



N° 2094

ASSEMBLÉE NATIONALE

CONSTITUTION DU 4 OCTOBRE 1958

DOUZIÈME LÉGISLATURE

Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 11 février 2005.

RAPPORT D'INFORMATION

DÉPOSÉ

en application de l'article 145 du Règlement

PAR LA COMMISSION DES LOIS CONSTITUTIONNELLES, DE LA LÉGISLATION
ET DE L'ADMINISTRATION GÉNÉRALE DE LA RÉPUBLIQUE
en conclusion des travaux d'une mission d'information constituée le 16 octobre 2002 ⁽¹⁾

*sur la réforme du **droit des sociétés** – traitement des entreprises en difficulté,*

ET PRÉSENTÉ

PAR M. PASCAL CLÉMENT,

Député.

SYNTHÈSE
AUDITIONS

(1) La composition de cette Mission figure au verso de la présente page.

La mission d'information sur la réforme du droit des sociétés est composée de : M. Pascal Clément, *président* ; MM. Jacques-Alain Bénisti, Jérôme Bignon, Étienne Blanc, Marcel Bonnot, Christophe Caresche, Georges Fenech, André Gerin, Philippe Houillon, Michel Hunault, Sébastien Huyghe, Victorin Lurel, Alain Marsaud, Arnaud Montebourg, Xavier de Roux, Mme Ségolène Royal, MM. Rudy Salles, Jean-Pierre Soisson, Alain Vidalies, Jean-Luc Warsmann.

SOMMAIRE

Pages

INTRODUCTION.....	5
I. — UN CONSTAT D'INEFFICACITE QUI APPELLE DES EVOLUTIONS SIGNIFICATIVES	7
A. DES PROPOSITIONS D'AMELIORATION MULTIPLES, UNE EVALUATION DEJA REALISEE.....	7
B. UNE COMPARAISON ETRANGERE PORTEUSE D'ENSEIGNEMENTS.....	8
II. — LES VOIES DE LA REFORME : SAVOIR FAIRE EVOLUER LES ESPRITS, AUTANT QUE LES PROCEDURES.....	9
A. LA NECESSAIRE ADAPTATION DES OUTILS JURIDIQUES.....	9
1. Utiliser la variable temps en anticipant pour mieux réussir	9
a) <i>Améliorer la détection des difficultés</i>	<i>9</i>
b) <i>Assouplir et sécuriser le règlement négocié.....</i>	<i>10</i>
c) <i>Permettre d'ouvrir les procédures collectives avant la cessation des paiements</i>	<i>11</i>
2. Savoir appréhender les réalités économiques pour atteindre les finalités de maintien de l'emploi.....	11
a) <i>Concilier intelligemment les exigences de la transparence et celles du secret des affaires</i>	<i>12</i>
b) <i>Privilégier la négociation et la rapidité pour améliorer les perspectives de succès de la procédure.....</i>	<i>12</i>
c) <i>Optimiser l'articulation du dispositif avec les nécessaires exigences du droit du travail.....</i>	<i>14</i>
d) <i>Savoir préserver toutes les chances de succès de la cession de l'entreprise ..</i>	<i>14</i>
B. UNE DIMENSION PSYCHOLOGIQUE ESSENTIELLE : APPRENDRE A VAINCRE DES RETICENCES TRES ANCREES.....	15
1. Savoir dépasser les réticences du chef d'entreprise et de l'opinion publique économique.....	15
2. Faire œuvre de pédagogie.....	16
LISTE DES PERSONNES AUDITIONNEES.....	17
AUDITIONS.....	19
AUDITIONS (SUITE).....	99

INTRODUCTION

La commission des Lois a décidé, au début de la législature, de mettre en place une mission d'information sur le droit des sociétés, de façon à permettre d'aborder, de manière transversale, l'ensemble des évolutions législatives souhaitables en la matière.

Cette mission d'information, dont la création a été décidée le 25 septembre 2002, et qui comporte vingt membres émanant de l'ensemble des groupes composant l'Assemblée nationale, a achevé ses premiers travaux, portant sur le thème de la gouvernance de l'entreprise et de la place de l'actionnaire, au début de l'année 2004, par la publication d'un rapport d'information⁽¹⁾, traduit au plan normatif par une proposition de loi⁽²⁾.

Constatant ensuite, dans un contexte de ralentissement économique que, en dépit de la réforme intervenue il y a une dizaine d'années, à l'initiative de la commission des Lois de l'Assemblée nationale, par la loi du 10 juin 1994, le taux d'échec des redressements judiciaires et des procédures collectives prises dans leur ensemble demeurait excessivement élevé, la mission d'information a décidé de faire porter ses travaux suivants sur la problématique globale du traitement des entreprises en difficulté.

*

* *

Dans cette perspective, la mission a procédé à dix-neuf auditions au printemps 2004. Celles-ci ont permis d'entendre l'ensemble des acteurs concernés, répartis en trois grandes « familles » d'intérêts, souvent convergents, mais aussi parfois contradictoires entre eux.

1°) En tant que sujets des procédures collectives, les représentants des entreprises, ainsi que leurs conseils juridiques et financiers, incluant :

— les représentants des salariés, entendus parmi les premiers, car toute réforme des procédures collectives doit en premier lieu viser à préserver l'emploi, pour autant qu'il soit économiquement viable, fût-ce au prix de certains efforts de la collectivité. Les salariés sont également, s'il faut le rappeler, créanciers de l'entreprise en difficulté qui les emploie ;

— les représentants institutionnels (notamment les chambres de commerce et d'industrie) et syndicaux des entreprises, avec leurs spécificités, selon leur taille et leur activité – artisans, PME, entreprises en général, certaines professions libérales. Les représentants des entreprises présentent, s'il faut le

(1) Rapport d'information n°1270 du 2 décembre 2003.

(2) Proposition de loi n° 1407 de M. Pascal Clément sur la gouvernance des sociétés commerciales, déposée le 4 février 2004.

rappeler, la particularité d'être doublement concernés par le thème considéré, non seulement comme sujets potentiels des procédures mais aussi comme créanciers fournisseurs, menacés de l'effet de « domino » économique, au surplus généralement chirographaires, donc remboursés les derniers, lorsqu'ils ont la chance de pouvoir prétendre à un paiement.

Il a été pris soin, en l'occurrence, de ne pas entendre uniquement des représentants des entreprises d'Île-de-France, mais d'écouter tout aussi attentivement ceux des PME de province, qui, opérant dans un cadre économique et professionnel géographique plus restreint, doivent composer avec l'incidence de la diffusion rapide, parfois erronée, des rumeurs éventuelles portant sur la santé de leurs affaires et ne sont pas plongés dans l'anonymat parisien ;

— des avocats et des experts-comptables, conseils naturels des entreprises en bonne santé, autant que des entreprises en difficulté.

2°) des représentants des créanciers concernés, privés et publics, financiers et commerciaux. Ceux-ci comprennent :

— les créanciers financiers, dont il a souvent été dit que la réforme de 1994 avait principalement été opérée à leur profit, par une forme de « retour de balancier » après la loi de 1985, jugée orientée vers un apurement du passif favorable à l'entreprise ;

— les administrations chargés du recouvrement ou de la tutelle du recouvrement des créances publiques ;

— les gestionnaires du dispositif d'avance du paiement des créances salariales privilégiées que constitue l'AGS, exclusivement à la charge des entreprises ;

3°) des administrations impliquées, à quelque titre que ce soit, et de leurs auxiliaires, qu'il s'agisse :

— des administrations centrales (ministère de la Justice, CIRI – comité interministériel pour les restructurations industrielles) ou déconcentrées impliquées dans l'élaboration des procédures ou l'accompagnement de la gestion des difficultés des entreprises,

— des tribunaux de commerce, chargés de gérer les procédures, avec l'assistance des professions réglementées – administrateurs et mandataires judiciaires – qui en sont les auxiliaires.

*

* *

Ces diverses auditions ont permis de dresser un constat, qui confirme le sentiment répandu de l'inefficacité des procédures en vigueur, pour les entreprises en difficulté et leurs salariés, comme, également, pour leurs créanciers et plus généralement pour la santé du tissu économique. Elles ont également permis de constater que la plupart des économies développées, incluant nos principaux partenaires commerciaux, avaient opéré, depuis dix ans, une réforme des procédures applicables aux entreprises en difficulté, dans un sens globalement commun : celui de l'anticipation et de la négociation.

À l'aune de ce double bilan, comme des nombreuses approches évaluatives ou des suggestions de réforme émanant des divers acteurs concernés, la mission a retenu quelques axes de réforme de principe, qui lui ont paru s'imposer.

Elle s'est parallèlement réjouie de constater que le projet de loi, préparé simultanément par le Gouvernement, traduisait précisément ces mêmes orientations. Compte tenu du fait qu'elles sont marquées du sceau du bon sens et de la préoccupation d'un intérêt économique général bien compris, il est d'ailleurs loisible de se demander pourquoi la précédente majorité, qui avait déjà pleinement conscience du travail à accomplir, n'a pas été en mesure d'y consacrer la volonté politique nécessaire.

I. — UN CONSTAT D'INEFFICACITE QUI APPELLE DES EVOLUTIONS SIGNIFICATIVES

En dépit des améliorations substantielles permises par la loi du 10 juin 1994, les résultats obtenus au cours des années qui ont suivi, et ce jusqu'à aujourd'hui, révèlent une incapacité manifestement structurelle à organiser un redressement efficace des entreprises en difficultés : 90 % des procédures continuent inexorablement à aboutir à une liquidation, de manière constante, comme le rappelait déjà un précédent garde des Sceaux dans sa communication en conseil des ministres du 14 octobre 1998.

A. DES PROPOSITIONS D'AMELIORATION MULTIPLES, UNE EVALUATION DEJA REALISEE

Pourtant, sur l'ensemble de la décennie passée, les travaux et les réflexions sur la nécessaire réforme des procédures en vigueur n'ont pas manqué. Leur détail est précisé par le rapport sur le projet de loi de sauvegarde des entreprises, mais leur liste rapide – et non exhaustive – est singulièrement parlante.

Ainsi, c'est dès 1998 que le Gouvernement a lancé de premières réflexions sur la réforme souhaitable en la matière. La Cour de cassation a pour sa part produit, dans son rapport annuel pour 2002, des recommandations concrètes et opportunes. Les représentants institutionnels des entreprises ont également œuvré

en la matière, avec une grande constance dans le temps, qu'il s'agisse du MEDEF ou de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris.

Enfin, un travail complet d'évaluation a été réalisé – ce qui mérite d'être salué et incite à poursuivre en ce sens – par l'Office parlementaire d'évaluation de la législation, se fondant sur les conclusions de la consultation de trois experts représentant des origines très diverses (Cour de cassation, tribunal de commerce, université) ⁽¹⁾.

B. UNE COMPARAISON ETRANGERE PORTEUSE D'ENSEIGNEMENTS

Les administrations centrales, qu'il s'agisse de la Chancellerie, ou de la direction du Trésor et notamment du CIRI, ne sont naturellement intéressées aux dispositifs applicables à l'étranger, comme à leurs évolutions récentes. Les services du Sénat ⁽²⁾ ont également produit une analyse de droit comparée, plus concentrée sur les réformes intervenues récemment, notamment dans le monde anglo-saxon, dont il est cependant toujours difficile, pour un pays de droit romain, de s'inspirer trop directement sans de nécessaires précautions.

De ces nombreux travaux ressort une conclusion simple : la plupart des pays ont privilégié un dispositif simple, empreint de pragmatisme plus que d'esprit de système, avec un nombre limité de procédures. Celles-ci sont constituées, en règle générale :

— d'une procédure plus ou moins informelle, ouvrant généralement la possibilité d'imposer un accord à une minorité de créanciers réticents, et permise après comme avant l'apparition des difficultés concrètes marquant traditionnellement l'entrée dans l'univers judiciaire – la cessation des paiements ;

— et d'une procédure s'apparentant à la liquidation, lorsque la première procédure a échoué ou n'est pas susceptible de réussir.

En particulier, le célèbre « chapitre onze » des États-Unis d'Amérique, souvent cité en modèle en dépit de certains défauts également bien connus, ne constitue en rien une spécifique propre à cette économie, et a inspiré de nombreux autres pays. Une adaptation de notre droit en ce sens semble donc s'imposer, sans aucunement constituer une « aventure » juridique, sous réserve de faire l'économie de ce qui n'est pas transposable dans le droit français, ou de ce qui ne mériterait pas nécessairement de l'être.

(1) *Rapport de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation portant sur la législation applicable en matière de prévention et de traitement des difficultés des entreprises, présenté par M. Jean-Jacques Hyest, le 5 décembre 2001, doc. Assemblée nationale. n°3451.*

(2) *Les documents de travail du Sénat – Série Législation comparée – La sauvegarde des entreprises en difficulté – n° LC 135 – Juin 2004.*

II. — LES VOIES DE LA REFORME : SAVOIR FAIRE EVOLUER LES ESPRITS, AUTANT QUE LES PROCEDURES

Les voies de la réforme sont diverses, mais complémentaires : si l'amélioration de l'efficacité globale de notre dispositif repose sans doute sur des adaptations juridiques substantielles préalables, leur efficacité réelle est conditionnée par une évolution des esprits qui exigera certainement d'importants efforts de pédagogie et de conviction de la part – et en direction – de l'ensemble des acteurs économiques.

A. LA NECESSAIRE ADAPTATION DES OUTILS JURIDIQUES

1. Utiliser la variable temps en anticipant pour mieux réussir

La principale conclusion résultant des auditions de la mission d'information n'est nullement surprenante, mais exige pourtant une forme de « révolution culturelle » de la procédure collective telle qu'elle est conçue en France depuis deux siècles : elle repose sur l'idée suivant laquelle seule l'anticipation des difficultés permettra d'accroître les chances de succès du redressement de l'entreprise.

Pour obtenir le résultat optimal recherché, l'anticipation doit sans doute prendre plusieurs formes et être appliquée à toutes les étapes possibles où elle apparaît utile. Il s'agit notamment :

— de permettre la détection des difficultés le plus tôt possible, pour anticiper les difficultés que le dirigeant ne veut peut-être pas lui-même reconnaître et affronter, considérant qu'elles seront surmontables, cette fois-ci comme les précédentes, l'aléa économique étant consubstantiel à l'économie moderne ;

— d'anticiper, dans le sens des réformes entreprises par les pays étrangers de même niveau de développement économique, les difficultés avant qu'elles ne se concrétisent par une situation de cessation de paiements, cette dernière constituant jusqu'à présent le critère charnière de toutes les procédures en France ;

— d'assouplir les procédures de règlement négocié, en leur permettant de se dérouler également après la cessation des paiements.

a) Améliorer la détection des difficultés

L'amélioration de la démarche de détection des difficultés constitue un objectif, qui demandera encore beaucoup d'efforts pour être atteint : pour prendre un seul exemple, l'outil d'analyse que représentent les comptes annuels n'existe, ou du moins n'est connu de ceux qui doivent se fonder dessus pour asseoir leur démarche préventive – c'est-à-dire les présidents des tribunaux de commerce – que pour moins de la moitié des entreprises.

Dans le même temps, beaucoup de créanciers, notamment publics, et qui disposent des créances les plus importantes, ont développé des instruments performants de connaissance et de diagnostic des difficultés des entreprises, appuyés sur des données statistiques représentatives. Ces créanciers privilégiés par une information asymétrique ne font malheureusement pas partager leur connaissance des difficultés des entreprises à la communauté des autres créanciers et partenaires des entreprises considérés, y compris à ceux chargés d'une mission de détection des difficultés : en effet, leur objectif n'est pas la pérennisation de l'entreprise dans l'intérêt économique et social général, mais la récupération – certes non illégitime – des sommes qui leur sont dues.

Ainsi, l'URSSAF de Paris, qui connaît 60 000 demandes de délais de paiement par an, a développé un logiciel d'aide à la décision – dénommé Aïda – dont le diagnostic lui permet d'accorder des délais dans près des trois-quarts des cas avec un taux d'échec ne dépassant pas 10 % : cet outil lui permet d'apprécier finement la solvabilité des entreprises en retard de paiement, mais sans en faire partager les résultats ni aux autorités publiques en charge de la détection et de la prévention des difficultés des entreprises, ni *a fortiori* à d'autres créanciers, publics ou privés.

b) Assouplir et sécuriser le règlement négocié

Les procédures négociées et le mandat *ad hoc* – qui n'est pas une procédure et ne doit surtout pas le devenir – ont fait la preuve de leur efficacité, parce qu'ils interviennent en amont des procédures collectives, et parce qu'ils bénéficient d'une certaine confidentialité. Ce succès est d'ailleurs attesté par le fait que, dans certains cas, faire connaître l'existence d'une telle modalité de règlement amiable des difficultés en cours constitue précisément un élément de la politique de communication de l'entreprise fragilisée, de nature à répondre aux inquiétudes des milieux économiques.

Ce succès doit être conforté, en prenant toutefois garde, ce faisant, de ne pas en faire disparaître les avantages relatifs : il convient de permettre, lorsque les créanciers l'exigent et en font une condition de leur intervention, les conditions d'une sécurité juridique la plus solide possible, notamment en donnant à l'accord homologué des effets juridiques à l'égard des tiers ; inversement, les conditions de publicité minimale nécessaires pour ouvrir de tels effets juridiques ne doivent pas rendre l'accord impossible. L'équilibre doit être impérativement recherché, dans un esprit de flexibilité et d'adaptation aux différentes situations envisageables en pratique.

Par ailleurs, le succès du règlement amiable est parfois entaché par l'incertitude sur le fait que, lorsqu'il est engagé, l'entreprise peut parfois déjà se trouver en situation de cessation des paiements, mais que, pour donner toutes ses chances à la procédure, les tribunaux acceptent de ne pas se poser trop ouvertement cette question. En appliquant en réalité une définition de la cessation des paiements plus souple que celle posée strictement par la loi, et en s'inspirant

plutôt d'une « jurisprudence » novatrice de la Cour de cassation datant d'avril 1998, les tribunaux de commerce s'octroient une certaine souplesse de fait ⁽¹⁾. Conforter cette possibilité par la loi, en permettant l'engagement d'une procédure amiable alors que la cessation des paiements serait déjà apparue et en lui permettant de se dérouler ensuite normalement constituerait à l'évidence une avancée hautement souhaitable.

c) Permettre d'ouvrir les procédures collectives avant la cessation des paiements

Tous les praticiens, toute l'expérience étrangère et tous les échecs des procédures de redressement démontrent, s'il en était besoin, que la principale exigence d'amélioration des procédures collectives doit résider dans la possibilité de suspendre les poursuites de tous les créanciers avant que l'entreprise ne soit déjà dans l'impossibilité de faire face à ses échéances. En effet, le crédit de l'entreprise n'est alors pas encore irrémédiablement atteint, et, des efforts qu'ils sont susceptibles de consentir, les créanciers peuvent encore légitimement attendre un résultat positif, c'est-à-dire un remboursement au moins partiel de leurs créances, sinon la poursuite de leurs relations commerciales avec l'entreprise une fois celle-ci revenue *in bonis*.

2. Savoir appréhender les réalités économiques pour atteindre les finalités de maintien de l'emploi

En tout état de cause, compte tenu du fait que les relations contractuelles normales ont déjà été partiellement altérées entre l'entreprise en difficultés et ses partenaires, les procédures collectives se caractérisent par nature par les dérogations au droit commun qui les définissent.

Aussi le législateur doit-il concilier du mieux possible, ou, mieux, accepter de hiérarchiser des principes habituellement considérés individuellement comme essentiels et intangibles dans le cadre de relations normales entre particuliers, mais néanmoins devenus contradictoires entre eux, lorsque l'entreprise est entrée dans une zone de péril.

Toute la problématique du droit des entreprises en difficultés consiste en particulier à « mesurer » le droit de propriété des créanciers à l'aune du maintien du potentiel économique de l'entreprise lorsqu'elle n'est qu'en difficultés ponctuelles ou résultant d'une gestion défailante, mais qu'elle demeure fondamentalement viable une fois débarrassée d'un excès d'endettement que sa rentabilité ne permettrait plus de rembourser. Dans de telles circonstances, il n'est en effet plus possible de chercher à obtenir la satisfaction de tous en même temps, car celle-ci ne constitue plus un objectif atteignable.

(1) En retenant, au regard de l'actif disponible, le passif « exigible et exigé », là où la loi ne prévoit que le seul passif exigible.

a) Concilier intelligemment les exigences de la transparence et celles du secret des affaires

Les critiques formulées à l'encontre des procédures collectives durant les années passées ont principalement visé la transparence insuffisante dans lesquelles quelques-unes d'entre elles – toujours trop nombreuses – ont pu se dérouler, et dont certains acteurs économiques ont pu profiter aux dépens de l'entreprise elle-même, et de ses emplois.

Simultanément, une transparence absolue ne garantirait que l'échec assuré de la procédure car elle est, par nature, contradictoire avec le principe de confidentialité inhérente au secret des affaires : le crédit du dirigeant et de l'entreprise ne ressortent toujours que fortement diminués par toute publicité faite autour de leurs difficultés, même lorsque celles-ci ont déjà été résolues.

Il incombe donc au législateur de rechercher patiemment, parfois par un « tâtonnement » qui doit savoir rester humble, la formule réalisant l'équilibre optimal entre la transparence – nécessaire aux créanciers pour garantir leurs droits comme aux salariés qui ne doivent pas vivre la recherche des solutions comme une procédure dirigée exclusivement à leur rencontre – et l'exigence de préservation de la confidentialité – pour autant que celle-ci ne nuise pas aux droits de ceux qui font l'entreprise par leur travail, leurs fournitures, leurs achats ou leurs concours financiers.

Cette contrainte est particulièrement forte dans le cas du règlement négocié, qui, constitue aujourd'hui, à la suite du mandat *ad hoc*, la formule la plus fructueuse de sauvegarde de l'entreprise en difficulté, précisément parce qu'elle est négociée et parce qu'elle obère moins le crédit, donc l'avenir, de l'entreprise.

De la même manière, la question de la publicité des audiences de sanction des dirigeants doit être considérée de manière pragmatique, au regard de l'objectif recherché : s'il faut certes sanctionner le dirigeant malhonnête de manière publique, et placer le tribunal devant toute l'ampleur de ses responsabilités lorsqu'il prononce des sanctions personnelles, il est tout aussi nécessaire de ne pas inutilement jeter l'opprobre sur le dirigeant qui n'a été que malheureux, ou contre lequel il n'y aura lieu à prononcer aucune sanction.

b) Privilégier la négociation et la rapidité pour améliorer les perspectives de succès de la procédure

Les procédures collectives actuelles procèdent d'une démarche systématique et universaliste, du point de vue des créanciers, entièrement fondée sur le principe, mécaniquement appliqué, de l'égalité entre eux. Ce faisant, elles tendent à nier la réalité essentielle qu'est l'inégalité de droit comme de fait des créanciers :

— ils n’ont pas tous en effet la même capacité à agir pour faciliter ou empêcher l’entreprise de poursuivre son activité, une fois celle-ci débarrassée de dettes excessives résultant d’événements passés ;

— pour un même montant, leurs créances n’ont pas la même importance relative, car celle-ci dépend naturellement de leur propre taille respective;

— l’avenir du créancier est parfois lié à celui du débiteur, soit en raison d’un possible effet de « domino », soit à raison de l’intensité des relations commerciales que créancier et débiteur ont pu antérieurement nouer ;

— juridiquement, les garanties, sûretés et privilèges modifient sensiblement la probabilité de remboursement des créances.

Ainsi, un créancier important, mais avec une « petite » créance, peut parfaitement refuser de participer à l’effort commun visant à permettre à l’entreprise en difficulté de dépasser celles-ci, et, en conséquence, précipiter la disparition de l’entreprise. Pour autant, l’intérêt de ce créancier ne peut naturellement pas être totalement nié : seule la négociation, avec la menace d’une décision majoritaire traduisant l’intérêt commun, est de nature à ouvrir la voie du compromis le moins insatisfaisant pour tous. Ce type de décision doit être recherché tant par l’encouragement de la conciliation, démarche négociée par excellence, que par la constitution de comités de créanciers formalisés dans le cadre des procédures plus judiciaires.

Corollaire du principe de négociation, la contrainte de la rapidité doit également être omniprésente dans l’esprit du législateur : le crédit de l’entreprise, la motivation et la confiance de ses salariés et de ses partenaires économiques et commerciaux ne peuvent survivre à des délais et à des procédures qui, certes garantissent parfaitement les droits des créanciers, mais conduisent à ce que l’entreprise « meure guérie », et à ce que l’égalité des créanciers soit celle consistant à être tous titulaire de créances irrécouvrables.

Ainsi, le formalisme qui caractérise les procédures judiciaires doit-il systématiquement être apprécié au regard de ses coûts – coûts financiers directs des honoraires des professions réglementées auxiliaires de la procédure, ou coûts indirects résultant des délais induits par la procédure ; coûts de la démotivation des salariés comme de la direction, ou encore de la décrédibilisation de l’entreprise elle-même...

En tout état de cause, le débat sur le thème de la priorité à l’« économique » ou au « judiciaire », selon l’ampleur des dérogations acceptées aux principes contradictoires en présence, ne doit surtout pas donner lieu à une caricature outrancière, et c’est bien au législateur, exprimant la volonté générale dans le cas d’une situation économique de crise, qu’il incombe de décider de la hiérarchisation des priorités, et des exceptions aux principes fondamentaux qu’il est prêt à consentir en la circonstance.

c) Optimiser l'articulation du dispositif avec les nécessaires exigences du droit du travail

Toute réforme des procédures de résolution des difficultés financières des entreprises doit viser à préserver l'emploi, au niveau le plus élevé possible compte tenu de l'exigence impérative inverse consistant à ne pas transférer les difficultés financières et l'incertitude sur les emplois des créanciers eux-mêmes.

La France peut en l'occurrence se féliciter de disposer d'un outil de garantie des salaires impayés, dont nos partenaires communautaires ont été conduits à s'inspirer par la directive 80/987 CEE relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, récemment modifiée par la directive 2002/74/CE du 23 septembre 2002. La tradition française veut en effet que, en tant que créanciers, les salariés ne soient pas appelés à consentir ou à subir des sacrifices trop importants sur leurs créances.

Toutefois, alors qu'ils constituent la richesse principale de l'entreprise en termes de motivation et de savoir-faire, la préservation d'un avenir pour leur entreprise passe souvent, de manière malheureusement incontournable, par une réduction des charges d'exploitation, qui ne peut que rarement exclure la masse salariale, c'est-à-dire les emplois. De surcroît, les contraintes de temps exigent, bien souvent, que les décisions en matière d'emplois soient prises plus rapidement que le droit commun du licenciement économique des restructurations importantes le permettrait. Les accords de méthode prévus par la loi de programmation pour la cohésion sociale permettront, lorsqu'ils existeront, de réduire les délais des procédures en vigueur. Aussi les partenaires sociaux doivent-ils être incités à les négocier, à « chaud » comme, si possible, à « froid ». À défaut, et face à l'urgence des situations réelles, il convient que le législateur sache tenir équitablement la « barre » de l'intérêt général, entre la préservation des emplois viables et le formalisme prévu par le code du travail.

d) Savoir préserver toutes les chances de succès de la cession de l'entreprise

Si la continuation de l'activité est une garantie de l'emploi et de l'entreprise, il ne faut pas pour autant négliger le fait qu'elle peut également être obtenue dans le cadre d'une cession globale de l'entreprise à un tiers, économiquement intéressé et financièrement en mesure de faire face aux efforts nécessaires. Aussi le législateur doit-il lever tout obstacle juridique de nature à empêcher que les cessions globales puissent s'opérer dans les meilleures conditions possibles.

En particulier, s'il ne fait aucun doute qu'il convient de prévoir les moyens de faire disparaître les cessions réalisées dans des conditions trop contestables pour les salariés comme pour les propriétaires de l'entreprise qui en sont ainsi dépossédés, une telle orientation ne doit pour autant dissuader que les seuls repreneurs critiquables, et pas ceux qui s'intéressent au potentiel économique de

l'entreprise mais craignent de voir celui-ci trop vite disparaître si la cession a lieu tardivement après l'ouverture de la procédure collective, lorsque le capital humain de l'entreprise, comme d'ailleurs son crédit auprès de ses différents partenaires, se sera déjà complètement délité. En la matière, le réalisme économique doit primer.

B. UNE DIMENSION PSYCHOLOGIQUE ESSENTIELLE : APPRENDRE A VAINCRE DES RETICENCES TRES ANCREES

Aucune adaptation du droit, dans le sens précédemment préconisé, ne saurait se traduire par un effet positif réel si les acteurs, et surtout les sujets potentiels des procédures que sont les dirigeants des entreprises, ne se les approprient pas préalablement eux-mêmes.

Cette appropriation emporte deux exigences prioritaires : celle consistant à informer le chef d'entreprise des nouvelles possibilités, moins traumatisantes et moins périlleuses pour lui, que permettra l'anticipation de ses difficultés, et celle visant à lui faire vaincre ses réticences naturelles à faire connaître ses difficultés, surtout tant qu'elles ne sont encore précisément que prévisibles.

1. Savoir dépasser les réticences du chef d'entreprise et de l'opinion publique économique

Ces réticences sont, en l'occurrence, d'au moins deux ordres :

— d'une part, l'univers judiciaire ne présente guère d'attraits pour le chef d'entreprise – que ce dernier craigne la froideur et l'anonymat des tribunaux de commerce des grandes villes, la crainte inverse de la diffusion trop rapide de rumeurs infondées ou encore la présence ou l'information du parquet et la menace potentielle de sanctions, alors qu'il est prêt à « beaucoup » pour redresser l'entreprise dont il a la responsabilité.

En particulier, la concomitance de l'exercice de la mission d'aide au rebond et à la résolution des problèmes, et du pouvoir d'engager puis de prononcer une sanction financière lourde ou une faillite personnelle infâmante – missions confiées aux mêmes personnes du tribunal de commerce – ne peut à cet égard que conforter ces réticences ;

— d'autre part, le fait pour le dirigeant de faire connaître ses difficultés constitue encore, dans la culture économique française, un aveu d'échec souvent irrémédiable, qui ne tient pas suffisamment compte de la nature aléatoire des marchés, et des contraintes juridiques, fiscales ou encore financières de toute nature pesant sur l'entreprise. Le dirigeant qui a « subi » un redressement ou, pire, une liquidation, continue, dans l'appréhension du phénomène par ses pairs, à être perçu comme ayant « failli ». L'acceptation rationalisée du risque, condition impérative du succès des économies à forte valeur ajoutée, est encore trop étrangère à la culture économique française, qu'il s'agisse des acteurs financiers

ou de nombre de dirigeants, comme – mais on comprend mieux pourquoi – des salariés.

Ainsi, au-delà de l'effort nécessaire d'adaptation de la perception par les chefs d'entreprise des nouvelles procédures privilégiant l'anticipation, c'est sans doute tout le tissu économique dans son ensemble qui doit opérer une forme de « révolution copernicienne », de façon à rendre possible, et même normal, le rebond de l'entrepreneur ou du dirigeant simplement malheureux.

2. Faire œuvre de pédagogie

Il est incontestable que les procédures collectives françaises ne brillent pas précisément par leur simplicité. Le souci de respecter une certaine équité entre les intérêts, par nature souvent divergents, des créanciers, des salariés, de l'entreprise, et du tissu économique en général, a conduit à un droit complexe, caractérisé par des procédures pour la plupart – à l'exception du mandat *ad hoc* – très judiciairisées, faisant intervenir des auxiliaires de justice aux honoraires souvent ressentis comme une lourde charge, à supporter au plus mauvais moment.

L'ajout de nouvelles procédures, éventuellement alternatives, et pour certaines facultatives, susceptibles de se succéder selon une chronologie potentiellement très étalée dans le temps, procède de la recherche très légitime de disposer de la gamme des outils juridiques la plus complète possible, adaptée à des situations qui, de fait, diffèrent beaucoup entre elles.

Ce souci d'enrichissement des procédures accessibles exigera manifestement un effort de pédagogie considérable de la part des pouvoirs publics, à tous les niveaux : pour faire connaître les outils nouveaux et les modifications apportées à ceux en vigueur ; pour convaincre de leur utilité respective ; pour donner les clefs permettant de les utiliser au mieux.

La tâche que devra s'assigner le Gouvernement pour la mise en œuvre de la future loi de sauvegarde des entreprises ne pourra manifestement pas s'arrêter à la publication des décrets et des circulaires nécessaires à son application : il conviendra de mobiliser toutes les énergies, sans négliger aucun acteur, pour lui donner réellement vie et en retirer tous les fruits attendus.

LISTE DES PERSONNES AUDITIONNEES

	Pages
• M. Marc GUILLAUME, directeur des affaires civiles et du sceau, ministère de la Justice	19
• MM. Neil BATSON et Alf LAFIANDRA, avocats, cabinet Alston & Bird	31
• Table ronde des organisations syndicales représentatives des salariés (CFE-CGC, CFTC, CGT, FO)	39
• M. Jean-François BERNARDIN, président de l'ACFCI (Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie), M. Jean-Christophe DE BOUTEILLER, directeur général ; M. Michel TOURNIER, président de la Chambre de commerce et d'industrie de Rodez ; M. Henri MAZET, président de la Chambre de commerce et d'industrie de Montluçon	55
• Mme Ariane BOLENSKY, directrice générale de la Fédération bancaire française, Mme Annie BAC, directrice juridique	63
• M. Jean COURTIÈRE, rapporteur de la commission juridique de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, Mme Anne OUTIN-ADAM, directrice des développements juridiques	73
• Mme Perette REY, président de la Conférence générale des tribunaux de commerce et président du Tribunal de commerce de Paris	79
• Mme Évelyne GALL-HENG, présidente du Conseil national des administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires, M. Maurice PICARD, vice-président, M. Emmanuel HESS, ancien président	91
• M. Philippe LEROY, secrétaire général du CIRI (Comité interministériel pour les restructurations industrielles), M. Michel PELEGRY, magistrat	99
• M. Christian PROVOST, directeur du contentieux de la BDPME, M. Joseph TAMBA, conseiller juridique	111
• M. Gilbert COSTES, ancien président du Tribunal de commerce de Paris	117
• M. William NAHUM, président du Conseil supérieur de l'ordre des experts-comptables ; M. Michel DUSSAUX, président du conseil régional de l'ordre des experts-comptables de la Réunion	123
• Mme Brigitte LONGUET et M. Jack DEMAISON, avocats, Conseil national des barreaux ; Mme Églantine DE GRANVILLIERS, avocate, Barreau de Paris	135
• M. Alain GENITEAU, président de l'ASPAJ (Association syndicale professionnelle d'administrateurs judiciaires), M. Michel CHAUAUX, vice-président	145
• M. Jean-André TOULOUSE, avocat, cabinet Fidal	155
• M. Jean-Paul SIMONNOT, procureur de la République, tribunal de grande instance de Bobigny	163
• M. Pascal DANIEL, président du Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce, M. Christian BRAVARD, vice-président, M. Michel JALENQUES, secrétaire général, M. Jean-Marc BAHANS, greffier du tribunal de Bordeaux	169

- M. Bernard FIELD, président de la commission juridique du MEDEF, Mme Joëlle SIMON, directeur juridique 181
- M. Gérard ORSINI, président de la commission juridique et fiscale de la Confédération générale des PME (CG-PME), M. Pascal LABET, directeur du service économique et fiscal 189

AUDITIONS

**Audition de M. Marc GUILLAUME,
directeur des Affaires civiles et du Sceau**

(procès-verbal de la séance du 15 avril 2004)

Le président Pascal CLÉMENT : Vous ouvrez, M. le directeur, le deuxième volet de la mission d'information sur la réforme du droit des sociétés, dont le premier a donné lieu à la publication du rapport d'information sur la gouvernance des sociétés cotées. Nous nous attelons désormais à la question de la réforme des procédures collectives, sans limiter notre réflexion au cadre défini par le projet de loi en préparation à la Chancellerie, même si ce texte est intéressant et qu'il va dans le sens de ce qui est souhaité par tous depuis des années, et notamment par les professionnels des entreprises.

En ce qui nous concerne, nous avons certaines questions à vous poser :

— En quoi la réforme des procédures collectives envisagée par le ministère de la justice s'inspire-t-elle du droit américain et en quoi s'en éloigne-t-elle ?

— Par rapport au droit actuel, comment s'établissent les équilibres entre les différents acteurs de la procédure : chef d'entreprise, créanciers, mandataires, salariés ?

— Par ailleurs, le salarié est-il véritablement considéré comme un acteur ou est-il avant tout un enjeu des procédures collectives ? En particulier, la principale critique formulée à l'encontre du projet de loi est liée au fait que le salarié pourrait perdre le rôle qu'il a dans la législation actuelle : est-ce exact ?

— Enfin, la notion de cessation des paiements forme aujourd'hui le pivot des procédures collectives. Elle suscite une abondante jurisprudence, malgré son apparente simplicité. Dans votre avant-projet, la procédure de sauvegarde serait ouverte à tout débiteur « *qui justifie de difficultés susceptibles de conduire à la cessation des paiements* », ce qui ne nous semble pas d'une grande précision du point de vue juridique. Pouvez-vous nous rassurer sur ce point ? Comment envisagez-vous la procédure en pratique ? Quelle différence faites-vous avec la notion de « *difficulté juridique, économique et financière, avérée ou prévisible* » que l'on trouve comme fait déclenchant de la procédure de conciliation ?

M. Marc GUILLAUME : En introduction, je souhaiterais rappeler que ce projet se situe dans le prolongement de l'action engagée depuis deux ans pour que la question du droit économique soit traitée, du côté du Gouvernement, par la Chancellerie et, du côté du Parlement, par la commission des Lois. Pour être bien appliqué, en effet, le droit économique doit être bien rédigé. C'est ce que nous avons commencé à faire depuis deux ans, à la fois avec la loi sur les administrateurs judiciaires du 3 janvier 2003, la loi de sécurité financière du 4 août 2003, l'ordonnance du 26 mars 2004 sur le droit des sociétés à responsabilité limitée (SARL), l'ordonnance, en chantier, sur les valeurs mobilières et, à présent, la modification du Livre VI du code de commerce.

Tout le monde partage l'idée que le régime des procédures collectives issu de la loi du 25 janvier 1985 est inadapté à notre économie, qu'il a été instauré dans le cadre d'une économie dirigée, marquée par la nationalisation de la plupart des entreprises de crédit et des entreprises industrielles, et que l'ensemble de cette loi reposait essentiellement sur le redressement judiciaire. Or, même si la loi du 10 juin 1994 a heureusement corrigé un certain nombre d'aspects de la loi de 1985, elle n'a pas pu remettre à plat, à l'époque, l'ensemble du Livre VI : d'où la tâche de rénovation qui est devant nous aujourd'hui, qui s'impose d'autant plus que la loi de 1985 souffrait de l'absence de traitement en amont des difficultés des entreprises, et notamment de la faiblesse du traitement des solutions amiables. Sans doute des pratiques positives ont-elles été développées à divers endroits, par exemple au tribunal de commerce de Paris. Il fallait toutefois en dresser un bilan pour pouvoir les

généraliser, sans omettre les études de droit comparé qui peuvent apporter des éléments utiles. C'est ce que nous avons fait dans un très long processus, puisque le projet de loi en préparation est issu de démarches engagées en février 2003. Ainsi, tout d'abord, le garde des Sceaux a interrogé tous les parquets généraux pour faire remonter du terrain un certain nombre d'informations sur le bon ou le mauvais fonctionnement de ces procédures. Ensuite, nous avons mené, jusqu'à l'été 2003, une concertation ouverte avec l'ensemble des acteurs – syndicats de salariés, patronat, banques, administrateurs et mandataires judiciaires (AJMJ) – en interrogeant chacun sur les points positifs et négatifs de la procédure actuelle et en lui demandant quelle réforme il envisageait, sans que soient avancées, de notre part, de pistes à ce stade.

Sur la base de ces très larges auditions, nous avons rédigé un avant-projet de loi en septembre dernier, diffusé en octobre, qui a fait l'objet d'une deuxième phase de concertation, ce qui nous a permis de rédiger une deuxième, puis une troisième version qui ont conduit à la saisine du Conseil d'État au début de l'année 2004. Ce sont au total une année entière de concertation avec l'ensemble des acteurs, une centaine de rendez-vous et des centaines de pages de contribution qui nous laissent penser que nous avons une bonne vision de l'ensemble des points positifs et des difficultés. Le projet de loi est au Conseil d'État depuis janvier dernier ; il devrait être examiné par l'assemblée générale du Conseil d'État le 29 avril et passer en Conseil des ministres le 5 mai. Nous souhaiterions qu'une première lecture ait lieu au Parlement avant l'été, en vue d'une deuxième rapidement avant la fin de l'année, ce texte s'inscrivant véritablement dans l'action économique et sociale du gouvernement pour essayer de sauver davantage d'entreprises et d'emplois dans ce pays et correspondant pleinement à l'orientation exprimée par le Président de la République, lors des vœux qu'il a formulés aux forces vives de la Nation en janvier dernier.

De ce texte important – deux cents articles, un certain nombre d'articles ayant dû être renumérotés pour être codifiés –, je retiendrai huit mots-clés pour résumer les axes de la réforme : généralisation, anticipation, négociation, cohérence, cohésion sociale, moralisation, transparence et rapidité.

- *Généralisation*

C'est l'une des innovations importantes du projet : nous procédons à l'extension des procédures collectives aux professions libérales. Il s'agit là de l'une des lacunes majeures du dispositif juridique français, plusieurs centaines de milliers de personnes n'entrant dans aucun dispositif en cas de difficultés économiques de leur entreprise. Cette extension est un dispositif que nous avons mûrement discuté avec l'ensemble des professionnels libéraux, afin que les spécificités de ces professions puissent être intégrées dans le projet de loi : la compétence du tribunal de grande instance, la compétence des ordres – qui seront obligatoirement contrôleurs ou dont la compétence disciplinaire sera respectée –, le respect du secret professionnel, évidemment très important, à la fois pour les ordres médicaux et les avocats. De même, comme nous le verrons ultérieurement, certains cas qui concernent, par exemple, la faillite personnelle, ne sont pas applicables aux professions libérales. La concertation a permis de dégager des exceptions nécessaires.

- *Anticipation*

Nous souhaitons accentuer les procédures d'anticipation des difficultés des entreprises et d'intervention en amont de celle-ci. Certaines dispositions sont tirées de la pratique : détection précoce des difficultés avec possibilité de venir au tribunal de commerce ; possibilité, pour le président du tribunal de commerce, de convoquer le dirigeant qui n'a pas déposé ses comptes annuels ; s'il ne vient pas, possibilité d'obtenir la communication de tout document permettant d'avoir une image plus exacte de la situation de l'entreprise, etc.

Cependant, le cœur de l'anticipation réside dans les deux procédures nouvelles prévues par le projet : la procédure de conciliation et la procédure de sauvegarde.

Héritière de la procédure de redressement amiable existant dans le droit actuel, la procédure de conciliation en diffère cependant par sa définition et son effet juridique. Différente dans sa

définition, tout d'abord : afin qu'elle puisse traiter le plus en amont possible les difficultés juridiques, économiques ou financières, avérées ou prévisibles, dans lesquelles se trouve l'entreprise, elle intervient avant la cessation des paiements et vise à l'établissement d'un rapport synallagmatique entre le débiteur et ses créanciers, dont l'initiative est laissée au débiteur. Différente, ensuite, dans ses effets juridiques : pourquoi, jusqu'alors, ne parvenions-nous pas à convaincre créanciers et débiteurs de discuter le plus en amont possible pour traiter ces difficultés ? Parce qu'il n'y avait pas l'effet de droit lié à l'homologation, par le tribunal, de cet accord amiable éventuellement conclu.

Le président Pascal CLÉMENT : Il avait cependant des incidences au plan bancaire.

M. Marc GUILLAUME : C'est exact.

M. Xavier de ROUX : Et pourquoi ces effets de droit avaient-ils été refusés lorsqu'ils avaient été proposés dans le passé ?

M. Marc GUILLAUME : Je l'ignore. En ce qui nous concerne, nous avons prévu trois effets de droit très importants liés à l'homologation, par le tribunal, de l'accord obtenu à l'issue de la période de conciliation :

— l'absence de remise en cause des actes de la période dite suspecte ;

— le « privilège de l'argent frais », les personnes soutenant l'entreprise dans le cadre de l'accord étant remboursées en priorité ;

— la limitation des actions en responsabilité civile engagées à l'encontre des établissements financiers sur le fondement d'un soutien abusif.

Ces effets de droit tranchent par rapport au régime actuel, qui laisse au tribunal la possibilité de faire remonter en amont la date de la cessation des paiements, s'il estime qu'au moment de l'accord amiable, l'entreprise était déjà en cessation des paiements. Ceci conduit à une réticence des partenaires économiques de l'entreprise débitrice à passer cet accord amiable. Il était donc nécessaire de sécuriser ces accords pour les convaincre d'apporter des concours d'argent frais et prendre des mesures d'ensemble.

En l'occurrence, c'est la publication du jugement homologuant l'accord de conciliation qui produit les effets de droit. En effet, afin que les tiers qui auraient des créances puissent le savoir et, éventuellement, faire valoir leurs droits, il faut que le jugement homologuant l'accord soit public, ce qui conditionne l'existence des trois effets de droit. Cette solution concilie publicité et confidentialité : si une certaine publicité est nécessaire, il ne s'agit pas pour autant de rendre public le contenu de l'accord entre le débiteur et les créanciers ; cet accord doit même être frappé d'une certaine confidentialité pour que les mesures prises par le chef d'entreprise, en concertation avec ses créanciers, ne soient pas sur la place publique ni connues de ses concurrents, notamment.

Autre outil au service d'une meilleure anticipation, la procédure de sauvegarde constitue une innovation majeure du projet de loi. Vous demandiez, M. le Président, quel en était le critère et si les procédures étaient bien distinguées l'une de l'autre : nous le croyons. En effet, comme la conciliation, cette procédure intervient en amont, le principe en étant que, dès qu'il observe des difficultés, le débiteur se met en rapport avec ses principaux créanciers – ses banques et/ou son principal fournisseur, notamment. Toutefois, contrairement à la conciliation, cette procédure intervient à un stade beaucoup plus proche de la cessation des paiements : la situation de l'entreprise est plus difficile et a empiré par rapport à celle qui aurait pu donner lieu à la mise en œuvre de la procédure de conciliation ; dans ce cas, les difficultés sont susceptibles de conduire à la cessation des paiements. Par rapport à la conciliation, la différence principale est donc liée au fait que le débiteur estime qu'il a besoin d'une suspension provisoire des poursuites et que la simple renégociation avec ses créanciers sera insuffisante pour le sortir de ses difficultés économiques, financières ou juridiques, puisque celles-ci sont beaucoup plus sérieuses et de nature à le conduire à la cessation des paiements.

Seul le juge peut engager cette atteinte au droit des tiers qu'est la suspension provisoire des poursuites ; c'est lui qui, une fois saisi, pourra opérer cette suspension, vérifier qu'il n'y a pas de fraude et que – contrairement au droit américain, parfois critiqué sur ce point – cette procédure ne sera pas utilisée à des fins concurrentielles. C'est à ce niveau que le plan de sauvegarde équilibre les négociations entre le débiteur et les créanciers.

- *Négociation*

Nous souhaitons renforcer le fondement contractuel du droit des entreprises en difficulté. Vous l'avez rappelé, plusieurs lois du passé étaient faites au profit de l'un des acteurs : peut-être la loi du 13 juillet 1967 avait-elle été faite pour le débiteur de même que, *a fortiori* celle du 25 janvier 1985, avec l'espoir illusoire qu'en traitant le plus tard possible les difficultés, les emplois seraient davantage préservés. Peut-être s'était-on, à l'inverse, davantage soucié du créancier dans la loi du 10 juin 1994. Nous voulons cette fois une loi d'équilibre.

Nous avons renforcé ce fondement contractuel dans le cadre de la conciliation, *via* le renforcement de ses effets juridiques qui constitue une puissante incitation à contracter, sans substituer le conciliateur au chef d'entreprise. C'est d'ailleurs l'un des points sur lesquels la longue phase de concertation nous a permis d'avancer, pour que chacun des acteurs reste à sa place. Il n'y a pas, par exemple, de limitation dans les actes de disposition auxquels le chef d'entreprise pourrait procéder. Quant à la crainte éventuelle d'une « judiciarisation » de cette phase de conciliation, elle n'a pas lieu d'être, le juge étant uniquement chargé d'homologuer l'accord de conciliation, pour vérifier que le débiteur n'est pas en cessation des paiements, que les termes de l'accord sont de nature à pérenniser l'activité de l'entreprise et, surtout, que l'accord ne porte pas atteinte aux droits et aux intérêts des créanciers tiers.

La procédure de sauvegarde se situe également dans cette optique contractuelle, puisque notre projet laisse le chef d'entreprise pleinement maître de son entreprise dans la mesure où il n'est pas encore en cessation des paiements. Le projet de loi se borne à tenter d'organiser le dialogue, *via* l'innovation importante que représente la création, dans cette phase, des comités de créanciers dont l'objet est de mieux nouer le dialogue entre créanciers et débiteurs, pour des entreprises d'une certaine importance. Il existerait deux comités de créanciers : l'un rassemblant tous les établissements de crédit, l'autre regroupant les principaux fournisseurs. Ces comités auraient pour but d'instaurer le dialogue entre créanciers et débiteurs en vue de l'élaboration du plan de sauvegarde : remises de dette, modifications de capital, moratoires, réorganisation, etc. Il est très important que ce plan soit sanctionné par des votes permettant à chacun d'avoir sa place et fondamental que, même si c'est le débiteur qui propose ce plan, les créanciers puissent trouver leur place dans ce dialogue ; en cas d'accord entre les débiteurs et les créanciers, le vote des comités permettra d'étendre aux minoritaires de ces comités les mesures qui auront été décidées par la majorité. Enfin, il reviendra au tribunal de vérifier que le plan sauvegarde suffisamment les intérêts de tous les créanciers, y compris ceux qui ne font pas partie de ces comités.

- *Cohérence*

En quatrième lieu, ce projet de loi cherche à garantir la *cohérence* entre les différentes procédures, notamment par rapport aux deux phases « classiques » de notre droit actuel que sont le redressement et la liquidation judiciaires. S'agissant du redressement judiciaire, nous espérons beaucoup que, grâce aux phases de conciliation et de sauvegarde, nous aurons réussi à traiter la plupart des difficultés le plus en amont possible. Cependant, il restera évidemment des situations dans lesquelles le chef d'entreprise ou ses créanciers n'auront pas su anticiper la cessation des paiements ni prendre des mesures préventives. Il est hors de question, dans ce cas, notamment vis-à-vis des salariés, d'invoquer le manque de chance et de considérer la liquidation comme une conséquence inéluctable. C'est pourquoi, afin de donner une dernière chance à une procédure amiable, nous avons prévu que la conciliation puisse se produire dans le mois suivant la cessation des paiements. Par ailleurs, nous avons maintenu la phase de redressement, qui permet aujourd'hui de faire fonctionner 3 500 plans de continuation et 1 000 plans de cession. Par conséquent, il est très important de conserver cette chance de continuation de l'entreprise, notamment pour les salariés. Ce

n'est que lorsque la continuation se révèle impossible qu'il y aura liquidation judiciaire. Celle-ci répond donc à une définition nouvelle dans le texte : elle intervient lorsque le débiteur, manifestement dans l'impossibilité d'assurer la continuation de son entreprise par l'élaboration d'un plan, est décidé à mettre fin à l'activité ou à réaliser le patrimoine, d'où une organisation de la phase de liquidation.

- *Cohésion sociale*

Le projet, pour lequel nous avons rencontré et interrogé à plusieurs reprises l'ensemble des syndicats de salariés, vise, en sauvegardant les entreprises, à sauvegarder les emplois. Il est donc très important de préciser comment les salariés trouvent leur place dans le projet de loi.

Nous avons essayé de faire en sorte que les salariés puissent aider à la détection précoce des difficultés. Ce sont les dispositions qui figurent dans le texte sur le lien entre la capacité d'alerte du comité d'entreprise et celles des commissaires aux comptes. Cette réforme de l'alerte nous a été suggérée par les syndicats de salariés.

Par ailleurs, la place des salariés dans la conciliation a été considérablement accrue. L'audition des représentants du personnel est prévue de droit lors de l'audience relative à l'homologation. Dans la procédure de sauvegarde, une différence importante existe par rapport aux procédures américaines, puisque nous n'avons pas prévu de comité des salariés. En effet, il est impensable, dans le droit français, d'envisager ouvrir un comité pour solliciter les salariés sur une réduction éventuelle de leur rémunération. En outre, dans le cadre de cette procédure, c'est le droit commun du licenciement qui s'applique ; il n'existe pas, en l'espèce, de « basculement » sur les procédures particulières comme dans le redressement judiciaire. Vous aurez également noté qu'est prévue l'intervention possible, dans la procédure de sauvegarde, de l'association pour la gestion du régime de garantie des créances des salariés (AGS), avec le bénéfice que peuvent y trouver les salariés.

Enfin, je ne reviendrai pas, à ce stade, sur le bénéfice que les salariés d'un professionnel exerçant à titre individuel vont trouver du fait de l'application du droit des procédures collectives.

- *Moralisation*

C'est un point très important sur lequel je ne reviens pas. Chacun connaît les difficultés qui ont pu être relevées dans le passé à propos de cas individuels. Un grand nombre de dispositions dans notre texte visent à la moralisation, notamment : l'incompatibilité entre les fonctions de mandataire *ad hoc* ou les fonctions de conciliateur et l'exercice de missions rémunérées par l'entreprise ; l'incompatibilité entre les fonctions de juge consulaire et l'exercice de la fonction de mandataire *ad hoc* ou de conciliateur ; l'obligation d'assurance en responsabilité civile professionnelle pour le mandataire *ad hoc* ; l'interdiction faite aux créanciers contrôleurs d'acquiescer des actifs de la procédure.

