

« La prévention est la solution »

L'avant-projet de loi se fonde sur une logique économique et entrepreneuriale.

Il donne la priorité aux actions de prévention.

Il faudra faire preuve de pédagogie auprès des chefs d'entreprise pour une bonne utilisation de ces nouvelles techniques.

PERRETTE REY

Président
Tribunal de commerce
de Paris

Président
Conférence générale
des tribunaux
de commerce

■ Quel constat faites-vous sur le dispositif en vigueur de traitement des entreprises en difficulté ?

Le même constat qu'après la mise en œuvre des textes conçus par les législateurs des XIX^e et XX^e siècles, à savoir que le droit de la faillite ne remplit pas les espérances que ses auteurs avaient placées en lui. Sauver les entreprises constitue pourtant le onzième commandement que les juges des tribunaux de commerce se sont vu assigner par lois de 1984 et de 1985.

Or 5 % seulement des entreprises se trouvent sauvées par le biais d'un redressement judiciaire, qu'il s'agisse d'un plan de continuation ou d'un plan de cession. En revanche, d'après les statistiques de notre juridiction qui sont tenues depuis maintenant dix ans, deux entreprises sur trois qui recourent au mandat ad hoc ou à une conciliation se retrouvent in bonis quatre ans après.

■ Cependant les entreprises qui recourent à ces procédures amiables sont très peu nombreuses...

Le nombre des procédures de prévention ouvertes à l'initiative du chef d'entreprise reste insuffisant : 1 300 mandats ad hoc ou conciliations ont été enregistrés en 2003, à comparer aux 46 000 procédures de redressement ou de liquidation ouvertes au cours du même exercice. Ces techniques de prévention sont

encore insuffisamment connues, alors que l'expérience montre leur efficacité.

■ Compte tenu de ce constat, ne faudrait-il pas mieux appliquer la loi existante avant d'en publier une autre ?

S'il n'y a pas une action pédagogique forte pour expliquer à nos justiciables qu'il existe des moyens d'éviter le dépôt de bilan en recourant à la prévention, il y a peu de chance que ceux-ci s'en souviennent avant qu'il ne soit trop tard.

Encore faut-il se donner ces moyens. Ainsi la loi de 1984 donne pouvoir au président du tribunal de commerce, s'il a connaissance des difficultés qui pourraient compromettre la continuité d'exploitation d'une entreprise, de convoquer son dirigeant. Mais pour ce faire, il faut une logistique. Cette logistique est mise en œuvre par les greffes des tribunaux de commerce. Ceux-ci sont certes équipés de logiciels qui permettraient de croiser des clignotants révélateurs de ces difficultés – inscriptions des privilèges du Trésor public ou de l'Urssaf, non-dépôt des comptes annuels, demandes de report d'assemblée générale, injonctions de payer, situations nettes négatives, baisses importantes de capital social. Ces modules ne sont mis en œuvre de façon systématique que dans environ 20 % de nos 191 juridictions consulaires. Cela signifie que cette prévention détection n'est pas pratiquée de façon construite et organisée, pour une raison simple : il n'existe aucune prise en charge des dépens que représente ce travail pour les greffes. Ceux-ci, uniquement en prix de revient, sont de l'ordre de 300 000 à 400 000 euros par an pour le seul tribunal de commerce de Paris. Les greffiers sont des officiers ministériels assurant un service public, mais leurs charges sont des sociétés privées, à la différence

de ce qui se passe au TGI ou à la cour d'appel. Il faut donc que les frais exposés pour faire fonctionner la prévention détection puissent être couverts par une taxation correspondante, que nous appelons de nos vœux depuis fort longtemps et que nous attendons toujours.

■ **Ces moyens sont-ils prévus dans le projet actuellement en discussion ?**

Les questions de taxation et de rémunération relèvent du décret et non de la loi. Ce que prévoit la loi dans l'avant-projet de la sauvegarde des entreprises, c'est que le président du tribunal, en matière de prévention détection, doit pouvoir s'appuyer sur la logistique de son greffe. Espérons que cela ne reste pas un vœu pieu et que les décrets lui donnent les moyens de le concrétiser.

■ **Comment interprétez-vous l'avant-projet de loi publié en octobre 2003 ?**

Il se fonde sur une logique économique, qui est celle de la continuité d'exploitation, qui prime la ligne de séparation traditionnelle entre prévention

et traitement des entreprises en difficulté, que constitue l'état des cessations de paiement, c'est-à-dire l'impossibilité de faire face à son passif exigible par son actif disponible. Elle se substitue à la logique juridico-comptable de l'état de cessation des paiements en responsabilisant les chefs d'entreprise qui auront à choisir entre les techniques qui leur sont offertes, préventives ou curatives (*encadré*).

