



## 3<sup>e</sup> CONCOURS D'ADMINISTRATEUR TERRITORIAL

SESSION 2014

**Note de synthèse, à partir d'un dossier, permettant de vérifier l'aptitude du candidat à faire l'analyse et la synthèse d'un problème et d'apprécier les connaissances acquises ayant trait, au choix du candidat, sur:**

**Le droit des affaires**

### ÉPREUVE N° 16

**Durée: 4 h  
Coefficient: 5**

#### **SUJET:**

Sur la base des documents joints et en fonction de vos propres connaissances, il vous est demandé de rédiger une note de synthèse présentant la procédure et les acteurs de la prévention des difficultés des entreprises par le mandat *ad hoc* et la conciliation.

#### **DOCUMENTS JOINTS**

Document n° 1 *La prévention des difficultés des entreprises par le mandat ad hoc et la conciliation devant les juridictions commerciales de 2006 à 2011* [en ligne] / Maud Guillonnet, Jean-Philippe Haehi, Brigitte Munoz-Perez.  
Ministère de la Justice, avril 2013. — 15 pages.  
[http://www.textes.justice.gouv.fr/art\\_pix/proc\\_preventives\\_20130430.pdf](http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/proc_preventives_20130430.pdf)

**Page 4**

<b>Document n° 2</b>	<p>Code de commerce, article L611-3 [en ligne]. Version en vigueur au 1<sup>er</sup> juillet 2014. <i>In</i> Légifrance / Services du premier ministre. Direction de l'information légale et administrative. <a href="http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=76CC85A43FA6AF464EB6C62602A6E222.tpdjo11v_3?idArticle=LEGIARTI000028723865&amp;cidTexte=LEGITEXT000005634379&amp;categorieLien=id&amp;dateTexte=20140701">http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=76CC85A43FA6AF464EB6C62602A6E222.tpdjo11v_3?idArticle=LEGIARTI000028723865&amp;cidTexte=LEGITEXT000005634379&amp;categorieLien=id&amp;dateTexte=20140701</a></p> <p>Code de commerce, articles R611-18, R611-19, R611-20 et R611-21 [en ligne]. Version en vigueur au 1<sup>er</sup> juillet 2014. <i>In</i> Légifrance / Services du premier ministre. Direction de l'information légale et administrative. <a href="http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=76CC85A43FA6AF464EB6C62602A6E222.tpdjo11v_3?idSectionTA=LEGISCTA000006161524&amp;cidTexte=LEGITEXT000005634379&amp;dateTexte=20140701">http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=76CC85A43FA6AF464EB6C62602A6E222.tpdjo11v_3?idSectionTA=LEGISCTA000006161524&amp;cidTexte=LEGITEXT000005634379&amp;dateTexte=20140701</a></p>	<b>Page 18</b>	2
<b>Document n° 3</b>	<p>Les procédures amiables [en ligne] / Campbell Philippart Laigo &amp; associés, Cotty Vivant Marchisio &amp; Lauzeral. APIA = Administrateurs professionnels indépendants associés, janvier 2011. — 10 pages. — (Cahiers ; 15). <a href="http://www.apia.asso.fr/offres/doc_inline_src/373/APIA_nB015.pdf">http://www.apia.asso.fr/offres/doc_inline_src/373/APIA_nB015.pdf</a></p>	<b>Page 20</b>	
<b>Document n° 4</b>	<p>Texte de la communication faite à la Cour de cassation le 23 juin 2006 [séminaire sur les six premiers mois d'application de la loi n° 2005-845 (26 juillet 2005), de sauvegarde des entreprises] [en ligne] / Jean-Claude Lemalle. Cour de cassation. — 3 pages. <a href="http://www.courdecassation.fr/venements_23/colloques_activites_formation_4/2006_55/intervention_m._lemalle_9437.html">http://www.courdecassation.fr/venements_23/colloques_activites_formation_4/2006_55/intervention_m._lemalle_9437.html</a></p>	<b>Page 30</b>	
<b>Document n° 5</b>	<p><i>Entreprises en difficultés : le mandat ad hoc et la conciliation : dossier de synthèse</i> [en ligne]. ANOVA, [sans date]. — 16 pages. <a href="http://www.documentissime.fr/dossiers-droit-pratique/dossier-293-entreprises-en-difficultes-le-mandat-ad-hoc-et-la-conciliation.html">http://www.documentissime.fr/dossiers-droit-pratique/dossier-293-entreprises-en-difficultes-le-mandat-ad-hoc-et-la-conciliation.html</a></p>	<b>Page 33</b>	
<b>Document n° 6</b>	<p><i>Conférence générale des juges consulaires de France : table ronde 1 : l'ordonnance du 18 décembre 2008 et les autres nouveaux outils</i> [en ligne] / Yves Lelièvre. <i>In</i> Actes du colloque sur la prévention des difficultés des entreprises / cabinet Bricard, Lacroix &amp; associés, 14 septembre 2009, pages 10 à 20. <a href="http://www.agnes-bricard.com/wp-content/uploads/2009/11/table-ronde-1-ordonnance-18-decembre-2008-autres-nouveaux-outils.pdf">http://www.agnes-bricard.com/wp-content/uploads/2009/11/table-ronde-1-ordonnance-18-decembre-2008-autres-nouveaux-outils.pdf</a></p>	<b>Page 49</b>	
<b>Document n° 7</b>	<p><i>REC – procédures amiables – procédure de conciliation</i> / Commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC). <i>In</i> Bulletin officiel des finances publiques – Impôts [en ligne] / Ministère de l'économie et des finances. Direction générale des finances publiques, 12 septembre 2012. <a href="http://bofip.impots.gouv.fr/bofip/ext/pdf/createPdfWithAnnexe/BOI-REC-EVTS-10-10-10-2012-09-12.pdf?id=653-PGP&amp;ve=1&amp;br=2&amp;la=2">http://bofip.impots.gouv.fr/bofip/ext/pdf/createPdfWithAnnexe/BOI-REC-EVTS-10-10-10-2012-09-12.pdf?id=653-PGP&amp;ve=1&amp;br=2&amp;la=2</a></p>	<b>Page 60</b>	

**NOTA:**

- 2 points seront retirés au total de la note sur 20 si la copie contient plus de 10 fautes d'orthographe ou de syntaxe.
- **Les candidats ne doivent porter aucun signe distinctif sur les copies** : pas de signature (signature à apposer uniquement dans le coin gommé de la copie à rabattre) ou nom, grade, même fictifs. Seuls la date du concours et le destinataire, (celui-ci est clairement identifié dans l'énoncé du sujet) sont à porter sur la copie.
- Les épreuves sont d'une durée limitée. Aucun brouillon ne sera accepté, la gestion du temps faisant partie intégrante des épreuves.
- Lorsque les renvois et annotations en bas d'une page ou à la fin d'un document ne sont pas joints au sujet, c'est qu'ils ne sont pas indispensables.

# DOCUMENT n° 1

**LA PREVENTION DES DIFFICULTÉS DES ENTREPRISES  
PAR LE MANDAT AD HOC ET LA CONCILIATION  
DEVANT LES JURIDICTIONS COMMERCIALES  
DE 2006 A 2011**

Maud Guillonnet<sup>1</sup>, Jean-Philippe Haehl<sup>2</sup>, Brigitte Munoz-Perez<sup>3</sup>



---

<sup>1</sup> Chef du Pôle d'évaluation de la justice civile de la direction des affaires civiles et du sceau'  
<sup>2</sup> Professeur émérite à la faculté de droit de l'Université Lyon 3  
<sup>3</sup> CERCRID, Université Jean Monnet de Saint-Etienne

## Sommaire

• <i>Les demandes et les ouvertures de mandat ad hoc et de conciliation ont fortement augmenté en 2009 et restent à un niveau élevé en 2010 et 2011.</i>	2
• <i>Les demandes de nomination d'un mandataire ad hoc et les requêtes en conciliation sont acceptées dans plus de 80 % des cas.</i>	3
• <i>Les requêtes en conciliation sont acceptées en un peu moins de 6 jours.</i>	3
• <i>Les mandats ad hoc et les conciliations sont beaucoup plus nombreux que les sauvegardes.</i>	4
• <i>Le mandat ad hoc et la conciliation sont désormais prononcés par plus de 90 % des juridictions, mais avec une forte concentration dans quelques unes d'entre elles.</i>	5
• <i>Des pratiques différentes selon les tribunaux.</i>	7
• <i>Le nombre de mandats ad hoc suivis d'une conciliation ou d'une sauvegarde et de conciliations suivies d'une sauvegarde ne peut être établi.</i>	7
• <i>Les issues du mandat ad hoc ne peuvent être connues.</i>	8
• <i>Les issues de la conciliation.</i>	8
• <i>L'ouverture de la conciliation conduit à un accord constaté ou homologué dans 25 à 40 % des cas selon les juridictions.</i>	9
• <i>Les constats d'accord représentent 54 % des issues positives et les homologations 46 % et ils sont prononcés en moins de 4 mois.</i>	10
<b>Encadré</b>	12

### Principaux résultats

De 2006 à 2011, les demandes de nomination de mandataire ad hoc et les requêtes en ouverture de conciliation ont fortement progressé, en particulier en 2009, sans doute en raison de la crise économique, puis se sont maintenues à un niveau élevé. Ces demandes sont acceptées dans plus de 80 % des cas et avec une grande célérité (moins de 6 jours en moyenne). En six ans, on dénombre près de 5 900 désignations de mandataire ad hoc et autour de 3 350 ouvertures de conciliation. Si le mandat ad hoc et la conciliation sont désormais prononcés par plus de 90 % des juridictions commerciales, on relève une forte concentration dans quelques unes. A eux seuls quatorze tribunaux de commerce concentrent 50 % de ces deux procédures et cinq d'entre eux 31 % (Paris, Lyon, Marseille, Toulouse et Nanterre).

Les désignations de mandataire ad hoc sont en moyenne plus fréquentes que les ouvertures de conciliation (respectivement 64% et 36%), mais ces proportions varient beaucoup d'un tribunal à l'autre. L'ouverture de la conciliation conduit à un accord constaté ou homologué dans 25 à 40 % des cas selon les juridictions. Ces décisions sont rendues en moins de 4 mois, dans le strict respect des prescriptions légales. Les constats d'accord sont plus fréquents que les homologations (54 % et 46 %), avec là encore des disparités selon les tribunaux.

S'agissant de procédures distinctes, enregistrées séparément au Répertoire Général, les statistiques produites à partir de cette source ne permettent pas de suivre le devenir des entreprises et de mesurer l'efficacité à moyen et à long terme de ces deux procédures. Ainsi, on ignore le nombre des entreprises qui ont bénéficié de mandats ad hoc préparatoires qui ont ensuite donné lieu à l'ouverture d'une conciliation (pour faire constater ou homologuer l'accord conclu avec les créanciers) voire d'une sauvegarde, comme celui des conciliations suivies d'une sauvegarde.

Le mandat ad hoc et la conciliation ont pour but, sous l'égide du président du tribunal et avec le concours d'un mandataire ad hoc ou d'un conciliateur, d'analyser la situation exacte du justiciable, de préparer avec le chef d'entreprise un plan sérieux de redressement financier, économique et social et de négocier puis d'obtenir l'accord des créanciers sur les modalités de paiement du passif.

L'importante augmentation du nombre des demandes adressées aux présidents des juridictions commerciales de 2006 à 2011 montre que ces deux procédures sont de mieux en mieux connues des chefs d'entreprise - qui seuls peuvent en solliciter la mise en œuvre (art. L. 611-3 et L. 611-6 C. com.) - et largement utilisées<sup>4</sup>

**• Les demandes et les ouvertures de mandat ad hoc et de conciliation ont fortement augmenté en 2009 et restent à un niveau élevé en 2010 et 2011**

Durant les années 2006-2011, 11.252 demandes ont été enregistrées devant les juridictions commerciales, donnant lieu à 9.227 acceptations -tableau 1-. Ce nombre total est vraisemblablement sous-estimé en raison d'un défaut d'enregistrement au cours des deux premières années d'application de la loi du 26 juillet 2005. En effet, à l'occasion du premier bilan d'application de cette loi par les tribunaux de commerce en 2006 et 2007, effectué en 2008<sup>5</sup>, il avait été constaté que seuls 41 greffes des tribunaux de commerce avaient procédé à l'enregistrement des ces deux procédures. Pour cette raison, il sera principalement tenu compte des effectifs recensés à partir de l'année 2008.

On observe une forte augmentation du nombre des demandes d'ouverture de ces deux procédures, qui passe de 1.812 en 2008 à 3.010 en 2009, puis se stabilise ensuite autour de 2.500 par an.

Manifestement la crise économique a incité de plus en plus de chefs d'entreprise à solliciter le bénéfice de ces procédures en 2008-2009, conscients, ainsi que leurs conseils et leurs créanciers, de la possibilité qu'elles offrent de parvenir à un règlement négocié et amiable de leurs difficultés. L'analyse des pièces figurant dans la demande de nomination d'un mandataire ad hoc (art. R. 611-18 C. com.) ou dans la requête aux fins d'ouverture d'une conciliation (art. R. 611-22 C. com.) et l'entretien qu'il a avec le chef d'entreprise pour recueillir ses observations (art. R. 611-19 et R. 611-23 C. com.), permettent au président du tribunal de décider ou non, à bref délai, de nommer un mandataire ad hoc ou d'ouvrir une conciliation (art. L. 611-3 et L. 611-6 C. com.).

<sup>4</sup> Lors de la Conférence Générale des Juges Consulaires de France (Congrès National du 30 novembre 2012), son Président Monsieur J.-B. Drummen a insisté sur l'importance de la prévention, qui témoigne « de la culture de l'anticipation, véritable bouleversement culturel, inculquée par l'institution consulaire », Les Annonces de la Seine, 3 déc. 2012, spéc. p. 3.

<sup>5</sup> Voir : J-P Haehl, B. Munoz-Perez, C. Moreau « Premier bilan statistique de la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 par les tribunaux de commerce en 2006 et 2007 » ; Ministère de la Justice, DACS, 2008, page 8.

- *Les demandes de nomination d'un mandataire ad hoc et les requêtes en conciliation sont acceptées dans plus de 80 % des cas*

Au cours de la période 2006 -2011, on constate que les demandes de nomination d'un mandataire ad hoc et d'ouvertures de conciliation sont acceptées dans plus de 80 % des cas -Tableau 1. La proportion des demandes acceptées est toujours légèrement supérieure pour le mandat ad hoc : 84,2%, contre 78,4% pour la conciliation sur l'ensemble de la période.

Ce léger écart du taux d'acceptation entre les deux procédures peut s'expliquer. L'entreprise sollicitant une conciliation peut déjà se trouver en cessation des paiements (depuis moins de 45 jours), ce qui est exclu pour le mandat ad hoc. Dès lors un certain nombre de requêtes en conciliation peuvent être jugées trop tardives par le président du tribunal en raison d'une situation financière trop obérée qui le plus souvent doit plutôt conduire à l'ouverture rapide d'un redressement judiciaire, voire d'une liquidation judiciaire. Dans tous les cas, le magistrat tient compte aussi du sérieux et de la crédibilité du projet de redressement qui lui est présenté par le chef d'entreprise.

D'ailleurs, le pourcentage de conciliations ouvertes ne conduisant pas à la conclusion d'un accord avec les créanciers (voir infra) est important et il est plus que probable que les entreprises concernées ont finalement été soumises à une procédure collective. Il en est sans doute de même pour de nombreux mandats ad hoc.

**Tableau 1**  
**Evolution des demandes et des ouvertures**  
**de mandat ad hoc et de conciliation**  
**2006-2011**

Années	Total			Conciliation			Mandat ad hoc		
	Demande d'ouverture	Ouvertures prononcées		Demande d'ouverture	Ouvertures prononcées		Demandes de désignation	Désignations	
		Nbre	%		Nbre	%		Nbre	%
<b>Total</b>	<b>11 252</b>	<b>9 227</b>	<b>82,0</b>	<b>4 274</b>	<b>3 352</b>	<b>78,4</b>	<b>6 978</b>	<b>5 875</b>	<b>84,2</b>
2006	696	555	79,7	331	266	80,4	365	289	79,2
2007	759	612	80,6	366	287	78,4	393	325	82,7
2008	1 812	1 480	81,7	617	486	78,8	1 195	994	83,2
2009	3 010	2 477	82,3	1 133	897	79,2	1 877	1 580	84,2
2010	2 563	2 148	83,8	914	703	76,9	1 649	1 445	87,6
2011*	2 412	1 955	81,1	913	713	78,1	1 499	1 242	82,9

\* Extraction mai 2012  
Source : SDSE RGC DACS-PEJC

- *Les requêtes en conciliation sont acceptées en un peu moins de 6 jours*

Au moins pour la conciliation, il est possible d'avoir des indications sur le temps qui s'écoule entre le dépôt de la requête par le chef d'entreprise et l'ordonnance du président du tribunal qui l'accepte et nomme un conciliateur. Sur les 6 années étudiées, il est en moyenne de 5,8 jours. Ce délai n'a cessé de diminuer puisqu'il était de 8,8 jours en 2007,

5,2 jours en 2008, 4,7 jours en 2009 et 4,2 jours en 2010. Toutefois, en 2011, il est passé à 6,8 jours.

Mais certains tribunaux de commerce se situent en dessous de cette durée moyenne : Lyon (4,4 jours), Marseille (4,3 jours), Nanterre (3,2 jours), Versailles (2,3 jours) et Evry (1,2 jours) ; d'autres au contraire sont dans la moyenne ou au dessus : Paris (6,8 jours), Créteil (7,7 jours) et Grenoble (11,3 jours). C'est donc avec une grande célérité que ces requêtes sont examinées, permettant ainsi d'ouvrir la conciliation très rapidement.

• *Les mandats ad hoc et les conciliations sont beaucoup plus nombreux que les sauvegardes*

Tout en modifiant la réglementation du mandat ad hoc et surtout celle de la conciliation, la loi du 26 juillet 2005 a institué une nouvelle procédure, *la sauvegarde*. Cette dernière - qui elle aussi ne peut être demandée que par le chef d'entreprise - a pour objectif de faciliter, avant tout état de cessation des paiements et en cas de difficultés que l'entreprise n'est pas en mesure de surmonter, sa réorganisation afin de permettre la poursuite de son activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement de son passif (art. L.620-1 C. com.). Cependant, à la différence du mandat ad hoc et de la conciliation, on ne peut pas la qualifier de préventive puisque la sauvegarde est une véritable procédure collective<sup>6</sup>.

Il est néanmoins intéressant de comparer les nombres des deux procédures préventives avec ceux de la sauvegarde, ainsi que leurs évolutions de 2006 à 2011 – Tableau 2 –

**Tableau 2**  
**Ouvertures de procédures préventives**  
**et de procédures collectives de 2006 à 2011**

Années	Ouvertures de procédures préventives	Ouvertures de procédures collectives			
		Total	Sauvegarde	Redressement judiciaire	Liquidation judiciaire
<b>Total</b>	<b>9 227</b>	<b>315 448</b>	<b>5 109</b>	<b>99 306</b>	<b>211 033</b>
2006	555	41 911	350	13 972	27 589
2007	612	46 008	384	14 816	30 808
2008	1 480	52 645	646	16 363	35 636
2009	2 477	61 686	1 303	20 053	40 330
2010	2 148	58 628	1 205	18 111	39 312
2011*	1 955	54 570	1 221	15 991	37 358

\* Extraction mai 2012  
Source : SDSE RGC DACs-PEJC

En effet les entreprises qui peuvent en demander l'ouverture sont dans un état de difficultés identique ou très voisin. Pour obtenir la désignation d'un mandataire ad hoc ou l'ouverture d'une sauvegarde, elles ne doivent pas être en cessation des paiements alors que pour la conciliation le débiteur peut déjà se trouver dans cette situation, à condition que ce soit depuis moins de 45 jours.

Pour les six années étudiées, le mandat ad hoc et la conciliation représentent 64 % du total de ces trois procédures et la sauvegarde 36 %, proportions qui sont très proches pour

<sup>6</sup> F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, 9<sup>e</sup> éd., 2012, Lextenso, n° 248, p. 133.

l'année 2011 (respectivement 62 % et 38 %). En revanche, la sauvegarde représente une très faible part de l'ensemble des procédures collectives (autour de 2%), très probablement par suite de l'utilisation de plus en plus fréquente des procédures préventives.

Mais le nombre limité des ouvertures de mandat ad hoc, de conciliation et de sauvegarde par rapport à celui des redressements et des liquidations judiciaires, ne rend absolument pas compte de l'importance économique, financière et sociale des entreprises qui en ont bénéficié.

Il serait possible de l'établir si l'on disposait de statistiques fiables sur la forme juridique des justiciables, leur chiffre d'affaires et le nombre de leurs salariés - voir Encadré -.

A défaut de telles statistiques, des études ponctuelles fournissent quelques indications sur les caractéristiques des entreprises ayant bénéficié de ces procédures préventives devant les tribunaux de commerce de Paris et de Nanterre. Le bilan de la prévention, dressé de janvier à août 2011 pour celui de Paris, établit que les entreprises ayant bénéficié d'un mandat ad hoc ou d'une conciliation employaient 38.000 salariés, soit en moyenne 440 salariés chacune; il s'agissait donc « d'entreprises moyennes à grandes, neuf fois plus importantes que celles soumises à une sauvegarde ou à un redressement judiciaire ». Pour Nanterre, sur la même période, on dénombrait 18.500 salariés, avec en moyenne un peu plus de 500 salariés par entreprise<sup>7</sup>. Monsieur Y. Lelièvre, Président du Tribunal de commerce de Nanterre, indique qu'en 2011, devant ce tribunal, les 54 accords amiables obtenus ont concerné 35.000 salariés, soit en moyenne 648 salariés par dossier, contre 5 dans les procédures collectives<sup>8</sup>. Me H. Bourbouloux, administrateur judiciaire à Nanterre, donne des indications sur l'importance des dossiers traités dans son étude de fin 2008 à début 2012 : « 20 groupes sous LBO ont bénéficié avec succès d'un mandat ad hoc ou d'une conciliation et ils représentaient 63.000 salariés, une dette financière globale de plus de 10Md€ et un chiffre d'affaires consolidé de 9,5Md€... »<sup>9</sup>.

Dès lors que des PME, de grandes sociétés et parfois des groupes importants ont obtenu, et mené à bonne fin, un mandat ad hoc ou une conciliation, leur efficacité économique et sociale est sans commune mesure avec leur nombre, d'autant plus que les justiciables des procédures collectives sont, à quelques exceptions près, plutôt des très petites et moyennes entreprises.

**• Le mandat ad hoc et la conciliation sont désormais prononcés par plus de 90 % des juridictions, mais avec une forte concentration dans quelques unes d'entre elles**

Le mandat ad hoc et la conciliation ont été progressivement utilisés par l'ensemble des tribunaux de commerce, les chambres commerciales des TGI et les tribunaux mixtes. Depuis 2008, sur les 150 juridictions commerciales, le nombre de celles qui n'ont ouvert aucune procédure préventive n'a cessé de diminuer : 26 en 2008, 17 en 2009, 12 en 2010, enfin seulement 8 en 2011 (4 tribunaux de commerce, 2 chambres commerciales de TGI et 2 tribunaux mixtes).

