

L'APPORT DU CORONAVIRUS À LA CONCILIATION

*par Thierry Monteran, Avocat Associé d'UGGC Avocats,
Francis Griveau, Président du TCS Bobigny, et Maxime Langet, Administrateur judiciaire*

Face à la crise économique générée par le Covid-19, le législateur a décidé de favoriser le traitement préventif des difficultés des entreprises en renforçant l'efficacité des procédures de conciliation. Des mesures qu'il conviendra de pérenniser dans le temps.

©Yann Richard



Thierry Monteran



Francis Griveau



Maxime Langet

Les mesures de prévention des difficultés des entreprises ont bonne presse.

La raison en est très simple : leur confidentialité et leur taux de succès de 65%.

En effet, les deux tiers des procédures de conciliation se terminent par un accord.

La crise que nous subissons, dont personne n'aurait pu imaginer l'ampleur, a amené le législateur à adapter certaines des règles relatives au traitement des difficultés des entreprises et les praticiens à faire face avec les moyens du bord à l'impérative nécessité de protéger les entreprises, notamment en les amenant à se placer sous la protection de la justice.

Après une présentation simplifiée de la conciliation et de sa mise en œuvre, nous examinerons les mesures d'adapta-

tion prises par le législateur pour en améliorer l'efficacité, dont nous nous poserons la question de savoir si ces mesures doivent ou non être pérennisées.

Comment protège-t-on une entreprise confrontée à de réelles difficultés économiques ?

En résumé, la loi offre au chef d'entreprise et ses conseils une boîte à outils dans laquelle sont proposées différentes procédures, selon la gravité des difficultés.

Tout d'abord, les mesures de prévention qui comprennent le mandat ad hoc et la conciliation qui seules seront traitées ci-dessous et qui se caractérisent par la confidentialité et la recherche d'un accord unanime avec les créanciers. Viennent ensuite les procédures de traitement judiciaire : la sauvegarde réservée aux entreprises qui ne sont pas en état de cessation des paiements c'est-à-dire qui ont pu

anticiper des difficultés plus graves et la procédure de redressement judiciaire, qui concerne les entreprises qui sont déjà en état de cessation des paiements. Ces deux procédures sont publiques et entraînent la suspension de l'ensemble des poursuites et le gel de toutes les créances. L'entreprise a vocation à présenter un plan de sauvegarde ou de redressement permettant le règlement du passif sur une durée qui peut aller jusqu'à 10 ans.

Enfin la liquidation judiciaire est ouverte aux entreprises qui sont en état de cessation des paiements et qui sont dans l'incapacité de présenter un plan permettant le règlement du passif.

Si l'on veut caricaturer le taux de succès des mesures de prévention est de 65%, celui des procédures de sauvegarde de 50% celui des procédures de redressement judiciaire de 30%.

La conciliation est donc une mesure de prévention, offerte aux entreprises qui ne sont pas en état de cessation des paiements ou le sont depuis moins de 45 jours et qui éprouvent des difficultés avérées ou simplement prévisibles qui ne nécessitent qu'un traitement curatif léger sans impact sur la totalité des créanciers.

Comment fonctionne la conciliation ?

La conciliation est préparée par les dirigeants de l'entreprise accompagnés de leur avocat, ordonnée par le président du tribunal de commerce ou du tribunal judiciaire et mise en œuvre par le conciliateur dans l'immense majorité des cas un administrateur judiciaire.

L'entreprise débitrice, et elle seule, peut solliciter l'ouverture d'une mesure de prévention, ici, la conciliation. En pratique elle y sera poussée par ses créanciers, en général bancaires, elle a fait le constat que la négociation directe a trouvé ses limites. Dûment éclairée par son avocat, elle sera séduite par la confidentialité de cette procédure et rassurée par la qualité d'écoute du président. La préparation de la conciliation se fait en amont par la présentation d'une documentation financière objective avec des comptes prévisionnels sérieux. Cette documentation se fait en étroite collaboration avec l'expert-comptable de l'entreprise ou les comptables internes. Suivant la taille de l'entreprise, les prévisionnels devront être analysés par un professionnel du chiffre, extérieur à l'entreprise. Les conditions financières d'intervention du conciliateur feront l'objet d'un accord signé des deux parties.

