



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

LES ASPECTS PRATIQUES DE LA CONCILIATION

Le rôle du conciliateur dans les négociations

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

PAR EMMANUEL DOUHAIRE*

I - Les aspects pratiques de la conciliation

1 - Les préalables à l'ouverture de la procédure de conciliation

La pratique a conduit à distinguer deux sortes de conciliation :

- la conciliation indirecte qui n'est que la conséquence d'un mandat ad'hoc qui a réussi et dont le but consiste uniquement à formaliser judiciairement les accords intervenus,
- la conciliation que cette fois j'appellerai directe qui en conséquence n'est pas précédée d'un mandat ad'hoc.

Je limiterai mon propos à cette dernière sorte de conciliation.

a - Les difficultés : le diagnostic

Il est bien rare qu'une conciliation ne commence pas par une phase préalable qui consiste pour le conciliateur pressenti à recevoir au moins une fois le chef d'entreprise soit à la demande de ses conseils soit à celle du président du tribunal.

Qu'il me soit permis de penser à cet égard que l'intervention en qualité de conciliateur d'un professionnel par définition neutre qu'est un administrateur judiciaire permet de bénéficier de son expérience professionnelle eu égard aux situations diverses et variées qu'il a rencontrées avec le recul nécessaire que n'a généralement pas le chef d'entreprise qui a la "tête dans le guidon".

Le but de cette réunion préalable et informelle doit tout d'abord être d'écouter et de laisser parler le chef d'entreprise, le laisser exposer ses difficultés et vérifier

* Emmanuel Douhaire est administrateur judiciaire à Marseille.

si la solution aux problèmes ainsi exposés réside bien dans la procédure de conciliation.

C'est en réalité à un mini diagnostic auquel le conciliateur va se livrer en liaison avec les conseils de l'entreprise.

C'est la raison pour laquelle un chef d'entreprise dans cette situation a toujours intérêt à s'entourer de spécialistes : quand on est très gravement malade on se fait rarement soigner par un généraliste ; il en va de même en période de conciliation!

Dès l'instant où il apparaît que la procédure de conciliation apparaît appropriée à la solution des difficultés de l'entreprise, le conciliateur pressenti va insister sur l'importance qu'il y a à fournir les documents qui doivent être annexés à la requête car ceux-ci seront essentiels dans la détermination de la structure du passif et l'établissement des comptes prévisionnels.

b - La structure du passif et l'établissement des comptes prévisionnels

Il n'est pas question d'envisager l'ouverture d'une procédure de conciliation si, préalablement, des comptes prévisionnels n'ont pas été sérieusement établis par l'entreprise avec l'assistance de ses conseils et spécialement celle de son expert comptable, ces prévisionnels devant porter tant sur l'activité que sur la trésorerie.

En effet, en fonction de ces résultats prévisionnels, différentes hypothèses vont être émises quant au passif à prendre en considération.

Il ne faut jamais oublier que la conciliation est une sorte d'auberge espagnole dans laquelle on va décider d'inclure ou d'exclure certains types de créances.

Première remarque de bon sens : plus il va y avoir de créanciers à concilier et plus la mission va être difficile. Dès lors, dans la mesure du possible, on essaiera toujours de limiter la conciliation à un nombre minimum de créanciers parmi lesquels on retrouve souvent les établissements financiers et les administrations publiques.

En effet, si en fonction des accords qui sont susceptibles d'intervenir avec ces deux sortes de créanciers, on peut éviter d'avoir à agir auprès des fournisseurs, l'entreprise ne peut que mieux s'en porter puisque l'atteinte à son crédit sera négligeable, voire quasiment nulle.

Il faut toutefois mentionner le problème pratique que pose à cet égard l'attitude des sociétés d'assurance-crédit qui constituent souvent la pierre angulaire du maintien ou non du crédit fournisseur.

Parfois, on est toutefois dans l'obligation dans la mesure où il n'existe pas de possibilité d'augmentation des concours d'inclure les fournisseurs dans le périmètre de la négociation mais alors on peut décider que ne seront inclus dans la négociation que les fournisseurs titulaires de créances à partir d'un certain seuil.

Autrement dit l'intérêt primordial de la conciliation réside dans sa souplesse contrairement à la procédure collective dont la règle-sacro sainte est l'égalité entre les créanciers.

Pour mémoire, je rappellerai que les conditions de la rémunération du conciliateur sont fixées à ce moment là en concertation avec le chef d'entreprise puisque le plus souvent la rémunération est fonction du temps passé et comporte un honoraire de résultat en rapport avec le passif moratorié.