Toutefois, si au moins une des deux procédures est appliquée maintenant par 91 à 93 % des juridictions commerciales, le nombre comme la part relative de chacune varient beaucoup d'un tribunal à l'autre. En effet, de 2006 à 2011, vingt trois tribunaux en ont enregistré moins de 10 et vingt trois plus de 100. A eux seuls, quatorze tribunaux de commerce concentrent 50% des mandats ad hoc et des conciliations accordés et les cinq premiers d'entre eux 31 % -tableau 3-.

<sup>7</sup> Lettre de l'Observatoire Consulaire des Entreprises en Difficultés, n° 37, déc. 2011, p. 11-12.

<sup>8</sup> Entreprises en difficulté : les bonnes pratiques des professionnels, Congrès du CNAJMJ, La Colle sur Loup, 14-15 juin 2012, Bull. Joly Entreprises en difficulté, nov.-déc. 2012, n° 6, p.397, spéc., p. 409.

<sup>9</sup> H. Bourbouloux, Les chiffres trompeurs : halte aux idées reçues. La boîte à outils du Livre VI est performante, Bull. Joly Entreprises en difficulté, juillet-août 2012, p. 206, spéc., p. 207.

Cette très forte concentration des procédures préventives dans un faible nombre de tribunaux de commerce doit être soulignée, en particulier pour la conciliation : deux tribunaux (Paris et Lyon) ont ouvert 26 % du total. Il ne suffit pas de relever qu'en ont bénéficié des sociétés, parfois importantes, dont les sièges sociaux se trouvent dans le ressort de ces juridictions, puisque cela a aussi été le cas de nombreuses PME, ainsi que le confirment les magistrats et les praticiens.

**Tableau 3**  
**Liste des 23 tribunaux de commerce ayant ouvert**  
**plus de 100 procédures préventives de 2006 à 2011**

Siège du tribunal de commerce	Ensemble			Ouvertures de conciliation		Mandats ad hoc		
	Effectifs	%	Cumul	Effectifs	%	Effectifs	%	% pour 100 procédures préventives
<b>Total</b>	<b>9 227</b>	<b>100,0</b>		<b>3 352</b>	<b>100,0</b>	<b>5 875</b>	<b>100,0</b>	<b>63,7</b>
<i>dont</i>								
PARIS	863	9,4	9,4	454	13,5	409	7,0	47,4
LYON	782	8,5	17,9	429	12,8	353	6,0	45,1
MARSEILLE	576	6,2	24,1	100	5,3	476	2,1	82,6
TOULOUSE	334	3,6	27,7	41	4,5	293	2,6	87,7
NANTERRE	302	3,3	31,0	178	3,0	124	2,2	41,1
EVRY	301	3,3	34,3	151	3,0	150	8,1	49,8
CRETEIL	272	2,9	37,2	56	2,3	216	1,4	79,4
VERSAILLES	243	2,6	39,8	58	2,1	185	0,9	76,1
NANTES	228	2,5	42,3	101	2,0	127	1,2	55,7
AIX EN PROVENCE	180	2,0	44,3	41	2,0	139	1,1	77,2
LA ROCHE SUR YON	173	1,9	46,2	32	1,7	141	3,1	81,5
BOBIGNY	160	1,7	47,9	76	1,7	84	3,7	52,5
DIJON	138	1,5	49,4	68	1,4	70	1,5	50,7
SI NAZAIRE	136	1,5	50,9	47	1,4	89	1,4	65,4
TOULON	131	1,4	52,3	1	1,3	130	1,3	99,2
ANGERS	130	1,4	53,7	67	1,2	63	5,0	48,5
ORLEANS	129	1,4	55,1	47	1,2	82	2,4	63,6
RENNES	124	1,3	56,4	71	1,1	53	1,3	42,7
CHAMBERY	122	1,3	57,7	43	1,0	79	2,4	64,8
CANNES	114	1,2	58,9	36	0,6	78	1,4	68,4
NICE	110	1,2	60,1	18	0,5	92	1,6	83,6
BESANCON	104	1,1	61,2	21	0,1	83	1,7	79,8
AVIGNON	102	1,1	62,3	4	0,0	98	2,2	96,1

\* Extraction en mai 2011  
Source : SDSE, RGC  
DACs-PEJC

Il convient plutôt d'établir un lien étroit entre cette « quasi spécialisation de fait » d'un certain nombre de tribunaux de commerce et le travail pédagogique entrepris par leurs présidents depuis de nombreuses années pour faire connaître ces procédures de prévention des difficultés aux chefs d'entreprise et à leurs conseils. Ils le font notamment dans leurs discours lors des audiences de rentrée du mois de janvier de chaque année, qui sont ensuite repris par la presse locale. De surcroît dans ces villes, les magistrats, les

M

mandataires de justice chargés de ces missions - le plus souvent des administrateurs judiciaires<sup>10</sup> - ainsi que les conseils des chefs d'entreprise, ont acquis au fil des dossiers une expérience et une expertise qui se révèlent être d'une grande efficacité.

• *Des pratiques différentes selon les tribunaux*

Au plan national, sur l'ensemble de la période 2006-2011, les nominations de mandataires ad hoc sont en moyenne plus fréquentes que les ouvertures de conciliations (63,7%, contre 36,3%). Mais ces proportions varient beaucoup d'une juridiction à l'autre -tableau 3 -. Ainsi, au sein des vingt trois tribunaux de commerce qui ont traité plus de 100 procédures préventives de 2006 à 2011, neuf tribunaux de commerce ont une part de mandats ad hoc en dessous de la moyenne nationale : Nanterre (41,1%), Rennes (42,7%), Lyon (45,1%), Paris (47,4%), Angers (48,5%), Evry (49,8%), Dijon (50,7%), Bobigny (52,5%) et Nantes (55,7%), et trois se situent autour de la moyenne nationale : Orléans (63,6%), Chambéry (64,8%) et Saint Nazaire (65,4%). Enfin, onze tribunaux de commerce dépassent, et pour certains très largement, le pourcentage national des deux tiers de mandats ad hoc : Cannes (68,4%), Versailles (76,1%), Aix en Provence (77,2%), Créteil (79,4%), Besançon (79,8%), La Roche sur Yon (81,5%), Marseille (82,6%), Nice (83,6%), Toulouse (87,7%), Avignon (96,1%) et Toulon (99,2%).

La part des conciliations est donc parfois plus élevée que celle des mandats ad hoc ou au contraire beaucoup plus faible. Elle peut d'ailleurs varier d'une année sur l'autre, en fonction demandes et de la situation des entreprises. Mais la tendance générale reste bien de privilégier le mandat ad hoc, même si certains tribunaux de commerce ayant accordé le plus grand nombre de ces deux procédures (notamment Paris et Lyon) ont enregistré plus de conciliations.

• *Le nombre de mandats ad hoc suivis d'une conciliation ou d'une sauvegarde et de conciliations suivies d'une sauvegarde ne peut être établi*

Un certain nombre de mandats ad hoc donnent lieu ensuite à l'ouverture d'une conciliation lorsque l'entreprise vient à se trouver en cessation des paiements ou pour faire constater par le président ou homologuer par le tribunal l'accord qui a été négocié et conclu avec les créanciers.

Dans ces hypothèses, la même entreprise bénéficie successivement des deux procédures - la première ayant préparé la seconde - sans que l'on puisse comptabiliser ce passage de l'une à l'autre puisque la loi n'a pas prévu de conversion du mandat ad hoc en conciliation et qu'il s'agit de procédures enregistrées séparément au répertoire général. Le passage d'une procédure à l'autre est probablement une pratique assez fréquente. En effet le mandat ad hoc présente l'intérêt de se dérouler dans une totale confidentialité et l'avantage décisif de ne pas avoir de limite légale à sa durée, à la différence de la conciliation<sup>11</sup> (voir infra), même si le plus souvent le mandataire ad hoc est nommé pour trois mois, sa mission pouvant ensuite être renouvelée en tant que de besoin<sup>12</sup>.

De même, un mandat ad hoc ou une conciliation peut servir de phase préparatoire à une procédure de sauvegarde, ce qui peut permettre d'en justifier l'ouverture et surtout d'en réduire la durée lorsque, durant la procédure préventive, un accord avec les créanciers a été déjà largement négocié. Parfois même l'ouverture d'une sauvegarde permet de convaincre un créancier récalcitrant, ou un groupe de créanciers minoritaires, d'accepter

<sup>10</sup> Voir en ce sens la note d'information du greffe du Tribunal de commerce de Paris : [www.greffe-tc-paris.fr](http://www.greffe-tc-paris.fr)

<sup>11</sup> F. Pérochon (op.cit., n° 97, p. 71, insiste sur son « caractère informel et sa grande plasticité liée à sa souplesse... sa durée en est libre, ce qui en fait un instrument plus commode que la conciliation, enfermée dans d'étroites limites temporelles ».

<sup>12</sup> Voir la note d'information du greffe du Tribunal de commerce de Paris, précitée.

le plan de redressement financier. D'ailleurs cette dernière pratique<sup>13</sup> a été consacrée par la loi de régulation bancaire et financière du 22 octobre 2010 instituant, dans son article 57, la procédure de sauvegarde financière accélérée (SFA, art. L. 628-1 à L. 628-7 C. com.). Pour pouvoir être soumis à cette nouvelle procédure, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2011, le débiteur doit notamment être « engagé dans une procédure de conciliation en cours ». A l'avenir il sera possible d'identifier les conciliations qui ont été suivies de l'ouverture d'une procédure collective (art. R. 611-38-1 nouv. C. com.).

• *Les issues du mandat ad hoc ne peuvent être connues*

Le mandat ad hoc permet d'obtenir l'accord des créanciers, qui n'a que la force obligatoire d'un contrat. A la différence de la conciliation, le président ou le tribunal n'intervient pas pour lui donner force exécutoire ; c'est d'ailleurs notamment pour l'obtenir qu'un certain nombre de mandats ad hoc sont suivis d'une conciliation. On ne dispose pas actuellement de statistique sur la durée du mandat ad hoc. En effet, à la différence de la conciliation, il n'est pas limité légalement dans le temps. Si une fin du mandat ad hoc est néanmoins prévue lorsque le chef d'entreprise la sollicite du président du tribunal (art. R. 611-21 C. com.), pour l'heure, cette décision ne fait pas l'objet d'une extraction statistique, tout comme l'ordonnance de fin de mission et de taxation, sollicitée par le mandataire (art. L. 611-14 al. 1 C. com.), qui permettrait de savoir quelle a été la durée du mandat ad hoc, mené ou non à bonne fin.

En l'état, il est impossible de connaître la part de mandats ad hoc ayant conduit ou non à un accord, ni celui des affaires qui ont ensuite été soumises à une procédure collective.

• *Les issues de la conciliation*

Les solutions de la procédure de conciliation sont précisément établies par les textes. Elles correspondent à des issues positives ou négatives. Pour les premières, deux cas sont prévus : l'accord conclu avec les créanciers est constaté par le président (art. L. 611-8, I C. com.) ou homologué par le tribunal (art. L. 611-10). Les cas d'échec sont plus nombreux : la demande de constat de l'accord est rejetée ou son homologation est refusée; le président met fin à la conciliation en cas d'impossibilité de parvenir à un accord, sur rapport du conciliateur (art. L. 611-7 dernier alinéa) et la fin de plein droit de la procédure parce que sa durée légale (au plus de 5 mois) a été atteinte (art. L. 611-6 al. 2). Le décret du 3 mars 2011 a ajouté un nouveau cas, en prévoyant que « l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire met fin de plein droit à la procédure de conciliation » (art. R. 611-38-1 C. com.). Le passage d'une conciliation à une procédure collective, sans être une conversion au sens technique, pourra ainsi être connu et quantifié. L'hypothèse visée est générale et elle couvre aussi bien les conciliations qui sont rapidement clôturées parce que le conciliateur s'aperçoit que le débiteur est en cessation des paiements depuis plus de 45 jours, ce qui doit conduire à l'ouverture rapide d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire<sup>14</sup>, qu'en cas d'échec des négociations avec les créanciers.

<sup>13</sup> Directement inspirée de l'affaire Thomson-Technicolor jugée par le Tribunal de commerce de Nanterre, voir les références : F. Pérochon, op.cit., n°34, p. 39, note 79, et n° 380 pour la SFA.

<sup>14</sup> Le Conseil Constitutionnel, le 7 décembre 2012 (J.O. 8 déc.), a déclaré inconstitutionnelle la saisine d'office du tribunal en vue de l'ouverture d'un redressement judiciaire (art. L. 631-5 al. 1 C. com.), avec effet immédiat. Pour les mêmes motifs, cette Décision devrait sans doute être appliquée à la saisine d'office en vue de l'ouverture d'une liquidation judiciaire (art. L.640-5 C. com.). La demande d'ouverture de ces deux procédures collectives ne pourrait alors être formée qu'à la demande du débiteur, par assignation de ses créanciers ou sur requête du ministère public, sauf modification de la loi ; voir sur cette décision les obs. de F.-X. Lucas et de T. Favario, Bull. Joly Entreprises en difficulté, janv.-févr. 2013, p. 1 et 10. .

La loi a déjà prévu que l'ouverture d'une procédure collective met fin de plein droit à l'accord constaté ou homologué (art. L. 611-12 C. com.), ainsi que les résolutions pour inexécution des accords constatés ou homologués (art. L. 611-10-3 C. com.) qui interviennent après la clôture de la procédure.

- *L'ouverture de la conciliation conduit à un accord constaté ou homologué dans 25 à 40 % des cas selon les juridictions*

**Tableau 4**  
**Issues de la conciliation 2006-2011**

Siège du tribunal	Nombre d'ouvertures 2006-2011	Procédures clôturées									Proportion de procédures non clôturées
		Total des issues	Accords et Homologations		Décision mettant fin à la procédure de conciliation	Constata l'accord	Homologue l'accord	Refuse de constater l'accord	Rejette la demande d'homologation	Fin de la procédure de conciliation de plein droit	
			Nombre	% pour 100 ouvertures							
<b>Total</b>	<b>3 352</b>	<b>1 687</b>	<b>850</b>	<b>25,4</b>	<b>543</b>	<b>460</b>	<b>390</b>	<b>2</b>	<b>4</b>	<b>288</b>	<b>49,7</b>
<b>Total (hors Paris, Lyon, Nanterre)*</b>	<b>2 291</b>	<b>682</b>	<b>422</b>	<b>18,4</b>	<b>129</b>	<b>189</b>	<b>233</b>	<b>1</b>	<b>1</b>	<b>129</b>	<b>70,2</b>
<b>Total Paris, Lyon et Nanterre**</b>	<b>1 061</b>	<b>1 005</b>	<b>428</b>	<b>40,3</b>	<b>414</b>	<b>271</b>	<b>157</b>	<b>1</b>	<b>3</b>	<b>159</b>	<b>5,3</b>
PARIS	454	424	190	41,9	230	131	59	1	2	1	6,6
LYON	429	429	161	37,5	154	92	69	0	0	114	0,0
NANTERRE	178	152	77	43,3	30	48	29	0	1	44	14,6
EVRY	151	14	13	8,6	0	0	13	0	0	1	90,7
NANTES	101	50	6	5,9	44	2	4	0	0	0	50,5
MARSEILLE	100	48	5	5,0	0	0	5	0	0	43	52,0
BOBIGNY	76	51	24	31,6	0	11	13	0	0	27	32,9
RENNES	71	23	12	16,9	10	5	7	0	0	1	67,6
DIJON	68	13	8	11,8	3	6	2	0	0	2	80,9
ANGERS	67	13	12	17,9	0	8	4	0	0	1	80,6
VERSAILLES	58	0	0	0,0	0	0	0	0	0	0	100,0
CRETEIL	56	12	5	8,9	0	0	5	0	0	7	78,6
LA ROCHELLE	51	14	13	25,5	0	4	9	0	0	1	72,5
LILLE	50	13	9	18,0	3	6	3	0	0	1	74,0
GRENOBLE	47	32	17	36,2	14	12	5	0	0	1	31,9
ORLEANS	47	23	22	46,8	0	11	11	0	0	1	51,1
ST NAZAIRE	47	12	12	25,5	0	8	4	0	0	0	74,5
ST DENIS-REUNION	47	20	9	19,1	8	5	4	0	0	3	57,4
CHAMBERY	43	12	11	25,6	1	2	9	0	0	0	72,1
AIX EN PROVENCE	41	6	4	9,8	1	1	3	0	0	1	85,4
TOULOUSE	41	35	11	26,8	23	6	5	0	0	1	14,6

\* Extraction RGC mai 2012

\*\* Les statistiques issues de l'exploitation du RGC étant apparues peu vraisemblables, celles-ci ont été corrigées sur la base des déclarations de ces 3 tribunaux.

25 à 40% des procédures de conciliation ouvertes se terminent par un accord constaté ou homologué. - tableau 4-, avec de grandes disparités entre les tribunaux:

- cinq tribunaux ont admis les demandes de constat et d'homologation d'accord dans environ 40 % des conciliations ouvertes : Orléans (46,8 %), Nanterre (43,3 %), Paris (41,9 %), Lyon (37,5 %) et Grenoble (36,2 %) ;
- cinq se situent entre 25 et 31 % : Bobigny (31,6 %), Toulouse (26,8 %), Chambéry (25,6 %), Saint-Nazaire (25,5 %) et La Rochelle (25,5 %) ;
- les onze autres juridictions ont enregistré une proportion d'accords constatés ou homologués plus faible encore, y compris pour trois de celles ayant ouvert entre 100 et 150 conciliations : Evry (8,6 %), Nantes (5,9 %) et Marseille (5 %).

Des différences aussi importantes conduisent à douter sérieusement de la qualité de l'enregistrement de ces données par les greffes et ne manquent pas d'avoir une forte incidence sur les pourcentages nationaux.

Sous ces réserves, on constate - au moins pour les dix premiers tribunaux cités ci-dessus - que dans six à sept cas sur dix la procédure de conciliation ne permet pas d'obtenir un accord avec les créanciers, sachant que les rejets des demandes de constat et les refus d'homologation des accords obtenus sont quasi inexistantes (en 6 ans, 2 pour les premiers et 4 pour les seconds) -Tableau 4-.

**• Les constats d'accord représentent 54 % des issues positives et les homologations 46 % et ils sont prononcés en moins de 4 mois**

Sur requête conjointe des parties, le président du tribunal constate leur accord et lui donne force exécutoire. Il statue au vu 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. L'ordonnance du président ne fait l'objet d'aucune publicité, n'est pas susceptible de recours et met fin à la procédure (art. L. 611-8, I C. com.).

L'homologation de l'accord par le tribunal est précisément réglementée (art. L. 611-9 C. com.) et elle est subordonnée à la réunion des conditions suivantes :

- le débiteur n'est pas en cessation des paiements ou l'accord conclu y a mis fin,
- les termes de l'accord sont de nature à assurer la pérennité de l'activité de l'entreprise ;
- l'accord des parties ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers non signataires (art. L.611-8, II C. com.).

Le jugement d'homologation ne reprend pas les termes de l'accord (art. R. 611-40 al. 2 C. com.), il est publié par avis (art. R. 611-43 C. com.), il est susceptible d'appel dans des conditions limitées et de tierce opposition (art. L. 611-10 al. 2 et art. R. 611-42 C. com.) et il met fin à la procédure (art. L. 611-10 al. 1 C. com.).

En six ans, on compte 460 constats d'accord et 390 homologations, soit respectivement 54 % et 46 % du total de ces deux issues. A eux seuls les trois tribunaux de commerce ayant ouvert le plus grand nombre de conciliations (Paris, Lyon et Nanterre) ont eu 271 constats d'accord et 157 homologations, soit 63 % des premiers et 37 % des secondes.

Si dix tribunaux ont enregistré plus de constats que d'homologations (Paris, Nanterre, Lyon, Nantes, Dijon, Angers, Lille, Grenoble, Saint Denis de la Réunion et Toulouse) les onze autres juridictions ont eu plus d'homologations.

Le constat de l'accord est privilégié par les parties, dans un peu moins de six cas sur dix, probablement parce qu'il préserve la totale confidentialité de la conciliation, alors qu'en cas d'homologation les tiers en seront informés, par l'avis du jugement, même si le contenu de l'accord n'est pas rendu public. Néanmoins, au fil des années, les avantages qu'offre l'homologation<sup>15</sup> ont fini par en multiplier le nombre.

Ces résultats auraient dû être complétés par une étude de l'importance des entreprises qui ont obtenu un constat ou une homologation, à partir des données relatives à leur catégorie

<sup>15</sup> En particulier, en cas de procédure collective ouverte ultérieurement, l'impossibilité de reporter la cessation des paiements à une date antérieure à l'homologation (art. L. 631-8 al. 2 C. com.) et le bénéfice du privilège de la conciliation dit de *new money* (art. L. 611-11 C. com.), F. Pérochon, op.cit., n° 218, p. 115 et n°211, p. 112.

juridique, au montant de leur chiffre d'affaires et au nombre de leurs salariés, ce qui n'a pas été possible -voir Encadré -

La loi dispose que la conciliation est ouverte pour une période n'excédant pas 4 mois, que le président peut, par une décision motivée, proroger au plus d'un mois (art. L. 611-6 al. 2 C. com.). Entre 2006 et 2011, les tribunaux ont strictement respecté la limitation dans le temps de cette procédure : en moyenne, l'accord a été constaté en 3,6 mois et l'homologation prononcée en 3,4 mois.

Cette durée maximale de 5 mois est parfois insuffisante pour analyser la situation de l'entreprise, préparer son rétablissement, négocier et obtenir l'accord de ses créanciers, puis pour respecter la procédure d'homologation qui, à elle seule, peut prendre plusieurs semaines<sup>16</sup>. L'ordonnance du 18 décembre 2008 en a tenu compte en prévoyant qu'il suffit que la demande d'homologation soit formée au plus tard avant l'expiration du délai maximum, ce qui prolonge la mission du conciliateur et la procédure jusqu'à la décision du tribunal (art. L. 611-6 al. 2 in fine C. com.).

C'est notamment pour cette raison que les praticiens sollicitent dans un premier temps un mandat ad hoc préparatoire avant de demander ensuite l'ouverture d'une conciliation à seule fin de faire constater ou homologuer l'accord déjà obtenu.

Les statistiques d'activité produites à partir du répertoire général civil ne permettent pas de suivre les entreprises ayant obtenu un constat ou une homologation de l'accord conclu avec leurs créanciers dans le cadre d'une conciliation ou bénéficié d'un mandat ad hoc et de mesurer l'efficacité à moyen et à long terme de ces deux procédures.

Seules des enquêtes auprès des mandataires ad hoc et des conciliateurs qui ont été nommés permettraient d'en prendre réellement la mesure<sup>17</sup>, ainsi qu'auprès des tribunaux lors du prononcé ultérieur d'une procédure collective. De telles enquêtes permettraient de comptabiliser les procédures collectives ouvertes à l'encontre d'entreprises ayant bénéficié quelques années auparavant d'un mandat ad hoc ou d'une conciliation et d'évaluer le taux de réussite de ces procédures préventives.

