

LA CONCILIATION

..... **Sandra Bienvenu**

Juriste à la Chambre de commerce et d'industrie de Paris

Remplaçant le règlement amiable, la procédure de conciliation, instituée par la loi du 26 juillet 2005, permet au chef d'entreprise de bénéficier de l'aide d'un professionnel avisé, appelé «conciliateur», pour «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» (article L. 611-7 du Code de commerce).

L'absence de dessaisissement du chef d'entreprise et la confidentialité au cours de la procédure, ainsi que le caractère essentiellement amiable des

négociations sont les traits marquants de cet outil.

Par ailleurs, cette procédure a vu son pouvoir d'attraction renforcé par la multitude d'améliorations que la loi lui a apportée, notamment pour inciter les créanciers à y participer et renforcer la portée des accords signés dans ce cadre. La conciliation allie ainsi le contractuel et le judiciaire en vue de parvenir à la conclusion d'un accord négocié et sécurisé.

PREMIÈRE PARTIE : OUVERTURE DE LA PROCÉDURE

ENTREPRISES CONCERNÉES

La conciliation est ouverte :

- ⇒ aux personnes, physiques ou morales, exerçant une activité commerciale ou artisanale ;
- ⇒ aux personnes morales de droit privé, même non commerçantes (sociétés civiles, associations, groupements d'intérêt économique,...) ;
- ⇒ et aux personnes physiques exerçant une activité pro-

fessionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé (article L. 611-5 du Code de commerce).

Seuls restent exclus du dispositif les exploitants agricoles qui sont soumis à un régime spécifique (sauf si l'entreprise agricole est constituée sous forme de société commerciale).

TRIBUNAL COMPÉTENT

La loi confère au président du tribunal une compétence exclusive pour ouvrir la conciliation.

Le président du tribunal de commerce (ou du tribunal de grande instance pour les personnes morales de droit privé non commerçantes et les personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante) territorialement compétent est celui dans le ressort duquel le débiteur :

- ⇒ a déclaré l'adresse de son entreprise ou de son activité, s'il s'agit d'une personne physique ;

- ⇒ a immatriculé son siège, s'il s'agit d'une personne morale.

À défaut de siège en territoire français, le tribunal compétent est celui dans le ressort duquel se trouve le centre principal des intérêts de l'entreprise en France.

Toutefois, pour les personnes morales qui ont transféré leur siège dans les six mois ayant précédé la demande, le président de la juridiction dans laquelle se trouvait le siège initial demeure seul compétent. Ce délai court à compter de l'inscription modificative au registre du commerce et des sociétés du siège initial.

CONDITIONS D'OUVERTURE

L'ouverture de la conciliation suppose la réunion :

- ⇒ **D'une condition positive, à savoir l'existence d'une «difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible».**

Cette rédaction est telle, qu'elle englobe toutes les difficultés auxquelles sont potentiellement confrontés les chefs d'entreprises. Les débats parlementaires citent, à titre d'exemple, les cas suivants : une incertitude majeure sur un contrat d'approvisionnement, une évolution prévisible du marché du produit fabriqué par l'entreprise, la perte d'un client important ou des difficultés d'ordre social.

Le demandeur n'a donc plus à attendre que la difficulté soit «avérée». Il lui suffit d'établir qu'elle est «prévisible», en produisant des comptes prévisionnels, des échanges de courriers ou tout autre document faisant ressortir les dif-

ficultés invoquées à l'appui de sa demande.

On notera également qu'avant la loi de 2005, il fallait, dans le cadre de l'ancien règlement amiable, que le demandeur démontre que ses difficultés ne pouvaient pas être couvertes par un financement adapté aux possibilités de l'entreprise ; aujourd'hui, cette condition a aussi disparu.

- ⇒ **Et d'une condition négative, à savoir l'absence d'un état de cessation des paiements «depuis plus de 45 jours» (article L. 611-4 C.com).**

Interprétée *a contrario*, cette disposition, pragmatique, ouvre le bénéfice de la conciliation aux entreprises qui sont en cessation des paiements de manière récente. Ce faisant, le législateur de 2005 a mis fin à des situations ou - *contra legem* - l'on accordait, en pratique, l'ouverture d'un règlement amiable à des entreprises en cessation des paiements au sens strict de la loi, à partir du moment où le passif

n'était pas exigé, notamment par les banques favorables à cette procédure. En effet, lorsque la cessation des paiements correspond à un incident de trésorerie grave mais passager, la situation est susceptible d'être traitée rapidement et confidentiellement par des négociations conduites dans le cadre de la conciliation.

Quant au délai de 45 jours, rappelons qu'il correspond au délai maximal au-delà duquel le dirigeant doit déclarer sa cessation des paiements et demander l'ouverture d'une procédure collective (redressement ou liquidation judiciaires), sous peine d'être passible de sanctions.