Une fois le diagnostic établi et vérification faite que la structure du passif est susceptible de permettre la réussite de la procédure de conciliation, la requête sera présentée au Président du Tribunal par le chef d'entreprise.

Le soin apporté à la constitution du dossier est important car le président du tribunal va vérifier que les conditions d'ouverture de la procédure de conciliation sont bien réunies.

2 - L'ouverture de la procédure et son déroulement

a - La mission du conciliateur et les conditions de son intervention

La mission du conciliateur est définie dans l'article L 611-7 du Code de commerce : favoriser la conclusion entre le débiteur et ses principaux créanciers ainsi que le cas échéant les cocontractants habituels d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise.

Le même texte précise également que le conciliateur peut présenter toute proposition se rapportant à la sauvegarde de l'entreprise, la poursuite de l'activité économique et au maintien de l'emploi.

En pratique dès que la conciliation est ouverte, la collaboration entre le chef d'entreprise et le conciliateur devra être sans faille, la réussite de la conciliation en dépendant en grande partie.

Autrement dit le conciliateur va devoir créer un climat de confiance avec le chef d'entreprise qui est pour la première fois confronté à une procédure judiciaire, même si elle est amiable, et obtenir de sa part tous les renseignements utiles pour mener à bien sa mission que ce soit aussi bien au plan de l'activité de l'entreprise que du climat social de façon à pouvoir se faire une idée aussi précise que possible de la situation.

Une fois ces éléments "digérés", le conciliateur va de nouveau dialoguer avec le chef d'entreprise et ses conseils afin de mettre en place une stratégie en fonction du périmètre de la conciliation qui a été préalablement défini.

Le conciliateur ne doit pas hésiter à ce moment là à remettre en cause les certitudes du chef d'entreprise quant à un certain nombre de questions fondamentales qui sont entre autres les suivantes :

Par exemple :

- est-il possible de développer le chiffre d'affaires tout en maintenant la marge et sans augmenter inconsidérément le besoin en fonds de roulement ?
- est-il possible de réduire les frais fixes afin de permettre d'augmenter la marge ?
- quel est le seuil de rentabilité ?
- faut-il aller vers de nouveaux marchés ?
- quel est le climat social dans l'entreprise, a-t-il tendance à se dégrader et dans cette hypothèse que faut-il faire pour essayer de motiver les troupes ?
- existe-t-il en prévision des risques d'impayés sur le recouvrement du compte clients ?
- dès lors ne faut-il pas revoir le mode de financement de l'entreprise intégrant le risque de diminution du crédit-fournisseur (redistribution des concours, appel à un factor ou à tel établissement spécialisé, etc) ?

La réponse à ces questions doit être prise en compte dans la mise à jour des comptes prévisionnels initiaux et notamment du plan de financement que ne

manqueront pas de demander à coup sûr les établissements financiers voire certains fournisseurs lorsque les propositions d'apurement du passif leur seront faites.

b - Les rapports du conciliateur avec les créanciers

Une fois la stratégie définie comme indiqué précédemment le conciliateur va se mettre en rapport avec les créanciers dont il a été décidé avec le chef d'entreprise qu'ils étaient inclus dans la conciliation.

Les rapports du conciliateur vont être différents qu'il s'agisse des établissements financiers partenaires de l'entreprise, des administrations publiques ou des fournisseurs.

Pour ce qui concerne les établissements financiers, le conciliateur va les réunir avec le chef d'entreprise et ses conseils afin d'échanger à partir des documents financiers qui ont été établis et essayer d'obtenir des aménagements permettant de consolider la situation de l'entreprise.

Une fois qu'un quasi-accord aura été obtenu oralement, le conciliateur confirmera par écrit les demandes faites afin que les comités de crédit respectifs puissent se prononcer et faire part de leur réponse au conciliateur.

Pour ce qui concerne les administrations publiques, le chef d'entreprise a la possibilité de présenter en liaison avec le conciliateur un dossier d'étalement à la Commission des chefs de services financiers "C.C.S.F" (ex COCHEF) présidée par le trésorier payeur général sachant que, selon les départements, un délai de 12 à 36 mois peut être obtenu à condition d'être à jour des parts salariales.

De surcroît, le chef d'entreprise ou le conciliateur a la possibilité de saisir la C.C.S.F d'une demande de remise de ses dettes publiques (à l'exclusion des impôts indirects et de la part salariale des cotisations sociales) dans les conditions prévues à l'article L 611-7 du Code de commerce.