<sup>16</sup> Afin d'éviter qu'à l'expiration de la période légale une nouvelle conciliation ne soit immédiatement ouverte dans le seul but de pouvoir achever les négociations avec les créanciers et d'obtenir le constat ou l'homologation de l'accord, l'ordonnance du 18 décembre 2008 a prévu « qu'une nouvelle conciliation ne peut être ouverte dans les trois mois qui suivent » la fin de la précédente (art. L. 611-6 al. 2 C. com. et art. R. 611-22, 5<sup>o</sup>.C. com. pour l'attestation en ce sens qui doit figurer dans la requête aux fins d'ouverture de la conciliation).

<sup>17</sup> Le taux de réussite de 70 % de ces procédures est souvent cité. Il semble correspondre plutôt aux accords conclus avec les créanciers à l'issue des mandats ad hoc et des conciliations qu'à celui du rebond durable des entreprises constaté bien plus tard. Selon Monsieur le Président J.-B. Drummen (discours précité) « l'on sait que le taux de succès de ces mesures (mandats ad hoc, conciliations et sauvegardes) est de l'ordre de 70 % » ; pour le président du tribunal de commerce de Lyon, Monsieur Y. Chavent « ces procédures amiables (mandat ad hoc et conciliation) sont les plus efficaces (par rapport aux procédures collectives) puisque 75 % des entreprises qui en bénéficient poursuivent leur activité », Colloque de Lyon, 25 juin 2012, Le droit des entreprises en difficulté à l'épreuve de la crise économique, Bull. Joly Entreprises en difficulté, sept.-oct. 2012, p. 306, spéc. p. 308 ; adde : F. Pérochon, A propos des chiffres de la sauvegarde, Droit et Patrimoine, n°223, mars 2013, p.46, spéc. p.52.

## Encadré

### La source statistique : le répertoire général civil.

*Les données statistiques publiées dans cette étude ont été produites à partir d'une exploitation du répertoire général civil des tribunaux de commerce, des chambres commerciales des tribunaux de grande instance et des tribunaux mixtes. Ne sont donc pas pris en compte les mandats ad hoc et les conciliations prononcés par les tribunaux de grande instance dont peuvent bénéficier les personnes morales de droit privé, les personnes physiques non commerçantes et celles exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris les professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, ainsi que les règlements amiables agricoles .*

**La prise en compte des effets de la réforme de la carte judiciaire.** Pour l'analyse de la répartition géographique des procédures de mandat ad hoc et de conciliation par juridiction, nous avons appliqué la nouvelle carte judiciaire aux données antérieures à 2009. Cette réforme a conduit à la suppression de 55 tribunaux de commerce et à la création de 5 tribunaux de commerce. Parallèlement, seules 7 chambres commerciales de TGI ont été maintenues en Alsace-Moselle, les attributions commerciales des 23 autres tribunaux à compétence commerciale ayant été transférées aux tribunaux de commerce du ressort. Ainsi, l'étude a été réalisée sur les 135 tribunaux de commerce, les 7 chambres commerciales d'Alsace-Moselle et les 8 tribunaux mixtes situés dans les départements d'outre-mer, soit au total 150 juridictions commerciales.

**Qualité des variables descriptives des entreprises.** Pour les procédures de conciliation, conformément aux instructions de tenue du répertoire général civil, les greffes sont tenus de renseigner plusieurs variables descriptives des entreprises : *nombre de salariés, montant du chiffre d'affaires et catégorie juridique de l'entreprise*<sup>18</sup>. Malgré l'intérêt que présentent ces informations pour connaître les caractéristiques des entreprises ayant bénéficié de cette procédure, ces variables se sont révélées inexploitables, étant très mal servies par les greffes. Pourtant, outre les pièces qui doivent figurer dans la demande d'ouverture d'une conciliation (art. R. 611-22 C. com), ces informations sont nécessairement connues du président du tribunal au moment de l'ouverture de la procédure. Ainsi, en 2010, la catégorie de l'entreprise n'est renseignée que dans un tiers des procédures de conciliation ouvertes, Pour le nombre de salariés, comme pour le chiffre d'affaires, plus de huit fois sur dix, les statistiques ne permettent pas de distinguer les cas où ces informations n'ont pas été renseignées par les greffes des cas où l'entreprise n'employait vraiment aucun salarié ou réalisait un chiffre d'affaires égal à zéro.

**Qualité des statistiques sur l'issue des procédures de conciliation.** Lorsque la conciliation a été ouverte, les greffes doivent enregistrer la clôture de la procédure en codant l'un des postes de la nomenclature des décisions visant les différents cas prévus par les textes :

---

<sup>18</sup> Ces données ne font pas actuellement l'objet d'une extraction pour les mandats ad hoc.

**CLOTURE Procédure de conciliation**

- 94A Décision mettant fin à la procédure de conciliation
- 94B Constate l'accord des parties
- 94C Homologue l'accord des parties
- 94D Refuse de constater l'accord des parties
- 94E Rejette la demande d'homologation
- 94F Fin de la procédure de conciliation de plein droit

L'analyse des statistiques sur les issues de conciliation, produites à partir de l'exploitation du répertoire général des juridictions commerciales, a mis en évidence un sous enregistrement des fins de procédure. En effet, une proportion anormalement élevée de procédures non clôturées a été observée. Il s'agit vraisemblablement des fins de conciliation de plein droit, sans doute parce que cette issue ne nécessite pas une ordonnance du président du tribunal, alors que l'on a certainement eu une ordonnance de fin de mission et de taxation à la demande du conciliateur (art. L. 611-14 al. 1 C. com.)-

Par ailleurs, des invraisemblances imputables à des erreurs de codage des autres décisions mettant fin à la conciliation ont également été constatées. Pour cette raison, il a été jugé nécessaire de demander aux greffes des trois tribunaux de commerce ayant ouvert le plus grand nombre de conciliations de corriger leurs données (Paris, Lyon et Nanterre). Ces corrections ont été intégrées aux statistiques présentées.

**Les informations statistiques collectées sur les mandats ad hoc sont plus succinctes.** A la différence des procédures de conciliation, les caractéristiques de l'entreprise bénéficiant d'un mandat ad hoc ne font pas l'objet d'un relevé statistique. De plus, on ne dispose pas actuellement de statistiques sur la durée de la procédure de mandat ad hoc. En effet, à la différence de la conciliation, le mandat ad hoc n'est pas limité légalement dans le temps. Si une fin du mandat ad hoc est néanmoins prévue lorsque le chef d'entreprise la sollicite du président du tribunal (art. R. 611-21 C. com.), pour l'heure, cette décision ne fait pas l'objet d'une extraction statistique, tout comme l'ordonnance de fin de mission et de taxation, sollicitée par le mandataire (art. L. 611-14 al. 1 C. com.), qui permettraient de savoir quelle a été la durée du mandat ad hoc, mené ou non à bonne fin.

( - - - )

18

Chemin :

**DOCUMENT n° 2**

**Code de commerce**

▶ **Partie législative**

▶ **LIVRE VI : Des difficultés des entreprises.**

▶ **TITRE Ier : De la prévention des difficultés des entreprises.**

▶ **Chapitre Ier : De la prévention des difficultés des entreprises, du mandat ad hoc et de la procédure de conciliation**

### **Article L611-3**

▶ **Modifié par Ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 - art. 3**

Le président du tribunal peut, à la demande d'un débiteur, désigner un mandataire ad hoc dont il détermine la mission. Le débiteur peut proposer le nom d'un mandataire ad hoc. La décision nommant le mandataire ad hoc est communiquée pour information aux commissaires aux comptes lorsqu'il en a été désigné.

Le tribunal compétent est le tribunal de commerce si le débiteur exerce une activité commerciale ou artisanale et le tribunal de grande instance dans les autres cas.

### **Liens relatifs à cet article**

Cité par:

Décret n°85-295 du 1 mars 1985 - art. 36 (Ab)  
Décret n°2005-1677 du 28 décembre 2005 - art. 11 (Ab)  
Décret n°2005-1677 du 28 décembre 2005 - art. 344 (Ab)  
Arrêté du 19 novembre 2013 - art. (V)  
Arrêté du 19 novembre 2013 - art., v. init.  
Code de commerce - art. L611-16 (VD)  
Code de commerce - art. L811-10 (V)  
Code de commerce. - art. L611-4 (M)  
Code de commerce. - art. L611-5 (M)  
Code de commerce. - art. L621-56 (T)  
Code de commerce. - art. L623-3 (V)  
Code de commerce. - art. L811-10 (M)  
Code de commerce. - art. L812-8 (V)  
Code de commerce. - art. R611-18 (V)  
Code de commerce. - art. R611-18 (V)  
Code de commerce. - art. R662-8 (V)  
Code de la mutualité - art. L212-15 (M)  
Code des assurances - art. L310-25 (V)  
Code des assurances - art. L310-25 (V)  
Code des assurances - art. L310-25 (V)  
Code des assurances - art. L310-25 (V)

Anciens textes:

Loi n°84-148 du 1 mars 1984 - art. 35 (Ab)

**Chemin :**

Code de commerce

▶ Partie réglementaire

▶ LIVRE VI : Des difficultés des entreprises.

▶ TITRE Ier : De la prévention des difficultés des entreprises.

▶ Chapitre Ier : De la prévention des difficultés des entreprises, du mandat ad hoc et de la procédure de conciliation.

## Section 3 : Du mandat ad hoc.

### Article R611-18

Modifié par Décret n°2009-160 du 12 février 2009 - art. 3

La demande de désignation d'un mandataire ad hoc prévue à l'article L. 611-3 est présentée par écrit. Elle est adressée ou remise au président du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance selon le cas par le représentant légal de la personne morale ou par le débiteur personne physique et déposée au greffe.

Cette demande expose les raisons qui la motivent.

Lorsque le débiteur propose un mandataire ad hoc à la désignation du président du tribunal, il précise son identité et son adresse.

### Article R611-19

Modifié par Décret n°2009-160 du 12 février 2009 - art. 4

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

L'ordonnance qui désigne le mandataire ad hoc définit l'objet de sa mission et fixe les conditions de sa rémunération conformément aux dispositions de la section 5 du présent chapitre.

### Article R611-20

Modifié par Décret n°2009-160 du 12 février 2009 - art. 5

La décision statuant sur la désignation du mandataire ad hoc est notifiée au demandeur. En cas de refus de désignation, celui-ci peut interjeter appel. L'appel est formé, instruit et jugé conformément aux dispositions de l'article R. 611-26.

La décision nommant le mandataire ad hoc est notifiée à ce dernier par le greffier. La lettre de notification reproduit les dispositions de l'article L. 611-13.

Le mandataire ad hoc 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 prévue à l'article L. 611-13.

### Article R611-21

Lorsque le débiteur en fait la demande, le président du tribunal met fin sans délai à la mission du mandataire ad hoc.

# APIA

Administrateurs Professionnels  
Indépendants Associés

Cahier n° 15

## Les procédures amiables

*Campbell Philippart Laigo & Associés*  
*Société d'avocats*

**COTTY VIVANT MARCHISIO & LAUZERAL**

PARIS - TOKYO - SINGAPOUR - DUBAI

## Table des matières

**Préambule : « Pas de négociation sans chiffres fiables »**  
*par Christian de Baecque, Président du Tribunal de commerce de Paris*

### **Procédures amiables : mandat ad hoc et conciliation**

#### **Introduction**

- a) *Précisions et distinctions*
- b) *Historique*
- c) *Panorama des outils de prévention*

### **1. Points communs des deux procédures**

- 1.1 *Deux procédures facultatives, simples et rapides dans leur mise en place*
- 1.2 *Le mandataire ad hoc et le conciliateur :  
des experts offrant crédibilité et garanties d'indépendance*
- 1.3 *Une mission d'assistance au chef d'entreprise qui reste aux commandes*
- 1.4 *Deux procédures confidentielles*

### **2. Différences**

- 2.1 *Conditions d'ouverture et de durée*
- 2.2 *L'octroi de délais de paiements dans la conciliation*
- 2.3 *Constatation et homologation  
de l'accord amiable issu de la conciliation*

### **3. Critères du choix**

*Tableau de synthèse des procédures amiables*

#### *Témoignages :*

- Quand l'intérêt social diverge de celui de l'actionnaire*
- Le mandataire ad hoc, négociateur légitime auprès du banquier*
- Le mandat ad hoc au service de la TPE*

### **Conclusion :**

**Le point de vue de APIA et le rôle de l'administrateur**

## Préambule :

### Pas de négociation sans chiffres fiables

Dans ce cahier, APIA, qui regroupe comme son nom l'indique des administrateurs professionnels indépendants, a choisi d'étudier un sujet d'importance pour chaque dirigeant d'entreprise, quelle que soit sa taille, les procédures de négociations : mandat ad hoc et conciliation.

Pour éviter la défaillance irrémédiable d'une entreprise, c'est-à-dire l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire, les récentes modifications apportées au Droit des entreprises en difficulté, permettent aux entreprises françaises de pouvoir choisir entre quatre procédures complémentaires : deux procédures de négociations confidentielles selon que l'entreprise est ou n'est pas en cessation de paiement (mandat ad hoc et conciliation) et, deux procédures d'observation, selon que l'entreprise est ou n'est pas en cessation de paiement (sauvegarde ou redressement judiciaire).

Tout dirigeant d'entreprise et tout administrateur sait que « gouverner, c'est anticiper ». Il faut anticiper ses difficultés, s'en ouvrir auprès de ses créanciers. C'est la finalité de ces deux procédures de négociations confidentielles qui sont présentées dans ce cahier.

Mais, avant même de venir au tribunal de commerce pour obtenir l'ouverture d'une de ces procédures et la nomination par ordonnance d'un mandataire ou d'un conciliateur, le chef d'entreprise peut, seul ou avec l'assistance de son expert-comptable ou d'un administrateur, entamer une négociation avec un de ses créanciers : banque, URSAFF, gros fournisseur, propriétaire...

Cette première approche de négociation informelle aboutit

dans de nombreux cas ; dans les autres cas, elle est souvent utile pour préparer une négociation sous l'égide du tribunal de commerce.

Chaque situation est bien entendu différente ; le chef d'entreprise et ses conseils doivent s'interroger attentivement pour choisir la meilleure solution.

Mais, quelle que soit la solution choisie, le chef d'entreprise devra avoir une situation bilancielle à jour avec ses dettes et ses créances, un compte d'exploitation récent et un prévisionnel de trésorerie crédible.

Sans ces éléments chiffrés, de préférence validés par un professionnel, l'entreprise ne parviendra pas, quelle que soit la qualité du négociateur choisi, à obtenir des délais, un rééchelonnement de ses dettes ou de nouveaux crédits.

Le négociateur amiable choisi par l'entreprise ou le mandataire ad hoc et le conciliateur désigné par le tribunal, ne font en fait que valider les chiffres qui leur sont présentés et proposer des solutions négociées, en aucun cas ils ne peuvent ouvrir un tel dossier sans des chiffres récents et validés. Ce socle préalable nécessaire au rebond est malheureusement trop souvent ignoré par les parties prenantes et ce cahier offre une magnifique occasion de le souligner dans cette introduction.

**Christian de Baeque**  
*Président du Tribunal de commerce de Paris*

## Procédures amiables : mandat ad hoc et conciliation

### Introduction

Les dirigeants – et administrateurs – sont souvent désarmés face aux difficultés que peut rencontrer leur entreprise, notamment lorsque ces difficultés conduisent à une situation financière tendue, le spectre du redressement ou de la liquidation judiciaire étant alors plutôt effrayant.

Or, entre l'apparition des premières difficultés et l'éventuelle ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire qui peut être source de responsabilité personnelle pour eux, les dirigeants – et les administrateurs – ont à leur

disposition, depuis la loi du 26 juillet 2005 dite loi de sauvegarde des entreprises, un certain nombre d'outils (mandat ad hoc, conciliation, sauvegarde) qui peuvent s'avérer particulièrement efficaces pour redresser la situation. Encore faut-il être au courant de leur existence pour pouvoir les utiliser à temps et à bon escient.

L'objet du présent cahier est de familiariser les administrateurs plus particulièrement avec le mandat ad hoc et la conciliation.

### a) Précisions et distinctions

Avant d'aborder plus en détail les principales caractéristiques du mandat ad hoc et de la conciliation, quelques petites précisions et distinctions paraissent opportunes.

En premier lieu, le mandat ad hoc<sup>1</sup>, tel que prévu par la loi de sauvegarde des entreprises, ne doit pas être confondu avec ce qu'il est convenu d'appeler la "procédure d'alerte"<sup>2</sup>, qui permet à différents acteurs liés à l'entreprise (notamment commissaire aux comptes, comité d'entreprise) d'alerter sur les difficultés que cette dernière peut rencontrer. Dans le cadre de cette procédure d'alerte, le président du tribunal de commerce peut convoquer le dirigeant à un entretien, l'inviter à s'expliquer sur la situation de son entreprise et, le cas échéant, l'orienter sur une des mesures de sauvegarde désormais réglementaires. La "procédure d'alerte" se situe donc plutôt en

amont des procédures amiables prévues par la loi du 26 juillet 2005.

Le mandataire ad hoc doit également être distingué du "médiateur"<sup>3</sup> prévu par le Code de Procédure Civile, le médiateur ayant lui plutôt vocation à intervenir dans un cadre juridique contentieux pour tenter de trouver une solution à un litige préexistant entre des parties.

Le mandataire ad hoc doit encore être distingué de l'"administrateur provisoire"<sup>4</sup> : à la différence de ce dernier, la désignation d'un mandataire ad hoc n'entraîne aucun dessaisissement du dirigeant, qui reste à la tête de son entreprise. La désignation d'un administrateur provisoire est, elle, assez exceptionnelle, et intervient uniquement en cas de crise grave.

### b) Historique

À l'origine, le "mandataire ad hoc" est une création du tribunal de commerce de Paris.

Cette pratique découle de l'analyse que les présidents de cette juridiction ont été amenés à faire lorsqu'ils se sont trouvés confrontés à certaines difficultés rencontrées par des entreprises : leur expérience d'hommes d'entreprise les amenait à considérer qu'une solution rapide et négociée était préférable ; et leur expérience de magistrat consulaire les amenait à craindre que la solution judiciaire définitive du conflit n'intervienne qu'après des délais trop longs et rende l'exploitation très périlleuse pendant cette période.

Cette pratique, consistant donc pour le président du tribunal de commerce à désigner (sur requête ou en référé) un mandataire (la plupart du temps inscrit sur la liste des administrateurs judiciaires) avec une mission précise, ponctuelle et limitée, s'est particulièrement développée à partir de la crise immobilière du début des années 1990.

Parmi les cas habituels/classiques de désignation d'un mandataire ad hoc, on trouvait – et on trouve encore :

- toutes les situations de blocage dans une société (actionnaires qui ne s'entendent pas, conflit filiale/mère...);
- la convocation d'une assemblée générale au lieu et place des organes sociaux défaillants ou qui s'y opposent ;
- la représentation d'un actionnaire à une assemblée ;
- la réalisation d'une enquête sur une situation sociale complexe ;
- l'assistance du dirigeant dans ses relations ou négociations avec certains partenaires, co-contractants, créanciers...

Face au succès de cette pratique, le législateur a fini par la consacrer, en l'intégrant notamment parmi les outils à disposition pour prévenir les difficultés des entreprises.

Il existe donc aujourd'hui, pour faire simple, deux catégories de mandataire ad hoc :

- le mandataire ad hoc "traditionnel", désigné par exemple pour résoudre un conflit ou remédier au fonctionnement défaillant des organes sociaux (voir ci-dessus) ;
- le mandataire ad hoc désigné dans le cadre de la loi du 26 juillet 2005, à côté duquel l'on va trouver le conciliateur.

<sup>1</sup> Article L 611-3 du Code de Commerce

<sup>2</sup> Articles L 234-1 du Code de Commerce (commissaires aux comptes), L 2325-55 et suivants et L 2323-78 à L 2323-82 du Code du Travail (comité d'entreprise)

<sup>3</sup> Article 131-1 et s. du Code de Procédure Civile

<sup>4</sup> Création préventive, issue des pouvoirs du juge de prononcer des mesures conservatoires

## C) Panorama des outils de prévention

La possibilité de désigner un mandataire ad hoc ou un conciliateur pour prévenir les difficultés d'une entreprise s'inscrit donc dans un cadre préventif, qui propose des réponses amiables et graduées aux difficultés des entreprises pour éviter d'en arriver à la procédure de sauvegarde, voire au redressement ou à la liquidation judiciaire.

La nomination d'un **"mandataire ad hoc"** constitue la première réponse possible aux difficultés d'une entreprise : elle peut ainsi être demandée à tout moment au président du tribunal de commerce par un dirigeant qui souhaite faire intervenir un tiers dans la résolution d'une difficulté. À ce stade, le niveau des problèmes rencontrés par l'entreprise n'est pas forcément critique et le mandataire ad hoc exerce sa mission sans intervenir dans la gestion de la société.

La nomination d'un **"conciliateur"** constitue une seconde réponse : elle peut être décidée avant la situation de cessation des paiements mais aussi **dans les quarante-cinq jours de sa survenance**, dès lors que l'entreprise éprouve une "difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisi-

ble"<sup>5</sup> risquant de mettre l'entreprise en péril. Un conciliateur peut alors être nommé, dont la mission consistera à "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"<sup>6</sup>.

Troisième et dernier outil possible de prévention, avant le redressement ou la liquidation judiciaire : l'ouverture d'une **procédure de sauvegarde**, possible dans le cas d'un débiteur qui n'est pas encore en situation de cessation des paiements mais qui fait face à des difficultés "qu'il n'est pas en mesure de surmonter, de nature à le conduire à la cessation des paiements"<sup>7</sup>. Il s'agit toujours d'une mesure préventive, mais la situation étant là suffisamment sérieuse, cette mesure revêt aussi un caractère curatif. L'ouverture de la procédure de sauvegarde suspend notamment toutes les poursuites, y compris, par exemple, celles relatives aux cautions consenties par le dirigeant, pour permettre à l'entreprise de retrouver un peu d'oxygène et à son dirigeant de prendre les bonnes décisions sans pression déstabilisante.

3

Il existe donc de vrais outils permettant d'encadrer et de prévenir les difficultés des entreprises – et accessoirement d'encadrer les risques de responsabilité personnelle encourus par les mandataires sociaux.

Parmi ces outils, le mandat ad hoc et la conciliation présentent de nombreux avantages. Ils permettront au chef d'entreprise de se faire assister dans ses négociations avec ses créanciers, ses cocontractants ou éventuellement ses actionnaires, afin de parvenir à un accord amiable pour résoudre une difficulté à laquelle est confrontée l'entreprise.

Ce cahier a donc pour objet de mieux faire connaître ces deux outils, pour permettre aux administrateurs indépendants titulaires d'un mandat dans une entreprise en difficulté, de proposer ces outils au bon moment.

## 1. Points communs des deux procédures de "prévention-traitement"<sup>8</sup> des difficultés

### 1.1 Deux procédures facultatives, simples et rapides dans leur mise en place

Ces deux procédures amiables et préventives sont facultatives. Seul le dirigeant de l'entreprise a l'initiative d'y recourir. La désignation est simple et rapide, elle ne prend que quelques jours.

