

1^{ÈRES} ASSISES NATIONALES DE LA PRÉVENTION LE 26 OCTOBRE 2007

MANDAT AD HOC ET CONCILIATION : UN OUTIL JURIDIQUE RÉNOVÉ

CONFÉRENCE ASSOCIATION DROIT ET COMMERCE
TRIBUNAL DE COMMERCE DE MARSEILLE - 26 OCTOBRE 2007

PAR BERNARD BOUQUET*

“Prévoir ou subir, tel est l’enjeu pour l’entreprise”

C’est ainsi que Monsieur Daniel Tricot, alors président de la chambre commerciale financière et économique de la Cour de cassation, concluait sa préface de l’ouvrage de Monsieur Philippe Roussel Galle consacré à la “*Réforme du droit des entreprises en difficulté*”.

Cette affirmation résume en quelques mots l’esprit du législateur du 26 juillet 2005, qui a mis l’accent sur la prévention des difficultés des entreprises.

Le mandat *ad hoc* et la conciliation occupent une place centrale dans ce nouveau dispositif. Ils offrent, en effet, aux entreprises qui ne sont pas encore en état de cessation des paiements, ou qui le sont depuis peu, la possibilité de l’éviter ou d’y mettre fin, sous l’égide d’un professionnel, mandataire *ad hoc*, ou conciliateur nommé par le président du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance et dont la mission consistera principalement à rechercher un accord avec les créanciers ou les partenaires de l’entreprise en difficulté. Le dirigeant reste à la tête de son entreprise durant ces procédures, il en assume seul la gestion et la représentation. Le mandataire *ad hoc* ou le conciliateur, ne peuvent s’immiscer dans la vie quotidienne de l’entreprise.

* Bernard Bouquet est avocat au Barreau de Marseille.

Tenant compte des enseignements de la pratique, le législateur de 2005 a voulu mettre à la disposition de chefs d'entreprises, souvent réticents, et de leurs créanciers souvent récalcitrants, des outils rénovés, mieux adaptés et plus attrayants pour ceux qui acceptent de participer au sauvetage de l'entreprise.

C'est ainsi que le mandat *ad hoc* a été consacré comme un dispositif autonome de traitement des difficultés de l'entreprise et que la procédure de conciliation a été substituée au règlement amiable issu de la loi 84-148 du 1^{er} mars 1984 (complétée le 10 juin 1994) pour corriger les faiblesses en raison desquelles cette procédure était trop peu utilisée.

Par ailleurs, le législateur a affirmé la confidentialité de ces deux procédures dans un texte commun et a donné un nouveau statut au mandataire *ad hoc* et au conciliateur.

I - Une confidentialité légalisée et un nouveau statut pour le mandataire *ad hoc* et pour le conciliateur

1 - Du secret professionnel à la confidentialité

1.1 - Une confidentialité légalisée

L'article 611-15 dispose que "Toute personne qui est appelée à une procédure de conciliation ou de mandat *ad hoc* ou qui, par ses fonctions, en a connaissance est tenue à la confidentialité."

Avant la loi du 26 juillet 2005, ces mêmes personnes étaient tenues au secret professionnel dans les conditions prévues aux articles 226-13 et 226-14 du Code pénal.

Mais le secret professionnel, assorti de sanctions pénales, était considéré comme étant trop lourd, et la loi nouvelle lui a préféré la notion civile de confidentialité.

Une exception toutefois, lorsqu'une procédure de sauvegarde est ouverte dans les 18 mois qui suivent : le tribunal peut d'office, ou à la demande du Parquet, obtenir communication des pièces et actes relatifs au mandat ou à la conciliation.

Dans ce cas, la procédure de conciliation est ouverte en présence du ministère public.

Toutefois, le secret professionnel continue de s'appliquer aux professionnels impliqués dans le mandat *ad hoc* ou la conciliation (avocat, commissaire aux comptes, administrateur judiciaire...).

1.2 - Une obligation de confidentialité sanctionnée

Le non respect de l'obligation de confidentialité constitue une faute entraînant la condamnation à des dommages intérêts pour réparer le préjudice qui en résulte.