Enfin, un certain nombre de mesures visent à ce que les critiques émises à l'encontre du droit des procédures collectives et d'un certain type de cessions ne puissent plus perdurer.

- *Transparence*

Ce point reprend une idée proche de la précédente. Il vaut autant s'agissant de la définition de l'objectif de la liquidation judiciaire que de la publicité des procédures en matière de conciliation, au profit du débiteur, du représentant des salariés et du mandataire. Le souci de transparence justifie également l'accessibilité à tous des projets de reprise par la voie du plan de cession.

- *Rapidité*

Elle est au cœur de plusieurs des mesures du projet, notamment la liquidation simplifiée pour les PME, qui a pour objectif de ne pas examiner une à une toutes les créances de l'entreprise, puisque

les actifs sont de toute façon insuffisants pour toutes les éteindre. D'autres mesures, comme la suppression de la clause suspensive du parquet, visent ce même objectif de rapidité.

Je suis revenu sur ces huit mots-clefs, M. le président, pour indiquer que le projet de loi essaye de définir un équilibre entre tous les intérêts en présence. Certes, lorsqu'une entreprise est en difficulté, voire lorsqu'elle devra être liquidée, et que, par définition, il n'y a donc pas assez d'actifs pour payer l'ensemble des créanciers, ce n'est pas le droit qui peut rendre les entreprises économiquement plus rentables ou les produits meilleurs. Le rôle du droit en l'occurrence est de parvenir à traiter ces difficultés le plus en amont possible, en présentant un équilibre entre les diverses parties en présence. Tel est l'objectif que nous nous sommes assigné.

Le président Pascal CLÉMENT : En quoi ce projet s'inspire-t-il du droit américain ?

M. Marc GUILLAUME : Il est essentiel qu'avant la cessation des paiements, une procédure permette la suspension provisoire des poursuites : c'est le cœur de la procédure de sauvegarde. L'idée, inspirée de l'exemple américain, est de donner une chance à l'entreprise qui n'est pas en cessation des paiements de se mettre sous la protection de ce régime juridique pour essayer de rebondir. Cette possibilité de suspension provisoire des poursuites existait certes, dans notre droit, dans le cadre de l'accord amiable, mais elle n'était jamais utilisée, pour les raisons évoquées précédemment. En bref, ce régime de la sauvegarde vise à permettre à l'entreprise de se réorganiser avant qu'elle soit vraiment au fond du gouffre.

L'autre élément qui emprunte au système américain réside dans l'accent porté sur le rapport contractuel entre le débiteur et le créancier. Ce principe est étendu aux créanciers publics, qui forment une sorte de « troisième comité » et ont la possibilité de contracter en vue d'un abandon de certaines de leurs créances.

Nous nous différencions cependant du droit américain, notamment dans le traitement des salariés, fidèle à l'aspiration économique et sociale de notre droit.

Le président Pascal CLÉMENT : Je vous félicite pour cette synthèse. Par rapport au régime actuel, en quoi les salariés pourraient-ils estimer qu'ils sont moins bien traités ?

M. Marc GUILLAUME : Certaines critiques ont argué de ce que le projet n'était pas assez – ou trop – favorable aux créanciers ou aux débiteurs, mais aucune n'a eu pour objet la place que nous accordions au salarié. Au contraire, nous avons essayé d'accroître la place du salarié par des mécanismes divers et, en tout cas, de ne pas diminuer ses droits. Notamment, la disposition sur l'alerte en lien avec les commissaires aux comptes est issue de la concertation. Plus encore, je dirai que notre projet de loi vise globalement à une plus grande humanisation des procédures, c'est-à-dire à mieux prendre en compte la personne physique. Ainsi, le dispositif des sanctions est rénové dans le texte afin de distinguer l'entrepreneur délinquant de l'entrepreneur malchanceux. Il est tout à fait normal que des sanctions sévères existent pour le premier et que l'on cherche à l'écarter de la vie des affaires. En revanche, l'entrepreneur d'une petite PME dont le produit n'a pas marché ne doit pas être poursuivi toute sa vie, sans possibilité de rebondir.

Le président Pascal CLÉMENT : Que répondez-vous à la critique fondée sur le fait que la procédure de sauvegarde va « sonner le tocsin », en particulier pour les banquiers et les fournisseurs ?

M. Marc GUILLAUME : C'est le débiteur, chef d'entreprise, qui en aura l'initiative. C'est à lui qu'il appartiendra d'estimer que la difficulté que traverse son entreprise est assez sérieuse ou avérée pour être mise sur la place publique en vue d'obtenir la suspension provisoire des poursuites et de discuter avec l'ensemble de ses créanciers ou, à défaut, qu'elle justifie la confidentialité d'un dialogue avec certains de ses créanciers

Le président Pascal CLÉMENT : Mais la rationalité ne prévaut pas toujours. *Quid* de la petite et moyenne entreprise où l'affolement gagnera le chef d'entreprise, qui aura une réaction généralement irrationnelle, soit qu'il fasse la « politique de l'autruche » pour ne réagir que trop tard,

soit qu'il juge que ses créanciers l'ont injustement poussé vers une procédure que la situation ne justifiait pas ?

M. Marc GUILLAUME : Vous avez raison et nous avons cherché à répondre à ces deux points. D'abord en laissant le déclenchement de la procédure de sauvegarde à la seule initiative du chef d'entreprise. Il sera d'autant plus incité à le faire que le texte comprend une disposition très importante, concernant les cautions personnelles, pour l'aider à traiter suffisamment en amont les difficultés auxquelles il est confronté. En effet, le droit français est ainsi fait que, sauf durant la période d'observation, le fruit du redressement judiciaire – notamment les remises de créance – ne bénéficie pas aux cautions. Le chef d'entreprise qui est caution de son entreprise à titre personnel, n'a donc aucun intérêt à s'engager dans ces dispositifs, puisque son entreprise bénéficiera peut-être d'une remise de telle ou telle dette, mais que lui paiera, en tant que caution. C'est l'une des principales raisons – notamment pour les PME – de la réticence des chefs d'entreprises à anticiper les difficultés, puisqu'elles rejailliront de toute façon sur lui et ses proches. Dans notre texte, une disposition prévoit que, pendant la phase de sauvegarde, la caution personne physique bénéficiera du plan de sauvegarde, ce qui devrait être une formidable incitation pour nos chefs d'entreprise à venir discuter avec leurs créanciers avant la cessation des paiements.

Pour faire face à la « politique de l'autruche », nous avons prévu qu'il y ait une dernière chance après la cessation des paiements : le débiteur ne bascule pas immédiatement dans le redressement judiciaire mais bénéficie d'un mois supplémentaire pour essayer de monter un plan à l'amiable avec son créancier et de revenir dans une situation meilleure que la cessation des paiements.

Nous avons donc essayé de prendre en compte les aspects psychologiques que vous mentionnez car, derrière le droit, il y a les hommes. La disposition sur les cautions personnes physiques est tout à fait cardinale dans le texte, pour l'intérêt de la sauvegarde. C'est notamment l'une des différences avec la procédure de redressement judiciaire. Ces deux procédures ont des points communs, puisque l'on est proche de la cessation des paiements, mais elles présentent des différences sensibles, à commencer par le fait que l'une a lieu avant la cessation des paiements.

M. Xavier de ROUX : Je suis tout à fait favorable à l'instauration d'une procédure de conciliation. J'en avais d'ailleurs été un avocat en 1994, peu suivi par la Chancellerie qui était, à l'époque, réticente et je suis très heureux de constater que la conciliation sans cessation des paiements et sans suspension de la procédure des poursuites a été très largement introduite et fournit une solution aux entreprises très en amont.

En revanche, j'ai un peu de mal à comprendre la différence entre la procédure de sauvegarde et la procédure de redressement judiciaire. En effet, le critère serait la cessation des paiements. Autrement dit, la procédure de sauvegarde a lieu avant la cessation des paiements, le redressement judiciaire intervenant dès lors que celle-ci survient. Il me semble que le problème est lié à la notion de cessation des paiements, qui est assez dangereuse et difficile à manipuler. Pourquoi, dès lors, ne pas faire trois procédures ? Une procédure de conciliation en amont, lorsqu'il y a ni cessation de paiement ni suspension de poursuite ; une deuxième procédure, dite « de sauvegarde », quand on estime que l'entreprise peut être sauvée, en dépit des difficultés graves qu'elle traverse ; la troisième, la liquidation, si le sauvetage s'avère impossible.

M. Marc GUILLAUME : Je ne pense pas que la sauvegarde et le redressement judiciaire puissent être confondus. Dans le premier cas, la procédure se situe en amont de quelques mois avant la cessation des paiements et vise précisément à traiter la difficulté susceptible de conduire à celle-ci. Ces quelques mois, pendant lesquels on suspend provisoirement les poursuites, vont permettre de mettre en place un plan de sauvegarde dans un rapport de négociation. En traitant les difficultés sept ou huit mois avant une éventuelle cessation des paiements, peut-être sera-t-il ainsi possible de sauver 30 ou 50 % des entreprises. C'est un dispositif très différent de celui où l'entreprise arrive en cessation des paiements et où il faut tenter d'en sauver tout ou partie avant de la liquider. Cette phase est nécessaire : 4 500 redressements judiciaires réussissent chaque année dans notre pays et, dans le cadre de notre préoccupation économique et sociale, il serait inadmissible qu'ils aboutissent à une

liquidation. Même en situation de cessation des paiements, il faut donc conserver cette phase de redressement judiciaire, qui continuera de s'appliquer même si elle moins cardinale qu'auparavant puisque davantage de difficultés seront traitées en amont.

Le président Pascal CLÉMENT : Pour que la situation soit traitée en amont, encore faut-il que les gens le veuillent. Imaginons que cela ne fonctionne pas.

M. Marc GUILLAUME : Le texte prévoit, dans ce cas, la possibilité de bénéficier d'un délai d'un mois après la cessation des paiements pour tenter d'aboutir à une conciliation.

Le président Pascal CLÉMENT : Je crains que cela ne fonctionne pas, en province notamment, compte tenu de la psychologie des gens dans ce type de circonstances. « Sortir du bois », faire état de ses difficultés a un impact dramatique.

M. Marc GUILLAUME : Les deux attitudes – traditionnelle et novatrice – cohabiteront.

M. Xavier de ROUX : En province, aller devant le juge du tribunal de commerce est considéré comme signer l'arrêt de mort de l'entreprise. Très souvent en province et quelquefois à Paris, on confond juge, tribunal de commerce et mandataire, ce dernier étant considéré comme le bourreau qui fait de « l'équarrissage ».

M. Marcel BONNOT : Je vous ai écouté d'une oreille attentive et j'ai bien compris l'esprit du texte, ainsi que ses ambitions. Voici un cocktail nouveau qui devrait aboutir à un texte « cousu main », de nature à répondre aux maux des entreprises en difficulté.

Cependant, si l'exposé d'un texte apparaît généralement comme particulièrement positif, son application dans le champ des réalités en fait parfois découvrir les carences ou les décalages. Ainsi, votre texte crée, certes, des avancées dans ce que l'on appelle les procédures préalables et les procédures amiables, mais ces dernières existent déjà. Dans la mesure où l'on n'est pas en état de cessation des paiements, la nomination d'un mandataire *ad hoc* ou d'un administrateur est tout à fait possible et le travail accompli sous couvert de cette procédure peut, à la demande, être homologué par le tribunal. La cessation des poursuites peut même être ordonnée. C'est dire que l'avancée, sur ce point, est vraiment relative.

Je suis, moi aussi, convaincu que la notion-clé est celle de cessation des paiements. Dans votre projet, qu'il s'agisse de la phase de conciliation ou de la phase de sauvegarde, l'entreprise ne peut en bénéficier que si elle n'est pas en cessation des paiements. Or, à l'heure actuelle, comme demain j'en suis sûr, lorsqu'un chef d'entreprise est amené à bénéficier de cette procédure préalable de conciliation ou de sauvegarde, dans 95 % des cas, vous le verrez, il est ou sera déjà en état de cessation des paiements. Il faudrait une révolution culturelle chez le chef d'entreprise pour qu'il agisse en amont. Par conséquent, aussi longtemps que cette définition de cessation des paiements ne sera pas clairement établie dans votre texte, il risque de ne pas avoir le succès que nous attendons de lui et nous en resterons aux errements anciens.

Ma deuxième observation concerne le plan de cession. Généralement, ce type de plan intervient en phase de liquidation judiciaire, à l'issue de la période d'observation : le représentant des créanciers, ayant vocation à être nommé mandataire liquidateur, a tout intérêt à ce que la procédure aille jusqu'à la liquidation. C'est là qu'il gagne beaucoup d'argent : les plus gros contribuables de nos départements sont, je le rappelle, les représentants des créanciers et les mandataires liquidateurs, ce qui illustre la façon dont ils peuvent trouver « pâture » sur une liquidation judiciaire. Sur le plan psychologique, il faudrait remonter le plan de cession au stade de la procédure de sauvegarde – qui est déjà une procédure de redressement dissimulée – ou tout au moins au niveau de la procédure de redressement, ce qui n'est pas le cas à l'heure actuelle. En effet, les plans de cession intervenant en phase de liquidation judiciaire sont marqués par la déliquescence de l'entreprise et s'effectuent au détriment de l'entité économique et de tous les acteurs.

Par ailleurs, évoquant l'extension des procédures collectives aux professions libérales, vous avez fait allusion à la compétence des ordres, qu'il convenait d'impliquer dans la procédure. Pouvez-vous préciser vos propos ?

M. Marc GUILLAUME : Je partage les commentaires que les uns et les autres avez formulés sur le fait que ce n'est pas le droit qui change les mentalités. Mais faut-il baisser les bras pour autant ? Si l'on estime que, malheureusement, les comportements ne changeront pas, pourquoi même chercher à modifier ce droit pourtant unanimement critiqué ?

Le président Pascal CLÉMENT : La critique ne porte pas sur le fond, mais sur les conséquences pratiques de cette bonne réforme. Avant qu'elle entre dans les mœurs, il faudra peut-être des années.

M. Marc GUILLAUME : Sans doute. La définition de la cessation des paiements ne nous semble cependant pas être une vraie question, dans la mesure où, même en la modifiant, cela ne jouerait pas sur les procédures de conciliation et de sauvegarde, puisque nous nous situons déjà en amont de la cessation des paiements.

M. Xavier de ROUX : Donc la cessation des paiements est bien la notion de référence ! Dès qu'on quitte le terrain des difficultés pour passer le seuil technique de la cessation des paiements, qui est une notion comptable, on sort de la procédure de sauvegarde.

M. Marc GUILLAUME : Certes ! Mais votre question est de savoir si nous allons réussir à attirer les gens et à traiter leurs difficultés avant la cessation des paiements. Nous estimons que, pour atteindre cet objectif, modifier les définitions théoriques sur le passif exigible ou exigé n'est pas efficace.

M. Xavier de ROUX : La question est de savoir si une entreprise peut être redressée ou pas, qu'elle soit ou non en cessation des paiements.

M. Marc GUILLAUME : Non, ce n'est pas tout à fait cela.

M. Xavier de ROUX : Peut-on tenter de redresser une entreprise dont on sait qu'elle est en difficulté, dans une nouvelle procédure qui va du règlement amiable jusqu'à la liquidation, sans tomber sur l'obstacle technique qui est la définition de la cessation des paiements ?

M. Marcel BONNOT : Si vous me le permettez, M. le Président, je voudrais rebondir sur les propos de mon collègue Xavier de Roux. En pratique, il arrive que l'on recoure à des procédures amiables avec la complicité de la juridiction, alors même que les entités économiques sont en état de cessation des paiements.

M. Marc GUILLAUME : Dans le projet, cette pratique est reprise puisqu'il est prévu qu'après la cessation des paiements, on peut encore faire de la conciliation.

M. Xavier de ROUX : C'est un grand progrès.

M. Marc GUILLAUME : Notre texte souligne que ces débats universitaires qui durent depuis des années n'ont pas d'importance, puisqu'on peut faire de la conciliation et de la sauvegarde avant et après la cessation des paiements.

M. Marcel BONNOT : Dans la pratique actuelle, le conciliateur nommé, chargé de faire rapport au président du tribunal de commerce, évoque certes la cessation des paiements mais en proposant de prendre en considération tel ou tel phénomène susceptible de relancer l'activité. Avec la complicité du tribunal, un plan de restructuration est mis sur pied et il arrive qu'il fonctionne. En l'occurrence, nous sommes en train d'évoluer vers une loi qui ne nous permet pas de faire appel à un conciliateur lorsque l'entreprise est en état de cessation des paiements.

M. Marc GUILLAUME : Mais si ! Notre loi permet, après la cessation des paiements, de nommer un conciliateur en vue de parvenir à un accord amiable.

M. Marcel BONNOT : La procédure de sauvegarde est-elle également applicable en cas de cessation des paiements ?

M. Marc GUILLAUME : Non, dans ce cas, on passe au redressement judiciaire : il y a un *continuum*.

M. Marcel BONNOT : Pas dans l'esprit du chef d'entreprise ! À ses yeux, bénéficier d'une procédure préalable ne signifie pas la même chose qu'être mis en redressement. Permettre à une procédure de sauvegarde de bénéficier, en quelque sorte, des éléments du redressement serait une avancée importante sur le plan de l'efficacité et du terrain.

M. Marc GUILLAUME : Notre projet vise à inciter les chefs d'entreprise à recourir à des procédures préalables à la cessation des paiements, tout en sachant qu'il sera difficile de sortir de leurs difficultés un grand nombre d'entre eux. Sans doute les éléments psychologiques sont-ils importants mais le droit peut être incitatif, par exemple grâce au dispositif des cautions, qui sera très important pour les PME. Notre texte peut concourir à l'évolution des mentalités en permettant qu'après la cessation des paiements, l'entreprise ne tombera pas forcément en redressement judiciaire mais pourra encore recourir à la conciliation, c'est-à-dire monter, dans un délai rapide, un plan associant le débiteur et ses créanciers et permettant aussi bien la continuation de l'entreprise que l'existence d'effets importants en faveur des créanciers.

Le président Pascal CLÉMENT : C'est là où se situe la nouveauté.

M. Marc GUILLAUME : Elle est fondamentale.

M. Xavier de ROUX : Quel est le délai pendant lequel la conciliation sera possible passée la cessation des paiements ?

M. Marc GUILLAUME : Un mois.

Le président Pascal CLÉMENT : Il faudrait l'allonger un peu.

M. Marc GUILLAUME : Je me permets de répondre à deux autres points que vous avez cités et qui sont très importants : les plans de cession et le rôle des administrateurs ou mandataires judiciaires.

La loi du 3 janvier 2003 part du postulat que nous avons besoin de la profession d'administrateur et de mandataire judiciaire – car il y a une vraie spécialisation de ce métier – mais qu'il fallait en organiser la discipline et la moralisation. À la suite de l'adoption de cette loi, un très important travail réglementaire est intervenu, consacré par la publication d'un décret de 110 articles, contenant une moralisation du tarif et une densification des obligations statutaires.

En ce qui concerne les plans de cession, ils ne sont pas satisfaisants actuellement, puisqu'il y a un régime de cession dans le redressement judiciaire et un régime de cession dans la liquidation judiciaire. Il est exact que le régime de cession dans le redressement judiciaire est juridiquement encadré. Tel n'est pas le cas dans la liquidation judiciaire ; d'où des ventes à des prix dérisoires et des situations qui ne sont plus acceptables.

M. Marcel BONNOT : Par conséquent, il faut supprimer le régime de cession dans la phase de liquidation judiciaire, au cours de laquelle seraient seulement liquidés des éléments d'actif.

M. Marc GUILLAUME : En ce qui nous concerne, nous avons fait le choix de regrouper les plans de cession dans la liquidation, sous une double réserve. Notre objectif est que la liquidation soit désormais soumise à des règles strictes – appels d'offres, etc. Nous voulons instaurer un

mécanisme qui ne conduise pas aux excès du passé. Je fais référence aux cessions parfois opaques, bradées et au détriment des salariés. Nous supprimons ainsi le défaut du redressement judiciaire, qui comporte une sorte de fiction de ces plans de cession, qui aboutissent finalement à la liquidation.

M. Marcel BONNOT : Quel est le sort des cautions ? En effet, dans le droit actuel, si l'élaboration d'un plan de redressement suspend la poursuite de la caution, une fois le plan adopté, rien n'empêche le créancier de poursuivre la caution et d'exécuter la créance, alors qu'il bénéficie des dividendes du plan de redressement.

M. Marc GUILLAUME : Nous voulons faire en sorte d'attirer les gens pour traiter les difficultés le plus en amont possible ; à cette fin, nous devons innover. Aujourd'hui, les seules dispositions qui existent sur les cautions consistent à les faire bénéficier du plan de redressement pendant la période d'observation et dans la phase de redressement judiciaire. En revanche, tel qu'est le droit actuel, une fois la période d'observation terminée, elles n'en bénéficient plus. Le projet prévoit de les faire bénéficier intégralement du plan élaboré dans le cadre de la procédure de sauvegarde. C'est l'une des mesures principales du texte, particulièrement destinée aux PME, dans la mesure où c'est souvent la famille proche qui est caution.

M. Marcel BONNOT : Qu'en est-il de la sanction relative au défaut de dépôt de bilan dans les quinze jours de la date de cessation de paiement ? Actuellement, s'il n'est pas déposé dans les quinze jours de la date de cessation des paiements, les sanctions sont terribles.

M. Marc GUILLAUME : Ce délai a été rallongé à un mois.

M. Marcel BONNOT : Cela ne change pas grand-chose.

M. Xavier de ROUX : La sauvegarde est une formidable avancée, mais je ne comprends pas pourquoi vous restez sur la notion de cessation des paiements. En effet, il est évident qu'une situation de grande difficulté dans une entreprise va inexorablement entraîner la cessation des paiements. Vous changez de procédure, mais la définition même de la cessation des paiements pose problème, puisqu'elle déclenche un délai et des sanctions.

M. Marcel BONNOT : Et il n'y a pas d'entreprise qui dépose le bilan dans les quinze jours de sa date de cessation de paiement...

M. Marc GUILLAUME : Selon notre projet, dans les quinze jours, le mois ou les quarante-cinq jours suivant la cessation des paiements, on ne demandera pas à l'entreprise de déposer le bilan mais, tout au contraire, de traiter les difficultés. Quant à la cessation des paiements, on peut rédiger le droit comme on le souhaite, mais il vient un moment où l'on n'arrive plus à payer : nous l'appelons « cessation des paiements » mais peu importe *in fine* la terminologie.

M. Xavier de ROUX : Nous sommes d'accord. Nous nous rapprochons de la définition américaine plutôt que de rester dans la définition jurisprudentielle française qui, malheureusement, est bien ancrée dans notre droit. Je préfère avoir une définition large.

M. Marc GUILLAUME : Nous n'en n'avons plus besoin puisque, par définition, deux procédures sont créées.

M. Xavier de ROUX : Et j'aurais préféré, je le répète, qu'il n'existe qu'une procédure à la place de la sauvegarde et du redressement judiciaire.

M. Marc GUILLAUME : Ne retenir que la procédure de sauvegarde aurait porté atteinte aux droits des créanciers : or, il faut bien qu'ils puissent déclencher la procédure à partir du moment où ils ne sont plus payés. C'est fondamental !

M. Xavier de ROUX : Vous les protégez, puisque la période de sauvegarde entraîne la constitution des créanciers en comité...

M. Marc GUILLAUME : Certes, mais permettez-moi de vous rappeler que la procédure de sauvegarde ne peut être déclenchée que par le débiteur, avec toutes les difficultés que l'on sait, de surcroît par un débiteur qui n'est pas en cessation des paiements. À ce stade, il est d'accord pour mettre sa difficulté sur la place publique en échange de l'obtention d'une suspension provisoire des poursuites. Néanmoins, à partir du moment où il ne peut plus payer, il faut bien donner aux créanciers le droit, pour la première fois, de déclencher la procédure.

M. Marcel BONNOT : S'il peut payer, pourquoi déclencherait-il la procédure ? C'est pourquoi j'insistais tout à l'heure sur la notion de cessation des paiements.

M. Marc GUILLAUME : Nous en revenons à la question de l'évolution des mentalités, que nos incitations juridiques favoriseront.

M. Xavier de ROUX : Pourquoi ne pas laisser les créanciers déclencher la procédure de sauvegarde ?

M. Marc GUILLAUME : Surtout pas ! Nous évoquons les difficultés qu'éprouvait le chef d'entreprise à mettre ses difficultés sur la place publique et l'on voudrait que les banques déclenchent la procédure de sauvegarde avant la cessation des paiements ? Seul le débiteur, avant la cessation des paiements, doit avoir la faculté de rendre publiques ses difficultés.

Le président Pascal CLÉMENT : Nous vous remercions pour cet éclairage de la réforme envisagée.

**Audition de MM. Neil BATSON et Al LAFIANDRA, avocats,
cabinet Alston & Bird**

(procès-verbal de la séance du mercredi 5 mai 2004)

M. Xavier de ROUX, président : Je vous remercie d'avoir pris le temps de venir nous entretenir d'un sujet qui nous passionne, ici en France, parce qu'il pose toute la question de la surveillance des marchés financiers, sujet actuellement au cœur de la réflexion de la commission des Lois de l'Assemblée nationale.

Je vous propose de nous exposer votre expérience du cas Enron. Nous vous poserons ensuite un certain nombre de questions sur la transparence des marchés, le rôle des auditeurs, des banques conseils et des agences de notation, puis sur les effets de la loi Sarbane-Oxley, non pas simplement en termes de droit, mais également sur les mentalités et la façon dont les chefs d'entreprise aux Etats-Unis ont réagi à la publication de cette loi.

M. Neil BATSON : En décembre 2001, j'ai été nommé « *examiner* », terme sur lequel je reviendrai, dans le cadre de la faillite d'Enron, qui venait d'être placée sous le régime du chapitre 11 de la loi sur les faillites. J'ai été nommé par le *Board of Trustees* qui dépend du ministère de la Justice. Ma nomination a été, par la suite, confirmée par le tribunal des faillites de l'État de New York qui était compétent pour connaître de la faillite Enron. La mission de 2000 était, en fait, plus particulièrement orientée vers ce que l'on a appelé les engagements hors bilan et notamment les entités à « objectifs particuliers ».

Pour revenir sur le terme « *examiner* », celui-ci désigne un mandataire appointé par le tribunal sur recommandation du ministère de la Justice, non pas pour se livrer à des investigations qui pourraient devenir judiciaires, mais simplement pour faire un rapport factuel sur les engagements que la société a pu prendre au détriment des tiers, et notamment de ses créanciers.

C'est dans ces conditions que j'ai pu interroger, selon l'acception américaine, c'est-à-dire sous serment, un certain nombre de représentants de l'entreprise, des banques et des tiers intervenus dans l'affaire, notamment des auditeurs.

Lors de ma mission qui a duré dix-huit mois, j'ai pu me faire assister de tous les avocats, comptables, professeurs de droit, etc., de mon choix.

Sur un plan pratique, mon équipe et moi-même avons été en mesure d'obtenir les témoignages sous serment de plus de 300 personnes, selon la procédure américaine de l'examen et du contre-examen. Ces 300 témoignages se sont traduits par 40 millions de pages de documents, à l'issue de ces investigations.

Mes investigations ont abouti au constat de la « volatilité » de plus de 10 milliards de dollars de fonds qui n'auraient pas atteint l'objet pour lesquels ils avaient été levés. Sur ces 10 milliards de dollars, 500 millions de dollars ont déjà été recouverts au bénéfice de l'entreprise, tandis que 4,5 milliards font l'objet, à l'heure actuelle, de procédures à l'encontre de tiers.

M. Xavier de ROUX, président : Je souhaiterais que l'on revienne sur la façon dont le tribunal a été saisi à l'origine. Comment la société Enron a-t-elle été placée sous le chapitre 11 ?

M. Neil BATSON : La procédure du chapitre 11 a été initiée par Enron, qui s'est mise volontairement sous la protection de ce régime et a demandé au tribunal des faillites de New York de diriger la procédure.

Il est certain que la faillite d'Enron, qui a été officialisée par la demande de mise sous protection de la loi sur les faillites en décembre 2001, de même que la faillite de WorldCom

intervenue en juin 2002, ont constitué les facteurs essentiels ayant conduit à la loi Sarbane-Oxley qui, elle, est entrée en vigueur en août 2002.

M. Xavier de ROUX, président : À cet égard, avant la loi Sarbane-Oxley, quels étaient les éléments d’alerte à la disposition, notamment, des auditeurs ? Comment cela se passait-il aux États-Unis et quelle est la modification intervenue depuis en ce qui concerne le rôle des auditeurs vis-à-vis des autorités de marché ou du tribunal lorsqu’ils constatent une difficulté de l’entreprise ?

M. Neil BATSON : Avant la loi Sarbane-Oxley, il existait déjà un *corpus* de règles qui permettaient l’alerte. Toutefois, la loi a créé ce qui est appelé le « *Public Oversight Accounting Board* », organisme extérieur chargé de contrôler les auditeurs dans le cadre de leurs relations avec les entreprises.

Il a également été prévu par la loi Sarbane-Oxley que l’associé en charge d’un dossier dans une compagnie d’audit change systématiquement tous les cinq ans. La loi a également donné à la SEC la mission d’étudier les conditions dans lesquelles tout cabinet d’audit, pour une société cotée, change tous les sept ans. À cet égard, on pourrait même aller plus loin. Par la même occasion, il a été demandé à la SEC de réfléchir sur les conditions d’engagement de ces cabinets d’audit.

M. Xavier de ROUX, président : Quelles sont les raisons qui ont mené à ces délais de cinq et de sept ans ?

M. Neil BATSON : Je ne sais pas.

M. Xavier de ROUX, président : Quelles sont les conditions habituelles, aux États-Unis, pour recruter un auditeur ?

M. Neil BATSON : Tout d’abord, la SEC impose à toute société cotée d’avoir des commissaires aux comptes. La loi Sarbane-Oxley a quelque peu modifié les pratiques lorsqu’elle a confié au comité d’audit de chaque entreprise, et non plus au *management* lui-même, le rôle de sélection et de discussion des termes des contrats de l’entreprise avec les cabinets d’audit. C’est donc au comité d’audit que revient la responsabilité.

M. Xavier de ROUX, président : Le comité d’audit est-il obligatoire dans les sociétés cotées ?

M. Neil BATSON : Oui et le comité d’audit doit être composé de membres extérieurs à l’entreprise.

M. Xavier de ROUX, président : C’est-à-dire de ce que l’on appelle, en France, des administrateurs indépendants ?

M. Neil BATSON : Oui, il s’agit de responsables qui ne font pas partie de la direction exécutive de l’entreprise.

M. Xavier de ROUX, président : Quels sont les liens avec l’entreprise qui leur sont interdits et comment les choisit-on ?

M. Neil BATSON : En tant qu’administrateur, ils ne peuvent toucher que leurs jetons de présence et ne peuvent avoir aucune activité de consultant extérieur avec l’entreprise.

M. Xavier de ROUX, président : Peuvent-ils détenir des titres de l’entreprise ?

M. Neil BATSON : Il n’y a aucune interdiction en ce sens.

M. Xavier de ROUX, président : La seule interdiction est donc qu’ils ne soient pas liés au *management* d’une façon ou d’une autre.

La loi américaine a tenté de rendre plus indépendants les auditeurs car c'est, me semble-t-il, le comité d'audit qui traite maintenant avec les cabinets d'audit et non plus le conseil d'administration. C'est théoriquement un organe indépendant de l'entreprise qui choisit les auditeurs.

Mais je voudrais revenir en amont, parce que ce qui a le plus surpris toutes les places financières, c'est le fait qu'un très grand cabinet d'audit n'ait rien remarqué, n'ait lancé aucune alerte devant une situation qui s'est avérée par la suite extrêmement grave. En l'occurrence, deux questions se posent : il s'agit soit d'un mauvais fonctionnement pratique des cabinets d'audit, soit d'une complicité dans une escroquerie. À vos yeux, en tant qu'« examiner », quelle est la part respective du dysfonctionnement du marché et de la complicité dans l'escroquerie ?

M. Neil BATSON : Nous n'avons pas été amenés à étudier l'aspect pénal de la relation qui a pu éventuellement se nouer entre ce cabinet et la société Enron, puisque cette partie du dossier est traitée par une équipe spécifique au ministère de la Justice américain.

En revanche, nous pouvons confirmer que, dans des cas bien précis, le cabinet Arthur Andersen a été trompé par un certain nombre de membres de la direction d'Enron. Toutefois, dans d'autres cas, c'est le cabinet qui a initié les fameux « projets spéciaux », et donc les engagements hors bilan. Les auditeurs les ont effectivement construits avec le *management* de l'entreprise et ils ont abouti à des manipulations qui n'étaient pas acceptables.

Je rappelle qu'un comité d'audit existait déjà chez Enron. Il est certain que les techniques comptables douteuses, qui ont pu être révélées par la suite, n'ont pas fait en elles-mêmes l'objet d'une information du comité d'audit de l'entreprise. On ne peut, pour l'instant, que faire des spéculations sur les raisons pour lesquelles le cabinet Arthur Andersen n'a pas alerté le comité d'audit. En revanche, je peux vous dire que le cabinet Arthur Andersen avait en Enron un très gros client et que, pour l'année 2000, le montant des honoraires versés par Enron à Arthur Andersen a dépassé la somme de 50 millions de dollars.

M. Xavier de ROUX, président : Il s'agit là d'un point qui nous intéresse beaucoup en France pour l'évolution de notre législation. Vous avez bien dit qu'Arthur Andersen, en ce qui concerne notamment l'organisation des engagements hors bilan, avait eu un rôle de conseil et pas simplement d'auditeur ?

M. Neil BATSON : Le cabinet Arthur Andersen avait plusieurs casquettes au sein de l'entreprise puisqu'il intervenait, s'agissant des engagements hors bilan, à la fois en tant que conseil direct pour le contrôle de gestion interne à l'entreprise, et comme commissaires aux comptes de l'entreprise. Du reste, c'est ce qui a amené, depuis cette affaire, à ce qu'un certain nombre de cabinets d'audit internationaux séparent leurs activités d'audit de leurs autres activités, notamment de conseil.

M. Xavier de ROUX, président : La loi Sarbane-Oxley l'a-t-elle imposé ?

M. Neil BATSON : Tout à fait, parce que la loi elle-même a maintenant interdit aux cabinets d'audit d'exercer des activités qui ne soient pas strictement d'audit. De plus, pour les activités de conseil qu'ils pourraient être amenés à exercer, ils doivent avoir obtenu au préalable l'autorisation du comité d'audit.

M. Xavier de ROUX, président : Il y a donc une séparation entre les deux activités de conseil et d'audit.

M. Neil BATSON : Oui, à 99 %, puisqu'il existe néanmoins la possibilité de demander à un cabinet d'audit d'intervenir dans un domaine précis et très limité, qui est celui de la fiscalité, sous réserve de l'approbation du comité d'audit. Mais je rappelle que la décision en elle-même n'est plus prise par le *management* de l'entreprise, mais par le comité d'audit.

M. Xavier de ROUX, président : Le rôle des auditeurs a donc été clarifié.

M. Neil BATSON : Tout à fait, mais une fois encore, à l'époque avant que la loi elle-même ne soit prise, il y avait déjà une tendance à vouloir séparer l'activité d'audit de l'activité de conseil, pour les mêmes auditeurs.

M. Xavier de ROUX, président : Les auditeurs ne sont pas les seuls acteurs du marché, y compris au titre de la mission de contribution à la transparence du marché. Nous avons récemment auditionné le président d'une des grandes agences de notation américaines, auquel nous avons posé la question du rôle des agences de notation en général et, dans des affaires plus particulières du type Enron, des raisons expliquant qu'elles n'avaient pas vu grand-chose.

M. Neil BATSON : Dans le cadre de notre mission, nous avons reçu également des témoignages et de la documentation de la part d'un certain nombre d'agences de notation. Dans notre rapport, toutefois, nous avons conclu qu'à nos yeux, il n'y avait pas de responsabilité particulière à imputer à celles-ci. Selon les lois américaines, la responsabilité des agences de notation est juridiquement relativement limitée.

En revanche, nous avons pu déterminer que certaines agences de notation ont reçu de fausses informations en provenance de la direction de l'entreprise. C'est la raison pour laquelle, du reste, il est très vraisemblable que les agences de notation n'ont rien pu voir parce qu'elles n'étaient pas au courant du détail des différentes manipulations comptables qui ont pu être faites par Enron et sa direction, et notamment des engagements hors bilan.

M. Xavier de ROUX, président : Cette question nous a beaucoup surpris lors de cette audition. Quels sont les moyens d'investigation indépendants des agences de notation ? Les analyses de ces agences reposent-elles uniquement sur les comptes audités des entreprises ?

M. Neil BATSON : Bien que je ne connaisse pas l'ensemble des moyens à la disposition des agences de notation, je considère qu'en l'état, seuls les documents et les informations que leur adresse l'entreprise leur servent à l'exercice de leur activité.

M. Xavier de ROUX, président : Elles n'ont donc aucun moyen indépendant d'investigation sur la situation d'une entreprise ?

M. Neil BATSON : En fait, l'agence de notation n'est pas en mesure de se faire une idée totalement indépendante, puisque l'information qu'elle détient est celle qui lui est donnée par l'entreprise, en dehors des informations qui sont dans le domaine public. Mais encore une fois, les agences de notation ne peuvent se rendre compte des manipulations comptables éventuelles qu'*a posteriori*.

M. Xavier de ROUX, président : Parmi les autres acteurs du marché, que dire des banques conseils ?

M. Neil BATSON : Nous avons aussi pu déterminer que toutes les institutions financières, qui ont approché de près ou de loin Enron, ont également été mises dans la situation de ne pas connaître la vérité, mais ce, une fois encore, à cause de l'attitude des dirigeants de l'entreprise.

En revanche, nous avons pu déterminer qu'un certain nombre d'institutions financières n'ont pas suivi leurs propres règles internes, qu'elles auraient pourtant dû appliquer, notamment dans le cadre des engagements hors bilan de l'entreprise.

En troisième lieu, certaines institutions financières ont effectivement eu une action répréhensible. En effet, même si leur connaissance des faits est difficile à déterminer, l'analyse – appelée « *facts founders* » – des informations qu'elles recevaient, permet de les considérer comme complices.

En ce qui concerne la procédure s'appliquant à ces institutions financières, une médiation est en cours afin de déterminer les accords éventuels qui pourraient être passés entre elles et les syndicats.

M. Xavier de ROUX, président : Venons-en à la dernière question concernant les acteurs du marché. Quid des avocats qui ont été appelés à donner leur opinion sur les opérations ainsi montées ?

M. Neil BATSON : Certains cabinets se sont rendus coupables, à nos yeux, soit d'avoir engagé leur responsabilité professionnelle, soit même d'avoir été complices des membres de la direction d'Enron, dans le cadre des manipulations comptables qui ont eu lieu.

M. Xavier de ROUX, président : Enron étant une société cotée, des analystes financiers s'intéressaient nécessairement régulièrement à elle, pour conseiller ou non l'achat de ses titres. Comment s'exerce le contrôle sur ces analystes ?

M. Neil BATSON : Cela n'était pas l'objet de notre mission d'enquête. Toutefois, nous avons pu noter, dans certains cas, que les prévisions des analystes de certaines banques d'affaires ont pu avoir un impact important sur les décisions de ces mêmes banques d'affaires par la suite.

M. Xavier de ROUX, président : Nous sommes là au cœur du problème. Depuis que le monde est monde, il existe des scandales, des escrocs intelligents qui sont malhonnêtes et qui montent des entreprises pour soustraire de l'argent à d'honnêtes gens.

Pour sa part, le législateur tente de mettre en place des outils de contrôle du marché de façon à garantir la sécurité juridique. La question est alors la suivante : quelle est, dans l'affaire Enron – affaire emblématique – la part qui correspond plutôt à de l'escroquerie et celle qui résulte d'un fonctionnement défaillant des instruments de contrôle du marché ?

M. Neil BATSON : Il ressort de notre enquête que le nombre de cadres dirigeants de l'entreprise qui ont été directement liés à la mise en place de ces engagements hors bilan ou de ces entités à but particulier était relativement faible. Mais il existait chez Enron une culture qui a contribué à cette approche un peu particulière de l'analyse comptable de l'entreprise. Il y avait également, au sein de l'entreprise, une segmentation assez développée des informations, si bien qu'un certain nombre d'individus ne connaissait qu'une partie du problème, sans en avoir une vue globale.

En fait, c'est la combinaison des deux, la culture et la compartimentation, qui a abouti au résultat constaté. Je suis d'avis, et je le maintiens, que le *corpus* juridique qui existait avant le scandale aurait normalement dû suffire à empêcher ce qui est arrivé. Mais le problème est qu'il n'était pas mis en pratique.

C'est tout cet ensemble qui a fait que les avocats, le conseil d'administration et les contrôles de gestion interne et externe n'ont pas permis de se rendre compte de l'ampleur du désastre. *In fine*, il est toutefois apparu un manque d'intégrité d'un petit nombre de dirigeants de l'entreprise, qui a été à l'origine du scandale. Mais on ne peut absolument pas régler l'intégrité.

M. Xavier de ROUX, président : Je vous suis tout à fait, mais n'y a-t-il pas actuellement, dans notre société, une culture de la complexité financière qui ouvre la voie à cette opacité et ces dysfonctionnements ?

M. Neil BATSON : En tout état de cause, c'était ici bien le cas. C'est le manque total de transparence quant à l'existence de ces engagements hors bilan et de ces techniques comptables qui a abouti à la situation que l'on connaît.

Par exemple, à la fin du deuxième trimestre 2001, les informations qui étaient données par Enron indiquaient que ces engagements atteignaient 13 milliards de dollars. Quand, six semaines plus

tard, les dirigeants d'Enron ont rencontré à New York leurs banquiers, ils ont été obligés d'admettre devant eux que les engagements de l'entreprise dépassaient 38 milliards de dollars et que, sur la différence de 25 milliards de dollars, 14 milliards concernaient les engagements hors bilan, donc insusceptibles d'être discernés par quiconque.

Je confirme qu'aucune des banques n'a rien vu. Ce que je peux dire, en revanche, c'est qu'une de ces banques au moins a établi, à la suite de ce qui s'est passé, des règles qu'elle s'impose maintenant, consistant à ne pas intervenir auprès d'un émetteur si celui-ci, dans le cadre d'engagements hors bilan, ne met pas toute l'information nécessaire à sa disposition.

M. Étienne BLANC : Pouvez-vous nous décrire ces engagements hors bilan ?

M. Neil BATSON : Il existait au moins six techniques différentes. Je vais vous en décrire brièvement une : Enron intégrait un actif dans une de ses entités spéciales. Enron considérait ce transfert comme la réalisation d'un actif. Cela ne présentait aucune difficulté particulière, sauf qu'Enron maintenait le contrôle sur l'actif en question. Une fois que l'actif était « logé » dans cette entité spéciale, une nouvelle entité spéciale était créée, détenant quasiment 100 % de la première. Cette seconde entité empruntait auprès d'une banque. Les fonds, passant de la banque à la deuxième entité, puis à la première, remontaient sur Enron. Les engagements ainsi pris n'apparaissaient pas au bilan d'Enron.

M. Xavier de ROUX, président : Les auditeurs conseillaient-ils de tels montages ?

M. Neil BATSON : Les auditeurs ont effectivement participé aux réflexions diverses qui ont abouti à la mise en place de ce système. À la fin, au bilan, les fonds apparaissaient comme des résultats d'opérations réelles alors qu'il ne s'agissait que de sommes résultant d'emprunts. L'utilisation de ces entités spéciales a duré de 1997 jusqu'en décembre 2001, date à laquelle Enron a demandé la protection de la loi sur les faillites. En 1999, Enron avait, avec succès, mis en place onze de ces entités dans les seuls deux derniers mois de l'année. Les résultats de ces onze transactions ont représenté, pour l'année 1999, la totalité du résultat de l'entreprise. C'est ainsi que l'on a abouti à une perversion du système puisque effectivement, ces entités ne reflétaient pas l'état exact de l'entreprise.

M. Al LAFIANDRA : Pour comprendre, il est assez intéressant de regarder les comptes de l'année 2000. Pour cette année-là, l'entreprise a fait apparaître 959 millions de dollars de profit. Si l'on retire de cette somme ce que représentaient les entités spéciales et les revenus qu'elles « génèrent », on se rend compte que les profits pour l'année n'étaient plus que de 42 millions de dollars. Le *cash-flow* de cessions d'actifs pour l'année 1999 a été présenté par Enron comme représentant 3 milliards de dollars. Si on refait la même opération en enlevant les résultats de ces entités spéciales, le résultat est négatif de 100 millions de dollars au lieu d'être positif de 3 milliards de dollars. La dette de l'entreprise, telle que présentée par Enron, était officiellement de 10 milliards de dollars. Mais si on refait le même calcul qui précédemment, on s'aperçoit qu'elle était en réalité supérieure à 23 milliards de dollars.

M. Xavier de ROUX, président : C'est une explication très importante. En fait, il n'est pas réellement nécessaire de changer la loi, puisque de telles pratiques sont totalement illégales tant en France qu'aux États-Unis.

M. Neil BATSON : Je suis d'accord.

M. Xavier de ROUX, président : C'est une maladie de toutes les démocraties que de changer la loi pour couvrir un événement qui n'a pas été couvert par la loi en vigueur. Si la loi Sarbane-Oxley avait été en vigueur, qu'aurait-elle apporté de plus, dans une telle situation, sinon un meilleur comportement des auditeurs ?

M. Neil BATSON : En premier lieu, la loi Sarbane-Oxley a augmenté les peines applicables à ceux qu'elle vise. Deuxièmement, la loi impose au président et au directeur financier d'une entreprise cotée de certifier par leur signature la réalité des comptes. Il est bien certain que si

vous combinez les deux, à la fois le caractère pénal de cette loi et l'obligation de certification par les dirigeants de l'entreprise, vous aboutissez très rapidement à une diminution des risques que peut courir ce genre d'entreprise.

M. Xavier de ROUX, président : Au vu de votre expérience, quels conseils donneriez-vous aux législateurs pour améliorer le fonctionnement et la sécurité des marchés ?

M. Neil BATSON : Il serait très présomptueux de ma part de donner des conseils, ne serait-ce que parce que je ne connais pas l'état de la législation française. Si un *congressman* américain me posait la question, ma première réaction serait de lui dire de se retenir de mettre en place une législation nouvelle, afin de laisser à la loi Sarbane-Oxley et aux décrets qui en sont issus au moins le temps de montrer leur efficacité. Dans quelques années, il serait alors possible de procéder à une évaluation de ces textes et de déterminer s'ils ont servi à quelque chose au lendemain des deux scandales qu'ont été les affaires Enron et WorldCom.

M. Xavier de ROUX, président : En ce qui concerne les standards comptables, a-t-on souhaité les faire évaluer, notamment pour ce qui concerne la situation des engagements hors bilan, ou est-on resté dans la même situation qu'avant ces deux scandales financiers ?

M. Neil BATSON : Des études sont à l'heure actuelle menées par le « *Board* » de la compagnie des experts-comptables américains. Le « *Public Oversight Accounting Board* », créé par la loi Sarbane-Oxley, est à l'heure actuelle en fonction. La mission confiée à la SEC, comme je l'indiquais au début, de préparer un rapport sur de nouvelles pratiques comptables, n'est pas encore achevée. Pour l'instant, il est encore prématuré de dire quoi que ce soit en la matière, compte tenu du manque de recul et de résultats concrets de ces différentes études.

Toutefois, il convient de relever, dans la loi Sarbane-Oxley, un certain nombre de textes précis, concernant notamment l'obligation d'information sur les engagements hors bilan des entreprises qui, de toute façon, existait, à mon avis, bien avant la promulgation de ce texte. La nouvelle loi n'a fait que mettre l'accent sur ces obligations, déjà imposées par la législation antérieure.

M. Xavier de ROUX, président : Ma dernière question n'a rien à voir avec le sujet d'Enron, mais elle nous intéresse en raison de nos différences de législation applicables en matière de faillites d'entreprises. Vous avez rempli la fonction d'« *examiner* ». Pourriez-vous définir cette mission et nous indiquer comment elle est financée ?

M. Neil BATSON : Trois types d'« *examiners* » doivent être distingués dans les dossiers du chapitre 11. Le plus commun est ce que l'on appelle « *examiner investigator* », ce que j'ai été moi-même dans le dossier Enron. L'« *examiner investigator* » est autorisé à instruire le dossier et à déposer un rapport. L'« *examiner* » n'a pas le droit de se substituer à l'autorité publique normalement chargée d'engager des poursuites contre des tiers ou des personnes morales ou privées. L'« *examiner* » doit en fait trouver ce qui s'est passé et rapporter les faits. C'est dans le cadre de ces investigations que l'« *examiner* » peut être amené à identifier l'existence d'un certain nombre de créances qui pourraient être recouvrées. Mais c'est au tribunal, par la suite, de décider si, oui ou non, des poursuites peuvent ou doivent être engagées.

C'est dans ces conditions, dans le dossier dont je me suis occupé, que le tribunal a décidé de passer un certain nombre d'accords avec les tiers au titre de ces créances, pour une somme d'environ 500 millions de dollars et d'engager des procédures contre d'autres tiers pour une somme globale de 4,5 milliards de dollars.

En règle générale, l'« *examiner* » n'intervient pas dans les aspects pénaux de ces investigations, cette charge revenant au procureur. Enfin, l'« *examiner* » n'est pas celui ou celle qui détermine les responsabilités respectives, dont l'appréciation est laissée au juge.

M. Xavier de ROUX, président : L'« *examiner* » donne donc son rapport au juge.

M. Neil BATSON : Oui.

M. Xavier de ROUX, président : Le rapport contient-il la totalité de l'état du passif ?

M. Neil BATSON : Oui, et dans mon cas précis, il s'agissait d'analyser toutes ces entités spéciales et les engagements hors bilan correspondants, mission pour laquelle j'avais été appointé.

M. Xavier de ROUX, président : Je vous remercie d'avoir bien voulu répondre à nos questions de façon aussi précise. Cet entretien aura été précieux pour nous.

M. Neil BATSON : Nous sommes nous-mêmes très honorés d'apparaître devant ce cénacle. Nous espérons avoir pu vous aider dans votre réflexion ou pour vos travaux futurs.

Table ronde :
Audition des organisations syndicales représentatives des salariés

(procès-verbal de la séance du jeudi 6 mai 2004)

Le président Pascal CLÉMENT : Nous accueillons ce matin les représentants de quatre grandes centrales syndicales : la CGT est représentée par M. Thierry Lepaon, secrétaire général de l'Union départementale du Calvados ; FO est représentée par MM. Jean-Claude Quentin, secrétaire confédéral chargé de l'emploi et Jean-Marc Bilquez, secrétaire confédéral chargé du juridique ; la CFTC est représentée par Mme Gabrielle Simon, secrétaire adjointe, M. Olivier Connes, juriste et M. Philippe Arondelle, responsable du service économique ; enfin, la CFE-CGC est représenté par M. Michel Lamy, secrétaire national chargé de l'économie.

Bien entendu, la CFDT a également été contactée, mais elle n'a pas été en mesure de déléguer l'un de ses représentants ; je n'exclus d'ailleurs pas de la recevoir plus tard.

Nous sommes très heureux de vous entendre, madame, messieurs, sur l'avant-projet de loi de réforme des procédures collectives, qui prévoit d'en ajouter deux aux dispositions existantes : la conciliation et la sauvegarde.

Le but de ces procédures est de traiter les difficultés des entreprises le plus en amont possible. C'est la raison pour laquelle nous sommes très désireux de connaître l'analyse que vous avez pu faire de ces nouvelles dispositions, et plus généralement des améliorations qui pourraient être apportées au droit des entreprises en difficulté.

Je vous propose de vous laisser la parole pour un exposé liminaire, puis nous vous poserons un certain nombre de questions.

Mme Gabrielle SIMON, CFTC : Monsieur le président, nous pensons, sur ce sujet, qu'il est en effet souhaitable d'agir le plus en amont possible des difficultés potentielles des entreprises, par plus de transparence et plus de responsabilité des différents acteurs sociaux, de façon à renforcer tout ce qui est anticipation et prévention des restructurations. Il s'agit exactement, d'ailleurs, du sujet de la négociation que nous menons avec le Medef sur les restructurations.

Il s'agit d'un sujet important, car plus l'information donnée aux élus du personnel sera transparente et lisible, plus les salariés participeront à la vie de l'entreprise ; ainsi, il sera plus facile d'éviter d'être contraints de dialoguer lorsque l'entreprise est dans une situation proche de la faillite. Je ne dis pas que toutes les difficultés seront résolues, mais avec plus de participation des salariés à la vie de l'entreprise – une participation constructive – un certain nombre de problèmes pourraient être évités.

La qualité du dialogue social, une fois qu'il est instauré dans l'entreprise, permet, en cas de difficultés, d'améliorer la gestion des situations de crise. C'est la raison pour laquelle, la CFTC a toujours été très favorable au développement de la participation au sein des entreprises.

En cas de difficultés, et avant d'arriver à une situation extrême, nous proposons que les salariés puissent faire appel à des experts qui seraient financés par l'entreprise, afin de proposer des solutions alternatives – il est toujours intéressant d'apprendre aux salariés et aux dirigeants à travailler ensemble.