SAISINE ET DÉCISION DU TRIBUNAL

Comme le mandat ad hoc, la conciliation est à la seule disposition du chef d'entreprise : aucun créancier, aucun associé (même majoritaire), ni aucun tiers (ex. comité d'entreprise, commissaire aux comptes) ne peut l'initier. De même, le président du tribunal ne peut pas s'auto-saisir. Le chef d'entreprise peut même revenir sur sa décision en demandant au président du tribunal de mettre fin à la mission du conciliateur.

Le président du tribunal est saisi «par une requête du débiteur» qui lui est adressée ou remise, en pratique via le greffe.

Nota Bene : Le terme de «débiteur» a remplacé, dans les textes, celui de «représentant de l'entreprise» pour tenir compte du fait, d'une part, que l'entreprise peut se trouver en état de cessation des paiements et, d'autre part, que cette procédure peut-être demandée par un professionnel libéral.

✦ CONTENU DE LA REQUÊTE

Le demandeur doit motiver sa demande, en exposant dans la requête «sa situation économique, sociale et financière, ses besoins de financement ainsi que, le cas échéant, les moyens d'y faire face» (article L. 611-4 C.com).

La partie règlementaire du Code de commerce fixe précisément la liste des pièces qui doivent accompagner la requête :

- 1 - Un extrait d'immatriculation au RCS ou au répertoire des métiers ou, le cas échéant, le numéro unique d'identification ;
- 2 - L'état des créances et des dettes accompagné d'un échéancier ainsi que la liste des principaux créanciers ;
- 3 - L'état actif et passif des sûretés ainsi que celui des engagements hors bilan ;
- 4 - Les comptes annuels, le tableau de financement, ainsi que la situation de l'actif réalisable et disponible, valeurs d'exploitation exclues, et du passif exigible des trois derniers exercices, si ces documents ont été établis.

S'il y a lieu, la requête doit également préciser la date de cessation des paiements.

Nota bene : Il s'agit d'une information primordiale, que le demandeur devra étayer, en joignant à la requête tous les éléments qui prouvent que l'état de cessation des paiements date de moins de 45 jours.

Lorsque le débiteur exerce une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, elle doit mentionner l'ordre professionnel ou l'autorité dont il relève.

Enfin, lorsque le débiteur propose un conciliateur à la désignation du président du tribunal, il doit indiquer son identité et son adresse.

✦ CONVOCATION

Dès réception de la demande, le président du tribunal fait convoquer, par le greffier, le représentant légal de la personne morale débitrice ou le débiteur personne physique pour recueillir ses explications.

Comme pour le mandat ad hoc, l'audience se tient très rapidement après le dépôt de cette demande. Le chef d'entreprise peut s'y présenter seul ou assisté de son avocat.

✦ POUVOIRS D'INVESTIGATION DU PRÉSIDENT

Si le président du tribunal considère que les informations dont il dispose sont insuffisantes, il peut faire usage des pouvoirs d'investigation qui lui sont attribués dans le cadre de la procédure d'alerte pour obtenir davantage de renseignements sur la situation économique et financière du débiteur. Plus précisément, il peut, «nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire», interroger «les commissaires aux comptes, les membres et représentants du personnel, les administrations publiques, les organismes de sécurité et de prévoyance sociales ainsi que les services chargés de la centralisation des risques bancaires et des incidents de paiement» (article L. 611-2 C.com).

Il peut aussi, dans le même but, s'adresser directement aux établissements bancaires ou financiers du débiteur sans que ces deniers puissent lui opposer le secret bancaire.

Enfin, le président du tribunal peut charger un expert de son choix d'établir un rapport sur la situation économique, sociale et financière du débiteur.

Nota Bene : Il s'agit pour le magistrat d'avoir une image aussi exacte que possible de la situation économique et financière de l'entreprise et, notamment, de vérifier qu'elle n'est pas en situation de cessation des paiements depuis plus de 45 jours, auquel cas elle relèverait obligatoirement de la procédure de redressement, voire de la liquidation judiciaire.

❖ DÉCISION DU PRÉSIDENT DU TRIBUNAL

Le président de la juridiction statue sur la requête par voie d'ordonnance.

Celle-ci est notifiée au requérant et au conciliateur par le greffier. En cas de désignation d'un conciliateur, cette notification reproduit les dispositions du code de commerce relatives aux modalités de récusation, par le débiteur, du professionnel désigné par le président du tribunal (voir ci-dessous).

Le conciliateur fait connaître «sans délai» au président du tribunal son acceptation ou son refus. En cas d'acceptation, il lui adresse l'attestation sur l'honneur relative à l'absence d'incompatibilités, prévue à l'article L. 611-13 du code de commerce.

Par ailleurs, la décision ouvrant la conciliation est commu-

niquée au ministère public. Lorsque le demandeur exerce une profession libérale organisée, elle est également communiquée à l'ordre professionnel ou à l'autorité compétente dont il relève, le cas échéant.

On notera cependant qu'afin de préserver la confidentialité, l'ordonnance n'est pas publiée. De même, aucune mention relative à l'ouverture d'une conciliation n'est portée, au RCS ou au répertoire des métiers, sur l'extrait d'immatriculation (extrait Kis ou extrait K) du demandeur.

