

## **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**

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°/** 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°/** 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.

Infirmant 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.

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'apparaîtront 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.

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.