Dans les deux cas, le président, généralement celui du tribunal de commerce<sup>9</sup>, est saisi par voie de requête écrite<sup>10</sup> du dirigeant, accompagnée de documents comptables, et en particulier, l'état des créances et des dettes, l'état des privilèges et les engagements hors bilan, les comptes annuels du dernier exercice ainsi que le tableau de financement et

le prévisionnel d'exploitation et de trésorerie.<sup>11</sup> Par ailleurs, le chef d'entreprise peut proposer une personne qu'il souhaiterait voir désigner en qualité de mandataire ad hoc ou de conciliateur.<sup>12</sup>

Le président du tribunal convoque le dirigeant, dès réception de la requête, afin d'entendre ses observations. Il rend alors une ordonnance désignant le mandataire ad hoc ou le conciliateur, déterminant sa mission ainsi que les conditions de sa rémunération<sup>13</sup> après avoir recueilli l'accord du chef d'entreprise.<sup>14</sup>

<sup>5</sup> Article L.611-4 du Code de Commerce

<sup>6</sup> Article L.611-7 du Code de Commerce

<sup>7</sup> Article L.620-1 alinéa 1 du Code de Commerce

<sup>8</sup> Point de vue de M. Bernard Soutamier, Président de Chambre honoraire du Tribunal de Commerce de Paris, Ancien délégué général à la prévention des difficultés des entreprises, *Lamy Droit commercial* 2009 p. 1234

<sup>9</sup> Le tribunal de commerce est compétent pour toute entreprise commerciale ou artisanale. Compétence matérielle : Article L.611-3 du Code de Commerce (mandataire ad hoc) et articles L.611-4 et L.611-5 (conciliation). Compétence territoriale : Article R.600-1 du Code de Commerce

<sup>10</sup> Article L.611-3 du Code de Commerce et article R.611-18 du Code de Commerce (mandataire ad hoc)

Article L.611-6 du Code de Commerce (conciliation)

<sup>11</sup> Article R.611-22 du Code de Commerce (conciliation)

<sup>12</sup> Article L.611-3 du Code de Commerce et Article R.611-18 du Code de Commerce (mandataire ad hoc)

Article L.611-6 du Code de Commerce

<sup>13</sup> Article R.611-19 du Code de Commerce

<sup>14</sup> Article L.611-3 du Code de Commerce

## 1.2. Le mandataire ad hoc et le conciliateur : des experts offrant une crédibilité et des garanties d'indépendance

Ils sont généralement choisis parmi les administrateurs judiciaires ; mais ils peuvent être également issus du monde des affaires. Dans tous les cas, il s'agit d'une personne pourvue d'une expertise et d'une expérience pratique dans le domaine des entreprises en difficulté, rompue aux discussions et aux négociations, et à même d'émettre des propositions appropriées pour sortir d'une situation de crise.

De ce fait, ils présentent un gage de crédibilité aux yeux des parties concernées, crédibilité renforcée par les incompatibilités légales, destinées à éviter tout conflit d'intérêt, et qui leur garantissent une grande indépendance dans l'exercice de leur mission.<sup>15</sup>

4

## 1.3. Une mission d'assistance au chef d'entreprise qui reste aux commandes

Ces deux procédures ne constituent pas une sanction à l'encontre du chef d'entreprise. Dès lors, un climat de confiance et de collaboration doit s'instaurer entre le président du tribunal, le chef d'entreprise et le mandataire ad hoc (ou le conciliateur), puisque, ensemble, ils vont s'attacher à définir une mission sur mesure, adaptée à la difficulté rencontrée par l'entreprise.<sup>16</sup>

La mission est toujours une mission d'assistance au dirigeant. Le mandataire ad hoc (ou le conciliateur) ne se substitue jamais au dirigeant qui conserve son pouvoir de direction et de gestion de l'entreprise. Le dirigeant peut demander à tout moment au président du tribunal de mettre fin à la mission du mandataire ad hoc ou du conciliateur.<sup>17</sup>

## 1.4. Deux procédures confidentielles

Tant le recours, que la désignation et l'intervention du mandataire ad hoc sont confidentielles. Seul le président du tribunal sollicité en a connaissance. Ni sa nomination, ni sa mission ne font l'objet d'une quelconque publicité.

La conciliation est également une procédure qui est exemptée de publicité sauf si, à la demande des parties, l'accord amiable fait l'objet d'une homologation par le tribunal (Cf.2.3. Constatation et homologation de l'accord amiable issu de la conciliation).

Aucune disposition légale n'oblige le dirigeant à en infor-

mer les organes sociaux (conseil d'administration, conseil de surveillance, actionnaires) ou même les représentants du personnel (comité d'entreprise, délégués du personnel). Par ailleurs, la loi impose une obligation de confidentialité très large à laquelle sont soumis non seulement le mandataire ad hoc (ou le conciliateur), mais également « toute personne, qui par ses fonctions en a connaissance »<sup>18</sup>, notamment, le cas échéant, les représentants du personnel et les salariés lorsque le chef d'entreprise a fait le choix de les informer ou de les consulter. S'agissant des sociétés cotées, l'Autorité des Marchés Financiers (AMF) souhaite être informée, à titre confidentiel, de l'existence d'un recours à un mandataire ad hoc ou à un conciliateur.<sup>19</sup>

<sup>15</sup> Article L.611-13 du Code de Commerce précise les incompatibilités : « Les missions de mandataire ad hoc ou de conciliateur ne peuvent être exercées par une personne ayant, au cours des vingt-quatre mois précédents, perçu, à quelque titre que ce soit, directement ou indirectement, une rémunération ou un paiement de la part du débiteur intéressé, de tout créancier du débiteur ou d'une personne qui en détient le contrôle ou est contrôlée par lui au sens de l'article L.233-16, sauf s'il s'agit d'une rémunération perçue au titre d'un mandat ad hoc ou d'une mission de règlement amiable ou de conciliation réalisée pour le même débiteur ou le même créancier »

La personne ainsi désignée doit ancrer sur l'honneur, lors de l'acceptation de son mandat, qu'elle se conforme à ces interdictions. Les missions de mandataire ad hoc ou de conciliateur ne peuvent être confiées à un juge consulaire en fonction ou ayant quitté ses fonctions depuis moins de cinq ans.

<sup>16</sup> Article L.611-7 du Code de Commerce précise : « Le conciliateur a pour mission favoriser la conclusion entre le débiteur et ses principaux créancier ainsi que, le cas échéant à ses cocontractants habituels, d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise [...] 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 »

<sup>17</sup> Article R. 611-21 du Code de Commerce (mandataire ad hoc) et Article L.611-6 du Code de Commerce (conciliation)

<sup>18</sup> Article L.611-15 du Code de Commerce : « Toute personne qui est appelée à la procédure de conciliation ou à un mandat ad hoc ou qui, par ses fonctions, en a connaissance est tenue à la confidentialité »

<sup>19</sup> Recommandation AMF, 28 juillet 2009, p.4

## 2. Différences

### 2.1. Conditions d'ouverture et de durée

À la différence du recours au mandataire ad hoc, la conciliation peut être ouverte en cas d'état récent de cessation des paiements pour autant qu'il ne remonte pas à plus de quarante-cinq jours.<sup>20</sup>

Alors qu'aucune durée de mission pour le mandataire ad

hoc n'est imposée, la durée de la mission du conciliateur est fixée légalement à quatre mois, prorogeable d'un mois. De plus, en cas de demande d'homologation de l'accord par le tribunal, la mission de la conciliation peut être prolongée.<sup>21</sup>

5

### 2.2. L'octroi de délais de paiements dans la conciliation

Le chef d'entreprise peut obtenir au cours de la procédure de conciliation que le président du tribunal lui accorde des délais de grâce à l'égard des créanciers l'ayant mis en demeure ou l'ayant poursuivi.<sup>22</sup>

Cette intervention du président permet notamment de

reporter ou d'échelonner sur un maximum de deux années les dettes, y compris les dettes fiscales et sociales.<sup>23</sup> En outre, cette décision permet de suspendre les majorations des intérêts ou les pénalités encourues en raison du retard pendant une durée qu'il aura déterminée.<sup>24</sup>

### 2.3. Constatation et homologation de l'accord amiable issu de la conciliation :

Il existe trois possibilités de formaliser l'issue de la mission du conciliateur :

- conclusion d'un accord amiable (comme pour le mandat ad hoc) ;
- constatation de l'accord par le tribunal ;
- homologation de l'accord par le tribunal.

Les deux derniers cas sont spécifiques à la conciliation et peuvent être mis en place à condition que l'entreprise ne soit pas en état de cessation des paiements au moment de la signature de l'accord.

**Effets de l'accord :** Ce protocole d'accord présente une force obligatoire limitée aux signataires. Ce protocole ne fait l'objet d'aucune publicité.

**Effets de la constatation de l'accord :** En constatant l'accord, le juge lui donne une force exécutoire qui permet aux personnes ayant fourni une caution ou une garantie de se prévaloir des dispositions de l'accord sans en être pour autant signataires.<sup>25</sup> En outre, pendant la durée prévue dans l'accord, la constatation empêche toute poursuite individuelle, toute action en justice des créanciers parties à l'accord, visant à obtenir le recouvrement des créances.<sup>26</sup>

**Effets de l'homologation de l'accord :** L'homologation est effectuée également par le juge. Aux effets de la procédure de constatation de l'accord viennent s'ajouter d'autres

conséquences, et parmi elles, la levée de l'interdiction d'émettre des chèques<sup>27</sup>, dans le cas où l'entreprise en faisait l'objet, ainsi que le privilège de conciliation (dit « argent frais » ou « new money »),<sup>28</sup> Ce dernier effet est intéressant pour l'entreprise car il encourage des créanciers à consentir, au moment de l'accord, un nouvel apport de trésorerie au débiteur, sous forme de crédit<sup>29</sup> ou bien à lui fournir un service ou un bien visant à pérenniser l'entreprise. Ce privilège de conciliation confère aux créanciers, en cas d'ouverture ultérieure d'une procédure collective, un privilège légal leur donnant la priorité sur toutes les autres créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture, à l'exclusion du super privilège des salaires et des frais de justice.<sup>30</sup>

Le jugement d'homologation fait l'objet d'une publicité dont les conséquences sont à prendre en compte<sup>31</sup>. En effet, la connaissance par les fournisseurs et les clients d'une procédure de conciliation en cours peut fragiliser leurs relations et nuire ainsi à l'entreprise.

Si les parties à l'accord homologué ou constaté ne le respectent pas, le juge prononcera la résolution de l'accord. Si la résolution de l'accord n'entraîne pas obligatoirement l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, l'ouverture d'une procédure collective, par contre, met fin de plein droit à l'accord constaté ou homologué.<sup>32</sup>

20 Article L 611-4 du Code de Commerce (conciliation)

21 Article L 611-6 du Code de Commerce

22 Article 1244-1 et suivants du Code civil et Article L 611-7 du Code de Commerce

23 A l'exception des créances nées d'un effet de commerce et des créances salariales, Article 1244-1 du Code civil

24 Article 1244-2 du Code civil

25 Article L 611-10-2 du Code de Commerce

26 Article L 611-10-1 du Code de Commerce

27 Article L 611-10-2 du Code de Commerce

28 Article L 611-11 du Code de Commerce

29 Exclusion d'un apport en trésorerie sous forme d'une augmentation de capital

30 Article L 622-17 du Code de Commerce

31 Dépôt du jugement d'homologation au greffe et publication au BODACC

32 Article L 611-12 du Code de Commerce

### 3. Critères du choix

6

Ces deux procédures de prévention des difficultés de l'entreprise sont à la fois distinctes et complémentaires. Le choix entre le recours au mandataire ad hoc ou au conciliateur dépendra notamment du temps que nécessitera la procédure. La durée de la conciliation étant limitée à cinq mois maximum, il peut s'avérer opportun de recourir d'abord au mandataire ad hoc afin de disposer du temps nécessaire à la finalisation de l'accord. Le recours au mandataire ad hoc peut ainsi constituer la phase préparatoire d'une procédure

de conciliation. En outre, la situation économique de l'entreprise sera un élément déterminant puisque l'état de cessation des paiements, s'il est récent (Cf. 2.1. Conditions d'ouverture et de durée), conduira à recourir à la conciliation. Enfin, la portée que l'on souhaite donner à l'accord sera déterminante dans le choix entre les deux procédures, les effets de l'accord issu de la conciliation étant plus étendus (constatation ou homologation par le tribunal) que ceux de la procédure du mandataire ad hoc.

#### LES PROCEDURES AMIABLES : Tableau de synthèse

	Mandat ad hoc	Conciliation
Situation de l'entreprise	<ul style="list-style-type: none"> <li>difficultés juridiques, économiques, financières avérées ou prévisibles</li> <li>absence d'état de cessation des paiements.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>difficultés juridiques, économiques financières avérées ou prévisibles et/ou</li> <li>éventualité d'état de cessation des paiements récent (si inférieur à 45 jours)</li> </ul>
Initiative	le chef d'entreprise	le chef d'entreprise
Durée	<ul style="list-style-type: none"> <li>sans limitation de durée (en pratique 3 mois)</li> <li>renouvelable plusieurs fois</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>4 mois</li> <li>prorogeable 1 mois en cas d'homologation, la procédure est prolongée le temps nécessaire</li> </ul>
Portée de l'accord	<ul style="list-style-type: none"> <li>conclusion d'un accord amiable               <ul style="list-style-type: none"> <li>- force obligatoire entre les parties signataires</li> </ul> </li> <li>dans certains cas, le mandat ad hoc peut être suivi par une procédure de conciliation.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>conclusion d'un accord amiable avec éventuellement :               <ul style="list-style-type: none"> <li>constatation de l'accord par le juge                   <ul style="list-style-type: none"> <li>- force exécutoire bénéficiant aux garants, aux cautions, et aux co-obligés</li> <li>- interdiction des poursuites des créanciers signataires pendant la durée de l'accord</li> </ul> </li> <li>ou</li> <li>homologation de l'accord par le juge (publication du jugement)                   <ul style="list-style-type: none"> <li>- effets identiques à la constatation</li> <li>- privilège du "new money"</li> <li>- levée de l'interdiction de l'émission de chèques.</li> </ul> </li> </ul> </li> </ul>

## Témoignages :

### Témoignage 1 :

#### Quand l'intérêt social diverge de celui de l'actionnaire

Avec 150 M€ de CA, cette ETI américaine avec des filiales en Europe est familiale à 100% depuis sa création en 1950.

La filiale française, son fleuron européen, a distribué des dividendes confortables chacune des 15 dernières années. De ce fait, en 2008, son projet d'expansion d'usine a été approuvé par le conseil. Cet investissement dégrade toutefois le bilan de la filiale en 2009 car sa dette et ses engagements hors bilan représentent alors 1,8 fois ses capitaux propres.

Début 2009 le groupe est contraint de rembourser par anticipation un prêt important, suite à une rupture de « covenants », provoquée par la dégradation de ses ratios financiers. Le prêteur de la maison mère propose de réaliser ce remboursement par des appels à dividendes auprès des filiales, notamment la France.

Le PDG de la filiale française réalise qu'en acceptant l'appel à dividendes de 2 millions de dollars, il mettra immédiatement l'entreprise en cessation de paiement aux termes de la loi. Déchiré entre sa loyauté envers le groupe et l'intérêt social de

l'entreprise qu'il dirige, il informe son siège des risques encourus par lui dans cet acte anormal de gestion. Sans écho de sa hiérarchie américaine, il contacte le président de son tribunal de commerce qui lui propose la solution du mandat ad hoc.

Le mandataire est nommé dans les trois semaines suivantes. Son action permet de maintenir le crédit pour passer ce cap difficile et protège l'exploitation en interdisant toute sorte de trésorerie indirecte.

Le dirigeant se souviendra longtemps de la première réunion avec ses banquiers, en présence du mandataire ad hoc qui a obtenu en une heure le maintien de toutes ses lignes de crédit !

De son côté, la maison-mère explique à sa banque pourquoi la filiale française ne peut verser les dividendes attendus et le remboursement est rééchelonné avec succès.

Ce dirigeant a tenu, dans l'entreprise qu'il dirige depuis 20 ans, le rôle de l'Administrateur Indépendant, et sûrement pas comblant, que ses actionnaires n'y avaient pas nommé !

7

### Témoignage 2 :

#### Le mandataire ad hoc négociateur légitime auprès du banquier

Un fonds d'investissement et une personnalité qualifiée du secteur (le futur PDG) achètent une société familiale (15 M€ de CA, 100 personnes) à son fondateur.

Cette reprise déstabilise l'équipe de direction et ceci se traduit l'année suivante par un chiffre d'affaires en baisse, des surstocks et un accroissement insupportable du BFR.

Pour affronter cette crise que personne n'a anticipée un manager est nommé à la place du PDG actionnaire. Le nouveau patron démontre que le groupe est techniquement en cessation de paiements et présente trois options au conseil :

- Recapitalisation
- Dépôt de bilan
- Vente

Il lui est alors demandé de négocier avec les banques des crédits adéquats pour permettre à l'entreprise de traverser cette crise. Le pool bancaire refuse catégoriquement d'accorder une ligne de crédit supplémentaire, si les actionnaires ne recapitalisent pas et il menace de dénoncer, avec effet immédiat, le crédit de campagne.

Devant l'urgence, le PDG prend les mesures qui s'imposent et fait appel à un mandataire ad hoc, choisi par lui, avec l'aval du tribunal de commerce de Paris.

Un plan de retournement est mis en place et le tribunal confirme le mandataire dans ses fonctions avec un mandat de trois mois. Avec le dirigeant, dans la perspective de l'entrée au capital d'un actionnaire stratégique, le mandataire négocie auprès des banques de nouveaux crédits, elles acceptent et renforcent la ligne de crédit de campagne.

Mandataire et dirigeant obtiennent aussi l'adhésion des partenaires sociaux à la reprise et à leur plan de sauvetage lors d'un comité d'entreprise extraordinaire.

Le nouvel actionnaire rentre au capital et le conseil est recomposé.

À la demande du dirigeant, le tribunal met fin à la mission du mandataire ad hoc.

Le groupe est aujourd'hui en très bonne santé.

### Témoignage 3 :

#### Le mandat ad hoc au service de la TPE

Monsieur Durand reprend seul une société d'ingénierie du bâtiment (5 salariés, 1 M€ de CA), en succession du créateur propriétaire en âge de prendre sa retraite.

L'audit financier a été très rapide et l'opération est bouclée en confiance par rachat et augmentation de capital.

Les comptes de l'année suivante viennent confirmer des difficultés amorcées par une baisse soudaine d'activité l'année précédente. La trésorerie est tendue malgré des accords de paiement (sur 6 mois) déjà négociés avec les créanciers privilégiés et des délais de paiement étirés à l'extrême pour les autres.

L'entreprise commence à restaurer son carnet de commandes. À ce moment-là, les banques bloquent leurs concours.

Il apparait rapidement que l'entreprise peut, soit honorer ses échéances courantes, soit payer ses dettes, mais en aucun cas les deux.

L'expert-comptable suggère au dirigeant de rencontrer le Président du Tribunal de Commerce. Celui-ci propose l'intervention d'un mandataire ad hoc, lequel, si la situation se révélait sans espoir, rendrait le dépôt de bilan obligatoire.

Le mandataire organise son travail comme suit :

1. Approche amiable de tous les créanciers afin de figer leurs

créances et interrompre toute procédure ;

2. Audit des comptes et du business plan ;
3. Elaboration d'un plan de réduction et d'étalement des dettes avec tous les créanciers ;
4. Soumission du plan à la CCSF (Commission des Chefs de Services Financiers) pour obtention et validation de moratoires ;
5. Mise en œuvre de ces moratoires ;
6. Suivi du plan :
  - Le dirigeant peut se concentrer pleinement sur le développement de l'entreprise ;
  - Certaines dettes sont réduites irrévocablement ;
  - L'entreprise obtient un étalement sur 36 mois de ses encours ; le respect du plan permet d'obtenir toutes les remises de pénalités et majorations ;
  - Les rencontres organisées avec le mandataire et les organismes bancaires permettent de crédibiliser le business plan et obtenir de nouveau concours (Dailly, escompte, OSEO).

Coût : environ 10 000 € HT, dont une partie en variable sur objectif de réduction de la dette.

Aujourd'hui, 4 ans après, l'entreprise est en bonis et réalise un CA de 2 M€.

## Conclusion : Le point de vue de APIA et le rôle de l'administrateur

Traiter toute question se rapportant aux risques afin de préserver l'entreprise est une mission essentielle du conseil d'administration ou de tout organe qui tiendrait son rôle dans l'exercice du pouvoir de contrôle, au sein d'une entreprise.

Garant de l'intégrité de l'entreprise et de ses actifs, l'administrateur est dans son rôle quand il assiste le dirigeant afin qu'il recoure aux outils adaptés que la loi met à sa disposition.

Seulement attention, son rôle n'est pas de décider d'y recourir car ceci est strictement entre les mains du chef d'entreprise. Cette décision, aussi cruciale soit-elle pour la sauvegarde de l'entreprise, n'a pas formellement besoin de l'approbation du conseil ni même de son information : l'absolue confidentialité de ces recours étant parfois à ce prix. Ceci est tellement vrai que l'un des exemples de ce cahier met en scène un dirigeant qui prend l'initiative d'un mandat ad hoc, lequel va sauver l'entreprise, sans avoir l'aval de son conseil d'administration (cf. quand l'intérêt social diverge de celui de l'actionnaire). En fait, l'administrateur est ici plus que jamais dans une mission de soutien et d'information.

En effet, le droit des procédures collectives doit bénéficier d'un regard nouveau au sein des entreprises. L'élément déclencheur et moteur dans leurs organes de gouvernance peut de toute évidence être l'administrateur indépendant qui met au service de l'intérêt social une culture de l'anticipation forgée par l'expérience. Cette ouverture est aujourd'hui favorisée par l'évolution des textes et nous sommes passés d'un droit essentiellement curatif, qui régissait les entreprises en cessation de paiement, à un droit préventif efficace dès la rencontre des premières difficultés. Et c'est bien en premier lieu au sein du conseil que ces sujets sont généralement discutés, même si, en l'espèce, la décision appartient au dirigeant qui peut choisir de n'informer personne de sa décision.

Ceci est parfaitement résumé dans le titre d'un livre du Code de Commerce qui traite des difficultés des entreprises : « la prévention ». Cet ouvrage codifie les pratiques des auxiliaires du chef d'entreprise : mandataires, conseils et tribunaux de commerce. Ces derniers, en particulier, souhaitent recevoir, tant qu'il est temps, les dirigeants pour les informer sur les options légales qui s'offrent à eux face aux difficultés.

L'administrateur doit relayer leur effort le plus en amont possible, c'est-à-dire dans l'entreprise, auprès du dirigeant mais aussi du conseil qu'il a le devoir d'ouvrir à cette nouvelle connaissance.

Si cette information fait l'objet d'une communication formelle de sa part il est également de son intérêt de faire porter ceci au PV du conseil car sa propre responsabilité peut être engagée ultérieurement si les décisions nécessaires ne sont pas prises au bon moment.