2 - Le nouveau statut du mandataire ad hoc et du conciliateur.

Le législateur a choisi de conférer un statut commun à ces deux institutions que sont le mandataire *ad hoc* et le conciliateur.

Ils doivent :

- être neutres et indépendants,
- leur rémunération et leur mission sont désormais encadrées.

2.1 - Ils doivent être neutres et indépendants :

C'est ainsi que l'article L 611-13 du Code de commerce introduit certaines incompatibilités destinées à garantir cette neutralité et cette indépendance.

Les fonctions ne peuvent être exercées par une personne ayant au cours des 24 mois précédents, perçu à quelque titre que ce soit, directement ou indirectement, une rémunération ou un paiement de la part du débiteur, de tout créancier de ce débiteur ou d'une personne qui en détient le contrôle ou est contrôlée par lui au sens de l'article L 223-16 du Code de commerce, sauf si c'est au titre d'un précédent mandat *ad hoc* ou conciliation ou d'un règlement amiable ancienne formule.

La personne désignée doit attester sur l'honneur qu'elle se conforme à cette interdiction.

Enfin, 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.

2.2 - Leurs missions et leurs rémunérations sont désormais encadrées

2.2.1 - Leur mission

Elle n'est définie par la loi que pour le conciliateur. En ce qui concerne le mandataire *ad hoc*, il est seulement précisé que c'est le Président qui le désigne, qui détermine sa mission.

Ainsi le législateur fait preuve d'une grande souplesse dans le cas du mandat *ad hoc*.

Le mandataire *ad hoc* va jouer le rôle d'un "Monsieur Bons offices" servant d'intermédiaire entre le chef d'entreprise et ses créanciers et principaux partenaires pour tenter de parvenir à un accord en vue du règlement du passif.

Au contraire, la mission du conciliateur est déterminée par la loi (L 611-7).

Il 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 (article L 611-7 du Code de commerce).

2.2.2 - Leur rémunération est encadrée

Le législateur a fixé dans différents textes réglementaires, le régime de la rémunération du mandataire *ad hoc* et du conciliateur.

L'accord du débiteur est indispensable. Il est annexé à l'ordonnance.

Le président du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance confirme avoir recueilli cet accord, fixe dans l'ordonnance qui désigne le professionnel choisi, les critères sur la base desquels cette rémunération (fixée en fonction des diligences nécessaires à l'accomplissement de leur mission : article L 611-4) sera arrêtée, son montant maximal et le montant des provisions.

Cette ordonnance est notifiée par le greffier au professionnel choisi, et au débiteur. Elle est susceptible d'un recours devant le premier président de la cour d'appel.

La rémunération peut être révisée si, en cours de sa mission, son montant est jugé insuffisant. Le président fixe les nouvelles conditions de la rémunération en accord avec le débiteur et cet accord est consigné par écrit.

A défaut d'accord, il est mis fin à la mission du mandataire *ad hoc* ou du conciliateur. La rémunération est définitivement arrêtée à l'issue de la mission dans une ordonnance rendue par le président (L 611-14 du Code de commerce).

* * *

Mais au-delà de ces textes communs au mandataire *ad hoc* et au conciliateur, le législateur du 26 juillet 2005 a conféré une véritable autonomie au mandat *ad hoc* qu'il a ainsi consacré et il a profondément modifié le règlement amiable pour instaurer la nouvelle procédure de conciliation qui pourrait devenir l'outil privilégié du règlement des difficultés des entreprises.

II - La nouvelle autonomie du mandat *ad hoc*

Construction à l'origine essentiellement prétorienne, le mandat *ad hoc* mis en œuvre à l'origine par le tribunal de commerce de Paris en 1990 (à l'occasion de la crise de l'immobilier) fut légalisé par la loi du 10 juin 1994 (modification de l'article 35 de la loi du 1^{er} mars 1984) qui introduit une référence furtive dans l'article 35 de la loi du 1^{er} mars 1984, relative à la procédure du règlement amiable ainsi libellé : “*sans préjudice du pouvoir du président du tribunal de commerce de désigner un mandataire ad hoc dont il détermine la mission, il est institué une procédure de règlement amiable...*”.