Cette saisine de la C.C.S.F présente un avantage (théorique) car il n'existe qu'un interlocuteur. Toutefois, on rencontre en pratique un inconvénient majeur dans cette procédure de demande de remise de ces dettes : ce sont les conditions formelles exigées par l'article 5 du décret du 5 février 2007 pris en application des dispositions de l'article L611-7 du Code de commerce qui liste les éléments obligatoires devant accompagner la demande, notamment la liste détaillée des créanciers privés ayant accepté une remise, et ce sous peine d'irrecevabilité.

L'article 6 du décret précité précise en outre que le défaut de réponse dans le délai de dix semaines à partir de la date de réception des éléments requis par la C.C.S.F vaut décision de rejet.

Ce délai de dix semaines représente deux mois et demi, ce qui veut dire que si l'on veut se laisser une marge de manœuvre minimale eu égard au délai de cinq mois maximum de la conciliation, la réponse des créanciers sur les remises qui leur ont été proposées devra avoir été connue au plus tard un mois et demi après l'ouverture de la conciliation.

Autrement dit, cela suppose que les créanciers, eu égard au temps habituel pour recevoir leur réponse, aient pu être interrogés au plus tard dans le mois qui suit l'ouverture de la conciliation.

Vous aurez compris que nonobstant les excellents rapports qui existent entre les administrateurs judiciaires et la Trésorerie générale, cette course contre la montre constitue un pari quasiment perdu d'avance dans l'hypothèse d'une conciliation "*directe*" qui nous occupe.

Autrement dit les dispositions réglementaires relatives aux remises des dettes publiques rigidifient la procédure de conciliation dont la principale caractéristique voulue par le législateur est pourtant la souplesse.

Pour ce qui concerne enfin les fournisseurs, le conciliateur va rédiger à leur intention en accord avec le chef d'entreprise un protocole d'accord qui sera joint en annexe d'un courrier au terme duquel le créancier sera sensibilisé sur le fait d'une part que la solution qui lui est proposée est la seule alternative à une procédure collective par rapport à la situation de l'entreprise qui le plus souvent est en état de cessation des paiements, d'autre part qu'un délai de vingt-quatre mois risque de toute façon de lui être imposé par le président du tribunal.

En effet, l'article L 611-7 alinéa 5 du Code de commerce prévoit que, si au cours de la procédure de conciliation, le débiteur est 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.

Cela étant, que faut-il entendre par le terme "*être poursuivi par un créancier*". S'agit-il d'une poursuite au sens strict, à savoir une assignation en paiement qu'elle soit au fond ou en référé, ou alors s'agit-il d'une poursuite au sens large ? Dans cette hypothèse il faut inclure les mesures d'exécution puisque après tout l'article 1244-2 du Code civil vise précisément la suspension des procédures d'exécution lorsque le juge accorde des délais.

Cela paraîtrait logique : en effet dès l'instant où la suspension des poursuites dans le règlement amiable (qui impliquait l'absence de cessation des paiements) interdisait les mesures d'exécution, on voit mal pourquoi le législateur aurait limité les effets de la poursuite aux seuls délais de paiement de l'article 1244 du Code civil alors que l'entreprise en conciliation peut désormais se trouver en état de cessation des paiements...

A ce propos, il convient de signaler une ordonnance rendue tout récemment par le magistrat délégué par le premier président de la cour d'appel d'Aix en Provence relativement à une demande de suspension de l'exécution provisoire d'une ordonnance de référé rendue par le président du tribunal de commerce de Marseille ayant ordonné des délais de paiement ainsi que la mainlevée d'une saisie attribution pratiquée par un créancier.

Ce magistrat a considéré "*qu'aux termes de l'article 28 alinéa 1^{er} du décret du 28 décembre 2005, le Président statue en la forme des référés ; attendu qu'en vertu des dispositions de l'article 514 du NCPC, si les ordonnances de référé sont exécutoires de droit à titre provisoire, tel n'est pas le cas de celle rendue en la forme des référés ; attendu qu'il résulte en l'espèce que les ordonnances susvisées ne sont pas exécutoires de droit ; que leur exécution provisoire n'ayant pas été ordonnée, les demandes du créancier sont sans objet*".

Nous ne saurons pas en l'espèce ce que peut en penser la Cour de cassation puisque le chef d'entreprise a décidé pour des raisons d'économie d'en rester là.