Les premières mesures de sauvegarde constituent une révolution. En effet, aujourd'hui, pour éviter la liquidation et ses conséquences désastreuses, l'entreprise a la possibilité de négocier avec les créanciers qu'elle choisit, seule, ou avec l'assistance de son conseil, mais aussi de tout tiers expert qui peut même être le médiateur du crédit.

Si elle n'y parvient pas, quatre procédures lui sont ouvertes, dont deux amiables dites « de négociation confidentielle ».

Elles ont été présentées dans ce premier cahier sur les outils offerts par la nouvelle loi de modernisation de l'économie qui appelle bien entendu de plus amples développements.

### *Quelles convictions peuvent aider l'administrateur à orienter ses règles de conduite ?*

Les outils existent dans leur forme aboutie et, semble-t-il pour de nombreuses années. Il lui faut les connaître parfaitement, pour mieux les proposer en gardant à l'esprit que pour favoriser un rebond salutaire, répandre cette information dans les organes de gouvernance est essentiel au sein de chaque entreprise.

Leur efficacité ne peut être contestée même si elle ne concerne encore, hélas, que des entreprises d'une certaine taille car elles aboutissent dans 80% des cas à éviter les étapes suivantes plus contraignantes : les procédures de sauvegarde ou de redressement.

Pour le seul tribunal de commerce de Paris, de 2008 à 2010, les effectifs concernés par ces procédures de négociation représentent 70% de ceux globalement concernés par les procédures plus contraignantes (sauvegarde, redressement et enfin liquidation).

Le coût de mise en œuvre de ces procédures de négociation les rend encore malheureusement difficiles d'accès pour les trop petites entreprises.

Effectivement, un mandataire ad hoc facture aujourd'hui en moyenne 350 € HT de l'heure et son intervention revient rarement à moins de 10 000 € ! C'est d'ailleurs ce qu'a payé la TPE objet du témoignage n°3 repris dans ce cahier.

Cet obstacle est l'objet de toute l'attention des tribunaux de commerce qui œuvrent avec les conseils externes des entreprises pour mettre en place, à destination de cette population plus fragile, une forme d'assistance à un coût supportable.

Favoriser le rebond de l'entreprise est un sujet peu médiatique dont tous les professionnels compétents, au premier rang desquels se place l'administrateur indépendant, doivent se saisir.

Son rôle dans ce registre consiste bien entendu à préparer la « convalescence » de l'entreprise qui bénéficie de ces remèdes si efficaces et si méconnus que sont mandat ad hoc et conciliation. Au sein du conseil, il lui appartient de mettre en garde les dirigeants contre les obstacles qui se présenteraient s'ils s'engageaient d'emblée dans les procédures judiciaires que constituent la sauvegarde et le redressement : interdiction de soumissionner à un marché public, impossibilité de bénéficier plusieurs fois de cette procédure, affichage sur le Kbis d'une multitude de mentions, indicateurs dissuasifs de la Banque de France, et bien entendu une potentielle interdiction de gérer pour le dirigeant.

Dans le contexte difficile que nous traversons l'administrateur indépendant doit plus que jamais assumer sa mission de vigie au sein des organes de gouvernance. C'est à lui qu'il incombe d'attirer, quand cela est nécessaire, l'attention des dirigeants et des actionnaires sur cette « boîte à outils » qu'ils répugnent à ouvrir. C'est un rôle difficile et souvent ingrat mais n'est-ce pas la grandeur de cette fonction que de savoir parler franc et de se situer au-dessus des intérêts particuliers et au côté de l'intérêt social ?



## Intervention de M. Lemalle

## DOCUMENT n° 4

**Monsieur Jean-Claude LEMALLE Président du Tribunal de Commerce de CANNES**

**Texte de la communication faite à la Cour de Cassation le 23 juin 2006**

\*\*\*

Ce document est également disponible au format pdf

\*\*\*

Je remercie la Cour de Cassation et la Conférence des Juges Consulaires de France, de me permettre aujourd'hui de vous faire part de mon expérience de terrain sur l'application de la loi nouvelle de sauvegarde des entreprises.

A la fin du mois de mai 2006 (soit sur 5 mois) il a été ouvert, à l'échelon national, environ 150 procédures de sauvegarde. Ce chiffre peut paraître faible au regard du nombre de redressement judiciaire ouvert pour cette même période environ 3.800.

Cependant, une quantité de demandes bien supérieures à 150 ont été rejetées au motif presque unique de la constatation par le tribunal d'un état de cessation des paiements du débiteur.

Par contre, nous devons constater une progression significative du nombre de procédures contractuelles de prévention (mandat ad hoc et conciliation).

Ces chiffres ne nous permettent pas de tirer un véritable enseignement de l'évolution de la mentalité des entreprises et de leur conseil, la période d'observation étant beaucoup trop courte.

A mon sens, une synthèse des premières expériences m'oblige à aborder le sujet d'une part sur des aspects purement juridiques et d'autre part sur le déroulement proprement dit de la procédure.

1<sup>er</sup> s'agissant du mandat ad hoc, le législateur n'a fait que le légaliser, sans imposer au président du tribunal de commerce un encadrement contraignant.

Cette procédure à part entière connaît un regain et semble très adaptée :

- à résoudre des problèmes ponctuels et nécessitant de se dérouler dans une certaine confidentialité,
- à préparer une procédure de conciliation.

Je vous signale au passage, qu'il semble que les tribunaux dans leur majorité, estiment qu'un mandat ad hoc peut être accordé à une entreprise en état de cessation des paiements depuis moins de 45 jours. Par contre, le délai continu de courir et n'est donc pas bloqué au jour de l'ordonnance de nomination, cela nécessite de trouver une rapide solution ou de demander avant la date fatidique la transformation du mandat ad hoc en conciliation.

2<sup>e</sup> Les modifications apportées par la loi, à la procédure de conciliation, ne semblent pas, dans la pratique, affecter le déroulement des opérations.

L'ouverture de cette procédure à un débiteur en état de cessation des paiements depuis moins de 45 jours, permet à celui-ci de bénéficier d'une procédure confidentielle, contrairement au redressement judiciaire.

Infirmer les prévisions, il convient de constater, qu'à ce jour, les créanciers n'exigent l'homologation des accords que dans des cas extrêmement limités (apparemment moins de 10 %).

Autrement dit, les créanciers ne sont pas demandeurs de la sécurisation prévue par les textes, ce qui permet à la conciliation de garder son caractère confidentiel.

J'attire toutefois votre attention sur l'application combinée des articles 12 et 40 du décret, qui semble obliger le président du tribunal à indiquer dans l'ordonnance de désignation du mandataire ad hoc ou du conciliateur les

conditions de rémunérations de ces intervenants et en particulier les critères de base de calcul, le montant maximal des honoraires et le montants des provisions.

31

Dans la pratique, ces mentions figurant dans l'ordonnance, obligent le mandataire ad hoc ou le conciliateur à les porter à la connaissance des créanciers.

Cette situation a amené dans quelques cas limités, une contestation de la part du créancier et en particulier lorsque les honoraires sont calculés, en partie, en fonction des résultats obtenus par le mandataire ad hoc ou le conciliateur (dans le cas par exemple de la négociation d'un abandon de créance).

3° Notre propos sera plus long en ce qui concerne la procédure de sauvegarde.

La plupart des tribunaux de commerce ont totalement adhéré à cette nouvelle procédure, puisque elle a pour but de traiter avec plus d'efficacité les difficultés prévisibles d'une entreprise qui n'est pas encore en état de cessation des paiements.

Toutefois, cette anticipation du traitement des difficultés rencontre sur le terrain des obstacles dus essentiellement au caractère non confidentiel de cette procédure et à l'assimilation qui en est faite à la procédure classique du redressement judiciaire, qui aux yeux des cocontractants de l'entreprise ne peut se terminer qu'en liquidation judiciaire et ceci sans aucune chance de percevoir le moindre dividende.

Notre expérience nous permet de faire les constatations suivantes :

§ l'ouverture de la procédure entraîne automatiquement de la part de la Banque de France et ceci dans le meilleur des cas, une cotation de crédit égale à 5 (soit l'affirmation que l'entreprise dispose d'une faible capacité d'honorer ses engagements financiers). Cette nouvelle cote ne résulte pas d'une analyse du dossier, mais du simple fait de l'ouverture de la sauvegarde. Ce changement de cotation a des conséquences dramatiques sur le crédit accordé par les fournisseurs couverts par des assurances crédit.

Dans un nombre de procédures non négligeable, l'entreprise a été dans l'obligation d'effectuer ses approvisionnements au comptant alors que précédemment elle bénéficiait de délais de 60 jours par exemple. On imagine aisément l'incidence de cette situation sur la trésorerie de l'entreprise.

Je passe sous silence certaines attitudes bancaires au niveau du fonctionnement du compte ou du traitement des chèques en cours d'encaissement,

§ au jour de l'ouverture de la procédure, il existe un certain nombre de petits fournisseurs, qui n'ont pas encore établi leurs factures et qui en conséquence ne pourront être payés à l'échéance normale qui se situe pendant la période d'observation. Cette situation est assimilée par ces créanciers à une situation identique au redressement judiciaire et crée autour du débiteur une rumeur néfaste et éloigne certains cocontractants futurs.

§ je terminerais cette description par la surprise du créancier au moment de la réception du courrier expédié par le mandataire judiciaire l'invitant à effectuer sa déclaration de créance, ce qui achève de le convaincre qu'il n'existe aucune différence entre le redressement judiciaire et la sauvegarde.

Toutes ces observations sont la conséquence directe du manque de confidentialité de cette procédure, qui incite le débiteur à choisir la conciliation au lieu et place de la sauvegarde et ainsi en cas d'échec à pouvoir encore bénéficier d'un plan par l'intermédiaire d'un redressement judiciaire.

De même, que faut-il penser de l'entreprise, qui extrêmement prévoyante, demande à être placée en sauvegarde alors que son passif est inexistant au jour de l'ouverture de la procédure et que ses difficultés financières n'apparaissent réellement qu'au cours de la période d'observation.

Ces dettes postérieures à l'ouverture de la procédure de sauvegarde, n'ont pas vocation à être traitées par le plan, alors que le conciliateur peut inclure dans son accord les dettes à échoir.

Cette situation peut engendrer un état de cessation des paiements en cours d'exécution du plan de sauvegarde dont la conséquence est obligatoirement le prononcé de la liquidation judiciaire.

Le choix par le débiteur de la procédure de sauvegarde nécessite une étude approfondie des conséquences et le rôle des conseils devient ici primordial, car il convient de rappeler que si le tribunal a un rôle d'information il ne peut, en théorie, conseiller le débiteur.

Au niveau technique, l'article L. 622-10 indique dans l'hypothèse où le tribunal constate un état de cessation de paiement en cours de période d'observation de la sauvegarde, il doit la convertir en redressement judiciaire.

Il conviendrait de nous indiquer si dans ce cas, le passif exigible doit ou non comprendre les dettes antérieures à l'ouverture de la procédure de sauvegarde.

4° Pour ne pas monopoliser la parole je ne ferais aucun commentaire sur la procédure de redressement judiciaire, estimant que dans la pratique elle présente peu de modification au regard de la loi de 1985.

32

Je ne peux toutefois m'empêcher d'aborder rapidement la situation du créancier au regard de sa déclaration de créance.

Entre le créancier antérieur à l'ouverture de la procédure, le créancier postérieur méritant, le créancier forclos etc..., il existe un véritable parcours du combattant pour que celui-ci connaisse avec précision ses droits et obligations.

Les tribunaux étaient déjà destinataires, dans le passé, de plaintes des créanciers pour lesquels la créance n'avait pas été admise pour des motifs de pure forme (pouvoir du déclarant par exemple), alors que le débiteur lui-même avait mentionné sa dette dans la liste remise au mandataire judiciaire.

Cette situation, pour laquelle la loi nouvelle n'apporte aucun remède, a pour conséquence, une opinion très négative des créanciers sur la finalité des procédures collective à leur égard.

5° Concernant la liquidation judiciaire, les tribunaux de commerce sont tout à fait favorables au transfert des pouvoirs du juge commissaire au tribunal concernant la cession de l'entreprise.

Nous parlerons je pense ultérieurement des difficultés d'interprétation posées par la cession de l'entreprise en cours de procédure de redressement judiciaire, notre expérience en ce domaine est encore extrêmement limitée.

Au niveau pratique, il convient de porter à votre connaissance les difficultés de mise en place de la liquidation simplifiée.

Ainsi nous relevons :

- pour un débiteur en redressement judiciaire, dont la transformation en liquidation est envisagée est-il possible d'ouvrir directement une liquidation simplifiée au vu du rapport du mandataire ou de l'administrateur ?
- comment doit être interprété l'article 312 du décret, concernant le mode de convocation du débiteur après dépôt du rapport du liquidateur (convocation systématique ou possibilité de faire un tri et dans cette hypothèse par qui est-il fait ?)
- pour les biens dont le tribunal n'a pas autorisé la vente de gré à gré, est-il possible d'envisager immédiatement une vente aux enchères publiques ? Dans l'hypothèse où la réponse est positive, cette cession doit-elle être autorisée par le juge-commissaire ?
- dans la mesure où il n'existe aucun actif, faut-il que le liquidateur établisse un projet de répartition « néant » ?
- si l'on imagine qu'il existe une contestation sur le projet de répartition et que dans cette hypothèse, il y a impossibilité de respecter le délai de 12 ou 15 mois, faut-il revenir à la procédure normale et dans ces conditions que devient le projet de répartition qui n'existe pas dans cette procédure, ainsi que la contestation en cours ?

Il convient aussi de noter que très souvent les commissaires priseurs demandent au liquidateur de produire l'autorisation du juge commissaire pour les ventes aux enchères publiques alors que cette formalité n'est pas prévue par le texte.

La complexité de cette procédure simplifiée a poussé certains tribunaux à ne pas l'appliquer, il s'agit là probablement d'un excès, mais il faut reconnaître qu'il convient de la mettre en place que dans les procédures ne disposant que d'un actif mobilier insignifiant.

**En conclusion**, ces nouvelles dispositions nécessitent d'une part en ce qui concerne la procédure de sauvegarde une adhésion de l'ensemble du secteur économique et en particulier des banques et d'autre part une adaptation du décret pour palier à certains inconvénients de procédure.

L'avenir nous dira si la prévention se mettra en place, plus par le mandat ad hoc et la conciliation que par la sauvegarde, mais les tribunaux ont conscience que la sauvegarde ne peut réussir que si nous restons vigilants sur les conditions d'ouverture. La sauvegarde deviendra crédible dans l'avenir, surtout au niveau bancaire, si la presque totalité de ces procédures aboutissent à un plan de continuation. A défaut, elle sera assimilée à un simple redressement judiciaire.

Haut de page

---

[Contact](#) | [FAQ](#) | [Plan du site](#) | [Informations éditeur](#) | [Mises en ligne récentes](#)  
© Copyright Cour de cassation - Design Publicis Technology



# DOSSIER DE SYNTHÈSE

Entreprises en difficultés: le mandat ad hoc et la conciliation

Documentissime

## Sommaire

### 1. Le mandat ad' hoc

- 1.1. Les cas de recours au mandat ad hoc
- 1.2. La nomination d'un mandataire ad hoc
- 1.3. La mission du mandataire ad hoc
- 1.4. Les avantages et inconvénients du mandat ad hoc

### 2. La procédure de conciliation

- 2.1. Les conditions d'accès à la procédure de conciliation
- 2.2. La demande de conciliation
- 2.3. L'ouverture de la conciliation
- 2.4. Le déroulement de la procédure de conciliation
- 2.5. L'accord de conciliation : homologation ou constatation de l'accord ?
- 2.6. Les avantages de la procédure de conciliation

# Entreprises en difficultés: le mandat ad hoc et la conciliation

## Introduction

Lorsqu'une entreprise éprouve des difficultés d'ordre économique, il est parfois préférable, avant tout recours au juge, de tenter de régler ces difficultés à l'amiable. En effet, ces modes de règlement des difficultés vont se traduire par une négociation avec les créanciers de l'entreprise.

Ces modes de règlement interviennent avant tout état de cessation des paiements. Cela veut dire que l'entreprise éprouve des difficultés et souhaite les régler avant que la situation ne s'aggrave. Il existe plusieurs procédures qui permettent d'aboutir à des accords avec les créanciers. Cependant, ces dernières n'ont pas toutes les mêmes atouts. En effet, certaines seront plus à même de garantir une grande confidentialité et d'autre assureront une meilleure sécurité juridique.

Quel mode de règlement amiable des difficultés de l'entreprise préférer ? Quels sont les avantages de chacun ? Comment faire pour y avoir recours ? Qu'est-ce que le mandat ad hoc ? Qu'est-ce que la conciliation ?

Cette fiche pratique établit une synthèse des différents modes de règlement amiables des difficultés de l'entreprise. Elle vous permettra de faire un choix éclairé afin de trouver la procédure la plus adaptée à votre cas. Cette fiche exposera aussi les avantages et inconvénients de chacune des procédures.

## 1. Le mandat ad' hoc

Avant d'avoir recours à un mandataire ad' hoc, l'entreprise qui éprouve des difficultés, peut avoir tenté de négocier directement avec ses créanciers afin d'obtenir des délais de paiement.

Il s'agit pour l'entreprise en difficulté, d'obtenir un moratoire pour l'acquittement de sa dette.

L'entreprise peut par exemple, demander des délais auprès de l'administration fiscale pour le paiement des différents impôts commerciaux.

Nous vous invitons à télécharger gratuitement, les modèles de lettres de demandes de délais de paiement auprès de différents créanciers, et la fiche de synthèse relative au médiateur du crédit sur notre site Documentissime.

### 1. 1. Les cas de recours au mandat ad hoc

Le mandat ad hoc est un mécanisme qui permet de venir en aide aux entreprises qui éprouvent des difficultés d'ordre juridique, économique et financier. La mandataire ad hoc va rechercher des solutions afin de sortir l'entreprise de ses difficultés.

Mais dans quel cas peut-on avoir recours au mandataire ad hoc ?

L'article L 611-3 du code de commerce constitue la base juridique du mandat ad' hoc. Il dispose que : « *le président du tribunal peut, à la demande du débiteur, désigner un mandataire ad hoc dont il détermine la mission.* »

IL est intéressant de faire appel à un mandataire ad hoc dès la détection de difficultés au sein de l'entreprise. En effet, plus les difficultés sont traitées tôt, plus la perspective de l'engagement d'une procédure collective s'éloignera.

Le chef d'entreprise ne doit pas penser que les problèmes rencontrés s'atténueront sans aucune intervention.

Le mandat ad hoc permet d'agir en amont de plus grosses difficultés afin de résorber les problèmes rencontrés.

La demande de nomination -donc le recours à un mandataire ad hoc-, peut être faite dès lors que l'entreprise éprouve quelques difficultés.

Toutes les entreprises peuvent avoir recours au mandataire ad hoc.

***Remarque importante:*** afin de pouvoir bénéficier du mécanisme du mandat ad hoc, l'entreprise ne doit pas être en cessation des paiements. La cessation des paiements est l'impossibilité de faire face au passif exigible avec l'actif disponible.

## 1. 2. La nomination d'un mandataire ad hoc

L'article L 611-3 du Code de commerce précise que le mandataire est nommé par le président du tribunal sur demande du débiteur, donc du chef d'entreprise.

Seul le représentant légal de la personne morale peut demander la nomination d'un mandataire ad hoc.

### **- Le tribunal compétent pour recevoir la demande**

Le tribunal compétent, auprès duquel la demande devra être déposée est :

- *Le tribunal de commerce* si l'entreprise à une activité commerciale ou artisanale
- *Le tribunal de grande instance* dans tous les autres cas

De plus le tribunal territorialement compétent est celui du lieu où se situe le siège de l'entreprise éprouvant des difficultés.

### **- La forme de la requête**

Dans sa requête, le dirigeant doit exposer les **motifs de sa demande** et les **difficultés que rencontre son entreprise**. Cette demande doit être formulée par écrit auprès du président du tribunal compétent.

La requête doit aussi mentionner les différentes **mesures de redressement** ou les **remises de dettes** proposées pour remédier aux difficultés rencontrées.

Cependant, doivent aussi être annexés à la requête :

- Un extrait du registre de commerce du requérant datant de moins de 3 mois
- L'état des créances et des dettes accompagné de la liste des principaux créanciers
- L'état actif et passif des sûretés et des engagements hors bilan
- 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 3 derniers exercices
- Une situation de trésorerie actuelle et prévisionnelle ainsi qu'un compte d'exploitation prévisionnel (si possible)
- Un état de cessions d'actifs immobilisés intervenus au cours des 18 derniers mois (si possible)
- Un état des inscriptions des privilèges établi par le greffe au jour de la demande (si possible)

La requête doit être déposée auprès du tribunal compétent.

**Remarque importante** : le débiteur, donc le dirigeant, peut proposer dans la requête, le nom d'un mandataire ad hoc. (Article L611-3 Code de Commerce). Si tel est le cas, la requête doit préciser outre le nom, l'identité et l'adresse du mandataire pressenti.

### **- L'issue de la demande**

A l'issue de la requête, le président du tribunal fait convoquer le dirigeant pour recueillir ses observations et obtenir des informations.

**L'article R 611-19 du Code de commerce**, précise que « dès réception de la demande, le président du tribunal fait convoquer, par le greffier, le représentant légal de la personne morale ou le débiteur personne physique pour recueillir ses observations. »

La décision prise par le président du tribunal, de désignation ou non d'un mandataire ad hoc doit

nécessairement être notifiée au demandeur.

**Si le président accepte de nommer**, il le fait par ordonnance. L'article R 611-19 du Code de Commerce précise que « l'ordonnance qui désigne le mandataire ad hoc définit l'objet de sa mission et fixe les conditions de sa rémunération ».

Les missions du mandataire ad hoc ne peuvent jamais être des missions de surveillance, ou de remplacement du dirigeant.

Le président choisi librement le mandataire, mais dans la pratique ce sont essentiellement des administrateurs ou des mandataires judiciaires qui se voient confier cette mission.

Cependant, l'article L611-13 du Code de commerce expose les incompatibilités qui peuvent exister entre la fonction de mandataire ad hoc et d'autres fonctions. Par exemple, les mandataires ne peuvent pas être d'anciens magistrats ayant quitté leurs fonctions depuis moins de 5 années. Les créanciers, mêmes indirects de l'entreprise concernée par la demande, ne peuvent pas non plus être désignés mandataire ad hoc.

Mais avant de nommer un mandataire, le président du tribunal va examiner la situation de l'entreprise. Cependant, il n'a pas la possibilité de se renseigner auprès de personnes comme il le fait dans le cas de son droit d'alerte ou de conciliation.

En effet, en matière de mandat ad hoc, le **secret professionnel** n'est pas levé envers le président du tribunal. Les personnes de l'entreprise, interrogées pourront donc lui opposer le secret professionnel, et ne lui fournir aucune informations.

Il s'agit ici de la contrepartie de l'absence de formalisme du mécanisme du mandat ad hoc.