Le nouvel article L 611-3 du Code de commerce en fait un dispositif autonome “*Le président du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance peut, à la demande du représentant de l'entreprise, désigner un mandataire ad hoc, dont il détermine la mission*”.

Ainsi, le législateur confère au mandat *ad hoc* “*toute la noblesse législative qui lui revient*” (formule employée devant la Commission des lois à l'Assemblée Nationale).

Ce dispositif autonome se traduit :

- par des conditions d'ouverture précisées,
- des règles désormais codifiées, en ce qui concerne la demande de désignation du mandataire *ad hoc*, son contenu, la notification de la décision et les voies de recours.

1 - Des conditions d'ouverture précisées

1.1 - Qualité du demandeur et forme de la demande (article 11 du décret 28 décembre 2005)

C'est le représentant légal de la personne morale débitrice ou le débiteur personne physique. Il ne peut plus y avoir de saisine d'office du président du tribunal de commerce ou du président du tribunal de grande instance : plus de mandat *ad hoc* imposé !

La procédure est désormais ouverte aux professions libérales, bien que le texte de loi ne le précise pas comme pour la procédure de conciliation.

Toutefois la référence dans l'article L 611-3 à la compétence du président du tribunal de grande instance ne laisse planer aucun doute à ce sujet.

Le débiteur ne doit pas être en état de cessation des paiements !

1.2 - Le juge compétent

C'est le président du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance, selon le cas, dont la compétence territoriale est déterminée par la loi. Dès qu'il est saisi, il convoque le débiteur pour recueillir ses observations. Ses pouvoirs d'investigation sont renforcés. Le secret professionnel ne pourra lui être opposé par quiconque.

Il pourra aussi désigner à tout moment de la procédure, un expert chargé de lui faire un rapport sur la situation économique, sociale et financière de l'entreprise (article 17 du décret du 28 décembre 2005).

2 - Des règles désormais codifiées

Il s'agit essentiellement de plusieurs articles du 28 décembre 2005 qui fixent les règles de présentation de la demande et son contenu.

2.1 - Quant à la forme et au contenu de la demande et quant aux recours (articles 2, 11, 12 et 13 du décret du 28 décembre 2005)

La demande est présentée par écrit et précise les raisons qui la motivent, c'est-à-dire l'origine et la nature des difficultés rencontrées. Elle est déposée au greffe.

Le débiteur peut-il suggérer un nom ? Cela est prévu pour la conciliation. Les textes sont muets pour le mandat *ad hoc*. Mais l'usage a pris le relai, d'autant plus que l'accord du débiteur doit être recueilli, pour la rémunération du mandataire. Ainsi même dans le mandat *ad hoc*, le débiteur pourra suggérer le nom d'un mandataire, le président restant libre de suivre cette suggestion ou de désigner le mandataire de son choix.

Si la désignation n'intervient pas dans le délai d'un mois de l'entretien la demande est réputée comme étant rejetée ! *A priori* cette décision n'est pas susceptible de recours (il s'agit d'un acte d'administration judiciaire d'où l'absence de recours).

Le seul recours prévu concerne la rémunération du mandataire *ad hoc*. Ce recours peut être introduit devant le premier président de la cour d'appel par le débiteur ou le mandataire *ad hoc*.

2.2 - Quant au contenu de la décision, sa notification et son acceptation par le mandataire

L'ordonnance du président détermine la mission du mandataire *ad hoc*, les bases de sa rémunération, laquelle sera définitivement fixée en fin de mission (article 12 du décret du 28 décembre 2005). Enfin, il fixe la durée de la mission du mandataire qui pourra être prorogée en cas de besoin. Cette durée n'est pas limitée par la loi.

L'ordonnance est notifiée au demandeur et au mandataire et la lettre du greffier doit reprendre le texte de l'article L 611-13 sur les incompatibilités.

Le mandataire doit faire connaître, sans délai, son acceptation ou son refus. S'il accepte, il adresse une attestation sur l'honneur aux termes de laquelle il déclare n'être concerné par aucune des incompatibilités définies par la loi.

3.3 - Le débiteur a le pouvoir de demander à tout moment au président de mettre fin à la mission de mandataire (article 14 du décret du 28 décembre 2005).