Pourquoi ces experts ? Pour élaborer des propositions alternatives. Or pour cela, il faut du temps. Aujourd'hui, on essaie de traiter les problèmes le plus rapidement possible, dans l'urgence ; le temps n'est pas donné aux différents acteurs de pouvoir réfléchir, comprendre la situation et essayer de trouver une solution.

Il est important que les partenaires sociaux puissent faire valoir leurs points de vue au moment où les décisions stratégiques se prennent, et non pas uniquement après. Et pas seulement non plus quand il y a des problèmes, car dans ces cas-là, il n'existe pas de dialogue social de qualité – il est donc impossible de trouver de bonnes solutions.

En ce qui concerne le transfert d'actifs matériels et immatériels de l'entreprise, nous pensons que les représentants du personnel doivent en être tenus informés. Prenons l'exemple de l'entreprise Noroxo, qui a vendu un brevet à Exxon Mobil et qui est maintenant obligée de le « louer » pour pouvoir fonctionner. Eh bien nous apprenons que Noroxo est en déficit, alors qu'elle a vendu ce brevet à un prix défiant toute concurrence ! Voilà des pratiques qui ne sont pas acceptables. Les dirigeants ont certainement une stratégie, mais en tant que partenaires sociaux, notre devoir est de tout faire pour préserver l'emploi. Les représentants des salariés doivent posséder ce type d'informations pour pouvoir faire valoir leurs points de vue.

S'agissant des grandes entreprises, avec directoire et conseil de surveillance, nous avons toujours préconisé une participation des salariés. Nous pensons que plus de participation conduit à acquérir des compétences afin de « faire ensemble », plutôt que de construire des blocs qui s'affrontent et qui s'opposent.

Au niveau de l'État, nous pensons que prévenir les difficultés potentielles des entreprises passe par la subordination des aides publiques – et des exonérations diverses – à l'élaboration de conventions.

Des conventions tout d'abord pour le maintien de l'emploi, sur une période déterminée à définir ; des conventions concernant l'implantation territoriale : les entreprises pourraient bénéficier d'aides pour maintenir leur implantation territoriale plutôt que d'opter pour une délocalisation ; des conventions sur l'égalité professionnelle – le Gouvernement est d'ailleurs en train de mettre au point un label « égalité professionnelle ». En contrepartie de ce label pourrait être octroyé un certain nombre d'aides, en fonction des demandes des dirigeants. Ce pourrait également être une convention plus large sur le dialogue social qui intégrerait toutes les petites entreprises susceptibles de bénéficier d'aides publiques et d'exonération de charges.

Nous voulons, non pas multiplier les aides, mais conditionner les aides actuelles à l'élaboration de conventions, dans une préoccupation éthique ; ces conventions s'appuieraient sur le principe des « droits et devoirs » : tant les salariés que les dirigeants d'entreprise ont en effet des droits et des devoirs.

Nous pensons également qu'il serait utile, pour toutes ces aides, d'en dresser le bilan, afin de déterminer celles qui sont pertinentes et celles qui le sont moins, et éventuellement de pouvoir corriger leurs effets pervers. De nombreuses aides ont été successivement modifiées, chaque gouvernement essayant de proposer une politique particulière ; nous demandons donc une véritable évaluation de tout ce qui a été réalisé. Ainsi, les différents gouvernements pourraient faire des choix pertinents, à la fois pour les entreprises, l'économie française, le maintien de l'emploi et donc pour les salariés.

En ce qui concerne plus particulièrement les procédures collectives, nous constatons qu'il existe un nombre beaucoup trop élevé de déclarations de cessation de paiement qui aboutissent à des liquidations ; ce qui n'est pas le cas, par exemple, aux États-Unis.

Ce projet de loi est en adéquation avec notre souhait, qui est d'intervenir le plus en amont possible des liquidations, de favoriser l'anticipation, la prévention, en cas de difficultés. Et d'aboutir à un redressement effectif qui serait favorable au maintien de l'emploi.

Nous pensons qu'il est nécessaire d'intégrer les recommandations de la directive européenne du 11 mars 2002, relative à l'information et à la consultation des travailleurs. Cette directive recommande aux États membres la mise en place de procédures d'information et de

consultation des représentants du personnel, se déroulant avec l'employeur dans un souci de coopération.

Il est vrai que, quel que soit le dispositif mis en place, s'il n'y a pas un souci de coopération, celui-ci ne servira à rien. Or nous ne voulons pas de quelque chose d'inutile. Nous souhaitons véritablement une modification de la culture des dirigeants, des représentants du personnel et des salariés pour aller vers plus de coopération – ce qui permettrait de trouver des solutions utiles.

Nous demandons par ailleurs que les entreprises élaborent annuellement un document de données comptables sur leur rentabilité financière, leur taux d'endettement, leurs impayés et leur trésorerie. Bien entendu, on pourrait nous répondre qu'il existe une certaine confidentialité, et donc un risque à transmettre de telles informations.

Mais si l'entreprise a réussi à instaurer un dialogue social de qualité, les représentants des salariés auront le souci de conserver la confidentialité de ces informations ; se développera alors une véritable participation constructive.

Nous demandons également la création d'un comité de créanciers où seraient présents les salariés. Ce comité, en cas de procédure collective, serait informé de la situation, des opérations, des perspectives de l'entreprise et de l'opportunité de poursuivre l'activité.

Quand une entreprise est en difficulté, il est très important, me semble-t-il, pour qu'elle puisse se redresser, que tout le monde participe à son redressement.

En ce qui concerne les tribunaux de commerce, nous souhaiterions que les décisions soient prises par un magistrat de l'ordre judiciaire, et que ce dernier soit assisté d'un représentant des employeurs et d'un représentant syndical des salariés.

Cela permettrait de dépasser le débat et les critiques concernant les tribunaux de commerce, notamment leur indépendance et leur impartialité.

S'agissant du document comptable dont nous demandons l'élaboration et la transmission aux représentants des salariés, nous pensons qu'il pourrait être également transmis, en cas de difficulté, au tribunal de commerce, afin que le juge et les représentants des employeurs et des salariés soient correctement informés et puissent proposer de bonnes solutions.

Si la liquidation est prononcée, nous demandons un véritable droit au reclassement. Il est très important de proposer des solutions aux salariés afin qu'ils puissent améliorer leur employabilité et retrouver du travail le plus rapidement possible.

Par ailleurs, les représentants des salariés devraient avoir connaissance de tous les transferts d'actifs de la société. Et lorsqu'il y a des malversations, la responsabilité des entreprises et des dirigeants devrait être engagée et des sanctions pénales fortes devraient être prononcées.

Au-delà de tout cela, il est nécessaire de faire évoluer la mentalité entrepreneuriale française ; une procédure de redressement judiciaire doit être considérée non pas comme une sanction ou un constat d'échec, mais comme la faculté pour les salariés de pouvoir conserver leur emploi et comme une seconde chance offerte aux entrepreneurs. Tant que ce frein psychologique ne sera pas levé, les dirigeants attendront toujours le dernier moment.

M. Jean-Claude QUENTIN, FO : Monsieur le président, quand nous avons reçu votre invitation à venir discuter avec vous de ce projet de loi, deux mots sont ressortis : « anticipation » et « confiance ». Comment sommes-nous capables de gérer des difficultés économiques de manière anticipée, et comment le climat de confiance peut-il être établi entre les différents acteurs en présence – clientèle, fournisseurs, juridiction, salariés – pour tenter de trouver des solutions ?

La seconde façon d'aborder le sujet consiste à regarder les choses sous l'angle de la diversité des entreprises. Il est clair qu'aujourd'hui le contexte des entreprises françaises peut être caractérisé de la façon suivante : un salarié sur deux travaille pour un groupe, tandis que l'autre travaille pour une entreprise indépendante.

S'agissant des salariés qui travaillent pour un groupe, deux éléments nous semblent importants.

D'une part, pour le groupe international, au sens de sa cotation boursière, les logiques d'anticipation, les logiques de stratégies industrielles sont préparées avant d'être mises en œuvre ; les difficultés économiques ne proviennent pas que de celles-ci, mais c'est d'elles, éventuellement, que peuvent procéder les décisions et les situations qui vont se traduire par des difficultés économiques.

D'autre part, s'agissant des micro-groupes, ils sont juridiquement et financièrement organisés, dès le départ, pour justement ne pas devoir être confrontés à une procédure collective (sauf si elle a été voulue) : le dépôt de bilan est alors le résultat de la construction juridique et financière de l'entreprise, suivant la politique de « la branche coupée ».

S'agissant des petites entreprises, elles ne voient en revanche jamais la difficulté économique arriver. Pour une raison simple : elles ne possèdent pas la structure d'analyse permettant de prévoir les difficultés. Elles sont beaucoup plus dépendantes des choix stratégiques des grandes entreprises ou des micro-groupes – logique de la sous-traitance, des effets de cascade, etc. Ces petites entreprises sont donc les plus touchées par les procédures de redressement ou de liquidation judiciaires.

Si nous voulons véritablement réussir à anticiper les difficultés économiques, plusieurs problèmes doivent être préalablement résolus. D'abord, celui de la gestion prévisionnelle, que nous avons essayé d'aborder dans les négociations collectives.

Dans la négociation sur la formation professionnelle, qui a eu lieu récemment, la « préoccupation emploi » était au cœur du débat : cette préoccupation oblige en effet l'entreprise à une démarche d'anticipation dans sa gestion et notamment relativement à ses besoins en qualification. Le fait de déterminer ses besoins en qualification est une façon pour elle de construire une stratégie dans le temps qui me semble constituer un élément important du dossier.

La négociation que nous menons actuellement avec le patronat sur les restructurations contient également un volet important sur l'anticipation, la prévention des restructurations, incluant éventuellement un volet curatif – quand l'entreprise est vraiment confrontée à des suppressions d'emplois.

Trois points me semblent importants à analyser dans cette logique de sauvegarde des entreprises.

D'abord, comment gère-t-on la notion de confidentialité ? Il est évident que la confidentialité de l'information est importante. Et pourtant, la circulation de l'information doit exister : en effet, si les salariés sont informés – et formés pour savoir utiliser ces informations –, et s'ils peuvent s'appuyer sur des experts, ils peuvent également participer à l'élaboration de solutions alternatives.

Ensuite, l'indépendance du conciliateur. Plus il donnera des garanties d'indépendance, plus il sera efficace.

Enfin, comment fait-on, à un moment donné, pour gérer les charges qui résultent d'un éventuel « redressement » de l'entreprise – redressement non pas judiciaire, mais de prévention ? En effet, l'entreprise doit alors payer à la fois les charges normales et celles qui sont liées au redressement – coûts des licenciements, par exemple.

Lors de la négociation sur les restructurations, nous avons proposé la constitution d'un fonds mutualisé – au niveau de l'ensemble des entreprises – qui permettrait, pendant une durée de douze mois, de maintenir, pour le salarié, un lien contractuel avec l'entreprise et une rémunération.

Le président Pascal CLÉMENT : Il y a une relation avec l'AGS ?

M. Jean-Claude QUENTIN : Ce dispositif se situerait à mi-chemin entre l'AGS et le régime d'assurance chômage ; il ne s'agit pas en effet de réparer quelque chose qui a été judiciarisé et l'on n'est pas non plus encore dans la phase où le salarié n'est plus dans l'entreprise.

Avec ce fonds de mutualisation, ainsi qu'avec le maintien du lien contractuel et de la rémunération du salarié, nous ne sommes pas totalement dans une logique de licenciement. L'année pendant laquelle la relation contractuelle serait maintenue pourrait être ainsi mise à profit pour trouver une solution au sein de l'entreprise qui éviterait, non seulement le licenciement, mais également la cessation d'activité de l'entreprise.

Le président Pascal CLÉMENT : Par qui sera financé ce fonds ?

M. Jean-Claude QUENTIN : Il serait financé par 0,10 à 0,15 % de la valeur ajoutée des entreprises. Ce n'est pas extraordinaire !

Le président Pascal CLÉMENT : Étant donné la réaction des élus face à la taxe professionnelle, ils ne vont pas considérer ce montant comme négligeable !

M. Jean-Claude QUENTIN : J'en ai bien conscience, mais reprenons les propos de Mme Simon. Ces dix dernières années, un nombre substantiel d'exonérations a été accordé aux entreprises, alors que certains économistes s'interrogent sur leur efficacité pour le maintien ou la création d'emplois – et il est toujours plus facile de maintenir les emplois que d'en créer de nouveaux.

Bien entendu, les entreprises éprouveraient des difficultés, aujourd'hui, à supporter la suppression de ces exonérations, mais si l'on instaurait un peu plus de solidarité entre elles au travers de ce dispositif, peut-être pourrait-on espérer une certaine prise de conscience.

Le président Pascal CLÉMENT : Cette proposition vaut la peine que l'on y réfléchisse.

M. Michel LAMY, CGC : Monsieur le président, le fait de vouloir prétendre prévenir les difficultés des entreprises implique d'intervenir très en amont, avant que les difficultés ne deviennent trop lourdes. Pour cela, il y a des impératifs à respecter : une information transparente, une capacité de détecter les problèmes naissants et un écueil dont on est particulièrement conscient : pour pouvoir détecter les difficultés, il est indispensable d'avoir un maximum d'informations et donc de prendre le risque que ces informations puissent être connues et accroître les difficultés – je pense notamment aux réactions des banquiers.

Le comportement des banques est pour nous quelque chose d'extrêmement important ; il permet, ou non, aux entreprises de passer des périodes difficiles, sans les condamner. Quand les banques étaient entre les mains de l'État, certes, il y avait des inconvénients, mais également un avantage : l'État pouvait décider une politique à leur égard. Aujourd'hui, c'est beaucoup plus difficile.

Par ailleurs, pour pouvoir prévoir, il convient de s'adresser à ceux qui connaissent l'entreprise. Nous demandons donc, dans cette perspective, un renforcement du pouvoir économique du comité d'entreprise : renforcement qui passe nécessairement par une meilleure formation des élus et, dans le cadre du statut particulier que nous réclamons pour les responsables syndicaux dans les entreprises, par des heures libérées et des fonds pour la formation. Nous constatons, malgré les efforts fournis par les CE et les organisations syndicales, que la formation économique des élus n'est pas suffisante et s'avère très disparate d'une branche à l'autre.

Il conviendrait également de renforcer la notion de droit d'alerte et la faculté de se faire assister par des experts. Dans certains cas, le coût des experts peut aggraver la situation de l'entreprise ; mais nous sommes favorables à la mise en place de budgets, au niveau des régions, permettant d'aider les entreprises à payer les experts dont ont besoin les élus des CE – on revient là sur le problème de mutualisation.

Il nous semble également souhaitable de mettre en cause la responsabilité des commissaires aux comptes. Par discrétion, je ne vous dirai pas le nombre de fois où des salariés ont détecté des problèmes qui avaient été couverts par des commissaires aux comptes, sans qu'aucune difficulté de gestion n'ait été relevée. Je ne vous donnerai pas le nom d'une grande entreprise qui, il y a encore trois ans, faisait appel à trois cabinets de commissaires aux comptes, qui touchaient 500 000 euros – à eux trois – pour certifier les comptes et 2,3 millions d'euros pour travailler sur lesdits comptes à titre de conseils.

Le président Pascal CLÉMENT : Ces pratiques sont terminées !

M. Michel LAMY : Le mélange des genres, non ce n'est pas totalement fini ! Et sachez que nous avons signalé ce problème à la COB qui avait préféré, pudiquement, fermer les yeux.

Les choses ne sont claires que lorsque l'entreprise doit faire appel à deux entités distinctes, qui sont chargées de missions différentes, et n'appartiennent pas aux mêmes capitaux. Je veux dire que si le cabinet X certifie les comptes et que le cabinet Y travaille sur lesdits comptes, tout va bien. En revanche, si c'est une filiale du cabinet X qui travaille sur les comptes, ça ne va plus. Il nous semble donc nécessaire de renforcer les possibilités de poursuites, afin d'éviter les tentations.

Par ailleurs, nous demandons la présence systématique d'administrateurs représentant les salariés, au titre des parts que ceux-ci détiennent dans le capital. Je vous rappelle que mon organisation a été à l'initiative de l'amendement – adopté par l'ensemble des partis politiques, à l'Assemblée nationale comme au Sénat – visant à rendre obligatoire la présence d'un administrateur des salariés dès lors qu'ils détiennent 3 % du capital.

Le premier amendement avait été déposé par le PS, adopté par tous les partis politiques, puis retiré à la demande du ministère des Finances. Le second amendement avait été défendu par Maxime Gremetz. En tout état de cause malheureusement, depuis 18 mois, nous attendons son décret d'application.

Par ailleurs, nous sommes « demandeurs » d'administrateurs au titre de la représentation des salariés au niveau des conseils d'administration et de surveillance. J'insiste particulièrement sur le conseil de surveillance, qui est un organe hybride. En effet, il est censé permettre une meilleure transparence, en ne mélangeant pas les actionnaires et les gestionnaires. L'inconvénient est que le président du directoire se trouve sur un « siège éjectable », ce qui ne l'incite pas à faire « remonter » au conseil de surveillance les difficultés constatées.

Avant, le président du conseil d'administration avait tendance à manipuler son conseil, mais il connaissait les conséquences de ses décisions. Actuellement, la séparation fait que les actionnaires ont tendance à se satisfaire de promesses, de *royalties* et de certains indicateurs, sans connaître toute l'alchimie de l'entreprise ; le président du directoire n'a d'ailleurs pas toujours intérêt à le faire savoir.

Il est donc indispensable d'avoir une information claire, avec la présence d'un représentant des salariés au conseil de surveillance, afin que les membres du conseil soient informés de la volonté des actionnaires salariés. Par ailleurs, ce représentant pourra également alerter ces actionnaires sur les conséquences d'un certain nombre de mesures.

Afin de pouvoir agir en amont, nous souhaiterions la mise en place d'indicateurs économiques, qui nous semblent devoir être déterminés par un consensus entre les organisations syndicales de salariés, les organisations patronales, les représentants de l'État et éventuellement ceux

de la Région – indicateurs qui doivent être surveillés par cette dernière, peut-être d’ailleurs par l’intermédiaire de la Banque de France, ou avec son aide. Et ces indicateurs économiques pourraient être discutés par branches – les indicateurs pertinents pour prévoir des difficultés étant différents d’une branche à une autre.

Nous pensons également qu’il est nécessaire de surveiller les aides accordées aux entreprises. Je partage ce qui a été dit par mes collègues à ce sujet : les aides aux entreprises présentent actuellement, parfois, des effets d’aubaine importants. Il est tout à fait anormal, par exemple, que certaines servent simplement à dégager de l’argent pour permettre des opérations de délocalisation.

Nous avons souhaité, à une époque, la création d’une commission qui évaluerait l’aide aux entreprises, et où seraient représentés les partenaires sociaux. Elle a été mise en place sous l’égide de l’État, elle s’est réunie une fois et a été supprimée depuis plus d’un an, de façon très discrète. Or il n’y a pas de raison que l’on ne sache pas à quoi servent ces aides ; il serait intéressant, avant d’attribuer d’autres aides, de connaître leur capacité réelle à alimenter le circuit économique.

L’État est regardant sur la pertinence de ses dépenses, notamment quand il s’agit du nombre de fonctionnaires ; le moins qu’il puisse faire est d’analyser la pertinence de ses dépenses quand il s’agit de financer les entreprises.

Nous souhaiterions également une meilleure organisation du soutien bancaire en cas de difficultés. Il serait intéressant de déterminer quelles sont les possibilités de mettre en place des aides bancaires avec retour à meilleure fortune. Nous avons vraiment l’impression que lorsqu’une PME est en difficulté, les banques se retirent systématiquement.

Quant à la responsabilisation des donneurs d’ordres et à la fragilisation du tissu des PME – les sous-traitants sont régulièrement abandonnés au milieu du gué, avec des délais assez courts –, nous souhaiterions qu’une loi prévoie un délai de préavis suffisamment long pour la dénonciation de ce type de contrats. Il pourrait être d’autant plus long que la part des commandes d’un sous-traitant dépend d’un donneur d’ordres particulier. Enfin, lorsque cette part devient réellement importante, la loi pourrait exiger que le donneur d’ordres puisse aider à la relance de l’entreprise.

Je prendrai l’exemple de Danone et de Lu. Danone, entreprise qui faisait des bénéfices, a décidé – pour des raisons que l’on jugera bonnes ou mauvaises – de « couper la branche » Lu, qui lui semblait vouée au déficit. Cela veut dire qu’une entreprise qui a de l’argent fait un choix ; il nous semble important qu’elle assume cette décision y compris par rapport au bassin d’emplois.

Nous demandons que, dans un tel cas – et il en va de même avec les sous-traitants – l’entreprise en question accorde des prêts sur 15 ans à 0 %, avec un différé d’amortissement de 5 ans, ainsi qu’avec un montant proportionnel au nombre d’emplois supprimés, aux entreprises qui s’installeraient sur le même bassin d’emplois – avec une obligation d’y rester – et qui reprendraient les salariés licenciés.

Cela reviendrait à inscrire une créance au bilan. Le coût, pour une entreprise comme Danone, n’aurait été que celui du portage des intérêts pendant la durée du prêt.

Je terminerai en vous disant que le projet de loi va dans le bon sens, mais qu’il reste timide sur la vision sociale et sur la place laissée aux partenaires sociaux dans le sauvetage d’une entreprise. Une entreprise se sauve à plusieurs : les dirigeants – et actionnaires – les banques et les salariés, car tout le monde y a intérêt.

M. Thierry LEPAON, CGT : Monsieur le président, il nous semble judicieux d’examiner les possibilités offertes pour la défense de l’emploi dans les entreprises, y compris celles qui sont en difficulté, avant de présenter ce que nous jugeons nécessaire pour mener à bien la réforme des faillites.

Nous pensons avant tout qu'est nécessaire une veille portant sur les éléments économiques de l'entreprise et sur les possibilités d'anticipation, dans le cadre d'une prévention efficace des licenciements.

Étant donné que notre droit divise les entreprises en deux catégories – moins de 50 salariés et plus de 50 salariés –, nous pourrions présenter deux types d'analyses et de propositions.

Pour les entreprises de plus de 50 salariés, le dispositif législatif actuel définissant les prérogatives des représentants du personnel nécessite un renforcement de sa cohérence, pour assurer une veille et une anticipation efficaces. Nous proposons d'organiser cette cohérence autour de trois axes.

D'abord, l'analyse des performances passées de l'entreprise. Ensuite, l'examen des dispositions prises pour la gestion anticipative des emplois. Enfin, l'exigence de leviers d'action afin de remettre éventuellement en question les choix et les projets des directions de l'entreprise ou du groupe en cas de changement d'organisation, de changement important de technologie ou en cas de détérioration de la situation de l'entreprise pouvant avoir un impact important sur l'emploi.

Nous pensons que cette mise en question doit comprendre un droit suspensif des projets de la direction jusqu'à la réponse des organes dirigeants que l'on pourrait éventuellement saisir.

Nous souhaitons que la saisine des organes sociaux soit fortement encouragée, de telle sorte que les représentants du personnel soient en mesure de jouer un rôle efficace et pris en compte dans la gouvernance des entreprises.

Pour cela, nous proposons un premier levier de veille et d'anticipation, que l'on pourrait appeler le « rapport économique ». Nous proposons donc que l'entreprise donne au comité d'établissement, ou à défaut aux délégués du personnel, mais également au comité de groupe quand il existe et au comité d'entreprise européen le cas échéant, une fois par exercice social, avant l'assemblée générale des actionnaires et avec un délai d'examen suffisant, une information qui pourrait faire l'objet d'une analyse indépendante. Celle-ci serait effectuée par un expert-comptable – à la charge de l'entreprise –, doté des prérogatives du commissaire aux comptes sur la situation financière, les choix stratégiques, mais également les performances passées et prévisionnelles de l'entreprise, avec une évaluation des conséquences sur l'organisation et l'emploi.

Nous proposons ensuite un second levier, que nous appellerons levier de veille et d'anticipation, correspondant au « rapport social ». Dans le cadre de la gestion participative des emplois, nous proposons que le CE (comité d'entreprise), ou à défaut les délégués du personnel, soit doté de moyens d'information et d'actions appropriées, qu'il soit l'interlocuteur de la direction pour la gestion anticipative des emplois. À ce titre, nous proposons donc que la direction remette au CE, ou à défaut aux délégués du personnel, en même temps que le rapport économique, un rapport annuel social, dans des délais lui permettant d'interpeller l'assemblée générale des actionnaires qui statue sur les comptes sociaux.

Les CE, ou à défaut les délégués du personnel, disposeront donc de moyens d'expertise qui leur permettront de donner un avis motivé, une fois par an, sur la cohérence de la gestion anticipative des emplois, avec des informations relatives aux performances de l'entreprise et aux comptes, qui ont un impact sur l'emploi.

Nous proposons que cet avis soit communiqué à la direction départementale du Travail, de l'emploi et de la formation professionnelle.

Enfin, le troisième volet « veille et anticipation » devrait permettre au CE d'exercer son droit d'alerte en cas d'événements ou d'informations de nature à l'inquiéter sur la santé financière ou sur le maintien de l'emploi de l'entreprise, ou encore en cas de révision stratégique de la politique générale d'une entreprise ou d'un groupe.

Si le CE décide de recourir à son droit d'alerte, il aurait alors la possibilité de formuler des propositions alternatives qui devraient faire l'objet d'un avis et d'une réponse motivée.

Enfin, s'agissant des entreprises de moins de 50 salariés, une solution plus simple pourrait consister à ce que le chef d'entreprise fasse annuellement une déclaration écrite sur la situation économique et sociale de l'entreprise. Cette déclaration pourrait être remise aux représentants du personnel.

Si l'entreprise est une filiale ou un sous-traitant d'un groupe, le chef d'entreprise ou les représentants du personnel recevront chaque année les rapports économiques et sociaux du groupe, ce qui permettrait d'instaurer, selon nous, de nouveaux liens, entre les donneurs d'ordres et les sous-traitants.

Dans les entreprises de moins de 50 salariés le droit d'alerte sera assuré par les délégués du personnel – ce qui veut dire que nous proposons de l'instituer puisqu'il n'existe pas aujourd'hui. Il est également indispensable de donner de nouveaux moyens d'action au niveau du territoire ; nous proposons la création d'un observatoire régional économique et social de veille. Il permettrait de centraliser les informations disponibles dans les organismes existants – l'INSEE, l'AFPA, les ASSEDIC, les comités économiques et sociaux régionaux (CESR), les chambres de commerce et d'industrie, etc.

Nous proposons également, afin de tisser des liens étroits entre entreprises et territoires, de créer des fonds régionaux mutualisés pour le développement de l'emploi, avec un contrôle régional sur l'utilisation des aides publiques, afin de permettre une meilleure prise en compte de l'intérêt des salariés. Ceux-ci pourront être représentés dans les tribunaux de commerce, ce qui n'est pas le cas aujourd'hui – et j'en profite pour vous redire qu'une réforme des tribunaux de commerce est nécessaire.

Il est selon nous impossible de continuer, sans que l'État soit représenté dans les tribunaux : la présence du ministère public pourrait être obligatoire, à partir d'un seuil qu'il conviendrait de fixer. Les comités d'entreprise disposeraient d'un droit de veto. Nous précisons d'ailleurs que les charges découlant de ce droit de *veto* doivent incomber à l'employeur, s'il juge nécessaire de faire appel du droit de *veto* du comité d'entreprise.

Enfin, nous constatons souvent, en cas de dépôt de bilan, que s'ouvre une zone de non-droit pour les salariés et leurs représentants ; c'est la stratégie du « il faut aller vite, il y a urgence ». C'est notamment pourquoi nous souhaitons un renforcement des obligations des administrateurs judiciaires, avec un devoir de transparence et de communication auprès des personnels et de leurs représentants. Nous souhaitons aussi, à cet égard, que les syndicats aient qualité pour agir dans l'ensemble des procédures portées devant les tribunaux de commerce.

Enfin, une obligation d'avertir les organisations syndicales en cas de faillite, avec pour celles-ci un droit d'intervention et de communication dans les procédures, nous paraîtrait utile.

M. Jean-Claude QUENTIN : J'ai le sentiment que nous partons sur deux terrains, dont un qui ne concerne pas le projet de loi. Que le problème des restructurations des entreprises soit posé, c'est normal, il s'agit d'une question importante. Mais j'ai le sentiment que celui-ci est différent des problèmes de difficultés financières, de conciliation, de sauvegarde, de redressement et de liquidation, qui constituent l'objet du projet de loi.

Pour ma part, j'ai exercé les fonctions de secrétaire général de l'Union départementale pour FO, à Dijon. Et j'ai donc été amené à prendre un certain nombre d'initiatives, notamment parce que des entreprises implantées localement étaient en difficulté économique et risquaient de fermer.

Il m'est ainsi arrivé, entre le samedi et le lundi, de faire mettre « sous tutelle » une entreprise. Je détenais en effet un certain nombre d'éléments qui me permettaient de prouver que l'entreprise était en danger de fermeture totale – elle comptait environ 150 salariés. Mais j'ai pu faire cela, non seulement parce que je connaissais personnellement le président du tribunal de commerce,

mais également parce que j'avais, en raison de ma fonction, des relations fréquentes avec le secrétaire général de la préfecture. Grâce à eux, en un week-end, nous avons pu sauver, non pas les 150 emplois, mais une centaine, soit les deux tiers.

Tout cela pour vous dire que le fait d'être entré beaucoup plus vite sur le terrain du redressement judiciaire que ne l'avait jugé bon le chef d'entreprise, et le fait d'avoir publié un certain nombre d'offres dans les journaux professionnels pour trouver un repreneur, ont minimisé la « casse ». Bien entendu, j'ai aussi eu la chance qu'un directeur technique de l'entreprise ait accepté de « mouiller la chemise ».

Voilà un exemple qui peut se présenter tous les jours à une organisation syndicale – qui doit alors prendre ses responsabilités. Mais cela suppose qu'existe cette logique de confiance dont je parlais tout à l'heure. Si je n'avais pas connu le président du tribunal de commerce et le secrétaire général de la préfecture, l'opération n'aurait pas été possible.

Je souhaiterais maintenant vous poser une question, M. le Président : connaissez-vous la répartition des sinistres selon la taille des entreprises ?

Le président Pascal CLÉMENT : Non, pas de manière précise, mais spontanément, je puis vous répondre que les petites entreprises sont beaucoup plus concernées que les grosses. Leur proportion doit être très élevée, mais je ne la connais pas.

M. Jean-Claude QUENTIN : Tout cela pour vous dire qu'il convient de parler aujourd'hui, ici, surtout des petites entreprises.

Le président Pascal CLÉMENT : Vous avez tout à fait raison, cette loi concerne essentiellement les petites entreprises du tissu industriel français et votre exemple est un très bon exemple, car c'est essentiellement en province qu'elles sont touchées.

Monsieur Quentin, avez-vous des propositions à formuler concernant l'AGS (Association pour la garantie des salaires) ? Vous donne-t-elle satisfaction ou doit-elle être améliorée ? Car vous parlez d'un fonds mutualisé, mais les entreprises versent déjà, seules, de l'argent pour alimenter l'AGS ! Alors que vous leur demandez de cotiser pour un autre fonds ! Il conviendrait donc en premier lieu de préciser vos critiques relatives à l'AGS.

Par ailleurs, les cas où l'AGS met en difficulté de redressement les entreprises en se subrogeant aux salariés pour essayer de récupérer les créances salariales sont-ils nombreux, selon vous ?

M. Jean-Claude QUENTIN : Aujourd'hui, l'AGS connaît des difficultés financières. Elle a une vision restrictive des créances salariales. Je pourrais vous citer un certain nombre d'exemples où l'AGS ne prend pas en charge certains éléments de salaire qui sont pourtant liés au sinistre.

Il y avait cette histoire ancienne des 13 x 4 plafonds de la Sécurité sociale... Cela a été réduit, ce qui semble assez logique. Mais nous sommes aujourd'hui au minimum ; on ne peut pas descendre plus bas dans le plafonnement par l'AGS des créances des salariés.

L'autre aspect sur lequel je souhaite insister est le suivant – et je vous citerai un exemple. J'ai voulu faire reprendre une entreprise en difficulté par ses salariés, sous une forme peu commune, la SCOP – société coopérative de production. Pour cela, il fallait faire payer par l'AGS les salaires, les préavis, les congés payés et les indemnités de licenciement, une partie de cet argent étant nécessaire pour le capital de la SCOP.

J'ai alors reçu une réponse extraordinaire de l'AGS qui m'opposait l'article L. 122-12 du code du travail : « Puisque vous continuez les contrats de travail, il n'y a pas de licenciements. Nous ne verserons donc pas les indemnités de licenciement, de préavis et les congés payés. Nous ne paierons que les deux mois de salaires impayés ».

Le président Pascal CLÉMENT : On ne peut pas demander à l'AGS de faire deux choses à la fois !

M. Jean-Claude QUENTIN : Certes, mais l'AGS avait-elle vraiment le choix ? Soit nous liquidions judiciairement l'entreprise, tous les salariés étaient mis au chômage et l'AGS payait l'intégralité de la créance. Soit elle payait la créance et nous ne mettions pas le personnel au chômage.

Le président Pascal CLÉMENT : Mais juridiquement a-t-elle le droit de le faire ? Je ne crois pas.

M. Jean-Claude QUENTIN : En tout cas les salariés ont touché leur créance, la SCOP a été créée et elle fonctionne encore aujourd'hui.

Le président Pascal CLÉMENT : Bravo, car les SCOP ont en général une durée de vie assez courte. C'était la bonne solution, il s'agit d'une démarche entrepreneuriale !

M. Jean-Claude QUENTIN : Mais il a fallu friser l'illégalité, pour faire payer l'AGS ! Nous avons néanmoins sauvé les emplois.

Le président Pascal CLÉMENT : Comment avez-vous fait ?

M. Jean-Claude QUENTIN : Ce n'est pas avouable !

M. Thierry LEPAON : Je suis secrétaire général de l'Union départementale de la CGT, et je connais bien les petites histoires de M. Quentin !

Aujourd'hui, le dépôt de bilan est devenu une stratégie d'entreprise : de plus en plus d'entreprises, confrontées à des difficultés, n'hésitent pas à déposer le bilan pour pouvoir rebondir dans des conditions plus satisfaisantes.

Par ailleurs, concernant l'AGS, j'ai été le délégué syndical central CGT du groupe Moulinex au moment de sa fermeture, je connais donc la mécanique, le financement et la manière dont on traite un plan social de cette ampleur – le plus grand dépôt de bilan de ces 20 dernières années – sans avoir un sou en caisse.

Il faut savoir ce que l'on veut : ou bien c'est l'AGS qui paie dès qu'il y a un dépôt de bilan, une liquidation judiciaire, et l'on a quelques difficultés à se faire rembourser, ou l'on demande au repreneur de payer un prix convenable.

En ce qui concerne Moulinex, si le tribunal de commerce avait demandé à Seb un prix plus élevé – les dirigeants disent partout qu'ils ont fait une bonne affaire – l'AGS n'aurait pas eu tant à payer.

Le choix est simple : ou l'on mutualise le coût du plan social ou l'on demande au repreneur de racheter l'entreprise à un prix acceptable.

Le président Pascal CLÉMENT : Je suppose que si le tribunal de commerce – dans le cas de Lu – a fixé ce prix, c'est qu'il se doutait qu'à un prix supérieur, il ne trouverait pas de repreneur !

J'ai bien entendu votre demande de faire évoluer les tribunaux de commerce – et je vous le dis, je suis d'accord avec vous –, mais dans une telle affaire, où il n'y a qu'un repreneur, le président du tribunal a un rôle délicat, car il ne doit pas fixer un prix qui ferait fuir ce repreneur ; il vaut mieux qu'il y en ait qu'un seul, plutôt que pas du tout !

M. Michel LAMY : Je voudrais revenir sur les propos de M. Quentin, car j'ai une petite réticence quant à sa proposition de mutualisation.

Si j'ai bien compris votre proposition de mutualisation, M. Quentin, le lien juridique entre le salarié et l'entreprise est conservé pendant un an. Je crains que cela ne crée un effet d'aubaine pour des entreprises qui auraient besoin de se débarrasser provisoirement d'une partie de leur personnel – et qui le réembaucheraient ensuite. Elles pourraient en effet faire payer ce personnel pendant un an par la collectivité. Ou alors, il faudrait installer des garde-fous.

S'agissant de l'AGS, elle a ses limites de capacité de paiement et de fonctionnement. Je comprends la réaction de M. Quentin, dans l'exemple qu'il nous a cité, mais là, il faudrait changer la loi.

Le président Pascal CLÉMENT : Je crains que les entreprises ne soient pas d'accord pour cotiser à la fois à l'AGS et pour un fonds mutualisé.

M. Jean-Claude QUENTIN : Nous ne discutons pas là sur des dépenses nettes. Je comprends votre argument, monsieur Lamy, je l'ai moi-même intégré dans ma réflexion ; tous les dispositifs créent des effets d'aubaine. Le dispositif que nous proposons est à mi-chemin entre l'AGS et l'assurance chômage, et il ferait faire des économies à ces deux organismes.

Le président Pascal CLÉMENT : Certes, mais les entreprises continueront à devoir payer deux fois !

M. Jean-Claude QUENTIN : Actuellement, le taux de l'AGS est variable en fonction de ses besoins de financements. Je rappelle qu'en 2002, il y a eu 250 000 licenciements économiques en France, et en 2003, 205 000 – les choses ont l'air de s'arranger un peu. Mais ce n'est pas ma faute si Moulinex a fermé des usines et qu'il a fallu que l'État assume la conséquence de lourdes charges – il pensait d'ailleurs se refaire sur l'AGS !

Mme Gabrielle SIMON : Je voudrais pour ma part vous rappeler que, l'été dernier, les cotisations patronales de l'AGS ont été réduites, à la demande du président du Medef. Il n'est pas bon qu'il y ait un désengagement du patronat, en règle générale, pour tout ce qui concerne les structures qui instaurent une certaine solidarité.

M. Lamy parle du risque des effets d'aubaine, et notamment de certaines entreprises qui feraient financer leurs salaires dès qu'elles seraient en difficulté. Mais l'AGS pourrait être réformée pour que son action permette effectivement de plus favoriser le maintien de l'emploi. M. Quentin a raison de rappeler qu'il est plus difficile de créer des emplois que de maintenir ceux qui existent ; donc à chaque fois qu'une possibilité de maintenir l'emploi existe – par quelque structure que ce soit, y compris par l'AGS réformée, par exemple –, elle est intéressante.

Enfin, je rappellerai une lapalissade : moins il y aura de chômage, plus il y aura de rentrées d'argent, plus le déficit sera réduit, et plus les dirigeants verront leurs prélèvements obligatoires diminuer.

Les dirigeants d'entreprise disent aujourd'hui qu'ils ne peuvent plus supporter de charges supplémentaires, du fait des très nombreux prélèvements obligatoires existants, et qu'il appartient à l'État d'assumer tout supplément de charges. Mais ils oublient que si l'État assume ces charges, celles-ci se concrétiseront, inévitablement, en prélèvements obligatoires supplémentaires ! Leur raisonnement ne tient pas !

Chacun doit assumer ses droits et ses devoirs, et tout doit être mis en œuvre pour maintenir l'emploi.

Le président Pascal CLÉMENT : J'ai noté la proposition d'accorder le droit d'alerte aux entreprises de moins de 50 salariés. Quel est votre constat sur l'utilisation de ce droit d'alerte par les comités d'entreprise ?

M. Michel LAMY : Je suis salarié du Crédit Foncier, et nous avons eu des difficultés très graves à une époque. Le droit d'alerte nous a permis – alors que les syndicalistes étaient déjà bien formés sur le plan financier – d'aller creuser à des endroits où nous n'avions pas accès autrement. Sans droit d'alerte, nous aurions pu faire le travail nous-mêmes, mais sans en avoir réellement l'autorisation.

L'avantage de faire appel à un expert, c'est qu'il peut être autorisé par l'entreprise à consulter un certain nombre de documents confidentiels, et qu'il peut présenter ses conclusions sans donner le détails de ce qui l'a amené à les formuler. Cela permet de préserver la confidentialité, en ayant malgré tout l'efficacité de l'accès à l'information.

Dans une entreprise cotée, ce droit d'alerte peut être une véritable force pour sauver ou développer l'entreprise. En effet, il permet, sur un certain nombre de conclusions, une discussion plus motivée, y compris auprès de journalistes, de spécialistes ou d'analystes, ce qui permet de disposer de leviers réels pour aider l'entreprise.

Bien entendu, des conflits peuvent éclater entre la direction et les salariés. Les uns et les autres peuvent se tromper. Mais il existe une véritable possibilité d'« objectiver » des données importantes par des recherches opérées au cours de l'exercice du droit d'alerte.

M. Jean-Claude QUENTIN : L'AGS ne prend jamais en compte ce qui est du domaine des dommages et intérêts – décidés par le conseil des Prud'hommes, par exemple –, qui naissent de la façon dont la relation salariale a été conduite ou rompue dans l'entreprise. L'employeur peut utiliser juridiquement l'AGS pour échapper à sa responsabilité à l'égard du salarié. Vous nous demandiez, monsieur le Président, les insuffisances de l'AGS : en voilà une. Car même si le salarié obtient satisfaction au tribunal, il ne sera pas indemnisé de sa créance sur l'entreprise.

En ce qui concerne le droit d'alerte, nous nous en servons dans les grandes entreprises qui se trouvent dans une logique de restructuration, et non dans une logique de dépôt de bilan ou de redressement judiciaire. Le droit d'alerte est efficace à partir du moment où l'employeur, sous une forme ou sous une autre, n'a plus un comportement d'entrepreneur.

Le président Pascal CLÉMENT : Ne s'agit-il pas d'une notion un peu subjective ?

M. Jean-Claude QUENTIN : Dans une grande entreprise, on se trouve plutôt dans une logique de fusion-acquisition, rachat, cession, vente par appartements..., que dans le cas du risque de sinistre financier.

Dans une plus petite entreprise, le droit d'alerte a l'efficacité de permettre, le cas échéant, de démontrer que l'employeur n'est plus dans une logique d'entrepreneur ou qu'il a un comportement frauduleux. Lorsqu'on est dans une procédure de redressement judiciaire, il n'a en revanche que peu d'intérêt.

Mme Gabrielle SIMON : Il convient de dédramatiser le droit d'alerte ; il ne doit pas être considéré comme une sanction ou un jugement de la part des salariés. Il permet aux salariés de prendre connaissance de la situation de leur entreprise ; d'ailleurs, si l'information était donnée en amont, si cette participation dont je vous ai parlé était instaurée, nous n'aurions peut-être pas besoin de ce droit d'alerte.

Le droit d'alerte permet donc aux salariés de prendre connaissance de la situation réelle de l'entreprise, et de bénéficier de la collaboration d'un expert. Il permet aux salariés d'entrer dans une forme de dialogue social avec les dirigeants ; de ce fait, grâce à cet échange, ils peuvent aller au-delà de la confrontation pour déboucher sur quelque chose de constructif.

Par ailleurs, les salariés ne sont plus des victimes, ils se prennent en main, et cela est tout à fait positif – quel que soit l'avenir de l'entreprise –, ils apprennent comme cela à gérer les situations difficiles.

En conclusion, il me semble qu'il est nécessaire de changer le regard que les dirigeants portent sur ce droit d'alerte, car il offre des opportunités intéressantes.

M. Thierry LEPAON : Pour moi, le droit d'alerte a donné lieu à chaque fois à une obligation de résultat et de dialogue entre les partenaires sociaux et les employeurs. Par ailleurs, il a permis d'éclairer l'administration sur ce qui se passait réellement dans l'entreprise. En fait, il joue un rôle de veille sur la bonne marche de l'entreprise et sur les capacités des dirigeants à ne pas gâcher ce que la société a réalisé en termes de production et de création de richesses.

Enfin, l'avis d'un expert indépendant permet une vulgarisation des questions économiques, pour les salariés et leurs représentants, ce qui est très important. En effet, dans ce cas deux mondes se côtoient, ont du mal à discuter, mais finissent, grâce à l'expert, par aboutir à un dialogue.

M. Xavier de ROUX : Le projet de loi introduit une nouvelle procédure – en amont de la cessation de paiement –, justement pour donner davantage de chances aux partenaires de l'entreprise : la procédure de sauvegarde. Elle doit être déclenchée avant la cessation de paiement et doit permettre de trouver une solution.

Je vous ai bien entendu, M. Quentin, lorsque vous disiez que certains dirigeants cessaient de se comporter comme des chefs d'entreprise, et des exemples comme celui que vous avez cité, à Dijon, nous en connaissons bien d'autres !

La question est donc la suivante : doit-on étendre le droit de déclencher la procédure de sauvegarde, et à qui ? Et à quel moment doit-elle être déclenchée ? Nous sommes là dans une relation de confiance entre les différents acteurs et le président du tribunal. Comment pourrait-on articuler la procédure de sauvegarde et le droit d'alerte ?

M. Jean-Claude QUENTIN : Aujourd'hui, lorsqu'on parle du droit d'alerte, on parle surtout d'une relation avec le chef d'entreprise, ou éventuellement avec les administrateurs.

Il existe, si mes souvenirs sont bons, une procédure permettant de saisir le président du tribunal de commerce qui peut, en toute confidentialité, mener une enquête sur le fonctionnement de l'entreprise et même convoquer le chef d'entreprise pour lui demander des explications.

Le droit d'alerte doit être utilisé dans ce sens : un salarié ou un délégué syndical qui a des doutes sur la bonne santé de son entreprise doit demander au secrétaire d'Union départementale d'envoyer un courrier au président du tribunal de commerce pour lui faire part d'éléments mettant manifestement l'entreprise en péril. Il peut également lui demander, en toute confidentialité, de s'informer sur sa situation bancaire, sa situation à l'égard de l'URSSAF et de ses fournisseurs. Après cette enquête, le président peut, soit déclencher une procédure, soit faire un certain nombre d'observations au chef d'entreprise.

Le droit d'alerte doit, selon moi, être davantage utilisé dans cette optique, alors qu'aujourd'hui il est essentiellement une relation entre les institutions représentatives du personnel et l'employeur – puis avec le conseil administration.

M. Christophe CARESCHE : Je souhaitais compléter la question de M. de Roux sur la procédure de sauvegarde.

Dans le texte qui est proposé, cette procédure de sauvegarde est exclusivement à l'initiative du chef d'entreprise. Pensez-vous que ce dernier aura recours à cette procédure spontanément, ou que, compte tenu des obstacles psychologiques, elle restera peu utilisée ?

Mme Gabrielle SIMON : Nous avons parlé de la difficulté du chef d'entreprise d'entamer une telle procédure, dans une situation qu'il vit comme un échec ou une sanction. Il s'agit d'un problème culturel, les mentalités doivent évoluer à ce sujet.

Nous sommes favorables à ce que les salariés, après le déclenchement du droit d'alerte et si celui-ci démontre que la situation est réellement préoccupante, puissent initier cette procédure de sauvegarde.

Les freins psychologiques des dirigeants sont ridicules, mais bien réels. Une personne devient entrepreneur parce qu'elle a envie de diriger son entreprise ; elle aura donc beaucoup de mal à constater son échec et à s'en remettre à une tierce personne.

Si cette procédure de sauvegarde peut être déclenchée par les salariés, cela pourrait aider le chef d'entreprise qui aurait peut-être eu du mal à prendre la décision ; et plus celle-ci sera déclenchée, vulgarisée, plus il sera facile de dédramatiser la situation.

M. Michel LAMY : Je partage totalement l'opinion de Mme Simon, mais j'ajouterai que si cette procédure de sauvegarde peut être déclenchée par les salariés, il conviendrait de pouvoir l'« objectiver » – afin qu'elle ne soit pas déclenchée sur des coups de tête. C'est la raison pour laquelle je trouve utile les indicateurs par branche, permettant d'apprécier de façon objective la nécessité du déclenchement de cette procédure.

M. Xavier de ROUX : Si le droit d'alerte était accordé, dans ce cadre, aux salariés, serait-il déclenché directement par le comité d'entreprise ou les délégués syndicaux auprès du président du tribunal de commerce, ou plutôt auprès du procureur de la République ?

M. Michel LAMY : Je pense qu'il conviendrait de l'exercer auprès du tribunal de commerce. S'adresser directement au procureur de la République a un aspect encore plus dramatisant.

Le président Pascal CLÉMENT : Le problème est délicat, car en cas d'alerte les banques peuvent se retirer.

M. Michel LAMY : Oui, il faut vraiment faire attention. Et le fait que le président du tribunal de commerce soit tenu à la confidentialité, par ailleurs, me semble constituer une protection importante tant que l'on n'a pas la certitude de la nécessité d'agir.

M. Jean-Claude QUENTIN : Pour ma part, j'estime que les parquets sont suffisamment surchargés actuellement : il ne me semble pas utile de passer par le procureur de la République.

Je serais plutôt favorable à ce que ce soit l'organisation syndicale, représentée localement – et qui a un certain degré de responsabilité – qui puisse faire la démarche. Si un délégué du personnel a la possibilité de s'adresser directement au tribunal de commerce, on prend le risque qu'il se l'autorise à chaque petit incident !

Le président Pascal CLÉMENT : Je suppose que le président du tribunal de commerce ne recevrait pas tous les délégués syndicaux des entreprises d'un département !

M. Xavier de ROUX : Ma question, justement, portait sur le filtre nécessaire...

M. Jean-Claude QUENTIN : Le filtre serait le secrétaire de l'Union départementale ; cela me semble déjà être un élément de responsabilisation important.

Au cours des ces trente dernières années, la nature de l'entreprise a profondément changé. À l'époque, la vision de l'entreprise par son dirigeant était essentiellement patrimoniale : son principal souci était de pérenniser sa société. Aujourd'hui, la gestion des entreprises est davantage financiarisée.

Mme Gabrielle SIMON : Je suis d'accord avec ce que vient de dire M. Quentin.

Je mettrai juste un bémol pour les dirigeants des PME-PMI qui sont encore des petits entrepreneurs, non cotés en bourse.

M. le député, je pense que le filtre que vous mentionnez doit être celui des résultats du droit d'alerte qui montrent que la situation est vraiment préoccupante ; à ce moment-là, les représentants des salariés devraient pouvoir proposer une procédure au président du tribunal de commerce.

**Audition de MM. Jean-François BERNARDIN, président
Jean-Christophe de BOUTEILLER, directeur général,
de l'ACFCI (Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie),
Michel TOURNIER, président de la Chambre de commerce et d'industrie de Rodez,
et Henri MAZET, président de la Chambre de commerce et d'industrie de Montluçon**

(procès-verbal de la séance du 12 mai 2004)

Le président Pascal CLÉMENT : Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises conduit à l'existence de quatre procédures de traitement des difficultés des entreprises. La question principale qui se pose est celle de l'acclimatation des nouvelles procédures, dans la mesure où elles se situent en amont des difficultés aujourd'hui prises en compte et reposent sur l'initiative des chefs d'entreprise eux-mêmes. Quelles sont, à vos yeux, les conditions nécessaires pour que la « greffe » prenne auprès d'eux ?

Par ailleurs, certains ont émis des réserves concernant ce qu'il est convenu d'appeler la « judiciarisation » de la conciliation, notamment la transmission au Procureur de la République de la décision désignant le conciliateur ou le mandataire *ad hoc*, ou homologation de l'accord par le tribunal de commerce : cette évolution vous semble-t-elle constituer un frein au succès de la réforme ?

Au-delà des questions de droit, l'acclimatation des réformes est-elle toujours en 2004 une question de mentalité, de psychologie collective ? Pour le dire autrement, pensez-vous qu'il soit possible de se rapprocher d'une conception plus « américaine » de l'entreprise – les entreprises naissent, vivent et meurent – à l'encontre d'une tradition de longue date qui nous conduit à donner un caractère infamant à la « faillite » ?

Pour ce qui vous concerne, quel rôle comptez-vous jouer dans cette acclimatation ? Quel rôle jouez-vous actuellement dans la formation des chefs d'entreprise, souvent perdus dans le maquis du droit des procédures collectives et quelles initiatives comptez-vous prendre en la matière ?

Enfin, de manière globale, le projet vous semble-t-il équilibré en ce qui concerne les fonctions et le traitement dévolus aux différents acteurs ?

M. Jean-François BERNARDIN : Globalement, le texte nous semble aller dans le bon sens par rapport au système actuel, dont nous connaissons tous les limites et sur lequel il ne paraît pas nécessaire de s'attarder de nouveau. En particulier, nous ne sommes pas toujours convaincus que l'acharnement thérapeutique qui consiste à maintenir trop longtemps en survie une entreprise non viable constitue la meilleure solution. En revanche, il faut accepter la notion de risque. L'essentiel est le résultat, qui consiste à savoir comment éviter que le dépôt de bilan d'une entreprise entraîne des catastrophes excessives pour le chef d'entreprise, mais aussi pour les créanciers. Le problème est d'autant plus important que nous connaissons en France des délais de paiement interentreprises singulièrement longs. C'est dire que le problème revêt chez nous une dimension beaucoup plus importante qu'ailleurs, puisque le dépôt de bilan d'une entreprise entraîne des effets de dominos plus perceptibles que dans la plupart des autres pays.

Il y a sept ou huit ans, le dépôt de bilan moyen au tribunal de commerce de Pontoise représentait environ deux millions de francs et concernait beaucoup de petites entreprises, le poids de leur crédit interentreprise étant supporté par les autres entreprises. Par ailleurs, existe le privilège du Trésor. Quoi qu'il en soit, lorsqu'il n'y a pas d'autre issue, il est préférable pour l'entrepreneur, ses actionnaires et ses créanciers que l'entreprise prenne fin tôt et dans le bon ordre plutôt que d'entraîner chacun dans un tourbillon, dans lequel le dépôt de bilan finit par être catastrophique pour tout le monde. Cela est d'autant plus facile que le dépôt intervient en amont des difficultés. Nous sommes d'accord sur ce point.