■ **Quels sont les axes de perfectibilité de la prévention détection ?**

Le législateur a manqué d'audace dans la prévention détection. Par exemple, il a été sensible à nos réflexions sur le non-dépôt des comptes annuels, fortement corrélé avec le dépôt de bilan à brève échéance. Le législateur a donné au président du tribunal un pouvoir d'injonction de dépôt des comptes, mais avec pour seule sanction la possibilité, dans un délai d'un mois, de convoquer le chef d'entreprise. À partir du moment où ce dernier n'a pas déposé ses comptes, il est probable qu'il fera partie des 50 %

“La logique économique de la réforme est celle de la continuité d'exploitation, qui prime la ligne de séparation traditionnelle entre prévention et traitement des entreprises en difficulté, que constitue l'état des cessations de paiement.”

de chefs d'entreprise qui ne défèrent pas à la convocation. Nous aurions souhaité une injonction de déposer les comptes assortie d'une astreinte qui aurait eu un effet plus coercitif.

Par ailleurs, dans la prévention détection, nous trouvons dommage que dans le premier texte, le législateur ne se soit pas penché sur le devoir d'alerte du commissaire aux comptes. Celui-ci est également très révélateur des difficultés des entreprises, mais insuffisamment exercé : 200 alertes ont été enregistrées en 2003 dans la juridiction de Paris, alors que 4 600 entreprises ont déposé leur bilan. Nous regrettons aussi qu'il n'ait pas été étendu aux experts comptables, qui sont encore plus proches de l'entreprise.

■ **L'homologation de l'accord amiable ne va-t-il pas à l'encontre du principe de confidentialité de cette phase de prévention ?**

Le pouvoir nouveau donné, non pas au président du tribunal qui l'avait jusqu'à présent, mais au tribunal de commerce lui-même, d'homologuer l'accord amiable, me paraît difficile à exercer. Il est prévu que cette homologation se fasse en chambre du conseil, en présence des représentants des salariés. Dans ces conditions, je ne vois pas comment pourrait être respectée l'obligation de confidentialité qui est maintenue dans l'avant-projet, sous peine de sanction pénale. Les représentants du comité d'entreprise, s'ils respectent leurs mandants, devront discuter avec eux de ce qui risque de se passer et à partir du moment où la confidentialité n'est plus respectée, la porte est ouverte à toutes les dérives.

■ **Quelles sont vos recommandations sur les aspects de prévention traitement ?**

En matière de prévention traitement, le législateur a, au contraire, trop encadré les procédures. Par exemple, en conférant au conciliateur nommé par le président du tribunal, le devoir de surveiller les opérations de gestion courantes du chef d'entreprise. Or nous savons, par analogie avec le droit positif des procédures collectives, que les administrateurs qui ont cette tâche ne la remplissent pas : comment voulez-vous qu'ils se placent derrière le chef d'entreprise pour voir au quotidien comment s'accomplissent les

actes de gestion ? Il n'y a pas plus de chance que cela se passe ainsi en matière de prévention.

Il est tout aussi irréaliste de donner au président du tribunal de commerce le pouvoir d'autoriser les opérations qui ne relèvent pas de la gestion courante : comment le président pourra-t-il s'investir sur le terrain pour savoir si oui ou non tel acte relève de la gestion courante et consacrer une partie non négligeable de son temps à autoriser les actes en question ?

Au-delà des impossibilités matérielles, certaines dispositions vont à contresens. Le succès de la technique actuelle du mandat ad hoc et de conciliation tient notamment à la neutralité du conciliateur, entre le dirigeant d'entreprise, d'une part, et les créanciers d'autre part. Or vouloir faire du conciliateur, comme le prévoit le texte, celui qui négocie au lieu et place du chef d'entreprise, c'est le faire quitter ce terrain de la neutralité qui fait son efficacité.

■ **Les entreprises pourront recourir à un redressement judiciaire anticipé, à la manière du *Chapter 11* américain. Cette possibilité ne peut-elle être utilisée abusivement comme une technique de gestion ?**

Pour un tout petit noyau d'entreprises, le recours au redressement judiciaire peut être une technique de gestion, mais pour une immense majorité de PME et de TPE, qui constituent 95 % des entreprises que nous avons comme justiciables dans les tribunaux de commerce, ce n'est pas le cas.

Reste à savoir si elle sera utilisée. L'avant-projet publié prévoit que la seule issue en matière de redressement judiciaire est le plan de continuation, en éliminant la possibilité d'une cession, désormais incluse dans la procédure de liquidation judiciaire. Or le plan de cession était le moyen, pour bon nombre de dirigeants en difficulté en fin de parcours, de concrétiser, grâce à une sortie « par le haut », ce qu'ils n'avaient pas pu faire par une cession amiable. Je doute que ces chefs d'entreprise se précipitent pour venir déposer leur bilan, avec à la clé le risque d'une liquidation judiciaire, souvent considérée comme l'échec de toute une vie.