Le dossier étant complet, l'avocat dépose une requête auprès du président du tribunal lequel recevra très rapidement le chef d'entreprise accompagné de son avocat. Cette audience confidentielle est un véritable échange et le prési-

dent devra être convaincu que la mesure est utile pour le redressement d'entreprise. Avant de statuer il communiquera le dossier au ministère public ainsi invité à donner son avis sur les conditions de rémunération proposées par le conciliateur et bénéficiera d'un délai de 48 heures à cette fin.

Le conciliateur, dont le nom est en général proposé en amont au président du tribunal, prendra contact avec les principaux créanciers pour les informer de sa nomination en qualité de conciliateur et les inviter à une première réunion de travail.

Cette première réunion est essentielle car elle expose le cadre de la négociation, les causes des difficultés, la situation financière de l'entreprise, les comptes prévisionnels et les hypothèses susceptibles de résoudre les difficultés.

La pratique est allée plus loin en ajoutant une nouvelle règle du jeu suivant laquelle, pendant le temps des discussions, les poursuites et l'exigibilité des créances sont suspendues.

L'objectif de ces négociations est d'obtenir un accord qui permette à l'entreprise de poursuivre sa réorganisation, le plus souvent avec un renforcement des fonds propres, des délais de paiement, l'octroi de garanties pour de nouveaux concours financiers, etc. Les seules limites à cette négociation sont l'imagination et la volonté de chacun des participants d'obtenir l'unanimité sur un accord.

Il faut noter que la négociation a des chances d'aboutir si le nombre de créanciers concernés par la conciliation est limité. Ainsi plus le nombre d'intervenants est faible, plus l'accord a des chances d'aboutir.

On peut citer comme intervenants par exemple les banques, le bailleur, le principal fournisseur ou encore les créanciers fiscaux et sociaux.

L'intérêt de limiter le nombre d'intervenants dans la conciliation est de permettre de respecter plus facilement la confidentialité, et surtout pour l'entreprise de continuer à régler ses autres créanciers sans qu'ils ne se rendent compte des difficultés de l'entreprise. L'objectif est bien évidemment de favoriser la confidentialité afin d'éviter tout problème commercial.

La recherche de cette unanimité est le souci permanent du conciliateur. Celui-ci ne bénéficie d'aucune mesure coercitive il n'a donc que son talent pour faire comprendre à chacun que l'intérêt bien compris de tous est précisément que chacun des créanciers puisse signer l'accord de conciliation.

Conscient de cette fragilité liée à l'unanimité, le législateur, en cas de refus de créanciers en général minoritaires, per-

met au débiteur de demander au juge qui a ouvert la procédure de conciliation de lui accorder un délai de grâce jusqu'à deux ans pour régler les sommes dues à ce créancier minoritaire opposant.

Mais le législateur est allé encore plus loin en instituant une procédure dite de sauvegarde accélérée dont le mécanisme se caractérise par une extrême rapidité de mise en œuvre.

L'hypothèse ici est le refus quelques créanciers minoritaires d'accepter l'accord alors qu'une majorité de plus des deux tiers y est favorable. Le passage de la conciliation à la sauvegarde accélérée permet alors d'imposer aux créanciers minoritaires récalcitrants, la règle de la majorité qualifiée des deux tiers. En pratique ce passage de la conciliation à la sauvegarde accélérée est très dissuasif. De ce fait l'utilisation de la sauvegarde accélérée fonctionne plus comme une menace que par sa mise en œuvre rarissime.

Les mesures provisoires de l'ordonnance du 20 mai 2020 destinées à améliorer le fonctionnement de la conciliation.

Deux mesures seront étudiées ci-dessous la première concerne la suspension temporaire et individuelle des poursuites, la seconde concerne l'octroi de délais de grâce.

La suspension temporaire des poursuites

La suspension temporaire des poursuites en matière de prévention a une double origine législative et pratique.

Législative car elle existait déjà dans l'ancêtre de la conciliation qui s'appelait le règlement amiable créé par la loi du 1er mars 1984 et l'on sait combien les réformes successives trouvent leur origine dans des textes déjà préparés appliqués ou non. Pratique car comme nous l'avons mentionné ci-dessus pour pouvoir avancer dans une négociation il faut laisser les armes au vestiaire.

Ainsi, le conciliateur lors du premier rendez-vous avec les créanciers invités à la table de négociation leur propose de suspendre l'exigibilité de leur créance pendant la durée de la négociation. Si dans certaines conciliations cette suspension limitée dans le temps est facilement acceptée, telle n'est pas la règle dans toutes les conciliations fragilisant par la même l'obtention d'un accord. C'est à ce blocage et à ce retard à l'allumage que le législateur a voulu répondre.