❖ VOIES DE RECOURS

L'ordonnance ouvrant la conciliation n'est pas susceptible de recours (article L. 611-6, alinéa 4 du Code de commerce), cela afin de ne pas bloquer la procédure.

Si, en revanche, la demande du débiteur est rejetée par le tribunal, l'article R. 611-26 lui ouvre la possibilité d'interjeter appel de l'ordonnance dans un délai de 10 jours à compter de sa notification.

Le président du tribunal peut alors, dans un délai de 5 jours à compter de cette déclaration d'appel, modifier ou rétracter sa décision ; dans ce cas, le greffier notifie la décision au débiteur. Dans le cas contraire, le dossier d'appel est transmis au greffe de la cour d'appel.

CHOIX ET STATUT DU CONCILIATEUR

❖ Choix du conciliateur

Si c'est le président du tribunal qui, en vertu de son pouvoir souverain, arrêtera le nom du professionnel chargé de cette mission de conciliateur, on notera que - contrairement au mandat ad hoc - la loi reconnaît expressément au débiteur le droit de proposer au tribunal le nom d'un conciliateur (article L. 611-6 C.com). En effet, la procédure de conciliation étant fondée sur la réussite des négociations entre les parties, l'existence d'une relation de confiance entre le débiteur et le conciliateur est essentielle.

Le conciliateur est toujours un professionnel qui dispose de l'expérience, de l'indépendance et de l'autorité nécessaires vis-à-vis des tiers. Il s'agit le plus souvent d'un administrateur judiciaire. Ce peut être aussi un mandataire judiciaire ou un ancien magistrat consulaire.

❖ Statut du conciliateur - Récusation

Les dispositions relatives aux incompatibilités, à la rémunération et à l'obligation de confidentialité étant communes au conciliateur et au mandataire ad hoc, on se reportera sur ces points au «Mode d'emploi» que le précédent numéro de l'OCED a consacré au mandat ad hoc (n°31, décembre 2007).

Seules seront donc abordées ci-dessous, les dispositions relatives à la récusation du conciliateur qui sont spécifiques à la procédure de conciliation (articles R. 611-27 à R. 611-34 du Code de commerce).

La loi ouvre en effet au débiteur le droit de demander la récusation du conciliateur si ce dernier se trouve dans l'une des situations suivantes :

- 1 - Il a, directement ou indirectement, un intérêt personnel à la procédure ;
- 2 - Il existe un lien direct ou indirect, quelle qu'en soit la nature, entre le conciliateur et l'un des créanciers ou l'un des dirigeants ou préposés de celui-ci ;
- 3 - Il existe une cause de défiance entre le conciliateur et le débiteur ;
- 4 - Il est dans l'une des situations d'incompatibilité visées à l'article L. 611-13 ;
- 5 - Il a été définitivement radié ou destitué d'une profession réglementée

La demande de récusation doit être formée dans les quinze jours de la notification de la décision désignant le conciliateur, par acte remis au greffe ou par une déclaration consignée par le greffier dans un procès-verbal. Elle doit être motivée et, le cas échéant, accompagnée des pièces propres à la justifier. Elle suspend la procédure jusqu'à ce qu'une décision définitive statue.

La récusation est notifiée par le greffier au conciliateur qui peut y acquiescer, auquel cas il est remplacé sans délai. Le conciliateur peut également ne pas répondre ou exposer les motifs pour lesquels il s'oppose à la récusation : la demande est alors examinée par le président du tribunal,

qui statue par voie d'ordonnance.

Enfin, le débiteur peut exercer un recours contre la déci-

sion qui rejette sa demande de récusation, devant le premier président de la cour d'appel, dans un délai de 10 jours à compter de la notification.

DURÉE DE LA CONCILIATION

L'ordonnance qui ouvre la conciliation en fixe la durée. En principe, celle-ci ne doit pas excéder quatre mois. Toutefois, le président du tribunal peut, par une décision motivée, proroger la mission du conciliateur d'un mois au plus à la demande de ce dernier (art. L. 611-6 C.com). **La durée maximale de la procédure s'établit ainsi à cinq mois.**

Nota bene : Cette limitation dans le temps conduit parfois les praticiens à utiliser, dans un premier temps du moins,

le mandat ad hoc, dont la durée est librement fixée par le président du tribunal de commerce, en tant que phase préparatoire à la conciliation, mais à la seule condition que l'entreprise ne soit pas en cessation des paiements.

À l'expiration de cette période, la mission du conciliateur et la procédure prennent fin de plein droit. En tout état de cause, les textes prévoient que le président met fin, «sans délai», à la procédure de conciliation, si le débiteur en fait la demande (art. R. 611-37 C.com).

SECONDE PARTIE : DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE

MISSION DU CONCILIATEUR

La mission du conciliateur est définie par la loi, l'article L. 611-7 disposant que son rôle est de «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». Le texte prévoit également que le conciliateur peut «présenter toute proposition se rapportant à la sauvegarde de l'entreprise, à la poursuite de l'activité économique et au maintien de l'emploi».

