

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

*LA PRÉVENTION ET LE TRAITEMENT AMIABLE DES DIFFICULTÉS DES ENTREPRISES :
ENTRE TRANSPARENCE ET CONFIDENTIALITÉ, EFFICACITÉ ET FRAGILITÉ !*

FRANCINE MACORIG-VENIER, CORINNE SAINT-ALARY-HOUIN

Référence de publication : BJE janv. 2014, n° 110t0, p. 10

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

LA PRÉVENTION ET LE TRAITEMENT AMIABLE DES DIFFICULTÉS DES ENTREPRISES : ENTRE TRANSPARENCE ET CONFIDENTIALITÉ, EFFICACITÉ ET FRAGILITÉ !

Le 15 novembre 2013 s'est tenu à Toulouse le quatrième colloque de l'AJDE, portant sur « la prévention et le traitement amiable des difficultés des entreprises à la lumière de la réforme » et organisé en partenariat avec le Centre de droit des affaires de l'université et le tribunal de commerce de Toulouse. Au cours de cette journée très riche et dense, ont été présentés les axes d'amélioration de la prévention à l'étude, dont certains figurent à l'article 2 de la loi du 2 janvier 2014 habilitant le Gouvernement à prendre, par voie d'ordonnance, diverses mesures de simplification et de sécurisation de la vie des entreprises. Le fil conducteur des interventions et discussions de la matinée a été le choix entre une plus grande transparence et une plus stricte confidentialité de la prévention, alors que, l'après-midi, était recherchée une meilleure efficacité des accords afin d'éviter leur anéantissement.

Transparence ou confidentialité ? C'est la problématique majeure de la prévention et de la construction des accords en mandat ad hoc ou conciliation à laquelle se sont ajoutées d'autres problématiques, telles que le coût de la prévention ou l'impartialité des juges.

L'équilibre délicat entre transparence et confidentialité a été mis en lumière d'emblée avec la question de la publicité des comptes dont le président de l'ordre des experts-comptables de la région Midi-Pyrénées, M. le Besnerais, a souhaité la suppression tandis qu'il exprimait l'hostilité de la profession à l'extension du droit d'alerte aux experts-comptables, de nature à porter atteinte à la confiance du chef d'entreprise envers son expert-comptable. Pour autant, l'efficacité du devoir d'alerte des commissaires aux comptes a été exposée par Mme Colombini, présidente de la compagnie régionale des commissaires aux comptes de Midi-Pyrénées, soulignant que, sur les entreprises soumises à des procédures judiciaires, seules 5 % sont dotées d'un commissaire aux comptes. Pour mieux satisfaire à la confidentialité recherchée, la modification des règles permettant au juge de la « détection » de convoquer le dirigeant est souhaitable selon Mme Vallansan, conseiller en service extraordinaire à la Cour de cassation. Si le maintien du principe de confidentialité a été rappelé par Mme Pérochon, professeur à la faculté de droit de Montpellier, son recul a été souligné du fait de la progression des exceptions apportées, exceptions fondées sur le souci de transparence, la transparence étant, selon les hypothèses, choisie (ainsi en cas de demande d'homologation de l'accord) ou subie. Une des difficultés majeures en la matière s'est révélée être celle de l'information des salariés. En présence d'institutions représentatives du personnel, il a été montré par Me Gaihlbaud, avocat au barreau de Nice, et M. Jazottes, professeur à l'université Toulouse 1 Capitole, que les dispositions du Code du travail conduisent à imposer la diffusion d'une telle information dès le stade de l'ouverture de la procédure, diffusion risquée selon les praticiens, le risque étant renforcé en raison de l'insuffisance de la protection de la confidentialité des informations. Un consensus s'est dégagé lors des échanges avec l'auditoire en faveur d'une diffusion de l'information seulement une fois l'accord conclu. Il s'agit, en définitive, du maintien des règles actuelles prévues dans la procédure de conciliation, dont il serait peut-être opportun de préciser qu'elles sont dérogoires aux

règles du Code du travail, si bien qu'il conviendrait de considérer que l'information est proscrite lorsqu'elle n'est pas expressément prévue par la loi. Quant au ministère public, il a été souhaité par M. Deharveng, procureur général à la cour d'appel de Besançon, qu'il conserve un rôle en retrait dans la mise en œuvre du dispositif de prévention. La confidentialité est de nature à encourager l'initiative du débiteur qui aurait selon Mme Bourgninaud, maître de conférences à l'université de Nantes, un véritable droit à la conciliation, ce qui n'exclut pas toutefois la mise en jeu de sa responsabilité selon la jurisprudence.