Le président du tribunal doit aussi s'assurer que l'entreprise n'est pas en cessation des paiements.

Le dirigeant est alors prévenu de la décision nommant le mandataire ad hoc.

**Si le président du tribunal refuse la nomination** d'un mandataire ad hoc alors le demandeur peut faire appel de cette décision. Pour cela, le demandeur doit établir une déclaration et l'adresser par lettre recommandée avec avis de réception au greffe du tribunal compétent. Le dirigeant est dispensé de faire appel à un avocat ou à un avoué.

Le président du tribunal dispose alors d'un délai de 5 jours pour revenir sur sa décision de refus de nomination en la modifiant ou en se rétractant.

S'il ne le fait pas, le greffier transmet alors le dossier pour que l'appel soit instruit.

### 1. 3. La mission du mandataire ad hoc

La mission du mandataire ad hoc est définie par le président du tribunal compétent lors de sa nomination (article L 611-3 du Code de Commerce). Il va essentiellement assister le chef d'entreprise dans ses missions afin d'obtenir des délais de paiement ou remises de dettes de la part des créanciers.

En général le mandataire va :

- Le mandataire va procéder à un état des lieux des causes et natures des difficultés
- Il va examiner l'état de la trésorerie de l'entreprise, examiner l'état du passif
- Mais surtout, il va préparer avec le dirigeant un plan de redressement afin de palier aux difficultés de l'entreprise. Ce plan de redressement peut être économique, social (comme une réduction d'effectifs) ou financier (investissements opportuns afin de dégager un maximum de bénéfices).
- Assister le dirigeant dans ses négociations pour trouver un accord avec les créanciers

**Remarque** : le mandat ad hoc n'emporte aucune suspension des poursuites engagées par les créanciers à l'égard de l'entreprise éprouvant des difficultés.

Il convient de préciser que le mandataire ad hoc n'est mandataire ni des créanciers, ni du débiteur. Il exerce sa mission pour le tribunal auquel il doit rendre des comptes.

L'accord amiable éventuellement conclu avec les créanciers, avec l'aide du mandataire ad hoc n'est pas susceptible d'homologation par le tribunal. Il n'est d'ailleurs soumis à aucun formalisme. Il peut aussi bien s'agir d'une simple lettre que d'un véritable protocole d'accord.

Cependant, si les parties souhaitent obtenir un accord plus formalisé, elles peuvent basculer vers une procédure de sauvegarde ou de conciliation de manière à faire homologuer leur accord.

Le mandat ad hoc prend fin :

- Par l'exécution de la mission confiée au mandataire
- Par expiration de la durée de la mission fixée par le président du tribunal
- Sur demande du dirigeant : article R 611-21 du Code de Commerce
- En raison de l'ouverture d'une autre procédure telle qu'une conciliation ou sauvegarde.

### 1. 4. Les avantages et Inconvénients du mandat ad hoc

Le mandat ad hoc bénéficie de nombreux avantages :

- Tout d'abord, la raison de son grand succès tient en son caractère **confidentiel**. En effet, **l'article L 611-15 du code de commerce précise que toute personne qui est appelée à un mandat ad hoc ou qui, par ses fonctions, en a connaissance, est tenue à la confidentialité**. Ce caractère confidentiel est très important pour l'entreprise. En effet, lorsque la procédure n'est pas confidentielle, tout le monde peut en avoir connaissance, et cela revient à révéler aux investisseurs potentiels, ou futurs créanciers que la société rencontre des difficultés financières. C'est le véritable atout du mécanisme de mandat ad hoc.
- De plus, le mandat ad hoc n'est pas soumis à un grand formalisme. Il a un caractère informel. C'est le juge qui fixe sa mission. Sa mise en œuvre est relativement simple. Il est aussi très souple car les conditions de demande de nomination d'un mandataire ne sont pas restrictives.
- Il laisse une grande souplesse de négociation pour les parties. Elles peuvent négocier avec les créanciers librement.
- Le mandat ad hoc est souvent utilisé comme une phase préparatoire à une procédure de sauvegarde ou de conciliation.

Les inconvénients tenant au mandat ad hoc sont les suivants :

- Il s'agit d'un mode de règlement amiable ayant un caractère contractuel
- De plus, le mandat ad hoc ne permet pas de suspendre les poursuites des créanciers non partie à l'accord
- Enfin, le juge n'a pas beaucoup de pouvoir. Le mandat ad hoc est l'affaire des parties. Il ne peut y avoir d'immixtion du juge.

## 2. La procédure de conciliation

La conciliation a pour but de trouver un accord entre les créanciers et le débiteur. Cet accord permettra d'améliorer la situation de l'entreprise et de la libérer de ses difficultés.

### 2. 1. Les conditions d'accès à la procédure de conciliation

**L'article L611-4 du code de commerce** dispose que la procédure de conciliation est ouverte aux personnes exerçant une **activité commerciale ou artisanale** qui éprouvent des difficultés juridique, économique ou financière, avérées ou prévisibles, et ne se trouvent pas en état de cessation des paiements depuis plus de 45 jours.

Elle est aussi applicable, selon **l'article L611-5 du Code de commerce**, aux personnes morales de droit privé, et aux personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante, ainsi qu'aux professions libérales.

Les conditions sont les suivantes :

- Exercer une activité commerciale, artisanale, une profession libérale ou une activité indépendante
- Ne pas être en état de cessation des paiements depuis plus de 45 jours

Eprouver des difficultés juridique, économique ou financière avérées ou prévisibles. Cela implique que la procédure de conciliation peut démarrer très tôt, dès lors que le dirigeant est en mesure de penser que des menaces pèsent sur son entreprise.

## 2. 2. La demande de conciliation

L'article L 611-6 du Code de commerce précise que la demande de conciliation se fait sous la forme d'une requête adressée par le débiteur (le dirigeant par exemple) au président du tribunal compétent.

**Rappel** : le tribunal compétent est le même que celui qui est habilité à recevoir une requête de nomination d'un mandataire ad hoc.

La requête doit contenir (article L611-6 code de commerce) :

- L'exposé de la situation économique, sociale et financière du débiteur : le débiteur doit justifier, motiver sa demande de conciliation.
- Un plan de financement et un compte de résultat prévisionnels
- Les besoins en financements et si possibles les moyens d'y faire face
- Elle doit aussi préciser la date de cessation des paiements
- L'ordre professionnel ou l'autorité dont dépend le débiteur lorsqu'il exerce une profession libérale soumise à statut législatif ou réglementaire

Doivent être annexés à la requête (article R611-22 code de commerce):

- Un extrait d'immatriculation au registre du commerce
- L'état des créances et des dettes accompagné d'un échéancier ainsi que de la liste des principaux créanciers
- L'état actif et passif des sûretés ainsi que celui des engagements hors bilan
- 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
- Une attestation sur l'honneur certifiant l'absence de procédure de conciliation dans les 3 mois précédant la date de la demande.

Toutes les informations et documents fournis vont permettre au président du tribunal de se forger une opinion sur la situation du débiteur et de vérifier si l'état de cessation des paiements ne remonte pas à plus

de 45 jours.

**Remarque importante** : le débiteur peut, proposer dans la requête, le nom d'un conciliateur. Pour cela il doit préciser l'identité et l'adresse de ce dernier.

La requête doit être formulée par écrit, signée et datée du jour de son dépôt au président du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance.

### 2. 3. L'ouverture de la conciliation

Dès la réception de la demande de conciliation, le président du tribunal fait convoquer, par le greffier, le représentant de la personne morale ou le débiteur personne physique pour recueillir ses observations (article R611-23 code de commerce).

Le président du tribunal peut user de son **droit de communication** envers les commissaires aux comptes, des membres et représentants du personnel, des administrations publiques, ainsi qu'auprès des établissements bancaires et financiers.

Toutes ces personnes ne sauraient opposer au président du tribunal le secret professionnel.

Le président du tribunal peut **demandeur une expertise sur** la situation économique, sociale et financière de l'entreprise. Elle a pour but d'apporter un complément d'informations au président afin qu'il puisse déterminer si le plan de redressement proposé par le dirigeant a quelque chance de réussite.

Il pourra alors se baser sur cette expertise pour prendre sa décision d'ouverture ou non de la procédure de conciliation.

#### **- Le juge accepte l'ouverture d'une procédure de conciliation**

Dans ce cas, il va rendre une ordonnance dans laquelle il va nommer le conciliateur. Elle doit être notifiée sans délais au demandeur.

L'ordonnance va désigner un conciliateur pour une période n'excédant pas 4 mois mais qu'il peut proroger d'un mois sur demande du conciliateur lui même.

L'ordonnance doit définir la mission et fixer les conditions de la rémunération du conciliateur.

La mission du conciliateur est la suivante : il doit faciliter la conclusion d'un accord entre le débiteur et les principaux créanciers.

L'ouverture de la conciliation n'entraîne pas la suspension des poursuites individuelles des créanciers de la société.

**Remarque** : aucune procédure de redressement ou de liquidation judiciaire ne peut être mise en place pendant la durée de la conciliation. Cela permet donc d'échapper à ces procédures jusqu'à la clôture de la procédure de conciliation.

Le débiteur peut demander la récusation du conciliateur dans 5 cas :

- Lorsque le conciliateur a directement ou indirectement un intérêt personnel à la procédure
- 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
- Lorsqu'il existe une cause de défiance entre le conciliateur et le débiteur
- Le conciliateur se trouve dans l'un des cas d'incompatibilité prévus à l'article L611-13 du Code de Commerce : le conciliateur est une personne ayant, au cours des 24 mois précédents, perçu directement ou indirectement une rémunération ou un paiement de la part du débiteur, de tout créancier du débiteur. Il ne peut pas s'agir non plus d'un juge ayant quitté ses fonctions depuis moins de 5 années.
- Ou lorsque le conciliateur a été définitivement radié ou destitué d'une profession réglementée.

La demande de récusation doit être formée dans les 15 jours de la notification de la décision désignant le conciliateur. La demande doit être motivée et le cas échéant être accompagnée des pièces permettant de justifier la demande. Elle a pour effet de suspendre la procédure de conciliation jusqu'à ce qu'une décision soit rendue sur la récusation. Si la récusation est acceptée, alors un autre conciliateur sera nommé très rapidement.

#### **- Le juge refuse l'ouverture d'une procédure de conciliation**

Cette décision peut résulter de deux faits :

- Soit l'ouverture d'une conciliation n'est pas nécessaire car les difficultés de l'entreprise peuvent être

réglées en dehors de toute procédure. Cela veut dire que la situation de l'entreprise n'est pas si préoccupante que prévue.

· Soit au contraire, les difficultés du débiteur sont trop importantes, ou l'entreprise est en état de cessation des paiements depuis plus de 45 jours. Cela implique qu'une négociation amiable avec les créanciers ne portera pas ses fruits et ne sera pas suffisante afin de redresser l'entreprise. Dans ce cas, il semble qu'en vertu de l'article **L631-5 du Code de commerce**, le tribunal peut se saisir d'office et ouvrir une procédure de redressement judiciaire. S'il estime que les difficultés de l'entreprise ne pourront être surmontées, il pourra même prononcer la liquidation judiciaire.

Le refus d'ouverture d'une procédure de conciliation est, selon l'article **R611-26 du Code de commerce**, susceptible d'appel. Le demandeur peut interjeter appel de la décision de refus prise par le président du tribunal.

Avant que l'affaire ne soit transmise à la Cour d'Appel, le président du tribunal dispose d'un délai de 5 jours pour revenir sur sa décision en la modifiant, ou en se rétractant.

## **2. 4. Le déroulement de la procédure de conciliation**

La mission du conciliateur :

Le conciliateur est nommé pour une durée de 4 mois avec une possibilité de prorogation d'une durée d'un mois (R611-6 code de commerce). A la fin de ce délai, la conciliation prend fin de plein droit. Cela oblige à prendre des décisions rapidement.

Le conciliateur n'est pas chargé d'administrer, de gérer l'entreprise. La conciliation n'a pas non plus, pour effet de dessaisir le chef d'entreprise de ses fonctions.

### Le conciliateur a pour mission de :

- Faire l'état des lieux des difficultés que rencontre l'entreprise
- Il va ensuite négocier avec les créanciers afin d'orienter les parties vers un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise. Le conciliateur ne doit pas se contenter de négocier des délais de paiements. Les accords trouvés doivent permettre le rétablissement de la situation de l'entreprise.
- Le conciliateur va aussi pouvoir faire des propositions se rapportant à la sauvegarde de l'entreprise, à la poursuite de l'activité et au maintien de l'emploi.

Ce pouvoir d'initiative du conciliateur est complété par l'article **R611-36 du Code de Commerce** qui précise que le conciliateur peut, demander au tribunal de mettre fin à sa mission si le dirigeant rejette ses propositions.

**Rappel** : l'article L 611-15 du code de commerce précise que « toute personne qui est appelée à la procédure de conciliation ou à un mandat ad hoc ou qui, par ses fonctions, en a connaissance est tenue à la confidentialité ».

Le but de la conciliation est de favoriser la conclusion d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés, entre la société et ses principaux créanciers (article L611-7 al 1 du Code de Commerce).

Une fois que l'accord est signé, il s'impose au créancier. Cet accord doit mentionner clairement les créanciers signataires et les créances incluses dans l'accord.

Si aucune solution amiable n'a pu être trouvée dans les délais impartis, alors le conciliateur doit rendre compte de l'échec de sa mission au président du tribunal compétent. Ce peut être le cas par exemple lorsqu'un créancier refuse de faire partie des négociations ou bien décide de les abandonner.

Sans accord, il semble possible d'envisager 4 situations différentes :

- Soit la situation de l'entreprise s'est améliorée et le débiteur peut se passer de conciliation
- Soit, le débiteur peut demander l'ouverture d'une procédure de sauvegarde dans le cas où il ne se trouve pas encore en état de cessation des paiements
- Soit le débiteur est en état de cessation des paiements, mais sa situation peut encore être redressée. Dans ce cas, il pourra être placé en redressement judiciaire

Soit le débiteur est en état de cessation des paiements et sa situation semble être durablement compromise. Aucune possibilité ne peut être envisagée pour maintenir la continuité de l'exploitation. Dans ce cas, il pourra être placé en liquidation judiciaire.

## 2. 5. L'accord de conciliation : homologation ou constatation de l'accord ?

Lorsqu'un accord est conclu dans le cadre d'une procédure de conciliation, ce dernier peut être soit constaté par le juge soit homologué (option proposée par l'article L611-8 du Code de Commerce).

### - La constatation de l'accord

La constatation de l'accord est faite par le président du tribunal sur demande conjointe des parties, c'est-à-dire du débiteur et des créanciers parties à l'accord.

Cependant la condition est que le débiteur doit attester qu'il ne se trouvait pas en cessation des paiements lors de la conclusion de l'accord (article L611-8 I Code de Commerce).

Le président va alors rendre une ordonnance constatant l'accord mais cette dernière ne fera pas l'objet de publicité.

L'absence de publicité va permettre de conserver le caractère confidentiel de la conciliation.

La constatation judiciaire de l'accord permet de conserver la plus grande confidentialité sur la procédure de conciliation. Cependant, elle ne confère par la même sécurité juridique aux parties.

### **- L'homologation de l'accord**

Le dirigeant peut demande d'homologuer l'accord si les 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

Le tribunal statue sur l'homologation après avoir entendu le débiteur, les créanciers parties à l'accord...

L'homologation de l'accord met fin à la procédure de conciliation.

Le jugement d'homologation est déposé au greffe, ce qui implique que tout intéressé peut en prendre connaissance. De plus, il fait l'objet d'une publicité.

L'homologation de l'accord fait donc perdre tout caractère confidentiel à la procédure de conciliation.

**Les recours contre le jugement d'homologation** : l'article L611-10 alinéa 2 du Code de commerce, précise que le ministère public peut faire appel du jugement d'homologation.

De plus, l'homologation peut aussi être susceptible d'une tierce opposition. Cette dernière doit être exercée dans un délai de 10 jours à compter de la publicité au BODACC.

**La tierce opposition** est le fait, pour un tiers qui justifie d'un intérêt, de faire à nouveau statuer sur l'affaire. La personne qui forme opposition ne doit être ni partie, ni représentée au jugement.

Si l'accord est homologué cela entraîne :

- Pas de report de la date de cessation des paiements ni de remise en cause des actes accomplis jusqu'à la date de l'homologation
- Il y a suspension des poursuites par les signataires, pour toute personne ayant consenti une sureté personnelle (caution par exemple) ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie
- Il n'y a plus de recours possible pour les créanciers signataires
- L'homologation met fin à la procédure de conciliation
- Permet de lever l'interdit bancaire, de rétablir les comptes
- **Privilège du New Money L 611-11 Code de commerce** : ce privilège concerne les entreprises qui négocient une conciliation, les personnes qui soutiennent l'entreprise par nouvel apport de trésorerie. Ce dispositif vise à convaincre les créanciers de prêter aux entreprises en difficulté. **L'article L611-11 du Code de Commerce dispose que : « en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, 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 les autres créances. 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 bénéficient du même privilège pour le prix de ce bien ou de ce service. »**

Le privilège du **New Money** permet aux nouveaux créanciers qui ont prêté à l'entreprise, dans l'accord homologué, pour qu'elle puisse parer à ses difficultés, d'être payé en priorité dans le cas de l'ouverture d'une procédure collective.

**Remarque** : le privilège du **New Money** ne s'applique pas aux apports consentis par les actionnaires et associés du débiteur dans le cadre d'une augmentation de capital.

Si la conciliation échoue, que les paiements à échéance ne sont pas effectués, ou qu'il y a impossibilité de redresser l'entreprise, alors il est prévu l'ouverture d'une procédure collective.

## 2. 6. Les avantages de la procédure de conciliation

La procédure de conciliation permet de bénéficier de nombreux avantages :

- Elle permet, si le débiteur le souhaite **de conserver la confidentialité** tout au long de la procédure. Cependant, si le débiteur souhaite opter pour l'homologation de l'accord alors cela entraînera une publicité légale et donc la rupture de la confidentialité.
- La conciliation va permettre de **s'entendre avec les créanciers** afin de signer un véritable accord pour aider l'entreprise à se sortir des difficultés qu'elle rencontre.
- L'accord homologué confère une meilleure **sécurité juridique** et permet la suspension des poursuites individuelles de la part des créanciers signataires.
- L'homologation de l'accord dans la conciliation va encourager les créanciers à prêter à l'entreprise en difficulté, grâce au privilège du **New Money**.

- La conciliation est un **mode amiable de règlement** des difficultés de l'entreprise. Cette procédure est souple, rapide et confidentielle.
- La conciliation peut être demandée dans les **45 jours suivants la déclaration de cessation des paiements**. En effet, cela est un réel avantage par rapport au mandat ad hoc, qui lui, ne peut être demandé que lorsque l'entreprise n'est pas encore en état de cessation des paiements.
- La conciliation va surtout permettre à l'entreprise en difficulté de ne pas se retrouver directement dans une procédure collective de redressement judiciaire. La conciliation va tout d'abord permettre de tenter un règlement amiable des difficultés. Si elle échoue, c'est seulement à ce moment là que sera envisagée une procédure collective.



## **Table ronde 1 : l'ordonnance du 18 décembre 2008** **et les autres nouveaux outils**

**Yves LELIEVRE**

**Vice-Président du Tribunal de Commerce de Nanterre**

Cette première table ronde de la journée a pour but d'analyser précisément l'ordonnance du 18 décembre 2008 qui vise notamment à encourager la procédure de conciliation. Elle incite également à la procédure de sauvegarde par l'assouplissement de ses conditions d'ouverture et l'extension des prérogatives des chefs d'entreprise. La prévention est ici considérée comme l'alternative souhaitable de la liquidation judiciaire.

Par cette ordonnance, nous devons impulser la culture de l'anticipation. La sauvegarde de l'activité et de l'emploi est prioritaire. Au cours de cette table ronde, nous essaierons donc de régler quelques problèmes qui se posent sur la prévention à l'amiable et les nouveaux outils à disposition.

Pour commencer nos débats, nous abordons maintenant la question de l'encadrement plus strict de la conciliation dans l'ordonnance du 18 décembre 2008. En effet, le délai antérieur de quatre mois et prorogeable d'un mois, est maintenu ; toutefois l'ordonnance précise qu'une demande d'homologation formulée avant l'expiration de ce délai entraîne le prolongement de la mission du conciliateur et de la procédure jusqu'à la décision du tribunal.

En outre, l'ordonnance exclut la possibilité d'ouvrir une nouvelle conciliation dans les trois mois qui suivent la fin de la mission du conciliateur. Les questions que je pose à Monsieur Daudier de Cassini sont donc les suivantes : un tel encadrement de la conciliation est-il souhaitable ? Ne serait-il pas préférable de laisser aux parties plus de souplesse dans le temps ?

**Jean-Dominique DAUDIER DE CASSINI**  
**Avocat associé (Weil Gotschal Manges)**

L'article trois de l'ordonnance modifie l'article 606 sur la conciliation en en précisant premièrement la durée. L'ancien texte impliquait que l'homologation devait intervenir dans le délai de cinq mois, un laps de temps non maîtrisable ni par le conciliateur, ni par le chef d'entreprise. Nous étions donc régulièrement confrontés à des incertitudes sur le bon déroulement des étapes de l'homologation. Le nouveau texte, en supprimant le premier alinéa de l'article R 611-40, prévoit désormais que le dépôt de l'homologation dans un délai de cinq mois suffit. Cette modification, en assurant une maîtrise plus convenable des temps impartis, permet de maintenir pendant cinq mois des négociations avec les principaux créanciers.

En outre, le nouveau texte interdit l'enchaînement de procédures de conciliation. Le délai entre deux procédures de conciliation, fixé initialement à 12 mois, a finalement été réduit à trois mois. Le projet d'ordonnance indiquait que l'ouverture d'une deuxième conciliation était conditionnée par l'objectif de poursuivre la mission ayant pris fin. Au final, cette précision a été supprimée, ce qui

empêche l'ouverture d'une deuxième conciliation avec un but différent de la première. Pourtant, une procédure à l'amiable implique nécessairement un certain nombre de risques en vue de son homologation. Dans ce cas, la publication de l'homologation peut entraîner des difficultés, notamment auprès des assureurs crédits. J'estime donc que l'annulation de cette partie du texte est préjudiciable aux entreprises, même si cette suppression visait sans doute à limiter les abus.

Certes, il reste la possibilité du mandat *ad hoc* mais celui-ci n'a pas les mêmes atouts que la conciliation. Pour ma part, je considère que l'allongement de la durée de conciliation n'est pas nécessaire, car une absence de solution au bout de cinq mois de négociations est forcément révélatrice d'une situation très grave impliquant une réorientation vers un autre type de procédure.

Par ailleurs, la mention du rythme de la procédure de conciliation dans l'ordonnance amène les partenaires à accepter les contraintes de temps. Or, ces dernières sont beaucoup plus difficiles à accepter dans le cadre d'un mandat *ad hoc*, souvent considéré comme non prioritaire par rapport à d'autres dossiers. Au contraire, la conciliation constitue une procédure forte en raison justement de son encadrement dans le temps, auquel je suis par conséquent favorable, d'autant que les délais restent raisonnables.