En l'état, il apparaît désormais opportun de solliciter du président du tribunal d'assortir de l'exécution provisoire l'ordonnance rendue "*en la forme des référés*" (sic)...

Toujours à propos de l'article L 611-7 alinéa 5, demeure le point de savoir ce que le législateur a voulu dire lorsqu'il décide que l'application des dispositions des articles 1244-1 à 1244-3 du Code civil pourra être faite par le président "après avoir été éclairé par le conciliateur".

Le texte est muet sur les modalités de cet éclairage étant observé que l'éclairage ne constitue pas à ma connaissance un moyen d'intervention retenu par le Code de procédure civile devant une juridiction...

Le conciliateur doit-il faire un rapport ou au contraire doit-il intervenir à l'audience au cours de laquelle le problème est évoqué ? Mais alors s'agit-il d'une intervention volontaire ou d'une intervention *sui generis* ?

Toutes ces questions peuvent sembler très secondaires mais il faut sans doute s'attendre à ce que des créanciers récalcitrants à un quelconque accord ne s'en prévalent pour fonder une voie de recours et essayer de se faire octroyer un avantage par rapport aux autres créanciers.

Au vu de ces problèmes pratiques, quel est plus précisément le rôle du conciliateur ? C'est ce qu'il convient d'évoquer rapidement.

II - Le rôle du conciliateur dans la négociation

L'expérience démontre que la réussite d'une conciliation est le résultat d'un travail d'équipe dont le conciliateur se doit d'être l'animateur.

Il va devoir en outre analyser l'évolution de la situation de l'entreprise, convaincre les créanciers et enfin être le moteur de la mise en œuvre des accords.

1 - Analyse de la situation

Au fur et à mesure de l'évolution de la procédure, le conciliateur va devoir d'une part analyser la situation, faire part de ses suggestions éventuelles au chef d'entreprise puis tenter de convaincre les partenaires financiers et institutionnels ainsi que les autres créanciers selon le cas que les propositions qui leur sont faites sont les bonnes.

Pour ce qui concerne l'analyse de la situation, le conciliateur doit effectivement être tenu au courant de l'évolution de celle-ci afin de pouvoir à tout moment faire des suggestions au chef d'entreprise (par exemple la mise en place d'un tableau de bord avec des indicateurs basiques) quitte d'ailleurs à ce que si ces suggestions ne sont pas suivies, le conciliateur demande purement et simplement qu'il soit mis fin à sa mission comme le prévoit l'article R 611-36 du Code de commerce (anciennement article 29 du décret du 28 décembre 2005).

Il doit également orienter les partenaires sur la solution à adopter à l'issue de la conciliation : soit la constatation de l'accord par le président du tribunal, soit son homologation par le tribunal.

Cela étant et au vu de l'évolution de la situation, le conciliateur en liaison avec le chef d'entreprise doit explorer avec les partenaires financiers de cette dernière, voire de nouveaux partenaires, toutes les solutions susceptibles de s'offrir et permettant de trouver une issue favorable au dossier.

2 - Convaincre les créanciers

A l'égard du chef d'entreprise, le conciliateur a toujours la possibilité de demander d'être déchargé de sa mission si le chef d'entreprise refuse de le suivre dans ses suggestions ; il en va différemment avec les tiers.

Il faut être conscient du fait que le conciliateur n'a aucun pouvoir coercitif vis-à-vis de ceux-ci. Autrement dit le conciliateur va devoir convaincre en n'ayant qu'une seule arme à sa disposition : sa force de persuasion.

Les discussions qui en résultent auront lieu le plus souvent :

- soit lors de réunions plénières : c'est le cas avec les établissements financiers ; au cours de ces réunions le conciliateur devra laisser les parties s'exprimer et mener les débats en soufflant parfois le chaud et le froid de façon à ce que ceux-ci demeurent constructifs, ce qui n'est pas toujours évident nonobstant les relations privilégiées entretenues la plus souvent par un administrateur judiciaire avec la plupart des services contentieux des établissements financiers,
- soit avec les représentants des administrations publiques, par exemple le service contentieux de l'URSSAF ou le receveur à qui de la TVA est due dans la perspective d'éviter la délivrance d'une saisie attribution ou un avis à tiers détenteur : là encore, la neutralité de l'administrateur pourra constituer un plus dans la négociation,
- Soit au téléphone ou par écrit avec certains créanciers, le plus souvent des fournisseurs qui demandent des explications sur les tenants et les aboutissants quant à la situation de l'entreprise et les convaincre d'accepter les propositions d'apurement qui sont faites.

