

LA SAUVEGARDE DU CABINET D'AVOCAT

**Loi N°845-2005 du 26 juillet 2005
Décret N°2005-1677 du 28 décembre 2005**

LA PROCEDURE DE CONCILIATION APPLICABLE A L'AVOCAT EN DIFFICULTE Articles L.611-4 et s. du Code de Commerce

**Marie Claude Habauzit Detilleux
Avocat au Barreau de Paris
Membre du Conseil de l'Ordre et du CNB
et
Patrick Michaud
Avocat au Barreau de Paris
Ancien Membre du Conseil de l'Ordre et du CNB**

I-LA SAISINE DU PRESIDENT DU TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE

1 CONDITIONS D'OUVERTURE (ART L 611-4, L.611-6 ET D 15 et s.)

- a) **Conditions de fonds (L.611-4)**
- b) **Conditions de forme (L.611-6 et D .15 et s.)**
- c) **Désignation d'un expert.(L 661-6 et D 17)**
- d) **Durée de la conciliation.(L.611-6 §3)**

2 CONFIDENTIALITE DE LA PROCEDURE DE CONCILIATION (L.611-15)

3 LA NOMINATION DU CONCILIATEUR

A QUI PEUT ETRE CONCILIATEUR ?

- a) **La loi ne prévoit aucun critère particulier.**
- b) **Une activité nouvelle pour des avocats spécialisés ?**
- c) **Une nouvelle mission pour l' Anaafa ou autres AGA**

B APPEL DE LA DECISION DE REFUS DE NOMINATION

C RECUSATION DU CONCILIATEUR (L.611-6 §5 et D 20 et s.)

- a) **Motifs de récusation (L 611-6)**
- b) **Incompatibilités (L.611.13)**
- c) **Rémunération (D 40 et s.)**

3 MISSION DU CONCILIATEUR (L.611-7)

4 POUVOIRS DU PRESIDENT PENDANT LA PHASE DE NEGOCIATION

A LE PRESIDENT A UNE OBLIGATION RECIPROQUE D'INFORMATION **(L 611-7 §4)**

B LE PRESIDENT A LE DROIT DE SUSPENDRE LES POURSUITES (L.611-7 § 5)

5 LA CESSATION ANTICIPEE DE LA MISSION DU CONCILIATEUR.

II CONSTATATION OU HOMOLOGATION

DE L'ACCORD AMIABLE

1 LE CONSTAT DE L'ACCORD DE CONCILIATION PAR LE PRESIDENT DU TRIBUNAL **(L.611-8 - I)**

2 L'HOMOLOGATION DE L'ACCORD PAR LE TRIBUNAL **(L.611-8 –II ET D 33 et s.)**

A LES TROIS CONDITIONS DE L'HOMOLOGATION

B LE DEBAT JUDICIAIRE PREALABLE A L'HOMOLOGATION (L.611-9) **Particularité si le débiteur est un avocat**

C EFFETS JURIDIQUES DE L'HOMOLOGATION

- a) Les quatre effets
- b) Une nouveauté : la copie valant titre exécutoire
- c) Un précédent pour l'Acte d'Avocat ?

D LA PUBLICITE DE L'ACCORD ET DU JUGEMENT D'HOMOLOGATION.

(L.611.10 et D

- a) L'absence de publicité de l'accord constaté
- b) La publicité du jugement d'homologation
- c) L'absence de publicité du jugement de rejet
- d) L'appel du jugement de rejet

E RECOURS POUR TIERCE OPPOSITION (art.611-10)

3 SANCTIONS EN CAS D'INEXECUTION.(L.611.10 § 5)

4 PRIVILEGE DE PAIEMENT POUR CERTAINS CREANCIERS

5 LIMITATION DE LA RESPONSABILITE POUR SOUTIEN ABUSIF

6 EFFET DE L'OUVERTURE D'UNE PROCEDURE DE SAUVEGARDE, DE REDRESSEMENT OU DE LIQUIDATION JUDICIAIRES SUR L'ACCORD HOMOLOGUE

III -.LES RISQUES A NE PAS DEMANDER LA CONCILIATION :

A) Rappel des conditions d'ouverture de la conciliation.

B) L'inobservation de ces conditions : la liquidation judiciaire

i) Les risques patrimoniaux de la liquidation judiciaire

ii) Existe-t-il un risque de faillite personnelle et d'interdiction d'exercer sa profession ?

C° Dispositions pratiques de protection patrimoniale.

- 1) la déclaration d'insaisissabilité de l'habitation principale.
- 2) l'assurance garantie des salaires.
- 3) vers une indemnité chômage pour l'avocat ?

IV - DE NOUVELLES RESPONSABILITES POUR LES ORDRES

CONCLUSIONS

L'élargissement du champ d'application des procédures collectives opéré par la loi du 26 juillet 2005 et du décret n°2005-1677 du 28 décembre 2005 conduit à faire bénéficier des mécanismes de traitement judiciaire des difficultés des entreprises les professions indépendantes.

L'un des principaux reproches adressé de longue date à l'encontre des lois du 25 janvier 1985 et du 1er mars 1984 était qu'elles ne s'appliquaient pas à tous les débiteurs exerçant une activité professionnelle.

Seules pouvaient en bénéficier, d'une part, les personnes morales de droit privé, qu'elles aient une nature commerciale ou non, et d'autre part, les personnes physiques artisans, commerçants ou agriculteurs.

Étaient donc exclues du bénéfice de cette législation les personnes physiques exerçant une profession indépendante sans être pour autant commerçants, artisans ou agriculteurs.

Si cette situation était en grande partie l'héritage de l'Histoire - le droit des faillites ayant été, à l'origine, un droit applicable aux seuls commerçants-, son maintien apparaissait, à l'heure actuelle, particulièrement paradoxal et injustifié.

En effet, les particuliers bénéficient, sous certaines conditions, d'un droit à l'effacement de leurs dettes non professionnelles, consacré par le code de la consommation. Ce droit a d'ailleurs été récemment renforcé par les articles 35 et 36 de la loi n° 2003-710 du 1er août 2003 d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine qui a institué une procédure dite de « rétablissement personnel ».

Mettant un terme à cette anomalie, - tout en prévoyant des règles particulières pour les professions libérales réglementées ou dont le titre est protégé afin de garantir l'intervention des autorités ou des ordres professionnels intéressés, la loi rend

applicable à l'ensemble des professions indépendantes **y compris donc aux avocats exerçant à titre individuel** les procédures de prévention et de conciliation, d'une part, et les procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires, d'autre part .

Par ailleurs, la notion de cessation des paiements n'est plus le critère unique de distinction entre traitement amiable et traitement judiciaire des difficultés des entreprises

Aux termes de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985, l'ouverture d'une procédure collective était conditionnée à la survenance du constat de l'état de cessation des paiements du débiteur. La cessation des paiements était le seul critère permettant l'ouverture d'une procédure judiciaire

Le déclenchement d'une procédure collective ne sera désormais plus lié à l'existence avérée d'une cessation des paiements, tandis que les procédures amiables de résorption des difficultés des entreprises pourront intervenir après la cessation des paiements du débiteur.

Le caractère d'entreprise, d'entrepreneur libéral de l'avocat, est donc enfin reconnu.

L'avocat en difficultés financières peut, à compter du 1^{er} janvier 2006, bénéficier des règles applicables au mandat ad hoc, à la procédure de sauvegarde, à la procédure de redressement judiciaire et à la procédure de liquidation judiciaire, procédures qui font l'objet de règles différentes que celles mentionnées dans le présent article.

Dans cet article, nous allons exclusivement analyser les règles applicables à la conciliation, c'est à dire, à cette nouvelle procédure qui s'est substituée depuis le 1^{er} janvier 2006 à procédure de règlement amiable, procédure dont l'avocat individuel ne pouvait pas bénéficier.

Nous attirons de plus l'attention de nos confrères sur le risque important qu'ils courent sur le plan patrimonial, en ne demandant pas le bénéfice de la conciliation lorsque les conditions d'ouverture sont réunies .remplies

Cette procédure dite « procédure de conciliation ».est donc applicable aux avocats exerçant à titre individuel ou dans le cadre de structure d'exercice à compter du 1^{er} janvier 2006.

I LA SAISINE DU PRESIDENT DU TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE

L'objectif de cette procédure est de parvenir à un accord amiable entre le débiteur et ses créanciers. grâce à l'intervention d'un conciliateur proposé par le président du tribunal.