**Yves LELIEVRE**  
**Vice-Président du Tribunal de Commerce de Nanterre**

La question suivante porte sur les obligations d'informations des commissaires aux comptes. En effet, l'ordonnance prévoit que le commissaire aux comptes doit désormais informer de l'ouverture d'une conciliation. Cette évolution traduit clairement une volonté d'associer le commissaire aux comptes de manière plus étroite au règlement à l'amiable. Ne faut-il pas élargir la désignation de droit à un mandataire *ad hoc* ? L'existence d'une conciliation aura-t-elle une incidence sur leur mission ?

**Cédric COLAERT**  
**Ernst & Young**

La procédure d'alerte comporte plusieurs étapes importantes, jugées parfois trop lentes pour répondre efficacement aux difficultés de l'entreprise.

Le commissaire aux comptes, dès qu'il se rend compte des difficultés d'une société, peut ouvrir une procédure d'alerte de niveau un en adressant un courrier aux organes de l'entreprise pour leur demander précisément les projets de redressement envisagés. Le dirigeant d'entreprise dispose ensuite de quinze jours pour répondre. Si à l'issue de ce délai, le commissaire aux comptes n'est pas satisfait des réponses apportées, il demande la réunion du conseil d'administration de l'entreprise pour recueillir la position des administrateurs par rapport aux difficultés rencontrées. Les organes de l'entreprise obtiennent un nouveau délai de quinze jours pour répondre. Le commissaire aux comptes, une fois ce délai écoulé, a la possibilité de faire convoquer une assemblée générale extraordinaire durant laquelle il lira un rapport spécial informant les actionnaires de l'ensemble des difficultés.

Pour aider le commissaire aux comptes dans son travail, l'entreprise peut lui fournir le budget de l'année suivante (année n+1) qui doit comporter des prévisions d'exploitation et de trésorerie. Or, ce travail, qui se rajoute à l'audition des comptes de l'année passée, s'avère particulièrement fastidieux. En outre, l'estimation d'un budget prévisionnel dans le contexte de crise actuelle est une tâche très difficile pour les commissaires aux comptes. Ces derniers sont donc exposés actuellement à plusieurs risques, en raison d'un début de procédure ou d'une réaction tardive.

Par conséquent, la formation des commissaires aux comptes quant à l'ouverture d'une procédure constitue, selon moi, une évolution très satisfaisante. En effet, la transparence de la procédure permet au commissaire aux comptes de travailler en toute confiance, alors que dans le cas contraire, il a tendance à se demander quels éléments lui ont été dissimulés.

Par ailleurs, je voudrais souligner la grande efficacité du mandat *ad hoc* qui garantit la confidentialité et la rapidité d'action. Dans le cas d'un mandat *ad hoc*, il est préférable de prévenir immédiatement le commissaire aux comptes qui, dès lors, accomplira sa mission dans un esprit positif de redressement de la situation d'une entreprise.

Je précise également qu'en cas de conciliation, un travail mené de concert avec les assureurs crédit est indispensable. Si ce n'est pas le cas, les assureurs crédits peuvent revenir sur leurs mesures conservatrices et pratiquer des ponctions de trésors. De la même manière, si une entreprise s'est gardée de travailler en étroite collaboration avec le commissaire aux comptes, celui-ci est enclin à émettre un avis réservé sur la continuité de l'exploitation.

En dehors des évolutions législatives que je viens d'évoquer, une dernière innovation reste à accomplir ; elle concerne la possibilité de suspension d'une procédure d'alerte, afin d'éviter de la reprendre depuis le départ à chaque nouvel arrêt. Je tiens à préciser que nous utilisons largement la procédure d'alerte pour inciter les dirigeants d'entreprise à contacter les magistrats spécialisés dans la prévention au sein des tribunaux de commerce, ce qui évite la révélation publique de leurs difficultés.

**Reinhard DAMMANN**  
Avocat (Clifford Chance)

J'observe que l'article 234-4 traite des effets de la conciliation sur la procédure d'alerte. Le texte stipule que l'ouverture de la conciliation entraîne automatiquement la fermeture de la procédure d'alerte. Cependant, aucune disposition n'est prévue pour le mandat *ad hoc*. Il n'existe donc pas de parallélisme des formes et je pense qu'il faudrait y remédier.

**Yves LELIEVRE**  
Vice-Président du Tribunal de Commerce de Nanterre

La prochaine question concerne les banques et leurs responsabilités. Le principe directeur de la loi de 2005 consistait justement à encourager les banques dans le règlement des difficultés de l'entreprise, sans engagement de leur responsabilité quant à l'octroi de crédits. L'ordonnance de

2008 a conservé ce principe mais en ajoutant quelques précisions sur les garanties. J'aimerais donc recueillir l'opinion des intervenants de cette table ronde sur deux questions. D'une part, le principe de responsabilité des banques a-t-il assoupli l'octroi de financements aux entreprises en difficulté ? D'autre part, cette évolution ne risque-t-elle pas d'amener de nouveaux risques de contentieux pour les banques ?

**François-Xavier LUCAS**  
**Professeur à l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne)**

Le principe d'immunité du créancier, régi par l'article L 650-1 du Code de commerce, relevait d'une bonne intention au départ mais n'a pas été traduit dans un dispositif satisfaisant. Je ne suis donc pas persuadé que l'assouplissement recherché ait été obtenu.

À la base, le fait de rassurer les banquiers quant à leur participation à des accords à l'amiable était une idée très saine. Auparavant, un banquier qui s'était impliqué dans le redressement de l'entreprise en consentant à un certain nombre de sacrifices, pouvait par la suite se le voir reprocher en cas d'échec et de placement de l'entreprise en liquidation judiciaire. Il était donc possible d'accuser le banquier, pourtant de bonne volonté, d'avoir maintenu artificiellement en vie une entreprise déjà condamnée. Sur ce point, on ne peut que saluer le souci du législateur de remédier à une situation malsaine.

Néanmoins, le dispositif introduit par la loi de sauvegarde en 2005 n'est pas véritablement convaincant. En effet, le principe d'immunité est assorti d'exceptions si complexes à comprendre qu'elles créent au final encore plus d'incertitudes qu'auparavant. Ainsi, le banquier ne maîtrise pas complètement la variable de responsabilité, en raison de trois exceptions sujettes aux interprétations les plus variées. Par exemple, le terme de « fraude », mentionné dans les exceptions à l'immunité, peut s'interpréter de la même manière que le concept de soutien abusif dans l'ancien texte. Le prêt accordé à une entreprise dans une situation irrémédiablement compromise peut très bien être considéré comme une fraude.

En outre, où commence « l'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur » ? En l'absence de jurisprudence sur des textes trop récents, l'incertitude demeure sur le périmètre exact de l'immixtion. En fait, le principe d'immunité censé rassurer les banquiers se retrouve totalement annulé par la mauvaise rédaction du texte.

Il aurait sans doute été préférable de retenir la première version envisagée au cours des débats parlementaires. Un principe beaucoup plus fort était alors proposé, celui d'irresponsabilité totale du banquier qui participe à un mandat *ad hoc* ou à une conciliation au titre des sacrifices consentis dans ce cas. Il est vrai cependant que le principe d'immunité doit s'abstenir de blanchir un comportement du banquier bien antérieur aux négociations et ne méritant pas une telle indulgence. Néanmoins, le législateur a ensuite reculé de manière trop ostensible devant cette perspective en y ajoutant trois exceptions qui, en fin de compte, piétine la bonne intention de départ.

**Hélène BOURBOULOUX**  
**Administrateur judiciaire**

Je compléterai les propos du professeur Lucas en observant tout de même que cette nouvelle disposition a le mérite de lever quelques objections auxquelles nous étions confrontés dans les négociations ou conciliations. Toutefois, je remarque qu'avant 2005, nous nous servions de l'article 1382 pour les dispositions applicables aux responsabilités bancaires sans nécessité de recours à un titre spécifique de la loi.

Je voudrais m'arrêter sur l'une des trois exceptions, qui n'est pas commentée aujourd'hui dans la jurisprudence concernant les entreprises en difficulté : l'immixtion. Elle se retrouve dans la pratique d'empêchement de gestion de certaines documentations contractuelles de financement. L'immixtion est courante dans un contexte de crise, comme nous pouvons le constater en ce moment avec des sociétés sous LBO dotées de financements disproportionnés compte tenu de leur activité.

L'examen attentif des dossiers contractuels montre que les cas de défaut sont mentionnés dans toute une série de cas détaillés. Or, le cas de défaut constitue pour le financier l'occasion de prononcer l'exigibilité du paiement. Par conséquent, la multiplication des cas de défaut crée, pour le chef d'entreprise, des contraintes tellement importantes qu'il hésite même parfois à engager la négociation. La sophistication exagérée de la documentation contractuelle relève à mon sens de l'immixtion dans la gestion.

La conversion en capital par les créanciers d'une partie de leurs dettes est une initiative qui se développe très rapidement en Europe et va certainement toucher bientôt la France. Dans ce cas, les créanciers sont à la fois banquier et actionnaire, cette deuxième fonction se rajoutant leurs compétences traditionnelles. Certains d'entre eux deviendront majoritaires dans le capital des entreprises restructurées et les créanciers pourront alors jouer sur leur double fonction en privilégiant l'aspect actionnaire ou banquier au gré des situations.

Les banquiers, contraints de pratiquer la conversion en capital pour préserver le potentiel de recouvrement de leurs créances d'origine, sont donc très perturbés par la question de l'organisation de la gouvernance afin d'éviter des accusations futures concernant les éventuels abus de cette double fonction.

**Reinhard DAMMANN**  
**Avocat (Clifford Chance)**

Le nouveau texte prévoit la possibilité de moduler la sanction par le juge, ce qui lui confère un rôle considérable. Cette évolution vers une sanction à la carte vient corriger les excès passés. Je considère qu'il s'agit là d'un grand progrès de la législation mettant un terme à la justice manichéenne.

**Yves LELIEVRE**  
**Vice-Président du Tribunal de Commerce de Nanterre**

De nombreux commentateurs ont souligné que la conciliation et le mandat *ad hoc* n'ont finalement pas été substantiellement affectés par la réforme de 2008. Mes questions s'adressent à Monsieur Daudier de Cassini : aurait-on atteint un point d'équilibre entre le tout contractuel et le tout judiciaire ? Faut-il encore améliorer le droit de la prévention ?

**Jean-Dominique DAUDIER DE CASSINI**  
**Avocat associé (Weil Gotschal Manges)**

L'article 74 de la loi de modernisation de l'économie indiquait que l'amélioration du droit des entreprises en difficulté devait porter, dans le cadre de procédures à l'amiable, sur l'incitation à recourir aux procédures de conciliation. En fait, la loi s'est contentée d'effectuer certaines petites modifications et d'entériner des jurisprudences, par exemple sur l'absence d'homologation dans un délai de cinq mois.

De mon point de vue, les procédures amiables fonctionnent correctement. Néanmoins, leur efficacité repose sur la précocité de leur initiative et un diagnostic précis concernant la procédure à suivre. Le risque majeur de l'intervention est en effet de se tromper sur le remède à apporter aux entreprises en difficulté. Dans ce contexte, une bonne maîtrise du temps est indispensable.

J'ajoute qu'un entrepreneur n'est souvent pas complètement lucide sur les difficultés qu'il traverse. Le simple fait de devenir entrepreneur implique un goût du risque incompatible avec l'analyse sereine de ses propres difficultés quand elles surviennent. Dans ce cas, les chefs d'entreprise attachent généralement beaucoup d'importance à la confidentialité et à la dynamique de la procédure. Concernant l'accord financier, je regrette que le problème de la transparence du système AMF pour les sociétés cotées ne soit pas abordé. En outre, je reste circonspect sur l'utilité de l'homologation lorsque celle-ci n'apporte pas de *new money*.

Quant aux créanciers, ils recherchent avant tout un équilibre dans la négociation, qu'ils obtiennent en général grâce à la vigilance des tribunaux à ce sujet. De plus en plus, les créanciers acceptent et favorisent cette procédure. Par exemple, des investisseurs américains ont immédiatement accepté la procédure de mandat *ad hoc* quand ils ont su qu'elle permettait de suspendre l'exigibilité des crédits.

Par ailleurs, je pense que les entretiens de prévention constituent une des démarches les plus efficaces.

**Yves LELIEVRE**  
**Vice-Président du Tribunal de Commerce de Nanterre**

Je souhaite connaître maintenant la position de Maître Bourbouloux sur le problème de la confidentialité.

**Hélène BOURBOULOUX**  
**Administrateur judiciaire**

Les procédures de prévention sont peu contraignantes pour les créanciers qui peuvent décider de la phase collective à la place des chefs d'entreprise. Bien entendu, la plupart d'entre eux adhèrent pleinement au dispositif du mandat, même si certaines des règles les poussent parfois à négliger la nécessité de coordination entre les acteurs.

Au sujet de la confidentialité, je souhaite revenir sur la question des sociétés cotées. En effet, l'AMF a indiqué clairement que l'ensemble des informations attendues sur les comptes de l'entreprise doit continuer à être fourni, mais qu'il n'existe en revanche aucune obligation de dévoiler l'ouverture d'une consultation d'un mandat *ad hoc*, sous réserve de la voir portée à la connaissance de deux interlocuteurs dédiés de l'AMF s'engageant à respecter la confidentialité de cette procédure.

La deuxième contrainte pour le chef d'entreprise est le délit d'entrave. Sur ce point, en l'absence de texte, il appartient au chef d'entreprise de définir sa propre politique en fonction de l'avancement de ses discussions avec les créanciers. En cas d'accord au terme de la conciliation ou du mandat *ad hoc*, le comité d'entreprise se contentera de vérifier sa conformité avec les besoins de la société sans avoir besoin de connaître l'existence d'une procédure de prévention. En revanche, si l'accord doit faire l'objet d'un jugement d'homologation, l'avis du comité d'entreprise est alors requis, ce qui signifie de l'avoir tenu au courant en amont. Par conséquent, une communication prématurée au comité d'entreprise risque de susciter l'inquiétude au sein de l'entreprise et perturber les collaborateurs. À l'inverse, une communication trop tardive peut constituer un délit d'entrave. Entre ces deux extrémités, le bon moment d'informer le comité d'entreprise est sans doute celui où le principe de l'accord a été fixé avec les financiers.

Par ailleurs, la loi prévoit la notification de l'ouverture de la conciliation aux débiteurs par lettre recommandée, mais les chefs d'entreprise ouvrent rarement le courrier eux-mêmes. Pour pallier ce défaut pratique de la loi, les greffes remettent en mains propres la notification. Les tribunaux de commerce se chargent aussi de remédier aux modalités d'application des dispositions de l'article 1244 stipulant que l'audience se tient en référé, une situation fortement préjudiciable au principe de confidentialité.

Enfin, je souhaite attirer votre attention sur l'intérêt de certains créanciers dans la défaillance de l'entreprise. Beaucoup de dispositions ont conduit les banques à se couvrir en cas de défaut en recourant à une multitude d'outils, tels les *credit default swap* (CDS), qui se révèlent très dangereux dans l'optique de restructuration d'entreprises en incitant son porteur à la défaillance. En effet, seule l'hypothèse de procédures collectives permet l'indemnisation du porteur qui a donc intérêt à bloquer les négociations. La faillite de Lehman Brothers, porteur de nombreux CDS, avait d'ailleurs révélé avec éclat les limites de ce système.

**Yves LELIEVRE**  
**Vice-Président du Tribunal de Commerce de Nanterre**

L'article 1244 que vous avez évoqué connaît une évolution dans son application. Ainsi, l'article 611-17 alinéa 5 stipule que si le débiteur, au cours de la procédure, est poursuivi par un créancier, le juge responsable de la procédure peut, après entretien avec le conciliateur, demander l'application des articles 1244 alinéa 1 à 1244 alinéa 3. Je souhaite poser la question suivante à Maître Dammann : cette modification est-elle de nature à faciliter la mise en place d'une solution ? Puis nous nous tournerons vers le Professeur Lucas pour lui demander les motivations réelles de cette évolution.

**Reinhard DAMMANN**  
**Avocat (Clifford Chance)**

En réalité, le législateur recherche un remède permettant de répondre un créancier très agressif qui ne souhaiterait pas s'asseoir à la table des négociations dans le cadre d'une conciliation. L'article 1244 a justement été conçu comme une sorte d'antidote. La question consiste donc à chercher comment organiser des négociations avec un créancier qui ne le veut pas ; elle vise également à instaurer une position de force pour contraindre des débiteurs à lui réserver une solution dérogatoire. Le seul moyen d'empêcher un tel comportement réside dans l'article 1244 mis en œuvre par le président du tribunal du commerce.

Cette compétence dérogatoire est inscrite dans le nouveau texte. Une mise en demeure est désormais suffisante pour assignation. En clair, la simple constatation d'une volonté de blocage d'un créancier peut déclencher le recours à l'article 1244 avec une sanction à la clef. L'article 1244 comporte donc un effet dissuasif.

Il revient au juge d'apprécier le comportement intentionnel du créancier si celui-ci réclame avec insistance le paiement d'une somme d'argent dans l'imminence d'une procédure, un cas qui n'est normalement pas couvert par l'article 1244 *stricto sensu*. De mon point de vue, l'article 1244 devrait quand même être appliqué. La Cour d'appel de Versailles a d'ailleurs rendu un tel avis, mais la juridiction de Pau a estimé que l'article 1244 ne s'applique qu'en cas de formulation de l'assignation après ouverture de la procédure.

**François-Xavier LUCAS**  
**Professeur à l'Université Paris I (Panthéon – Sorbonne)**

Le nouvel article L 611-7 alinéa 5, qui permet de solliciter les dispositions de droit commun, était destiné à devenir une pièce essentielle du nouveau dispositif de conciliation. Au final, le résultat tempère pourtant quelque peu l'optimisme de départ sur ce projet. Certes, nous constatons une réelle amélioration du dispositif, notamment grâce à la possibilité d'imposer des délais aux créanciers dès la mise en demeure du débiteur.

Néanmoins, le texte vise seulement les créanciers qui poursuivent le débiteur. Si le créancier n'a pris aucune initiative pour réclamer les paiements du débiteur, les dispositions de l'article 1244-1 ne lui sont pas opposables, ce qui limite considérablement la portée du dispositif. Il se contente de paralyser les poursuites mais ne reporte pas le terme.

En cas de poursuite du débiteur, on pourrait imaginer un gel immédiat des créances sur la base de l'article 1244-1. Ainsi, le débiteur redevenant *in bonis* serait à nouveau en position de solliciter une sauvegarde. Toutefois, une telle procédure peut se révéler difficile à mettre en place concrètement. En effet, la créance reste exigible même si l'article 1244-1 autorise le report des échéances. Une série de conséquences peut découler de cet état de fait : la compensation de la créance ou encore la poursuite des intérêts moratoires convenus. La créance exigible peut-elle alors caractériser la cessation de paiement du débiteur qui ne dispose pas d'un actif disponible suffisant ? Il existe une véritable interrogation sur ce point qu'aucune jurisprudence ne vient éclaircir.

Je pensais *a priori* que cette situation revenait à une cessation de paiement. Pourtant, je me suis finalement ravisé car la cessation se définit selon trois critères, dont l'un stipule que l'actif disponible soit insuffisant pour « faire face » à la dette exigible. Or, dans le cas soulevé précédemment, le débiteur n'a plus à y « faire face » en raison précisément de l'article 1244-1 et de l'intervention du président du tribunal de commerce. Il ne se trouve donc pas en situation de cessation de paiement.

**Yves LELIEVRE**  
**Vice-Président du Tribunal de Commerce de Nanterre**

Je souhaite maintenant aborder la question de la prévention judiciaire. Certes, on ne peut remettre en cause l'utilité de la sauvegarde, mais est-elle réservée aux grandes entreprises ? Constitue-t-elle un palliatif à la conciliation ou au mandat *ad hoc* ? Quelle est la réalité de cette sauvegarde pour le chef d'entreprise d'aujourd'hui ?

**Hélène BOURBOULOUX**  
**Administrateur judiciaire**

Certains profanes ont tendance à pointer l'inefficacité de la sauvegarde qui ne concerne qu'une centaine de dossiers par an. Pourtant, une analyse des statistiques suffit à tempérer cette opinion quelque peu exagérée. En effet, l'AGS traite deux fois moins de dossiers de licenciements économiques que de prise en charge de salaires. Cela signifie que 50 % de l'emploi de l'entreprise en difficulté dans la procédure collective est préservé. Nous devons donc apprécier l'efficacité du dispositif de traitement des entreprises défailtantes à l'aune de ce chiffre.

La procédure de sauvegarde est un outil complémentaire dont nous pouvons nous féliciter. Une amélioration majeure de la sauvegarde réside dans son inscription en aval de la conciliation qui favorise les dossiers pré-négociés et permet ainsi de gagner un temps précieux. Par ailleurs, je vous signale qu'il est désormais possible de convertir la sauvegarde en redressement judiciaire, même s'il n'existe pas de situation de cessation de paiement. Auparavant, le passif était gelé par la procédure de sauvegarde.

La procédure de sauvegarde a longtemps été décriée comme une pratique abusive anticoncurrentielle. Cependant, je n'ai identifié pour le moment aucun abus, bien que je ne nie pas les débats suscités par certains dossiers. La grande responsabilité des tribunaux de commerce consiste justement à s'assurer que la sauvegarde constitue la dernière solution envisageable. Par exemple, dans le cas de tutelle d'ordre financier, le juge devra alors vérifier que les négociations avec les créanciers ont débouché sur une impasse.

D'un point de vue général, je soulignerais que l'efficacité de la procédure de sauvegarde peut encore bénéficier de l'apport d'outils récents.

**Yves LELIEVRE**  
**Vice-Président du Tribunal de Commerce de Nanterre**

Je voudrais attirer votre attention sur une nouveauté législative importante qui n'a pas été beaucoup commentée. Elle prévoit que tout créancier membre de comité peut soumettre ses propositions en vue d'élaborer le projet de plan. Cette disposition rappelle la pratique américaine des procédures collectives où les créanciers prennent le contrôle des entreprises en difficulté. Ce dispositif est-il appelé à se développer ?

**Reinhard DAMMANN**  
**Avocat (Clifford Chance)**

Dans le processus de contractualisation des procédures collectives, il est apparu légitime que le débiteur en sauvegarde propose un plan. Il arrive parfois que ce dernier n'adopte pas une attitude raisonnable susceptible de recueillir le consentement de ses créanciers. Dans ce cas, le droit américain autorise, après un délai de six mois, les créanciers à formuler des contre-propositions qui sont ensuite mises au vote. Il est donc possible d'imposer un plan de sauvegarde préparé par les créanciers et approuvé à la majorité.

Le droit français a introduit pour la première fois la possibilité pour les créanciers de proposer un contre-plan. Toutefois, le débiteur reste en position de décideur et se prononce sur les propositions des créanciers. En revanche, en cas de redressement judiciaire, l'administrateur prépare le plan avec le concours du débiteur, lequel ne possède plus le dernier mot sur le dossier.