❖ UNE MISSION À GÉOMÉTRIE VARIABLE

Compte tenu de la diversité des difficultés (juridiques, économiques ou financières), qui peuvent présider à l'ouverture d'une conciliation, le contenu de la mission du conciliateur dépend, en pratique, des circonstances particulières de l'espèce et des besoins propres de l'entreprise.

D'une manière générale, le conciliateur est un «facilitateur» : son rôle consiste à rétablir un climat de confiance entre le chef d'entreprise et ses partenaires, puis à assister les parties en présence afin qu'elles parviennent à élaborer un accord, dont les termes seront acceptables par les créanciers et/ou les partenaires, tout en garantissant la pérennité de l'exploitation.

❖ ILLUSTRATION CONCRÈTE

Dans les faits, le professionnel aide le dirigeant :

⇒ À établir ou à affiner le diagnostic des difficultés auxquelles il est confronté :

En pratique, le chef d'entreprise et le conciliateur se seront déjà rencontrés, une voire plusieurs fois, en amont de la décision d'ouverture de la conciliation et auront donc largement discuté de ces difficultés avant même le début de la procédure.

⇒ À définir la liste des partenaires (créanciers publics, banques, fournisseurs, clients, bailleur, salariés...) de l'entreprise avec lesquels un accord doit être trouvé :

Cette première phase qui consiste à délimiter le périmètre des négociations est délicate. En effet, il s'agit, d'un côté, de ne pas compromettre le crédit de l'entreprise en ébruissant trop largement ses difficultés et, de l'autre, de régler le plus complètement possible les problèmes auxquels elle est confrontée en s'assurant du concours de ses principaux partenaires...

Le débiteur et le conciliateur établissent cette liste en toute liberté : ils peuvent, par exemple, décider de ne négocier qu'avec les établissements financiers ou avec les seuls créanciers publics, ou encore ne contacter que les

fournisseurs dont la créance dépasse un certain montant.

⇒ **À mettre au point un projet de solution ;**

Le plus souvent, le dirigeant - assisté de son service comptable, financier ou juridique et de son expert comptable, selon le cas- prépare en relation avec le conciliateur un projet qui pose les bases des futures négociations.

Si les difficultés sont essentiellement d'ordre financier, il s'agira le plus souvent d'établir un projet de plan de restructuration de la dette et un plan de financement prévisionnel satisfaisant à court et à moyen terme (voir ci-après le contenu de l'accord). Dans les autres cas, les solutions étudiées consisteront en un projet d'accord transactionnel avec le ou les partenaires concernés en vue de mettre fin au litige.

⇒ **À négocier, sur la base de ce projet, avec ses partenaires lors de rendez-vous individuels et/ou de réunions afin de parvenir à un accord dans les meilleurs délais;**

Les négociations se déroulent sur la base du projet préparé en amont par le dirigeant et le conciliateur. Il est, en pratique, confronté aux propositions que les **partenaires financiers** ou non de entreprise ont également préparé, de leur côté, en vue de ces réunions.

Quant aux **fournisseurs**, ils se voient en général adresser une lettre dans laquelle le conciliateur :

- leur expose la situation de l'entreprise, les raisons de son intervention et le contenu de sa mission ;

- leur présente les avantages attachés à la conciliation et, à l'inverse, les risques éventuels à ne pas y participer (perspective d'une procédure collective dans le cadre de laquelle ils seraient moins bien désintéressés, possibilité de se voir imposer un délai de 24 mois par le président du tribunal de commerce, perte d'un client en cas de liquidation judiciaire ...);

- puis, leur soumet un protocole d'accord prévoyant des remises et/ou des délais de paiement, qu'ils sont priés de retourner par écrit.

En présence de **créanciers publics**, le débiteur (assisté du conciliateur) doit saisir la **CCSF**, c'est-à-dire la Commission des chefs des services financiers et des représentants des organismes de sécurité sociale et de l'assurance chômage auprès de laquelle les négociations se dérouleront⁽¹⁾.

Les talents de négociateur, la force de persuasion et l'expérience du conciliateur sont, dans cette phase, les clés de la réussite de la procédure.

⇒ **Enfin, à formaliser les termes des accords qui ont pu être trouvés.**

Ni la forme, ni le contenu des clauses de l'accord de conciliation ne sont posées par la loi. Ainsi, en fonction de l'objet de la mission et de l'étendue des négociations (simples délais, accord transactionnel pour mettre fin à un litige ou restructuration complète de l'entreprise), le document qui formalise l'accord de conciliation sera succinct ou comportera une centaine de pages...

De même, l'accord pourra être composé d'un document unique ou d'une sorte de compte rendu de la procédure, auquel seront annexés plusieurs protocoles d'accords signés individuellement par des fournisseurs, des banquiers ou tout autre partenaire.

Selon les cas, il sera signé par le dirigeant et l'un seulement de ses partenaires ou par des parties en plus grand nombre.

Au cours de la procédure, le conciliateur rend compte au président du tribunal de l'état d'avancement de sa mission et formule toutes observations utiles sur les diligences du débiteur.

