

LOI SUR LA SAUVEGARDE DES ENTREPRISES L'HOMOLOGATION DE L'ACCORD AMIABLE : UN LEURRE POUR LES CRÉANCIERS ?



Lionel
Hanachowicz

Avocat associé

Bignon Lebray
& Associés

Dans le cadre d'une procédure de conciliation, les créanciers ont le choix entre la simple constatation de l'accord de conciliation par le président du tribunal ou son homologation par le tribunal lui-même. Le privilège consenti aux créanciers et la limitation du soutien abusif rendent la seconde solution plus attractive. Mais son adoption n'est pas sans poser problème...

La loi de sauvegarde des entreprises en difficulté, du 26 juillet 2005, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006, a largement modifié l'ancienne procédure de règlement amiable, désormais appelée "procédure de conciliation". Cette procédure ne peut bénéficier qu'aux personnes "qui éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, et ne se trouvant pas en cessation des paiements, depuis plus de 45 jours" (L. 611-4 C. Com). Innovant considérablement par rapport à la procédure de règlement amiable, le

législateur a notamment introduit un privilège de conciliation, destiné à constituer un réel attrait vers cette procédure préventive pour les établissements de crédit, créanciers institutionnels des entreprises en difficulté. Aux termes de l'article L. 611-8 du Code de commerce, et à l'issue des négociations entre le débiteur et ses créanciers, ceux-ci ont le choix entre la simple constatation de l'accord de conciliation par le président du tribunal ou son homologation par le tribunal lui-même. L'analyse comparative de ces deux régimes devrait conduire les créanciers, et tout particulièrement les créanciers bancaires, à opter de façon quasi systématique pour l'accord homologué présentant des avantages bien plus importants que le simple accord constaté. Malheureusement, la procédure d'homologation renferme peut-être en son sein un élément de nature à empêcher les créanciers de pouvoir profiter de ces avantages.

LES EFFETS ATTENDUS DE L'ACCORD HOMOLOGUÉ

L'ensemble des dispositions du nouveau texte démontre l'intérêt pour les créanciers, tels que les établissements de crédit, d'obtenir du débiteur qu'il requiert l'homologation

du tribunal. On rappellera, pour mémoire, que le tribunal ne pourra homologuer l'accord que si trois conditions de fond cumulatives sont remplies :

- le débiteur ne doit pas être en cessation des paiements ou l'accord conclu doit y mettre fin ;
 - les termes de l'accord doivent assurer la pérennité de l'activité de l'entreprise ;
 - les intérêts des créanciers non parties à l'accord qui a vocation à être homologué doivent être sauvegardés.
- L'homologation emporte des conséquences non négligeables pour les créanciers bancaires. Dorénavant, les établissements de crédit ayant accordé, dans le cadre d'un accord de conciliation homologué, "un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise et sa pérennité" auront un statut privilégié (art. L. 611-11 du C. com). En effet, en cas de procédure collective subséquente à la procédure de conciliation, les bénéficiaires du privilège seront payés en troisième rang de priorité (après le super-privilège des salaires et les frais de procédure antérieurs à l'ouverture de la procédure collective), et primeront non seulement les créanciers postérieurs bénéficiaires du privilège de l'article L. 622-17-II, mais également

les créanciers titulaires de sûretés spéciales, sous réserve de déclarer leur créance.

Il ressort de ce nouveau texte que seront exclus du privilège :

– les concours consentis antérieurement à l'ouverture de la conciliation (art. L. 611-II, al.3 C. com) ;

– les crédits et avances consentis après l'accord de conciliation, mais avant son homologation et ne figurant pas dans l'accord de conciliation.

En outre, les crédits ou avances consentis devront être affectés exclusivement "à la poursuite d'activité de l'entreprise et à sa pérennité". Il faudra donc être particulièrement attentif à ce que l'accord de conciliation décrive explicitement les crédits ou avances de trésorerie consentis dans le cadre de cet accord et leur affectation.

Seule l'homologation par le tribunal confère le statut de créances pri-

vilégiées aux crédits consentis dans le cadre de la procédure de conciliation, rendant ainsi le choix de cette procédure bien plus attractif que le simple constat de l'accord amiable par le président du tribunal.

LIMITATION CONSIDÉRABLE DU RISQUE DE SOUTIEN ABUSIF

Le nouvel article L. 650-1 du Code de commerce prévoit que "les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci. Pour le cas où la responsabilité du créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours sont nulles." Ce texte pose un principe d'irresponsabilité des créanciers accordant des concours (sauf les trois cas listés),

et vise, lui aussi, clairement à encourager les établissements de crédit à accorder de nouveaux crédits aux entreprises en difficulté, sans craindre de se voir poursuivis ultérieurement pour soutien abusif. Il a vocation à s'appliquer à tous les concours consentis, et notamment à ceux qui l'auront été dans le cadre de l'accord de conciliation homologué. Il s'agit, en l'espèce, de l'instauration d'une sécurité dont ne bénéficiaient pas les créanciers, parties à un accord trouvé lors du règlement amiable. En cas d'homologation, et seulement dans ce cas, le législateur de 2005 est allé plus loin en précisant que (sauf cas de fraude) la date de cessation des paiements ne peut plus désormais être remontée à une date antérieure à la décision définitive ayant homologué un accord amiable (L. 631-8 C. com.), ce qui limite encore les

“Seule l'homologation par le tribunal confère le statut de créances privilégiées aux crédits consentis dans le cadre de la procédure de conciliation.”