1 Conditions d'ouverture (Art L 611-4, L.611-6 et D 15 et s.)

a) Conditions de fond (L.611-4)

. La procédure de conciliation peut être ouverte avec suivant deux conditions cumulatives

- la présence d'une « difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible » du cabinet d'avocat, et

-l'absence d'un état de cessation des paiements « depuis plus de quarante-cinq jours».

L'état de cessation de paiement est défini par l'article L 631.1 du Code de Commerce, il s'agit de « *l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible* ».

Attention, si l'avocat débiteur n'a pas demandé l'ouverture d'une procédure de conciliation dans ce délai, il a la possibilité de demander l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire.(Art.L 631-4).

La conciliation apporte, en effet, deux novations majeures de nature à la rendre plus efficace que l'ancienne procédure de règlement amiable.

D'une part, pour saisir le juge en vue de l'ouverture d'une procédure de conciliation, le débiteur, c'est-à-dire, l'avocat en difficulté, n'aurait plus à attendre qu'une difficulté de nature juridique, économique ou financière soit déjà intervenue, **de manière préventive**, l'avocat ; entrepreneur individuel ou en structure d'exercice, pourra solliciter du président du tribunal de grande instance une procédure de conciliation, alors qu'une difficulté juridique, économique ou financière est seulement **prévisible**.

La « prévisibilité » des difficultés du débiteur devra ressortir d'éléments factuels que le président du tribunal appréciera au cas par cas lors de sa décision d'ouvrir ou non la procédure de conciliation. A cet égard, la production par le requérant de comptes prévisionnels faisant apparaître des difficultés pourra constituer un élément objectif.

Mais cette prévisibilité pourrait résulter d'autres éléments, tels que la perte d'un client important ou des difficultés d'ordre social.

Cet état de fait devra être de nature à renforcer le pouvoir d'appréciation du juge sur l'opportunité d'ouvrir la procédure.

Cette possibilité permettra à nos confrères d'anticiper les difficultés à venir afin, sinon d'empêcher leur survenance, d'être au moins à même de mieux les traiter le moment venu.

D'autre part, selon le texte voté, la procédure de conciliation pourra être ouverte et, le cas échéant, se poursuivre, même en cas de survenance d'un état de cessation des paiements. de moins de quarante cinq jours .(L.611-4)

Cette mesure constitue une grande avancée sur l'état du droit positif en permettant de supprimer les difficultés liées à l'application de la procédure de règlement amiable.

b) Conditions de forme
(L.611-6 et D .15 et s.)

Seul, le débiteur, c'est-à-dire, l'avocat et personne d'autre n'a le droit de saisir le président du tribunal de grande instance pour bénéficier de la procédure de conciliation.

Le président du tribunal est ainsi saisi par une requête, adressée ou remise, de l'avocat débiteur exposant sa situation économique, sociale et financière, ses besoins de financement ainsi que, le cas échéant, les moyens d'y faire face. Cette requête devra être accompagnée des pièces et documents prévus à l'article 15 du décret.

La procédure de conciliation est ouverte par le président du tribunal, qui fait convoquer par son greffier l'avocat pour recueillir ses explications (art D 16).

La décision **ouvrant** la procédure de conciliation n'est pas susceptible de recours.(art L 611-6 §4)

Elle est communiquée au ministère public et à l'Ordre dont relève le débiteur (D 18).
TOUTEFOIS, la décision de nomination d'un conciliateur est susceptible d'appel pour récusation du conciliateur.

c) Désignation d'un expert.
(L 661-6 et D 17)

A tout moment de la procédure, le président peut désigner un expert afin d'établir un rapport sur la situation économique, sociale et financière du débiteur et, nonobstant toute disposition législative et réglementaire contraire ,obtenir des établissements bancaires ou financiers tout renseignement de nature à donner une exacte information de la situation économique et financière du débiteur requérant.

Il n'existe aucun texte s'opposant à ce que des avocats spécialisés dans le redressement des entreprises , dans la fiscalité , dans la comptabilité ou dans l'expérience du bon

sens puissent être désignés en qualité d'expert.

Par ailleurs, le rapport d'expertise ne sera communiqué qu'au conciliateur et au débiteur.(D 37)

d) Durée de la conciliation.
(L.611-6 §3)

Le président peut désigner un **conciliateur** pour une période n'excédant pas quatre mois mais il peut, par une décision motivée, la proroger d'un mois au plus à la demande de ce dernier.

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

ATTENTION, devant une telle situation, l'avocat peut :

-soit ne rien faire avec éventuellement les graves conséquences de la liquidation judiciaire étudiées ci après,

-soit demander l'ouverture de la procédure de sauvegarde prévue aux articles L.620-1 et s. du Code de Commerce, procédure non étudiée dans cet article.

Le délai de la mission du conciliateur étant relativement court, l'avocat a donc tout intérêt à choisir soigneusement la date du dépôt de sa requête et à préparer avec précision le dossier de celle-ci ainsi que les pièces et rapports nécessaires à la conciliation dans le cadre de l'article 15 du Décret.

Par ailleurs, lorsque le débiteur exerce une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, la décision est également communiquée à son Ordre professionnel.

La nomination d'un mandataire ad hoc n'est, quant à elle, soumise à aucune divulgation.

Le président du tribunal communique au conciliateur les renseignements dont il dispose et, le cas échéant, les résultats de l'expertise mentionnée ci dessus

2 - CONFIDENTIALITE DE LA PROCEDURE DE CONCILIATION (L.611-15)

La confidentialité de la procédure de conciliation est une donnée essentielle de sa réussite. En effet, la connaissance prématurée des difficultés d'une entreprise par ses concurrents ou ses clients peut faire perdre à celle-ci le crédit dont elle a nécessairement besoin pour les affronter dans des conditions optimales. Ce que confirme l'article L. 611-15.dans les termes suivants

« - Toute personne qui est appelée à la procédure de conciliation ou à un mandat ad hoc ou qui, par ses fonctions, en a connaissance est tenue à la confidentialité. »

Pour autant, la mise en place de mécanismes d'information auprès d'autorités qui peuvent apporter des données d'un grand intérêt pour l'établissement de mesures de redressement est utile.(cf art.L.611.7 §2).

3.- LA NOMINATION DU CONCILIATEUR

A QUI PEUT ETRE CONCILIATEUR ?

a) La loi ne prévoit aucun critère particulier.

La loi ne définit aucun critère de sélection .Il est facile d'imaginer que les professionnels du chiffre sauront être présents pour cette nouvelle opportunité d'activité.

b) Une activité nouvelle pour des avocats spécialisés ?

Les avocats spécialisés en droit des sociétés, en droit fiscal, ou en droit comptable pourront donc être désignés.

Sous réserve des incompatibilités visées ci-dessous, Il s'agit d'une nouvelle opportunité d'activité pour certains cabinets d'avocats. ; ce d'autant plus que le débiteur **peut proposer un conciliateur** à la désignation par le président du tribunal.

Pour les avocats, il serait opportun que nos organismes professionnels tentent de se mettre d'accord pour proposer une liste de conciliateur ayant le temps et la compétence pour remplir cette fonction au moins au niveau régional.

c) Une nouvelle mission pour l' Anaafa ou autres **ASA**.

Il serait souhaitable que l'**ANAAFA** ou d'autres **AGA** puissent participer à cette nouvelle et forte cohésion professionnelle.

En effet, l'article 9 de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises permet en effet aux associations agréées « *de fournir une analyse des informations économiques, comptables et financières en matière de prévention des difficultés économiques et financières* ».

B APPEL DE LA DECISION DE REFUS DE NOMINATION

La décision **ouvrant** la procédure de conciliation n'est pas susceptible de recours.(art L 611-6 §4).

Toutefois, la décision de refus de nomination est susceptible d'appel.

L'article 19 du décret dispose que la décision de refus de nomination ou de refus de prorogation du délai peut être frappée d'appel dans un délai de dix jours à compter de la notification.

La procédure d'appel obéit à un sympathique, nouveau et audacieux mélange de procédure; le but étant de refuser d'alourdir, financièrement le débiteur et administrativement le service administratif de notre Justice.

En effet, le président du tribunal a le droit de modifier ou de rétracter, c'est le terme

réglementaire, sa décision et ce dans les cinq jours de la déclaration d'appel.