Par ailleurs, dans le droit fédéral américain, le *Chapter 11* à pour pendant le

“En matière de prévention détection, nous trouvons dommage que dans le premier texte, le législateur ne se soit pas penché sur le devoir d'alerte du commissaire aux comptes.”

Chapter 7, qui est l'équivalent de notre liquidation judiciaire. Dans un pays qui, sauf fraude des dirigeants, ne connaît pas de sanctions, beaucoup de chefs d'entreprise et notamment les PME et TPE ne sont pas effrayés par le recours au *Chapter 7*. C'est parce qu'il y a une mentalité américaine qui préfère mettre un terme à une expérience malheureuse pour rebondir plus fort et plus vite en l'absence de sanction à partir du moment où il n'y a pas de fraude. En France, au contraire, même si l'avant-projet de loi modifie quelque peu ce système de sanctions, in fine, il n'en reste pas moins que celles-ci restent dissuasives.

■ **Les nouvelles procédures sont-elles de nature suffisamment incitative pour que les banquiers apportent de la *new money*?**

Dans le cadre du redressement amiable, il est prévu que les fournisseurs de *new money* dans le cadre de l'accord bénéficient du privilège de l'article 40 de la loi de 1985. Cela va être incitatif pour les fournisseurs d'argent frais.

Il me semble aussi que la non-possibilité de faire remonter la date de cessation de paiement au-delà de la date devenue définitive de l'accord homologuant le redressement amiable, est à la fois dans l'intérêt du débiteur et dans celui de ses créanciers, pour tous les accords qui auraient pu être passés avec les banquiers.

Il y a là deux dispositifs essentiels, même si la suppression du fameux article 93 de la loi de 1985 est certainement un des thèmes sur lesquels la profession bancaire s'est mobilisée. Cet article prévoit que lorsqu'un crédit a servi à financer des actifs qui sont cédés, le cessionnaire reprend aussi l'obligation d'honorer cette dette qui n'est pas arrivée à son terme et qui reste garantie par les sûretés initiales.

■ **Faut-il également écarter plus clairement le risque de soutien abusif dans les procédures?**

C'est une revendication des banquiers. Je comprends qu'il n'est pas facile de se maintenir sur une crête étroite entre rupture et soutien abusifs, mais il me semble qu'il y a dans ce domaine une jurisprudence relativement abondante qui balise le débat.

L'avant-projet de loi de sauvegarde des entreprises

L'avant-projet de loi réforme les dispositions du Livre VI, titre 1, chapitres 1 et 2, du Code de commerce. Le chapitre 1 traite de la prévention des difficultés; le chapitre 2 a trait au redressement et à la liquidation judiciaires.

■ Un chef d'entreprise en difficulté prévisible ou avérée, voire même en état de cessation de paiement depuis moins d'un mois, mais qui a l'espoir d'arriver à renouer avec l'équilibre d'exploitation en assurant la continuité de son affaire se voit offrir deux voies :

- le redressement amiable, technique de prévention ;
- le redressement judiciaire, technique curative, si les créanciers pour des raisons diverses n'entrent pas dans le jeu de la négociation amiable.

■ Un chef d'entreprise avec des difficultés prévisibles ou avérées, ou en état de cessation de paiement depuis moins d'un mois, mais qui n'a pas l'espoir de pérenniser son entreprise, n'a, à terme, qu'une solution : la liquidation judiciaire.

■ **Certains créanciers, notamment les banques, regrettent de ne pas être plus étroitement associés aux négociations sur les plans de continuation, à la manière du *Chapter 11*...**

Il y a deux façons de concevoir la loi de traitement des entreprises en difficulté. Les Anglo-Saxons, la plupart des législations européennes sont restés fidèles à l'inspiration de l'ancien droit français, qui mettait les créanciers au cœur du dispositif du traitement des entreprises en difficulté, ce que maintient encore le droit fédéral américain à travers l'organisation de classes de créanciers qui discutent ferme, par conseils interposés, avec le dirigeant. Les négociations sont très longues et très coûteuses, de telle sorte que ce dispositif, de l'avis même de ceux qui le pratiquent, n'est accessible qu'à ceux qui en ont les moyens. Or une loi doit être accessible à tous.

Dans le cadre du droit positif français, le juge est le gardien de trois objectifs, assurer la sauvegarde de l'entreprise, la pérennité de l'emploi et l'apurement du passif. Je ne suis pas sûr qu'en confiant tout cela aux discussions entre créanciers et débiteurs, on ait une meilleure prise en compte des intérêts multiples qu'il faut trouver à équilibrer dans le cadre de l'exercice de la loi. ■

Propos recueillis par Elisabeth Coulomb

“Aux Etats-Unis, beaucoup de chefs d'entreprise et notamment les PME et TPE ne sont pas effrayés par le recours au *Chapter 7*, l'équivalent de notre liquidation judiciaire.”