POUVOIRS DU CONCILIATEUR

Bien qu'il tienne son mandat de l'autorité judiciaire et qu'il ouvre, dans le respect de la loi, sous surveillance de la justice, **le conciliateur dispose de peu de pouvoirs légaux**, aussi bien à l'égard du débiteur que vis-à-vis des créanciers et partenaires de l'entreprise.

♣ À L'ÉGARD DU DÉBITEUR

Comme le mandat ad hoc, la conciliation se caractérise par **l'absence totale de dessaisissement du chef d'entreprise** : le conciliateur n'a aucunement le pouvoir d'intervenir dans la gestion de l'entreprise. Il assiste le chef d'entreprise, mais ne le remplace pas. Au demeurant, le débiteur

peut, à tout moment, **récusé** le conciliateur ou mettre fin à la procédure en en faisant la demande au président du tribunal (voir ci-dessus).

Cela étant, la loi accorde au conciliateur **le pouvoir de s'informer**, en précisant qu'il peut «obtenir du débiteur tout renseignement utile» en vue de l'accomplissement de sa mission (art. L. 611-7, al. 2). Dans le même esprit les textes prévoient que le président du tribunal lui communique les renseignements qu'il a réunis en amont de l'ouverture de la procédure et, le cas échéant, les résultats de l'expertise qu'il a diligentée.

Nota bene : le dirigeant qui a lui même demandé l'ou-

(1) Le prochain Mode d'emploi de la lettre de l'OCED sera consacré aux remises de dettes que peuvent consentir les créanciers publics.

verture de la procédure a tout intérêt à communiquer au conciliateur tous les renseignements nécessaires à l'établissement du diagnostic de la situation de son entreprise. Dans les faits, cette communication se déroule dans un climat de confiance et de transparence.

Surtout, et comme on l'a écrit ci-dessus s'agissant de la mission du conciliateur, la loi dispose que le **conciliateur peut «présenter toute proposition se rapportant à la sauvegarde de l'entreprise, à la poursuite de l'activité économique et au maintien de l'emploi»**. Ce faisant, les textes lui reconnaissent un **pouvoir d'initiative et un rôle actif dans l'accomplissement de sa mission**. De surcroît, le conciliateur qui se heurterait à une opposition injustifiée du débiteur peut demander au président du tribunal de mettre fin à sa mission, «lorsqu'il estime indispensables les propositions qu'il fait au débiteur et que ce dernier les rejette» (art. L. 611-7 C.com).

❖ À L'ÉGARD DES CRÉANCIERS ET PARTENAIRES DE L'ENTREPRISE

Les pouvoirs coercitifs auxquels le conciliateur peut recourir étant très restreints, la réussite de la conciliation repose essentiellement sur ses compétences professionnelles, notamment sur le pouvoir de persuasion qu'il en tire et sur ses talents de négociateurs.

À ces qualités, s'ajoutent les dispositions favorables aux partenaires de l'entreprise que le législateur de 2005 a instituées en vue d'accroître l'attractivité de cet outil.

❖ DES POUVOIRS COERCITIFS RESTREINTS

La loi de 2005 a supprimé la possibilité -qui existait dans l'ancien règlement amiable- pour le conciliateur, de **demander** au président du tribunal de prononcer **une mesure générale de suspension provisoire des poursuites** en vue de favoriser l'issue de la procédure.

***Nota bene** : on sait que cette faculté était peu utilisée par les praticiens, parce qu'elle était nécessairement assortie d'une publicité et réduisait donc à néant le caractère confidentiel de la procédure. Cela étant, la possibilité de faire prononcer le gel des poursuites présentait une utilité certaine, en ce qu'elle pouvait être présentée comme une menace face aux créanciers susceptibles de compromettre les négociations. Dans la même logique, le conciliateur peut aujourd'hui, dans le cadre de la loi de 2005, invoquer le recours à la procédure sauvegarde, dont le jugement d'ouverture emporte, de plein droit, suspension provisoire des poursuites exercées par les créanciers antérieurs.*

Le conciliateur dispose cependant du **pouvoir de neutraliser les poursuites individuelles**. L'article L. 611-7, al. 5 du Code de commerce prévoit en effet que «si, au cours de la procédure, le débiteur est poursuivi par un créancier, le juge (...) peut, à la demande du débiteur et après avoir été éclairé par le conciliateur, faire application des articles 1244-1 à 1244-3 du code civil», c'est-à-dire reporter ou rééchelonner les paiements des sommes dues dans la limite de vingt-quatre mois. Le juge peut également, sur le fon-

dement de ces articles, prescrire que les sommes reportées porteront intérêt à un taux réduit qui ne peut être inférieur au taux légal. Enfin, il peut subordonner ces mesures à l'accomplissement, par le débiteur, d'actes propres à garantir le paiement de la dette.

La partie réglementaire du Code de commerce précise que le débiteur poursuivi assigne le créancier poursuivant devant le président du tribunal qui a ouvert la procédure de conciliation. La demande est alors portée à la connaissance de la juridiction saisie de la poursuite, qui surseoit à statuer jusqu'à la décision se prononçant sur les délais.