Sur le texte lui-même, un effort important reste à faire pour engager, par la conciliation, une procédure amiable volontariste permettant, quand les situations peuvent encore être sauvées et gérées dans de bonnes conditions, de convaincre le chef d'entreprise qu'il existe des moyens de recours efficaces, plutôt que de laisser sa situation continuer à se dégrader.

Dans le texte que nous avons étudié avec attention, nous avons pris connaissance des observations avancées par les uns et les autres, ainsi que des remarques qui viennent d'être formulées. Nous en partageons certaines. Monsieur le Président, je ne peux que conforter votre position sur l'importance de l'aspect psychologique des choses : il faut être très attentif à la mentalité des chefs d'entreprise. C'est pourquoi nous proposerons une solution complémentaire. En effet, les chefs d'entreprise sont mal informés du droit des faillites. Même quand ils ont fait des études comme moi il y a quarante ou cinquante ans, si on leur dit que les chambres de commerce organisent à leur intention un cycle de formation tous les cinq ans, celui-ci n'attirera personne, et pour cause : personne ne pense et ne prévoit sa propre faillite ! Dès lors, faute de connaissance plus approfondie, le seul terme de « tribunal » est assimilé au dépôt de bilan, à la liquidation, à la sanction, au jugement, à la présence du Procureur.

Le président Pascal CLÉMENT : Et au déshonneur pour couronner le tout !

M. Jean-François BERNARDIN : Il nous semble que la nouvelle procédure de conciliation revêt un aspect par trop officiel, se rapprochant d'une procédure sanction, surtout avec la publicité qui l'entoure. Nous en percevons bien une partie des raisons techniques. Néanmoins, si, dans le cadre de la conciliation, il y a publicité du jugement et de la nomination des mandataires *ad hoc*, avec la présence du Procureur, je ne suis pas convaincu que cela soit de nature à créer beaucoup d'enthousiasme. Il nous semble qu'une piste de réflexion consisterait, non pas à inventer un échelon supplémentaire avec une nouvelle procédure, mais à instaurer deux phases dans le cadre de la conciliation. La première serait une phase totalement confidentielle sous la responsabilité du Président du tribunal de commerce, qui recevrait le chef d'entreprise et les principaux créanciers pour déterminer un arrangement possible. Si tel est le cas, sans qu'intervienne un privilège particulier pour les créances, l'obligation de publicité n'existe pas. On peut donc se situer dans le cadre d'une ordonnance du Président du tribunal qui se « contente » d'officialiser un accord contractuel entre les principaux créanciers et le chef d'entreprise. Si, à ce stade, on fait venir les représentants du personnel et que l'on assure la publicité du jugement, on commet vraiment une erreur psychologique. En revanche, une conciliation qui débouche sur le fait que les créanciers, s'ils acceptent la continuation immédiate de la situation, bénéficient d'un privilège de paiement par rapport aux autres créanciers, impose la publicité. On ne peut pas créer un privilège sans publicité, sans le jugement du tribunal, la présence du ministère public, et pour diverses raisons, la présence des représentants des salariés. Encore qu'en ce qui me concerne, je ne suis pas certain que, pour une entreprise de moins de dix salariés et pour un jugement de conciliation, il soit indispensable de convoquer les salariés.

Le président Pascal CLÉMENT : Inutile, en effet, de les convoquer, car ils sont déjà informés ! A moins de dix salariés, on est en quelque sorte « en famille ».

M. Jean-François BERNARDIN : En effet. Nous craignons, pour l'essentiel, que la procédure de conciliation, que nous jugeons positive, qui est ouverte par une démarche volontaire du chef d'entreprise, ne subisse en pratique une officialisation trop rapide au regard du souhait de la voir se populariser autant que de besoin. Son utilisation dépendra toutefois des aléas statistiques, car les entreprises connaissent des difficultés pour de multiples raisons : soit par incompetence, soit par la nature du risque, soit en conséquence de risques extérieurs à elle.

Ainsi, si, du jour au lendemain, le constructeur Renault décrète qu'il ne paye plus à soixante jours, mais à quatre-vingt-dix jours, d'autres entreprises se retrouvent en difficulté. J'ai connu cela dans ma propre chambre de commerce et d'industrie il y a quelques années : suite au changement d'attitude des constructeurs automobiles, des chefs d'entreprise se sont retrouvés « étranglés ». On peut leur reprocher de n'avoir eu qu'un seul donneur d'ordres, etc. Mais, cela, c'est de la théorie.

Il faut tenir compte également des aléas conjoncturels. Ainsi, si une entreprise est présente en Turquie, et que la France prend position en faveur des Arméniens, ses clients turcs interrompent leurs commandes.

D'autres entreprises, enfin, sont purement et simplement condamnées, parce qu'elles sont dépassées ou ont commis trop d'erreurs. Il faut leur permettre de disparaître en limitant les dégâts.

Second point technique : nous éprouvons également un petit doute sur la rédaction même du projet de loi. Il semblerait qu'entre la conciliation et le plan de sauvegarde, ce ne soit pas automatiquement le même tribunal et que l'on parle dans certains cas du tribunal départemental. Il semblerait qu'un texte réglementaire soit prévu ...

Le président Pascal CLÉMENT : Le texte dit : « Un décret en Conseil d'État détermine dans chaque département le tribunal ou les tribunaux appelés à connaître de ces procédures. » À mon avis, les tribunaux visés sont les tribunaux de commerce. C'est sans doute une manière de conserver la possibilité d'en éliminer quelques-uns.

M. Jean-François BERNARDIN : Comme je l'ai dit à Laurent Fabius, alors ministre des Finances : « Monsieur le Ministre, vous êtes pour la rationalisation de la carte judiciaire, mais vous défendrez quand même le tribunal d'Elbeuf. »

Le président Pascal CLÉMENT : C'est probable.

M. Xavier de ROUX : L'autre option de la Chancellerie consisterait à mettre en place des tribunaux de commerce spécialisés.

M. Jean-François BERNARDIN : Ce n'est en tout cas pas le débat qui nous réunit aujourd'hui. Je crois que le regroupement de certains tribunaux s'impose techniquement pour élargir le cercle local en ce qui concerne les reprises d'entreprises. Mais ce n'est qu'une remarque incidente au regard du thème de travail de votre commission.

Quel que soit le tribunal, il faut rechercher l'homogénéité. On ne peut imaginer qu'un tribunal soit saisi pour un plan de conciliation, qu'un autre gère le plan de sauvegarde et qu'un troisième traite le dépôt de bilan.

M. Xavier de ROUX : Tel n'est pas le sens du texte.

M. Jean-François BERNARDIN : Nous le pensons aussi, mais nous préférons éviter tout malentendu.

Nous allons soumettre une suggestion au garde des Sceaux ainsi qu'à la représentation nationale, concernant les dispositifs amont d'information et de sensibilisation des entreprises que plusieurs chambres de commerce et d'industrie ont déjà mis en oeuvre. D'aucuns vont plus loin, comme à Rodez, où la prévention légale du tribunal se fait à la chambre de commerce par le Président du tribunal avec l'appui des techniciens de la chambre. Il existe également une demande locale qui préférerait que la démarche de prévention ne soit pas forcément confiée au président du tribunal de commerce lui-même. On est alors dans un cas un peu intermédiaire entre la prévention légale et la prévention volontaire.

M. Xavier de ROUX : La procédure de sauvegarde est déjà souple. Mais c'est malgré tout le Président du tribunal qui en est le responsable.

M. Jean-François BERNARDIN : J'en suis d'accord. Je dis simplement que se pose alors une question : comment former et informer les chefs d'entreprise ? C'est une bonne chose qu'existent des procédures efficaces, mais encore faut-il que les chefs d'entreprise en aient connaissance. Organiser des réunions d'information longtemps avant que ne surgissent les difficultés ne sert à rien !

Certaines chambres ont déjà expérimenté un dispositif, dénommé cellule d'information prédiagnostique et orientation. Il vise essentiellement de petites entreprises ou des TPE, qui représentent de 85 à 90 % des dépôts de bilan. Comment cela se passe-t-il pour le chef d'entreprise ? Il est effrayé, il a honte, parfois même il n'a plus de conseil, faute de pouvoir payer son comptable. Il ne peut en parler à sa femme.

M. Xavier de ROUX : Il attend le dernier moment.

Le président Pascal CLÉMENT : Par rapport à la situation antérieure, il existera avec le projet de texte la possibilité de suspendre les poursuites alors que tout se passe encore bien, sans incident de paiement. C'est positif, car le chef d'entreprise aura le moyen de s'en sortir avant qu'il ne soit trop tard. En revanche, l'aspect négatif résulte de ce que, à partir du moment où l'on bénéficie de cette suspension, le banquier en est évidemment informé. On peut penser que celui-ci relèvera le coût de ses concours.

M. Xavier de ROUX : La difficulté est inhérente au risque.

Le président Pascal CLÉMENT : Il existe pour les établissements financiers un avantage significatif, consistant à leur éviter de voir leurs créances impayées augmenter inutilement. Mais les banquiers devront opérer une véritable mutation culturelle, même s'ils ont toujours intérêt à avoir en face d'eux une entreprise susceptible de s'en sortir.

M. Christophe de BOUTEILLER : Il vaut mieux récupérer une partie des créances que d'en perdre la totalité.

Le président Pascal CLÉMENT : C'est un raisonnement convaincant. Le Président du tribunal peut rappeler que tout le monde connaît un jour ou l'autre des incidents de paiement, plus ou moins graves. Un ami, chef d'entreprise, m'indiquait récemment qu'il avait perdu un seul client, sur quatre-vingts. Mais celui-ci représentait 30 % de son chiffre d'affaires. Il ne sait pas encore s'il est en difficulté, mais est en train de l'évaluer. À quel bon chef d'entreprise un tel incident n'est-il jamais arrivé ?

Le projet de loi, en l'occurrence, apporte des éléments de réponse intéressants, qui supposent toutefois l'accord et l'information du banquier. En général, lorsqu'on les informe, ceux-ci jouent plutôt le jeu. En revanche, ils apprécient peu d'apprendre indirectement que leur client connaît des difficultés.

M. Jean-François BERNARDIN : L'intérêt des banquiers réside dans une gestion en amont des difficultés.

Le président Pascal CLÉMENT : L'information ne consisterait pas à lui prodiguer un cours *ex cathedra* sur la faillite, mais à lui expliquer que cette formation lui sera donnée au cas où il lui arriverait une difficulté un petit peu plus exceptionnelle que les autres, de façon à pouvoir éviter la faillite.

M. Jean-François BERNARDIN : Nous faisons cela en permanence. Le réseau des chambres est le seul réseau qui permette d'informer les entreprises petites ou moyennes. C'est sa nature.

Le président Pascal CLÉMENT : Le Medef local ne joue pas du tout le rôle que vous jouez.

M. Jean-François BERNARDIN : Faute de moyens.

Le président Pascal CLÉMENT : J'ai deux structures du Medef et deux chambres de commerce dans ma circonscription – Roanne et Saint-Étienne...

M. Jean-François BERNARDIN : Nous proposerons au garde des Sceaux, en complément des réunions d'information, de voir si nous ne gagnerions pas à généraliser avec nos tribunaux de commerce une pratique mise en place dans certaines circonscriptions, notamment celle de Pontoise, dont M. Philippe Houillon pourrait vous parler. Celle-ci consiste à mettre un président honoraire de tribunal de commerce à la disposition des chefs d'entreprise, avec un secrétariat. C'est donc la chambre de commerce, établissement public, dans ses locaux, qui intervient alors...

Le président Pascal CLÉMENT : À Rodez et à Montluçon, avez-vous les moyens de faire la même chose ?

M. Henri MAZET : Pour Montluçon, c'est plus informel.

M. Jean-François BERNARDIN : Cela ne coûte pas grand-chose. Les chambres ne sont pas des conseillers intéressés, mais des établissements publics. Nulle nécessité d'avoir un avocat, de payer ses honoraires, d'autant que certains n'ont pas les moyens de payer. Nous, nous disons aux gens de venir nous voir, l'entrevue est confidentielle, il s'agit de rencontrer un praticien consulaire. Les chefs d'entreprise ne se sentent pas entre les mains d'un juge...

M. Xavier de ROUX : Mais seulement d'un juge consulaire honoraire ?

M. Jean-François BERNARDIN : Tout à fait. Il n'est plus en activité. Il établit un diagnostic rapide, conseille au chef d'entreprise d'aller voir son banquier, ou, considérant que c'est plus sérieux, lui conseille la conciliation, l'informe des procédures, des risques, de la bonne façon de gérer ses difficultés. Cela fonctionne dans un certain nombre de chambres. Nous allons élaborer une préconisation, si le garde des Sceaux le souhaite, en liaison avec la Conférence générale des tribunaux de commerce pour qu'il n'y ait pas de confusion avec le rôle légal de prévention, qui appartient au président du tribunal de commerce.

Le président Pascal CLÉMENT : Je vous y encourage. Proposer de rencontrer un ancien juge consulaire à la Chambre de commerce, pour avoir un avis dans un endroit neutre, plutôt que d'aller au tribunal de commerce – ce qui, psychologiquement, peut se révéler un réel effort – me paraît une excellente idée !

M. Jean-François BERNARDIN : Il est vrai qu'il n'y a pas alors d'effet d'entraînement à craindre, alors que si je prends rendez-vous avec le président du Tribunal, je ne sais pas toujours ce qu'il adviendra ensuite.

Le président Pascal CLÉMENT : C'est une très bonne idée, d'autant que tout le monde se connaît dans nos petites villes de province. Cela permettra au juge à la retraite de téléphoner au président du tribunal pour organiser un rendez-vous et ainsi de « dédramatiser » la situation. Parallèlement, il convient de conseiller au chef d'entreprise d'informer son banquier.

M. Christophe de BOUTEILLER : Les Chambres travaillent avec les banquiers. Ils sont au courant. Une confiance réciproque préside à leurs relations.

M. Jean-François BERNARDIN : Il faut intervenir avant que les signes extérieurs soient manifestes. C'est toute la difficulté de la prévention légale.

Sur un autre point, figure dans le projet de loi le renforcement des sanctions en cas d'absence de dépôt des comptes d'exploitation. C'est une question un peu difficile. Je suis favorable à ce que l'on respecte les obligations quand il y en a. Il faut bien par conséquent qu'il y ait une sanction.

M. Xavier de ROUX : Certains dirigeants préfèrent payer.

M. Jean-François BERNARDIN : Pour ma part, j'ai toujours déposé mes comptes et je continue à les déposer. J'appelle cependant l'attention sur un argument important pour nos

ressortissants. Lorsque je suis en concurrence avec des industriels allemands, je ne vois pas pourquoi je devrais leur fournir tous mes renseignements financiers et comptables, alors que, de leur côté, ils ne m'en fournissent aucun ! Il faut y réfléchir dans le cadre de l'harmonisation européenne, car il n'y a pas de justification du dépôt pour le commerçant de base, pour les industriels... d'autant que l'on a déjà déposé les comptes, les annexes, etc.

Le président Pascal CLÉMENT : Quelle solution voyez-vous à cette difficulté réelle ?

M. Jean-François BERNARDIN : Je ne suis pas certain que la loi pourrait en faire une obligation pour certaines catégories d'entreprises et non pour d'autres. On peut difficilement légiférer par catégorie.

Le président Pascal CLÉMENT : Il ne s'agirait plus de la loi, mais d'un texte réglementaire.

M. Jean-François BERNARDIN : Sur ce point, je n'ai pas la solution. Par ailleurs, quand les difficultés commencent à être perçues dans les comptes, c'est qu'il est déjà très tard.

M. Xavier de ROUX : C'est en effet une vraie difficulté. Certaines entreprises ne déposent pas leurs comptes pour des raisons de difficultés de paiement, mais aussi vis-à-vis de la concurrence. Afin que celle-ci n'ait pas accès à leurs comptes, ils préfèrent payer une amende limitée.

M. Jean-François BERNARDIN : De la même façon que certains ne veulent pas donner leurs comptes à leurs employés. L'exigence de transparence des comptes, des rémunérations et des salaires est aussi un moyen de faire évoluer les choses en France. La transparence totale est cependant encore difficile à atteindre parce que les gens perçoivent l'argent comme un tabou.

Le Président Pascal CLÉMENT : En effet, en France, notre relation à l'argent n'est pas claire. Mais tant que l'on maintiendra le secret, les gens n'aimeront pas le libéralisme ! La transparence est particulièrement absente dans les toutes petites entreprises provinciales.

M. Jean-François BERNARDIN : En même temps, il est très difficile d'annoncer des salaires bruts avant impôts, avant prélèvements, avant ISF... Il faudrait pouvoir parler de salaires nets après impôts et après prestations.

M. Xavier de ROUX : La coexistence de la procédure de sauvegarde et de la procédure de redressement vous semble-t-elle utile, cohérente ?

M. Henri MAZET : Elle est intéressante en ce qu'elle permet la cessation des poursuites sans tomber nécessairement dans le redressement.

M. Xavier de ROUX : Et entre la sauvegarde et le redressement judiciaire ? Nous avons en effet quatre procédures différentes.

M. Jean-François BERNARDIN : Je crois qu'il est préférable d'expérimenter et d'examiner comment ces quatre procédures ou étapes s'articuleront. Si l'une d'entre elles s'avérait inutile, on pourrait alors la supprimer. Mais il me semblerait excessif de la supprimer avant de l'avoir expérimentée.

M. Henri MAZET : Un de mes collègues du tribunal de commerce de Montluçon m'a indiqué que s'il avait pu bénéficier de ces dispositions, – conciliation ou sauvegarde –, il aurait pu sauver plusieurs entreprises.

Le président Pascal CLÉMENT : Que pensez-vous du basculement des plans de cession de la procédure de redressement judiciaire vers la liquidation ? D'aucuns le critiquent. Les administrateurs judiciaires connaissent pourtant bien cette procédure dans le cadre du redressement alors que dans celui de la liquidation, il s'agit de tout autre chose.

M. Jean-François BERNARDIN : Cela nous a échappé, nous n'avons pas *a priori* d'opinion. Après avoir étudié ce point, nous pourrions vous adresser une note si vous le souhaitez.

M. Xavier de ROUX : Actuellement, dans le cadre du redressement judiciaire, l'administrateur peut réaliser des cessions d'actifs. En revanche, dans le cadre de la future politique de redressement, il ne le pourra plus, si ce n'est uniquement pour les dossiers de liquidation globale. Certaines personnes font cependant observer que si l'entreprise en difficulté ne peut plus céder des éléments d'actifs pendant la période de redressement, elle ne s'en sortira jamais.

M. Jean-François BERNARDIN : Cela rappelle de nombreuses critiques qui ont été formulées à propos de cessions plus ou moins bien négociées.

M. Xavier de ROUX : En effet.

M. Jean-François BERNARDIN : On a beaucoup entendu parler des tribunaux de commerce ; en réalité, quand on critiquait les tribunaux, souvent, on critiquait les administrateurs...

M. Xavier de ROUX : ...et les cessions d'actifs !

M. Jean-François BERNARDIN : Une remarque connexe au texte : les critiques portées à l'encontre des tribunaux et des procédures se sont multipliées à partir du moment où l'on a fait entrer dans les plans de redressement des critères d'appréciation qui n'étaient plus strictement mathématiques. En particulier, dans l'évaluation des plans de reprise, figure un grand nombre de critères, dont la sauvegarde présumée de l'emploi, au sujet de laquelle on peut écrire tout et n'importe quoi. *Ex ante*, personne ne peut vérifier le sérieux des propositions ; *ex post*, tout le monde critique en invoquant l'évidence, alors que rien n'est évident, car on confond le jugement *a posteriori* et le jugement *a priori*. Ce faisant, je ne suis pas sûr que l'on ait amélioré ni la santé du système ni la sauvegarde de l'emploi sur la durée. Si l'on dressait par exemple le bilan de Moulinex, de plan en plan, est-on si sûr qu'une fermeture plus rapide n'aurait pas, en réalité, préservé plus d'emplois ?

Le président Pascal CLÉMENT : La mathématique et l'humain sont deux domaines distincts. On gère des hommes avant de gérer des chiffres.

M. Jean-François BERNARDIN : C'est vrai. Comme pour nos concours d'entrée dans les écoles de gestion, tant que l'on se contentait de critères mathématiques rationnels, ces concours n'étaient peut-être pas intelligents, mais l'on savait si le postulant avait donné ou non la bonne réponse. Dès lors que l'on se place sur le terrain de l'évaluation psychologique des candidats par des tests, l'appréciation personnelle devient essentielle et par définition critiquable.

**Audition de Mmes Ariane OBOLENSKY,
directrice générale de la Fédération bancaire française,
et Annie BAC, directrice juridique**

(procès-verbal de la séance du mercredi 2 juin 2004)

Le président Pascal CLÉMENT : Madame Obolensky, je vous souhaite la bienvenue. Avant d'occuper votre actuelle fonction de présidente de la Fédération bancaire française, vous étiez présidente du directoire de la BDPME – la banque de développement des PME – depuis 1999, ce qui vous confère une qualité supplémentaire pour aborder devant la mission la problématique générale du droit des entreprises en difficultés.

Tout le monde sait que cette situation concerne le plus souvent les entreprises de taille petite ou moyenne, plutôt que les groupes, dont les défaillances sont plus rares mêmes si elles ne sont pas inexistantes.

Par ailleurs, votre ancienne fonction de vice-présidente de la Banque européenne d'investissements vous donne également une expérience internationale qui enrichira encore, sans aucun doute, votre présentation liminaire et, si vous le permettez, les réponses aux questions qui suivront.

Mme Ariane OBOLENSKY : Merci, Monsieur le Président.

Je m'exprimerai essentiellement au nom de la Fédération bancaire française. Toutefois, je ne m'interdirai pas, avec votre permission, un certain nombre de considérations personnelles liées à mon expérience et à mon parcours. En revanche, et malheureusement, l'expérience que j'ai acquise à la Banque européenne d'investissements ne m'aura en réalité pas vraiment permis de constater autre chose que l'absence totale d'unification, ou même de rapprochement, des systèmes juridiques européens en matière de droit de la faillite et de systèmes de créances. Je considère d'ailleurs qu'à l'heure actuelle, il s'agit d'un obstacle important à une intégration, au niveau du marché intérieur, des services financiers ; probablement peut-être aussi au niveau du développement du commerce intra-européen. Faire faillite en France et en Allemagne ne se fait ni suivant les mêmes modalités ni avec les mêmes conséquences : cela exclut donc totalement les comparaisons.

En ce qui concerne le projet de loi, mon expérience à la BDPME et le sentiment de la Fédération bancaire française se rejoignent : il est important de faire des progrès en France, dans le domaine de la prévention des crises qui touchent les entreprises. La précédente loi avait déjà marqué un premier progrès ; néanmoins, il est resté, dans les faits, modeste. Nous sommes demeurés à un pourcentage hélas trop élevé d'entreprises qui n'ont pu être sauvées suffisamment tôt. Nous considérons donc d'intérêt général de progresser dans ce domaine, et, à ce titre, je souscris complètement aux objectifs du projet de loi.

Le texte actuel, par rapport à ce qu'il était la première fois que nous l'avons lu, nous convient davantage et marque des progrès dans le sens d'une meilleure prévention des accidents de parcours des entreprises.

Les banques – et vous avez bien voulu rappeler que j'avais une certaine expérience du financement des PME –, lorsqu'elles examinent un projet de financement, tiennent compte de plusieurs éléments : la situation financière de l'entreprise ; la viabilité intrinsèque du projet ; l'ensemble des garanties et sûretés dont peuvent disposer les banquiers, puisqu'il est important pour une banque de savoir si, en cas d'accident, elle sera en état de récupérer quelque chose – ce qui influence à la fois sa décision et le coût du crédit consenti.

Ce dernier élément est essentiel, car il est directement lié au volume de crédits consentis aux PME. Ce qui veut dire que plus on souhaite que le tissu de PME soit irrigué en crédits, plus il est

nécessaire de trouver un système dans lequel le banquier ait un dialogue approfondi avec son client et l'ensemble des autres personnes intéressées à la situation de l'entreprise.

C'est la raison pour laquelle, en ce qui nous concerne, nous avons souhaité deux grandes orientations dans ce texte. D'abord, la sécurisation, pour nous, de ce que l'on appelle la conciliation. Ensuite, l'introduction d'un dialogue entre les créanciers, l'entreprise et les différentes parties intéressées dans le cadre d'une procédure de sauvegarde.

De ce point de vue, nous considérons, même si nous ne sommes pas d'accord avec toutes les propositions qui sont faites, qu'il y a un réel progrès. Nous pensons en effet que si l'on souhaite faciliter le maintien en vie de l'entreprise, il est essentiel que banques et entreprises marchent dans le même sens, il est essentiel que l'entreprise continue à bénéficier de la confiance de ses banquiers, il est essentiel que le banquier ait confiance dans la situation dans laquelle il se trouve placé – qu'il n'ait pas de craintes au regard des actes qu'il est amené à effectuer vis-à-vis d'une entreprise qui se trouve en difficulté, qu'il n'ait pas de poursuites à craindre. Élément qui a souvent freiné, il faut bien le dire, la participation des banquiers à des plans au profit d'entreprises en difficulté.

Nous aurions aimé que ce texte puisse aller encore plus loin sur cet aspect. Et d'une manière plus générale, nous aurions souhaité que ce texte marque un progrès dans le sens d'une déjudiciarisation de l'ensemble du système. Nous avons plaidé en ce sens, nous avons l'impression d'avoir été entendus partiellement, puisque, notamment dans le cadre de la sauvegarde – ce fameux « chapitre 11 » à la française –, ont été introduits des comités de créanciers qui n'existaient pas, de sorte que s'instaure un dialogue responsable. Il est souhaitable que les décisions puissent être prises, dans ces comités, à la majorité qualifiée, afin que s'impose une certaine discipline au sein des créanciers.

Nous avons donc été, en partie, entendus, même si nous aurions souhaité l'être davantage sur certains points ; par exemple, nous aurions aimé que cette procédure puisse être déclenchée, non pas seulement par le débiteur, mais également par le créancier. Cependant, nous considérons que ce texte est un véritable progrès.

Toutefois, ce progrès ne sera réel que si – et vous avez mis le doigt, Monsieur le Président, sur un sujet qui me tient à cœur, mais c'est également la position de la Fédération bancaire française – cette procédure est applicable aux PME ; il serait en effet dommage que cette procédure ne s'applique qu'aux grandes entreprises.

A ce sujet, soyons tout à fait honnêtes – nous avons vu le cas Alstom récemment –, quand une entreprise est vraiment très importante, ses dettes sont tellement élevées que le dialogue est obligatoire ; personne ne peut y échapper. En revanche, dans une petite entreprise, les choses ne se présentent pas de la même façon ; il est donc essentiel qu'il y ait une véritable implication, une responsabilisation de l'ensemble des acteurs. C'est la raison pour laquelle je crois très profondément que ce texte doit s'appliquer aux PME. Il serait bon que, soit dans le texte de loi, soit dans l'exposé des motifs, cela soit explicitement inscrit. Or ce n'est pas le cas, puisqu'il est prévu un renvoi à un décret.

La question qui se pose alors est la suivante : qu'est-ce une PME ? Bien entendu, je ne vais pas exiger que ce texte s'applique à l'entrepreneur individuel. Cependant, il devrait sans doute s'appliquer au moins aux entreprises de 20 personnes, qui sont nombreuses et importantes pour le tissu économique français.

Il a été dit quelquefois que cette procédure était très longue, très lourde et très coûteuse. Mais il existe des moyens de faire en sorte qu'elle ne le soit pas ; peut-être serait-il nécessaire de réfléchir à une procédure allégée. Mais il serait dommage de priver les PME d'une avancée ; tout ce qui est de nature à rendre plus solidaires les banques et les entreprises dans les phases de prévention est un atout extraordinaire pour la stabilité des entreprises.

Telle est mon introduction, Monsieur le Président, pour vous dire comment nous percevons cette loi. Nous avons le sentiment, après une longue concertation avec la Chancellerie – à qui je rends hommage –, ainsi qu’avec le ministère des Finances, qu’il convenait d’être plus ambitieux ; nous aurions souhaité qu’elle aille davantage vers un dialogue entre les parties pour sortir d’un système qui nous paraît encore très judiciaire, dans un certain nombre de cas.

L’état de la société française, nos habitudes, notre système de droit sont tels qu’il était peut-être difficile d’aller plus loin. Toutefois, nous réalisons que ce texte est un progrès, c’est la raison pour laquelle je dirai, malgré les réserves que nous formulons sur certains points, que nous souhaitons qu’il aboutisse.

Le président Pascal CLÉMENT : Je vous remercie.

Vous nous dites souhaiter que la procédure de sauvegarde puisse être déclenchée par le banquier, le créancier. Mais vous voyez bien la difficulté de l’exercice ! De peur de perdre beaucoup d’argent, il risque de déclencher la procédure le plus rapidement possible !

Par ailleurs, cela menacerait la liberté du chef d’entreprise, qui serait complètement « tenu » par le banquier. Un chef d’entreprise est en relation quotidienne avec son banquier, or cela aurait des conséquences considérables sur son état d’esprit.

Et comment pensez-vous que réagiront les banquiers quand la procédure de sauvegarde sera déclenchée par le chef d’entreprise ? Pour ma part, je pense qu’ils restreindront les crédits et que, par conséquent, les difficultés vont se précipiter.

Mme Ariane OBOLENSKY : C’est une question de philosophie : on croit ou on ne croit pas au dialogue. Personnellement je crois au dialogue et je pense sincèrement que plus tôt la procédure sera déclenchée, plus responsables seront les parties, et plus engageant sera l’avenir.

Le président Pascal CLÉMENT : Certes, mais je m’interroge sur la culture bancaire française !

Mme Ariane OBOLENSKY : Mais c’est au nom de la culture bancaire française que je vous réponds !

Si nous souhaitons faire de la prévention, il faut donner une chance aux parties de s’entendre. Si nous pensons qu’ils ne veulent pas ou ne peuvent pas s’entendre, nous sommes mal partis ! Car cet exercice doit reposer sur la confiance.

Monsieur le Président, l’intérêt d’un banquier n’est pas que son client meurt ; au contraire, il est de garder ses clients en bonne santé !

Le président Pascal CLÉMENT : Certes, mais l’intérêt d’un banquier, c’est aussi de ne pas perdre de l’argent, et l’agence moyenne de province, au premier incident de paiement, aurait tendance à se retirer.

Mme Ariane OBOLENSKY : C’est pour cette raison que le projet de loi a été élaboré : pour sécuriser la banque quand elle veut bien entrer dans un dialogue. C’est justement le progrès de ce projet de loi.

Le président Pascal CLÉMENT : Vous nous dites que cela peut marcher si tout le monde est de bonne foi. Mais êtes-vous sûre que toutes les personnes sont de bonne foi ?

Mme Ariane OBOLENSKY : Des personnes de mauvaise foi, il y en a partout ; j’en ai rencontrées !

Le président Pascal CLÉMENT : Sur un autre point, sont prévus deux comités : l'un des créanciers, l'autre des fournisseurs. Certains protestent, car il n'y a pas de comité public. Ils souhaiteraient une autre séparation : d'une part, les créanciers prioritaires, et, d'autre part, les créanciers chirographaires. Comment voyez-vous les choses ?

Mme Ariane OBOLENSKY : Je n'ai pas d'opinion très arrêtée, à ce sujet.

En ce qui concerne les très petites entreprises, en tout cas, il faut faire simple : prendre les deux ou trois plus gros créanciers. C'est tout.

Le président Pascal CLÉMENT : Dont l'URSSAF.

Mme Ariane OBOLENSKY : Pas toujours, non.

Le président Pascal CLÉMENT : Que se passe-t-il quand le plus gros créancier est l'URSSAF ?

Mme Ariane OBOLENSKY : La solution serait que les choses soient banalisées, comme dans de nombreux pays étrangers...

Le président Pascal CLÉMENT : ... qu'il n'y ait donc plus de créanciers privilégiés.

Mme Ariane OBOLENSKY : Si l'on veut se situer dans une logique complète de vrai dialogue et de mise à plat de la situation financière de l'entreprise – et vous avez raison, c'est souvent l'URSSAF le plus gros créancier –, il faudrait aller plus loin dans la logique de l'égalité entre les créanciers. Cela fait partie des progrès à réaliser.

Il s'agit d'un sujet que nous avons soulevé auprès du ministre des Finances. Il lui appartiendra de donner sa réponse à la représentation nationale.

Le président Pascal CLÉMENT : Revenons sur ma précédente question : quand la procédure sera déclenchée par le chef d'entreprise, quelle sera, selon vous, la réaction du banquier ?

Mme Ariane OBOLENSKY : Il y a plusieurs cas. Le premier, je l'écarte tout de suite : celui où le déclenchement de la procédure sera jugée comme étant abusif.

La loi, de ce point de vue là, confère au chef d'entreprise un avantage incontestable : il peut mettre à l'abri, non seulement son entreprise, mais ses biens propres. Des cautions peuvent être « gelées ».

Dieu merci, la plupart des personnes sont honnêtes, mais d'autres le sont moins. Alors il est clair que la réaction du banquier, s'il a le sentiment que le chef d'entreprise est en train de se mettre à l'abri par rapport à ses propres obligations, ne sera pas positive. Dans ce cas, la confiance sera donc mise à mal.

En revanche, si un chef d'entreprise estime qu'il est en difficulté et qu'il a besoin qu'un dialogue s'instaure avec ses créanciers, qu'il a besoin de protéger l'entreprise pendant un certain temps, compte tenu des dispositions qui sont dans ce projet de loi, nous estimons que cela vaut la peine d'essayer. En effet, dans de nombreux cas, on peut espérer que s'instaurera un dialogue satisfaisant entre le chef d'entreprise et le créancier.

Vous avez dit tout à l'heure, Monsieur le Président, que le banquier était le premier informé : ce n'est pas toujours le cas. Lorsque j'étais à la BDPME, j'ai constaté que cet organisme, qui ne tient pas les comptes courants, était loin d'être bien informé !

Le président Pascal CLÉMENT : Parce que vous ne teniez pas les comptes, mais le banquier traditionnel, lui, est informé – notamment le banquier principal de l'entreprise.

Par ailleurs, vous semblez craindre ce problème de soutien abusif ; c'est pourtant assez rare !

Mme Ariane OBOLENSKY : Soyons clairs : ce qui nuit au financement des PME et à la pérennité des entreprises, c'est bien cela ! Qui n'existe nulle part ailleurs !

Le président Pascal CLÉMENT : Mais cela va rarement jusqu'au bout.

Mme Ariane OBOLENSKY : Peu importe, Monsieur le Président, pas un directeur de banque ne prendra ce risque.

Le président Pascal CLÉMENT : Mais vous, vous augmentez beaucoup la réalité du risque !

Mme Ariane OBOLENSKY : Je ne sais si on l'augmente ou pas, mais les comportements des personnes sont ce qu'ils sont.

M. Philippe HOUILLON : Les banques françaises sont plutôt des prêteurs sur gages.

Mme Ariane OBOLENSKY : Ce n'est pas infamant d'être prêteur sur gages !

M. Philippe HOUILLON : Non, pas du tout, c'est un constat ! L'habitude des banques françaises n'est, en tout cas, pas celle d'un investisseur en capital-risque !

Mme Ariane OBOLENSKY : Aucune banque ne fait de capital-risque !

M. Philippe HOUILLON : L'habitude des banques françaises est de ne prêter un euro que si elles ont un euro – voire deux ou trois – de garantie !

Mme Ariane OBOLENSKY : Toute mon expérience ne peut rien faire contre une telle conviction, monsieur le député !

M. Philippe HOUILLON : Et toute la mienne confirme ce que je vous dis ! Le financement des entreprises est un autre sujet, mais il y a très peu de cas de soutien abusif !

Mme Ariane OBOLENSKY : Je pense que vous avez tort. Je vous suggère de recevoir mon successeur à la BDPME, peut-être le croirez-vous davantage que moi !

M. Philippe HOUILLON : Je maintiens ma position, mais le problème n'est pas là. J'ai deux questions à vous poser, Madame.

En premier lieu, vous avez dit qu'il convenait d'aller plus loin dans la déjudiciarisation. Pouvez-vous préciser votre pensée ?

Deuxièmement, en général, le point de bascule est la date de la cessation de paiements ; cette notion doit-elle ou pas être maintenue en l'état ?

Mme Ariane OBOLENSKY : En ce qui concerne la première question, nous aurions souhaité, pour l'ensemble du tissu français, avoir un système où les parties arrivent davantage à s'entendre et à prendre des décisions sans que pour autant l'on aboutisse nécessairement à l'intervention du juge – qui, en France est le plus souvent en position d'imposer sa solution.

L'intervention systématique du juge n'est pas une bonne incitation à ce que les parties se mettent d'accord ; au contraire, elle fausse le dialogue.

Que va-t-il se passer en matière de sauvegarde si les créanciers n'arrivent pas à se mettre d'accord avec le débiteur ? C'est le texte actuellement en vigueur qui s'appliquera ; est-il alors vraiment nécessaire d'élaborer un nouveau texte ?

Nous regrettons que l'on n'ait pas pu faire un pas en avant dans un sens qui nous paraît plus judicieux.

Cependant, nous considérons que l'équilibre de ce texte est meilleur que celui du droit en vigueur, qu'il permet une avancée, qu'il tente de réduire le taux d'incidents qui se terminent mal pour les entreprises. Il va donc plutôt dans le bon sens.

Mme Annie BAC : Quant à votre seconde question sur l'intérêt de modifier ou non la notion de cessation des paiements, nous avons tendance à penser que les options retenues dans le projet de loi en relativisent beaucoup l'importance, puisqu'il serait désormais possible d'utiliser la procédure de conciliation alors que l'entreprise est déjà en cessation de paiements, ou, à l'inverse, de recourir à une procédure judiciaire avec suspension des poursuites sans que l'entreprise soit en cessation de paiements.

Ce qui devrait demeurer, en revanche, c'est l'obligation de réagir pour le chef d'entreprise lorsqu'il y a cessation de paiements ; selon le projet, il devrait dans les 45 jours, demander soit une conciliation, soit une procédure de redressement judiciaire.

Mais le fait que la cessation des paiements ait perdu son rôle « charnière » pour distinguer les solutions contractuelles des solutions judiciaires, devrait permettre d'aboutir plus souvent à des négociations entre le débiteur et ses créanciers.

Le président Pascal CLÉMENT : Que voulez-vous dire par là ?

Mme Annie BAC : Même après cessation des paiements, la conciliation resterait possible. Avant, existait l'effet couperet de la cessation des paiements. Lorsqu'une entreprise était en état de cessation de paiements, elle ne pouvait plus engager de dialogue avec ses créanciers. Le texte proposé permettrait encore de le faire.

M. Philippe HOUILLON : Avec information du procureur de la République.

Mme Annie BAC : Il s'agit tout de même d'une procédure amiable, ce qui est essentiel pour l'entreprise.

M. Philippe HOUILLON : Si l'on va vers une déjudiciarisation, quid de la « greffe » de cette notion de date de cessation de paiements sur la possibilité d'ouvrir un dialogue, alors même que l'on ne sait pas si l'entreprise est oui ou non en cessation de paiements, puisqu'il n'y a pas le constat qui existe avec la conciliation.

La ligne essentielle du texte sur la conciliation consiste à dire que l'on peut saisir le tribunal de commerce en cas de difficultés prévisibles ; il s'agit d'un véritable progrès puisque c'est un pas vers la prévention – avec plus de pédagogie, on peut intervenir plus en amont. Car il est vrai que la justice inquiète beaucoup les chefs d'entreprise.

En revanche, avec la sauvegarde, il ne faut pas être en cessation de paiements. Alors comment peut-on rendre compatible ce maintien de la notion de cessation de paiements – et la nécessité consubstantielle de faire quelque chose pour ne pas aggraver la situation de l'entreprise – avec une déjudiciarisation ? Car l'état de cessation de paiements se concrétise, à un moment donné, par une date, qui va avoir des conséquences, y compris en termes de sanctions éventuelles pour le chef d'entreprise.

Mme Ariane OBOLENSKY : Il y aura en premier lieu un dialogue, et si celui-ci échoue, ou si est intervenu un autre élément qui aggrave la situation de l'entreprise, on retrouve alors le droit commun actuel.

Mme Annie BAC : En effet, même si une procédure de sauvegarde est ouverte, à partir du moment où l'on constate que l'entreprise est en cessation de paiements, elle devrait basculer dans la procédure de redressement judiciaire.

M. Philippe HOUILLON : L'ancien système, qui est maintenu, du mandataire ad hoc ne répond-il pas à cette question ?

Mme Annie BAC : Rien n'empêche le débiteur de préférer à la conciliation ou à la sauvegarde le mandat ad hoc, qui a d'autres avantages, mais également d'autres inconvénients.

M. Philippe HOUILLON : Cela supposait que l'entreprise ne soit pas en état de cessation des paiements. C'était donc une sorte de parapluie.

Mme Ariane OBOLENSKY : Il serait dommage que la procédure du mandat ad hoc en pâtisse. L'existence d'une procédure de mandat ad hoc peut faciliter le dialogue – j'en ai des expériences très positives.

Je ne pense pas pour autant que cette procédure soit de nature à remplacer la procédure organisant le dialogue des créanciers. La procédure de dialogue entre créanciers et débiteur est rattachée, dans ce projet de loi, à un chapitre particulier.

Mme Annie BAC : Le texte prévoit aussi une certaine judiciarisation de la procédure de conciliation...

M. Philippe HOUILLON : C'est tout l'effort de ce texte. Car qu'est-ce qui fonctionne en pratique ? C'est quand on prend le problème le plus en amont possible, quand les discussions demeurent aussi confidentielles que possible, et que l'on ne craint pas la justice. Tout le reste, c'est de la littérature. Il convient donc d'aller dans ce sens et ce texte y contribue.

Il faut également faire de la pédagogie : la loi ne changera pas à elle seule les habitudes des chefs d'entreprise. Ils sont en général cautions sur leurs biens propres, leur entreprise est leur outil de travail, et dès qu'ils sont en difficulté, leur culture les conduit à penser qu'ils vont avoir l'occasion de « se refaire ». Et ils ont vraiment peur de l'appareil judiciaire.

Mme Ariane OBOLENSKY : L'avantage de ce texte, c'est qu'il a essayé de faire en sorte que les relations se décrispent, avec toutes les limites que l'on peut y voir : on ne peut jamais exclure que les uns continuent à avoir peur de certaines choses, les autres d'autres choses, et que l'ensemble ne fonctionne pas. Mais j'aurais tendance à dire : essayons ! Cela vaut la peine, même si l'on ne sauve que 10 ou 15 % des entreprises en difficulté de plus qu'aujourd'hui.

Le président Pascal CLÉMENT : Nous sommes tous convaincus que le texte n'est pas satisfaisant. Mais il fait un véritable pari sur la confiance. Or j'ai de sérieux doutes en la matière.

M. Pierre CARDO : Vous avez fait allusion au soutien abusif, qui expliquerait la réticence des banques à accorder des crédits aux entreprises en situation devenue difficile. Cette réticence existe aussi bien lors de la création de l'entreprise que pendant son activité. La frilosité des banques n'est donc pas due uniquement à la crainte d'être sanctionnées au titre d'un soutien abusif – même si celle-ci peut avoir des effets réels.

Mme Ariane OBOLENSKY : Je ne le crois vraiment pas. En matière de financement il y a deux rôles : investisseur et prêteur. Or il se trouve que dans d'autres pays européens, le rôle de l'investisseur est beaucoup plus développé qu'en France. Mais je ne connais aucun pays européen où le rôle de l'investisseur et du prêteur soit confondu et conduise à ce que les banques interviennent en capital-risque : prendre des risques en capital n'est pas le métier du banquier. Son métier est de rendre aux déposants l'argent qu'ils lui ont confié. Alors que l'investisseur table sur une forte rentabilité qui justifie d'accepter d'éventuelles pertes importantes.

Le problème de l'entreprise, en France – et ailleurs, car le problème des fonds propres des PME se pose partout – tient à ce qu'il y ait moins d'investisseurs que dans d'autres pays.

M. Pierre CARDO : On pourrait en parler longuement, et je suis plutôt du côté des chefs d'entreprise à ce sujet ! Quand les banques prêtent de l'argent, elles demandent non pas des projets bien construits, mais des garanties. Mais c'est un autre problème.

Vous avez réclamé le droit pour les créanciers de déclencher eux-mêmes la procédure de prévention. Si je comprends bien, vous souhaitez qu'ils aient ce droit car de nombreux entrepreneurs – notamment pour de petites entreprises – ont des réticences à la déclencher, espérant toujours réussir à redresser l'entreprise, jusqu'à engager leur propre responsabilité civile. Vous pensez donc qu'il serait souhaitable que la banque puisse alerter elle-même.

Mme Ariane OBOLENSKY : Je dis simplement qu'il m'aurait paru plus normal et plus équilibré – puisque le chef d'entreprise peut avoir recours à cette procédure – que les créanciers puissent bénéficier également de ce même droit. Maintenant, qu'il soit encadré, cela me paraît évident, et ce pour le bien de tous.

J'ajoute, d'un point de vue bancaire, que très souvent l'entreprise fait appel à plusieurs banques. Or il peut être tout à fait opérationnel et efficace que le banquier principal, qui n'est pas très sûr de l'attitude des autres banques quant au soutien qu'elles apporteront à cette entreprise, sollicite l'ouverture d'une telle procédure de manière à ce que la question soit débattue, et qu'il puisse ainsi plus aisément « embarquer » ses collègues dans « l'aventure ».

M. Pierre CARDO : Pensez-vous que la loi puisse encadrer cette possibilité ?

Mme Ariane OBOLENSKY : Je trouverais normal qu'un critère soit déterminé afin de ne pas autoriser n'importe quel créancier à déclencher la procédure.

Le président Pascal CLÉMENT : Pouvez-vous nous dire un mot sur le droit allemand des faillites ?

Mme Ariane OBOLENSKY : Le droit allemand est fait de telle manière que la faillite est très rare. En réalité, la banque a intérêt à ce que l'entreprise soit maintenue le plus longtemps possible en vie, même si c'est de manière artificielle.

Le nombre de défaillances d'entreprises, calculé par générations d'entreprises créées, est étonnamment faible en Allemagne par rapport à ce qu'il est en France. En fait, les procédures sont organisées de telle manière que l'on maintient des sociétés quasiment en sommeil.

Mais aujourd'hui, l'Allemagne en paie un peu le prix, car le bilan des banques allemandes en a été affecté. Et comme celles-ci sont en train d'être soumises à des réglementations prudentielles et à des pressions concurrentielles, elles rencontrent des problèmes pour faire sortir de leur bilan un certain nombre de créances qui sont de mauvaise qualité.

Il existe d'ailleurs un organisme financier d'État qui présente des points communs avec la Caisse des dépôts et consignations ou ce qu'était autrefois le Crédit national, qui récupère ces créances sur son bilan, avec un mécanisme qui a été approuvé par Bruxelles.

Le président Pascal CLÉMENT : Mais qui finance ces rachats ?

Mme Ariane OBOLENSKY : Beaucoup de mécanismes bénéficient de garanties d'État. Il faut relever, à cet égard, que les interventions de l'État dans le financement des PME sont beaucoup plus faibles en France que dans d'autres pays, à l'instar de l'Allemagne, qui disposent de mécanismes de prise en charge.

Le président Pascal CLÉMENT : C'est leur social-démocratie, sans doute...

Mme Ariane OBOLENSKY : Je pense que c'est essentiellement lié au droit des faillites ainsi qu'au système de la *Haus Bank*, qui suit l'entreprise et qui peut même en être actionnaire, du moins pour les petites entreprises.

De plus, les banques qui prêtent de l'argent à ces entreprises sont essentiellement publiques. Le système bancaire allemand est très largement public : les trois grandes banques privées que l'on connaît ne prennent que 12 ou 13 % du marché. Le reste du marché est assuré notamment par les caisses d'épargne et les *Landesbanken*. Le système est donc très majoritairement public, mais de manière discrète, car il est public, au niveau des *Länder*, et non à celui de l'État.

Pourtant, c'est bien l'ensemble du dispositif public qui bénéficie indirectement de la garantie de l'État, puisque tous les *Länder* sont considérés par la loi fondamentale allemande comme équivalents du *Bund*.

A l'heure actuelle, du fait de ces mauvaises créances, est apparue une sorte de *credit crunch* à l'égard des PME allemandes.

Ce n'est donc pas nécessairement un système à copier aveuglément, car s'il a présenté des avantages certains, il recèle maintenant de graves inconvénients.

Le président Pascal CLÉMENT : Il a cependant évité des crises pendant de nombreuses années.

Mme Ariane OBOLENSKY : Oui, et notamment la crise d'il y a dix ans. Mais maintenant, à l'instar du phénomène japonais, les « mauvais papiers collent », selon l'expression commune, et les banques ont tendance à ne plus prêter d'argent. Les Allemands envisagent donc de reconsidérer leur système financier, si différent de celui des autres pays européens.

Le président Pascal CLÉMENT : Les pays de l'Est s'orientent-ils vers un système de cette nature ?

Mme Ariane OBOLENSKY : J'ai récemment reçu mes homologues polonais. A la toute fin de notre discussion, ils m'ont demandé à quoi servait un système bancaire national !

En fait, nous nous sommes aperçus qu'il ne restait que 10 % de part de marché sous contrôle polonais. Tout le reste est sous contrôle étranger – Français, Allemands, Autrichiens – qui ont reconstitué leur empire –, Italiens, Néerlandais. Le Crédit Agricole vient également de faire une acquisition importante en Pologne.

Je ne sais donc pas quel type de système ils vont développer, mais certainement pas un système national autonome, puisque toutes les banques sont étrangères !

Le président Pascal CLÉMENT : Que penser de nos grandes banques ?

Mme Ariane OBOLENSKY : En réalité, elles sont, à l'échelle internationale, de taille plus limitée qu'on ne le croit. Notre plus grande banque, BNP-Paribas, ne représente qu'un quart des grosses banques américaines en termes de capitalisation boursière. Celles-ci sont puissantes pour ce qui concerne le segment des banques d'investissements et de marché. Mais en ce qui concerne le financement des particuliers ou des entreprises de petite et moyenne taille, elles ne sont actuellement pas présentes en France. Mais elles pourraient le devenir. Elles pourraient surtout nous placer dans la position des Polonais, et acheter, en bourse, BNP-Paribas ou la Société Générale !

Mais il ne faut pas être obsédé par cette différence de taille, même si, – il ne faut pas l'oublier – la banque HSBC, le plus gros établissement britannique, est presque deux fois plus important que BNP-Paribas.

Notre industrie financière est raisonnablement concentrée, et nous avons réussi à acquérir une taille significative.

Mme Annie BAC : J'ajouterai qu'en Allemagne, le droit de la responsabilité du banquier n'est pas le même que chez nous, et que les sûretés résistent mieux au droit des procédures collectives.

Mme Ariane OBOLENSKY : C'est la raison pour laquelle le banquier allemand n'est pas incité à « quitter l'affaire au plus vite », mais, a contrario, à rester présent le plus longtemps possible.

En conclusion, la position de toute la profession bancaire est la suivante : si l'on peut arriver à sauver, ne serait-ce que 10 % des entreprises en plus, ce serait déjà une victoire.

Le président Pascal CLÉMENT : Mesdames, je vous remercie.

**Audition de M. Jean COURTIÈRE,
rapporteur de la commission juridique de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris,
Mme Anne OUTIN-ADAM, directrice des développements juridiques,
et Mme Marie-Josée RANNO, conseiller aux relations avec le Parlement**

(procès-verbal de la séance du jeudi 3 juin 2004)

Le président Pascal CLÉMENT : Nous recevons, ce matin, au nom de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, M. Jean Courtière, accompagné de Mme Anne Outin-Adam, directrice des développements juridiques, et de Mme Marie-Josée Ranno, conseiller parlementaire.

Cette audition s'inscrit dans le volet consacré aux institutions représentatives des professionnels. Elle complétera une précédente audition du président de l'ACFCI, M. Bernardin, qui était lui-même accompagné des représentants de deux chambres de commerce de province, d'une taille évidemment bien moindre que celle de Paris, et représentant des entreprises plus petites, sachant que le projet de texte du Gouvernement s'adresse surtout à celles-ci.

La CCIP, notamment avec le concours régulier de M. Courtière, réfléchit depuis de nombreuses années à une réforme utile du droit de la faillite. Vous avez produit plusieurs rapports sur ce sujet, aux étapes successives de la consultation menée par le Gouvernement.

Cette audition devrait permettre d'éclairer opportunément la mission d'information sur le contexte, le constat, les alternatives qui s'ouvrent avec le projet de loi relatif à la sauvegarde des entreprises.

M. Jean COURTIÈRE : La Chambre de commerce et d'industrie de Paris considère ce projet de loi comme très satisfaisant. C'est le fruit d'un important travail de la Chancellerie, auquel la chambre de commerce a pu collaborer activement. Les principales dispositions de cette loi correspondent aux vœux de la chambre, c'est-à-dire des entreprises que nous représentons.

Si divers points méritent encore d'être commentés ou éclaircis – certains ayant d'ailleurs déjà été modifiés dans la dernière version, ils concernent essentiellement le processus de cession : cession totale dans le cadre de la liquidation, mais pouvant être préparée par l'administrateur qui était présent au redressement judiciaire. Cela paraît un peu compliqué, même si l'on peut comprendre parfaitement l'intention du législateur en la matière.