Dès lors, en cas de refus, même implicite, d'un ou plusieurs créanciers, le débiteur peut, sur requête adressée au président du tribunal, lui demander d'ordonner une suspension des actions en justice de la part de créanciers tendant à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent, à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement

d'une somme d'argent et toute mesure d'exécution et donc de suspension de l'exigibilité des créances.

Le président du tribunal, saisi de la requête du seul débiteur, rendra sa décision éclairée par les observations du conciliateur. Sa décision sera notifiée aux créanciers concernés qui bénéficient alors selon le droit commun de la possibilité d'assigner leur débiteur, devant le même président, en rétractation de son ordonnance.

Cette suspension ne produit ses effets que jusqu'au terme de la mission qui a été confiée par le président au conciliateur.

On mesure ici l'avantage de cette suspension judiciaire qui vient à l'appui de la pratique. Elle permet de simplifier considérablement les premiers rendez-vous de conciliation. En effet les créanciers préféreront accepter immédiatement cette suspension des poursuites plutôt que d'en subir les effets. Libérés de cette contrainte, les échanges pourront démarrer immédiatement. Dans cette matière ou le temps est compté, puisque la conciliation ne peut durer au maximum que cinq mois, ce gain de temps est donc très précieux.

On le voit ici cette possibilité offerte au débiteur d'obtenir par ordonnance du président la suspension des poursuites facilitera et simplifiera par son effet dissuasif la recherche d'un accord de conciliation. À ce titre, cette mesure provisoire de l'article 2 de l'ordonnance du 20 mai 2020, apportant de la souplesse dans le processus même de négociation, doit être pérennisée.

Les délais de grâce

Le droit positif permet au débiteur, lorsqu'un créancier refuse soit de participer à la négociation, soit de signer l'accord accepté par tous les autres créanciers, de s'adresser au juge qui a ouvert la procédure pour demander l'octroi de délais de grâce jusqu'à deux ans. Cette faculté prévue par l'article L 611.7 alinéa 5 de de commerce ne s'applique, que lorsqu'au cours de la procédure le débiteur a été mis en demeure ou poursuivi.

A contrario, si le créancier s'est abstenu de mettre en demeure ou de poursuivre son débiteur, ce dernier perd la faculté de demander au juge de la conciliation l'octroi de délais de grâce.

C'est à cette restriction critiquée par la doctrine que répond à nouveau l'article 2 de l'ordonnance du 20 mai 2020. Celui-ci précise que la demande du débiteur peut par dérogation à l'article 611.7 alinéa 5 être formée avant toute mise en demeure ou poursuite par un créancier, lorsque ce dernier n'a pas accepté dans le délai imparti par le conciliateur, la demande faite par ce dernier de suspendre l'exigibilité de la créance.

Là encore, le législateur simplifie la mise en œuvre d'une procédure classique de demande de délais de grâce auprès du juge qui a ouvert la procédure de conciliation.

Ces délais de grâce sont accordés sur le fondement de l'article 1343.5 du Code civil selon lequel la situation du créancier doit également être prise en compte dans l'octroi des délais. Par décision motivée le juge peut ordonner que les sommes correspondant aux échéances reportées porteront intérêt à un taux réduit au moins égal au taux légal ou que les paiements s'imputeront d'abord sur le capital. Il peut subordonner ces mesures, à l'accomplissement par le débiteur d'actes propres à faciliter ou à garantir le paiement de la dette. La décision du juge suspend les procédures d'exécution qui auraient été déjà engagées par le créancier. Les majorations d'intérêts ou les pénalités prévues en cas de retard ne sont pas encourues pendant le délai fixé par le juge.

Conclusions et préconisations

Cette crise dont les effets ne sont pas terminés a permis l'émergence de quelques mesures d'adaptation de simplification de renforcement et d'efficacité notamment en matière de prévention. La faculté donnée au président du tribunal dès l'ouverture de la conciliation, sur requête du débiteur, de suspendre pendant le temps de la conciliation l'exigibilité des créances et des poursuites, tout comme la faculté qui lui est donnée d'accorder des délais de grâce sans intervention préalable du créancier, en sont les meilleurs exemples.

En ce qu'elles concernent l'amélioration par la simplification, de la fluidité des rapports entre créanciers et débiteur dans la conciliation, ces mesures doivent à l'évidence être pérennisées.