Le président a compétence liée, il doit alors s'exécuter !

* * *

On le voit le mandat *ad hoc* est devenu avec la loi du 26 juillet 2005 un procédé autonome de règlement des difficultés des entreprises. Toutefois, les plus importantes innovations de cette loi, concernent la nouvelle procédure de conciliation, véritable clé de voute du traitement amiable des difficultés des entreprises.

III - Du règlement amiable à la conciliation : évolution ou révolution ?

Le législateur a substitué à l'appellation de "*règlement amiable*" celle de "*conciliation*".

Cette différence de terminologie n'est pas fortuite ! Il s'agit d'une rupture avec l'idée de "*règlement des dettes*". Le but poursuivi par le législateur est ainsi de corriger les faiblesses du règlement amiable.

Il s'agit de rendre plus attractive cette procédure en élargissant son champ d'application, en conférant au conciliateur un véritable statut (déjà vu) et surtout en offrant aux créanciers conciliants des avantages. L'issue de la procédure est aussi profondément modifiée par rapport à l'ancien règlement amiable.

Mais surtout la fonction de la procédure de conciliation a changé par rapport à l'ancien règlement amiable, dans la mesure où la procédure de conciliation peut être désormais engagée alors même que le débiteur est en état de cessation des paiements !

L'évolution par rapport au régime antérieur est certaine mais peut-on parler de révolution ?

1 - Une évolution certaine

Elle concerne principalement l'élargissement du champ de la procédure, par rapport à l'ancienne procédure de règlement amiable et les conditions de désignation du conciliateur.

1.1 - Elargissement du champ d'application

Cet élargissement concerne les bénéficiaires et les conditions d'ouverture.

1.1.1 - Quant aux bénéficiaires

Il s'agit des commerçants, des artisans, mais aussi, et cela est nouveau, les personnes morales de droit privé et les personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante y compris les professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé. Dans ce dernier cas, la décision d'ouverture de la procédure de conciliation sera communiquée à l'ordre professionnel ou à l'autorité compétente.

En définitive, les seuls professionnels qui échappent à la procédure de conciliation, sont les exploitants agricoles qui disposent d'une procédure spéciale dénommée "*règlement amiable*".

1.1.2 - Quant aux conditions d'ouverture (articles L 611-4 et L 611-5 du Code de commerce)

Les innovations concernent la situation du débiteur et le choix des critères d'ouverture de la procédure.

1.1.2.1 - Situation du débiteur :

La procédure ne peut être ouverte qu'à l'initiative du débiteur ! C'était déjà le cas dans l'ancienne procédure de règlement amiable.

Mais la nouveauté majeure réside dans la possibilité de bénéficier de cette procédure pour les entreprises alors qu'elles se trouvent en état de cessation de paiements certes depuis 45 jours au plus.

1.1.2.2 - Les critères choisis par le législateur sont plus souples

Avant la loi de 2005, dans le cadre de l'ancien règlement amiable, il fallait démontrer que les difficultés juridiques, économiques ou financières ne pouvaient pas être couvertes par un financement adapté.

Désormais, il suffit que ces mêmes difficultés soient avérées ou seulement prévisibles (article L 611-4 du Code de commerce).

1.2 - Une désignation du conciliateur discrétionnaire et insusceptible de recours

Le président du tribunal de commerce ou de grande instance 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.

Certes, le débiteur qui n'est pas mis sous tutelle puisqu'il n'est pas dessaisi de la gestion de son affaire, dispose d'un vrai pouvoir d'initiative. Nous avons vu que lui seul avait le pouvoir de demander l'ouverture de la procédure ; de même il peut proposer un conciliateur au président (L 611-6). Mais le président conserve le dernier mot et peut ne pas suivre la suggestion du débiteur.

Qui plus est, l'ordonnance présidentielle est insusceptible de recours et elle est communiquée au ministère public.

Le Président fixe la durée de la mission du conciliateur pour une période qui n'excède pas quatre mois mais qu'il peut à la demande du conciliateur par une décision motivée proroger d'un mois au plus.

A l'expiration de cette période, la mission du conciliateur et la procédure prennent fin de plein droit.