Par ailleurs, il était tout à fait fondamental – et ce n'était pas évident dans les premiers textes proposés à la consultation – de savoir quand les cessions partielles étaient possibles. Le redressement d'une entreprise peut s'accompagner de la cession de branches n'appartenant pas au « *core business* » de l'entreprise, en particulier s'agissant de branches déficitaires. Ce genre d'opérations peut être nécessaire dans le cadre d'une restructuration indispensable. Aujourd'hui, dans le cadre de la sauvegarde, ces cessions partielles sont possibles.

Pour le reste, nous sommes globalement satisfaits du texte en l'état.

Mme Anne OUTIN-ADAM : Nous avons travaillé très en amont avec la Chancellerie sur la recherche d'un traitement anticipé des difficultés des entreprises, qui nous semble absolument essentiel. Nous sommes conscients, naturellement, que le problème des procédures collectives ne saurait se résoudre uniquement par une loi. Pour autant, il est très important que le cadre législatif facilite les choses. La loi de 1985, modifiée en 1994, malgré des apports conséquents de cette dernière, n'a pas satisfait toutes les attentes.

Il nous semblait indispensable de repenser les choses à la lumière de l'expérience des pays étrangers. Le projet de la Chancellerie a été qualifié de « *pâle copie* » du *chapter 11* américain. À notre sens, cette appréciation est erronée. La démarche entreprise est en effet tout à fait comparable à celle du *chapter 11* et peut d'ailleurs être retrouvée dans d'autres pays...

M. Jean COURTIÈRE : En Allemagne, en Italie et en Belgique, notamment.

Mme Anne OUTIN-ADAM : Nous avons réalisé une étude – que je souhaite vous remettre – dans le cadre de l’Observatoire consulaire des entreprises en difficulté (OCED), observatoire qui fonctionne en liaison avec la CCI de Paris et les tribunaux de commerce de Paris et de la petite couronne.

Dans ce cadre, nous avons consacré un numéro spécial de la Lettre que nous éditons aux procédures d’insolvabilité en Italie, Belgique et Allemagne, avec une préface de Michel Germain, professeur et président de notre Comité scientifique. Toutefois, je tiens à préciser que, s’il s’agit bien d’une étude de droit comparée, il faut néanmoins la considérer avec quelques réserves scientifiques, dans la mesure où elle n’est fondée que sur des entretiens avec des personnes spécialisées dans le domaine qui nous intéresse aujourd’hui. Nous avons certes vérifié certains aspects juridiques, mais nous en sommes demeurés là dans la conception de l’étude. Toujours est-il que les trois systèmes comparés intègrent des mécanismes permettant une certaine anticipation en cas de difficultés temporaires ou de cessation des paiements imminente.

Le président Pascal CLÉMENT : Qu’y a-t-il de différent ?

M. Jean COURTIÈRE : Le chef d’entreprise, sachant qu’à une échéance plus ou moins longue il aura une difficulté qu’il ne pourra pas résoudre seul, entame l’équivalent de la procédure de sauvegarde qui est prévue par le projet de loi. Il me semble important de dire que nos voisins européens, confrontés aux mêmes problèmes, apportent les mêmes réponses.

Le président Pascal CLÉMENT : Avec la suspension provisoire des poursuites.

M. Jean COURTIÈRE : Le débiteur se met en effet sous la protection du tribunal ...

Mme Anne OUTIN-ADAM : En Allemagne, existent un système de comité des créanciers, ainsi que la notion d’insolvabilité imminente, quand l’entreprise n’est pas encore insolvable, mais risque de le devenir à terme plus ou moins rapproché.

Le président Pascal CLÉMENT : La notion de créanciers privilégiés existe-t-elle en Allemagne ?

Mme Anne OUTIN-ADAM : Oui.

Le président Pascal CLÉMENT : Mais il n’y a pas de comité particulier en ce qui les concerne ? En plus des deux comités prévus, celui des fournisseurs et celui des établissements financiers, il nous a été suggéré d’en ajouter un troisième, – celui de l’URSSAF pour simplifier. Qu’en pensez-vous ?

Mme Anne OUTIN-ADAM : Nous pensons que ce dispositif à deux comités est un progrès très significatif. Nous savons très bien que les banques ont leur mot à dire en la matière. Donc, le comité des banques apparaît absolument indispensable à côté du comité des fournisseurs.

M. Jean COURTIÈRE : il est vrai qu’il faut également considérer la présence, en parallèle, du Trésor public et de l’URSSAF. Lors d’une réunion du comité scientifique de l’OCED, le représentant du Trésor s’est montré extrêmement coopératif et ouvert à l’idée de réductions importantes de créances dans le but de sauver les entreprises. Cette administration, crainte de tous et mal connue de la plupart, voit aujourd’hui certains de ses membres éminents entamer une démarche vraiment créative, active et de vraie collaboration pour la sauvegarde de l’entreprise.

Mme Anne OUTIN-ADAM : L’idée d’un comité spécialisé des créanciers publics est une très bonne idée.

M. Jean COURTIÈRE : De toute façon, ils seront parties prenantes au débat. Bien souvent, ils ont un poids comparable à celui des banques. Même si c'est un comité composé de nombreux interlocuteurs !

Mme Anne OUTIN-ADAM : En tout état de cause, ces comités ne sont obligatoires que pour des entreprises d'une certaine taille. Sinon, ils sont facultatifs. N'aurait-il pas été préférable qu'ils soient obligatoires pour toutes, de façon à bien marquer la contractualisation de cette procédure, également pour les PME, ce que nous appelons de nos vœux ?

Précédemment, j'ai fait allusion aux autres pays européens pour bien montrer qu'ils connaissent la même tendance. Pour autant, il n'est pas inintéressant d'examiner comment les choses se passent Outre-Atlantique. Actuellement, l'évolution est générale et il faut prendre cela en compte.

Le président Pascal CLÉMENT : Il semble que le droit allemand de la faillite soit très particulier.

Mme Anne OUTIN-ADAM : Oui, il est très difficile de procéder à une comparaison. Il ne faut pas s'attarder sur un point précis pris isolément, mais plutôt s'intéresser à l'état d'esprit.

Le président Pascal CLÉMENT : Cela permet notamment de voir, compte tenu des difficultés économiques que l'Allemagne rencontre aujourd'hui, si leur gouvernement a songé à faire, comme nous et avant nous, la procédure d'alerte.

Mme Anne OUTIN-ADAM : Il est difficile d'en tirer dès maintenant les enseignements. L'Allemagne a traversé une période économique très difficile. Mais les modifications y sont très récentes.

Le président Pascal CLÉMENT : Vous savez qu'existe actuellement un débat aussi entre le judiciaire et l'économique. Certains souhaiteraient déjudiciariser les procédures. Avez-vous la même approche ? Suivez-vous par exemple la CGPME, qui propose d'impliquer des organismes publics du type des Codefi, et à travers eux les pouvoirs publics, rejoignant d'ailleurs en cela le système allemand ?

Mme Anne OUTIN-ADAM : Il est certain que nous souhaitons que l'effort de prévention soit mené le plus en amont possible. C'est peu évoqué dans le projet de loi, mais l'exposé des motifs aurait pu insister plus sur l'importance à donner à celle-ci, en prévoyant de vrais outils de prévention et de détection, appuyés sur des moyens.

Comme vous le savez, la question demeure en effet des moyens donnés aux tribunaux, et peut-être aussi celle du nombre trop important de tribunaux de commerce. On retombe sur le problème de la carte judiciaire.

Le président Pascal CLÉMENT : Qu'avez-vous à nous dire sur ce sujet ?

M. Jean COURTIÈRE : Notre position n'est pas forcément très populaire. Nous pensons qu'il faut des moyens adéquats pour la prévention. Nous souhaitons également que la présence du Parquet soit effective, ce qui amènerait tout naturellement à confier les procédures collectives à un tribunal par département, pour une justice plus sereine...

Mme Anne OUTIN-ADAM : Permettez-moi de préciser notre pensée. Il ne fait guère de doute qu'il est très difficile d'opérer la réforme de la carte judiciaire. Un premier arrêté est sorti, le deuxième est resté en attente. Les choses sont relativement compliquées, et cela pour plusieurs raisons, notamment politiques.

Le président Pascal CLÉMENT : Vous voulez dire « politiques » au sens consulaire ! Ce sont les élus consulaires qui sont hostiles, non les hommes politiques. Je le sais pour l'avoir vécu chez moi.

Mme Anne OUTIN-ADAM : Chacun est attaché à son tribunal de commerce.

Le président Pascal CLÉMENT : Surtout les élus consulaires.

Mme Anne OUTIN-ADAM : Seulement les élus consulaires ?

Le président Pascal CLÉMENT : Par voie de conséquence, les élus politiques le sont sans doute aussi, mais ce ne sont pas eux qui « commandent » dans cette affaire. Ce sont bien les élus consulaires qui n'acceptent pas ces changements.

M. Jean COURTIÈRE : Peut-être pour le contentieux général. Pour ma part, je ne vise que les procédures collectives.

Le président Pascal CLÉMENT : Vous savez très bien que le projet de réforme des procédures collectives de la précédente législature a conduit à la « révolte » des juges consulaires au prétexte qu'on leur retirait leurs attributions les plus importantes.

Mme Anne OUTIN-ADAM : Notre point de vue en la matière est très clair : s'agissant des procédures collectives, il est absolument nécessaire, pour des raisons d'éloignement ou encore de sérénité de la justice, que seule ait compétence une partie des tribunaux de commerce. Dans la loi de 1985, un décret devait énumérer les tribunaux de commerce compétents pour les procédures de régime général. On pourrait aujourd'hui parfaitement concevoir qu'un nombre de tribunaux limité soient compétents pour les procédures collectives.

C'est souhaité par les chefs d'entreprise. En particulier, pour assurer une certaine confidentialité dans le cadre de la prévention, il est préférable que le tribunal de commerce soit éloigné du siège social de l'entreprise.

Le président Pascal CLÉMENT : La CCIP a-t-elle pris des initiatives concernant la détection, la prévention, les conseils donnés aux chefs d'entreprises ? Le chef d'entreprise à qui l'on donne la responsabilité d'alerter en déclenchant la sauvegarde, n'a peut-être pas, de lui-même, envie d'alerter grand monde ? Vous pourriez par exemple prévoir qu'un ancien juge consulaire reçoive les chefs d'entreprises qui voudraient savoir à quel moment l'alerte doit être donnée. Il s'agit là en effet d'une question facile à traiter sur le papier, mais, en réalité, loin d'être si simple.

M. Jean COURTIÈRE : Le déclenchement de la sauvegarde par le chef d'entreprise exige en effet une révolution des esprits. En l'occurrence, pour répondre à votre question, la prévention consulaire existe dans les principaux tribunaux. Le projet de loi est malheureusement muet quant aux moyens. La plupart des tribunaux, à l'exception des quatre ou cinq principaux, n'ont pas les moyens matériels de pratiquer une prévention efficace. On parle de prévention au niveau des tribunaux de commerce, mais cela restera lettre morte tant qu'ils seront dépourvus des moyens de la mettre en oeuvre. Mais comme on ne les donnera sans doute pas à tous les tribunaux, on revient à l'idée que j'émettais précédemment

Mme Anne OUTIN-ADAM : Pour compléter la réponse de M. Courtière, l'Observatoire consulaire des entreprises en difficulté fait paraître très régulièrement des guides pratiques. Nous avons mis en place des parcours guidés destinés aux chefs d'entreprise sur notre site (Inforeg), ainsi que la structure appelée SAJECE (structure d'appui juridique et comptable aux entreprises), composée d'avocats, d'experts-comptables, de magistrats honoraires. Des chefs d'entreprises en difficulté – pas forcément des difficultés menant au dépôt de bilan, mais incluant cependant ce type de cas – viennent, à la Chambre de commerce, rencontrer en toute sérénité les professionnels qui travaillent avec nous dans le cadre de cette structure. Ce mode de fonctionnement est en train de se généraliser dans chaque délégation de la CCIP.

Dans le projet de loi, j'ai remarqué qu'avait été conservée la disposition suivant laquelle « un décret en Conseil d'État détermine dans chaque département le tribunal ou les tribunaux appelés à connaître des procédures du présent livre. » Je n'ai pas bien compris ce texte car le « présent livre » traite des difficultés des entreprises, cependant que la disposition considérée figure dans un titre limité à la sauvegarde. Cela me paraît poser un problème d'interprétation. Néanmoins, j'ai été assez satisfaite de retrouver cette disposition, dont nous avons signalé à la Chancellerie qu'elle avait disparue dans la mouture précédente du texte. Quoi qu'il en soit, et sous réserve de la difficulté éventuelle d'interprétation du renvoi, cela correspond vraiment à nos souhaits en la matière.

M. Jean COURTIÈRE : Il faudra globalement expliquer qu'anticiper une difficulté peut permettre de la régler, alors que « mettre la tête dans le sable comme une autruche », conduit quasiment à coup sûr à la liquidation.

Le président Pascal CLÉMENT : L'efficacité dépendra de l'organisation mise en place par les tribunaux de commerce. Mme Perrette Rey, Président du Tribunal de commerce de Paris, que nous recevons après vous, m'a déjà dit qu'elle l'avait fait à Paris; il en va de même pour M. Bernardin, président de l'ACFCI. Les changements culturels relèvent de la pédagogie mutuelle des institutions.

Mme Anne OUTIN-ADAM : Vous avez entièrement raison. D'ailleurs, nous sommes très actifs au sein du groupe de travail de l'ACFCI qui étudie la coordination des actions de prévention.

Le président Pascal CLÉMENT : Il ne revient pas à la loi de rentrer dans ce type de problématique. Elle doit rester très générale et laisser place aux initiatives. Elle n'a pas à préciser, en particulier, ce que chaque chambre de commerce devrait mettre à disposition des entreprises... C'est ce que vous sembliez pourtant demander ?

M. Jean COURTIÈRE : Sur ce point, notre intervention ne portait pas sur les chambres de commerce, mais visait plutôt les tribunaux.

Le président Pascal CLÉMENT : Personnellement, j'estime qu'un chef d'entreprise n'a pas envie d'aller au tribunal de commerce à la première alerte. La démarche auprès de la chambre de commerce est beaucoup plus acceptable pour lui. C'est pourquoi, pour ce qui me concerne, je pense surtout à vous !

Mme Anne OUTIN-ADAM : Vous avez raison. En plus, pour les plus petites des entreprises, cela constitue véritablement la seule voie.

Le président Pascal CLÉMENT : Bien entendu. Si vous mobilisez d'anciens juges consulaires, ils seront ravis de continuer à pratiquer.

M. Jean COURTIÈRE : Alors que la prévention leur est interdite dans le cadre du tribunal, comme ce fut mon cas en tant que magistrat honoraire ! J'ai participé à des actions de prévention, puis, du jour au lendemain, on nous a dit que l'on ne voulait plus des « anciens » pour des raisons d'assurance... Mais au sein d'une chambre de commerce, c'est possible.

Le président Pascal CLÉMENT : Dans ce cas, il faut cependant constater qu'il ne s'agit plus de conseil. C'est un service que rend la chambre, en proposant les compétences d'une personne expérimentée, un ancien juge par exemple.

Mme Anne OUTIN-ADAM : Pour les entreprises plus importantes qui sont dotées de commissaires aux comptes, nous souhaiterions aller plus loin. Des progrès ont été faits dans le projet sur la procédure d'alerte des commissaires aux comptes. Mais nous pensons que certains points doivent être affinés. À vrai dire, la question s'est reposée à travers l'avant-projet de deuxième loi pour l'initiative économique, par une disposition qui aurait, en réalité plus sa place dans la loi sur la sauvegarde que dans un texte de portée beaucoup plus large.

Le président Pascal CLÉMENT : Nous le notons.

Mme Anne OUTIN-ADAM : Nous avons élaboré le document que je vous remets avec des commissaires aux comptes, dont Mme Monique Millot-Pernin, pour montrer dans quelle mesure l'alerte par le commissaire aux comptes pourrait être beaucoup plus efficace et permettrait de perdre moins de temps.

Lorsqu'au terme de la phase I de l'alerte (qui consiste pour le commissaire aux comptes à interroger par écrit le dirigeant social sur les faits relevés), les réponses du dirigeant paraissent satisfaisantes, mais que d'importantes dérives sont ensuite constatées, il conviendrait, non pas de recommencer une nouvelle procédure, mais de passer directement à la phase II, où c'est le conseil d'administration (ou de surveillance) qui est engagé à répondre et où le président du tribunal de commerce est informé.

L'information du président du tribunal de commerce devrait, en tout état de cause, intervenir dès la fin de la phase I de la procédure, puis être complétée à chacune de ses étapes, de manière à permettre parallèlement la mise en place d'un suivi de l'entreprise par les cellules de prévention des tribunaux de commerce. Corollairement, le commissaire aux comptes devrait systématiquement être convié en même temps que le dirigeant aux entretiens initiés par le président dans le cadre de son pouvoir d'alerte et être délié du secret professionnel à son égard dans ce contexte.

Le président Pascal CLÉMENT : Nous vous remercions. Nous avons pris bonne note de ce que vous vouliez nous dire, au sens positif du terme.

**Audition de Mme Perrette REY,
président de la Conférence générale des tribunaux de commerce
et président du Tribunal de commerce de Paris.**

(procès-verbal de la séance du jeudi 3 juin 2004)

Le président Pascal CLÉMENT : L'intervention des tribunaux de commerce dans les procédures collectives constitue un paramètre central de leur organisation, mais a également pu faire l'objet de critiques diverses.

Compte tenu de votre expérience incomparable en tant que chef d'entreprise, juge consulaire, et maintenant présidente de tous les juges consulaires, pouvez-vous nous dire comment vous voyez la situation actuelle des tribunaux et des procédures collectives, quels sont les points positifs par rapport à la situation actuelle et quelles lacunes peuvent être corrigées par le législateur ?

Mme Perrette REY : Je vous remercie d'avoir souhaité m'auditionner. J'insisterai d'abord sur les points positifs. Toutes les propositions de modifications que je serai amenée à vous faire doivent s'inscrire dans la dynamique nouvelle créée par le projet de texte du Gouvernement.

Il me semble que les trois principes qui, selon moi, l'inspirent, illustrent cette volonté d'innovation émanant de la Chancellerie. Ces principes préexistent depuis le premier avant-projet de loi et n'ont fait qu'être confirmés et amplifiés par les deux textes publics qui ont été soumis à la consultation, qu'il s'agisse de l'avant-projet de loi d'octobre 2003, de celui de janvier 2004 et enfin du dernier texte sur lequel je me permettrai de faire quelques commentaires plus critiques.

Ces trois principes me paraissent en tout premier lieu traduire une volonté d'anticipation. Ce ne sont pas les juridictions consulaires, qui ont elles-mêmes inventé de façon prétorienne le mandat *ad hoc*, qui pourront aller à l'encontre de ce souhait, de cette volonté d'anticiper le plus en amont possible les difficultés des entreprises. Cette anticipation est la meilleure chance de sauvegarde des entreprises en difficulté.

N'oublions pas que si, *in fine*, dans le droit actuel des entreprises en difficulté, 95 % des liquidations judiciaires – hélas ! – sont le résultat de tant d'efforts déployés en vain pour assurer et la sauvegarde des entreprises, et celle des emplois, et un très maigre apurement du passif, ce bilan négatif provient du fait que l'on s'y prend trop tard. J'en veux pour preuve que lorsque l'on utilise, même de façon encore insuffisante, le mandat *ad hoc* et le règlement amiable – seules techniques préventives actuelles –, deux entreprises sur trois réussissent à être sauvées. C'est ce qui résulte des statistiques que tient depuis dix ans le Tribunal de commerce de Paris. Ces techniques se sont mises progressivement en place à la faveur de la crise immobilière, alors qu'elles étaient restées lettres mortes pratiquement pendant huit ans.

Je félicite donc le Gouvernement pour l'accent mis sur l'anticipation, qui a d'ailleurs été encore renforcée par la nouvelle structuration du texte telle qu'elle apparaît dans sa dernière mouture. Nous connaissons déjà deux techniques : le règlement amiable, qui est remplacé par la conciliation, et le mandat *ad hoc* qui, lui, demeure heureusement inchangé. S'y ajoute la nouvelle procédure de sauvegarde, dans une structuration plus claire dans la dernière mouture du projet de loi que dans celle du début 2004, où il semblait aux observateurs attentifs que la procédure de sauvegarde s'apparentait davantage à une technique de redressement collectif qu'à une démarche de prévention.

Bravo également pour le deuxième principe qui sous-tend le projet de loi : la volonté libérale qui l'inspire place le chef d'entreprise face à une panoplie riche – même si elle est toujours améliorable – de techniques à utiliser, en lui laissant le choix de recourir soit au mandat *ad hoc*, soit à la conciliation, soit à la procédure de sauvegarde dans les conditions prévues par les textes.

Le troisième principe, qui me paraît tout à fait intéressant et novateur, tient à ce que la logique économique se substitue à la logique juridico-comptable du droit positif. Tous les juristes

savent en effet que, dans le droit actuel des entreprises en difficulté, la ligne rouge est tracée par l'état de cessation des paiements. En amont, la prévention ; en aval, les procédures collectives.

En revanche, le projet de loi, me semble-t-il, présente une approche beaucoup moins binaire, rejoignant ainsi le réalisme économique. Lorsqu'une entreprise est en mesure de renouer avec l'équilibre, voire avec une exploitation bénéficiaire, s'ouvrent à elle plusieurs perspectives : la voie de la prévention, celle des techniques de sauvegarde ou encore celle du redressement par voie de continuation. En revanche, si la continuation ne paraît pas possible, ne reste que la liquidation judiciaire.

On voit ainsi se « subsidiariser » la notion de cessation des paiements. Je ne prêterai donc pas mon concours à ceux qui s'étonnent que l'on n'ait pas revu la définition de l'état de cessation des paiements. De même, le fait que le délai prévu pour permettre au chef d'entreprise de se rendre compte qu'il est en état de cessation des paiements et de tenir compte de tous les effets qui s'ensuivent, ait été prorogé jusqu'à 45 jours me paraît une bonne chose. Cela semble parfaitement cohérent avec la volonté du projet de la Chancellerie de mettre en pratique cette approche économique, et non pas purement juridico-comptable.

Ces trois principes me paraissent sains.

De la même façon, je voudrais saluer la véritable concertation qui a marqué l'élaboration de ces textes successifs de la part de la Chancellerie. Ce serait faire preuve de très mauvaise foi que de dire que la concertation n'aurait été qu'apparente. Non ! Je dois reconnaître qu'entre l'avant-projet et le texte définitif, un grand nombre de suggestions que je me suis permis de faire à la Chancellerie ont d'ores et déjà été prises en compte. La trace la plus notable pour les observateurs attentifs réside dans l'économie de la conciliation, qui remplace le règlement amiable. Le directeur des Affaires civiles et du Sceau, M. Marc Guillaume, a été très sensible à mon argumentation visant à démontrer que l'avant-projet me semblait être un contresens lorsqu'il mettait le conciliateur en situation de remplacer le chef d'entreprise. Ce point a complètement disparu du dernier texte. De même, si la conciliation doit déboucher sur un accord et que le chef d'entreprise se retrouve en situation de devoir continuer à discuter avec ses créanciers, il est important de ne pas le dessaisir de la gestion de son entreprise et de garder le conciliateur dans son rôle actuel, c'est-à-dire celui qui, n'étant le porte-paroles ni du débiteur ni des créanciers, est en mesure de rétablir un climat de négociation et de confiance.

Je tenais à faire ces remarques préliminaires pour éviter que les critiques que je vais énumérer maintenant ne soient pas comprises dans leur contexte. La véritable réflexion novatrice, le souffle qui anime ce texte et la volonté de concertation que je me plais à souligner n'ont pas toujours existé. Cela me paraissait donc être un préalable important, méritant que je m'y attarde quelques instants.

Après cette lecture personnelle de l'exposé des motifs, plutôt que de continuer par de grandes envolées lyriques, je souhaiterais, M. le président, parcourir en votre compagnie le Livre VI du code de commerce, tel qu'il serait modifié par le projet, dans ses différents titres. Je ne m'appesantirai pas sur la table des matières, puisque je me suis aperçue *horresco referens* qu'elle n'avait pas été actualisée. Je vous propose plutôt de reprendre certains de ces dispositifs en vous livrant le fruit de mes réflexions sur ce thème en toute simplicité et en soulignant les éléments qui me paraissent poser problème. En l'occurrence, pour ce travail analytique, je ne parlerai que de la dernière mouture du texte, – le dernier projet rendu public par la Chancellerie –, et plus précisément du texte consolidé tenant compte des modifications projetées.

Le titre 1er du livre VI traite "*de la prévention des difficultés des entreprises et de la procédure de conciliation*". Pour résumer ma pensée, et dans une volonté constructive pour améliorer ce texte, ce titre 1er me semble être dans l'état actuel de son économie – pour utiliser un jargon juridique – *infra petita* en ce qui concerne la prévention-détection et *ultra petita* pour la partie prévention-traitement. Je voudrais revenir sur ces deux points et vous apporter, au fil des articles qui me posent problème, la démonstration de ces propos qui appellent peut-être quelques précisions.

Ce texte me paraît *infra petita* en ce qui concerne la prévention-détection, c'est-à-dire pour ce qui a trait au pouvoir que le droit positif et ce nouveau texte donnent au président du tribunal qui, en fonction de certains « signaux » sur la santé de l'entreprise, peut convoquer le chef d'entreprise en cas de difficultés.

Il me semble à cet égard que le dispositif de l'article L. 611-2 est susceptible d'améliorations. Son premier alinéa est conforme au droit actuel et ne me pose pas problème. Je vous rappelle qu'il dit « *Lorsqu'il résulte de tout acte, document (...), les dirigeants peuvent être convoqués par le président du tribunal* ». En revanche, le deuxième alinéa me gêne plus. Il dit aujourd'hui : « *À l'issue de cet entretien ou si les dirigeants ne se sont pas rendus à sa convocation, le président peut (...) obtenir communication ...* ». La formule « *À l'issue de cet entretien* » existe déjà dans le droit positif, le nouveau texte ayant ajouté la seconde partie de la phrase [« *ou si les dirigeants ne se sont pas rendus à sa convocation* »]. Pourquoi avoir fait ce choix? Que se passe-t-il concrètement ?

Le président Pascal CLÉMENT : Il y a défaillance de l'entreprise!

Mme Perrette REY : Lorsque le président du tribunal convoque de sa propre initiative un chef d'entreprise présentant de tels signes de difficulté, il arrive une fois sur deux que le chef d'entreprise n'y défère pas. Lorsqu'il vient, de surcroît, il s'interroge sur le sens de cette convocation par le président du tribunal. Très souvent inquiet, soucieux de gagner du temps, il arrive soit « les mains dans les poches », soit quelquefois accompagné de son conseil juridique, beaucoup plus rarement – car ce n'est pas un réflexe naturel –, avec son expert comptable, voire même très rarement avec son commissaire aux comptes. Mais la plupart du temps, il arrive « la bouche en cœur », si vous me passez l'expression.

Que veut ce texte et pourquoi sommes-nous d'accord avec lui ? Parce qu'il anticipe. Nous avons donc suggéré à M. Marc Guillaume de bien vouloir supprimer tout simplement le début de cette phrase, et au lieu de : "*À l'issue de cet entretien ou si les dirigeants ne se sont pas rendus à sa convocation*", décider que ce deuxième alinéa puisse commencer directement par : "*Le président du tribunal peut, nonobstant toute disposition législative [...] obtenir ainsi les renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière du débiteur*". L'idée était qu'ainsi, il n'était plus nécessaire d'attendre que l'entretien ait eu lieu ou que le dirigeant ne se soit pas rendu à sa convocation, mais de permettre au président du tribunal qui prépare cet entretien de pouvoir se procurer les éléments d'analyse afin que la conversation avec le dirigeant de l'entreprise puisse être tout de suite utile.

Le président Pascal CLÉMENT : Je comprends cette proposition, mais elle peut sembler un peu « inquisitrice » ou du moins, peut être ressentie comme telle. Imaginez, madame la Présidente, que, non pas à Paris, mais dans un petit tribunal de commerce de province, dans un endroit que je ne connais pas et qui n'existe probablement pas, le président soit intéressé par l'état de cette entreprise. On pourrait même supposer qu'il ait lui-même des arrières-pensées. Doit-on lui permettre de demander des comptes ?

Mme Perrette REY : Je connais cet argument. Le vrai dialogue que j'ai eu avec la Chancellerie m'a donné le plaisir de l'entendre de la bouche courtoise, civile et très inspirée de M. Marc Guillaume.

Le président Pascal CLÉMENT : Ils ne me l'a pas soufflé, mais j'ai la même réaction.

Mme Perrette REY : Un autre article me paraît perfectible. Il s'agit de l'article L. 621-2, dans sa nouvelle rédaction : celui-ci renvoie à un décret d'application pour déterminer les tribunaux de commerce susceptibles de connaître de l'ensemble des procédures de ce Livre VI. En l'occurrence, cet article est très mal situé dans le code, car il se trouve – si je ne me trompe pas – dans la partie consacrée à la procédure de sauvegarde. Si ce texte vise toutes les procédures – ce qui semble être le cas –, comment se fait-il qu'il ne soit pas en dénominateur commun et qu'il ne se trouve que dans la

procédure de sauvegarde ? Voilà une petite « coquetterie » de rédaction législative, qui me paraît devoir être précisée, et sur laquelle je reviendrai ensuite.

S'agissant des entreprises en difficulté, lorsque le législateur de 1985 avait réservé à un nombre restreint de tribunaux de commerce le soin de connaître de ces procédures, il me semble qu'il s'était montré très sage. En effet, la proximité géographique et économique pose un problème, que vous avez parfaitement bien soulevé, qui demeure d'actualité. Ne serait-ce précisément pas là l'occasion de retrouver le chemin de la sagesse ?

Vous savez mon entêtement en ce qui concerne le grave problème de la rationalisation de la carte judiciaire. Je pense que la compétence, l'indépendance et l'impartialité que les juges consulaires, comme les juges professionnels, se doivent de respecter – ne serait-ce que pour l'application de la Charte européenne des juges – trouveraient certainement à rentrer plus vite dans les faits si, et si seulement, le Gouvernement, à qui incombe la responsabilité de créer ou de supprimer les tribunaux, rationalisait cette carte.

Le président Pascal CLÉMENT : Votre réponse à mon argument consiste alors à dire que s'il n'existe que des tribunaux de taille importante, soumis au contrôle des pairs, le risque de dérapage est faible, sinon inexistant ?

Mme Perrette REY : Il est en tout cas moindre.

Le président Pascal CLÉMENT : Dans un grand tribunal, les risques de dérapage sont beaucoup plus faibles, car la présence de collègues plus nombreux se traduit par une sorte d'auto-contrôle.

Mme Perrette REY : Pour être efficaces et pour donner corps à ce principe essentiel d'anticipation des difficultés – c'est notre seul objectif – il ne faut pas attendre un second rendez-vous pour instaurer ce dialogue. Les chefs d'entreprises sont reçus pour un entretien confidentiel entre un juge entrepreneur – pas en robe – et un entrepreneur. Passées les cinq premières minutes d'observation, la discussion permet d'aider le chef d'entreprise à sortir de son isolement. Dans le cadre d'un dialogue maïeutique, il prendra conscience que ses difficultés ne sont pas ponctuelles, qu'elles ne ressemblent pas à celles dont il s'est toujours sorti jusqu'à présent, mais qu'il a besoin de s'interroger réellement sur la meilleure manière possible de s'en sortir.

En restant dans cette idée d'amélioration du texte, et pour illustrer l'idée que celui-ci reste *infra petita*, je voudrais arriver au paragraphe II de cet article L.611-2, qui constitue l'une des nouveautés du projet de loi, et qui pose que : « *Lorsque les dirigeants d'une société commerciale ne procèdent pas au dépôt des comptes annuels dans les délais prévus par les textes applicables, le président du tribunal peut leur adresser une injonction de faire à bref délai. Si cette injonction n'est pas suivie d'effet dans un délai fixé par décret fixé en Conseil d'État, le président du tribunal peut faire application à leur égard des dispositions du deuxième alinéa du I* ». Autrement dit, il peut se renseigner sur l'exacte situation de l'entreprise, dans les conditions dont nous venons précisément de débattre.

Qu'est-ce qu'une mesure sans sanction ou une sanction qui « tourne en rond » sans servir à rien ? Je vous rappelle que l'absence de dépôt des comptes annuels constitue très certainement l'un des critères les plus significatifs des difficultés des entreprises, notamment pour celles qui les ont déposés régulièrement et qui, un jour donné, lorsque leur situation se dégrade, cessent de le faire. En l'espèce, il n'est maintenant plus possible d'opposer des arguments de droit comparé, puisque nous savons, par une directive européenne, que nos partenaires allemands, qui n'étaient pas contraints de procéder ainsi, le sont désormais. On ne peut donc plus se retrancher derrière la pratique concurrentielle de nos amis européens pour dire que cette obligation défavoriserait nos entreprises, comme l'a souvent soutenu en son temps, à juste titre, le Medef, qui soutenait qu'il valait toujours mieux payer le prix de la confidentialité. Au plan européen, tout le monde se trouve désormais sur la même longueur d'ondes.

La question posée est celle de l'efficacité du dispositif : à quoi servirait une disposition disant que le « vilain garçon » qui ne veut pas déférer à cette injonction de faire à bref délai – ce qui est déjà une bonne chose – sera convoqué ?

Le président Pascal CLÉMENT : Pour vous, ce serait là une épée de bois ?

Mme Perrette REY : C'est cela. C'est une mesure « sympathique ». Pour ma part, j'aurais plutôt suggéré que l'on fasse application de l'article L. 123-5-1 du code de commerce, qui nous vient de la loi sur les nouvelles régulations économiques. Celui-ci permet, dans ce même cas où le président du tribunal se voit reconnaître ce pouvoir d'injonction de dépôt des comptes, de contraindre à le faire sous astreinte. Mon idée serait alors tout simplement d'utiliser exactement la même formulation que celle de l'article L. 123-5-1 du code de commerce.

Le président Pascal CLÉMENT : Traitant de prévention, n'y a-t-il pas cependant une contradiction philosophique entre le fait de recommander au chef d'entreprise de dialoguer avec le président du tribunal de commerce avant qu'il ne soit trop tard mais, s'il ne vient pas, de le mettre sous astreinte ? Je comprends bien ce que vous dites, mais ne percevez-vous pas cette contradiction ? Il faut prendre appui sur la volonté des gens. On ne peut pas les contraindre à faire de la prévention pour eux-mêmes, *a fortiori* pour leur entreprise.

Mme Perrette REY : J'entends parfaitement ce que vous dites.

Monsieur le président, nous sommes d'accord autour de la table – ne serait-ce que parce que nous savons ce qu'est un chef d'entreprise – pour dire que la première et la seule vraie prévention incombe au chef d'entreprise. C'est à lui, qui sait bien que la création d'une entreprise et son développement ne sont pas « un long fleuve tranquille », de prendre toutes les dispositions pour faire en sorte de s'en sortir.

Le président Pascal CLÉMENT : Oui, c'est là la vérité.

Mme Perrette REY : Mais le texte que nous appliquons depuis le 1^{er} mars 1984 a vu la première insertion de la prévention dans la loi. Le législateur a réussi à trouver une sorte de cote mal taillée entre les principes du libéralisme et ceux de l'efficacité pour tâcher de concilier trois principes difficilement compatibles : assurer la pérennité de l'activité de l'entreprise, garantir la pérennité de l'emploi et permettre l'apurement du passif. Depuis « Liberté, Égalité, Fraternité », la République française n'a pas son pareil pour tout faire aller par trois, y compris pour les objectifs de la loi relative au traitement des difficultés des entreprises.

Si un chef d'entreprise n'avait pas l'optimisme invétéré nécessaire pour créer son entreprise, je crois que le souhait de M. le Président de la République d'atteindre la création d'un million d'entreprises en cinq ans n'aurait aucune chance de se réaliser. En contrepartie, nous perdrons de notre tissu économique en n'épaulant pas les entreprises par des mesures préventives. Laisse tout seul, ce chef d'entreprise sera précipité dans un véritable « vide ». Donc, il faut rechercher l'efficacité, qui mérite sans doute que l'on accepte, en son nom, de sacrifier quelques grands principes.

Ce texte est encore à la recherche d'un point d'équilibre idéal. L'idéal n'existe pas. Je vous parle d'efficacité ; vous me parlez de grands principes. Le législateur tranchera. Mais je me maintiens volontairement dans ma logique d'efficacité initiale, que j'ai soulignée au départ. Ma cohérence à moi, c'est cette quête systématique d'efficacité. Je ne suis qu'un modeste praticien de terrain, et comme je n'ai aucun intérêt personnel à défendre, mon seul intérêt étant celui des justiciables, je vous dis ce que je constate sur le terrain. Vous voudrez bien m'excuser si je pêche parfois par un raisonnement qui ne serait pas digne d'un inspecteur des finances.

Le président Pascal CLÉMENT : Ce n'est pas du tout la question, madame la Présidente. Il s'agit seulement de savoir si l'on inscrit une contrainte financière au moment précis où l'on parle de prévention et d'alerte. Ne serait-ce pas un peu tôt, même si c'est sûrement efficace, car la peur du gendarme fonctionne très souvent dans notre pays.

Mme Perrette REY : Je vous ai non seulement écouté, mais entendu. Toujours en termes d'efficacité, nous avons vu disparaître de cette dernière version – je le regrette – une référence à la logistique que le président du tribunal pouvait attendre du greffe. Elle existait dans les avant-projets de loi. Il y a peut-être des raisons à cette disparition, mais elles ne m'ont pas été expliquées. Dans sa conception d'origine, le projet gouvernemental avait tiré les conséquences concrètes du fait que c'est le greffe qui traite les indicateurs financiers décrivant la santé des entreprises. En effet, c'est lui qui, par le registre d'état civil, est au fait du non-dépôt des comptes annuels, des injonctions de payer, des inscriptions de privilèges, des demandes de report d'assemblée générale, des assignations en redressement judiciaire non suivies d'effet, des injonctions de payer etc. Désormais, tous les greffes peuvent disposer de l'ensemble de ces « clignotants » grâce aux moyens informatiques dont ils sont équipés – il existe ainsi quatre logiciels pour l'ensemble du territoire français. Tous les greffes sont aujourd'hui en situation de fournir à leur président la liste des entreprises qu'il conviendrait de convoquer. Simplement, ils n'ont pas l'obligation de le faire et – disent-ils, sans doute légitimement puisqu'il n'est prévu aucune tarification correspondante – pas non plus les moyens financiers de le faire.

Le président Pascal CLÉMENT : Je les plains de tout cœur, vous le savez...

Mme Perrette REY : Je préfère ne pas aborder cette question, de crainte d'être désagréable. Néanmoins, pour parvenir à une certaine efficacité, il serait fort utile que le texte de loi contienne – comme cela avait été prévu dans l'avant-projet de loi – une référence à l'appui logistique que le greffe doit apporter au président du tribunal.

Le président Pascal CLÉMENT : Et le « doit » est impératif, sans qu'il soit nécessaire de mentionner une rémunération particulière.

Mme Perrette REY : Je ne pense pas que le texte de loi lui-même doive rentrer dans ces détails matériels, ni que le débat gagne à porter sur cette question.

Le président Pascal CLÉMENT : Ce n'est pas du niveau du législateur. Nous ne parlons pas d'argent !

Mme Perrette REY : Je me permets d'insister sur cette obligation car j'ai constaté deux attitudes politiques opposées du Conseil national des greffiers en chef. Avant l'actuel président, les considérations financières l'emportaient. J'entendais, sur l'air des grandes plaintes et lamentations de Jérémie : « On voudrait bien, mais on ne peut pas parce que l'assistance en matière de prévention n'est pas tarifée ».

L'actuel président du Conseil national des greffiers en chef a donné une tout autre consigne à ses troupes. Sera-t-il plus suivi que le pauvre président de la Conférence générale des tribunaux de commerce que je suis, dans la mesure où lui non plus n'a pas d'injonction de faire avec astreinte à la clef ? Néanmoins, il a eu l'intelligence politique de comprendre que, s'il ne faisait pas un effort en termes de prévention, d'autres que lui le feraient, pour des raisons d'ailleurs également financières.

Le président Pascal CLÉMENT : Les banquiers ?

Mme Perrette REY : Non, plutôt les spécialistes du chiffre...

Le président Pascal CLÉMENT : Le fait de prévoir une obligation de moyens, sous la forme de l'utilisation du terme « doit », vous paraît-il pertinent ?

Mme Perrette REY : Dans la loi, cela permettrait d'encadrer clairement les responsabilités confiées aux greffes.

J'en ai ainsi terminé l'exposé des raisons qui me font dire que le texte traduit une approche plutôt *infra petita* de la prévention-détection.

Nous avons déjà eu, à Roanne, l'occasion d'échanger ensemble sur le thème de l'*ultra petita*. Vous connaissez mes thèses que je vais simplement résumer.

J'ai déjà rendu grâce au projet gouvernemental d'avoir remis les acteurs de la conciliation dans le rôle qui devait être le leur et d'avoir profondément modifié – sur mes suggestions comme veut bien le dire M. Marc Guillaume – le rôle du conciliateur et celui du chef d'entreprise, alors qu'il avait déjà profondément réformé le rôle des créanciers. Je ne suis pas là pour défendre les créanciers. En revanche, mon problème, en tant que juge, consiste à essayer de voir ce qui fait l'efficacité de la conciliation : la confiance, et la confidentialité. Ce n'est pas le premier thème de la confiance qui me fait problème dans le projet de loi – car je crois que l'on a recréé toutes les conditions pour qu'elle existe – mais plutôt celui de la confidentialité.

Que prévoit le projet et quelle est sa principale différence par rapport au droit actuel du règlement amiable, auquel succède la conciliation. Elle tient à l'homologation, c'est-à-dire aux articles L. 611-9 et L. 611-10 tels que modifiés par le projet de loi. L'article L. 611-9 dispose que désormais, « *le tribunal statue sur l'homologation après avoir entendu ou dûment appelé en chambre du conseil le débiteur, les créanciers parties à l'accord – soit –, les représentants du comité d'entreprise ou à défaut, les délégués du personnel – cela appelle commentaire !–, le conciliateur – passe encore – et le ministère public* ».

Voici les premières raisons qui font que, de façon politiquement et socialement sans doute « incorrecte », ce texte me gêne en terme d'efficacité. Pratiquement tous les jours, dans mon tribunal, des chefs d'entreprises demandent que, dans le cadre de règlements amiables, soit auditionné aujourd'hui le représentant du comité d'entreprise ou celui des délégués du personnel. Ces chefs d'entreprise pensent en effet que l'autorité du président du tribunal peut être de nature à convaincre leurs salariés. Ils pourraient venir seuls, car la loi n'impose absolument pas cette audition dans le cadre d'un règlement amiable. Cette situation se constate même pour des dossiers sensibles ! Dans neuf cas sur dix, voire quatre-vingt quinze cas sur cent, je retrouve la teneur de nos propos le lendemain dans la presse. Je vous rappelle que nous sommes pourtant sous le sceau du secret, sous peine de sanctions pénales.

Le président Pascal CLÉMENT : Et il n'y a jamais de poursuites...

Mme Perrette REY : Il n'y a peut-être jamais de poursuite, mais, en tout état de cause, les conséquences sont graves en termes d'efficacité parce que l'accord que nous avons arraché – si je puis dire – durant l'audience du président du tribunal « vole en éclats ». J'ai encore douloureusement présent à l'esprit le cas d'un certain accord que les parties étaient convenues d'homologuer, après que je me fus battue pendant trois heures pour l'obtenir. Sa parution, le lendemain, dans la presse a abouti à ce que chacun revienne sur ses positions en refusant de conclure dans ces conditions.

Le président Pascal CLÉMENT : Parce que cela s'était su ?

Mme Perrette REY : Oui.

Le président Pascal CLÉMENT : Le secret des affaires est-il possible en 2004 ? On peut se poser la question, comme pour le secret de l'instruction...

Mme Perrette REY : Ce qui me fait particulièrement plaisir –vous me direz là encore que Paris n'est pas la France –, c'est que les résultats des mandats *ad hoc*, qui m'ont permis en 2003 de conclure 130 accords, demeurent totalement ignorés du public dans quatre-vingt dix cas sur cent. Tant pis pour nous, pour l'*ego* de mon prédécesseur ou le mien ! Cela m'est égal ! Je dis et je maintiens, parce que je le vis au quotidien, que si vous n'avez pas la garantie de la confidentialité de ce type d'accord, il sera impossible de les utiliser efficacement.

Je ferai un parallèle avec certaines audiences sensibles qui ont lieu au tribunal, et qui sont parfois presque caricaturales. Dès que se tient une audience un peu délicate, mon secrétaire général, – qui est parfaitement dans son rôle –, fait appel, au cas où cela irait mal, à un grand renfort d'honorables

représentants de la force publique. Même si je leur ai demandé d'être discrets, ils se placent en général bien en vue sur un parapet.

En face, a lieu l'éternel petit jeu où les tout aussi honorables représentants des salariés déposent qui des chaussettes, qui des chaussures, en tout cas le produit tout à fait remarquable de leur entreprise. On s'observe alors en chiens de faïence. Comme on est dans le cadre d'une procédure collective, j'apaise alors les esprits en faisant largement ouvrir l'audience aux représentants du comité d'entreprise ou des salariés. Mais le mal est fait.

Je ne parle pas des caméras qui sont un peu partout – sauf, naturellement en salle d'audience lorsque nous siégeons en Chambre du conseil – ni bien entendu des journalistes. Dieu sait que j'adore pourtant cette profession ! Que personne ne voit là la moindre contestation du métier des journalistes. Je sais à quel point ils sont efficaces et utiles dans leur mission de transmission de l'information, mais, pour ce qui me concerne, je dois défendre l'efficacité de la conciliation qui tient, encore une fois, à la confidentialité. Telle est ma pratique de terrain.

Le président Pascal CLÉMENT : Je suis totalement convaincu, mais là où je ne le suis plus, c'est en ce qui concerne les obstacles politiques pour aller dans le sens que vous préconisez ...

Mme Perrette REY : Nous avons déjà dialogué sur ce thème dans un cadre quelque peu différent et moins intime, où les effets de manche rappelaient sans doute plus le prétoire. Nous avons alors pu, par un échange de regards, comprendre à quel point dire ce que je viens de dire était socialement « incorrect ». J'en ai toute conscience.

Simplement, je vous dois la vérité, qui est ainsi. Il me semble que je ne serais pas dans mon rôle de ne pas la dire parce que je ne représente aucun lobby.

Une fois l'accord amiable homologué qui emporte un certain nombre d'effets, le jugement qui intervient ensuite doit être publié. Nous avons beaucoup discuté avec le directeur des Affaires civiles et du sceau, qui m'a donné l'assurance que ce ne serait pas l'accord qui serait publié, mais seulement le jugement, de telle sorte que le contenu de l'accord ne soit pas connu des tiers.

Il est prévu aussi, ce qui est tout à fait normal, au premier alinéa de l'article L.611-10, que *« 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 »*. J'ai déjà eu l'occasion de vous exposer mes craintes. Dans les accords de conciliation où tout le monde n'est pas partie, où ne sont notamment parties que les créanciers qui ont bien voulu participer à l'accord, il arrivera fréquemment que le « petit » créancier qui a un différend viscéral avec le débiteur, souhaite tout faire pour que l'accord échoue. Je salue à cet égard l'article L. 611-8, qui met le tribunal en situation d'homologuer l'accord si les conditions énumérées sont remplies, c'est-à-dire si *« Le débiteur n'est pas en état de 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 »*. À ce qui n'est que le droit actuel s'ajoute alors la condition suivante : *« 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. »*

Je remercie là aussi M. Marc Guillaume d'avoir réintroduit les articles 1244-1 et 1244-3 du code civil sur mes instances, car ils donnent la possibilité d'accorder jusqu'à deux ans de délai pour permettre à ces « petits » créanciers de voir pris en compte leurs intérêts, tout en étalant dans le temps la possibilité de les rembourser. De cette façon, on rend compatible la pérennité de l'entreprise, permise par l'accord, avec le souci de ces petits créanciers. Mais on peut imaginer la joie de celui qui, au lieu de saisir le président du tribunal en la forme des référés pour se voir appliqués les articles 1244-1 à 1244-3, découvre la faculté qui lui est ouverte de la tierce opposition. Il risque de « s'engouffrer » dans cette brèche. Cette tierce opposition apparaîtra de surcroît comme un catalyseur de tous les dangers, car nous savons à quel point un accord accouché dans la douleur – en la matière, l'accouchement sans douleur est rarissime – se trouvera très fragilisé par de tels recours. Là encore,

nous comprenons tout le souci du législateur car nous, praticiens, ne sommes pas complètement dépourvus d'intelligence. Mais le dispositif proposé est-il vraiment le meilleur ?

Le président Pascal CLÉMENT : Est-il possible d'empêcher toute voie de recours pour les créanciers tiers ?

Mme Perrette REY : À partir du moment où la tierce-opposition joue le rôle de voie de recours, il me paraît en effet difficile d'en faire l'économie. Dans ma candeur naïve, je pense cependant que le système de l'ordonnance du président du tribunal ne présentait pas que des inconvénients, loin s'en faut.

Par ailleurs, le garde des Sceaux, à travers ses brillants directeurs, a souhaité faire droit, dans ce texte d'équilibre et de compromis, aux demandes des créanciers et notamment des créanciers bancaires. Ce sont eux qui étaient en effet soumis à la crainte de voir leur responsabilité recherchée pour soutien abusif dans le cadre de l'accord, ce qui explique les dispositions que l'on retrouve dans le projet de loi, qui les préservent de ce recours, sauf en cas de fraude.

Si ces mêmes créanciers ont obtenu également l'application de l'article L. 621-32 du droit positif, – l'ancien article 40 de la loi de 1985 –, ce privilège que l'on accordait aux créanciers de la période d'observation et qui est ainsi transféré dans la procédure de sauvegarde, je me doute bien qu'en contrepartie, la Chancellerie a souhaité conférer à cette procédure une organisation qui ressemble comme une sœur à celle du redressement judiciaire.

Dans cette perspective, qui suscite quelques interrogations de ma part, je reprends alors l'argument, que vous m'avez vous-même opposé, selon lequel la conciliation elle-même trouverait sa force dans l'accord des parties sous le contrôle du président du tribunal. En l'occurrence, ce n'est pas pour le président du tribunal que je prêche, mais pour la confidentialité qui faisait l'efficacité de la conciliation. Vous répondez que Paris, ce n'est pas tous les tribunaux. Je vous rétorquerai alors : ...

Le président Pascal CLÉMENT : ...Qu'il convient de réformer la carte judiciaire ! Nous tournons sympathiquement en rond !

Mme Perrette REY : Et pourtant, la vérité est sortie toute nue du puits !

Le président Pascal CLÉMENT : Je n'ai pas dit que c'était faux.

Mme Perrette REY : Voilà, en tout cas, pourquoi je me permets de dire que dans ce texte, nous sommes *ultra petita*.

J'ai oublié un élément que je voudrais signaler, concernant l'article L. 611-7, lequel définit la mission du conciliateur. La toute première phrase de cet article dit : « *Le conciliateur a pour mission de rechercher la conclusion d'un accord entre le débiteur et ses créanciers* ». Dans le cadre du droit actuel, la mission du conciliateur n'est pas plus définie que ne l'est celle du mandataire *ad hoc* puisqu'il appartient au président du tribunal de la déterminer. Je ne demande pas que le droit actuel soit repris, mais si c'est la loi qui doit la définir, à mon avis, le texte est trop restrictif.

Le président Pascal CLÉMENT : Préférez-vous le régime du mandat *ad hoc* ?

Mme Perrette REY : Non, celui-ci ne suffirait pas. Il ne s'agit pas seulement de rechercher la conclusion d'un accord entre le débiteur et ses créanciers. Dans la pratique, le conciliateur peut être amené à rechercher un accord avec les actionnaires et avec d'autres parties que les créanciers pour convaincre l'ensemble des parties prenantes qui « bloquent » ...

Le président Pascal CLÉMENT : Faudrait-il indiquer qu'il s'agit d'un accord « avec l'ensemble des parties » ?

Mme Perrette REY : Il faudrait en tout cas élargir le projet de texte. Ce n'est qu'une simple précision, qui vous permettra de me donner satisfaction sur au moins un point !

Le président Pascal CLÉMENT : Je ne cherche qu'à vous faire plaisir, sans pour autant soulever une révolte nationale !

Mme Perrette REY : Vous ne pourrez m'empêcher d'avoir comme seule préoccupation celle de 95 % des justiciables que je vois en face de moi au tribunal, et comme seul désir d'essayer de sauver un peu plus d'entreprises.

Le président Pascal CLÉMENT : Comment voulez-vous expliquer à des salariés qu'ils n'ont qu'un droit, celui de ne rien savoir et de se taire ? C'est ainsi que se pose le débat.

Mme Perrette REY : Monsieur le président, ce n'est pas à vous que je rappellerai que la loi du 1^{er} mars 1984 avait déjà, en matière de détection des difficultés des entreprises, conféré aux comités d'entreprise et à défaut aux délégués du personnel la possibilité de saisir le président du tribunal. C'était un pouvoir, qui ne date donc pas d'aujourd'hui, de déclencher l'alerte là où le commissaire aux comptes en avait le devoir ! Vous savez comme moi ce qu'il en est advenu. Laissez-moi vous citer quelques chiffres concernant Paris, en m'excusant de n'avoir présents en mémoire que ceux-là : les commissaires aux comptes ont exercé deux cents fois leur devoir d'alerte au cours des deux dernières années, soit dans moins de 10 % des sociétés en difficultés qui ont un commissaire aux comptes. C'est pourtant un devoir !

