible et qu'une bonne pratique de la prévention est de nature à favoriser la pérennité de l'entreprise.

Il y aura lieu également de rendre acceptable l'idée que la prévention a un coût mais que ce coût en amont, permet d'éviter d'en supporter d'autres nettement supérieurs en aval.

Dans cet ordre d'idée, militer pour le développement d'une assurance spécifique destinée à gérer les crises aigues prévisibles des PME et prenant en charge les honoraires exceptionnels des accompagnants conseils, notamment les mandataires ad'hoc, les conciliateurs, les avocats et les experts-comptables, nous apparaît comme une piste sérieuse à suivre.

☞ **Réponse à la deuxième question :**

La réponse à la deuxième question est claire : non la Loi n'est pas contraire aux mœurs de nos chefs d'entreprise. Ce sont les comportements des dirigeants d'entreprise qui doivent évoluer en tenant compte de l'environnement, certes français, mais également de l'environnement international.

Rappelons que le Chef d'entreprise est par définition un entrepreneur, parfois un peu joueur et qu'il a confiance en lui ; donc, de faire appel à un tiers n'est par essence pas simple.

Nous estimons que lorsque le Chef d'entreprise aura réussi à mettre en adéquation les réalités du marché et les outils existants en amont des difficultés et là, nous pensons également à l'importance d'une formation professionnelle adaptée, les mentalités évolueront.

Toutefois, il existe un frein d'importance à cette évolution : c'est la mise en œuvre des outils et des remèdes adaptés, en ce sens que ce qui n'est pas satisfaisant, ce sont les modalités du financement de cette mise en œuvre, tel par exemple, le financement des coûts de restructuration.

C'est ce constat, qui suscite la troisième question et sa réponse.

☞ **Réponse à la troisième question : Pourquoi la conciliation, malgré ses nouveaux droits, ne répond pas toujours aux difficultés rencontrées par le chef d'entreprise ?**

- Le financement de la conciliation

Nous sommes dans l'hypothèse la plus favorable du chef d'entreprise conscient de ses problèmes, qui veut procéder à une restructuration de son entreprise grâce aux outils de la conciliation.

Pour financer ce redressement, la loi nouvelle a institué la new monnaie et après neuf mois de conciliation, au moins dans les tribunaux de la région, bien force est de constater que s'il y a eu des accords de conciliation, ils n'ont jamais été homologués et que les établissements financiers ne sont pas enclins à apporter des fonds nouveaux, même avec ce privilège.

- La résistance du banquier à la new money et son nouveau privilège

La banque est une société cotée et a donc des contraintes de rentabilité (dictat du cours de la bourse) mais surtout des contraintes réglementaires du type bâle II.

En effet, prêter à une entreprise en difficulté va imposer au banquier de se doter de fonds propres supplémentaires pouvant aller jusqu'à 45 % de la somme prêtée.

A titre d'exemple, un banquier devra avoir 85.000 € de fonds propres pour prêter 1 million d'euros à une entreprise de bonne qualité, et devra affecter 450.000 € de fonds propres pour prêter la même somme à une société mal cotée.

Bâle II sera applicable à partir de 2007 et rendra plus difficile le financement d'une société en conciliation.

- L'existence de système d'information commun à tout acteur économique, banque, assurance crédit, peuvent rapidement déqualifier l'entreprise.

La question est notamment posée sur la réaction de l'assureur crédit qui fait et défait le crédit inter-entreprise et qui absorbera la trésorerie résultant de l'accord amiable d'exigibilité de la créance ou qui risquera d'absorber la new monnaie.

De plus, l'utilisation d'outil d'analyse et de système expert d'aide à la décision communs a bon nombre de banques a tendance à uniformiser l'appréciation du risque et l'octroi de crédit.

De plus, pour obtenir ce privilège de la new monnaie, cela nécessite l'homologation du protocole et une publicité dudit protocole aux autres acteurs économiques et aux acteurs sociaux.

Or, cette publicité est incompatible avec la notion de « secret » des difficultés d'une entreprise, d'où la résistance à toute homologation dudit accord.

Curieusement, les banques alors même que l'homologation leur procurerait le privilège de la new money et l'impossibilité de remettre en cause la date de cessation des paiements antérieure au jour de l'homologation, acceptent dans la pratique des protocoles non homologués.

La banque ne croit pas au nouveau privilège qui lui est donné car le superprivilège prime évidemment la new money.

De plus, la banque veut exercer tout recours contre la caution et ne sera donc pas favorable à l'homologation.

Conclusion de l'intervention :

La conciliation dont la durée est limitée à cinq mois, s'avère en pratique très souvent précédée d'une procédure de mandat ad hoc pour éviter la contrainte du délai.

A la lecture du texte, on pouvait imaginer qu'il y aurait un véritable engouement pour des protocoles de conciliation homologués par le Tribunal dans la mesure où cela donnait une sûreté juridique à tous les actes de la période de conciliation.

Cela donnait un privilège nouveau au banquier ou toute autre personne qui favorisait cette conciliation par la new money.

Enfin, cela favorisait le chef d'entreprise qui pouvait se prévaloir des dispositions de l'accord homologué au titre de ses cautions.

Après neuf mois de pratique de la nouvelle loi, si on constate que la conciliation a permis effectivement d'accompagner le redressement de l'entreprise, bien force est de constater que les protocoles homologués par le Tribunal n'ont pas obtenu le succès escompté.

Il apparaît effectivement qu'en pratique les banques ne sont pas favorables à l'homologation car de fait, sauf exception, elles ne sont pas enclines à apporter de nouveaux financements et qu'elles préfèrent au contraire garder toute latitude envers les cautions.

Le chef d'entreprise n'est pas non plus favorable à l'homologation car il garde la culture du secret vis-à-vis des tiers en général, de ses propres salariés en particulier.

En effet, le Tribunal pour homologuer un accord devra entendre les instances représentatives du personnel (L 611-9).

Enfin, la conciliation n'apporte aucune solution aux difficultés résultant d'une éventuelle restructuration sociale.

Néanmoins, il y a lieu d'être optimiste en partant du principe qu'avec le temps, les conseils finiront pas se familiariser avec cette procédure, les chefs d'entreprise comprendront leur intérêt à prendre les problèmes en amont, mais il ne faut jamais oublier que ce ne sont que des outils et que c'est l'économie qui apportera la vraie solution au redressement de l'entreprise et non la loi.