La confidentialité est cependant enfin apparue comme un obstacle, un point de résistance, à l'intégration des mesures ou procédures préventives dans l'Annexe A du règlement communautaire, et plus largement à leur prise en compte dans la nouvelle définition des procédures d'insolvabilité qui devrait être retenue à l'occasion de la prochaine révision du règlement, ainsi que l'a exposé M. Menjuçq, professeur à l'université de Paris 1. Un effort du législateur français semble s'imposer afin d'introduire plus de souplesse, en permettant au débiteur lui-même, s'il y a intérêt, de solliciter du président du tribunal la publicité au BODACC de la décision ouvrant la conciliation et ce, au moment où il estimerait être opportun d'y procéder.

Sur le coût de la prévention, l'amélioration des règles existantes tendant au plafonnement de la rémunération de la mission du mandataire ad hoc ou du conciliateur a été souhaitée, le plafond fixé devant être véritablement infranchissable. L'intérêt de l'assurance « santé entreprise » mise en place à l'initiative de l'Ordre des experts-comptables, du CNB et de la Conférence générale des tribunaux de commerce a été souligné. Si une telle assurance était rendue obligatoire, elle devrait, selon Mme Pérochon, comporter une franchise afin d'éviter la mise en œuvre trop hasardeuse des mesures ou procédures préventives.

Enfin, la nécessité d'une dissociation du juge de la détection et du juge de la prévention prônée par Mme Vallansan a été unanimement approuvée. Une telle dissociation est au demeurant scrupuleusement observée à Toulouse, comme en a témoigné M. Picard, président de la juridiction consulaire de Toulouse, ce qui explique sans doute le succès rencontré dans la ville rose par le dispositif de prévention et de traitement amiable des difficultés des entreprises que les entreprises les plus importantes paraissent préférer au traitement judiciaire.

Efficacité ou fragilité des accords ? Sous la présidence de Mme Bonhomme, avocat général à la Cour de cassation, de nombreuses pistes ont été évoquées pour faciliter la conclusion des accords et pour éviter leur remise en cause.

Les professionnels ont fait état de leur savoir-faire afin de conduire les créanciers à la table des négociations. La construction de l'accord, a-t-il été démontré par Me Bourbouloux, administrateur judiciaire, suppose, d'abord, un diagnostic des difficultés « objectivement partagé ». C'est le temps des auditeurs. Il faut ensuite identifier le porteur du projet de business plan qui a le plus d'intérêt à son succès, puis conduire la négociation qui dépend, à l'évidence d'éléments très différents d'une entreprise à une autre : montant de la dette au bilan, date de la maturité, flexibilité de l'entreprise... Des mécanismes complémentaires (covenants, clauses de médiation) sont souvent prévus pour adapter l'accord qui est toujours susceptible d'évoluer. Ainsi qu'en a attesté Me Azam, avocat au barreau de Toulouse, les

avocats ont alors un rôle essentiel auprès du débiteur pour effectuer le diagnostic et le convaincre de recourir à la voie amiable, mais également pour passer les actes consécutifs : promesses de cession d'actifs, fiducie... Quant au commissaire au redressement productif, nouveau venu dans la prévention traitement, M. Castagnac, commissaire au redressement productif de la région Midi-Pyrénées, a précisé que sa mission générale, qui est de contribuer à la ré-industrialisation de la France, le conduit à chercher, avec l'appui des structures de l'État (préfets et sous-préfets), un terrain d'entente entre actionnaires, fournisseurs, clients, salariés et puissance publique dans le but de favoriser, voire organiser les mutations et restructurations. L'insuffisance de ses moyens financiers a cependant été dénoncée.