S'agissant du pouvoir d'alerte des salariés, il n'y a eu aucun cas !

Le président Pascal CLÉMENT : Les syndicats expliquent qu'ils ne sont pas tenus informés.

Mme Perrette REY : J'ai quelque mal à les croire dans la mesure où, à la moindre difficulté, ils ne manquent pas de faire une belle lettre au président du tribunal pour lui demander d'ouvrir un redressement judiciaire ! Vous seriez édifié si vous voyiez le gros classeur que mon secrétaire général tient à ma demande ! J'ai donc quelque mal à penser que c'est la véritable raison. J'aurais plutôt tendance à croire qu'ils sont comme Marie-Antoinette face à son bourreau, demandant encore la faveur d'un petit instant de répit. À partir du moment où l'on n'a pas la conviction absolue que l'entreprise va chuter, on n'utilise pas forcément et à plein toutes les techniques préventives. On préfère tout mettre en oeuvre pour sauver l'entreprise uniquement par la voie interne. Donc, je ne crois pas à l'association des salariés telle que la prévoit le projet de loi. C'est mon point de vue, et mon devoir est, modestement, de vous le dire. Je suis parfaitement consciente, surtout compte tenu de l'annonce récente de M. le Président de la République concernant la nécessité de la négociation sociale, du caractère politiquement et socialement difficilement acceptable de ma proposition. En termes d'efficacité, vous permettrez cependant à l'humble citoyen et juge que je suis de vous dire ce que je constate. Libre à vous d'en faire ce que vous pourrez.

Le président Pascal CLÉMENT : C'est bien le mot !

Mme Perrette REY : Après cet examen article par article, allons maintenant à l'essentiel.

Deux dispositions me font problème, dont je ne fais pas mystère.

L'une concerne la suppression des plans de redressement par voie de cession. Je n'ai cessé de rappeler que sur les 5 % d'entreprises qui sont redressées par un plan de redressement, 60 % le sont par voie de continuation et 40 % par voie de cession. Pour simplifier, je crains que cette loi ne soit jugée à ses résultats. Lorsque les entreprises seront en liquidation judiciaire à 98 % ou lieu de 95 % précédemment, on pensera que le droit des entreprises en difficulté est décidément le mythe de Sisyphe et qu'à force de vouloir monter le rocher plus haut, on finit par se faire écraser.

Le président Pascal CLÉMENT : Il en restera encore 2 %. Il reste une marge de progression : on peut faire 100 % ! Je connais votre théorie.

Mme Perrette REY : Le second point est tout aussi politiquement « incorrect » que les précédents. Il concerne les sanctions. Le droit actuel prévoit qu'en matière de sanctions, la délibération se fait en Chambre du conseil. Cela permet là encore de tout se dire sans conséquences dévastatrices dans les 50 % des cas qui se traduisent par un « *il n'y a pas lieu* ». Il faut bien voir qu'assez souvent, les dossiers qui conduisent les chefs d'entreprises en chambre de sanctions sont très nourris s'agissant des griefs, mais relativement vides en termes de preuves.

Je n'ai pas le temps de développer les raisons, pourtant évidentes, qui traduisent un dysfonctionnement certain de la pratique d'instruction des sanctions, notamment au niveau des mandataires de justice. Ce n'est pas l'objet de cette audition. Je me sens néanmoins concernée parce que, en termes de crédit, cela risque d'être la mort définitive du chef d'entreprise, comme le fait d'être mis en examen aujourd'hui. Quelles que soient les tentatives diverses pour essayer, par des qualifications différentes, de faire en sorte que, dans l'esprit du grand public, la mise en examen ne soit pas la mort civile de celui qui en fait l'objet, vous savez aussi bien que moi qu'il n'en est pas ainsi dans notre culture. Dans les petits tribunaux, le fait que ce débat soit prévu en audience publique, alors que ce n'est pas le cas à l'heure actuelle, et que ces audiences servent de « divertissement » à tous ceux qui « veulent du bien » à ce chef d'entreprise, tout cela sous le regard attentif de la presse qui aura donné la plus large publicité au débat – c'est normal, nous sommes en démocratie et l'information est libre – peut porter une atteinte définitive au crédit de ce chef d'entreprise. D'autant que, dans la moitié des cas, il sera blanchi après avoir été entendu, y compris sur réquisition du Parquet.

Je vous demande de reconsidérer cette mesure car je crois qu'il en va du crédit de ceux qui constituent finalement les animateurs de notre tissu économique.

J'aurais bien d'autres observations, mais je ne veux pas abuser de votre temps. Je crois vous avoir livré l'essentiel de mes préoccupations.

Le président Pascal CLÉMENT : Madame la présidente, je savais que nous allions vivre un grand moment. Merci de votre sincérité et d'une approche de praticienne, essentielle en l'espèce, j'en ai bien conscience.

**Audition de Mme Évelyne GALL-HENG,
présidente du Conseil national des administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires,
et de MM. Maurice Picard PICARD, vice-président,
et Emmanuel HESS, ancien président**

(procès-verbal de la séance du 3 juin 2004)

Le président Pascal CLÉMENT : Nous recevons maintenant les représentants institutionnels des professions réglementées les plus directement concernées par le thème de travail de la mission : les mandataires et les administrateurs judiciaires. En l'occurrence, ces professions sont ici représentées par Mme Évelyne Gall-Heng, présidente du Conseil national des administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires, M. Maurice Picard, vice-président, et M. Emmanuel Hess, ancien président.

Les administrateurs et liquidateurs judiciaires constituent aujourd'hui deux professions bien distinctes dont la fonction est essentielle dans les procédures collectives actuelles, mais aussi souvent dans les procédures amiables en amont du redressement et de la liquidation. Comme les tribunaux de commerce, les mandataires de justice ont eux aussi – comme personne ne peut l'ignorer – fait l'objet de critiques souvent aiguës, y compris venant des entreprises dont la charge leur a été confiée.

L'audition des membres du Conseil national de ces deux professions devrait permettre d'apporter à la mission quelques éclairages intéressants sur la mise en œuvre concrète des procédures collectives actuelles et sur les améliorations qui doivent légitimement en être attendues.

Mme Évelyne GALL-HENG : Je vous remercie de nous avoir conviés à cette audition. Si vous le permettez, je souhaiterais en premier lieu présenter très brièvement ce qu'est le Conseil national et ce que nous représentons en termes de nombre de professionnels.

Le Conseil national est l'organe représentatif de la profession. Nous sommes chargés et investis d'un certain nombre de missions par la loi, notamment par la loi du 3 janvier 2003 modifiant le livre VIII du code de commerce, qui a affirmé notre statut de profession réglementée. Nos missions sont le contrôle de la profession, sa formation et sa représentation auprès des pouvoirs publics. Grâce à la loi du 3 janvier, le Conseil dispose d'une partie du pouvoir de discipline dont nous étions demandeurs. Dorénavant, si nécessaire, nous avons la possibilité de saisir les commissions nationales des deux professions.

Comme vous l'avez dit, nous regroupons les deux professions d'administrateurs et de mandataires. Nous sommes actuellement 460 professionnels, dont un quart d'administrateurs et trois quarts de mandataires judiciaires.

Nous sommes très particulièrement attachés à la nature de notre mandat de justice et à notre statut réglementé. À ce titre, nous ne pouvons bien sûr qu'être favorables à l'objectif recherché par le projet de loi de sauvegarde, c'est-à-dire la pérennité de l'entreprise et des emplois. Dans la loi de 1985, cet objectif était clairement énoncé. Il est encore plus affirmé par le projet de loi, avec un rôle plus développé vis-à-vis des créanciers, ce qui constitue un réel avantage.

L'autre avantage essentiel de la nouvelle procédure de sauvegarde réside dans l'anticipation et la prévention auxquelles le projet donne une part importante.

Le Conseil national et l'ensemble de la profession sont favorables à ce projet avec, néanmoins, des aménagements techniques que nous serons amenés à proposer dans le cadre du débat parlementaire.

Ces aménagements résultent des observations des praticiens que nous sommes. Que ce soit au niveau de la conciliation, de la sauvegarde ou de la liquidation judiciaire, nous souhaitons apporter certaines précisions.

Dans cette perspective, Me Picard va en premier lieu développer l'aspect « confidentialité » de la procédure de conciliation.

M. Maurice PICARD : Emmanuel Hess complètera mes propos. Les deux points importants qu'aborde ce projet ont trait à la prévention et à la liquidation des entreprises.

La prévention doit être améliorée, même si cela apparaît déjà dans les faits. Les textes de 1984 et 1985, et notamment le mandat *ad hoc* et le règlement amiable, sont de plus en plus souvent appliqués. Mais il faut aller plus loin, parce que c'est ainsi que l'on pourra sauver l'entreprise et tout ce qui « tourne » autour.

Le deuxième aspect traité porte sur les liquidations. Notre présidente pourra en parler car il s'agit d'une question importante : il est nécessaire de réviser la procédure de la liquidation de façon à l'améliorer, la rendre plus rapide et plus efficace, sécuriser ou renforcer les cessions des actifs des entreprises.

La prévention comporte deux chapitres : la prévention officieuse, confidentielle, non connue des tiers – elle justifie alors une réelle confidentialité, sur laquelle je reviendrai ultérieurement – et la grande nouveauté, en l'espèce la prévention que l'on peut appeler « chapitre 11 » à la française, c'est-à-dire la sauvegarde.

Je me limiterai pour l'instant à la forme de prévention dont relèvent aujourd'hui le mandat *ad hoc* et la conciliation : s'agissant du mandat *ad hoc*, rien ne change. Une ou deux phrases le mentionnent dans le texte, et c'est bien suffisant. En réalité, l'essence de la prévention nécessite de travailler avec une procédure légère, non réglementée, qui laisse la liberté d'initiative aux acteurs de la négociation en fonction des besoins. Quels sont les acteurs ? Un chef d'entreprise, son équipe, ses conseils, des créanciers qui auront été sélectionnés car ce sont les plus importants, les partenaires de l'entreprise. Ce sont également les établissements financiers au sens large, les créanciers institutionnels, l'État, la CCSF (commission des chefs de services financiers), les CORRI (Comités régionaux pour les restructurations industrielles) et le CIRI (Comité interministériel pour les restructurations industrielles) pour certains dossiers importants. Les fournisseurs sont moins souvent impliqués, car, sinon, on court le risque de rompre la confidentialité, paramètre extrêmement important sur lequel je souhaiterais insister.

Pour le mandat *ad hoc*, il y a peu de réglementation, parce qu'elle est inutile. Le mandat *ad hoc* met en jeu le chef d'entreprise, les créanciers et, bien sûr, le mandataire *ad hoc* qui joue un rôle prépondérant. Celui-ci est désigné par le président de la juridiction commerciale, et agit, heureusement, sous son contrôle pour organiser cette négociation, favoriser et parvenir à un accord pour sauver l'entreprise. Certaines cessions ayant permis de sauver des entreprises ont pu se faire grâce au mandat *ad hoc*, et dans le cadre même de ce mandat *ad hoc*. Je citerai l'exemple d'une entreprise d'Oyonnax, qui emploie 2 000 personnes, dans le domaine de la plasturgie, et ce essentiellement pour l'automobile. Nous avons réussi à céder l'entreprise dans le cadre d'un mandat *ad hoc*, sans passer par un dépôt de bilan dont les conséquences auraient été désastreuses pour tout le monde : l'entreprise et ses 2 000 salariés, mais également l'environnement du tissu économique, dont les sous-traitants. Le mandat *ad hoc* a donc une importance considérable.

Au-delà du mandat, il y a la conciliation. Dans la pratique, la conciliation – aujourd'hui appelée règlement amiable – n'est souvent que l'issue du mandat *ad hoc*. Toute la négociation est préparée dans le mandat *ad hoc*, qui offre beaucoup de souplesse et de confidentialité. Mais comme une homologation de l'accord est nécessaire, laquelle n'est prévue par les textes que dans le cadre de la conciliation, on passe au stade de la conciliation ne serait-ce que pour bénéficier de cette homologation de l'accord.

J'en viens à l'accord lui-même. L'intention du législateur semble consister à vouloir le sécuriser juridiquement pour le rendre opposable aux tiers. Il faut donc désormais, non plus une simple décision d'un président de tribunal qui n'a pas de force judiciaire, mais un jugement, opposable aux tiers concernés. C'est très bien. Le problème tient à ce que, dès lors que l'on passera

par un jugement, apparaîtra le risque, au nom de la sécurité juridique, de créer une sorte d'insécurité financière, économique ou commerciale. L'accord résultera en effet d'un jugement qui sera rendu après consultation des parties concernées, notamment des instances représentatives du personnel. Après un certain délai, le jugement sera notifié et publié, dans les publications que l'on connaît bien en matière de droit des sociétés par exemple. Tous les tiers en auront alors connaissance – l'ensemble des fournisseurs et notamment les assureurs-crédit, comme la SFAC. L'accord étant ainsi connu, il est à craindre que les tiers, fournisseurs ou assureurs-crédit, suppriment alors le crédit fournisseur dont bénéficiait l'entreprise. Le crédit fournisseur ramené à zéro crée une insécurité financière car il entraîne une augmentation importante du besoin en fonds de roulement, qu'il faudra peut-être prévoir dans la négociation préalable. Ainsi, au nom de la sécurité juridique, il y a lieu de penser que l'on pourrait accroître l'insécurité financière en déclenchant des besoins nouveaux de financement.

Sur le plan commercial, l'entreprise traitant des marchés importants sur des produits très spécifiques, à l'instar de marchés longs dans le domaine des études, des fabrications ou des livraisons, sera-t-elle encore crédible auprès des donneurs d'ordre ? Les maîtres d'ouvrage accepteront-ils de passer des contrats importants avec une entreprise sortant d'un mandat *ad hoc*, avec une certaine insécurité commerciale et financière ?

Supprimer la confidentialité comporte donc un risque. La confidentialité qui existait jusqu'à présent devrait être conservée pour que le mandat *ad hoc* soit pleinement efficace. Les mandats *ad hoc* qui ont vraiment réussi à ce jour – j'en connais d'autres exemples dans ma propre région, concernant des entreprises de 300 à 400 personnes – n'ont quasiment pas été connus des tiers. Cela a constitué leur force.

Le président Pascal CLÉMENT : Vous aurez noté que c'est le jugement qui est publié, et pas le contenu de l'accord, ce qui n'est pas la même chose.

Mme Évelyne GALL-HENG : Mais il y a tout de même un jugement, dont les conséquences juridiques diffèrent de celles d'une ordonnance du président du tribunal.

M. Maurice PICARD : Un autre point nous a un peu surpris : le projet prévoit que la conciliation sera désormais ouverte à toute entreprise, même en état de cessation de paiements depuis moins de 45 jours. Ne va-t-on pas dévaloriser cette procédure noble qui, jusqu'à ce jour, était réservée aux entreprises qui n'étaient précisément pas en état de cessation de paiement ? Elle sera en effet ouverte à beaucoup d'autres entreprises. Je vous rappelle que tout l'intérêt du mandat ou de la conciliation est d'arriver très en amont dans la procédure. S'agissant d'une entreprise en état de cessation de ses paiements, ce sera beaucoup trop tard.

À mon sens, la conciliation n'est pas faite pour gérer une crise aiguë de trésorerie, mais pour la prévenir. Pour gérer une crise immédiate, on est mal armé, même dans la conciliation. Autant aller, dans ce cas de figure, vers les procédures officielles avec suspension des poursuites, telles que la sauvegarde ou le redressement judiciaire.

M. Emmanuel HESS : Je confirme tout à fait la position du Conseil national actuel sur le projet de loi. Nous y avons travaillé au cours des derniers mois de ma présidence : je suis personnellement très favorable à l'ensemble du projet.

Sur le problème de la conciliation et de la confidentialité, je me méfie de ce qui peut apparaître comme une « fausse bonne idée ». Je veux parler d'impliquer, pour le jugement – si l'on veut qu'il y ait force de la chose jugée, il faut que ce soit un jugement – le comité d'entreprise et les instances représentatives du personnel. Il ne s'agit pas du tout de les exclure systématiquement. En tant qu'administrateurs, nous avons l'habitude de travailler avec ces institutions représentatives, et cela se passe plutôt bien. Dans le cadre de négociations, dans un mandat *ad hoc* ou en conciliation, il n'est jamais demandé de sacrifice au personnel, contrairement à ce qui se pratique pour les établissements bancaires et financiers dans beaucoup de cas. Le personnel n'est pas partie à la conciliation. Je me demande si ce n'est pas une erreur, même bienveillante, de souhaiter les faire

venir. D'autant qu'il faudra le faire avant, pour se lancer dans des négociations modifiant par exemple des accords d'entreprise... Cet aspect social n'existe pas, par exemple, aux États Unis.

Le président Pascal CLÉMENT : Vous me donnez enfin un argument possible, en inversant la logique qui prévaut classiquement. Certains pourraient être tentés, dans cette approche, d'envisager des changements de périmètre du personnel...

M. Emmanuel HESS : Si le comité d'entreprise est appelé seulement pour donner un avis au tribunal à la suite de la signature d'un protocole, il est vraisemblable que, rapidement, dans la pratique, les instances représentatives demanderont à être consultées dès avant la conclusion de l'accord. Peut-on imaginer que les instances représentatives du personnel accepteront de simplement donner un avis sur un protocole complètement « bouclé »?

Le président Pascal CLÉMENT : Le mandataire *ad hoc* recevait bien le personnel ! Comment cela se passait-il ?

M. Maurice PICARD : Non. Il y a deux situations de mandat *ad hoc*. Soit la restructuration est essentiellement financière, et le mandataire *ad hoc* n'est pas en relation directe avec la représentation du personnel. Soit la restructuration est beaucoup plus large – non seulement commerciale, technologique et financière, mais aussi sociale, car elle nécessite une restructuration, des réductions d'effectifs, des délocalisations – et les instances représentatives sont évidemment consultées. Le mandataire *ad hoc* est alors amené à intervenir devant les institutions représentatives du personnel pour justifier toute la procédure en place.

M. Emmanuel HESS : Vous parlez des restructurations financières, M. le Président, qui sont les plus courantes, mais il nous arrive également, en tant que mandataires *ad hoc*, de procéder à des restructurations d'autres types.

Mme Évelyne GALL-HENG : Nous souhaitons également lever une ambiguïté sur la procédure de sauvegarde.

La manière dont le texte est structuré fait apparaître que l'on se trouve, en réalité, manifestement dans une procédure de redressement anticipé. Cela « a le goût » du redressement judiciaire sans l'être tout à fait. Ce n'est d'ailleurs pas forcément une critique, puisque les outils juridiques apportés en la matière par le projet permettront certainement à une entreprise, avant toute cessation de paiements, et grâce à la suspension des poursuites, d'arriver à trouver des solutions. Mais il est vrai que les diverses lectures qui ont pu en être faites ne sont pas toutes identiques. Je pense que l'aspect redressement anticipé correspond à l'objectif du texte.

Il faut donc amener le chef d'entreprise à solliciter la procédure de sauvegarde. La difficulté manifeste sera de la dédramatiser. Il appartiendra à l'ensemble des acteurs de la procédure, y compris ceux du tribunal et du ministère public, d'agir en ce sens. C'est pourquoi nous avons aussi suggéré que les sanctions soient allégées à l'égard du chef d'entreprise dans la procédure de sauvegarde.

Dans la Communauté européenne, on constate que, même à Bruxelles, les études sur les entreprises en difficulté tendent à « dédramatiser », dans le bon sens du terme, le chef d'entreprise et à dédramatiser la situation, de sorte que le chef d'entreprise de bonne foi, qui se retrouve en difficulté et qui essaie de redresser son entreprise, ne soit pas freiné par ce type de procédure.

M. Maurice PICARD : La procédure de sauvegarde me paraît originale et devrait être très utile, dans l'arsenal juridique futur, pour tenter de sauver une entreprise en difficulté, mais à condition toutefois que celle-ci prenne conscience de ces difficultés, et s'engage à temps. Il s'agit donc bien d'un redressement anticipé, comme Mme Gall-Heng vient de le dire. C'est ainsi que je l'avais analysé lors d'un récent colloque organisé par l'association « Droit et Commerce », qui s'est tenu à Deauville, et au cours duquel je suis intervenu. En comparant le redressement et la sauvegarde, j'avais considéré que la sauvegarde n'était pas de la prévention, mais du redressement anticipé avec les avantages et inconvénients que cela peut comporter.

Je voudrais également insister sur la brièveté de la procédure. Pour qu'elle soit efficace et utile, sans trop d'effets dévastateurs, il faut qu'elle soit brève. En effet, dès l'ouverture, tous les créanciers verront leurs pouvoirs suspendus sans qu'ils aient pu anticiper la situation puisque, par définition, elle sera réservée aux entreprises qui ne sont pas encore en état de cessation de paiement. Aucun « clignotant » ne signalera aux fournisseurs importants, banquiers et assureurs-crédit, un risque sur une entreprise se trouvant dans ce cas de figure. Ils seront donc pris de court et risquent d'être réticents pour le crédit futur. La procédure de sauvegarde peut être très utile, mais à la condition impérative d'être brève. En d'autres termes, pour être efficace, il faut faire court.

Le législateur avait institué, avec l'ordonnance du 23 septembre 1967, « *la suspension provisoire des poursuites* ». C'était déjà un peu la nouvelle procédure de sauvegarde – sans les comités de créanciers ; elle était très courte, ne durant que quatre mois. Parfois, ce délai était trop court, mais il ne faut pas non plus qu'un délai trop long soit contraire au but recherché.

Par ailleurs, la procédure permet au chef d'entreprise d'orienter quelque peu, quant aux objectifs fixés, la solution qu'il souhaite pour sauver son entreprise. Tout cela est donc très utile, d'autant que la sauvegarde permettra aussi de négocier, le cas échéant, une cession ou une prise de participation.

Enfin, nous approuvons l'apparition dans le projet de loi des deux comités de créanciers, d'une part, les banquiers et établissements financiers, d'autre part, les créanciers fournisseurs. Dans la pratique, nous les connaissons d'ailleurs souvent déjà.

Le président Pascal CLÉMENT : Mais ils seront institutionnalisés par le projet de loi.

M. Maurice PICARD : Quand nous élaborons des plans de continuation, nous négocions avec les principaux créanciers en les réunissant pour bâtir un plan qui suppose des délais et des abandons. Au-delà de l'existence même des comités de créanciers, le plus important – c'est prévu par le texte, et il faudra être vigilant à ce qui sera dit devant l'Assemblée nationale et devant le Sénat –, c'est que, désormais, les créanciers institutionnels devront eux aussi entrer dans les accords, et pourront y participer notamment par des abandons de créances dans certaines conditions. C'est un progrès remarquable, et c'est précisément là où cette procédure pourra être extrêmement efficace à l'avenir.

Le président Pascal CLÉMENT : C'est fait pour cela. Avant, ils ne pouvaient pas.

M. Maurice PICARD : On ne peut que s'en réjouir !

M. Emmanuel HESS : En complément des nombreuses vertus déjà attribuées à la sauvegarde, il en est une autre, qui est son ouverture avant l'apparition de la cessation des paiements. Ainsi, le chef d'entreprise pourra se mettre ainsi sous la protection de la loi, et ne sera plus sanctionné par une mise en état de cessation des paiements d'office. Il y a là un changement de nature culturelle, qui peut être très important.

Cependant, pour être totalement efficace, il faut aller jusqu'au bout. Je me permets de vous remettre un entretien, publié par une revue juridique en février 2004, portant sur une réforme que je qualifiais alors de « *culturellement courageuse* ». Si l'on veut être complètement efficace en matière de sauvegarde, uniquement dans le cadre de cette procédure puisqu'il n'y pas d'état de cessation des paiements, il s'agit d'éviter l'application de tous les droits individuels qui ont été reconnus à toutes les catégories de créanciers depuis au moins vingt ans. On s'écarte alors très sensiblement de la notion de procédure collective. Aujourd'hui, nous, qui sommes des praticiens, travaillons plutôt à la juxtaposition, à l'articulation de droits privilégiés. Le risque existe que l'on n'obtienne pas une vraie suspension des poursuites. Aux États Unis, le « *chapter 11* » – dont le projet de loi s'inspire des bonnes mesures – prévoit l'« *automatic stay* ». Ce dispositif stoppe toute possibilité de poursuites individuelles, comme les actions directes, les réserves de propriété, ... Si l'on veut être efficace, il ne faut pas revenir sur tous les textes, mais créer une certaine inopposabilité de ces privilèges et sûretés, pour éviter de porter vraiment atteinte à l'intégrité de l'entreprise.

Il a été dit que la procédure de sauvegarde devait être très rapide. Il ne faut pas que le lendemain de l'ouverture d'une telle procédure, les besoins de financement de l'entreprise soient plus élevés que la veille. Sinon, ce n'est évidemment pas utile de l'engager.

Le président Pascal CLÉMENT : Je pense comme vous, mais est-ce évitable ?

M. Emmanuel HESS : Le texte existant dans le cadre du « *chapter 11* » donne au juge la possibilité de refuser l'exercice des droits considérés s'ils portent atteinte aux intérêts de l'entreprise. Nous ne les remettons pas en cause en matière de redressement judiciaire. On peut d'ailleurs parfaitement constater le cas d'actifs tels qu'un immeuble ou un bien hors exploitation, sur lequel la mise en œuvre de droits ne porterait pas atteinte à l'exploitation de l'entreprise. Mais il faut vraiment essayer de traiter ce problème de l'opposabilité car, aujourd'hui, les besoins de financement augmentent le lendemain même de l'ouverture du redressement judiciaire, ce que l'on ne connaissait pas il y a vingt ans. Aujourd'hui, les entreprises recourent à l'affacturage, il n'y a donc plus de comptes-clients en attente d'encaissement ; les réserves de propriété ne portent plus que sur le stock, ou sur le matériel. Les actions directes des sous-traitants atteignent donc l'exploitation de l'entreprise du jour au lendemain. Il faut donc vraiment compléter la loi sur ce point. Puisqu'il est possible de rentrer dans la procédure sans cessation des paiements, le juge pourrait avoir la possibilité de rendre inopposables un certain nombre d'actions individuelles des créanciers.

Dernière vertu de la sauvegarde : elle constitue un renforcement potentiel très puissant pour faire aboutir les démarches de mandat *ad hoc* ou de conciliation. C'est un argument de poids pour que le chef d'entreprise demande un mandat *ad hoc* ou un règlement amiable encore plus tôt. En effet, aujourd'hui, les partenaires de l'entreprise sont persuadés que le dirigeant fera tout pour ne pas déposer son bilan et peuvent donc attendre pour conclure une négociation préalable; si la procédure de sauvegarde est adoptée, ils courront alors le risque, s'ils ne négocient pas assez vite, de voir le dirigeant se mettre sous la protection de la sauvegarde. C'est donc un bon point également.

Mme Évelyne GALL-HENG : Le texte traite ensuite du redressement judiciaire sur lequel nous n'avons pas de précision particulière à apporter. Cependant, un point particulier a étonné plus d'une personne à la lecture des versions successives, mais également du projet de loi finalement adopté par le Conseil des ministres : il s'agit de la question de l'issue de la procédure de redressement. Il existait jusqu'alors deux issues possibles du redressement judiciaire : le plan d'apurement du passif avec continuation de l'entreprise, et la cession globale de celle-ci.

À présent, le projet ne permet plus la cession de l'entreprise pendant le redressement judiciaire. Pourtant, la faculté de céder l'entreprise existe toujours. Il y a un important effort de pédagogie à fournir en la matière. Certes, dans son principe, l'idée sous-tendant le projet de loi est tout à fait conforme à ce qu'il y a lieu de faire. Il est clair que la cession de l'entreprise – et l'on sait les difficultés que cela a créé en pratique pour nous – ne nécessitait pas deux modes de cession : la cession en redressement judiciaire, qui était la cession normale, et la cession d'unité de production, en phase de liquidation judiciaire. Mais on peut s'interroger sur l'intérêt du choix d'une cession uniquement en liquidation judiciaire.

À y regarder de plus près, on constate toutefois que la cession constitue bien un mode liquidatif de sortie de l'entreprise. Le projet de loi prévoit logiquement que la porte de sortie qu'est la cession est effectivement une phase liquidative. Néanmoins, il conviendrait de clarifier, au cours des débats parlementaires, les modalités de la négociation de la cession elle-même. Il est certain que la négociation de la cession doit, autant que faire se peut, avoir lieu pendant la phase de poursuite de l'activité de l'entreprise. Ceci suppose qu'il faudrait rester, durant cette négociation, en phase de redressement judiciaire. À condition – on le constate tous les jours dans les dossiers que nous sommes amenés à traiter – que l'entreprise ait la possibilité de poursuivre son activité ! Nous voyons tous les jours des entreprises qui souhaitent être cédées, alors qu'elles se trouvent en impasse totale de trésorerie. C'est pourquoi le législateur de 1985 avait prévu la possibilité d'arriver à la cession d'unités de production, malgré les difficultés que cela comportait en matière de reprise de contrats de travail et d'obligations en matière sociale.

Nous souhaiterions que le débat parlementaire distingue bien la partie négociation de la cession, et la conclusion de la cession. La cession de l'entreprise tend effectivement à rendre celle-ci « liquide ». Il est donc logique que, par la suite, on se trouve en phase de liquidation judiciaire. Cela n'a rien de choquant. Mais il est certain que la négociation doit pouvoir se faire dans une phase autre que la liquidation. Ce n'est pas uniquement une question de présentation ou de formalisme : il existe de multiples raisons en ce sens, comme la mise en place d'un plan social qui, très souvent, accompagne une cession d'entreprise. Notre Conseil national fera des propositions sur les modalités de cessions d'entreprises. Manifestement, le projet ne tient pas compte du fait que, si la cession devait réellement se négocier en liquidation judiciaire – ce qui ne semble pas opportun –, il y aurait *a minima*, de toute évidence, une difficulté pour négocier le plan social dans le délai de 15 jours imposé par l'AGS. L'inquiétude tient également au fait que certaines mesures de suspension des textes prévues par la loi de modernisation sociale sont effectives jusqu'à la fin de ce mois et ne le seront plus à partir du 3 juillet prochain. Il sera alors totalement impossible, tout en souhaitant respecter toutes les obligations à l'égard du droit social, de tenir plusieurs comités d'entreprise de suite dans un délai de 15 jours. Dans le cadre actuel de la cession, il était possible de disposer d'un délai d'un mois pour mettre en place le plan social d'accompagnement. Le projet de loi ne le prévoit pas si la cession reste en liquidation judiciaire. C'est un curseur qu'il faudra modifier, tout en ne changeant pas l'esprit et la solution du texte, parce qu'ils sont tous deux louables et adaptés.

Le président Pascal CLÉMENT : Merci de cette intéressante suggestion. Avez-vous d'autres observations à formuler ?

Mme Évelyne GALL-HENG : Compte tenu des projets et moutures successives du texte, qui a connu de nombreuses modifications jusqu'au projet déposé à l'Assemblée nationale, notre Conseil national soumettra des propositions au débat parlementaire, dont les principales résultent des observations qui viennent d'être faites. Les praticiens que nous sommes feront aussi des propositions d'ordre technique, à titre de précisions nécessaires.

Comme je l'ai dit en introduction, nous sommes globalement tout à fait favorables au texte dans son ensemble. Le droit des entreprises en difficulté suit l'évolution économique, ce qui est tout à fait normal. Que les objectifs annoncés soient différents et que l'on évolue dans les objectifs par rapport à ce qu'était la loi de 1985 et la réforme de 1994 est tout à fait louable. À partir du moment où cela permettra effectivement aux entreprises de dédramatiser leur situation et d'entrer de manière anticipée et plus sereine dans la procédure, le pari sera gagné. J'insisterai cependant sur un point : ce pari doit être gagné ensemble : les professionnels que nous sommes, les juridictions, les parquets, ... C'est un objectif qui doit être commun.

Au cours du débat parlementaire, il est indispensable d'améliorer certains points, mais il est certain que la pratique jouera également un rôle essentiel.

AUDITIONS (SUITE)

**Audition de M. Philippe Leroy, secrétaire général du CIRI
(Comité interministériel pour les restructurations industrielles)
et de M. Michel Pelegry, magistrat, rapporteur au CIRI**

(procès-verbal de la séance du jeudi 10 juin 2004)

Le président Pascal CLÉMENT : Le CIRI est chargé de favoriser la restructuration des entreprises en difficulté dont la disparition est préjudiciable à notre économie. Vous constituez d'une certaine manière le bras armé du ministère de l'Économie, des finances et de l'industrie pour éviter que les difficultés des entreprises aboutissent à des procédures collectives dont le résultat ne permet que trop peu souvent de préserver les entreprises concernées et leurs emplois.

Vous exercez aussi une fonction de médiation avec les partenaires concernés et les entreprises. Vous avez donc, monsieur Leroy, une expertise de praticien, notamment en amont des procédures collectives. Cela devrait contribuer à apporter à notre mission un éclairage utile.

M. Philippe LEROY : Monsieur le Président, je veux orienter mon intervention liminaire sur l'expérience pratique du CIRI.

Je souhaiterais, si vous le permettez, présenter rapidement le CIRI et son activité ; puis l'expérience acquise des procédures amiables et, dans ce cadre, les questions relatives au comportement des créanciers privés ; ensuite, les spécificités des créanciers publics et leur attitude ; enfin, les apports du projet de loi à notre pratique, ainsi que des éléments de comparaison avec d'autres droits étrangers.

Le CIRI est un comité interministériel. Ce n'est pas seulement le bras armé du ministère de l'Économie, des finances et de l'industrie. De par sa composition très large, il réunit des administrations à caractère sectoriel transversal, et assure une fonction d'assistance aux entreprises en difficulté, au service de l'État pris dans sa globalité.

Créé en 1982, il réunit un certain nombre d'administrations et dispose d'un secrétariat général récemment renforcé, compte tenu de l'afflux des cas que nous avons à connaître.

Le CIRI s'occupe en principe des entreprises de plus de 400 salariés, hors redressement judiciaire. Les entreprises plus petites sont prises en charge par des comités régionaux ou locaux, les CORRI et CODEFI. Un examen est opéré au cas par cas pour déterminer le bon niveau de traitement de chaque affaire puisqu'il peut arriver que des entreprises, malgré un nombre limité de salariés, présentent toutefois des enjeux nationaux. De même, les leviers d'actions efficaces peuvent se trouver pour elles au niveau national et non local. Les attributions du CIRI doivent donc être définies avec une certaine souplesse.

Le CIRI exerce son activité dans un cadre confidentiel, ce qui s'avère nécessaire pour que les chefs d'entreprise y recourent. Le principe veut que le secrétariat général accepte de recevoir tous les chefs d'entreprise qui le lui demandent. C'est un principe important pour notre activité. Ensuite, le choix du mode de traitement du dossier appartient au secrétariat général. Toutefois, la saisine du CIRI relève de la compétence de ses membres.

Le CIRI traite actuellement des dossiers d'une extrême hétérogénéité. En moyenne annuelle, 10 dossiers demandent un investissement lourd du secrétariat général et du comité, sachant que la totalité des dossiers pour lesquels est effectué un suivi ou une action intensive représente entre 40 000 et 50 000 salariés.

Notre approche générale et traditionnelle veut que les cas d'entreprises soient classés dans les catégories suivantes :

— les entreprises qui rencontrent des difficultés d'ordre conjoncturel. Ainsi, certaines entreprises parfaitement rentables peuvent présenter des difficultés liées à un financement par la mobilisation du poste des créances « clients », qui provoque un double effet lors d'une crise conjoncturelle – diminution du chiffre d'affaires et augmentation du besoin de financement ;

— l'essentiel des cas que nous avons à connaître concerne les entreprises qui rencontrent des difficultés structurelles. Outre des difficultés financières, elles doivent faire face à un besoin de réorganisation de leurs activités. Dans ce cadre, l'un des sujets essentiels à nos yeux est celui de la restructuration financière. Il est d'autant plus ardu qu'il pose un problème de « *new money* », de nouveaux concours. Les dossiers où il existe de nouveaux besoins financiers présentent des caractéristiques fondamentalement différentes, dans la mesure où apporter de nouveaux concours aux entreprises représente pour les établissements financiers une véritable difficulté du fait des risques qu'ils encourent, notamment ceux liés au soutien abusif.

Pour évoquer l'expérience du CIRI en matière de procédures amiables, qui forment l'essentiel des dossiers que nous connaissons, je dois préciser de façon liminaire que ces procédures rencontrent de plus en plus de succès, car elles sont confidentielles, donc non traumatisantes, que ce soit pour l'entreprise ou pour le chef d'entreprise – du fait même de cette confidentialité. Au surplus, elles sont peu coûteuses au plan financier et en termes de crédit – au sens étymologique – de l'entreprise auprès de ses partenaires. La pratique est importante et se déduit peu des textes ; dans ce domaine, les anticipations occupent en particulier une très large place. Lorsqu'un établissement de crédit accorde un financement à une entreprise, il s'interroge sur ses perspectives et ses capacités à rembourser. Lorsqu'une entreprise connaît des difficultés, l'appréciation par rapport à la zone de risques engendrée par la matérialisation des perspectives de redressement judiciaire fait que l'on entre aussi dans un domaine où les phénomènes d'anticipation deviennent importants. Il en va ainsi, par exemple, des anticipations liées au soutien abusif. Celui-ci n'a donné lieu qu'à peu de décisions judiciaires. Pour autant, c'est une préoccupation que l'on rencontre dans l'ensemble de ces dossiers. La rareté des jugements ne représente pas l'importance des conséquences pratiques constatées au niveau de la conduite des dossiers. Similairement, une procédure peut entraîner des conséquences sans nécessairement être mise en œuvre. Le fait qu'elle existe peut constituer une menace suffisamment dissuasive pour les créanciers ou les chefs d'entreprise.

Le CIRI joue un rôle important au plan de la médiation et cherche fréquemment à réunir les partenaires de l'entreprise pour essayer de trouver une solution, dans une logique collective. Dans le cadre de cette médiation, son activité se décompose en deux phases. Une première dans laquelle l'entreprise met tous ses problèmes à plat : l'exercice de transparence devient en effet rapidement nécessaire pour rétablir la confiance avec ses partenaires. Une fois les capacités de remboursement de l'entreprise identifiées et chiffrées, souvent avec l'aide d'un auditeur externe, on peut entrer dans la deuxième phase. Celle-ci consiste souvent à déterminer comment la capacité de remboursement est répartie entre les différents créanciers de l'entreprise. Cette seconde phase requiert un temps considérable et pose des difficultés spécifiques puisque chacun se trouve dans une situation particulière, même s'il existe des règles de place qui veulent que chacun soit remboursé au *pro rata* de son engagement financier. Pour autant, la situation particulière de chacun fait qu'aucune règle ne permet de régler *a priori* cette répartition. Aussi le délai de négociation peut-il être extrêmement long, au préjudice de chacun. Tous les créanciers ont conscience que leur intérêt passe par un accord. Néanmoins, ils n'ont pas intérêt à faire partie de l'accord, mais seulement à récupérer leur créance le plus rapidement possible. Ainsi il existe une contradiction entre la logique collective et la logique individuelle. Cela explique qu'une partie des créanciers ne souhaite pas participer à la discussion. Le CIRI joue alors un rôle particulier : sous l'autorité de l'État ou du ministère de l'Économie, des finances et de l'industrie, nous sommes en principe capables de réunir les partenaires autour d'une même table pour parvenir à un accord.

Dans ce cadre, les créanciers publics sont soumis à des problématiques particulières. Le créancier privé choisit de s'engager auprès d'une entreprise et de la financer. Tel n'est pas le cas du créancier public. Face aux entreprises en difficultés, soit les créanciers publics voient le passif public augmenter, soit ils entament des actions de recouvrement forcé ou assignent l'entreprise en redressement judiciaire. Le positionnement et la logique diffèrent totalement entre un créancier privé

qui a choisi de s'engager avec un risque au départ limité à hauteur de son concours financier et les créanciers publics dont le passif est potentiellement illimité du fait des échéances mensuelles. Les créanciers publics se retrouvent face à un dilemme difficile s'agissant d'entreprises qui représentent des enjeux sociaux importants. Leur décision se résout à l'alternative d'assigner ou non le débiteur en redressement judiciaire, avec le risque de perdre l'ensemble des créances et donc d'entraîner des conséquences sociales importantes.

Une fois les négociations entamées – à la discrétion du chef d'entreprise – avec l'ensemble des créanciers, se pose la question du remboursement de chacun et, notamment de la répartition entre créanciers privés et publics. La préoccupation à laquelle nous devons faire face consiste à éviter un transfert de fait du risque des créanciers privés vers les créanciers publics.

Une telle préoccupation s'accroît avec le développement des procédures amiables et du mandat *ad hoc*. Nous observons chaque jour davantage, dans les dossiers que nous traitons, l'augmentation du passif public.

Certes, les créanciers publics bénéficient d'un privilège important, qui traduit la nécessité de les rembourser en priorité. Cependant, il est des situations où une restructuration représente des risques élevés à six mois ou un an, parce qu'une opération de cession est nécessaire au refinancement de l'entreprise ou parce qu'une réorganisation n'est guère aisée. Face à une telle échéance à un terme d'un an par exemple, la question est de savoir qui est remboursé dans l'intervalle ; cela donne lieu à des débats qui ne sont pas toujours liés à la « force » des garanties dont dispose chaque créancier. Nous avons vu récemment des entreprises nous présenter l'accord qu'elles avaient signé avec leurs créanciers privés et préciser ce qu'elles proposaient, ensuite, de rembourser aux créanciers publics.

Le président Pascal CLÉMENT : Cela inverse la problématique.

M. Philippe LEROY : En effet, un risque d'inversion existe. Le chef d'entreprise, pour faciliter les négociations avec les entreprises privées, peut paradoxalement être tenté de créer un passif public.

Le président Pascal CLÉMENT : Nous avons institué des créances privilégiées fondées sur cet amour immodéré du droit public propre à la France. Mais on contourne la loi en rendant les créances publiques résiduelles et les chefs d'entreprise négocient avec le privé, alors qu'ils ne peuvent pas le faire avec leurs créanciers publics.

Exclus de la capacité de négocier, les créanciers publics se retrouvent placés en quelque sorte entre parenthèses et leur créance finit en second rang. Comme trop souvent quand on veut trop protéger dans le droit public français, on finit par ne plus protéger du tout. Ne pensez-vous pas qu'il serait temps de revenir sur le principe de ces créances privilégiées ?

M. Philippe LEROY : Les créances publiques ont aussi d'autres fonctions. Même si les cotisations sociales ne sont pas payées, les droits correspondants seront assurés. Les dépenses publiques, pour une part, ne dépendent pas du recouvrement de la ressource. C'est aussi vrai de la taxe professionnelle qui est compensée par l'État auprès des collectivités locales.

M. le Président : Avez-vous un poids dans la négociation avec le fisc ? Commencez-vous par vous occuper du fisc avant les créanciers privés ?

M. Philippe LEROY : Nous représentons les créanciers publics dans ce type de discussion.

Le président Pascal CLÉMENT : En l'espèce, que signifie « représenter » ?

M. Philippe LEROY : Le secrétariat général, dans son activité de médiation, joue un rôle de coordination avec l'ensemble des administrations et nous négocions, pour le compte des créanciers publics, leur place dans l'accord global qui sera mis en place avec l'entreprise. Dans le

cadre de notre activité de négociation, sont débattus les délais de remboursement des créances publiques, et leurs garanties.

M. le Président : Plus précisément, quel est exactement votre rôle vis-à-vis des créanciers publics ?

M. Philippe LEROY : Lorsque les créanciers publics appréhendent un dossier, ils procèdent comme les créanciers privés : ils cherchent à minimiser le délai dans lequel ils recouvrent leurs créances, puis ils notifient la décision à l'entreprise.

Pour les entreprises qui représentent des enjeux sociaux plus importants, nous sommes là pour faire procéder à une analyse économique de la situation, porter un regard critique sur le plan de réorganisation et de restructuration présenté par le chef d'entreprise. Nous prenons en compte ce plan en termes économiques pour identifier la capacité de remboursement de l'entreprise et adapter les demandes des créanciers publics à cette capacité. Ce travail est réellement fait et c'est à ce stade que prend place une négociation entre pouvoirs publics et sphère privée afin que ne prédomine pas la simple volonté de recouvrer l'impôt et les taxes dans l'analyse d'un dossier, mais qu'au contraire celle-ci soit prise en compte globalement.

Le président Pascal CLÉMENT : Continuez-vous à privilégier les créanciers publics ?

M. Philippe LEROY : Oui, nous privilégions dans nos négociations les créanciers publics. Nous estimons qu'ils doivent être payés en priorité par rapport aux entreprises privées.

Le président Pascal CLÉMENT : En pratique, le chef d'entreprise réunit donc son propre comité de créanciers privés, qu'il gère séparément. À mon sens, les créances privilégiées de droit public appartiennent au passé. D'ailleurs, quels sont les pays où elles existent encore ?

M. Philippe LEROY : S'agissant du privilège public, je ne saurais pas dire quels pays le pratiquent encore.

Le président Pascal CLÉMENT : Voilà encore sans doute un héritage de type napoléonien, sur lequel nous nous arc-boutons sans aucune justification réelle.

M. Philippe LEROY : En termes financiers, nous pratiquons un exercice d'identification de la capacité de remboursement de l'entreprise. Cet exercice est réalisé pour savoir comment les créanciers peuvent être remboursés. Mais nous ne sommes pas dans la position d'un créancier qui veut être remboursé à une échéance donnée, mais dans celle où l'on étudie d'abord ce que l'entreprise peut faire. Ensuite, la question qui se pose est celle de la répartition de la capacité de remboursement entre les différents créanciers.

Au titre de cette répartition, nous privilégions le remboursement prioritaire des créanciers publics. Je pense qu'il existe une différence entre un créancier privé qui a choisi de s'engager avec en principe une perspective de bénéfice, et un créancier public qui engage par ailleurs des dépenses qui varient indépendamment de sa capacité à obtenir les ressources correspondantes.

Les principales modifications qu'entraînerait l'actuel projet de loi dans nos pratiques ont trait à la disposition relative aux effets nouveaux attachés à l'homologation. En effet, l'homologation devrait réduire les craintes des établissements financiers d'être poursuivis pour soutien abusif. Ce point est important pour un investisseur ou un établissement financier. S'exposer au-delà même de son propre engagement, du fait des actions en comblement de passif ou en responsabilité qui représentent une perte potentielle bien supérieure aux choix initiaux faits par les établissements financiers, constitue évidemment un élément préjudiciable à leur incitation à financer une entreprise. Les effets nouveaux attachés à l'homologation s'avèrent donc importants.

Le deuxième point a trait au fait que les négociations en procédure amiable peuvent durer extrêmement longtemps – et, semble-t-il, vraiment au préjudice de chacun. Pendant ce temps, la

situation de l'entreprise se dégrade, ses difficultés sont de plus en plus évidentes pour ses clients et ses fournisseurs. Il y a un intérêt puissant à ce que ces négociations progressent le plus vite possible. Dès lors, l'introduction de règles de majorité apparaît essentielle. Les créanciers impliqués pour un faible montant, mais qui seraient tentés de se dire que, sans eux, il y aura malgré tout un accord, seront incités à venir négocier.

L'introduction de règles de majorité peut avoir un effet réel sur l'efficacité des négociations. De l'analyse rapide que nous avons menée d'un certain nombre de droits étrangers au sein de seize pays, il ressort que quasiment tous les pays disposent de telles règles pour parvenir à un accord.

Les conclusions auxquelles nous sommes parvenus par l'examen d'un certain nombre de droits étrangers sont qu'ils s'articulent le plus souvent autour de deux procédures seulement. Pendant la première procédure, les créanciers et le débiteur cherchent à négocier un accord de restructuration du passif en s'appuyant sur de nouveaux concours financiers. Et, si cette phase de discussion échoue, on passe assez rapidement à une liquidation-cession. Il nous est apparu, à l'issue de ce rapide examen, que la capacité du juge à imposer un accord *via* le plan de continuation marquait une vraie spécificité du droit français.

Le président Pascal CLÉMENT : Il est prévu, dans la procédure de sauvegarde, un comité financier et un comité des fournisseurs. Un troisième comité pour les créanciers publics serait-il nécessaire ?

M. Philippe LEROY : Nous réfléchissons à la création d'une coordination des créanciers publics dans ce type de situation. Le prévoir par la loi ne me semble pas un impératif absolu. Notre philosophie demeure celle dans laquelle les créanciers publics sont privilégiés dans l'affectation de la capacité de remboursement de l'entreprise entre les différents créanciers.

Nous pensons qu'ils se trouvent dans une situation particulière par rapport aux créanciers privés, et que le fait de créer un comité spécifique pour eux ne s'impose pas d'évidence.

Le président Pascal CLÉMENT : Poursuivons notre réflexion pour éclairer la mission d'information. À partir du moment où l'on postule que l'un des acteurs ne joue pas le jeu, peut-on conserver le cadre global de la négociation ? La partie n'est-elle pas faussée ?

M. Philippe LEROY : Mon expérience est que pour tout dossier ouvert par le CIRI, nous jouons le jeu de la négociation.

Le président Pascal CLÉMENT : Certes, mais si vous avez déjà un créancier obligé, cela ne fausse-t-il pas complètement l'analyse ? Si déjà 30 % des dettes vont au public, cela signifie que seuls 70 % sont négociables...

M. Philippe LEROY : L'essentiel des créances, y compris celles des créanciers publics est négociable au titre de l'étalement.

Le président Pascal CLÉMENT : Il n'y a pas que l'étalement ...

M. Philippe LEROY : En général, si.

Le président Pascal CLÉMENT : Il n'y a pas d'abandons de créances ?

M. Philippe LEROY : Ils sont très rares.

Le président Pascal CLÉMENT : L'étalement pour le public et le privé n'est-il pas harmonisable ?

M. Philippe LEROY : Aujourd'hui, nous demandons des délais de paiement bien inférieurs pour les créanciers publics que pour les créanciers privés. Cela n'entame pas la capacité de redressement de l'entreprise. Tout est vraiment question de priorités entre créanciers, dès lors que nous avons identifié la capacité de l'entreprise à rembourser ses dettes. En théorie financière, un abandon de créance signifie que les actions de l'entreprise ne valent plus rien. Un abandon de créance ne s'envisage pour des créanciers que lorsqu'il y a un changement d'actionnaire ou de propriétaire de l'entreprise, ce qui n'est pas, à l'évidence, le premier réflexe d'un chef d'entreprise quand il négocie avec ses créanciers.

Les débats dans l'ensemble de ces procédures portent en grande partie sur la question du délai, et du choix de ceux qui seront remboursés en priorité. Il faut aussi par exemple traiter le sort de l'accord en cas d'inexécution de certaines de ses clauses : celui-ci est-il résilié, résolu, annulé ? Autant d'éléments essentiels dans l'équilibre juridique des droits entre les créanciers et leurs débiteurs.

Mais le sujet est d'abord d'ordre économique : l'entreprise est-elle viable ? Quelles sont ses perspectives de redressement ? Pour notre part, si nous nous autorisons à formuler un avis critique, nous ne nous substituons en aucun cas au chef d'entreprise pour présenter son propre plan sur le terrain économique.

Une fois cet aspect économique éclairci et les mesures qu'il implique identifiées, peuvent être abordées les questions de financement. Les débats donnent lieu, en l'espèce, à un travail pour lequel chaque détail revêt son importance. Les préoccupations des créanciers sont respectées au travers de la prise en compte de ces détails : c'est alors seulement que les procédures amiables peuvent rencontrer le succès. Un créancier sait que, dans le cadre de telles procédures, ses droits seront respectés et qu'il jouira d'une réelle capacité d'influence.

Les législations étrangères introduisent davantage de droits pour les créanciers que le droit français, elles sont imprégnées d'un grand souci d'équilibre avec le débiteur. Ceci permet qu'une discussion et une négociation utiles puissent vraiment s'engager, car chacun y vient confiant – ce qui est le cas en France pour les procédures amiables, mais beaucoup moins pour les procédures judiciaires qui rompent de fait cet équilibre. Cette spécificité contribue à expliquer pourquoi les procédures amiables connaissent un succès avéré.

M. le Président : Certains, tels la CGPME, suggèrent de sortir la procédure amiable du périmètre d'action du tribunal de commerce. Qu'en pensez-vous ?

M. Philippe LEROY : Lorsque l'on parle de procédure amiable, nous pensons d'abord au mandat *ad hoc*. Aujourd'hui, les règlements amiables qui nous sont connus sont principalement utilisés pour homologuer un accord discuté en mandat *ad hoc*. Le mandat *ad hoc* fait intervenir le tribunal de commerce, *ab initio* avec la désignation du mandataire par son président, puis lors de la clôture du mandat ainsi qu'au moment où il se transforme en règlement amiable pour son homologation. Mais il est vrai que dans une procédure amiable typique, le chef d'entreprise ne se rend pas au tribunal puisque les avocats mènent les démarches. Le rôle du tribunal est important en ce sens qu'il officialise la présence du mandataire *ad hoc*. Le passage au tribunal cautionne, mais n'est pas alors traumatisant.

Le président Pascal CLÉMENT : Il est donc impossible d'éviter tout rôle du tribunal de commerce, ne serait-ce que pour la nomination du mandataire par le président du tribunal.

M. Philippe LEROY : Le tribunal a en effet cette fonction, mais, pour les raisons que je viens d'évoquer, le chef d'entreprise n'a pas réellement l'impression d'entrer dans une zone de risques comme c'est le cas avec les procédures judiciaires.