Afin de pallier la tentation des créanciers de mettre en œuvre des voies d'exécution il peut être utile d'indiquer dans la lettre d'accompagnement du protocole d'accord aux créanciers susceptibles d'être les plus virulents que l'entreprise est en état de cessation des paiements et que toute mesure d'exécution ultérieure qui pourrait avoir comme conséquence l'échec de la procédure de conciliation et l'ouverture d'une procédure collective de redressement ou liquidation judiciaire verrait cette mesure d'exécution annulée dans le cadre des opérations de la période suspectes ainsi que le prévoit l'article L 632-2 du Code de commerce.

Inutile de préciser que parfois la force de persuasion est insuffisante de telle sorte que toutes les conciliations ne trouvent pas une issue heureuse : c'est ce qu'il se passe malheureusement dans 25% des cas ce qui démontre, par voie de conséquence, un taux de réussite d'environ 75%....

3 - Le mode de sortie de la procédure de conciliation

Une fois les accords des uns et des autres obtenus, il va falloir s'interroger sur le mode de sortie de la procédure qui apparaît le plus opportun.

Est-ce qu'une ordonnance de constatation d'accord va être suffisante ou ne faut-il pas plutôt aller vers l'homologation ?

Chacune des deux solutions présente des avantages et des inconvénients.

Certains chefs d'entreprises refusent l'homologation eu égard à la publicité qui en est faite dans les journaux d'annonces légales et souhaitent simplement une concrétisation de l'accord par une ordonnance du président du tribunal.

De leur côté, les établissements financiers ne l'entendent pas forcément ainsi et souhaitent au contraire que l'accord soit homologué, surtout dans l'hypothèse où de nouveaux concours ont été mis en place de façon à pouvoir bénéficier, le cas échéant, d'une part du privilège d'argent frais, d'autre part parce qu'en cas de procédure collective ultérieure, la date de cessation des paiements ne pourra pas être reportée au-delà de la date du jugement d'homologation de la conciliation.

Cela dit, il convient d'observer au plan pratique que la procédure de constatation des accords ne peut être mise en œuvre que dans la mesure où il n'existe pas de nombreux créanciers puisque cette constatation des accords, précise le texte, doit intervenir sur la requête conjointe des parties.

Il est évident qu'une telle procédure suppose l'accord quasi-unanime des créanciers consultés. Pour gagner du temps, il est d'usage d'inclure dans le protocole d'accord une clause au terme de laquelle le créancier donne mandat au chef d'entreprise de requérir la constatation de l'accord.

Dans le cas inverse, c'est à dire en cas d'homologation, c'est le greffe qui convoquera les créanciers parties à l'accord puisque l'article L 611-9 du Code de commerce prévoit que le tribunal ne peut statuer sur l'homologation qu'après avoir entendu ou dûment appelé en chambre du conseil notamment les créanciers partie à l'accord.

Ce qui pose, là encore, un autre problème pratique puisque l'on sait que la conciliation prend fin de plein droit le dernier jour du cinquième mois (article L 611-6 du Code de commerce) ; dès lors, la décision statuant sur l'homologation doit être intervenue avant le terme de la procédure de conciliation, autrement dit cinq mois après son ouverture.

Cela étant, il est pour le moins surprenant que le législateur ait prévu de faire convoquer les créanciers qui ont donné leur accord à la solution retenue, ce qui paraît superflu, sans permettre à ceux qui s'y opposent d'être entendus faute d'être convoqués.

On aurait pu comprendre que ce soit le contraire mais tel n'étant pas le cas, on se retrouve avec des créanciers convoqués à une audience qui n'ont aucune observation à faire puisque par définition ils ont déjà donné leur accord !

En revanche les créanciers non signataires se verront ultérieurement opposer les dispositions de l'article 1244 du Code civil d'où l'apparente contradiction pouvant exister entre la situation des créanciers ayant par exemple accepté volontairement trente six mois de délai par rapport aux créanciers qui, ayant refusé, seront payés sur une période plus courte puisque de vingt-quatre mois maximum.

Arrivé au terme de cet exposé, qu'il me soit permis en guise de conclusion d'insister sur l'utilité du mandat *ad hoc* préalable, seul moyen d'éviter de se trouver rattrapé par le temps qui est pour le moins compté dans la conciliation, ce qui suppose toutefois que le chef d'entreprise et ses conseils aient un minimum de sens de l'anticipation, ce qui relève encore trop souvent du vœu pieux...