En fait, la grande problématique législative consiste à savoir quel type de plan va être imposé par le tribunal. La règle des 5 % remboursés aux créanciers à partir de la fin de la deuxième année représente un des critères de choix du plan de sauvegarde. La sauvegarde doit être approuvée par la majorité des deux tiers des créanciers, mais cette question demeure très problématique à l'heure actuelle, notamment dans les dossiers financiers où la protection des actionnaires prime sur les intérêts d'une entreprise opérationnelle.

**Yves LELIEVRE**  
**Vice-Président du Tribunal de Commerce de Nanterre**

Professeur Lucas, pourriez-vous nous donner quelques éclairages sur les nouveaux outils et la fiducie ?

**François-Xavier LUCAS**  
**Professeur à l'Université Paris I (Panthéon – Sorbonne)**

Votre question revient à se demander si les progrès de la protection des créanciers introduits par le législateur ne menacent pas le sauvetage des entreprises. En effet, il est impossible de jouer sur ces deux tableaux, car le sauvetage d'une entreprise ne peut se réaliser qu'au prix de certains sacrifices imposés aux créanciers. Les excès de sûreté cherchant à préserver absolument l'intégralité des droits des créanciers compromettent forcément l'efficacité de la procédure de sauvetage.

L'ingéniosité de l'ordonnance de 2008 réside justement dans l'adoption d'un droit des sûretés à géométrie variable. Désormais, les faveurs dont bénéficient les créanciers (la fiducie et le gage sans dépossession assortis d'un droit de rétention) sont neutralisées le temps du sauvetage de l'entreprise ou tant qu'une solution de redressement reste exécutable. Dans une logique de liquidation ou de cession partielle, le droit de sûreté retrouve son bien-fondé ; le créancier peut alors pleinement y avoir recours car l'objectif de sauvetage de l'entreprise est définitivement abandonné.

Je considère que cette conciliation de deux objectifs apparemment opposés est une évolution très satisfaisante et pourrait même être étendue à d'autres mécanismes de garantie, telles les clauses de réserve de propriété.

**Yves LELIEVRE**  
**Vice-Président du Tribunal de Commerce de Nanterre**

Dans le prolongement de toutes ces mesures, les conditions de remise des créances publiques ont été réformées en février 2009. Maître Bourbouloux, quel est selon vous le principal apport de cette réforme ?

**Hélène BOURBOULOUX**  
**Administrateur judiciaire**

Dans le dispositif de prévention, l'attente reste très forte concernant la question de traitement du groupe. En effet, les saisies de justice s'effectuent à l'endroit du siège social, alors que la société mère se situe parfois dans une autre juridiction. Pour remédier à cette situation, le créancier public regroupe désormais sur une CCSF unique l'intégralité des dossiers concernés au sein d'un groupe. On note donc une adaptation salutaire au besoin pratique des entreprises. Durant la période de sauvetage, une compétence unifiée des tribunaux de commerce avec une gestion du dossier au niveau du groupe s'impose. En revanche, en cas d'échec, la gestion du dossier doit séparer chaque entité du groupe.

Extrait du  
**Bulletin Officiel des Finances Publiques-Impôts**

DIRECTION GÉNÉRALE DES FINANCES PUBLIQUES

Identifiant juridique : BOI-REC-EVTS-10-10-10-20120912

Date de publication : 12/09/2012

DGFIP

---

**REC - Procédures amiables - procédure de conciliation**

---

**Positionnement du document dans le plan :**

REC - Recouvrement

Evènements affectant l'action en recouvrement

Titre 1 : Procédures amiables et les procédures collectives de règlement du passif

Chapitre 1 : Procédures amiables

Section 1 : Procédure de conciliation

**Sommaire :**

I. Généralités sur la prévention des difficultés

A. Les dispositifs de prévention

1. Le groupement de prévention agréé
2. Les autres dispositifs

B. la détection des difficultés des entreprises par le président du tribunal

1. La convocation à un entretien par le président du tribunal.
2. Possibilité pour le président du tribunal de se faire communiquer des informations complémentaires

C. La désignation par le président du tribunal d'un mandataire ad hoc

II. La procédure de conciliation

A. Conditions d'ouverture d'une procédure de conciliation

B. Déroulement de la procédure de conciliation

1. Ouverture de la procédure de conciliation
2. Mission du conciliateur
3. Le sort de l'accord
  - a. Constat de l'accord par le président du tribunal
  - b. La décision d'homologation
    - 1° publicité de l'accord homologué
    - 2° recours contre l'accord homologué

4. Effets de l'accord

- a. Interruption des poursuites
- b. Interruption de la prescription
- c. Levée de l'interdiction d'émettre des chèques

C. l'échec de la conciliation

1. l'impossibilité de parvenir à un accord

## 2. l'inexécution des engagements

Le code de commerce contient des dispositions particulières en faveur des entreprises, qui sans être dans le cas d'ouverture d'une procédure collective, connaissent des difficultés. La procédure de conciliation s'insère ainsi dans un ensemble plus vaste d'outils de prévention des difficultés des entreprises.

Ce dispositif comporte des conséquences au plan de l'action en recouvrement poursuivie par les comptables publics.

# I. Généralités sur la prévention des difficultés

## A. Les dispositifs de prévention

---

### 1. Le groupement de prévention agréé

---

1

Aux termes de l'article L611-1 du code de commerce, dans sa rédaction complétée par la loi du 26 juillet 2005, toute personne immatriculée au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers ainsi que toute personne morale de droit privé peut adhérer à un groupement de prévention agréé par arrêté du Préfet de la région.

Cette adhésion permet au chef d'entreprise d'obtenir, de façon confidentielle, une analyse économique, comptable et financière de sa situation sur la base des informations fournies par l'adhérent, les administrations, les collectivités locales et la Banque de France.

Lorsque le groupement relève des indices de difficultés, il en informe le chef d'entreprise et peut lui proposer l'intervention d'un expert.

A la diligence du préfet, les administrations compétentes prêtent leur concours aux groupements de prévention agréés. Les services de la Banque de France peuvent également, suivant des modalités prévues par convention, être appelés à formuler des avis sur la situation financière des entreprises adhérentes. Les groupements de prévention agréés peuvent aussi bénéficier d'aides des collectivités territoriales.

Les groupements de prévention agréés sont habilités à conclure, notamment avec les établissements de crédit et les entreprises d'assurance, des conventions au profit de leurs adhérents.

Les dispositions réglementaires relatives à l'agrément de ces groupements sont codifiées aux articles D611-1 à D611-9 du Code de Commerce. Elles prévoient la confidentialité de leurs travaux.

### 2. Les autres dispositifs

---

10

Différents dispositifs ont été créés avec pour objectif l'anticipation de difficultés ou leur règlement dans un cadre amiable. Bien qu'ils comportent une certaine gradation, ils sont indépendants les uns des autres et peuvent être mis en œuvre à l'initiative de personnes différentes. Lorsque l'ouverture de l'une de ces procédures donne lieu à la désignation d'un organe particulier, sa mission est précisément identifiée par les textes.

Ainsi, le conciliateur a pour mission de favoriser la conclusion d'un accord amiable. Il est désigné par le président du tribunal pour une période n'excédant pas quatre mois. La personne nommée pour cette mission peut l'être à la demande du débiteur, qui peut contester la désignation. Le conciliateur agit sous le contrôle du président du tribunal, auquel il rend compte de l'état d'avancement de sa mission (C. com., art. L611-7, alinéa 4).

Toute personne appelée à l'une de ces missions est tenue à la confidentialité. Diverses incompatibilités sont prévues.

Les conditions de la rémunération des personnes désignées comme conciliateurs, comme mandataires *ad hoc* et, le cas échéant comme experts, sont fixées par le président du tribunal de commerce en fonction des diligences nécessaires à l'accomplissement de la mission. L'accord du débiteur doit être recueilli (C. com., art. L611-14).

## **B. la détection des difficultés des entreprises par le président du tribunal**

---

### **1. La convocation à un entretien par le président du tribunal.**

---

20

Cette possibilité est ouverte au président du tribunal de commerce par l'article L611-2 du code de commerce.

Elle concerne les sociétés commerciales, les groupements d'intérêt économique, ou les entreprises individuelles, commerciales ou artisanales.

Cette convocation est possible :

- Si l'entreprise connaît des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation .

Le texte précise que la connaissance des difficultés de l'entreprise, se fait par tout acte document ou procédure

Ainsi, les difficultés peuvent être révélées par exemple par les documents et les procès-verbaux d'assemblée générale déposés au greffe, les inscriptions de privilège, l'exercice par les commissaires aux comptes de leur obligation d'alerte.

- Si l'entreprise n'a pas procédé au dépôt obligatoire de ses comptes annuels et ce, malgré l'injonction qui lui en a été faite par le président du tribunal

L'entretien a pour but d'envisager les mesures propres à redresser la situation.

L'article R611-11 du code de commerce prévoit que l'entretien donne lieu à l'établissement d'un procès-verbal cosigné par les personnes présentes. Si la personne convoquée ne se rend pas à la convocation, un procès-verbal de carence dressé par le greffier lui est notifié .

### **2. Possibilité pour le président du tribunal de se faire communiquer des informations complémentaires**

---

30

A l'issue de cet entretien ou si les dirigeants ne se sont pas rendus à sa convocation, le président du tribunal peut obtenir communication des renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière du débiteur (art. L611-2 du code de commerce).

Ces informations peuvent être recherchées auprès des commissaires aux comptes, des membres et représentants du personnel, des administrations publiques, des organismes de sécurité et de prévoyance sociales ou des services chargés de la centralisation des risques bancaires et des incidents de paiement,

De même, lorsque les dirigeants d'une société commerciale ne procèdent pas au dépôt des comptes annuels dans les délais prévus par les textes applicables, le président du tribunal peut leur adresser une injonction de le faire à bref délai sous astreinte (art. R611-13 du code de commerce).

Si cette injonction n'est pas suivie d'effet dans le délai d'un mois, le président du tribunal statue sur la liquidation de l'astreinte (art. R 611-16 du code de commerce)

40

S'agissant des comptables publics, l'article L145 A du LPF prévoit une dérogation expresse au secret professionnel prévu à l'article L103 du LPF. Ainsi, le président peut demander des informations relatives à l'état des impositions impayées, à l'évolution du chiffre d'affaire. Sa demande est accompagnée du procès-verbal d'entretien ou de carence évoqué ci-dessus au § 20.

## C. La désignation par le président du tribunal d'un mandataire ad hoc

---

50

Le président du tribunal de commerce, si le débiteur exerce une activité commerciale ou artisanale ou celui du tribunal de grande instance dans les autres cas, peut, à la demande d'un débiteur, désigner un mandataire *ad hoc*.

L'ordonnance qui nomme le mandataire détermine sa mission et en fixe la durée.

Le débiteur a la faculté de proposer le nom d'un mandataire *ad hoc*.

Le dirigeant n'est pas dessaisi et continue à représenter l'entreprise.

Les modalités de cette procédure sont définies aux articles L611-3 et R611-18 à 21 du code de commerce .

## II. La procédure de conciliation

Cette procédure vise à la conclusion d'un accord de conciliation entre le débiteur et les créanciers, étant précisé que tous les créanciers ne sont pas obligatoirement signataires de cet accord. L'accord, lorsqu'il est homologué par le tribunal de commerce, fait l'objet d'une mesure de publicité. La règle de l'arrêt des poursuites individuelles et des voies d'exécution n'existe pas en conciliation. Toutefois, si un créancier poursuit le débiteur ou simplement le met en demeure de payer, ce dernier peut saisir le président du tribunal qui a ouvert la procédure aux fins d'obtenir des reports ou des échelonnements des délais de paiement ainsi que la suspension des procédures d'exécution sur le fondement des articles 1244-1 à 1244-3 du code civil.

### A. Conditions d'ouverture d'une procédure de conciliation

---

La procédure de conciliation est ouverte :

- auprès du tribunal de commerce, pour les personnes exerçant une activité commerciale ou artisanale (Code de commerce article L611-4)

- auprès du tribunal de grande instance pour les personnes morales de droit privé et les personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé. (C.com., art L611-5)

La procédure de conciliation n'est pas applicable aux agriculteurs qui bénéficient de la procédure prévue aux articles L351-1 à L351-7 du code rural et de la pêche maritime.

60

Pour bénéficier de la procédure de conciliation, l'entreprise doit éprouver une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, et ne doit pas se trouver en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours.(C.com., art. L611-4)

La notion de cessation des paiements est définie par l'article L631-1 du Code de commerce , comme étant l'impossibilité pour un débiteur de faire face à son passif exigible avec son actif disponible.

La notion est commune à l'ensemble des procédures collectives. Elle existait déjà sous l'empire de la loi de 1985 et a été précisée par la doctrine et la jurisprudence.

## **B. Déroulement de la procédure de conciliation**

---

La décision ouvrant la procédure de conciliation comporte la désignation d'un conciliateur dont la mission peut déboucher sur la conclusion d'un accord amiable entre le débiteur et ses principaux créanciers. Le débiteur n'est pas dessaisi juridiquement.

L'homologation de l'accord de conciliation a pour effet de mettre fin à la confidentialité de la procédure de conciliation. En effet, l'article L611-10 du code de commerce prévoit la publicité du jugement d'homologation et de l'accord. Toutefois, la voie de l'homologation n'est pas obligatoire et l'accord constaté, aussi bien que l'accord homologué, interrompt ou interdit toute action en justice et arrête ou interdit toute poursuite individuelle au titre des créances objet de l'accord.

### **1. Ouverture de la procédure de conciliation**

---

70

S'agissant d'une procédure non contentieuse, le président du tribunal est saisi par une requête du débiteur exposant sa situation économique, sociale et financière, ses besoins de financement ainsi que, le cas échéant, les moyens d'y faire face.(C.com., Art. L611-6).

La procédure de conciliation est ouverte par le président du tribunal, qui désigne un conciliateur pour une période n'excédant pas quatre mois mais qu'il peut, par une décision motivée, proroger d'un mois au plus sur demande du conciliateur exclusivement.

Le débiteur peut proposer le nom d'un conciliateur.

Si une demande d'homologation a été formée en application du II de l'article L611-8 du Code de commerce avant l'expiration de cette période, la mission du conciliateur et la procédure sont prolongées jusqu'à la décision du tribunal.

A défaut, elles prennent fin de plein droit et une nouvelle conciliation ne peut être ouverte dans les trois mois qui suivent.

Le débiteur peut récuser le conciliateur dans des conditions et délais fixés par décret pris en Conseil d'État (décret codifié aux articles R611-27 à R611-33 du code de commerce).

La décision ouvrant la procédure de conciliation est communiquée au ministère public et, si le débiteur est soumis au contrôle légal de ses comptes, aux commissaires aux comptes.

Lorsque le débiteur exerce une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, la décision est également communiquée à l'ordre professionnel ou à l'autorité compétente dont, le cas échéant, il relève.

En pratique, elle est également communiquée au préfet aux fins de liaison avec le CODEFI (Comité Départemental d'Examen des difficultés de Financement des Entreprises).

La voie de la tierce opposition est ouverte aux créanciers non participants.

80

Après ouverture de la procédure de conciliation, le président du tribunal, pour pouvoir disposer des informations qu'il juge nécessaires sur la situation de l'entreprise, peut recourir aux mêmes pouvoirs d'investigation que lorsqu'il décide de convoquer un chef d'entreprise sur le fondement de l'article L 611-2 du Code de commerce.

En outre, il peut donner mission à un expert de son choix d'établir un rapport sur la situation économique, sociale et financière du débiteur et, nonobstant toute disposition législative et réglementaire contraire, obtenir des établissements bancaires ou financiers tout renseignement de nature à donner une exacte information sur la situation économique et financière de celui-ci. Depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008 ce pouvoir ne peut être exercé qu'après l'ouverture de la procédure de conciliation (C.com., art. L611-6).

## **2. Mission du conciliateur**

---

90

Aux termes de l'article L611-7 du Code de commerce, le conciliateur a pour mission 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.

Il peut également présenter toute proposition se rapportant à la sauvegarde de l'entreprise, à la poursuite de l'activité économique et au maintien de l'emploi.

Le conciliateur peut, dans ce but, obtenir du débiteur tout renseignement utile.

Le président du tribunal communique au conciliateur les renseignements dont il dispose et, le cas échéant, les éléments du rapport de l'expert qu'il a désigné en application des dispositions figurant au dernier alinéa de l'article L611-6 du Code de commerce.

100

Les administrations financières, les organismes de sécurité sociale et les institutions gérant le régime d'assurance chômage prévu par les articles L5422-1 et suivants du code du travail et les institutions régies par le livre IX du code de la sécurité sociale peuvent consentir des remises de dettes dans les conditions fixées à l'article L626-6 du code de commerce.

Les demandes de remises à l'initiative du débiteur ou du conciliateur sont examinées par les commissions des chefs des services financiers et des représentants des organismes de sécurité sociale et de l'assurance chômage (CCSF) (cf. BOI-REC-PREA-20-10-20). Elles ne peuvent concerner que les impôts directs perçus au profit de l'État et des collectivités locales et les pénalités, s'agissant des impôts indirects.

Des cessions de rang de privilège ou d'hypothèque ou l'abandon de ces sûretés peuvent être consenties dans les mêmes conditions.

L'article L611-7 du Code de commerce renvoie en outre aux articles 1244-1 à 1244-3 du code civil :

Si, au cours de la procédure, le débiteur est mis en demeure ou poursuivi par un créancier, le juge qui a ouvert cette procédure 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.

L'article 631-5 du Code de commerce empêche de demander la mise en redressement judiciaire d'un débiteur bénéficiant d'une procédure de conciliation en cours.

## **3. Le sort de l'accord**

---

En cas d'accord, deux voies procédurales se présentent au débiteur : l'une tend à la constatation de l'accord par le président du tribunal, l'autre à l'homologation de l'accord par le tribunal.

### **a. Constat de l'accord par le président du tribunal**

---

110

En vertu de l'article L611-8 du Code de commerce, le président du tribunal, sur la requête conjointe des parties, constate leur accord et donne à celui-ci force exécutoire. Il statue au vu 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.

La décision constatant l'accord n'est pas soumise à publication et n'est pas susceptible de recours. Elle met fin à la procédure de conciliation.

### **b. La décision d'homologation**

---

120

Si le débiteur choisit la voie de l'homologation, à sa demande, le tribunal homologue l'accord obtenu lorsque les conditions suivantes sont réunies (C.com., art. L611-8):

- 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.

En vertu de l'article L611-9 du Code de commerce le tribunal statue sur l'homologation après avoir entendu ou dûment appelé en chambre du conseil le débiteur, les créanciers parties à l'accord, les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, le conciliateur et le ministère public. L'ordre professionnel ou l'autorité compétente dont relève, le cas échéant, le débiteur qui exerce une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, est entendu ou appelé dans les mêmes conditions.

Le tribunal peut entendre toute autre personne dont l'audition lui paraît utile.

L'homologation de l'accord met fin à la procédure de conciliation (C.com., article L611-10).

#### 1° publicité de l'accord homologué

130

Lorsque le débiteur est soumis au contrôle légal de ses comptes, l'accord homologué est transmis à son commissaire aux comptes.

Le jugement d'homologation est déposé au greffe où tout intéressé peut en prendre connaissance et fait l'objet d'une mesure de publicité (au BODACC notamment).

#### 2° recours contre l'accord homologué

140

Il est susceptible d'appel de la part du ministère public et, en cas de contestation relative au privilège mentionné à l'article L611-11 du Code de commerce, de la part des parties à l'accord. Il peut également être frappé de tierce opposition. Le jugement rejetant l'homologation ne fait pas l'objet d'une publication. Il est susceptible d'appel.

### 4. Effets de l'accord

#### a. Interruption des poursuites

150

Pendant la durée de son exécution, l'accord constaté ou homologué interrompt ou interdit toute action en justice et arrête ou interdit toute poursuite individuelle tant sur les meubles que les immeubles du débiteur dans le but d'obtenir le paiement des créances qui en font l'objet (C.com., article L611-10-1)

#### b. Interruption de la prescription

160

L'accord constaté ou homologué interrompt, 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.

Les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir des dispositions de l'accord constaté ou homologué (article L611-10-2 du Code de commerce).

#### c. Levée de l'interdiction d'émettre des chèques

170

L'accord homologué entraîne la levée de plein droit de toute interdiction d'émettre des chèques conformément à l'article L131-73 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 (C.com., art. L611-10-2).

## C. l'échec de la conciliation

---

### 1. l'impossibilité de parvenir à un accord

---

180

En cas d'impossibilité de parvenir à un accord, le conciliateur présente sans délai un rapport au président du tribunal. Celui-ci met fin à sa mission et à la procédure de conciliation. Sa décision est notifiée au débiteur.

Le sort de l'entreprise dépendra de la cause de cet échec.

Si l'impossibilité de parvenir à un accord est dû au refus d'un ou plusieurs créanciers et si l'entreprise n'est pas en cessation de paiement, le recours à la procédure de sauvegarde permettra dans une certaine mesure de contraindre certains créanciers minoritaires à se soumettre aux décisions de la majorité.

En revanche, si l'entreprise est en cessation des paiements, une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, en fonction de la situation de l'entreprise, devra être ouverte

### 2. l'inexécution des engagements

---

190

Saisi par l'une des parties à l'accord constaté ou homologué, le président du tribunal, s'il constate l'inexécution des engagements résultant de cet accord, prononce la résolution de celui-ci.

Le jugement rendu est communiqué au ministère public. Il fait l'objet de publicité au BODACC et dans un journal d'annonces légales. Enfin, il est notifié, par le greffier, aux créanciers parties à l'accord ainsi qu'aux créanciers auxquels des délais ou des reports de paiement ont été imposés en application du cinquième alinéa de l'article L611-7 du Code de commerce (c'est-à-dire en cas de poursuite ou de mise en demeure par un créancier après l'ouverture d'une procédure de conciliation).

Le président du tribunal ou le tribunal qui décide la résolution de l'accord peut aussi prononcer la déchéance de tout délai de paiement accordé en application du cinquième alinéa de l'article L611-7 du Code de commerce.

200

En cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, les personnes qui avaient consenti, dans l'accord homologué prévu au II de l'article L611-8 du Code de commerce, 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 les autres créances, selon le rang prévu au II de l'article L622-17 et au II de l'article L641-13 du Code de commerce.

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 bénéficient du même privilège pour le prix de ce bien ou de ce service (C.com., art L611-11)

Cette disposition ne s'applique pas aux apports consentis par les actionnaires et associés du débiteur dans le cadre d'une augmentation de capital.

Les créanciers signataires de l'accord ne peuvent bénéficier directement ou indirectement de cette disposition au titre de leurs concours antérieurs à l'ouverture de la conciliation.

210

La loi ne prévoit plus l'ouverture automatique d'une procédure collective.

L'ouverture d'une procédure de sauvegarde est envisageable si le débiteur en fait la demande et qu'il en remplit les conditions.

L'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire met fin de plein droit à l'accord constaté ou homologué (C.com. art. L611-12).

En ce cas, les créanciers recouvrent l'intégralité de leurs créances et sûretés, déduction faite des sommes perçues, sans préjudice des dispositions prévues à l'article L611-11 du Code de commerce.







# ÉPREUVE N° 16