D'où l'intérêt d'une amélioration des mesures juridiques et fiscales de nature à faciliter la conclusion de l'accord. Au titre des premières, deux voies possibles ont été indiquées par Mme Macorig-Venier, professeur à l'université Toulouse 1 Capitole : modifier le régime des délais consentis par le président du tribunal pour paralyser l'action en paiement d'un créancier qui n'est pas partie à la négociation de l'accord, en les détachant du Code civil afin de permettre l'octroi de tels délais même pour des créances exclues du champ d'application des articles 1244-1 et suivants, telles les créances fiscales et, le cas échéant, pour pouvoir les allonger au-delà de deux ans. La réforme devrait aussi préciser si ces délais peuvent concerner des poursuites engagées avant l'ouverture de la procédure et quelles sont les voies de recours ouvertes au créancier à l'encontre de la décision les ayant octroyés. Il est également envisagé de paralyser certaines clauses contractuelles qui font obstacle au recours à un mandat ad hoc ou à une conciliation. Au titre des mesures fiscales, de nouvelles mesures en faveur des entreprises en difficulté consécutives à la crise, dont certaines s'appliquent dès la procédure de conciliation, ont été présentées par M. Dedeurwaeder, maître de conférences à l'université Toulouse Capitole. Elles auront sans doute pour effet d'inciter les entreprises à recourir à la procédure de conciliation, s'agissant des mesures qui s'appliquent dès l'ouverture de la procédure (remboursement immédiat du crédit d'impôt recherche et du crédit d'impôt compétitivité emploi), et de favoriser son aboutissement, s'agissant de celles dont l'application est subordonnée à la constatation ou à l'homologation d'un accord amiable (notamment, la déductibilité des abandons de créance à caractère financier). L'effort reste néanmoins modeste et, surtout, gagnerait à être inscrit dans une vision d'ensemble plus clairement définie.

Toujours pour parvenir à l'accord, il a été proposé par M. Le Corre, professeur à l'université de Nice, de renforcer le privilège de la conciliation par différents moyens : en étendant son bénéfice aux créanciers qui accordent des délais de paiement significatifs ou pour une partie de la dette remise, en attribuant aux honoraires du conciliateur le privilège des frais de justice au même rang que le mandataire judiciaire, et en prévoyant, peut-être, que le créancier de la new money ait le droit au paiement à l'échéance comme le créancier postérieur privilégié de l'article L. 622-17, I du Code de commerce. En revanche, la publicité du privilège n'est pas souhaitée par les praticiens afin de maintenir la confidentialité de l'accord, mais il a été astucieusement suggéré par Me Bourbouloux de le traiter comme un accord de subordination antérieur à prendre en considération dans le plan.

Faut-il aller plus loin en généralisant la procédure de sauvegarde financière accélérée si l'un des créanciers financiers est récalcitrant à adopter l'accord ? La question a été évoquée par Mme Saint-Alary-

Houin, professeur à l'université Toulouse 1 Capitole, au travers d'un abaissement des seuils requis pour l'accès à la SFA, de son extension au mandat ad hoc, voire à des entreprises en cessation des paiements. Mais un simple assouplissement a été préféré à une généralisation afin de ne pas étendre de manière exagérée une procédure semi-collective demeurant dérogatoire au principe de l'égalité des créanciers et de nature à instrumentaliser la procédure de sauvegarde. En revanche, il est apparu nécessaire d'imaginer un procédé permettant de faire aboutir, dans l'intérêt des PME, des accords de conciliation très engagés. Restaurer un vote des créanciers, dans le cadre de la procédure contractuelle, comme cela se faisait pour le concordat préventif, a semblé être une piste à creuser.

Malgré toute l'ingéniosité des praticiens pour sécuriser les accords – l'utilisation de la fiducie en étant une preuve supplémentaire –, nombre d'entre eux demeurent fragiles. Si les accords « ni-ni », ni constatés par le président, ni homologués par le tribunal, demeurent totalement dans la sphère contractuelle, comme l'a précisé Mme Thullier, professeur à l'université de Paris Ouest-Nanterre, les accords constatés ont force exécutoire et les accords homologués produisent des effets importants tant à l'égard du débiteur qu'à l'égard de ses créanciers. La discussion a porté sur l'opportunité d'instituer un commissaire à l'exécution de l'accord et sur les pouvoirs du président lors de la constatation de l'accord. Doit-il l'entériner, vérifier l'absence de cessation des paiements ou se livrer à un contrôle de l'opportunité ? Mais, surtout, quelles sont les conséquences de la remise en cause des accords ? De nombreuses zones d'ombre persistent que le législateur pourrait lever et, notamment, le point de savoir si l'ouverture d'une procédure collective entraîne la caducité de l'accord pour l'avenir ou sa résolution rétroactive.

Tous ces échanges d'idées, dans la plus parfaite convivialité, sont de nature à contribuer à améliorer un dispositif de prévention-détection et de prévention-traitement qui a déjà fait la preuve de son efficacité en période de crise économique.