

LE REGIME DE LA PROCEDURE DE CONCILIATION INSTAUREE PAR LA LOI DU 26 JUILLET 2005 DE SAUVEGARDE DES ENTREPRISES

Lettre d'information N° 1

La Loi de sauvegarde des entreprises a remplacé l'ancienne procédure de règlement amiable par la procédure dite de conciliation. Cette procédure peut bénéficier aux personnes « *qui éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible et ne se trouvent pas en cessation des paiements, depuis plus de quarante-cinq jours* » (nouvel art. L. 611-4 du Code de commerce).

Innovant par rapport à la procédure de règlement amiable, dans laquelle les créanciers consentant des efforts n'étaient en rien avantagés par rapport aux autres créanciers, la loi du 26 juillet 2005 a introduit un privilège de conciliation, ce qui devrait constituer un réel attrait de cette procédure collective pour les établissements de crédit créanciers.

1. L'instauration d'un privilège de conciliation

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 (nouvel article L. 611-11 du Code de commerce).

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 (cf. note n°5 sur les créanciers postérieurs).

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

- les concours consentis antérieurement à l'ouverture de la conciliation (nouvel art. L 611-11, al.3) ;
- 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 expose explicitement l'affectation des crédits ou des avances de trésorerie.

2. 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 clairement à encourager les établissements de crédit à accorder de nouveaux crédits aux entreprises en difficultés, sans craindre de se voir poursuivi ultérieurement pour soutien abusif. Il a vocation à s'appliquer à tous les concours consentis, et notamment à ceux qui auront été consentis dans le cadre de l'accord de conciliation homologué.

3. Conciliation avec accord constaté ou conciliation homologuée ?

3.1. Aux termes du nouvel article L. 611-8 du Code de commerce, les parties ont le choix entre la constatation de l'accord de conciliation par le tribunal, ou son homologation par ce même tribunal. Le tableau ci-dessous compare leurs particularités respectives.

	CONSTATATION	HOMOLOGATION	OBSERVATIONS
Bénéfice du privilège de conciliation	NON	OUI (nouvel art. L 611-11 du Code de commerce)	
Possibilité de reporter la date de cessation des paiements avant le jugement de constatation ou d'homologation	OUI	NON (nouveaux art. L. 631-8 et L. 641-1-IV du Code de commerce)	La date de cessation des paiements ne pourra être reportée à une date antérieure à la décision définitive ayant homologué l'accord de conciliation, sauf cas de fraude. Les actes accomplis et sûretés prises sur le débiteur préalablement à l'homologation de l'accord de conciliation ne risqueront donc pas d'être annulés par le jeu des règles de nullité de la période suspecte.
L'accord de conciliation a force exécutoire	OUI (nouvel art. L. 611-8-I du Code de commerce)	NON (nouvel art. L. 611-10 du Code de commerce)	La constatation de l'accord a pour effet de lui donner force exécutoire : le créancier sera dispensé de faire d'abord constater au tribunal son inexécution par le débiteur avant de pouvoir agir à son encontre. Par contre, l'accord homologué suspend toute action contre le débiteur pendant la durée de son exécution. En cas d'inexécution de l'accord homologué, le tribunal, saisi par une partie, peut prononcer la résolution de l'accord et la déchéance des délais de paiement accordés.

	CONSTATATION	HOMOLOGATION	OBSERVATIONS
Formalité de publicité	NON (nouvel art. L. 611-8 du Code de commerce)	OUI (nouvel art. L. 611-10 du Code de commerce)	Seul le jugement d'homologation doit être publié, mais non l'accord de confidentialité. La confidentialité de l'accord ne peut néanmoins pas être assurée en cas d'homologation, car le jugement d'homologation précise les montants garantis par le privilège de conciliation.
Recours contre la décision du tribunal	NON (nouvel art. L. 611-8-1 du Code de commerce)	OUI (nouvel art. L. 611-10, al. 2 du Code de commerce)	La décision constatant l'accord de conciliation n'est pas susceptible de recours. Par contre, le jugement d'homologation est susceptible de tierce-opposition dans les 10 jours suivant sa publication au BODACC. Quant au jugement rejetant l'homologation, il est susceptible d'appel.
Suspension automatique des effets d'une interdiction d'émettre des chèques	NON	OUI (nouvel art. L. 611-10-al. 4 du Code de commerce)	Il convient, néanmoins, d'attendre la publication des décrets d'application de la loi du 26 juillet 2005, afin de savoir comment, et surtout dans quel délai la Banque de France aura à traiter ces dossiers.

3.2. Le tribunal peut homologuer l'accord de conciliation, sur requête du débiteur, si les trois conditions suivantes sont réunies :

- le débiteur n'est pas en cessation des paiements ou l'accord conclu y met fin ;
- les termes de l'accord sont de nature à assurer la pérennité de l'activité de l'entreprise ;
- l'accord ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers non signataires.

EN CONCLUSION

Si un établissement de crédit décide de consentir de nouveaux crédits ou avances de trésorerie dans le cadre d'un accord de conciliation, alors l'homologation de cet accord nous apparaît comme impérative, afin que l'établissement de crédit bénéficie du privilège de conciliation.

Dès lors, nous ne pouvons que conseiller aux établissements de crédit, ayant donné leur accord pour distribuer de nouveaux concours dans le cadre de l'accord de conciliation, de ne débloquer les fonds que sous la condition suspensive que le jugement homologuant l'accord de conciliation mentionne expressément le montant du concours garanti par le privilège de conciliation, conformément à l'article 43 de l'avant-projet de décret d'application de la loi du 26 juillet 2005.

Jean-Paul Bignon
Département Bancaire