A défaut de rétractation ou de modification, le dossier est transmis au greffe de la Cour d'appel qui instruit et juge « selon les règles applicables en matière gracieuse devant le tribunal

C RECUSATION DU CONCILIATEUR (L.611-6 §5 et D 20 et s.)

L'avocat débiteur peut demander de récuser le conciliateur dans un délai de quinze jours (art D 21) de la notification de l'ordonnance et cette demande de récusation doit être motivée et accompagnée de pièces justificatives, en effet, l'existence d'une relation de confiance entre le débiteur et le conciliateur est essentielle pour qu'un accord amiable viable et cohérent puisse se concrétiser et ce d'autant plus que la loi a aussi prévu des incompatibilités qui sont visées par l'article L. 611-13.

Cette demande de récusation suspend la procédure jusqu'à ce que une décision définitive statue sur la récusation.

Il faut espérer que la pratique va permettre d'instaurer un nouveau débat contradictoire entre le président et l'avocat débiteur pour trouver un consensus

a) Motifs de récusation

L'article 30 du décret précise, d'une manière stricte semble t il, les motifs de récusation du conciliateur

Le débiteur peut demander la récusation du conciliateur si ce dernier se trouve dans l'une des situations suivantes :

- 1) il a directement ou indirectement un intérêt personnel à la procédure ;
- 2) il existe un lien direct ou indirect, quelle qu'en soit la nature, entre le conciliateur et l'un des créanciers ou l'un des dirigeants ou préposés de celui-ci ;
- 3) il existe une cause de défiance entre le conciliateur et le débiteur ;
- 4) il est dans l'une des situations d'incompatibilité visées à l'article L 611-13 du Code de Commerce

5) il a été définitivement radié ou destitué d'une profession réglementée.

b) Incompatibilités (L.611.13)

Par ailleurs, la loi prévoit expressément que les missions de mandataire ad hoc ou de conciliateur **ne peuvent pas** être exercées

-i) par une personne ayant, au cours des vingt-quatre mois précédents, perçu, à quelque titre que ce soit, directement ou indirectement, une rémunération ou un paiement de la part du débiteur intéressé, de tout créancier du débiteur ou d'une personne qui en détient le contrôle ou est contrôlée par lui au sens de l'article L. 233-16, sauf s'il s'agit d'une rémunération perçue au titre d'un mandat ad hoc ou d'une mission de règlement amiable ou de conciliation réalisée pour le même débiteur ou le même créancier.

La personne ainsi désignée devra attester sur l'honneur, lors de l'acceptation de son mandat, qu'elle se conforme à ces interdictions.

-ii) par un juge consulaire en fonction ou ayant quitté ses fonctions depuis moins de cinq ans.

Les formalités de la récusation sont fixées par les articles 21 à 28 du décret.

c) Rémunération (D 40 et s.)

Après avoir recueilli l'accord du débiteur, le président du tribunal fixe les conditions maximales de la rémunération du mandataire ad hoc, du conciliateur et, le cas échéant, de l'expert, lors de la désignation de l'intéressé, en fonction des diligences nécessaires à l'accomplissement de sa mission. Une provision peut être fixée.

Leur rémunération est arrêtée par ordonnance du président du tribunal préalablement à sa désignation mais si le mandataire ad hoc, le conciliateur ou l'expert, estime au cours de sa mission que le montant maximal est insuffisant, il en

informe le président qui fixe les nouvelles conditions en accord avec le débiteur .(art.D 40 et s)

3 - MISSION DU CONCILIATEUR **(L.611-7)**

Le conciliateur a pour mission de favoriser la conclusion d'un **accord amiable** destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise entre le confrère en difficulté et ses principaux créanciers ainsi que, le cas échéant, avec ses cocontractants habituels,.

Cet accord concernera les principaux créanciers ; car faute d'une procédure de vérification des créances dans le cadre de la procédure de conciliation, il serait impossible de connaître l'ensemble des créanciers du débiteur et, par conséquent, de parvenir à un accord avec eux, dans leur totalité.

Toutefois, l'accord pourra être étendu à « *ses cocontractants habituels* ».

En conséquence, l'accord ne regroupera plus le débiteur et ses seuls créanciers mais pourra également concerner des personnes qui, au moment de la procédure, ne détiennent pas nécessairement de créances sur le débiteur.

Le cocontractant « habituel » peut, en effet, rentrer dans la catégorie des créanciers et, le cas échéant, des principaux créanciers du débiteur. En revanche, il peut avoir été créancier du débiteur dans le passé et ne plus l'être au moment où se déroule la procédure de conciliation. Etant un cocontractant habituel de l'entreprise, il est cependant probable qu'il redevienne l'un de ses créanciers par la suite, si l'entreprise poursuit son activité ;

Le conciliateur 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.

Le conciliateur peut, dans ce but, obtenir du débiteur tout renseignement utile.

Le président du tribunal communique au conciliateur les renseignements dont il dispose et, le cas échéant, les résultats de l'expertise mentionnée au deuxième alinéa de l'article L. 611-6.

Le conciliateur rend compte au président du tribunal de l'état d'avancement de sa mission et formule toutes observations utiles sur les diligences du débiteur.

UNE INNOVATION MAJEURE : LES CREANCIERS PUBLICS POURRONT CONSENTIR DES REMISES DE DETTES AU COURS DE LA PROCEDURE DE CONCILIATION.

Les administrations financières, les organismes de sécurité sociale, les institutions gérant le régime d'assurance chômage prévu par les articles L. 351-3 et suivants du code du travail et les institutions régies par le livre IX du code de la sécurité sociale peuvent consentir des remises de dettes dans les conditions fixées à l'article L. 626-6 nouveau.

L'examen de la situation de nombreuses entreprises en difficulté montre que les créances résultant des obligations fiscales ou sociales du débiteur sont souvent les plus importantes dans le passif exigible. En pratique, en effet, le débiteur commence souvent par s'abstenir d'acquitter ses dettes fiscales ou sociales, préférant continuer à régler ses créanciers privés avec qui il est plus directement en contact, au jour le jour, dans le cadre de ses affaires. Cependant, la charge des dettes fiscales ou sociales impayées grossit et peut, en dernier lieu, le conduire à la cessation des paiements pure et simple.

Or, antérieurement au 1^{er} janvier 2006, aucune disposition ne permettait aux créanciers publics d'accorder au débiteur des remises de dettes au stade du règlement amiable avec le débiteur.

Certes, il était possible de consentir au débiteur des délais de paiement pour ses

dettes fiscales ou sociales dans le cadre du décret n° 97-656 du 30 mai 1997 instituant dans chaque département une commission des chefs des services financiers et des représentants des organismes de sécurité sociale

Par ailleurs, la jurisprudence a estimé que le juge pouvait faire usage, même à l'égard des dettes fiscales ou sociales, des possibilités de prorogation des délais offertes par l'article 1244-1 du code civil

Cette situation n'était cependant pas satisfaisante.

Prenant acte de ces remarques, la loi nouvelle autorise donc, dans le cadre de la procédure de conciliation, les administrations financières, les organismes de sécurité sociale, les institutions gérant le régime d'assurance, ainsi que les institutions régies par le livre IX du code de la sécurité sociale à consentir des remises de dettes au profit du débiteur.

Cette énumération couvre l'ensemble des organismes chargés de gérer ou recouvrer les créances de nature fiscale, parafiscale ou sociale détenues sur les entreprises.

Ces remises ne pourront toutefois être accordées que dans les conditions fixées par l'article L. 626-4-1 du code de commerce,. Cette précision implique que, tout comme dans le cadre de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire : les créanciers publics ne pourraient accepter des remises de dettes que concomitamment à celles qui seraient accordées par les créanciers privés.

Cette exigence est en tous les cas justifiée car il ne conviendrait pas que seuls les créanciers publics, qui gèrent les deniers de la Nation, prennent les mesures destinées à sauver une entreprise si les créanciers privés ne prennent pas des mesures dans le même sens. Elle permet en outre d'assurer la compatibilité de ces remises de dettes avec les règles communautaires relatives aux aides d'Etat. En revanche, elle n'implique nullement que les créances remises soient, par leur volume et leur nature, identiques à celles remises par les créanciers privés, chaque créancier demeurant libre de définir

la limite de la remise qu'il lui est possible d'octroyer au débiteur.

TOUTEFOIS, un régime différent s'appliquera aux sommes dues au titre des impôts directs et au titre des impôts indirects.

Ainsi, l'ensemble des impôts directs perçus au profit de l'Etat et des collectivités territoriales ainsi que des produits divers du budget de l'Etat dus par le débiteur pourra être remis en principal.