La décision du juge suspend les procédures d'exécution qui auraient été engagées par le créancier. Enfin, les majorations d'intérêts ou de pénalités encourues à raison du retard, cessent d'être dues pendant le délai qu'il fixe.

❖ DES DISPOSITIONS INCITATIVES

Outre la crainte de voir la conciliation évoluer en redressement, voire en liquidation judiciaire, et le risque de se voir imposer individuellement des délais de paiement, **les créanciers sont incités à participer à la conciliation par les mesures suivantes :**

⇒ **L'impossibilité pour le juge - dans l'éventualité d'une procédure collective ultérieure - de reporter la date de cessation des paiements** à une date antérieure à la décision définitive d'homologation et donc de remettre ultérieurement en cause les actes passés en vue de l'accord (garanties...), sauf en cas de fraude.

⇒ **La création d'un nouveau privilège, dit de «new money»** : les partenaires qui réaffirment leur confiance en l'entreprise, en lui apportant de l'argent frais ou en acceptant de lui fournir de nouveaux biens ou services, bénéficient d'un privilège dans le cas où l'entreprise est par la suite en redressement ou en liquidation judiciaire.

L'article L. 611-11 du Code de commerce dispose en effet qu'«en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire subséquente, les personnes qui avaient consenti, dans l'accord homologué (...), un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité sont payées, pour le montant de cet apport, par privilège avant toutes créances nées antérieurement à l'ouverture de la conciliation (...). Dans les mêmes conditions, les personnes qui fournissent, dans l'accord homologué, un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité sont payées, pour le prix de ce bien ou de ce service, par privilège avant toutes créances nées avant l'ouverture de la conciliation».

***Nota bene** : ce privilège de "new money" ne s'applique pas aux apports consentis par les actionnaires et associés du débiteur dans le cadre d'une augmentation de capital. De plus, les créanciers signataires de l'accord ne peuvent bénéficier directement ou indirectement de cette disposi-*

tion au titre des concours antérieurs à l'ouverture de la conciliation.

Ce dernier avantage ainsi que l'impossibilité de remonter la date de cessation des paiements, sont liés au jugement d'homologation : ils ne s'appliquent pas lorsque la procédure se termine par un simple constat d'accord.

On citera également la limitation des actions en responsabilité civile engagées à l'encontre des fournisseurs et des établissements financiers sur le fondement d'un soutien abusif qui devrait les encourager à s'engager dans le cadre de la prévention.

Enfin, une des mesures phare de la loi de sauvegarde a consisté à autoriser les créanciers publics à s'impliquer davantage dans le traitement des difficultés des entreprises. Ainsi, comme en sauvegarde - mais pas en mandat ad hoc - les créanciers publics, c'est-à-dire les administrations financières (la direction générale de la comptabilité publique, l'administration des douanes, la direction générale des impôts), les organismes de sécurité sociale, les insti-

tutions gérant le régime d'assurance chômage et les institutions de protection sociale agricole **sont autorisés à consentir**, non seulement des remises sur les majorations et pénalités de retard, mais aussi **des remises de dettes dans le cadre de la conciliation**.

En effet, l'article L. 611-7, al. 3. du Code de commerce renvoie à l'article L. 626-6 du même Code, au terme duquel ces administrations peuvent accepter «concomitamment à l'effort consenti par d'autres créanciers, de remettre tout ou partie de ses dettes au débiteur dans des conditions similaires à celles que lui octroierait, dans des conditions normales de marché, un opérateur économique privé placé dans la même situation». Il est donc possible d'obtenir une remise de l'ensemble des impôts directs perçus au profit de l'État et des collectivités territoriales ainsi que des produits divers du budget de l'État dus par le débiteur. S'agissant des impôts indirects perçus au profit de l'État et des collectivités territoriales «seuls les intérêts de retard, majorations, pénalités ou amendes peuvent faire l'objet d'une remise».

CONTENU DE L'ACCORD

Quelle que soit la nature des difficultés qui ont conduit à l'ouverture de la conciliation, l'accord doit, selon les termes de la loi, «y mettre fin».

Lorsque ces difficultés sont essentiellement de nature financière, l'accord conclu entre le débiteur et ses principaux créanciers (banquiers, créanciers publics, fournisseurs...) comporte principalement des délais de paiement, des rééchelonnements et/ou de remises de dettes. Il peut aussi contenir des clauses relatives à la restructuration du passif de l'entreprise : conversion de dettes à court terme en moyen terme, conversion des créances en titres de capital... Au-delà, si les pourparlers ont permis de convaincre les créanciers à renouveler leur confiance dans l'avenir de l'entreprise en lui accordant de nouveaux concours financiers, l'accord fixera le montant et les modalités de ces apports d'argent frais (également connu sous le nom de «new money»).