Le président Pascal CLÉMENT : Certes, mais cette impression trouve parfois ses limites.

Qu'avez-vous retenu de votre étude de droit comparé ? En avez-vous retiré des idées séduisantes ? *A contrario*, ce que nous avons emprunté au « *chapter eleven* » nuit-il à la concurrence ? Il s'agit en effet d'un privilège extraordinaire pour les entreprises que nous essayons de sauvegarder.

M. Philippe LEROY : L'introduction des règles de majorité est, à mon sens, déterminante pour accroître l'efficacité des négociations. Un petit créancier récalcitrant ne doit pas pouvoir faire obstacle à un accord. Or, dans ce type de discussions, nous passons beaucoup de temps à débattre avec le moindre des créanciers, car les règles établies font que tout le monde doit donner un accord, aucun établissement financier ne se substituant à un autre. Avec le texte du projet, nous pourrions accéder aux règles de majorité à la suite de procédures amiables, ce qui est à mes yeux essentiel pour leur efficacité. Voilà l'un des principaux enseignements que l'on peut tirer de l'examen des droits étrangers. Au-delà, les procédures varient sensiblement d'un pays à l'autre. Au Japon, plus de cinq procédures existent, selon les statuts. Aux États-Unis, il y en a principalement deux. En revanche, se retrouve partout une constante : à savoir des règles de majorité et l'absence de capacité du juge à imposer un accord de lui-même.

Le président Pascal CLÉMENT : Avez-vous des idées pour perfectionner le projet de loi ?

M. Philippe LEROY : Notre expérience est celle des procédures amiables. Aujourd'hui, les procédures judiciaires représentent plutôt un « repoussoir ». Dans toute procédure amiable, la crainte des créanciers est que l'entreprise finisse en redressement judiciaire ; c'est précisément grâce à cela que nous pouvons les motiver pour réussir une procédure amiable. Les procédures judiciaires servent ainsi paradoxalement d'incitations à la procédure amiable. En conséquence, nous nous interrogeons sur la valeur ajoutée du recours effectif à des procédures judiciaires dans un tel cadre. Leur efficacité supposera un changement de perception complet par le débiteur et par ses créanciers. La pratique enseigne actuellement que tout le monde est persuadé que les procédures judiciaires ne peuvent pas améliorer le sort de l'entreprise. La procédure de sauvegarde représente donc un réel pari pour attirer créanciers et débiteurs.

Le président Pascal CLÉMENT : Le chef d'entreprise ira-t-il volontiers frapper à la porte du tribunal de commerce ? Je suggèrerais volontiers aux chambres de commerce de mettre un ancien magistrat consulaire à la disposition des chefs d'entreprises. Qu'en pensez-vous ?

M. Philippe LEROY : Aujourd'hui, un chef d'entreprise est extrêmement réticent à rencontrer un président de tribunal de commerce. Pour autant, nous conseillons fréquemment d'aller voir un mandataire *ad hoc*. À titre d'illustration, deux des trois chefs d'entreprise que nous ne sommes jamais parvenus à convaincre d'engager cette démarche étaient eux-mêmes d'anciens présidents de tribunaux de commerce !

Aujourd'hui, les chefs d'entreprise conservent une très forte réticence à aller voir un président de tribunal de commerce.

Le président Pascal CLÉMENT : Ceux-ci ont-ils mauvaise réputation ?

M. Philippe LEROY : Entrer dans un tribunal, c'est entrer dans une zone de risques. Les petits tribunaux qui ne traitent pas nécessairement beaucoup de procédures ne sont généralement pas considérés comme le meilleur lieu pour évoquer les difficultés de l'entreprise de façon à ce qu'elles soient traitées de manière professionnelle. Les procédures judiciaires ont aussi un coût financier et en termes de crédit, puisque la procédure est publique. En termes financiers, dans certains contrats, il existe des clauses qui, en cas d'engagement d'une procédure judiciaire, font « tomber » les crédits.

Le président Pascal CLÉMENT : Telle est ma principale crainte : à savoir qu'à partir du moment où la procédure d'alerte est lancée, le banquier « moyen » cesse d'apporter ses concours.

M. Philippe LEROY : C'est un réflexe évident et normal.

M. le Président : Dans ce cas, ne faisons-nous pas pire que mieux ? Les effets ne seront-ils pas à l'opposé des intentions ?

M. Philippe LEROY : Il demeure que le chef d'entreprise choisira ou non de se lancer dans une procédure de sauvegarde.

M. le Président : Mais s'il ne le fait pas, elle ne sert à rien.

M. Philippe LEROY : La question, en effet, est celle de l'efficacité des procédures qui sont proposées. Pour la partie amiable *via* l'homologation, nous marquons un réel progrès. Pour la sauvegarde, nous sommes plus partagés. Cette procédure nécessite de la part des chefs d'entreprises un changement culturel en profondeur par rapport à la perception actuelle des procédures judiciaires qui ne sont pas confidentielles. Il est vrai, cependant, que le « *chapter 11* » fait, pour sa part, aux États-Unis l'objet d'une totale publicité.

Le président Pascal CLÉMENT : Cela ne gêne pas les banques ?

M. Philippe LEROY : Non.

Le président Pascal CLÉMENT : Ce sont donc nos banquiers qui sont en cause ?

M. Philippe LEROY : Je ne dirais pas cela.

Le président Pascal CLÉMENT : Je formule ma remarque différemment : les banquiers étrangers sont-ils moins timorés que les nôtres ?

M. Philippe LEROY : Aux États-Unis, lorsqu'une procédure est engagée au titre du « *chapter 11* », les statistiques montrent que vous pouvez recouvrer 40 % des créances pour certains types de crédits, et jusqu'à 70 % pour d'autres. Il existe un véritable secteur d'activité qui s'est développé autour des procédures de redressement des entreprises.

Le président Pascal CLÉMENT : Dans ce cas, les créanciers ont intérêt à entrer dans cette procédure, alors qu'en France, elle laisse peu à espérer.

M. Philippe LEROY : En France, tout le monde est convaincu que l'on ne peut rien récupérer, mais que l'on entre dans une zone de risques.

Le président Pascal CLÉMENT : Le texte permettra-t-il à tous de penser qu'en l'occurrence, l'issue de la sauvegarde peut être utile ? Comment faire comprendre cela ? La culture évolue en fonction de l'intérêt des gens. À quel moment les banquiers se diront-ils que le système peut fonctionner ? Ce texte peut-il conduire à une telle évolution pratique ?

M. Philippe LEROY : La capacité de recouvrement, pour les établissements financiers, dépendra dans toutes ces procédures du respect de leurs sûretés et de leurs droits. Cela laisse toute place aux procédures amiables. En revanche, il y a un réel pari autour de la procédure de sauvegarde, qui ressemble beaucoup au redressement judiciaire actuel. L'évolution culturelle que vous mentionnez n'est vraiment pas évidente. Au total, l'efficacité des procédures fait intervenir des notions de droit des sûretés ainsi que beaucoup d'autres, étrangères au droit des procédures collectives. Il est clair que nous n'avons pas radicalement « changé la donne » avec le projet de loi. Les anticipations des banquiers en termes de recouvrement de leurs concours ne devraient pas évoluer sensiblement dans ce cadre.

Un projet sur la réforme des procédures collectives ne suffira pas à modifier un tel état de fait à lui seul. Il faut agir sur un ensemble plus global, incluant notamment le droit des sûretés. Il est assez significatif de constater qu'en France, il n'existe plus aucun fonds de retournement d'entreprises. Lorsqu'un chef d'entreprise en difficulté vient nous voir, il nous demande s'il n'existe pas d'intervenants financiers adaptés à ce type de problématique. Or, il n'existe pas, comme aux

États-Unis, de fonds spécialisés ou d'établissements financiers. Au total, nous manquons en France d'une véritable économie autour des procédures de redressement d'entreprises comparable à celle qui existe dans d'autres pays.

Le président Pascal CLÉMENT : Je conclus de vos observations que nous n'avons pas encore trouvé la pierre philosophale.

M. Michel PELEGRY : À travers vos remarques, se pose clairement la problématique du temps. Le problème est aussi celui de l'existence d'un intérêt partagé de l'entreprise et de ses créanciers à ce que des procédures utiles soient mises en place le plus rapidement possible. Trouver le mécanisme permettant de réagir le plus rapidement possible à l'apparition de difficultés des entreprises revient vraiment, comme vous le dites, à découvrir la pierre philosophale.

Le président Pascal CLÉMENT : Si les banquiers « ferment les robinets » à la première alerte, et si j'étais chef d'entreprise, je serais peu incité à avertir mon banquier de mes éventuelles difficultés. Occultant ainsi l'alerte, on court à la catastrophe ...

M. Michel PELEGRY : Plus l'alerte sera donnée tôt...

Le président Pascal CLÉMENT : Mais c'est le chef d'entreprise qui la donne !

Sur ce même thème, une présidente de tribunal de commerce, récemment auditionnée par la mission, a indiqué qu'elle souhaiterait avoir accès aux comptes de l'entreprise afin de pouvoir être alertée par ses propres moyens. Elle serait ainsi, d'une certaine manière, juge avant même d'être saisie ! Comment réagissez-vous à cette suggestion ?

M. Philippe LEROY : Celui qui peut anticiper des difficultés économiques ne peut être, *a priori*, que le chef d'entreprise. Sa perception du fait qu'il n'arrivera pas à négocier avec ses banquiers le refinancement de son entreprise ne se lit pas dans les comptes.

La recherche de la pierre philosophale que vous évoquiez consisterait à se demander si nous disposons de procédures efficaces pour convaincre le chef d'entreprise de s'y engager de manière volontaire et le plus précocement possible. Ces procédures exigent alors une logique collective.

Le président Pascal CLÉMENT : Comment rassurer les créanciers ? Comment ne pas affoler le banquier qui, en France, est plutôt timoré ?

M. Philippe LEROY : Il est indéniable qu'il s'expose à beaucoup de risques. En particulier, le soutien abusif est une notion inexistante pour les Américains et les Anglais.

Le président Pascal CLÉMENT : Pour ma part, j'estime que cette notion inexplicable est tronquée car les banquiers ne soutiennent en réalité jamais abusivement.

M. Philippe LEROY : Pourtant, des condamnations ont été prononcées.

M. Michel PELEGRY : D'où l'importance de la notion de « manifestement abusif » introduite par le projet de loi.

Le président Pascal CLÉMENT : « Manifestement » en droit signifie quelque chose, ce qui ne me semble pas le cas du terme « d'abusif ».

En ce qui me concerne, cette notion qui gêne la liberté des échanges me déplaît. Si la banque a commis une erreur, tant pis pour elle. Le soutien abusif est surtout une excuse pour ne pas prendre de risque du tout.

M. Philippe LEROY : Les banquiers sont pourtant aujourd'hui en situation très concurrentielle sur le marché du financement des entreprises. Les réseaux bancaires se livrent une véritable guerre commerciale.

Le président Pascal CLÉMENT : Mais ils choisissent les secteurs, et de préférence, pas les secteurs menacés en Europe. Personne ne défend les industries lourdes, datant du XIXe siècle. Dans ma région, il y a beaucoup d'industries textiles et mécaniques, pour lesquelles les banquiers ne montrent guère de courage.

M. Philippe LEROY : Ils sont aussi très conscients des risques juridiques qu'ils encourent. Le fait de prendre le risque d'une condamnation à un comblement de passif pour un soutien abusif, qui peut coûter potentiellement dix fois la somme prêtée, pose un réel problème juridique à celui qui s'engagerait sur cette base.

Le président Pascal CLÉMENT : Je soutiens qu'il faut préférer le bon sens à la notion de soutien abusif. Jusqu'à quel point une banque soutiendra-t-elle spontanément un « pendu » ? Croyez-vous possible d'obliger par la loi les gens à se montrer prudents et intelligents ?

Quand, au surplus, on dit au banquier qu'on peut lui reprocher un soutien abusif, on lui fournit un bon argument pour fuir tout risque. C'est une notion économiquement stupide.

M. Philippe LEROY : Un investisseur exige de connaître ses perspectives de gains et de pertes. Aujourd'hui, le banquier ne se trouve pas forcément en situation de connaître ses perspectives de pertes du fait de cette notion de soutien abusif et des risques qui, par ailleurs, entourent les entreprises en difficulté.

Le président Pascal CLÉMENT : Pour moi, un banquier n'est pas exactement un pur parieur. Ce n'est pas non plus quelqu'un qui gagne à tous les « coups ». Pour moi, c'est plutôt quelqu'un qui accompagne un risque certes « rationalisé », mais qui n'en demeure pas moins un risque. J'ai ainsi connu un employé de guichet canadien, devenu président d'une grande banque canadienne, qui m'a raconté sa carrière : alors qu'il était jeune responsable d'agence, il a reçu un génie, qui n'en avait vraiment pas l'air. Le banquier a accompagné son client qui est devenu la plus grosse fortune de l'immobilier au Québec ; quant à lui, il est devenu président de la banque. Cette histoire ne peut pas être française. On ne peut pas devenir président d'une grande banque française. Mais c'est bien cela le travail du banquier : il faut de l'intuition ; il n'y a pas que la raison et c'est un talent que l'on apprend nulle part !

Dans cette perspective, des notions comme le soutien abusif se retournent contre les Français.

M. Philippe LEROY : Les effets attachés à l'homologation pourraient permettre de dissiper ce risque pour les banquiers. C'est un point positif du projet de loi.

Le président Pascal CLÉMENT : N'hésitez pas à être un peu moins diplomates, car il importe que nous parvenions à estimer la portée réelle de ce texte. Intuitivement, si la mentalité des Français ne change pas, – et encore moins celle des banquiers – , il n'est pas sûr que l'on fasse beaucoup mieux qu'aujourd'hui avec ce projet – tout au plus, ne changerait-il rien du tout !

Monsieur Pelegry, vous avez été magistrat, chargé de ces questions. Que pensez-vous de ce projet de loi ?

M. Michel PELEGRY : Je suis heureusement surpris de l'efficacité des procédures amiables. Il est vrai que, dans les juridictions, le parquet est surtout présent à partir de l'ouverture de la procédure collective, ce qui fait qu'il a peu connaissance de la phase amiable.

Le président Pascal CLÉMENT : Est-ce normal ?

M. Michel PELEGRY : Oui, dès lors qu'à l'issue de cette négociation, c'est un accord amiable qui intervient entre les parties, ultérieurement homologué par le président.

Le président Pascal CLÉMENT : Mais le juge n'a pas vocation *a priori* à cautionner les accords amiables ?

M. Michel PELEGRY : Sauf pour faire respecter, le cas échéant, un certain nombre de règles de droit qui s'imposent, ce qui du reste est le cadre prévu par la phase d'homologation de l'accord dans le projet de loi.

Le président Pascal CLÉMENT : Le parquet sera-t-il présent dans la phase d'homologation ?

M. Michel PELEGRY : Le tribunal homologuera l'accord après avoir entendu le ministère public.

M. Philippe LEROY : Nous avons connaissance des dossiers les plus importants. Mais l'essentiel des procédures se déroulant devant les tribunaux concerne des entreprises de petite taille, jusqu'à dix salariés.

Le président Pascal CLÉMENT : Constatez-vous un développement de l'arbitrage, du recours à de grands médiateurs, aux avocats d'affaires internationaux ? Ce secteur d'activité échappet-il à la France ?

M. Philippe LEROY : Dans le cadre de nos dossiers, nous ne voyons que peu d'arbitrages. Cela existe, mais je n'en suis pas le témoin.

Le président Pascal CLÉMENT : Savez-vous néanmoins si c'est fréquent ?

M. Philippe LEROY : Ces procédures se développent. L'attractivité relative de notre droit par rapport au droit étranger représente, en la matière, un réel souci. Hier encore, pour une grande entreprise française, des avocats sont venus nous dire qu'ils recourraient au droit anglais, qu'ils estiment plus efficient au regard des problématiques à traiter. Il est vrai qu'en outre la culture anglo-saxonne prévaut dans certains cabinets d'avocats.

Le président Pascal CLÉMENT : Ils ne pensent plus en droit français.

M. Philippe LEROY : Les contrats de prêts aux grandes entreprises se font souvent en droit étranger.

Le président Pascal CLÉMENT : Le CIRI va être au chômage !

M. Philippe LEROY : S'agissant de procédures collectives, le mieux qui puisse arriver, c'est que le CIRI n'ait plus besoin de traiter de dossiers. Malheureusement, nous sommes persuadés d'avoir encore de beaux jours devant nous !

Le président Pascal CLÉMENT : En effet, si l'on considère en particulier certaines entreprises purement franco-françaises, de surcroît peu compétitives au niveau mondial...

M. Philippe LEROY : Pas seulement. Parmi les entreprises en difficultés, nous connaissons une variété de cas très différents, dans tous les secteurs d'activités, qu'ils soient de services ou industriels. Cela va de l'édition, du transport, du textile, ou de la métallurgie à la construction navale, y compris pour des produits à forte valeur ajoutée technologique.

Le président Pascal CLÉMENT : Je vous remercie.

**Audition de Christian PROVOST, directeur du contentieux
de la Banque du développement des petites et moyennes entreprises (BDPME)
et de M. Joseph TAMBA, conseiller juridique**

(procès-verbal de la séance du jeudi 10 juin 2004)

Le président Pascal CLÉMENT : Messieurs, l'intérêt de votre audition tient à la nature des missions essentielles de votre banque, qu'il s'agisse de sa fonction d'observation des PME, de son activité de financement des mêmes entreprises, ou de ses procédures de garantie des financements par l'ex-Sofaris.

Ces différents aspects intéressent notre mission, car la sauvegarde des entreprises vise essentiellement les petites et moyennes entreprises dont le taux de défaillance est en moyenne presque trois fois plus élevé que celui des grandes entreprises.

Nous sommes intéressés, Monsieur Provost, par les explications que vous allez donner, ainsi que par les éventuelles critiques que vous pouvez porter au projet de loi qui nous est soumis.

M. Christian PROVOST : Monsieur le Président, je rappellerai, si vous le permettez et afin de « planter » le décor, ce que sont la BDPME et ses missions.

La BDPME est un établissement créé en 1997, c'est dire qu'elle est de création extrêmement récente. C'est une société *holding* regroupant deux établissements principaux : le Crédit d'équipement des petites et moyennes entreprises, lui-même né en 1981 de la fusion de ce qu'étaient anciennement le Crédit hôtelier et la Caisse nationale des marchés de l'État. L'autre filiale de la BDPME est la société Sofaris, spécialisée dans la garantie des concours au profit des établissements bancaires.

Nous menons ainsi trois activités principales :

- l'activité de garantie des concours bancaires, menée par la Sofaris. Nous intervenons au profit des banques, principalement pour les petites et moyennes entreprises, afin de garantir les concours qui leur sont accordés dans le cadre des étapes importantes de leur vie, garantie de concours qui soulage les établissements bancaires et leur permet d'accompagner leurs clients. Ces garanties sont en règle générale de 40 à 70 % du montant du concours accordé, soulageant ainsi assez largement la banque du risque pris sur ces opérations. Plus l'étape de la vie de l'entreprise est importante et risquée, plus la garantie offerte est importante. À titre d'exemple, dans le cadre de la création d'entreprise, nous garantissons 70 % des concours octroyés par les banquiers ; en revanche, dans le cadre d'un développement d'entreprise qui présente moins de risques, par exemple pour une entreprise qui présente déjà une certaine pérennité, la garantie de Sofaris peut n'être accordée qu'à hauteur de 40 %.

- Notre deuxième activité consiste en une palette d'interventions en vue d'accompagner les entreprises et de soulager les banquiers, en faisant franchir à ces petites et moyennes entreprises des étapes importantes de leur vie. Cette deuxième activité est une activité de cofinancement, menée par le Crédit d'équipement des PME. Il ne s'agit plus de garantir les concours des banques, mais de les accompagner en proposant, à leurs côtés, un concours équivalent aux leurs. Ces opérations s'adressent à de moyennes entreprises plutôt qu'à de petites, qui sont plutôt couvertes par la garantie. Ce cofinancement peut s'opérer sous différentes formes, que ce soit du crédit de moyen ou long terme ou du crédit-bail mobilier ou immobilier. J'ajouterai que lors d'investissements importants réalisés par les PME, cela permet aux banques d'accompagner leurs clients sans pour autant nécessairement partager leurs dossiers avec la concurrence.

- Héritage de la Caisse nationale des marchés de l'État, le troisième métier de notre établissement est le refinancement des entreprises titulaires de créances publiques. Les petites entreprises qui sont titulaires de créances publiques ou parapubliques ont la possibilité de mobiliser

leurs créances auprès de notre établissement pour assurer leur trésorerie au quotidien. Les délais des créances publiques, qui ont été pendant longtemps relativement longs, se sont assez régulièrement raccourcis et continuent de diminuer. Il n'empêche que nous avons une très bonne connaissance du secteur public et de ses particularités. Les banquiers eux-mêmes nous confient assez souvent le financement des entreprises qui travaillent avec le secteur public compte tenu du caractère très spécifique de ces interventions.

Ainsi peuvent être résumés les trois métiers de la banque. Encore une fois, nous intervenons lors des étapes essentielles de la vie des entreprises : création, développement, transmission.

À ces différentes interventions, s'ajoute depuis trois ans une intervention très spécifique : le prêt à la création d'entreprises, qui représente de petites opérations, d'un montant moyen de 6 500 euros. Elles s'adressent à des entrepreneurs s'installant pour la première fois et visent à les accompagner en leur accordant un petit crédit qui couvre, non pas leurs besoins en investissement, mais leurs besoins de trésorerie. Cela s'accompagne en général d'un crédit bancaire qui finance un investissement d'apport des associés ; pour notre part, nous finançons le fonds de roulement des entreprises à travers ces petites interventions. C'est un dispositif qui a connu un assez grand succès et qui continue du reste à se développer puisque, l'année dernière, nous avons accordé 14 000 prêts à la création d'entreprise. Nous sommes plutôt sur une perspective de 18 000 cette année, en raison d'une certaine recrudescence des créations.

Tel est donc l'ensemble du spectre de nos interventions. Ainsi que vous pouvez le noter, il est assez large. Il couvre la très petite entreprise jusqu'à l'entreprise moyenne d'environ 500 salariés. En règle générale, nous ne dépassons pas ce cap qui est la définition française de la PME ou de la grosse PME alors que la définition européenne se limite normalement à 250 salariés. Chaque année, 53 000 PME clientes s'adressent à nos services et, en accompagnement du secteur bancaire, bénéficient de nos concours. Cela nous donne une vision assez large de la PME et de sa problématique.

Nous sommes à l'heure actuelle dans une phase de rapprochement avec l'ANVAR et d'autres structures tels que l'APCE (l'Agence pour la création d'entreprises). À cette occasion, le groupe ainsi formé va acquérir une dimension nouvelle qui dépassera le cadre du financement de l'entreprise pour devenir le conseil de l'entreprise. Nous étendrons nos services à la prestation de conseil grâce à la collaboration de l'ANVAR, mais également à celle de l'APCE, forte d'une réelle spécialité en la matière.

S'agissant maintenant du projet de loi de sauvegarde des entreprises, nous l'avons lu avec beaucoup d'intérêt.

Une première remarque : tout ce qui facilite l'expression par l'entreprise le plus en amont possible de ses difficultés, voire d'une cessation éventuelle de paiement, est souhaitable. Nous avons noté que les dispositifs existant aujourd'hui, notamment le mandat ad hoc, permettaient, dans la majorité des cas – pour environ sept entreprises sur dix demandant un mandat – de trouver une solution permettant de pérenniser l'entreprise et par conséquent d'assurer sa sauvegarde. Toute solution qui permet une conciliation au sens large entre les banques, les fournisseurs, l'ensemble des créanciers et l'entreprise elle-même est une bonne solution, dans la mesure où elle donne, en règle générale, des résultats positifs, alors même que le redressement judiciaire, dans un nombre élevé de cas, aboutit à la liquidation judiciaire de l'entreprise. Nous sommes bien sûr plus favorables à des solutions « amont » qu'à la solution plus brutale du redressement judiciaire.

Dans ce cadre, le projet de loi qui prévoit différentes phases entre le mandat ad hoc, la conciliation et la nouvelle procédure de sauvegarde, nous semble assez bien répondre aux besoins des petites et moyennes entreprises. Nous avons cependant quelques remarques à formuler sur cet ensemble. La première tient au seuil proposé pour la mise en œuvre des comités de créanciers. Aujourd'hui, il est proposé que les comités de créanciers soient obligatoires pour toute entreprise qui compte 250 salariés et plus, c'est-à-dire les entreprises n'entrant pas dans le cadre de la définition européenne de la PME. C'est un seuil qui nous semble un peu trop élevé, car il écarte la totalité des

PME de ce dispositif. Je sais qu'en deçà le dispositif est optionnel et facultatif. Il n'empêche qu'il serait intéressant d'avoir un seuil moins élevé. Nous avons évoqué plusieurs niveaux possibles. Pourquoi pas 50 salariés, celui qui impose un comité d'entreprise ? À ce titre, un *reporting* peut être fait au sein de l'entreprise sur ses difficultés. Il nous paraîtrait assez cohérent de concilier les deux seuils de telle sorte que les comités de créanciers puissent être instaurés dans des entreprises pas trop petites, mais pas non plus uniquement dans de grandes entreprises.

Le président Pascal CLÉMENT : Nous pouvons l'évoquer, mais ce seuil ne figure pas actuellement dans la loi. Il est en revanche possible de l'y introduire, si nécessaire.

M. Joseph TAMBA : J'aborderai, pour ma part, les aspects plus juridiques et techniques.

Les banques avaient demandé que les procédures de conciliation soient mieux sécurisées. Ce point a été traité. Reste par ailleurs un élément préoccupant : les termes employés dans l'article L. 611-11 du code de commerce, tels que prévus par le projet sont assez larges, puisque l'on parle de « crédit ou d'avance consentis dans le cadre d'une conciliation ». Nous nous sommes interrogés sur la possibilité, au vu de ce texte, pour un dirigeant d'entreprise, de différer un apport qu'il devrait normalement faire à son entreprise et d'attendre opportunément l'ouverture d'une conciliation pour se décider enfin à réaliser cet apport. Dans la mesure où le texte est très large et n'opère aucun *distinguo* entre les différents types d'avances, nous craignons que, par ce biais, un chef d'entreprise puisse obtenir de façon anormale un privilège lui permettant de primer, par exemple, des créanciers bénéficiant de sûretés réelles antérieures, notamment des prêteurs ayant financé son usine ou son matériel. Le privilège du futur nouvel article L. 611-11 du code de commerce primera également l'article 40 classique de la loi de 1985, ce qui nous paraît mériter réflexion.

M. Christian PROVOST : Il est assez fréquent dans une PME qu'il y ait identité entre l'actionnaire et le chef d'entreprise. Très souvent, l'insuffisance de fonds propres est compensée par des avances en comptes courants, lesquelles présentent un premier caractère particulier : elles peuvent être rémunérées et donc générer des intérêts.

Le chef d'entreprise a une double qualité : il est à la fois créancier de l'entreprise au titre des avances qu'il consent en tant que chef de l'entreprise et actionnaire. Dans ce cadre, il pourrait à la fois bénéficier de la rémunération des concours qu'il peut mettre à la disposition de l'entreprise et de la valorisation de son entreprise en qualité d'actionnaire. Faut-il encore ajouter un privilège sur les avances qu'il peut consentir ? C'est la question que nous nous posons et qui nous semble mériter d'être examinée, parce qu'il ne s'agit pas de créanciers de même nature.

Le président Pascal CLÉMENT : Quelles autres observations émettez-vous sur le projet de texte ?

M. Joseph TAMBA : Notre observation prendra la forme d'un vœu. Un élément important avait disparu de l'avant-projet, à savoir l'article 93 alinéa 3 de la loi de 1985. Il s'agissait de la possibilité pour un créancier qui avait financé un investissement bien précis et qui avait pris une sûreté sur le bien en question de voir, dans le cadre d'un plan de cession – ce qui constitue une sortie assez fréquente des procédures collectives –, de voir, disais-je, les échéances restant dues à la date de la reprise par un tiers, être transférées sur le tiers qui reprend les actifs.

À l'origine réservée au financement sur matériel nanti, cette disposition a été élargie par la réforme de 1994 à tout autre actif, à la condition que le financement ait permis son acquisition. Cette mesure avait à la fois moralisé les reprises d'affaires dans les plans de cession et introduit en quelque sorte une certaine cohérence juridique de traitement entre les crédits-bailleurs mobiliers ou immobiliers et les prêteurs au sens classique.

Nous retrouvons cette disposition, qui ne figurait pas dans l'avant-projet, dans le nouvel article L. 642-12 du code de commerce, mais il nous semble percevoir quelques opposants à ce texte, notamment sous la plume de certains mandataires. À cette occasion, nous tenons à préciser qu'il s'agit là d'un élément extrêmement important pour continuer d'attribuer du crédit dans de bonnes

conditions aux entreprises, et plus particulièrement aux PME. C'est un élément essentiel de visibilité lors de l'octroi d'un prêt.

Le président Pascal CLÉMENT : Sur le problème de fond qui consiste pour le chef d'entreprise à déclencher l'alerte, la crainte n'est-elle pas que le banquier traditionnel « ferme les robinets » aux premiers signes d'inquiétude ? Comment réagissez-vous à cette objection ?

M. Christian PROVOST : Jusqu'à présent, le mandat ad hoc intervenant dans le cadre de la confidentialité, il permettait éventuellement de ne pas avoir d'incidences sur l'octroi de crédit.

Le président Pascal CLÉMENT : Vous voulez dire que celui-ci n'était pas renchéri ?

M. Christian PROVOST : Ni surtout diminué, car tel est le vrai problème.

Il est certain que nous ne retrouverons pas cette disposition au titre des nouvelles procédures, qui sont moins confidentielles. En même temps, dans le cadre des comités de créanciers créés par le projet, les banquiers statueront sur la viabilité de l'entreprise. C'est alors que chacun pourra et devra prendre ses responsabilités. En règle générale, lorsque nous sommes confrontés à une entreprise en difficulté, deux possibilités s'offrent à nous : soit l'abandonner en se disant que la banque est bien garantie et que donc elle abandonne les concours – c'est un raisonnement qui est parfois tenu ; soit nous percevons, à travers l'audit réalisé, une possibilité de redressement de l'entreprise. Ces possibilités de reprise passent par des mesures de sauvegarde : l'étalement de la dette, la réduction de la dette, des taux d'intérêt. Elles sont naturellement plus intéressantes. Cet arbitrage existe. Il devrait perdurer demain, quelle que soit la nature de la procédure dans laquelle on se place dès lors qu'il s'agit d'une procédure de conciliation. Si la viabilité de l'entreprise est démontrée, car il faut qu'elle le soit, nous avons toujours intérêt à rechercher une solution pérenne plutôt qu'à couper brutalement les vivres à l'entreprise et à acter la perte.

Un autre problème se pose aujourd'hui aux chefs d'entreprise à la recherche de solutions négociées via les mandats ad hoc ou via la conciliation. C'est le coût de ces procédures pour l'entreprise. Pour les petites et moyennes entreprises, le coût d'un mandataire, d'un audit financier, au moment précisément où elles font état de difficultés, est dirimant. Je pense qu'elles s'abstiennent parfois de recourir à de telles procédures pour des raisons de coût. Nous aurions souhaité un dispositif d'assurances pour couvrir ces cas et permettre aux entreprises, quel que soit l'état financier dans lequel elles se trouvent, d'accéder aux procédures évoquées sans arrière-pensée particulière.

Autre observation que nous pouvons formuler sur le projet : si nous avons une vision assez juridique de la difficulté des entreprises, la vision financière échappe quelque peu au projet. Nous aurions souhaité que tout soit mis en œuvre pour permettre à l'entreprise, dans cette situation, d'utiliser l'ensemble des ressources mobilisables. Il existe notamment une disposition fiscale, du nom de « carry back », autrement dit la possibilité pour une entreprise qui a été bénéficiaire pendant un certain temps de récupérer l'impôt sur les sociétés qu'elle a versé en affectant les pertes constatées au résultat qu'elle a pu dégager antérieurement. C'est un « retour en arrière » : au lieu d'avoir un déficit déductible sur les exercices ultérieurs, l'entreprise peut le déduire des exercices antérieurs qui étaient bénéficiaires...

Le président Pascal CLÉMENT : Avec la complicité active des services fiscaux !

M. Christian PROVOST : En effet, ce qui n'est pas évident, puisque cela permet à l'entreprise de récupérer l'impôt sur les sociétés antérieurement versé. Le dispositif existe aujourd'hui, mais présente un défaut majeur : il est possible de récupérer l'IS versé sur les trois années antérieures, mais le carry back, le droit au retour, ne sera effectivement perçu qu'après cinq années.

Le président Pascal CLÉMENT : Cela ne présente pas grand intérêt !

M. Christian PROVOST : Cette créance sur le fisc est mobilisable auprès des établissements bancaires ... mais, dans ces conditions, personne ne veut la mobiliser !

Le président Pascal CLÉMENT : Il est vrai qu'après cinq ans, il risque de n'y avoir plus personne !

M. Christian PROVOST : Il y a deux raisons qui font que l'on n'y croie pas : d'une part, vous avez raison, cinq ans c'est très long, surtout quand il s'agit d'une entreprise en difficulté.

Le président Pascal CLÉMENT : Cela ressemble à une invention théorique faite pour ne pas fonctionner !

M. Christian PROVOST : Je n'irai pas jusque-là ! Nous serions, quant à nous, prêts à mobiliser cette créance si son terme était réduit à trois ans de durée, car cinq ans représente un terme trop long. Si la créance était réglée après trois ans, la BDPME pourrait mobiliser la créance.

Le président Pascal CLÉMENT : Sur le plan juridique, cela semble contraire à tous les principes. Qui a inventé ce dispositif ?

M. Christian PROVOST : Il s'agit d'un dispositif fiscal assez ancien.

Le président Pascal CLÉMENT : Avec une longue pratique de non-exécution.

M. Christian PROVOST : Oui, ou d'exécution très restreinte – il faut bien le reconnaître.

J'ajouterai que, outre sa durée déraisonnable de cinq ans, cette créance n'est par ailleurs pas une créance certaine, dans la mesure où un contrôle fiscal peut remettre en cause l'IS. C'est aussi la raison pour laquelle les banquiers refusent de refinancer. La BDPME serait toutefois prête à le faire, dans la mesure où, comme je vous l'ai indiqué, le terme serait ramené à un délai raisonnable de trois ans.

Le président Pascal CLÉMENT : Trois ans restent encore une durée bien longue.

M. Christian PROVOST : Dans le cadre de la nouvelle loi, nous envisageons un deuxième avantage : la mobilisation de la créance au moment des difficultés de l'entreprise – c'est en effet à ce moment-là qu'il faut la verser – générera un privilège au bénéfice du prêteur. Il aura non seulement la cession de créance, mais aussi le privilège accordé au prêteur qui accepte de financer de la new money. Ce serait une manière de renforcer la trésorerie de l'entreprise et lui permettre de mieux se redresser.

Le président Pascal CLÉMENT : Messieurs, je vous remercie.

**Audition de M. Gilbert COSTES,
ancien président du Tribunal de commerce de Paris**

(procès-verbal de la séance du 10 juin 2004)

Le président Pascal CLÉMENT : Monsieur Costes, nous sommes ravis de vous recevoir de nouveau, en tant qu'ancien président du tribunal de commerce de Paris et ancien président de la conférence générale des présidents et des tribunaux de commerce.

Mon entrée en matière sera simple : quelles sont les critiques que vous apportez au projet de loi de sauvegarde des entreprises ?

M. Gilbert COSTES : J'émettrais un premier regret : je trouve un peu surprenant que le texte favorise essentiellement la cession d'actifs dans le cadre de la liquidation judiciaire. L'on sait très bien que cette procédure n'est pas adaptée dans cette optique de cession, qu'elle ne le sera peut-être jamais, et que tous les acquéreurs éventuels d'actifs « marchandent » toujours vers le bas. La cession des actifs constitue un point faible de la procédure collective, en particulier dans le cadre de la liquidation. Il serait, selon moi, beaucoup plus judicieux et bien plus efficace pour l'entreprise de laisser davantage de liberté pour la cession des actifs au niveau de toutes les phases des procédures collectives. C'est le point sur lequel je suis le plus réservé.

En revanche, je suis satisfait des mesures prises sur les sanctions, que je réclame depuis très longtemps. Une durée variant entre un plancher de cinq ans et l'infini – faute de plafond – était aberrante. Le juge étant souverain, selon sa psychologie, qu'il soit juge professionnel ou consulaire, la procédure de sanction pouvait aboutir à un non-lieu ou à une condamnation d'une durée de cinq, dix, quinze ans ou plus.

Cette évolution est positive, puisqu'elle limite la durée de l'interdiction à quinze ans. Payer une erreur économique sur quinze ans est largement suffisant. Ne pas fixer de seuil minimal est également une bonne chose.

Il est par ailleurs des mesures qui seraient plus intéressantes pour l'intérêt général, à savoir le sursis, comme en matière pénale, ou l'instauration d'une peine de substitution : ceci serait beaucoup plus intelligent, car l'on sait que, dans la plupart des cas, les chefs d'entreprise échouent, surtout s'agissant de nouvelles entreprises, faute pour l'entrepreneur de savoir gérer une entreprise. On devrait pouvoir proposer au chef d'entreprise défaillant qui souhaite redémarrer une formation accélérée de quelques mois, sanctionnée par un certificat, qui le formerait à l'administration d'une entreprise.

Le président Pascal CLÉMENT : Cette formation existe-t-elle déjà ?

M. Gilbert COSTES : Tous les chefs d'entreprise doivent avoir le droit de se former. Et puis, si ce n'est pas le cas, il est possible d'en instituer une. Nous avons bien mis en place un cadre de formation des juges consulaires. Tous les professionnels sont formés. Les avocats sont formés. Pourquoi un chef d'entreprise ne le serait-il pas ? Il suffirait d'instaurer un fonds de formation au lieu de dépenser des sommes considérables servant à payer les honoraires des liquidateurs judiciaires. On pourrait par exemple prélever une taxe sur les procédures collectives pour former les chefs d'entreprise défaillants.

Je plaide en faveur de ces deux thèmes depuis fort longtemps.

Je le répète, il faut accorder au juge, dans les sanctions, plus de souplesse en n'imposant pas cinq ans minimum avec une liberté totale vers le « haut », mais mieux encadrer en abaissant le minimum et surtout en le limitant dans le temps.

Mais beaucoup plus importantes sont les suggestions portant sur le sursis et la formation. C'est essentiel pour l'ancien président de tribunal de commerce qui vous parle, qui a été juge pendant treize ans, et qui a également été chef d'entreprise avec, par moment, des difficultés. Je connais très bien les causes de défaillance des entreprises. La principale est l'insuffisance professionnelle du chef d'entreprise en matière d'administration et de gestion. C'est pourquoi je préconise un sursis pour les entrepreneurs défaillants, ou une formation, au terme de laquelle ils comprendront, notamment, qu'ils ne peuvent plus confondre bénéfices et résultat.

Autre insuffisance : la formation des juges. On peut procéder à tous les habillages et engager toutes les réformes que l'on veut, si l'on est face à des juges un peu faibles, qui maîtrisent insuffisamment le dossier, qui laissent trop de liberté aux mandataires de justice faute de formation suffisante, on n'améliorera pas la situation. Il faut mettre en place une formation obligatoire pour tous les juges. Confier tous les ans 150 000 emplois, 50 000 entreprises qui font faillite, à des juges qui n'ont pas la formation requise me paraît anormal ! Parallèlement, on sait que certains professionnels qui ne sont pas suffisamment contrôlés peuvent abuser de cette liberté. Le seul acteur qui a du pouvoir est le juge, mais il ne maîtrise pas toujours complètement les limites, l'efficacité et les possibilités de son pouvoir. Il peut parfois en faire un mauvais usage, faute de formation. Je le redis : il s'agit là d'un point central. L'insuffisance de formation spéciale des juges est une carence dans le domaine des procédures collectives, aussi bien pour les magistrats consulaires que pour les magistrats de carrière. On doit exiger de confier la sauvegarde d'une entreprise à des magistrats spécialisés. Le jour où l'on aura instauré une formation spéciale et obligatoire, les choses s'amélioreront.

La sanction des professionnels de justice, des administrateurs judiciaires, de tous les acteurs professionnels de la justice, constitue un autre point à améliorer. Il est anormal qu'un auxiliaire de justice, qui abuserait de son pouvoir très large sur certains chefs d'entreprise, ne soit pas sanctionné. Il ne faut pas attendre des scandales ou des insuffisances pour décider de la réforme des tribunaux de commerce. Les procédures collectives qui s'éternisaient pendant vingt ou trente ans pour rien sont des carences à sanctionner.

Je trouve également anormal qu'un chef d'entreprise, ses salariés, ses sous-traitants soient ruinés et qu'en parallèle un professionnel de la justice prélève des honoraires légaux mais exorbitants. Il y a là une anomalie grave.

Le président Pascal CLÉMENT : Comment financer différemment ces honoraires ?

M. Gilbert COSTES : Dans un premier temps, revoir le système des honoraires en vigueur s'impose tant il est aberrant ! La fixation des honoraires des liquidateurs judiciaires, en particulier, se traduit parfois même par la rémunération d'incompétents qui ont eux-mêmes mené des entreprises à la faillite. J'ai discuté avec les représentants des entreprises. Ils vous diront que ce ne sont pas les juges ou la loi qui sont en cause, mais ces auxiliaires. Je n'ai rien contre eux. La plupart sont très compétents, mais je ne peux accepter que celui qui, se contentant d'un comportement purement passif et administratif, prélève pourtant autant d'argent.

Je considère tout aussi aberrante la mutualisation : certains créanciers, certaines entreprises payent pour les entreprises impécunieuses. Le système de mutualisation appliqué actuellement est injuste, inique, et, selon moi, peut-être même illégal.

Il faut assurer aux auxiliaires une rémunération du dossier qui soit juste, mais non exorbitante. Je dis cela en toute objectivité. Un liquidateur judiciaire m'a écrit récemment pour me demander quand, enfin, on comprendrait que les prestataires intellectuels doivent être aussi rémunérés que les vendeurs de marchandises. Je considère que la prestation du liquidateur est une prestation comptable, de liquidation des actifs, une prestation de service, mais non une prestation intellectuelle. Or une prestation de service doit être rémunérée en fonction du travail effectué, et non de manière forfaitaire, à moins d'en plafonner le montant. Si vous en avez la possibilité, il me semble qu'il conviendrait de vous interroger sur certains points de ce dispositif.

Au sujet des sanctions, il en est une à laquelle on ne pense jamais. On paralyse le chef d'entreprise qui, suite à des difficultés économiques, a déposé son bilan. Il faut lui donner la possibilité de rebondir avec des aides, un soutien de formation et surtout effacer cette marque indélébile à la Banque de France pendant cinq ans. Trop souvent, un chef d'entreprise malheureux, qui n'a pas réussi, qui a fait faillite, ne peut pas retrouver un travail salarié et est incapable de redémarrer. Dans certains cas, il s'ensuit une dépression, une crise cardiaque, par un divorce... Il convient donc d'instaurer des sanctions « positives », car pour l'heure il n'existe que des sanctions « négatives », qui déstabilisent des hommes, qui ne rapportent rien, ni à la société ni aux créanciers.

Le président Pascal CLÉMENT : C'est une nouvelle et bonne approche !

M. Gilbert COSTES : La notion de rebond est souvent évoquée, mais de manière abstraite, si bien que les interlocuteurs ne comprennent pas ce que cela signifie. Il faut former le chef d'entreprise, l'aider à l'issue de cette formation à redémarrer, mais surtout effacer son passé s'il en a la volonté et si c'est un chef d'entreprise capable. Il s'agit là d'une approche très concrète de l'individu. Je dois rappeler que, malheureusement, la plupart des faillites sont dues aux chefs d'entreprise eux-mêmes qui n'ont pas su gérer leur entreprise ou l'adapter.

Le président Pascal CLÉMENT : Qu'est-ce qui poussera le chef d'entreprise à déclencher la procédure d'alerte lorsque le banquier « fermera les robinets » ?

M. Gilbert COSTES : M. le Président, il s'agit d'une question essentielle. Jusqu'à présent, le chef d'entreprise est amené par son créancier principal, souvent le banquier, à négocier des échéances. Mais cela ne lui fournit pas davantage de fonds propres. Il faut, à un moment donné, que le juge puisse intervenir pour faire prendre conscience au chef d'entreprise que les solutions qu'il trouve dans la précipitation et sous la pression d'un créancier ne sont pas forcément les meilleures. Sans doute conviendrait-il que les juges consulaires bien formés participent à la solution, que s'exerce un contrôle, que ce chef d'entreprise soit conseillé de manière indépendante et non intéressée. Pour l'heure, les chefs d'entreprise, souvent de petites sociétés, ne s'en sortent pas, parce que mal conseillés par des avocats qui ne maîtrisent pas toujours les règles complexes des procédures collectives ou du redressement d'entreprises. Ils seront ensuite conseillés par des mandataires *ad hoc* dont les honoraires pèseront sur leurs charges. Ils se présenteront finalement devant le juge en désespoir de cause et trop tard pour envisager un redressement.

Une des solutions consiste à mettre en place une vraie formation, obligatoire pour les juges et partiellement obligatoire pour les acteurs professionnels, notamment sur cet aspect « économique », « commercial » de la procédure collective. Pour l'instant, celle-ci demeure empreinte de son caractère pénal et administratif. Mais est-ce une procédure économique, pénale ou administrative ? S'il s'agit d'une procédure économique, elle doit produire tous ses effets. Ainsi, nous ne serions plus obligés de transformer ce droit de la faillite tous les dix ans ou vingt ans.

J'ai relu avant de venir quelques articles qui avaient été écrits sur le sujet. Dans *Le Figaro*, Monsieur le Député Philippe Houillon déclarait que cette réforme n'était pas une révolution. Certes, elle apporte des améliorations nécessaires. Mais la révolution n'est pas inscrite dans le texte : elle doit s'opérer dans la réalité et dans le comportement des acteurs. Pour un changement culturel, il faut au moins mettre en place un cycle de formation et certaines dispositions complémentaires.

On assiste par ailleurs à un retour en arrière utile : on s'intéresse à nouveau à l'ensemble des créanciers, grâce aux comités de créanciers prévus par le projet de loi, mais seulement à partir de deux cents ou trois cents salariés. J'estime qu'il faut davantage entendre les créanciers.

À Paris, j'avais mis en place les « rendez-vous citoyens » pour rendre obligatoires cette écoute, cette information, cette communication avec les créanciers. Ce sont des acteurs économiques, conscients de leurs intérêts, et pas seulement à court terme. Ils savent que s'ils contribuent à trouver des solutions au profit des chefs d'entreprise, ils préserveront peut-être 30, 40 % de leurs créances alors que s'ils bloquent le système, ils peuvent tout perdre. Pour contribuer à cette optimisation économique, il faut vraiment faire participer activement les acteurs économiques à la procédure

collective. Pour l'instant, on ne pense pas suffisamment à eux. On rajoute des interventions du parquet, du juge, des intervenants professionnels qui pensent à leur chiffre d'affaires, pas toujours bien sûr, mais néanmoins souvent. En conclusion, dans 90 % des cas, on aboutira quand même à des faillites. En revanche, quand il s'agit d'une grande entreprise, on arrive à la sauver, car elle est en mesure de financer des conseils, qui réfléchissent aux solutions, qui négocient avec les banquiers, à armes égales, et pensent à toutes les hypothèses de sauvegarde des entreprises. Il est anormal que les grandes entreprises se relèvent le plus souvent alors que les petites « tombent » dès qu'elles déposent leur bilan. Parce qu'il y a beaucoup d'enjeux, d'intérêts au niveau local, régional, national en cause, on sauve l'entreprise ; dès lors que ces intérêts sont absents, on ne la sauve pas !

Des détails, d'ordre technique, ont également été améliorés. Si le fait d'améliorer les sanctions ne fera pas diminuer le nombre de faillites, il donnera un peu d'humanité à cette procédure collective, et un peu d'intelligence aussi. On réinsère en formant le chef d'entreprise ; en lui évitant une dépression ou pire, on lui redonnera l'espoir entrepreneurial.

Par ailleurs, le projet de loi propose des mesures de justice au niveau des cautions. J'ai toujours trouvé injuste que la personne se portant caution soit moins protégée que le chef d'entreprise. Il est trop facile pour un créancier d'accepter n'importe quoi au motif que la personne qui s'est portée caution paiera. Il faut garantir à la caution les mêmes droits que ceux du chef d'entreprise. Si on liquide l'entreprise, il en va différemment, mais dans le cadre de la sauvegarde, il est totalement injuste de faciliter un redressement au détriment de la caution. On facilite le redressement, parce que l'on décrète que le créancier principal acceptera n'importe quel accord, parce qu'il se fera rembourser par la caution. Ce n'est pas bien, car la caution n'est pas responsable de la défaillance de l'entreprise. Souvent, à la base, le créancier commet une faute. Il fait l'analyse que l'entreprise n'est pas viable, mais il se sait gagnant, parce qu'il est protégé par la caution. La caution est un point important du texte, sur lequel il conviendrait d'aller encore plus loin.

La mesure visant les créanciers publics est également une bonne chose. Je ne vois pas pourquoi les créanciers publics ne seraient pas alignés sur l'ensemble des autres créanciers, à leur niveau, qu'ils soient protégés ou chirographaires. Il ne faut pas créer un droit spécial pour les créanciers publics. Ils doivent être traités de la même manière que tous les autres créanciers. Qu'il y ait une protection des créanciers publics dans le cadre d'un privilège, j'en suis d'accord, mais je ne vois pas pourquoi ils seraient plus favorisés par un droit spécial « public » qu'un autre créancier, quel qu'il soit.

Autre point très important sur lequel je souhaiterais insister : la sous-traitance des mandataires. Que les mandataires judiciaires, qu'ils soient administrateurs judiciaires ou liquidateurs, délèguent – pourquoi pas – mais alors à leur charge, non à celle de la procédure collective. J'ai toujours trouvé ridicule, injuste et coûteux pour l'entreprise, que l'administrateur judiciaire fasse systématiquement appel à son propre comptable plutôt qu'au comptable de l'entreprise pour établir une analyse financière, un tableau de financement prévisionnel, une analyse de la comptabilité. Pourquoi changer de comptable ? Pourquoi, dans le cadre d'une cession, faire appel à une officine qui percevra des honoraires supplémentaires, parfois très importants, pour n'effectuer rien d'autre que le travail du mandataire ? Soit ce dernier est compétent, puisqu'il prélève des honoraires importants et vend des actifs dans de bonnes conditions, soit il n'est pas capable et, dans ce cas, il n'est pas payé ! Pourquoi l'acheteur de l'entreprise doit-il encore payer une commission supplémentaire à une officine qui se substitue au mandataire ?

S'agissant des abus critiqués dans certaines procédures collectives, je suis un homme de terrain, je sais qu'il existe des abus, je sais que les intermédiaires favoriseront, pour des raisons d'intérêt personnel, tel ou tel repreneur. Pourquoi ne pas spécialiser des magistrats des tribunaux de grande instance quand ils sont juges en matière commerciale ou des juges de tribunaux de commerce sur cette cession d'actifs, avec des garde-fous très précis, plutôt que de laisser cette appréciation au marché ?

Le président Pascal CLÉMENT : C'est le marché qui fait la liquidation...

M. Gilbert COSTES : Le marché, et en particulier la cession d'actifs dans le cadre de liquidations judiciaires, fonctionne mal. Il faut introduire plus de transparence, communiquer et réussir à retirer de l'esprit des acquéreurs l'idée qu'ils vont faire une bonne affaire en achetant au tribunal de commerce.

Le président Pascal CLÉMENT : Mais sans cette idée initiale, personne ne viendrait acheter dans de telles conditions !.

M. Gilbert COSTES : Et comment fait-on dans le cadre des entreprises *in bonis* ?

Le président Pascal CLÉMENT : « Une bonne affaire » ne signifie pas une affaire soldée, ce peut être une affaire d'avenir.

M. Gilbert COSTES : Il existe une carence énorme dans la communication des actifs à vendre. J'ai fait mettre en place sur Internet un dispositif de communication, qui n'a pas hélas été bien suivi. Or, il faut mettre en place une communication de tous les actifs à céder, obligatoire et fonctionnelle. Nous avons développé le site « www.actifsjudiciaires.org ». À peine 1 % des actifs à céder seraient signalés sur ce site. Il n'est pas et ne sera jamais utilisé, sauf si vous le rendez obligatoire, avec des sanctions le cas échéant. Tous les actifs de France à vendre doivent faire l'objet d'une communication sur un site spécial, qu'il soit sous le contrôle des chambres de commerce, des greffes ou d'une autre institution.

Le président Pascal CLÉMENT : Serait-ce accepté par les acteurs ? Quels sont ceux qui perdraient à ce qu'il soit procédé ainsi ?

M. Gilbert COSTES : Pas forcément les gens les plus recommandables ! Plutôt les personnes qui font commerce autour de cela. Aujourd'hui, il faut rendre les cessions d'actifs transparentes, surtout dans le cadre de la liquidation judiciaire. Il est anormal que cela se passe dans un circuit fermé, formé d'initiés. Ce sont toujours les mêmes personnes qui connaissent la procédure. Sur 12 000 avocats à Paris, très peu connaissent le système.

Sans doute est-ce une bonne chose qu'il y ait des avocats spécialisés, mais pourquoi le dispositif actuel ne fonctionne-t-il qu'avec des avocats spécialisés, des acquéreurs spécialisés à la reprise ? Certes, ils font leur travail. Il est normal de vouloir acquérir un actif, une entreprise au prix le plus bas possible, faire une bonne affaire. Mais il faudrait introduire davantage de concurrence et rendre beaucoup plus « économique » cette procédure de cession.