En revanche, s'agissant des impôts indirects perçus au profit de l'Etat et des collectivités territoriales, seuls les intérêts de retard, majorations, pénalités ou amendes pourront faire l'objet d'une remise.

Les créanciers visés ci-dessus pourront aussi décider des cessions de rang, de privilège ou d'hypothéquer ou de l'abandon de sûretés. (L.626.6)

4. POUVOIRS DU PRESIDENT PENDANT LA PHASE DE NEGOCIATION

A LE PRESIDENT ET LE CONCILIATEUR ONT UNE 'OBLIGATION RECIPROQUE D'INFORMATION (L 611-7 §4)

La loi institue une **obligation d'information continue du président du tribunal. par le conciliateur** (L 617-7 §4).

Le président doit communiquer au conciliateur les renseignements dont il dispose et le résultat de l'expertise.

B LE PRESIDENT A LE DROIT DE SUSPENDRE LES POURSUITES (L.611-7 § 5)

La loi nouvelle prévoit la suppression pure et simple du mécanisme de la suspension provisoire des poursuites. Cette modification de l'état du droit impliquerait donc qu'aucun obstacle ne puisse être opposé aux créanciers qui, pendant le déroulement de la conciliation, décideraient d'intenter des actions en justice dans le but

d'obtenir un paiement ou d'obtenir la résolution d'un contrat le liant à notre confrère pour défaut de paiement.

Pour pallier cet inconvénient, l'article L.611-7 §5 nouveau dispose que le président du tribunal a le droit de faire application des articles 1244.1 à 1244.3 du Code Civil.

La procédure applicable est définie par l'article D 28 du décret.

Inscrit dans le droit général des contrats, l'article 1244-1 et suivants du code civil n'est pas spécifique aux procédures collectives. Il permet au juge de :

- reporter ou échelonner, dans la limite de deux années, le paiement des sommes dues par le débiteur à ses créanciers ;

- prescrire, par décision spéciale et motivée, que les sommes correspondant aux échéances reportées porteront intérêt à un taux réduit qui ne peut être inférieur au taux légal ou que les paiements s'imputeront d'abord sur le capital.

En vertu de l'article 1244-2, la décision du juge d'octroyer l'une ou l'ensemble de ces mesures a également pour effet de suspendre automatiquement les procédures d'exécution qui auraient été engagées par le ou les créanciers.

En droit commun, le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour faire application de ces mesures.

Cette latitude a été conservée dans le cadre de la procédure de conciliation, le texte précisant seulement que le juge ne pourrait intervenir sur la base de ces dispositions *qu'à la demande du débiteur* et « **après avoir été éclairé par le conciliateur** ».

Cette formulation implique que le conciliateur devra présenter au président du tribunal un rapport détaillé de la situation, son intervention ne devant pas se limiter à un simple avis limité à l'opportunité de faire

application des articles 1244-1 et suivants du code civil.

Il y a cependant lieu de relever que les mesures ordonnées par le juge en vertu des dispositions susvisées n'auront pas une portée absolue. En effet, les créances nées d'un effet de commerce, ainsi que les créances salariales, ne peuvent être soumises à l'une quelconque de ces mesures. En outre, ces dernières n'ont aucun caractère collectif, car le juge doit statuer à l'occasion de chacune des poursuites intentées par l'un des créanciers.

Par ailleurs, en ce qui concerne la compétence rationae materiae, la loi a utilement consacré la compétence exclusive du juge « qui a ouvert la procédure » pour l'application des délais de paiement prévus par les dispositions précitées du code civil.

5 L' ECHEC : LA CESSATION ANTICIPEE DE LA MISSION DU CONCILIATEUR.

L'amplification des risques

Le maintien de la procédure de conciliation jusqu'à l'expiration du terme initialement prévu dans la décision de désignation du conciliateur n'est, dans certaines hypothèses, pas justifié. Tel est le cas notamment lorsque le conciliateur constate l'impossibilité de **parvenir à un accord amiable entre le débiteur et ses créanciers**.

En conséquence, la loi prévoit que, dans une telle situation, le conciliateur informe sans délai le président du tribunal de cette impossibilité afin que ce dernier mette fin à sa mission, cette décision étant notifiée au débiteur.

De même, la procédure peut être arrêtée sur demande du débiteur. (art.D-30)

Nous attirons l'attention de nos confrères sur les conséquences éventuelles d'un échec de la conciliation, échec prévu par l'article L.631-4 .

En cas d'échec de la procédure de conciliation, le tribunal applique le second alinéa de l'article L. 631-4, en cas d'échec de la procédure de conciliation quand il ressort

du rapport du conciliateur que le débiteur est en cessation de paiement -, le tribunal alors se saisit d'office pour statuer sur une procédure de redressement judiciaire, Attention cependant, si le tribunal constate que les conditions mentionnées à l'article L. 640-1 sont réunies, c'est-à-dire si le débiteur est en cessation des paiements et si le redressement est manifestement impossible. il ouvre une procédure de liquidation judiciaire. et ce conformément à l'article L. 640-4 §2.

Les conséquences de la liquidation seront examinées ci-après.

II

CONSTATATION OU HOMOLOGATION DE L'ACCORD AMIABLE

La loi introduit **deux mécanismes juridiques distincts destinés à sécuriser l'accord intervenu au cours de la procédure de conciliation** entre le débiteur et ses principaux créanciers.

I LE CONSTAT DE L'ACCORD DE CONCILIATION PAR LE PRÉSIDENT DU TRIBUNAL (L.611-8 - I)

Le texte permet au débiteur et à ses créanciers de **solliciter du président du tribunal qu'il « constate » l'accord intervenu.**

Le président du tribunal **devra** être saisi à cet effet par une requête conjointe des parties, ce qui nécessite l'accord des créanciers signataires qui renoncent donc à bénéficier du régime d'homologation analysé ci-dessous .

L'objet de l'intervention du juge sera limité.

En premier lieu, il lui reviendra seulement de « constater » l'accord intervenu entre les parties.

Le président du tribunal de grande instance n'effectuera donc qu'un **contrôle purement formel sur :**

- **l'existence d'un accord** intervenu entre les parties, **sans possibilité d'en examiner le contenu ;**

- **l'existence d'une déclaration du débiteur certifiant qu'il ne se trouve pas en état de cessation des paiements** à la date de la conclusion de l'accord ou, si la procédure de conciliation a été ouverte après la survenance de celle-ci, que « cet accord y met fin ».

Cette déclaration engagera seulement le débiteur, et toute fausse déclaration serait susceptible d'être sanctionnée sur la base des délits prévus par le code de commerce ou le code pénal.

En second lieu, le constat de l'accord par le juge aura pour conséquence de **donner force exécutoire à l'accord amiable.**

La constatation de l'accord aura pour autre conséquence de mettre fin, de manière automatique, à la procédure de conciliation.

Nous soulignons une différence majeure entre le jugement **d'homologation** de l'accord par le tribunal et l'ordonnance du président du tribunal **constatant l'accord intervenu. En effet, l'ordonnance, elle, ne fera pas l'objet de mesures de publication, et ce afin de garantir sa confidentialité.**

Par ailleurs, l'acte par lequel le président du tribunal donnera acte de l'accord intervenu ne sera pas susceptible de recours.

II L'HOMOLOGATION DE L'ACCORD PAR LE TRIBUNAL (L.611-8 –II ET D 33 et s.)

Le deuxième mécanisme institue une **procédure d'homologation par le tribunal, destinée à produire des effets juridiques sur les tiers.**

A la différence de la procédure du constat de l'accord, l'homologation de l'accord par le tribunal ne peut intervenir **qu'à la demande du débiteur**, compte tenu de la publicité attachée à cette procédure.

La décision d'homologation, qui ressortissait de la compétence du seul président du tribunal, **sera dorénavant prise par le tribunal dans son ensemble** sous la forme d'un jugement

Ainsi, ce sera désormais un organe collégial - formation du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance-, qui statuera sur l'homologation de l'accord au moyen d'un jugement rendu contradictoirement, (art D 33 §2°) et non plus par le biais d'une ordonnance.

A LES TROIS CONDITIONS DE L'HOMOLOGATION

Trois conditions cumulatives de fond, ne tenant pas au nombre de créanciers, parties à l'accord amiable, sont imposées pour permettre l'homologation de la convention :

- l'accord obtenu devra **constater que le débiteur n'est pas en cessation de paiement ou**, si la procédure a été ouverte dans les quarante-cinq jours suivant la cessation de paiement, **mettre un terme à cette situation**.