2 - Une amorce de révolution

Les évolutions qui viennent de vous être exposées, sont évidentes, mais peut-on parler de révolution ?

Il serait sans doute plus exact de parler d'amorce de révolution si l'on se place du point de vue du débiteur ou des créanciers.

2-1 Pour le débiteur

Tout d'abord, le débiteur dispose, à tout moment, de la possibilité de mettre fin à la procédure (articles 30 et 31 du décret du 28 décembre 2005). Il reste maître du jeu et le président du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance a à cet égard, compétence liée !

Il doit mettre fin à la procédure si le débiteur lui demande.

Sa décision n'est pas susceptible de recours.

Le débiteur peut aussi récuser le conciliateur (article L 611-6) mais seulement pour des motifs et dans des conditions limitativement énumérées et précisées par les articles 20 à 27 du décret du 28 décembre 2005.

Une procédure de sauvegarde de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ne pourra être engagée tant que le débiteur sera en procédure de

conciliation. Mais c'est surtout en ce qui concerne l'issue de la procédure que l'on peut parler de révolution.

2-1-1 Une issue de la procédure profondément modifiée

On supposera que la procédure a réussi et qu'un accord a pu être signé sous l'égide du conciliateur.

Deux solutions sont alors possibles :

- la constatation de l'accord,
- ou son homologation.

Mais seul le débiteur, qui reste ici encore maître du jeu, peut demander l'homologation de l'accord.

Si la constatation de l'accord comporte des conséquences similaires à celles de l'accord homologué dans l'ancien règlement amiable, il n'en est pas de même pour l'homologation.

a - La constatation de l'accord.

Le président, sur requête conjointe des parties constate l'accord et donne à celui-ci la force exécutoire. Il rend à cet effet une ordonnance (article 611-8).

L'accord et ses annexes sont déposés au greffe qui ne peut en délivrer copie qu'aux parties elles-mêmes (débiteur et créanciers signataires) ou aux personnes qui peuvent se prévaloir de l'accord.

Le président statue au vu d'une déclaration certifiée du débiteur attestant qu'il ne se trouvait pas en état de cessation des paiements, lors de la conclusion de l'accord ou que celui-ci y a mis fin.

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

Les effets de l'accord seulement constatés sont limités ! L'accord n'a force exécutoire qu'à l'égard de ceux qu'ils l'ont signé.

Il suspend toutes actions en justice et toutes poursuites individuelles des créanciers signataires pour la durée de l'accord et pour les créances concernées.

Les garants ne peuvent se prévaloir de l'accord seulement constaté.

L'accord constaté ne fait l'objet d'aucune mesure de publicité et il reste confidentiel !

b- L'homologation de l'accord et ses effets

Seul le débiteur peut la demander.

Cette procédure qui donne lieu à une véritable instance devant le tribunal, en chambre du conseil, fait partie intégrante de la conciliation puisque le tribunal doit statuer avant le terme de la procédure de conciliation et c'est l'homologation qui met fin à la procédure. Le tribunal doit entendre et convoquer en chambre du conseil : le débiteur, les créanciers parties à l'accord, les représentants du C.E. ou les délégués du personnel, le conciliateur, le ministère public, l'ordre professionnel et toute personne dont l'audition lui paraît utile.

Toutes ces personnes peuvent prendre connaissance de l'accord déposé au greffe.

Pour que le tribunal homologue l'accord, il faut que les conditions suivantes soient réunies :

1°/ le débiteur n'est pas en état de cessation des paiements ou l'accord y met fin,
 2°/ les termes de l'accord sont de nature à assurer la pérennité de l'entreprise,
 3°/ l'accord ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers non signataires (sans préjudice de l'application des articles 1244-1 et suivants du Code civil).

Le jugement homologuant l'accord est déposé au greffe, où tout intéressé peut en prendre connaissance. Il ne reproduit pas tout le contenu et les termes de l'accord mais mentionne les garanties et privilèges constitués pour en assurer l'exécution, et précise les montants garantis par le privilège de conciliation.

Ce jugement est ensuite publié dans un journal d'annonces légales (avis qui mentionne son dépôt au greffe) et fait l'objet d'un avis au BODACC.