La plus forte concentration d'expertise en système d'information bancaire

Conseil, progiciels, solutions personnalisées, ingénierie : l'offre de Viveo répond à l'ensemble des besoins des banques et établissements financiers. Viveo met à leur disposition une expertise banque sans équivalent pour faire de leurs projets des réussites.

viveo
L'expertise banque

www.viveo.com

PARIS - BRUXELLES - GENÈVE - BUCAREST - ALGER

risques pour les banquiers de se voir reprocher un quelconque soutien abusif, non seulement pour les crédits consentis pendant la conciliation, mais également avant celle-ci.

Par conséquent, l'homologation permet de profiter sans ambiguïté des dispositions visant à écarter le risque de soutien abusif. La loi statue clairement en faveur des créanciers ayant accordé des concours consentis dans le cadre d'un accord homologué.

Ce qui précède conduit donc clairement au choix de la procédure de conciliation avec accord homologué par le tribunal par préférence au simple constat de cet accord par son seul président. Pour autant, la procédure d'homologation telle qu'elle est prévue par le nouveau texte suppose la divulgation préalable du contenu de l'accord aux salariés ce qui peut être de nature à empêcher le choix de l'homologation, voire de générer son échec.

LES EFFETS INATTENDUS DES RÈGLES DE PROCÉDURES

Les praticiens des entreprises en difficulté, et notamment, les banquiers connaissent parfaitement les effets néfastes de toute publicité faite autour des difficultés rencontrées par l'entreprise. Elle affecte nécessairement la réputation et la crédibilité de celle-ci et entraîne corrélativement l'accroissement des difficultés de trésorerie par suite de la réduction du crédit fournisseur, de l'allongement du délai de règlement des créances clients et parallèlement de la diminution, voire de la suppression, des crédits bancaires. Parfaitement conscient de ce phénomène, mais également soucieux de donner au jugement d'homologation de l'accord amiable un caractère officiel, le législateur a prévu que le jugement d'homologation soit déposé au greffe, où tout intéressé peut en prendre connaissance, et qu'il fasse

« Le législateur a prévu que le jugement d'homologation soit déposé au greffe et qu'il fasse l'objet d'une mesure de publicité, mais également que le contenu de l'accord soit communiqué aux salariés avant même son homologation. »

l'objet d'une mesure de publicité (L. 611-10 C. Com.), même si le jugement ne doit cependant pas reprendre le contenu de l'accord (art. 33 du décret). La mesure de publicité, précisée par le décret, est constituée d'un avis du jugement d'homologation qui doit paraître au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales (BODACC) et dans un journal d'annonces légales (art. 36 du décret du 28 décembre 2005). L'avis du jugement publié n'emporte pas non plus communication spontanée du contenu de l'accord, mais précise de nouveau que le jugement d'homologation est déposé au greffe où toute personne intéressée peut en prendre connaissance.

Cette précision n'est pas anodine puisque le jugement portant homologation de l'accord est susceptible de tierce opposition dans un délai de dix jours à compter de sa publicité. Et l'hypothèse n'est pas d'école : ainsi un banquier non appelé à la conciliation pourrait s'émouvoir du privilège octroyé à ses confrères pour les crédits qu'ils auraient consentis pendant celle-ci...

Cette publicité et ses effets n'interviennent cependant qu'après l'homologation. Il en va différemment de la communication du contenu de l'accord aux salariés avant son homologation.

UNE INFORMATION PRÉALABLE DES SALARIÉS

Dans les règles de procédure qui président au jugement d'homologation, l'une d'entre elles, contenue à l'article L. 611-9 du Code de commerce, est bien de nature à rendre celle-ci inenvisageable dès le début de la procédure de conciliation. Cet article dispose que « le tribunal statue sur l'homologation après avoir entendu ou dûment appelé en chambre du conseil [...] les représentants du comité d'entreprise ou à défaut les délégués du personnel [...] ». L'article

33 du décret d'application précise que « les personnes appelées à l'audience d'homologation en application du 1^{er} alinéa de l'article L. 611-9 du Code de commerce peuvent prendre connaissance de l'accord au greffe du tribunal ».

Il n'est pas rare, loin s'en faut, que l'accord amiable entre l'entreprise débitrice et ses créanciers ne soit pas qu'un accord financier et qu'il contienne un certain nombre de mesures susceptibles d'aider au redressement de l'entreprise parmi lesquelles figurent celles touchant les salariés et plus particulièrement l'emploi. Il est alors à craindre, et l'expérience des premiers mois d'application de la loi le démontre déjà, que cette perspective de communication aux salariés, surtout si le climat social est déjà tendu dans l'entreprise, interdise à son dirigeant d'envisager l'homologation de l'accord. Dès lors, il n'est pas inutile que les banquiers, parties aux négociations incontournables qui président à cet accord, soient informés de l'écueil que représente ce détail de la procédure et que, dès le début des pourparlers, ils interrogent le dirigeant sur la possibilité de transmettre le contenu d'un accord à intervenir aux salariés.

Faute de quoi l'homologation n'étant pas envisageable, les effets favorables de celle-ci ne leur profiteront pas. Évidemment, cela n'exclura pas la possibilité d'un accord seulement constaté. Il y a cependant fort à parier que dans ce cas les banquiers seront plus réticents à consentir de nouveaux crédits. ■