La nouvelle architecture des procédures de traitement des difficultés des entreprises prévue par la loi justifie pleinement cette exigence.

En effet, la procédure de conciliation est une procédure de prévention visant à éviter la panne de trésorerie que constitue la cessation des paiements ou, à tout le moins, que cette situation se pérennise pendant plus de quarante-cinq jours. A défaut, il faut renforcer les actions de sauvetage de l'entreprise et ouvrir des procédures de traitement des difficultés telles que le redressement ou la liquidation judiciaires. L'accord amiable qui ne satisferait pas à cette condition de fond serait, au mieux illusoire, au pire inutile, puisqu'il ne permettrait aucunement au débiteur de sortir des difficultés qu'il rencontre ;

-les termes de l'accord devront être de nature à assurer la pérennité de l'entreprise. Cette condition paraît naturelle, dans la mesure où l'objectif assigné aux procédures de prévention et de traitement des entreprises reste de permettre à celles qui connaissent des difficultés de poursuivre leur activité économique.

A notre avis, les termes retenus par la loi confèrent au tribunal un important pouvoir d'appréciation dont il ne disposait pas, dans cette ampleur, antérieurement. Il devra en effet analyser si les mesures prévues dans l'accord seront suffisantes pour résoudre les difficultés rencontrées et maintenir l'activité de l'entreprise. A cet effet, le tribunal disposera de l'ensemble des informations sur la situation du débiteur qu'il aura lui-même obtenues sur la base des dispositions des articles L. 611-2 et L. 611-6 ainsi que de celles qu'il se sera fait communiquer, le cas échéant, par le conciliateur.

-l'accord ne devra **pas « porter atteinte » aux intérêts des créanciers non-signataires.** Cette exigence s'entend indépendamment des mesures de report ou d'échelonnement des dettes, ainsi que des réductions d'intérêt qui auraient pu être accordés, au cours de la procédure de conciliation, par le président du tribunal sur le fondement des articles 1244-1 et suivants du code civil.

La procédure de conciliation n'est pas une procédure « collective », il s'agit d'une procédure conventionnelle de traitement précoce des difficultés.

Certains créanciers peuvent s'engager par voie d'accord amiable avec le débiteur, tandis que d'autres sont tout aussi fondés juridiquement à ne pas traiter contractuellement avec celui-ci. Tant que l'accord n'a pas été homologué, il n'a, en vertu du droit commun des obligations, qu'un effet relatif et, de ce fait, reste inopposable aux tiers. Mais la situation change du fait de l'homologation qui rend

alors l'accord opposable à tous les créanciers.

La dernière condition exigée essaye donc de **ménager la situation des créanciers** non-signataires afin que ceux-ci ne voient pas leur situation totalement dégradée par la signature d'un accord qui aurait pour effet pratique de rendre impossible tout règlement de leurs créances. On doit néanmoins relever que, en vertu de l'article L. 611-10, un **recours en tierce-opposition** pourra être exercé, permettant aux créanciers de contester un accord qui leur serait préjudiciable.

L'examen du respect de cette condition par le tribunal devra emporter, pour ce dernier, une nouvelle et importante marge d'appréciation. Il devra en effet déterminer, au cas par cas, si les intérêts des créanciers non-signataires ne sont pas sacrifiés par l'accord, notamment en examinant si les garanties éventuellement prises par les signataires de l'accord ne sont pas disproportionnées par rapport aux efforts qu'ils auraient consentis, ce qui pourrait être de nature à priver certains créanciers non-signataires de leurs sûretés.

Dans l'hypothèse où le tribunal estimera ces conditions remplies, il aura alors compétence liée **pour** homologuer l'accord.

B LE DEBAT JUDICIAIRE PREALABLE A L'HOMOLOGATION (L.611-9)

Le transfert au tribunal de la compétence pour homologuer l'accord est prévu par l'article L. 611-8 II emporte par ailleurs un **accroissement du caractère contradictoire de cette procédure.**

En effet, le texte prévoit que **le tribunal ne pourra statuer sur l'homologation qu'après avoir entendu, ou dûment appelé:**

- le débiteur ;
- les créanciers parties à l'accord ;
- **les représentants du** comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel.

Cette participation traduit la volonté de mieux associer les représentants du personnel à l'ensemble des procédures de

prévention **et de** traitement des difficultés des entreprises, les représentants des salariés étant jusqu'ici absents de la procédure de règlement amiable.

- le conciliateur ;
- le **ministère public.**

Cette intervention du ministère public marque à nouveau un renforcement de la présence du ministère public qui, déjà informé -en application de l'article L. 611-6 du code de commerce de l'ouverture de la procédure de conciliation, pourrait ainsi faire connaître au tribunal son avis sur le contenu de l'accord amiable.

-Le texte prévoit, en outre, que le tribunal pourra, à sa discrétion, décider d'**entendre « toute autre personne »** dont l'audition lui paraîtrait utile.

Cette faculté pourra permettre au tribunal d'entendre, le cas échéant, les créanciers non parties à l'accord qui pourraient invoquer une atteinte à leurs intérêts, l'expert désigné par le tribunal en application de l'article L. 611-6 ou les salariés eux-mêmes en l'absence d'une institution représentative du personnel.

Néanmoins, pour préserver une certaine confidentialité au contenu de l'accord soumis à l'homologation du tribunal, les personnes susmentionnées seront **entendues en chambre du conseil**, à l'instar de ce qui se pratiquait déjà dans le cadre des procédures de redressement et de liquidation judiciaires.

Particularité si le débiteur est un avocat :

Une disposition spécifique intéresse le cas où l'homologation concernerait un accord conclu entre un débiteur exerçant une profession indépendante et ses créanciers. En ce cas, de l'article L. 611-9-2 précise que l'Ordre professionnel dont relève le débiteur sera également entendu ou appelé dans les mêmes conditions par le tribunal.

C - EFFETS JURIDIQUES DE L'HOMOLOGATION (L611-10)

L'homologation met fin à la procédure de conciliation. et l'article L. 611-10 nouveau du code de commerce détermine les effets juridiques attachés à l'homologation de l'accord.

a) Ces effets sont au nombre de quatre.

En premier lieu, l'accord homologué suspend, pendant la durée de son exécution, toute action en justice ou poursuite individuelle exercée sur les meubles ou immeubles du débiteur dans le but d'obtenir le paiement des créances qui en font l'objet et ce pendant la durée d'exécution de l'accord homologué.

En deuxième lieu, l'homologation a pour conséquence de suspendre les délais impartis aux créanciers, parties à l'accord à peine de déchéance ou de résolution de leurs droits afférents à l'accord à l'encontre du débiteur.

En troisième lieu, l'homologation permet aux coobligés et aux personnes ayant consenti un cautionnement ou une garantie autonome de se prévaloir des dispositions de l'accord homologué.

Cette nouvelle disposition s'inspire d'une solution récemment dégagée par la chambre commerciale de la Cour de cassation, laquelle a jugé qu'une personne morale ayant souscrit un engagement de caution en faveur du débiteur pouvait se prévaloir des dispositions d'un accord amiable homologué⁷, cette jurisprudence pouvant s'expliquer par l'application pure et simple des articles 1287 et 2013 du code civil.

En dernier lieu, l'homologation de l'accord entraîne la levée de plein droit de toute interdiction d'émettre des chèques prononcée à l'encontre du débiteur résultant du rejet, avant l'ouverture de la procédure de conciliation, d'un chèque pour défaut de provision et ce dans les conditions prévues par l'article 38 du décret.

b) Une nouveauté: la copie valant acte exécutoire (art D 32°)

L'article 32 du décret dispose que la formule exécutoire est apposée sur l'ordonnance par le greffier du tribunal.

Des copies ne pourront être délivrées par le greffier qu'aux parties et aux personnes qui peuvent se prévaloir de l'accord.

Le décret précise que ces copies « valent titre exécutoire ».

c) Un précédent pour la création de l'Acte d'Avocat ?

Une telle disposition novatrice permettant de donner force exécutoire à une copie ne pourrait-elle pas s'appliquer à un acte d'avocat, déposé auprès d'une **Association Nationale de Conservation des Actes d'Avocat (A.N.C.A.A.)**, association qui poserait alors la formule exécutoire sur une copie, comme cela a été préconisé dans la chronique « Vers de nouvelles activités pour l'Avocat » publiée dans la revue des « Avocats à Paris » (n°31).