Le jugement peut faire l'objet de voie de recours :

- Soit la demande d'homologation est rejetée. Le jugement est susceptible d'appel de la part du débiteur mais aussi des créanciers signataires de l'accord (ces parties sont dispensées du ministère d'avocat et d'avoué). Le jugement n'est pas déposé au greffe et n'est pas publié.
- L'homologation est prononcée. C'est la tierce opposition qui peut être exercée dans le délai de dix jours, à compter de la dernière en date des mesures de publicité. Ce sont les créanciers non signataires de l'accord et les personnes que le tribunal a entendu en chambre du conseil qui peuvent former cette tierce opposition.

Existe-t-il d'autres voies de recours ? L'acte juridique que constitue l'accord est distinct de l'acte judiciaire qu'est le jugement d'homologation. Ainsi, une autre voie de recours existe, celle par laquelle un créancier pourrait attaquer la convention pour dol ou erreur.

Les effets de l'homologation sont très importants :

1°/ Suspension des poursuites contre le débiteur en vue d'obtenir le paiement des créances qui en sont l'objet pendant toute la durée d'exécution de l'accord (corrélativement suspension de la prescription pour les créanciers),

Cette suspension des poursuites n'a pas été maintenue comme dans l'ancien règlement amiable pendant la procédure de conciliation. Il faut dire qu'elle était très peu utilisée en raison de la publicité qu'elle conférait au règlement amiable. En cas de poursuite des créanciers pendant la procédure de conciliation, le président saisi de cette procédure pourra accorder des délais de paiements au débiteur en application des articles 1244-1 et suivants du Code civil. (deux ans maximum)

2°/ Les coobligés ou les personnes ayant consenti un cautionnement ou une garantie à première demande (même s'il s'agit de personnes morales) peuvent se prévaloir des dispositions de l'accord homologué.

3°/ Levée de l'interdiction d'émettre des chèques (sur présentation du jugement et du relevé des incidents de paiement).

4°/ Un privilège nouveau dit "*privilège de conciliation*" ou "*privilège d'argent frais*" est accordé aux personnes qui ont consenti dans l'accord homologué un

nouvel apport en trésorerie au débiteur ou lui ont fourni, toujours dans l'accord homologué, un nouveau bien ou un service, en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise et sa pérennité.

2.1.2 - Une possibilité offerte aux organismes fiscaux et sociaux d'accorder des remises

Il s'agit là d'une révolution de la réforme du 26 juillet 2005 : les créanciers publics peuvent accorder, sous certaines conditions, des remises pour favoriser la sauvegarde des entreprises.

Ces créanciers publics peuvent en effet accepter, concomitamment à l'effort consenti par d'autres créanciers, de remettre tout ou partie de leurs dettes au débiteur dans des conditions similaires à celles que leur octroieraient, dans des conditions normales de marché, un opérateur économique privé placé dans la même situation.

Dans ce cadre, les administrations financières peuvent remettre l'ensemble des impôts directs perçus au profit de l'Etat ou des collectivités locales.

S'agissant des impôts indirects, seuls les intérêts de retard, pénalités, majoration ou amendes peuvent faire l'objet d'une remise.

Ces mêmes créanciers peuvent également décider de cessions de rang de privilège ou d'hypothèque ou d'abandon de ces sûretés.

2.1.3 - Une sécurité des accords passés avant l'homologation (L 631-8 al 2).

Sauf le cas de fraude, la date de la cessation des paiements ne peut être reportée à une date antérieure à celle de la décision définitive d'homologation.

Ainsi, les créanciers qui ont participé à l'accord sont à l'abri des nullités de la période suspecte (L 631-8 al 2).

Un grand chemin a été ainsi parcouru par rapport au règlement amiable, ancienne formule. Sur ce point, le jugement d'homologation a l'autorité de la chose jugée "*erga omnes*".

2.2 - Pour les créanciers

Il s'agit pour les créanciers du privilège dit de conciliation ou "*d'argent frais*" et de la limitation de leurs responsabilités.