Les accords peuvent être plus larges et porter -au-delà de l'aspect strictement financier- sur diverses mesures de restructuration industrielle, financière et sociales: cession de branches d'activités, fermetures de sites, redéploiement du personnel, augmentation du capital ou entrée dans le capital de nouveaux investisseurs, etc.

Dans certains cas, l'accord de conciliation se rapproche ainsi, dans les faits, à un plan de sauvegarde, voire à un plan de redressement judiciaire.

Au contraire, dans d'autres hypothèses, l'accord est très circonscrit : tel est le cas, par exemple, lorsque la conciliation est destinée à mettre fin à une difficulté importante au point de justifier le recours à la conciliation, mais ponctuelle et n'impliquant qu'un seul ou un nombre réduit de partenaires de l'entreprise (différend avec un bailleur, un fournisseur ou un prestataire de services...)

SORT DE L'ACCORD

La loi prévoit alternativement, un simple constat de l'accord par le président du tribunal ou son homologation par le tribunal.

Tandis que le constat présente le double avantage de la simplicité et de la confidentialité, le recours à l'homologation ébruite nécessairement l'existence de la procédure mais renforce considérablement les effets de l'accord de conciliation (voir ci-dessus). Le choix entre ces deux modes

de sortie de la procédure revient, peu ou prou, à privilégier la confidentialité ou la sécurité juridique.

Le principe est que le débiteur seul peut choisir entre l'un ou l'autre de ces deux dénouements. Cela étant, les avantages attachés à l'homologation peuvent conduire les créanciers de l'entreprise à subordonner leur aide à l'homologation de l'accord, auquel cas le débiteur ne sera plus maître de son choix⁽²⁾.

(2) Pourtant, tel ne semble pas être le cas actuellement puisque, par exemple, au Tribunal de commerce de Paris, moins d'une conciliation sur dix aboutit à une homologation.

❖ CONSTAT ET CONFIDENTIALITÉ...

➤ Modalités et conditions

Le président du tribunal est simplement saisi sur requête conjointe des parties. Il statue au vu de l'accord qui lui est transmis par les signataires et d'une déclaration certifiée du débiteur attestant qu'il ne se trouvait pas en cessation des paiements lors de la conclusion de l'accord ou que ce dernier y met fin.

Sans qu'il y ait lieu à une audience, le magistrat rend, dans les plus brefs délais, une ordonnance qui constate l'accord et lui donne force exécutoire. La déclaration certifiée du débiteur lui est annexée. Cette décision met également fin à la procédure de conciliation et à la mission du conciliateur.

➤ Effets

Les effets de l'accord qui est seulement constaté sont limités, dans la mesure où il n'a de force exécutoire qu'entre ses signataires. À leur égard, il suspend toutes actions en justice et toutes poursuites individuelles, pour les créances concernées par l'accord et pour sa durée.

Nota Bene : les créanciers non signataires peuvent, en tout état de cause, se voir imposer des délais de paiement de deux ans maximum, en application du droit commun et, en l'occurrence, des articles 1244-1 à 1244-3 du Code civil.

➤ Publicité et voies de recours

L'accord et ses annexes sont déposés au greffe, mais celui-ci ne peut en délivrer copie qu'aux parties elles-mêmes ou aux personnes qui peuvent se prévaloir de l'accord.

L'ordonnance constatant l'accord n'est pas soumise à publication et n'est susceptible d'aucun recours : la confidentialité est donc préservée, mais les avantages liés à l'homologation ne sont pas accordés...

❖ ...OU HOMOLOGATION ET SÉCURITÉ

À la demande du débiteur, le tribunal peut être amené à homologuer l'accord.

➤ Modalités et conditions de l'homologation

L'homologation est beaucoup plus formelle que le constat. Elle est précédée par une audience qui se déroule devant le tribunal, en chambre du conseil.

À cette fin, le greffe du tribunal doit entendre et convoquer les personnes suivantes : le débiteur, les parties à l'accord, les représentants du comité d'entreprise ou les délégués du personnel, le conciliateur, le ministère public, l'ordre professionnel (le cas échéant) et, plus généralement, toute personne dont l'audition lui paraît utile.

Nota bene : toutes ces personnes peuvent, avant l'audience, prendre connaissance de l'accord qui est déposé au greffe.

Le tribunal ne peut homologuer l'accord que si les trois

conditions suivantes sont réunies :

- le débiteur n'est pas en cessation des paiements ou l'accord conclu y met fin ;
- les termes de l'accord sont de nature à assurer la pérennité de l'activité de l'entreprise ;
- l'accord ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers non signataires, sans préjudice de l'application qui peut être faite des articles 1244-1 à 1244-3 du code civil.

➤ Effets du jugement d'homologation

En plus de l'impossibilité de reporter la date de cessation des paiements, de l'octroi d'un privilège aux créanciers qui soutiennent l'entreprise et de la limitation des actions en responsabilité civiles, étudiés ci-dessus, le jugement d'homologation de l'accord produit les effets suivants :

- Il suspend, pendant la durée de son exécution, toute action en justice et toute poursuite individuelle, tant sur les meubles que les immeubles du débiteur, en vue d'obtenir le paiement des créances qui en font l'objet. Il suspend, pour la même durée, les délais impartis aux créanciers parties à l'accord à peine de déchéance ou de résolution des droits afférents aux créances mentionnées par l'accord.
- Il entraîne la levée de plein droit de toute interdiction d'émettre des chèques conformément à l'article L. 131-73 du code monétaire et financier, mise en œuvre à l'occasion du rejet d'un chèque émis avant l'ouverture de la procédure de conciliation.