Cette nouvelle activité renforcerait la présence de l'avocat auprès de nos concitoyens et apporterait un domaine nouveau d'activité économique pour nos confrères.

D - LA PUBLICITE DE L'ACCORD ET DU JUGEMENT D'HOMOLOGATION. (L.611-10 et D 37)

a) Absence de publicité de l'accord de conciliation

En principe l'accord n'est pas rendu public. L'accord lui-même ne fait l'objet d'aucun dépôt et d'aucune mesure de publicité, de sorte que son contenu ne sera pas dévoilé aux tiers. (art D 37) mais uniquement aux parties et aux personnes qui peuvent s'en prévaloir.

Le rapport d'expertise ne sera communiqué qu'au conciliateur et au débiteur. (D 37)

Par ailleurs, l'accord homologué sera transmis au commissaire aux comptes **du**

débiteur, si ce dernier est soumis au contrôle légal de ses comptes.

b) Publicité du jugement d'homologation de l'accord.

Seul le jugement homologuant l'accord fera l'objet d'une mesure de publicité.

Celle-ci s'effectuera, tout d'abord, par son dépôt au greffe du tribunal de grande instance ayant prononcé le jugement, où tout intéressé pourra en prendre connaissance.(D 36)

En outre, le jugement fera l'objet d'une mesure de publicité spécifique au BODACC et dans un journal d'annonces légales.

Le jugement est déposé au greffe et tout intéressé pourra en prendre connaissance

L'accord lui-même ne fait l'objet d'aucun dépôt et d'aucune mesure de publicité, de sorte que son contenu ne sera pas dévoilé aux tiers.(art D 37), cette confidentialité est renforcée par le fait que l'article 33 du décret dispose que le jugement ne reprend pas les termes de l'accord ,il mentionne uniquement les garantis et privilèges constitués pour en assurer l'exécution ainsi que les montants garanties par le privilège spécial de l'article L 611-11

La publicité qui sera ainsi donnée au jugement d'homologation est une innovation, Elle est toutefois justifiée dans la mesure où l'article L. 611-11 nouveau du code de commerce institue un privilège de paiement au profit des créanciers ayant consenti une avance ou un crédit dans le cadre de l'accord homologué. Or, la création de ce privilège implique nécessairement une mesure de publicité à l'égard des tiers qui doivent être informés des conditions dans lesquelles l'actif du débiteur sera, le cas échéant, réalisé pour assurer le paiement de ses créanciers.

c) Absence de publicité du jugement de rejet

A l'inverse du jugement homologuant l'accord, le jugement refusant l'homologation

ne fera l'objet, selon le texte, d'aucune publication.

Ce choix découle de la volonté de ne pas accentuer la perte de crédit du débiteur. En effet, si l'échec de la conciliation devait être connu, la situation du débiteur à l'égard des tiers, et notamment de ses clients, pourrait être encore aggravée.

d) Appel du jugement de rejet

L'article L 611-10 précise, en outre, que **le jugement de rejet pourra faire l'objet d'un appel**. Ainsi, les parties à l'accord amiable, qu'il s'agisse du débiteur ou de ses créanciers, pourront obtenir du juge d'appel qu'il reconsidère la position des premiers juges. Cette possibilité permettra notamment au juge d'appel d'exercer un contrôle sur l'appréciation faite par le tribunal de commerce ou le tribunal de grande instance sur le respect des trois conditions de fond définies à l'article L. 611-8 du code de commerce.

La procédure d'appel a été définie par l'article 35 du décret

E RECOURS POUR TIERCE OPPOSITION

En outre, le jugement homologuant l'accord sera susceptible d'un recours en tierce-opposition (art.611-10) dans un délai de 10 jour à compter du dépôt au greffe.

Prévu par l'article 582 du nouveau code de procédure civile, ce recours est ouvert aux tiers qui s'estiment lésés ou menacés d'un préjudice par l'effet d'un jugement auquel ils sont restés étrangers. En principe, toute décision judiciaire peut faire l'objet d'un tel recours, sauf si la loi en dispose autrement. Juridiquement, cette précision ne s'imposait donc pas *a priori*, mais la loi a choisi de la mettre en exergue, l'Assemblée nationale ayant, bien qu'il s'agisse d'une précision à caractère réglementaire par nature, souhaité **limiter à dix jours** à compter de la mesure de publicité dont fait l'objet le jugement d'homologation le délai de recours en tierce-opposition. Ce délai devrait être de nature à

limiter la durée de l'insécurité juridique dont ferait l'objet l'accord homologué.

3 - SANCTIONS EN CAS D'INEXECUTION.(L.611.10 § 5)

Face à l'inexécution de l'accord homologué, le **tribunal ayant statué devra en prononcer la résolution**, c'est-à-dire le priver d'effet juridique **tant pour le passé que pour l'avenir**. Ainsi, les avances ou les délais de paiement qui auraient été consentis par les créanciers, parties à l'accord seraient rétroactivement remis en cause et ils recouvreraient leurs droits d'action sur le patrimoine du débiteur.

Le tribunal ne pourra toutefois ainsi statuer qu'après avoir été saisi par assignation à cette fin par l'une des parties à l'accord homologué.(art D 39°), toutes les parties à l'accord devant alors être appelées à la cause.

Le débiteur sera également **déchu de tout délai de paiement** qui aurait pu lui être accordé, notamment en application de l'article 1244-1 du code civil.

4 PRIVILEGE DE PAIEMENT POUR CERTAINS CREANCIERS –

L'article L. 611-11 nouveau du code de commerce institue un nouveau **privilège** particulier pour les créanciers qui auraient consenti un crédit ou une avance au débiteur dans le cadre de l'accord amiable à condition que celui-ci soit homologué.

Ce privilège bénéficie , uniquement en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde , de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire subséquente, aux personnes qui avaient consenti, dans le cadre d'un accord homologué par le tribunal :

1) un nouvel apport en trésorerie en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise et sa pérennité

2) un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise et sa pérennité.

Ce privilège permet ,en principe, à ces personnes d'être payés avant toutes créances nées antérieurement à l'ouverture de la conciliation si la conciliation échoue et se poursuit par une procédure de sauvegarde , de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire.

Toutefois, les créanciers signataires de l'accord homologué ne pourront en aucune façon bénéficier directement ou indirectement du privilège ainsi institué pour les concours antérieurs à l'ouverture de la procédure **de conciliation** ; il en va de même pour les apporteurs au capital social de la société.

5 LIMITATION DE LA RESPONSABILITE POUR SOUTIEN ABUSIF

Par ailleurs, il convient de rappeler que l'article 650-1 nouveau du Code de commerce limitant la responsabilité pour soutien abusif s'applique dans le cadre de la procédure de conciliation.

« Art. L. 650-1. - 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 d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours sont nulles. »

6.-EFFET DE L'OUVERTURE D'UNE PROCEDURE DE SAUVEGARDE, DE REDRESSEMENT OU DE LIQUIDATION JUDICIAIRES SUR L'ACCORD HOMOLOGUE

L'article L. 611-12 nouveau du code de commerce a pour objet de déterminer les effets de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de

liquidation judiciaire sur l'accord homologué par le tribunal

Art. L. 611-12. – «L'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire met **fin de plein droit** à l'accord constaté ou homologué en application de l'article L. 611-8. En ce cas, les créanciers recouvrent l'intégralité de leurs créances et sûretés, déduction faite des sommes perçues, sans préjudice des dispositions prévues à l'article L. 611-11.c'est à dire du privilège visé ci-dessus.

III

LES RISQUES A NE PAS DEMANDER LA CONCILIATION ?

A) Rappel des conditions d'ouverture de la conciliation

Nous rappelons que la procédure de conciliation peut être demandée si les deux conditions cumulatives suivantes sont remplies

- la présence d'une « difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible » du cabinet d'avocat, et

-l'absence d'un état de cessation des paiements « depuis plus de quarante-cinq jours».

B) L'inobservation de ces conditions :la liquidation judiciaire

L'absence de demande de procédure de conciliation peut entraîner de graves conséquences pour les professionnels libéraux :la procédure de liquidation judiciaire peut en effet s'appliquer **de plein droit**.