2.2.1 - Le nouveau privilège de conciliation

Cette disposition de la loi édictée dans une perspective d'échec de la conciliation et d'ouverture d'une procédure collective subséquente a pour but d'encourager les créanciers à participer à la conclusion d'un accord avec le débiteur en leur faisant miroiter l'espoir d'un traitement privilégié.

Il s'agit cette fois, d'un véritable privilège déterminant une priorité de paiement. Les créanciers concernés doivent néanmoins déclarer leurs créances à la procédure collective.

Pour bénéficier de ce privilège, il faut :

- Soit avoir consenti un nouvel apport en trésorerie avec une finalité précise : assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise et sa pérennité.
Toutefois, les créanciers signataires de l'accord ne peuvent bénéficier, directement ou indirectement, de cette disposition au titre de leurs concours antérieurs à la conciliation. Il faut que l'apport en trésorerie ait été consenti dans l'accord homologué
- Soit avoir fourni dans l'accord homologué un nouveau bien ou un service en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise et sa pérennité.
Les créanciers sont ainsi privilégiés pour le paiement de leur prix.
Ce privilège ne s'applique pas aux apports consentis par les actionnaires et associés dans le cadre d'une augmentation de capital. Les apports en compte courant peuvent par contre en bénéficier !
Les créanciers signataires de l'accord ne peuvent bénéficier directement ou indirectement de cette disposition au titre des concours antérieurs à l'ouverture de la conciliation.
Il faut que la créance soit déclarée au passif dans le délai d'un an à compter de la fin de la période d'observation.
Pour le paiement, ces créances prendront rang après le superprivilège des salariés et les frais de justice.

2.2.2 La limitation de responsabilité des créanciers

Plus de risque de responsabilité pour soutien abusif. En effet, l'article L 650-1 prévoit que les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables du préjudice subi du fait des concours consentis sauf les cas :

- de fraude,
- d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur,
- si les garanties prises pour les concours consentis sont disproportionnées à ceux-ci.

Ainsi, il ne reste que trois cas de mise en œuvre de la responsabilité des créanciers pour soutien abusif.

2.2.3 - Les créanciers recouvrent leurs droits en cas d'échec de la procédure de conciliation

L'échec de la procédure de conciliation peut avoir plusieurs causes :

- 1 - impossibilité de trouver un accord,
- 2 - refus d'homologation de l'accord pour cause d'état de cessation de paiement,
- 3 - inexécution de l'accord et résolution de l'accord homologué.

Dans ce cas, le tribunal saisi par l'une des parties constate l'inexécution des engagements de l'accord prononce sa résolution, et la d'échéance de tout délai de paiement accordé.

Le refus d'homologation pour cause de cessation des paiements du débiteur permet au tribunal de se saisir d'office, et d'ouvrir une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire

Les créanciers recouvrent alors l'intégralité de leurs droits, déduction faite des sommes éventuellement perçues.

Conclusion

La loi du 26 juillet 2005 marque une évolution certaine dans les mesures de prévention des difficultés des entreprises. Certaines mesures concernant la procédure de conciliation peuvent être qualifiées de révolutionnaires. Cette procédure est devenue en effet, un “*mini-redressement judiciaire*” dans la mesure où elle peut désormais concerner un débiteur en état de cessation de paiement. Dans cette hypothèse, purement préventive, la conciliation devient une procédure curative. Un seul regret à formuler : sa trop courte durée. Mais pour pallier cette difficulté, la conciliation sera souvent précédée d’un mandat *ad hoc*, le mandataire prenant dans la nouvelle procédure de conciliation, la casquette de conciliateur pour explorer un terrain déjà défriché dans le cadre du mandat *ad hoc*.

Les nouveaux outils élaborés par le législateur 2005 devraient ainsi permettre aux chefs d’entreprise d’éviter le recours aux procédures collectives de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire.

Mais pour cela, il faut réagir vite et recourir le plus tôt possible au mandat *ad hoc* où à la conciliation et souvent successivement à ces deux outils de prévention.

En conséquence, la révolution qui doit s’opérer, est celle des mentalités des chefs d’entreprise et de leurs partenaires, pour rendre efficaces les nouvelles mesures et atteindre les objectifs fixés par le législateur en 2005.