Les dispositions réglementaires précisent que le débiteur doit justifier de la levée de l'interdiction d'émettre des chèques auprès de l'établissement de crédit qui est à l'origine de cette mesure par la remise d'une copie du jugement homologant l'accord, à laquelle il joint un relevé des incidents de paiement. Cet établissement doit ensuite informer la Banque de France de la levée de cette interdiction aux fins de régularisation.

- Les coobligés et les personnes ayant consenti un cautionnement ou une garantie autonome peuvent se prévaloir des dispositions de l'accord homologué. En clair, **le chef d'entreprise qui aura su négocier des délais de paiement et/ou des remises avec ses créanciers en bénéficiera à titre personnel en tant que caution.**

Nota bene : là encore, indépendamment du jugement d'homologation, les créanciers qui n'ont pas participé au tour de table ou n'ont pas donné leur accord peuvent se voir imposer des délais de paiement de deux ans maximum, conformément au droit commun (voir ci-dessus).

➤ Publicité et voies de recours

Le jugement statuant sur l'homologation de l'accord est notifié par le greffier au débiteur et aux créanciers signataires de l'accord. Il est communiqué au conciliateur et au ministère public.

S'il s'agit d'un jugement d'homologation (et non de rejet), il est déposé au greffe où tout intéressé peut

en prendre connaissance. Il ne reproduit pas le contenu de l'accord, mais fait état des garanties et privilèges constitués en vue d'en assurer l'exécution et mentionne les montants garantis par le privilège de conciliation. Ce jugement fait ensuite l'objet d'une mesure de **publicité dans un journal d'annonces légales** (qui mentionne son dépôt au greffe et la possibilité de le consulter) **et d'un avis au BODACC.** Il est susceptible de tierce opposition dans le

délai de dix jours. Enfin, lorsque le débiteur est soumis au contrôle légal de ses comptes, l'accord homologué est transmis à son commissaire aux comptes.

Le jugement qui rejette l'homologation peut, quant à lui, être frappé d'appel : dans ce cas, l'appel est formé, instruit et jugé selon les règles propres à la procédure en matière gracieuse. Toutefois, les parties sont dispensées du ministère de l'avocat ou de l'avoué.

ÉCHEC DE LA CONCILIATION

❖ IMPOSSIBILITE DE PARVENIR À UN ACCORD

En cas d'impossibilité de parvenir à un accord, le conciliateur présente sans délai un rapport au président du tribunal dans lequel il précise si le débiteur est en cessation des paiements. **Le président du tribunal met fin à sa mission et à la procédure de conciliation.** Sa décision est notifiée au débiteur.

L'avenir de l'entreprise sera ensuite fonction des raisons qui ont fait échouer la conciliation.

Dans les cas où cet échec est imputable à la résistance d'un ou plusieurs créanciers, il peut être opportun de recourir à l'ouverture d'une procédure qui les soumettra à une discipline collective.

Ainsi, en l'absence de cessation des paiements, le **passage à la procédure de sauvegarde** permettra, à l'instar de la technique américaine du «cram down», de contraindre les créanciers récalcitrants à se soumettre aux décisions adoptées par la majorité d'entre eux dans le cadre de ces comités.

En revanche, lorsque les conditions d'ouverture de la sauvegarde ne sont pas réunies, c'est-à-dire en pratique en cas de cessation des paiements, une solution peut être recherchée dans le cadre de la procédure de **redressement judiciaire.**

Enfin, si les analyses menées par le conciliateur -et le débiteur- révèlent qu'aucune solution de sauvetage n'est possible, la **liquidation judiciaire** s'impose.

❖ INEXÉCUTION DES ENGAGEMENTS

Saisi par l'une des parties à l'accord homologué, **le tribunal, s'il constate l'inexécution des engagements résultant de cet accord, prononce la résolution de celui-ci ainsi que la déchéance de tout délai de paiement accordé.** Les créanciers recouvrent alors l'intégralité de leurs droits, déduction faite des sommes éventuellement perçues.

Le jugement rendu est communiqué au ministère public. Il fait l'objet de publicités au BODACC et dans un journal d'annonces légales. Enfin, il est porté, par le greffier, à la connaissance des créanciers auxquels des délais de paiement ont été imposés.

Quant au **sort de l'entreprise**, la loi ne prévoit plus l'ouverture automatique d'une procédure collective. L'ouverture d'une procédure de sauvegarde est concevable, si le débiteur en fait la demande et qu'il en remplit les conditions. Cela étant, la cessation des paiements sera en pratique avérée et le passage au redressement ou à la liquidation judiciaire s'imposera.