L'article .L. 640-4. nouveau du Code de Commerce dispose en effet que l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire **doit** être demandée par le débiteur au plus tard

dans les quarante-cinq jours qui suivent la cessation des paiements, s'il n'a pas dans ce délai demandé l'ouverture d'une procédure de conciliation.

Par ailleurs, en cas d'échec de la procédure de conciliation, le tribunal, statuant en application du second alinéa de l'article L. 631-4, c'est-à-dire en cas d'échec de la procédure de conciliation et lorsqu'il ressort du rapport du conciliateur que le débiteur est en cessation de paiement, se saisit d'office afin de statuer sur une procédure de redressement judiciaire

Par ailleurs, si le tribunal constate, que les conditions mentionnées à l'article L. 640-1 sont réunies, c'est-à-dire que le débiteur est en cessation des paiements et le redressement manifestement impossible, il ouvre une procédure de liquidation judiciaire.

i) Les risques patrimoniaux de la liquidation judiciaire

Ces risques ne seront pas analysés dans le cadre de la présente étude .Il s'agit notamment de la responsabilité pour insuffisance d'actif et de l'obligation aux dettes sociales.

Pour pallier ces risques patrimoniaux, les avocats devront donc prendre des mesures pour limiter les conséquences financières de la liquidation judiciaire

ii) Existe-t-il un risque de faillite personnelle et d'interdiction d'exercer sa profession ?

Les sanctions de la liquidation judiciaire ont été prévues dans le cadre du Chapitre III du Livre VI du titre V nouveau du Code de Commerce.

Ce chapitre III vise la faillite personnelle et les autres mesures d'interdiction.

Notamment, l'article L 653-8 nouveau du Code de Commerce permet au tribunal de prononcer, à la place de la faillite personnelle, l'interdiction de diriger, gérer,

administrer ou contrôler, directement ou indirectement,...à l'égard de toute personne mentionnée à l'article L. 653-1 *qui aura omis de faire, dans le délai de quarante-cinq jours, la déclaration de cessation des paiements, sans avoir, par ailleurs, demandé l'ouverture d'une procédure de conciliation.*

La question est de savoir si les avocats sont directement visés par l'article L 653-1 nouveau du Code de Commerce.

Cet article L 653-1 dispose en effet que lorsqu'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte les dispositions du présent chapitre (ndlr Chapitre V Des responsabilités et sanctions) s'appliquent « à toute personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé. »

Mais, la loi ajoute, **in fine**,

« ces mêmes dispositions (ndlr du chapitre III) ne sont pas applicables aux personnes physiques ou aux dirigeants de personne morale ,exerçant une activité indépendante et à ce titre ,soumises à des règles disciplinaires».

Ce texte exonératoire vise donc bien l'avocat.

Reprenant le texte de la loi, nous estimons, comme la Chancellerie, que le chapitre III du titre V du Livre VI nouveau du Code de Commerce c'est-à-dire de l'article L 653-1 à l'article L 653-11 ne s'applique pas à l'avocat et notamment la sanction de l'interdiction judiciaire de gérer son cabinet d'avocat, sanction prévue par l'article 653-8 nouveau du Code de Commerce en cas de liquidation judiciaire.

.Les autres phases de la liquidation prévues au chapitre I « *De la responsabilité pour insuffisance d'actif* » et au chapitre II « *De l'obligation aux dettes sociales* » peuvent cependant s'appliquer

C° DISPOSITIONS PRATIQUES DE PROTECTION

AU NIVEAU PRATIQUE, les avocats devraient prendre différentes dispositions pour mieux protéger leur patrimoine personnel et familial.

1) LA DECLARATION D'INSAISSABILITE DE L'HABITATION PRINCIPALE.

Les avocats pourront utiliser l'article 8 de la loi n° 2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique, qui permet à tout entrepreneur individuel en nom propre, y compris donc à l'avocat, de protéger son habitation principale des poursuites de ses créanciers professionnels en effectuant une déclaration d'insaisissabilité de son habitation principale devant notaire. Si l'habitation principale ainsi protégée est vendue ultérieurement, le prix de cession ne pourra pas être saisi par les créanciers professionnels, si cette somme d'argent est réemployée à l'acquisition d'une nouvelle résidence principale dans le délai d'un an.

2) L'ASSURANCE GARANTIE DES SALAIRES

En cas de difficultés financières, l'avocat individuel reste à titre personnel responsable des salaires.

L'article 177 de la loi de juillet 2005 a modifié l'article L 143-11-1 Nouveau du Code du Travail applicable au 1^{er} Janvier 2006 en permettant à l'avocat individuel et à ses salariés de prochainement bénéficier de l'AGS moyennant une cotisation raisonnable

3) VERS UNE INDEMNITE CHOMAGE POUR L'AVOCAT ?

En cas d'arrêt d'activité, les dirigeants salariés non mandataires des entreprises ont droit à des indemnités perçues contre cotisations.

Exclus de ce régime, des entrepreneurs individuels libéraux étudient la mise en place d'un régime facultatif couvrant ce risque économique. Des avocats pourraient y participer.

IV

DE NOUVELLES RESPONSABILITES POUR LES ORDRES

L'article L 653-1 –I in fine exonère l'avocat des sanctions judiciaires non pécuniaires de la liquidation judiciaire car celui-ci exerce une profession indépendante et est soumis aux règles disciplinaires de son Barreau.

Ce texte renforce donc l'utilité de l'Ordre mais aussi sa responsabilité et l'idée imaginative de voir supprimer les Ordres ne pourrait que replacer les avocats dans le droit commun de la liquidation judiciaire avec notamment la saisine du juge par le parquet.

Toutefois, devant la situation d'un état avancé de cessation de paiement d'un confrère, quelle pourrait être la responsabilité pour inaction d'un Ordre et de son Barreau. ?

Souvenons nous de l'affaire Cass.1^{ère} Civ.7 oct.1997 Ordre des Avocats/Babeau et autres Juris-classeur RC et assurances fascicule 330.

Il ne s'agit là que de réflexions qui pourront être éventuellement reprises et retravaillées par nos organisations professionnelles.

CONCLUSION

Cette loi est une loi de continuité.

Elle comporte cependant des réformes et innovations d'importance majeure dont la conciliation, objet de notre étude, au bénéfice des professions libérales et réglementées exerçant notamment à titre individuel.

Pour les avocats, et notamment les avocats exerçant à titre individuel, cette loi est une grande avancée.

-l'avocat est reconnu comme un entrepreneur qui bénéficie des mêmes garanties que ses homologues artisans, agriculteurs, commerçants ou industriels.

-Le tribunal de grande instance est seul compétent

-notre secret professionnel est protégé notamment dans les phases ultérieures de la procédure

-Les sanctions judiciaires de la faillite personnelle et d'interdiction de gérer ne sont pas applicables aux avocats qui resteront soumis à leur régime disciplinaire propre.

Il reste à cette loi de faire la preuve de son efficacité pour prévenir les difficultés des entreprises.

Nos confrères, dès la perception **des premières difficultés prévisibles ou réalisées** pourront recourir utilement à la nouvelle procédure de conciliation avec l'aide et la protection de leur Ordre, seraient ils en cessation des paiements depuis moins de quarante cinq jours, ce afin d'éviter, pour le moins, les sanctions financières, patrimoniales et de publicité des autres procédures prévues par la loi.

Code de commerce

APPLICABLE AU 1^{ER} JANVIER 2006

« **Art. L. 611-3.** - 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.

« **Art. L. 611-4.** - Il est institué, devant le tribunal de commerce, une procédure de conciliation dont peuvent bénéficier les personnes exerçant une activité commerciale ou artisanale 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.

« **Art. L. 611-5.** - La procédure de conciliation est applicable, dans les mêmes conditions, aux personnes morales de droit privé et aux personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé. Pour l'application du présent article, le tribunal de grande instance est compétent et son président exerce les mêmes pouvoirs que ceux attribués au président du tribunal de commerce.

« La procédure de conciliation n'est pas applicable aux agriculteurs qui bénéficient de la procédure prévue aux articles L. 351-1 à L. 351-7 du code rural.

« **Art. L. 611-6.** - Le président du tribunal 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.

« Outre les pouvoirs qui lui sont attribués par le second alinéa du I de l'article L. 611-2, le président du tribunal peut charger un expert de son choix d'établir un rapport sur la situation économique, sociale et financière du débiteur et, nonobstant toute disposition législative et réglementaire contraire, obtenir des établissements bancaires ou financiers tout renseignement de nature à donner une exacte information sur la situation économique et financière de celui-ci.

« La procédure de conciliation est ouverte par le président du tribunal, qui désigne un conciliateur pour une période n'excédant pas quatre mois mais qu'il peut, par une décision motivée, proroger d'un mois au plus à la demande de ce dernier. Le débiteur peut proposer un conciliateur à la désignation par le président du tribunal. A l'expiration de cette période, la mission du conciliateur et la procédure prennent fin de plein droit.

« La décision ouvrant la procédure de conciliation n'est pas susceptible de recours. Elle est communiquée au ministère public. Lorsque le débiteur exerce une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, la décision est également communiquée à l'ordre professionnel ou à l'autorité compétente dont, le cas échéant, il relève.

« Le débiteur peut récuser le conciliateur dans des conditions et délais fixés par décret en Conseil d'Etat. »

« **Art. L. 611-7.** - Le conciliateur 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.

« Le conciliateur peut, dans ce but, obtenir du débiteur tout renseignement utile. Le président du tribunal communique au conciliateur les renseignements dont il dispose et, le cas échéant, les résultats de l'expertise mentionnée au deuxième alinéa de l'article L. 611-6.

« Les administrations financières, les organismes de sécurité sociale, les institutions gérant le régime d'assurance chômage prévu par les articles L. 351-3 et suivants du code du travail et les institutions régies par le livre IX du code de la sécurité sociale peuvent consentir des remises de dettes dans les conditions fixées à l'article L. 626-6 du présent code.

« Le conciliateur rend compte au président du tribunal de l'état d'avancement de sa mission et formule toutes observations utiles sur les diligences du débiteur.

« Si, au cours de la procédure, 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.

« En cas d'impossibilité de parvenir à un accord, le conciliateur présente sans délai un rapport au président du tribunal. Celui-ci met fin à sa mission et à la procédure de conciliation. Sa décision est notifiée au débiteur. »

« **Art. L. 626-6.** - Les administrations financières, les organismes de sécurité sociale, les institutions gérant le régime d'assurance chômage prévu par les articles L. 351-3 et suivants du code du travail et les institutions régies par le livre IX du code de la sécurité sociale peuvent accepter, concomitamment à l'effort consenti par d'autres créanciers, de remettre tout ou partie de ses dettes au débiteur dans des conditions similaires à celles que lui octroierait, 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 et des collectivités territoriales ainsi que des produits divers du budget de l'Etat dus par le débiteur. S'agissant des impôts indirects perçus au profit de l'Etat et des collectivités territoriales, seuls les intérêts de retard, majorations, pénalités ou amendes peuvent faire l'objet d'une remise.

« Les conditions de la remise de la dette sont fixées par décret en Conseil d'Etat.

« Les créanciers visés au premier alinéa peuvent également décider des cessions de rang de privilège ou d'hypothèque ou de l'abandon de ces sûretés

« **Art. L. 611-8.** - I. - Le président du tribunal, sur la requête conjointe des parties, constate leur accord et donne à celui-ci force exécutoire. Il statue au vu d'une déclaration certifiée du débiteur attestant qu'il ne se trouvait pas en cessation des paiements lors de la conclusion de l'accord, ou

que ce dernier y met fin. La décision constatant l'accord n'est pas soumise à publication et n'est pas susceptible de recours. Elle met fin à la procédure de conciliation.

« II. - Toutefois, à la demande du débiteur, le tribunal homologue l'accord obtenu si les conditions suivantes sont réunies :

« 1° Le débiteur n'est pas en cessation des paiements ou l'accord conclu y met fin ;

« 2° Les termes de l'accord sont de nature à assurer la pérennité de l'activité de l'entreprise ;

« 3° L'accord ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers non signataires, sans préjudice de l'application qui peut être faite des articles 1244-1 à 1244-3 du code civil.

« **Art. L. 611-9.** - Le tribunal statue sur l'homologation après avoir entendu ou dûment appelé en chambre du conseil le débiteur, les créanciers parties à l'accord, les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, le conciliateur et le ministère public. L'ordre professionnel ou l'autorité compétente dont relève, le cas échéant, le débiteur qui exerce une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, est entendu ou appelé dans les mêmes conditions.

« Le tribunal peut entendre toute autre personne dont l'audition lui paraît utile.

« **Art. L. 611-10.** - L'homologation de l'accord met fin à la procédure de conciliation.

« Lorsque le débiteur est soumis au contrôle légal de ses comptes, l'accord homologué est transmis à son commissaire aux comptes. Le jugement d'homologation est déposé au greffe où tout intéressé peut en prendre connaissance et fait l'objet d'une mesure de publicité. Il est susceptible de tierce-opposition dans un délai de dix jours à compter de cette publicité. Le jugement rejetant l'homologation ne fait pas l'objet d'une publication. Il est susceptible d'appel.

« L'accord homologué suspend, pendant la durée de son exécution, toute action en justice et toute poursuite individuelle tant sur les meubles que les immeubles du débiteur dans le but d'obtenir le paiement des créances qui en font l'objet. Il suspend, pour la même durée, les délais impartis aux créanciers parties à l'accord à peine de déchéance ou de résolution des droits afférents aux créances mentionnées par l'accord. Les coobligés et les personnes ayant consenti un cautionnement ou une garantie autonome peuvent se prévaloir des dispositions de l'accord homologué.

« L'accord homologué entraîne la levée de plein droit de toute interdiction d'émettre des chèques conformément à l'article L. 131-73 du code monétaire et financier, mise en oeuvre à l'occasion du rejet d'un chèque émis avant l'ouverture de la procédure de conciliation.

« Saisi par l'une des parties à l'accord homologué, le tribunal, s'il constate l'inexécution des engagements résultant de cet accord, prononce la résolution de celui-ci ainsi que la déchéance de tout délai de paiement accordé. »

« **Art. L. 611-11.** - En cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire subséquente, les personnes qui avaient consenti, dans l'accord homologué mentionné au II de l'article L. 611-8, un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité sont payées, pour le montant de cet apport, par privilège avant toutes créances nées antérieurement à l'ouverture de la conciliation, selon le rang prévu au II de l'article L. 622-17 et au II de l'article L. 641-13. Dans les mêmes conditions, les personnes qui fournissent, dans l'accord homologué, un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité sont payées, pour le prix de ce bien ou de ce service, par privilège avant toutes créances nées avant l'ouverture de la conciliation.

« Cette disposition ne s'applique pas aux apports consentis par les actionnaires et associés du débiteur dans le cadre d'une augmentation de capital.

« Les créanciers signataires de l'accord ne peuvent bénéficier directement ou indirectement de cette disposition au titre de leurs concours antérieurs à l'ouverture de la conciliation. »

« **Art. L. 611-12.** - L'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire met fin de plein droit à l'accord constaté ou homologué en application de l'article L. 611-8. En ce cas, les créanciers recouvrent l'intégralité de leurs créances et sûretés, déduction faite des sommes perçues, sans préjudice des dispositions prévues à l'article L. 611-11. »

« **Art. L. 611-13.** - Les missions de mandataire ad hoc ou de conciliateur ne peuvent être exercées par une personne ayant, au cours des vingt-quatre mois précédents, perçu, à quelque titre que ce soit, directement ou indirectement, une rémunération ou un paiement de la part du débiteur intéressé, de tout créancier du débiteur ou d'une personne qui en détient le contrôle ou est contrôlée par lui au sens de l'article L. 233-16, sauf s'il s'agit d'une rémunération perçue au titre d'un mandat ad hoc ou d'une mission de règlement amiable ou de conciliation réalisée pour le même débiteur ou le même créancier. La personne ainsi désignée doit attester sur l'honneur, lors de l'acceptation de son mandat, qu'elle se conforme à ces interdictions.

« 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.

« **Art. L. 611-14.** - Après avoir recueilli l'accord du débiteur, le président du tribunal fixe les conditions de rémunération du mandataire ad hoc, du conciliateur et, le cas échéant, de l'expert, lors de la désignation de l'intéressé, en fonction des diligences nécessaires à l'accomplissement de sa mission. Sa rémunération est arrêtée par ordonnance du président du tribunal à l'issue de la mission.

« Les recours contre ces décisions sont portés devant le premier président de la cour d'appel dans un délai fixé par décret en Conseil d'État.

« **Art. L. 611-15.** - Toute personne qui est appelée à la procédure de conciliation ou à un mandat ad hoc ou qui, par ses fonctions, en a connaissance est tenue à la confidentialité. »