Le président Pascal CLÉMENT : Elle est aujourd'hui trop juridique, pas assez économique.

M. Gilbert COSTES : Elle n'est pas même juridique, elle est administrative. Le principe économique figure dans la loi, non le comportement des acteurs.

Par petites touches, il faut revoir concrètement ces points et réfléchir à la valorisation des actifs et à leur commercialisation. Les actifs à vendre ne sont pas mis en valeur. Moins on en fait, moins cela génère de frais. Moins on communique, moins on reçoit de demandes d'offres, moins on a de travail. Si l'actif à céder figure sur un site et que vous recevez 500 appels pour une même affaire, c'est plus difficile à traiter que si vous n'en recevez que trois, traités de surcroît par des intermédiaires qui facturent aux acquéreurs des commissions importantes au titre de leurs honoraires et au détriment des créanciers de l'entreprise, ou du débiteur. Il est anormal qu'une entreprise qui a une vraie valeur soit cédée éventuellement pour le cinquième de celle-ci.

Il ne faut pas s'attacher au seul aspect de la prévention même si cela permet à quelques entreprises d'échapper à la phase de cession. On limite les dégâts pour quelques entreprises, mais il faut que le chef d'entreprise soit bon. Même les plus grands chefs d'entreprises se sont fait « coincer ». Mais ces derniers savent mieux se battre, se faire conseiller, et trouvent des solutions plus facilement. Tous ne partent pas avec les mêmes armes, notamment les jeunes créateurs

d'entreprise. S'ils commettent une fois une erreur, il faut qu'ils en tirent un enseignement et qu'elle leur donne les armes pour qu'ils redémarrent la fois suivante dans de bonnes conditions. Les petites touches qui sont proposées par le projet de loi sont positives, mais l'esprit reste le même : rien n'est fait pour la commercialisation, rien n'est fait pour la valorisation des actifs, rien n'est fait pour que le chef d'entreprise rebondisse dans de bonnes conditions. Au contraire, on continue de l'« enfoncer ». Il faut prendre des mesures constructives. Après, on peut débattre d'arguties juridiques, mais je le répète : il faut mettre en place une formation des juges sérieuse, éventuellement une sanction des acteurs de justice professionnels s'ils font des fautes et, pour eux également, une formation continue et spéciale.

Selon moi, il faudrait un tronc commun de formation, entre les différents acteurs, notamment sur l'aspect de valorisation des actifs à céder. Il convient de tenir beaucoup plus compte des victimes des procédures collectives que sont tant les débiteurs que les créanciers. Il faut les écouter davantage. Ce qui a provoqué le débat engagé par votre collègue M. Arnaud Montebourg sur le thème des tribunaux de commerce, ce ne sont pas tant les erreurs judiciaires que les petits créanciers ou les petits débiteurs, appelés « victimes des tribunaux de commerce », qui ne sont pas assez entendus. Les erreurs judiciaires sont plutôt rares. D'autant que les juges infligent peu de sanctions. Mais beaucoup de personnes ont été frustrées, notamment en raison de procédures qui courent sur quinze ans. Imaginez un chef d'entreprise sanctionné huit ans après : il a souffert, il a tout perdu – y compris parfois sa femme –, il est dépressif, il n'a personne à qui se raccrocher. Il n'a qu'un seul recours, qui consiste à critiquer les personnes intervenues dans l'affaire et qu'il considère, à tort, comme les responsables de ses déboires.

Je prendrai un exemple concret porté sur la place publique, pour lequel il y a eu prescription. Il s'agit du Palace et de Régine, affaire qui a fait l'objet d'une immense polémique. Régine avait une entreprise rentable, mais qui ne plaisait pas à certains milieux parisiens. On a dit que le Palace était un « nid » à drogue, à délinquance – avec peut-être beaucoup d'imagination – et qu'il fallait l'éliminer. Le juge a décidé que cela ne valait pas le coup de sauver cette affaire, et l'a mise en liquidation judiciaire. On connaît les résultats : Régine est ruinée, l'entreprise n'a jamais rouvert depuis et c'est un « trou noir » en plein cœur de Paris, alors qu'il s'agissait d'une affaire qui employait 130 personnes. Ce dossier a causé beaucoup de dégâts, y compris pour les tribunaux de commerce. On s'est, en particulier, demandé pourquoi on n'avait pu trouver une solution viable pour une telle affaire, ne serait-ce qu'en remplaçant le chef d'entreprise.

Je ne veux pas soutenir l'insoutenable, mais, à un moment donné, il faut arrêter d'être sectaire : on se doit de prendre en compte l'activité et l'entreprise. Si une personne n'est pas honnête, n'est pas capable, il faut que le système prévoie une solution de substitution pour ne pas supprimer l'entreprise, du fait uniquement des défaillances de cette personne. De même, quand un avocat venait plaider devant moi, qu'il se trompait, qu'il était mauvais, qu'il ne me plaisait pas, je ne le sanctionnais pas en déboutant son client ! Celui-ci n'y était pour rien. Le chef d'entreprise non plus. C'est ainsi qu'il faut trouver des solutions. En tant que chef d'entreprise, j'ai pu observer la situation à la fois de l'intérieur et de l'extérieur. Certes, cela est peu aisé à traduire dans les textes, mais, petite touche par petite touche, il est possible de réfléchir aux possibilités de faire « rebondir » le chef d'entreprise, à la consultation des créanciers, à la transparence.

Dans le cadre des recours contre les accords homologués, peut-être conviendrait-il de poser des conditions, analogues à celles des recours des minoritaires dans le cas des sociétés. Pour éviter les débordements d'un créancier vindicatif, pour éviter de faire échouer la conciliation, il convient de prévoir des limites à son recours, une fois celui-ci informé. Une créance modeste ne doit pas faire échouer une conciliation. Le créancier doit avoir un intérêt manifeste, proportionné à l'intérêt qu'offre la conciliation ; *a contrario*, il faut permettre éventuellement à plusieurs petits créanciers de se réunir pour justifier d'un intérêt suffisant à faire échouer la conciliation judiciaire. Mme Rey, actuel président du tribunal de commerce de Paris, n'est pas d'accord avec cette nouvelle disposition. Sans doute est-il préférable d'être en chambre du conseil pour traiter de la sauvegarde de l'entreprise. Mais les deux options présentent des avantages comme des inconvénients. Personnellement, je suis favorable à la transparence, mais une transparence à encadrer. Autrement dit, il convient de travailler à la sauvegarde, dans la transparence, en fixant quelques garde-fous pour éviter des abus.

**Audition de M. William NAHUM,
président du Conseil supérieur de l'ordre des experts-comptables
et de M. Michel DUSSAUX, président du conseil régional
de l'ordre des experts-comptables de la Réunion**

(procès-verbal de la séance du jeudi 17 juin 2004)

M. Xavier de ROUX, président : Merci d'être venus nous livrer vos réflexions sur le projet de loi de sauvegarde des entreprises et, plus généralement, sur la question au cœur de nos réflexions : la réforme du droit des entreprises en difficulté.

M. Nahum, vous présidez le Conseil supérieur de l'ordre des experts-comptables depuis mars 2003. Vous avez été longtemps le président du conseil de l'ordre de Paris et êtes également président de la compagnie des commissaires aux comptes de Paris depuis 1999.

Vous avez donc une vision professionnelle étendue, pas seulement du rôle de votre profession, mais aussi de l'ensemble des problèmes posés à vos clients en période de difficulté.

M. William NAHUM : Merci, monsieur le Président. Comme cela avait été souhaité, je suis accompagné d'un de mes collègues de « province », en l'espèce de M. Michel Dussaux, président du conseil régional de l'ordre des experts-comptables de la Réunion.

En tant qu'experts-comptables, nous accompagnons 90 % des TPE (très petites entreprises) et 70 % des PME. Lorsque les sociétés deviennent plus importantes, elles sont en général dotées de cadres confirmés ; nous intervenons alors plutôt en qualité de commissaires aux comptes. Nous sommes ainsi présents très souvent, trop souvent peut-être, comme seuls interlocuteurs extérieurs sur les problèmes de gestion, de comptabilité et de finances. Nous occupons donc une position privilégiée qui nous permet d'avoir quelques idées concernant l'ensemble des strates propres à la typologie des entreprises françaises.

Pour rappeler les enjeux économiques directs de notre profession, je soulignerai que nous sommes 17 000 experts-comptables et que nous employons 110 000 personnes. Nous comptons 20 000 bureaux en France, soit à peu près l'équivalent du nombre des bureaux de postes.

Venons-en à notre sujet. S'agissant de la prévention des difficultés des entreprises, il est clair que plus on se place en amont de l'apparition de celles-ci, meilleur est le résultat.

Or, qui est le premier informé des difficultés de l'entreprise ? *A priori*, c'est l'entrepreneur. Toutefois, dans un certain nombre de cas, ce dernier n'est pas aussi rationnel que nous pourrions l'imaginer. De la même manière que le malade ne consulte pas toujours son médecin à temps, l'entrepreneur peut être pris dans une spirale psychologique et affective, parfois irrationnelle, qui lui fait conserver l'espoir « de s'en sortir » par ses propres moyens, ce qui d'ailleurs arrive parfois.

La deuxième catégorie d'acteurs informés des difficultés de l'entreprise est celle des créanciers publics : URSSAF, caisses sociales et services des impôts indirects. Ils ont connaissance des premières « sonnettes », car soit la déclaration normalement attendue est absente – il n'y a plus d'argent, chacun s'en fiche, ce n'est plus le problème ; soit la déclaration comporte des indications un peu curieuses ; soit, enfin, elle est tout à fait convenable, mais n'est pas accompagnée d'un chèque en règlement.

M. Xavier de ROUX, président : Dans ce cas, êtes-vous immédiatement informés ?

M. William NAHUM : Pas toujours. Lorsque les entrepreneurs font appel à nous pour remplir ces déclarations, nous sommes attentifs à ce que le chèque accompagne les déclarations, faute de quoi une pénalité est immédiatement encourue. Il entre donc dans notre rôle de conseil de nous

assurer de la présence du règlement. En général, nous sommes à peu près au courant de la situation, mais nous ne sommes pas informés des derniers rebonds du chef d'entreprise, tel que le dépôt d'un chèque par un proche de la famille, apaisant la situation pour quelques mois. Je parle là, évidemment, plutôt de petites et moyennes entreprises.

M. Xavier de ROUX, président : Dans un très grand nombre de cas, vous vous situez donc en amont et au contact du chef d'entreprise qui rencontre des difficultés, qui le dit ou non et qui pense ou non « s'en sortir ».

Restons dans cette période de prévention, qui nous intéresse dans le cadre du projet de loi : il faut alors sauvegarder les entreprises. Actuellement, comment réagissez-vous ?

M. William NAHUM : Généralement – j'emploie le terme pour exclure quelques rares cas aberrants où le collaborateur de l'expert-comptable n'a pas tiré la sonnette d'alarme vis-à-vis du responsable du cabinet – en cas de difficultés, l'expert-comptable appelle le chef d'entreprise pour lui dire que les comptes sont « dans le rouge » ou qu'il ne paie pas la TVA, bref pour l'alerter et lui demander ce qu'il compte faire. Il se peut qu'il ait des stocks trop importants, que certains clients ne paient pas. Nous avons une idée, généralement, à l'issue du plus récent bilan. Nous savons si l'entreprise est *in bonis*, si elle dispose de capitaux propres suffisants, si elle a encore des ressorts économiques ou, au contraire, si son actif net est déjà négatif, si elle produit des pertes sans discontinuer ou si le chef d'entreprise est dépassé ou incapable de réagir utilement.

Nous avons alors une conversation généralement très sérieuse. La seule difficulté à laquelle nous nous heurtons, c'est que nous ne pouvons pas sortir du dialogue avec le chef d'entreprise, contrairement au commissaire aux comptes qui peut se rendre chez le procureur de la République et lancer ainsi la procédure d'alerte, ce qui fait peser une pression très forte sur le chef d'entreprise pour qu'il gère ses problèmes et trouve des solutions, ou bien qu'il dépose le bilan.

Pour notre part, nous sommes dans un rôle de conseil strictement contractuel. Nous nous contentons de faire pression. La profession, depuis quinze ans, a engagé une réflexion sur le sujet. J'ai personnellement participé, il y a quelques années, au Conseil de la prévention réuni autour du Président du tribunal de commerce de Paris. L'idée que nous partagions avec les tribunaux de commerce consistait à essayer de résoudre la question de la confidentialité à laquelle nous sommes soumis et à laquelle nous ne pouvons échapper, si ce n'est par une loi. Ainsi, nous ne pouvons téléphoner – en qualité d'experts-comptables, cela n'a rien à voir avec la procédure d'alerte qui concerne seulement les commissaires aux comptes – au président du tribunal de commerce pour préciser la situation de notre client. Nous avons trouvé un début de solution avec la création des centres d'information et de prévention – les CIP. Cette construction originale fête son cinquième anniversaire aujourd'hui. Elle a été créée conjointement par le tribunal de commerce de Paris et la Conférence générale des tribunaux de commerce, les experts-comptables et les commissaires aux comptes.

M. Xavier de ROUX, président : Existe-t-il des centres de prévention auprès de chaque tribunal de commerce aujourd'hui ?

M. William NAHUM : Quasiment, la couverture du territoire s'étend de façon accélérée.

M. Xavier de ROUX, président : Sous votre pression ?

M. William NAHUM : Sous l'impulsion de l'ordre des experts-comptables. Incontestablement, nous sommes en pointe dans ce domaine. Pour résumer, les points forts sous-jacents à cette construction sont les suivants : d'abord, il s'agit d'être en dehors du tribunal de commerce. Le chef d'entreprise sait qu'il peut rencontrer un magistrat consulaire mais dans un cadre informel. En temps normal, le *decorum* du tribunal, la robe du juge consulaire – quand bien même ce dernier est issu du rang des entrepreneurs –, laissent penser au chef d'entreprise qu'il vit « un enterrement de première classe », sans compter les craintes de mise en cause pénale, ... Dès lors, comment faire pour recevoir de façon un peu plus détendue le chef d'entreprise ? Notre réponse

consiste à l'accueillir le plus souvent chez un expert-comptable, qui bénéficie d'une image de conseil, en présence d'un magistrat en costume de ville et non en robe.

M. Xavier de ROUX, président : Un magistrat en exercice ?

M. William NAHUM : Un magistrat honoraire.

M. Xavier de ROUX, président : Le magistrat en question n'est donc pas membre du tribunal.

M. William NAHUM : En effet. La rencontre s'opère en assurant une totale confidentialité – étant magistrat honoraire, il n'est pas directement impliqué – et sans donner de conseil sur le dépôt ou non de son bilan. Un dialogue s'instaure simplement pour rassurer le chef d'entreprise sur le fait que se rendre officiellement au tribunal de commerce peut avoir pour objet simplement de demander un mandataire *ad hoc* et solliciter le tribunal dans son rôle de prévention, et non obligatoirement pour aller au-devant d'une sanction.

M. Xavier de ROUX, président : Vous êtes des professionnels. Parmi les entreprises, êtes-vous capables de reconnaître celles qui sont « redressables », qui n'ont rencontré qu'un accident, et les distinguer de celles qui sont, malheureusement, condamnées dès l'origine ? Savez-vous opérer ce tri ?

M. William NAHUM : Non, car cela est trop binaire. Il existe des entreprises sur lesquelles nous pourrions *a priori* porter une appréciation plutôt négative, et qui s'en sortent néanmoins par un déploiement d'énergie.

M. Xavier de ROUX, président : Certes, mais des situations irrémédiables peuvent apparaître également parmi les PME. Quand la charge de la dette dépasse la marge bénéficiaire et en l'absence d'apport de capitaux extérieurs...

M. William NAHUM : Il existe en effet des cas extrêmes. Dans des cas absolument irrémédiables, nous sommes naturellement en mesure d'apprécier clairement la situation.

M. Xavier de ROUX, président : Nous essayons de réfléchir à l'endroit où placer le curseur, en amont, pour permettre aux entreprises de se redresser. Nous sommes toutefois, et dans le même temps, conscients qu'il existe des difficultés structurelles ou des situations telles qu'il est inutile d'y consacrer beaucoup de temps, et qu'il est au contraire préférable de se concentrer sur les entreprises en difficulté qui sont redressables.

En l'occurrence, vous nous expliquez que les experts-comptables ne sont pas là pour juger ?

M. William NAHUM : Nous pouvons être là pour juger. Nous portons un jugement de manière continue, car nous disposons des indicateurs financiers, dans les limites définies par le contrat passé avec notre client : quelquefois, celui-ci nous demande de ne venir qu'une demi-journée lors de la clôture du bilan. Le plus souvent, nous venons d'une façon régulière, tous les trimestres ou tous les mois ; nous avons alors sous les yeux la plupart des indicateurs. Ce qui n'existe pas, en revanche, c'est un instrument qui contraindrait le chef d'entreprise à nous permettre de jouer un rôle fondé sur le regard que nous pourrions porter sur trois ou quatre indicateurs mensuels pertinents. Nous ne sommes pas sensés porter un tel regard de façon systématique. Naturellement, nous disposons des comptes et savons les regarder, mais aucun texte ne nous autorise à prendre la parole d'autorité pour dire que nous estimons que le chef d'entreprise devrait agir dans telle ou telle direction. Nous le faisons de notre propre initiative et le chef d'entreprise est parfois disposé à nous entendre, mais s'il est pris dans cette spirale psychologique que vous connaissez bien ou dans cette incapacité à affronter la difficulté, par manque de moyens ou de compétences, notre parole est reçue poliment, mais sans être vraiment entendue.

M. Xavier de ROUX, président : Souhaitez-vous jouer un rôle institutionnel en amont ?

M. William NAHUM : Nous n'écartons pas l'idée de jouer un rôle si cela préserve le caractère contractuel de la relation qui nous lie à nos clients. Si la loi institue un tel rôle de façon intelligente et utile...

M. Xavier de ROUX, président : Vous ne voulez pas d'un rôle de nature policière ?

M. William NAHUM : Il doit être orienté d'abord au bénéfice du chef d'entreprise, sans quoi l'on nous prendrait effectivement pour des policiers. Nous sommes dans une posture différente et nous ne voulons pas de ce qui est admis pour un commissaire aux comptes, qui n'est pas un simple conseil, comme vous le savez et comme le prévoit la loi.

M. Xavier de ROUX, président : Pour les très petites entreprises et pour les PME, il n'y a pas de commissaires aux comptes. Pensez-vous que les experts-comptables pourraient jouer un rôle de commissaires aux comptes, notamment en matière d'alerte ?

M. William NAHUM : Oui, jusqu'à un certain niveau.

M. Xavier de ROUX, président : Pourraient-ils le faire institutionnellement ?

M. William NAHUM : Bien sûr. Cela ne me choquerait pas si un tel rôle nous était confié. Le tout serait de le négocier intelligemment et de ne pas prévoir qu'il s'agirait d'un rôle de commissaire aux comptes.

M. Michel DUSSAUX : Nous pourrions accepter cette prérogative sous réserve de ne pas avoir ce label de commissaire aux comptes, qui poserait un vrai problème, et à condition de maintenir la relation de confidentialité. Il faudrait également préserver notre fonction de conseil aux entreprises, car nous ne sommes pas les « policiers » du système. Disposant de l'information, nous pouvons remplir une mission spécifique de cette nature, mais il conviendra de la définir précisément dans les textes en conservant la confidentialité, qui revêt pour nous une importance considérable.

M. Xavier de ROUX, président : J'ai bien compris. Revenons au rôle que jouent les centres d'information et de prévention que vous avez créés en accord avec les tribunaux de commerce. Ils vont plus loin que votre rôle d'experts-comptables. Ils précisent à l'entrepreneur ce qui ne va pas et ce qu'il peut faire.

M. William NAHUM : Ils ne vont pas forcément plus loin. L'expert-comptable de l'entreprise peut lui-même avoir beaucoup d'influence du fait d'une relation de confiance intense, et il peut parfois affronter de manière violente le chef d'entreprise. Il peut, pour être clair, lui dire qu'il est irresponsable, qu'il met en péril sa propre maison, ses salariés, *etc.* et que des mesures s'imposent.

M. Michel DUSSAUX : Je précise toutefois que notre mission demeure naturellement contractuelle.

M. William NAHUM : Tout dépend des caractères, mais les experts-comptables sont aguerris aux chiffres. Nous sommes fiers de l'expression courante « gérer comme un comptable », car la vérité est têtue. Nous annonçons donc au chef d'entreprise qu'il va droit « dans le mur ». Ce propos est tenu de façon généralement directe et peut aller jusqu'à la menace de « rendre son tablier », de renoncer à sa mission si les agissements du chef d'entreprise sont irresponsables.

M. Xavier de ROUX, président : Plus on réfléchit à la prévention, plus on se dit que l'on peut rédiger tous les textes que l'on veut, mais que la psychologie du chef d'entreprise reste un élément central. Qu'est-ce qui fait, selon vous, qu'un entrepreneur ne veuille pas aller se placer sous la protection du tribunal ?

M. William NAHUM : Qu'est-ce qui fait qu'un homme de 55 ans ne va pas voir son médecin et décède d'un cancer trois mois après ? Cet aveuglement est le même que celui des

entrepreneurs qui croient à leur bonne étoile, qui se disent qu'ils ont encore du ressort, que les clients vont revenir. Bref, le temps passe et il est très difficile de décider de passer sur la table d'opération et de s'abandonner complètement aux spécialistes.

M. Xavier de ROUX, président : Pourtant, les conseils précisent bien aux chefs d'entreprise les modalités de la suspension provisoire des poursuites ou du moratoire des dettes. Ces derniers peuvent trouver des accords avec leurs fournisseurs ou leurs créanciers. Tout cela leur est-il expliqué ?

M. William NAHUM : Pas toujours, c'est d'ailleurs l'un des buts du CIP. Nous nous sommes rendu compte que certains experts-comptables ne jouaient pas toujours leur rôle et, quelquefois, n'avaient pas une connaissance suffisamment fine des possibilités offertes par les tribunaux. Cela joue sur une part relativement faible de nos effectifs. Mais c'est pourquoi nous avons tenu dans les régions des assemblées qui ont réuni six cents ou sept cents experts-comptables sur ces problèmes précis, à l'occasion desquelles le président du tribunal de commerce de Paris leur expliquait les différentes possibilités existantes en matière de prévention par les tribunaux ; nous avons fait de même dans nos publications et universités d'été. Je crois pouvoir dire maintenant qu'en France, tous les experts-comptables connaissent l'ensemble des procédures. Nous avons également élaboré une petite plaquette pédagogique. L'idée des CIP consiste à demander à l'expert-comptable de conduire le client, rassuré, dans ce sas de décompression, où il rencontre un magistrat honoraire, qui, lui aussi, a été chef d'entreprise. Une telle procédure devrait conduire le chef d'entreprise à mettre en œuvre le plus vite possible – s'il en est encore temps – les solutions de prévention nécessaires.

M. Xavier de ROUX, président : Dans ces centres, le magistrat explique-t-il les possibilités offertes par le tribunal de commerce ?

M. William NAHUM : Oui, tout à fait.

M. Xavier de ROUX, président : Vous connaissez le texte du projet de loi sur la sauvegarde des entreprises. C'est un serpent de mer depuis 1967, avec des oscillations entre suspension provisoire des poursuites, puis la recherche de conciliations, *etc.* Avec le nouveau texte, nous sommes revenus à une formule de conciliation sans suspension provisoire des poursuites. Qu'en pensez-vous ?

M. William NAHUM : Une des difficultés réside dans le fait que la confidentialité n'est pas préservée. Autant pour une grande entreprise, elle ne peut pas être préservée, car les informations deviennent très rapidement publiques ; autant, pour une petite entreprise, elle est utile car, dès la connaissance des difficultés, les fournisseurs cessent leurs livraisons, chaque créancier réclame de façon plus brutale les paiements qui lui sont dus, *etc.*

M. Xavier de ROUX, président : J'ai déjà entendu cette réponse, mais elle me surprend. En réalité, même pour une PME, dans une ville moyenne, on sait par le banquier, l'URSSAF ou les fournisseurs que les choses vont mal. Ne croyez-vous pas à la nécessité d'instaurer une vraie transparence, en vue précisément d'une véritable sauvegarde, pour précipiter l'intervention des mesures de conciliation sous l'autorité du tribunal ?

M. William NAHUM : À un certain stade, je vous suis tout à fait. Il y a juste en amont un détail intéressant à trouver, qui est l'étape du CIP. Je suis d'accord avec vous, il faut éliminer les personnes susceptibles d'alourdir le passif de façon inconsidérée et, avec un capital très modeste, réussir à provoquer des pertes s'élevant à plusieurs millions d'euros. Il est clair qu'il faut, à un moment donné « arrêter les frais » ; ce n'est pas parce que l'on est chef d'entreprise qu'il faut s'autoprescrire la destruction de richesses. Mais enfin, si l'on vise aussi à préserver l'emploi et quelques entreprises supplémentaires par rapport à aujourd'hui, peut-être faudrait-il, en amont, traiter réellement le problème ? Cela peut notamment tourner autour du rôle de l'expert-comptable. Ainsi, après l'avoir demandé dans un colloque, j'ai réussi à obtenir que les URSSAF acceptent, à chaque incident dans une entreprise, d'informer ses responsables de l'existence d'un CIP.

Plutôt que de créer un traumatisme supplémentaire à l'égard du chef d'entreprise, il serait préférable de créer un avertissement, non au sens répressif du terme, mais pour réveiller son sens des responsabilités. Cela peut passer par les URSSAF ou par les services de la TVA au moment d'un incident de paiement, qui devraient également prévenir de l'existence d'un CIP.

Nos propositions tournent donc autour de deux aspects, le rôle de l'expert-comptable, très certainement – je ne crois pas du tout aux groupements de prévention agréés – qui pourrait être renforcé, pour lui permettre, de façon autorisée, voire prescrite par la loi, d'indiquer à son client la réalité de sa situation. Ce n'est pas seulement dans l'intérêt de l'expert-comptable que nous défendons la confidentialité, c'est tout simplement parce que, dans une perspective macro-économique décennale, si les entrepreneurs se rendent compte que l'expert-comptable peut faire office de « mouchard », ils finiraient par lui demander de dresser le bilan, et rien d'autre. On éloignerait ainsi l'expert-comptable de l'entreprise et on l'empêcherait donc de jouer le rôle que la loi attend de lui. L'exclure, c'est rendre un mauvais service, d'autant qu'en France, les PME sont moitié moins conseillées qu'en Allemagne.

M. Xavier de ROUX, président : Vous avez l'impression que les professions de conseil n'interviennent pas suffisamment ?

M. William NAHUM : En effet.

M. Xavier de ROUX, président : Pour quelles raisons ?

M. William NAHUM : Sans doute pour des raisons culturelles. De plus, les entreprises françaises sont moitié moins importantes en taille que les entreprises allemandes.

M. Xavier de ROUX, président : Le coût du service est-il en cause ?

M. William NAHUM : Peut-être. Dès lors que l'on est moitié moins grand, sans doute a-t-on moitié moins de possibilités de dépenser. Il existe également un problème de masse critique, car le coût des services n'est pas strictement proportionnel au chiffre d'affaires. Nous connaissons cette question, car nous essayons par ailleurs de convaincre les entrepreneurs de faire appel à des spécialistes du *marketing* pour rendre leurs offres plus attractives.

Nous soutenons en tout cas l'idée de développer le rôle d'avertissement de l'expert-comptable et celui de la TVA et des organismes sociaux.

M. Xavier de ROUX, président : Vous avez réalisé une enquête tout à fait intéressante sur la façon dont les experts-comptables considéraient l'avant-projet de loi sur la sauvegarde des entreprises. Ses résultats posent un certain nombre de questions. Ainsi, pourquoi le mécanisme dit de « *new money* » n'est-il que faiblement considéré comme un facteur de pérennité de l'entreprise en difficulté ? Pourquoi la suspension des cautions personnes physiques dans le cadre de la procédure de sauvegarde n'est-elle pas jugée parfaitement adaptée ? Il nous semblait pourtant, en l'occurrence, que la suspension des cautions constituait une mesure importante, quoiqu'en pensent les banques.

M. Michel DUSSAUX : C'est bien là le problème. Cette suspension, de par son caractère non confidentiel, conduira certainement les organismes financiers et les banques à « réduire la toile » encore davantage dans leurs financements. Certes, nous aurons soulagé temporairement la personne physique cautionnaire. Mais, par la levée de la confidentialité, nous risquons de voir les organismes bancaires diminuer leurs concours. Tel est le danger que nous pouvons craindre.

M. William NAHUM : Cette mesure s'apparente en effet à demander « le beurre et l'argent du beurre », selon l'expression consacrée. J'ai été étonné que le législateur envisage ce type de disposition, qui me paraît assez extraordinaire.

M. Xavier de ROUX, président : Cela correspond à une situation de fait que vous connaissez très bien : pour avoir accès au crédit, les entreprises les plus petites doivent présenter des

cautions personnelles que l'entrepreneur obtient, par exemple au tout début de l'aventure, par un visa de la grand-tante sur un papier que nul ne lit. Ensuite, en cas de difficultés, la banque laisse tomber la TPE dont elle néglige le sort, puisqu'elle détient la signature de la grand-tante. Mais la caution ne sauve pas du tout l'entreprise. C'est pourquoi nous considérons que si une chance de sauver l'entreprise subsiste, il n'y a aucune raison d'appeler la personne physique caution, qui n'est pas du tout informée – à tort sans doute – des affaires de l'entreprise.

M. William NAHUM : L'habitude des banques n'est malheureusement pas de prêter. Je ne leur jette cependant pas la pierre. En effet, le directeur de l'agence bancaire moyenne a un diplôme de comptable, non de gestionnaire. Les banquiers ne sont pas des banquiers, ce sont des « administratifs » auxquels on demande d'obtenir une caution de M. X pour prêter à M. Y. Les banquiers, à juste titre, veulent être sécurisés, et pour les TPE, n'ont pas les moyens de rémunérer des gestionnaires chargés d'évaluer la viabilité de l'entreprise. C'est d'ailleurs absolument impossible, car ces affaires « tournent » autour d'un seul homme. Mais que feront les banques si ce projet de texte est adopté ? Elles risquent de refuser de prêter.

M. Xavier de ROUX, président : C'est pourtant leur métier.

M. William NAHUM : Non, le métier du banquier n'est pas de prêter pour ces créneaux. Il ne veut prêter qu'à coup sûr. C'est le système qu'il faut repenser.

M. Xavier de ROUX, président : Ce n'est pas exactement ce que disent les banquiers. Il est vrai que le dispositif français de financement des petites entreprises est défaillant, mais c'est là un autre sujet.

Je note votre surprise face à la suspension de la caution qui reprend d'ailleurs toute sa vigueur en cas de défaillance de l'entreprise. Le projet de loi prévoit de ne pas appeler la caution tant que l'entreprise est redressable. Mais si elle n'est pas redressée, la caution sera appelée.

M. William NAHUM : Quel est alors le véritable sens du texte : une suspension des poursuites élargie à la caution ?

M. Xavier de ROUX, président : Tout à fait. La portée n'est sans doute pas considérable.

M. Michel DUSSAUX : L'apport apparaît en effet limité.

M. Xavier de ROUX, président : Un autre sujet semble très important : c'est celui de la définition de la cessation de paiement. Nous hésitons un peu en la matière. Avec la procédure de sauvegarde, il n'y a plus d'exigence de cessation des paiements. Avec le redressement judiciaire, on revient à la notion de cessation de paiements. Sur ce sujet, quelle est la réaction des experts-comptables ?

Comment concevez-vous cette notion de cessation de paiement ? Faudrait-il une notion unifiée et rendue homogène ?

M. Michel DUSSAUX : La profession a beaucoup travaillé sur cette notion, dont la définition en vigueur compare le passif exigible à l'actif disponible.

La lecture directe d'un bilan permet d'identifier le passif, mais il n'est pas forcément exigible. Nous avons ouvert un centre documentaire important, en ligne, accessible à tous, dénommé *entrepriseprevention.com*. Il regroupe l'ensemble des textes de référence. Nous y avons également mis en ligne un document, que nous avons conçu, qui va du « passif du bilan » au « passif exigible » et du « passif exigible » au « passif exigé ». En effet, dans le passif exigible d'une TPE, tout n'est pas exigé. Les fournisseurs à trois mois ne sont pas exigés, les concours bancaires autorisés non plus. Nous travaillons, non plus sur le passif exigible, mais sur le passif exigé qui suppose un retraitement des passifs. L'absence de définition précise de ce passif exigible a d'ailleurs pour effet que la lecture

du bilan, pour un grand nombre des entreprises françaises, pourrait conduire à conclure qu'elles sont en cessation de paiement !

M. Xavier de ROUX, président : La cessation de paiement se manifeste tout de même par un incident dans les règlements. Vous pouvez très bien avoir un passif exigible non exigé, et puis l'accident de trésorerie. Là réside la difficulté. Comment déterminer la cessation de paiement par rapport à l'accident de trésorerie ? Actuellement, le droit positif précise que l'entreprise est en cessation de paiement faute de pouvoir satisfaire ses paiements, quel que soit, par ailleurs, le contenu du bilan.

M. William NAHUM : Certains cas sont irrémédiables et donc peu difficiles à établir ; d'autres sont plus incertains, et la comparaison entre « exigible » et « exigé » peut trouver son intérêt.

Nous craignons cependant qu'à partir de ces quelques incidents de paiement, certains – y compris un juge d'instruction – pourraient considérer que le dépôt de bilan n'a pas été effectué à temps. Dans les milieux professionnels, nous sommes toujours mus par l'angoisse qui nous pousse à analyser à chaque fois le sens des mots, d'autant que l'on ne dispose que de quinze jours pour déposer le bilan. Le temps d'y réfléchir... et le délai est dépassé !

Aujourd'hui, un incident de paiement est la preuve claire que l'on ne peut pas payer. Il est vrai que parfois cette distinction entre « exigible » et « exigé » peut être très significative, dans la mesure où l'incident de paiement peut être un point de détail, comme le fait que, pour prendre un exemple banal, le concierge n'a pas été payé de sa prime de fin d'année, ...

M. Xavier de ROUX, président : D'où l'effort de réflexion fait dans le projet de loi de sauvegarde de l'entreprise. On y utilise le terme de « difficulté de l'entreprise », et plus la notion « d'incident », car la difficulté peut être globale.

M. William NAHUM : Cela nous convient.

M. Xavier de ROUX, président : Nous touchons là au cœur du dispositif du projet de loi. Mais cette notion n'est pas étendue au redressement judiciaire. Le projet de texte distingue la cessation de paiement – qui renvoie au redressement judiciaire – de la demande de la sauvegarde au tribunal du fait d'une difficulté. En cas de cessation de paiement, vous êtes tenu de demander le redressement judiciaire, mais, il apparaît que les mesures prises pendant la période de sauvegarde ou celles prises pendant la période de redressement judiciaire sont à peu près comparables. C'est sur cet aspect du texte que j'aimerais obtenir vos réactions.

M. William NAHUM : Tout ce qui concourt à faire que la donne ne soit pas tout à fait compromise pour l'entrepreneur, qui reste tout de même l'acteur majeur tant qu'il n'est pas dessaisi, pendant la sauvegarde ou le redressement, bref tout ce qui permet de suspendre le temps joue en faveur d'un redressement effectif.

M. Xavier de ROUX, président : Avec le nouveau texte, sur quels critères l'expert-comptable indiquera-t-il à ses clients de choisir la sauvegarde plutôt que le redressement ?

M. Michel DUSSAUX : Ce sera une affaire de perception. S'il a le sentiment que l'entreprise est viable et que la difficulté est passagère, il essaiera, par le biais du CIP, de donner des conseils d'orientation et incitera le chef d'entreprise à adopter une meilleure écoute ; ensuite, il prendra des mesures de sauvegarde. Si vraiment la situation est plus tendue, il pourra orienter vers la procédure de redressement judiciaire...

M. Xavier de ROUX, président : ... classique.

M. Michel DUSSAUX : Oui, mais il y a trop de cas de figure pour écrire un seul texte. Dans un grand nombre de cas, des situations de trésorerie très tendues faisant suite à des impayés ou à des problèmes techniques ponctuels génèrent une difficulté passagère, mais non irrémédiable.

M. Xavier de ROUX, président : Vous agirez en fait pragmatiquement, selon la situation de l'entreprise.

M. William NAHUM : Oui. J'ajouterai que, dans la sauvegarde, le chef d'entreprise est moins strictement encadré. Il y aura, en tout cas, besoin d'une analyse psychologique que les experts-comptables sont capables de mener, et qui servira à déterminer si le chef d'entreprise possède suffisamment de ressort pour y parvenir seul ou s'il risque de commettre des erreurs supplémentaires pour sauver son entreprise, auquel cas le redressement serait préférable à la sauvegarde.

M. Xavier de ROUX, président : Croyez-vous que la sauvegarde puisse changer la culture ou, du moins, les réactions des chefs d'entreprises ?

M. William NAHUM : C'est *a priori* un pas positif.

M. Michel DUSSAUX : C'est en tout cas un moyen de « dédramatiser » le dispositif judiciaire existant et, dans le même temps, de montrer que l'on détient une entreprise techniquement performante, mais en difficultés passagères. Si tout est de qualité, – le chef d'entreprise, l'entreprise elle-même, ou encore les marchés –, cette procédure n'est naturellement pas une panacée, mais constituera néanmoins un apport d'oxygène.

M. William NAHUM : Le progrès se marque déjà dans les intitulés : le terme « sauvegarde » est manifestement préférable à l'expression « redressement judiciaire ».

M. Xavier de ROUX, président : Pensez-vous qu'il pourrait y avoir des abus dans le cadre de cette procédure ? Pensez-vous qu'un chef d'entreprise qui aurait envie d'obtenir un peu de crédit à des conditions favorables pourrait utiliser la procédure pour suspendre ses paiements ?

M. William NAHUM : La réponse est oui ; mais dans des proportions limitées, car il subsistera le caractère plus ou moins péjoratif, voire infamant, de la procédure. Comme pour le passage de l'inculpation à la mise en examen, le changement du vocabulaire n'a laissé personne dupe. La sauvegarde est certes moins infamante que le redressement, mais chacun a néanmoins conscience que « cela va mal ». Dans les cas limites, les gens qui n'ont peur et honte de rien abuseront peut-être de la procédure. Il faut sans doute verrouiller le dispositif pour éviter de tels excès, d'autant qu'il ne prévoit pas le même contrôle judiciaire que le redressement. Peut-être verra-t-on d'ailleurs se faire jour un rôle nouveau pour l'expert-comptable ?

Prenons l'hypothèse où le chef d'entreprise s'engage dans une démarche de gré ou de force – peu importe –, il déclare aller mal, souhaite être sauvegardé, placé sous la protection de la loi ; mais il ne souhaite pas aller au redressement judiciaire, car il pense disposer des ressorts nécessaires pour réussir. La loi, dans ce cas, peut préciser que, si la société et le législateur ont prévu pour lui un traitement sur mesure moins stressant que la procédure de redressement, il reste cependant soumis à des obligations et que, pour des raisons pragmatiques, il convient qu'il soit conseillé sans devoir pour autant revenir aux pratiques antérieures très critiquables des années soixante-dix !

M. Xavier de ROUX, président : Pensez-vous qu'il faudrait davantage « déjudiciariser » la sauvegarde ?

M. William NAHUM : Si on la contractualisait, le résultat serait excellent. Dans cette perspective, il me vient une idée : un rapport pourrait être prévu de façon à instituer une sorte de contrôle de gestion de sauvegarde. Le compte-rendu devrait être validé : pour des raisons de principe, c'est le chef d'entreprise qui arrêterait les comptes, même si ses compétences sont limitées, et non l'expert-comptable. On pourrait aussi demander au chef d'entreprise d'établir un rapport mensuel certifié par l'expert-comptable. Ce dernier jouerait ainsi un rôle de commissaire aux comptes conscient de ses responsabilités. L'expert-comptable serait certes soumis à une pression importante. Mais, ce faisant, une fois que les experts-comptables auront compris fait comprendre qu'il convient de ne pas jouer avec la procédure, l'équilibre du dispositif finira par se trouver.

M. Xavier de ROUX, président : Vous pensez que cette voie peut être explorée ?

M. William NAHUM : Oui.

M. Michel DUSSAUX : Il faut cependant noter que les coûts induits par toutes ces procédures sont prélevés sur la trésorerie immédiate.

M. William NAHUM : La loi imposerait au chef d'entreprise de rendre un rapport signé par un expert-comptable, le chef d'entreprise pouvant choisir son expert-comptable, et celui-ci pouvant, pour sa part, s'y refuser

M. Michel DUSSAUX : Toutes les PME n'ont cependant pas d'experts-comptables.

M. Xavier de ROUX, président : Il faudrait peut-être envisager l'obligation d'assistance.

Par ailleurs, la sauvegarde prévoit des comités de créanciers avec les fournisseurs d'un côté et des établissements de crédits de l'autre. Qu'en pensez-vous ?

M. William NAHUM : Nous n'avons pas d'observation particulière à formuler, le dispositif nous semble bon.

M. Michel DUSSAUX : Il faudra cependant l'adapter à toutes les tailles d'entreprises, les grandes, les moyennes et les plus petites entreprises. Il ne faudrait pas le réserver aux grandes entreprises.

M. Xavier de ROUX, président : Selon vous, il ne faut donc pas limiter les comités à une taille d'entreprise donnée ?

M. William NAHUM : L'importance des dettes compte davantage que la taille de l'entreprise. Une petite entreprise peut échouer pour une somme considérable et une plus importante pour des sommes sensiblement moindres.

M. Michel DUSSAUX : Si l'on veut sauvegarder, il faut sauvegarder aussi la TPE et la PME, qui créent des emplois.

M. William NAHUM : Nous aurions une préférence pour un système universel.

M. Xavier de ROUX, président : Comment voyez-vous l'intervention des créanciers publics, notamment du Trésor public ?

M. William NAHUM : La question est délicate, singulièrement pour l'intervention des URSSAF. Souvent, un comportement rigoureux, parfois un peu difficile, pose problème. L'État et les organismes sociaux, me semble-t-il, pourraient réfléchir à une sorte de mise en balance de la sauvegarde des emplois et du renoncement aux créances. À combien d'argent peut-on admettre de renoncer pour sauvegarder un nombre donné d'emplois ?

Il faudrait également mobiliser un deuxième critère qualitatif pour déterminer si le chef d'entreprise est ou non un « voyou » qu'il est préférable d'éliminer de la scène économique, car il n'en est pas à son premier méfait. Enfin, il se faudrait demander s'il existe une perspective d'avenir pour la société en question. Nous souhaiterions que cette posture, davantage managériale ou soucieuse de l'intérêt général – *largo sensu* –, puisse être prise en compte plutôt que de se limiter au réflexe qui incite à chercher à être les premiers à être payés.

Le deuxième élément de réponse consiste à s'interroger sur l'existence de créanciers privilégiés. L'État, c'est tout le monde, ce sont donc aussi les fournisseurs, les autres créanciers de l'entreprise. On évoque la notion d'intérêt général. Mais un calcul macroéconomique plus global permettrait de déterminer si le non-paiement de l'État, d'une manière privilégiée, n'est pas un moyen

d'éviter la charge des allocations versées aux chômeurs ou de subventionner l'activité de l'entreprise et le tissu économique en général. L'effet domino est effectivement extraordinaire. Une entreprise qui défaille entraîne des difficultés graves autour d'elle.

M. Xavier de ROUX, président : À cet argument, les URSSAF répondent qu'elles ne doivent pas être traitées comme le Trésor public au motif qu'elles collectent un salaire différé.

M. William NAHUM : En réalité, l'effet « mutualisateur » des URSSAF, par le biais des taux des cotisations – comme pour les primes des assurances –, nécessairement augmentées pour assurer l'équilibre du fait des défaillances de certaines entreprises, en fait une sorte de mécanisme d'assurance ; d'ailleurs on utilise l'expression « assurances sociales »... Si 5 % des cotisations ne sont pas recouvrées, la somme correspondante est récupérée autrement, sans le dire. Si tout était recouvré, on peut imaginer que le taux des cotisations serait légèrement inférieur pour assurer les mêmes services rendus.

Je n'ai toutefois pas la réponse à la question consistant à se demander ce qu'est l'intérêt général majeur. Si, en définitive, l'intérêt général impose que les URSSAF doivent disposer d'un privilège, nous nous inclinons, mais il faudrait préalablement conduire une étude rationnelle. Il se peut que nous ayons plutôt intérêt à sauver dix mille ou vingt mille emplois par an en considérant l'État ou les assurances sociales comme un fournisseur normal.

**Audition de Mme Brigitte LONGUET et M. Jack DEMAISON, avocats,
représentant le Conseil national des barreaux,
et de Mme Églantine de GRANDVILLIERS, avocate, représentant le Barreau de Paris**

(procès-verbal de la séance du 24 juin 2004)

M. Jack DEMAISON : Le projet de loi du Gouvernement, qui traite de la prévention et du traitement des entreprises en difficultés, met l'accent sur la prévention. Sur ce point, il fait en quelque sorte « du neuf avec du vieux », en ajoutant quelques mesures nouvelles.

Du « neuf avec du vieux », avec le mandat *ad hoc*, procédure pratique permettant de trouver un accord entre l'entreprise et ses principaux créanciers, en dehors d'une procédure judiciaire. Tout étant maintenu, il fera néanmoins l'objet, avec le texte qui vous est soumis, d'une information du Procureur de la République, ce qui nous paraît poser un problème, car cela va nécessairement nuire au caractère confidentiel du mandat *ad hoc*, dont c'était précisément l'un des aspects les plus intéressants.

En ce qui concerne le règlement amiable, qui était le deuxième volet de la prévention, il est remplacé par une procédure dite de « conciliation » qui lui ressemble beaucoup sous un autre nom, choisi en raison du fait que le terme de « conciliation » est considéré comme plus de nature à favoriser les accords entre l'entreprise et ses créanciers. La conciliation concerne les entreprises qui ne sont pas en état de cessation de paiement ou qui le sont depuis peu.

Cette procédure appelle deux commentaires particuliers.

Tout d'abord, l'état de cessation de paiement, qui devait être déclaré dans les 15 jours le sera maintenant dans les 45 jours, ce qui est une bonne chose, car un chef d'entreprise a toujours du mal à admettre qu'il est dans cette situation. Quarante-cinq jours sont bien nécessaires pour lui en faire prendre conscience.

Par ailleurs, la mission du conciliateur est déterminée par la loi et non plus uniquement par le juge. Il y a donc un encadrement de cette procédure plus marqué.

Mais la grande nouveauté du projet de loi réside dans l'instauration de la procédure de sauvegarde, qui constitue le troisième volet de la prévention, autour de laquelle l'ensemble du projet est orienté. Qu'est-ce que cette procédure de sauvegarde ? Elle est tirée du fameux « *Chapter 11* » des États-Unis d'Amérique, qui permet, pour une entreprise qui n'est pas en état de cessation de paiement, de rechercher des accords avec ses créanciers.

Le cadre est proche de celui de la conciliation, mais la sauvegarde prévoit en outre une « récompense », aspect que nous trouvons extrêmement positif. Il s'agit de la possibilité, pour le chef d'entreprise, de ne pas voir mises en œuvre les cautions qu'il a données avant la procédure. Le gros problème aujourd'hui des petites et moyennes entreprises, qui représentent l'essentiel des dépôts de bilan, est essentiellement le problème des cautions personnes physiques, qui est donc particulièrement important. En effet, le chef d'entreprise est souvent appelé à donner de multiples cautions, à son banquier et à ses fournisseurs principaux, et lorsqu'il arrive en redressement judiciaire, même avec un plan de continuation qui lui permet de poursuivre son activité, les cautions seront malgré tout appelées, ce qui constitue une véritable « catastrophe ». La procédure de sauvegarde présente l'intérêt, non négligeable, de permettre de ne pas mettre en œuvre les cautions et de ne les appeler qu'à la fin du plan, s'il n'a pas été exécuté complètement.

En revanche, il n'y a que peu de nouveautés significatives concernant le redressement judiciaire, qui est prévu pour les entreprises en état de cessation de paiement. La seule différence est la sortie de la procédure : il y a, par rapport à la loi de 1985 modifiée en 1994, une modification importante qui tient à ce que la sortie ne puisse s'opérer que par un plan de continuation de

l'entreprise ; le plan de cession, qui était une des possibilités de sortie de redressement judiciaire, se traitera uniquement dans le cadre de la liquidation judiciaire.

Le président Pascal CLÉMENT : Sur ce point, qu'est-ce qui a inspiré les auteurs du projet selon vous ?

M. Jack DEMAISON : Nous nous en sommes entretenus avec la direction des Affaires civiles et du sceau, à laquelle nous avons indiqué que, psychologiquement, c'était très dommageable. La liquidation judiciaire revêt en effet un aspect à l'évidence extrêmement négatif. Il nous a été objecté que la procédure pourrait être organisée de manière rapide et rationnelle. Autrefois, on ne pouvait pas prononcer la liquidation judiciaire directe, ce qui conduisait le tribunal à prononcer le redressement judiciaire et, dans l'instant suivant, la liquidation. Aujourd'hui, on peut prononcer la liquidation judiciaire directement. On nous dit qu'en conséquence, il est plus logique que la cession se fasse dans un cadre liquidatif, puisque le redressement judiciaire, comme son nom l'indique, doit permettre la poursuite de l'activité et que c'est une illusion de croire que l'entreprise se poursuit chez quelqu'un d'autre, dans le cadre d'une cession. Le cessionnaire, généralement, l'absorbe ou la démantèle. Cependant, pour éviter de créer des difficultés d'ordre psychologique, le plan de cession sera préparé pendant la période de redressement judiciaire, à l'issue duquel sera prononcée la liquidation judiciaire et, l'instant d'après, le plan de cession.

Le président Pascal CLÉMENT : Cela semble contraire au bon sens, car il y a deux manières de redresser une entreprise, la liquidation, nécessairement dramatique, mais aussi la cession. Pourquoi nier une évidence aussi concrète ?

M. Jack DEMAISON : Effectivement, la cession ne constitue pas obligatoirement, malgré les arguments entendus, la fin de l'entreprise. La loi de 1985 nous indique clairement quels critères doit remplir l'offre de reprise d'une entreprise en difficultés dans le cadre d'un redressement judiciaire : à savoir notamment des garanties sur la pérennité de l'entreprise, ce qui signifie que l'entreprise va survivre, sous une forme ou sous une autre, et la sauvegarde de l'emploi. Il est clair que, dans le cadre liquidatif, nous nous éloignons des préoccupations prioritaires de maintien de l'emploi.

Un autre point nous pose également problème. En l'occurrence, le projet vise à améliorer la procédure de conciliation, en créant une tierce opposition possible de la part des créanciers. Il faut naturellement tenir compte des créanciers, car il y a un certain nombre de dépôts de bilans parfaitement critiquables, dont l'occurrence justifie que les créanciers puissent intervenir dans la procédure si nécessaire.

Dans la procédure de conciliation, les créanciers peuvent faire tierce opposition, ce qui veut dire que la procédure de conciliation est quasiment privée de substance. Si les créanciers peuvent faire tierce opposition, aucune procédure de conciliation n'aboutira. En particulier si le chef d'entreprise a donné de nombreuses cautions, comme c'est malheureusement le cas de bon nombre de PME, on ira plutôt vers la procédure de sauvegarde.

Nous avons obtenu en revanche satisfaction sur le point consistant, pendant la procédure de sauvegarde, à prévoir que seuls les créanciers qui apporteraient de l'« argent frais » pour redresser l'entreprise pourraient bénéficier, sur toutes leurs créances, d'un privilège. Nous avons pensé qu'il était souhaitable qu'ils bénéficient d'un privilège uniquement pour leur apport d'« argent frais », formule qui semble désormais adoptée.

Ceci dit, même si nous avons d'autres propositions à faire sur la procédure de sauvegarde et notamment sur sa sortie, il ne s'agit pas de nier que cette procédure est intéressante.

Le président Pascal CLÉMENT : Croyez-vous que le chef de PME de province va réellement oser prévenir ses banquiers en faisant une démarche auprès du tribunal de commerce, en disant en quelque sorte : « attention, je n'ai pas encore de problème, mais je crains d'un avoir un prochainement », de sorte que la place entière sera informée, à commencer par ses fournisseurs et

banquiers ? Quel est l'intérêt du petit patron ? Je ne le vois pas. Généralement, vous l'avez dit vous-même, il faut des mois pour se faire à l'idée que la situation est grave. Vu de Paris et de la Chancellerie, le dispositif est sans doute excellent, mais il l'est peut-être moins vu du terrain.

M. Jack DEMAISON : Les avocats éprouvent déjà des difficultés à comprendre le texte. Imaginez ce qu'il en est de leurs « patients »... !

M. Xavier de ROUX : Lors d'une précédente audition, le Président du Conseil supérieur de l'Ordre des experts-comptables, qui sont les conseillers des PME, nous a dit qu'environ un tiers d'entre eux connaissait mal les textes relatifs aux procédures collectives.

M. Jack DEMAISON : C'est fâcheux, car généralement les entreprises en difficultés viennent nous voir par l'intermédiaire des comptables, qui sont en pratique ceux qui sont en mesure de tirer les sonnettes d'alarme. Il est vrai qu'il y aura en tout état de cause un effort d'information considérable à faire sur ce texte.

Le président Pascal CLÉMENT : Sur le fond, il est incontestablement préférable de prévenir plutôt que de guérir. Mais, concrètement, que peut-on faire pour que le dispositif qui nous est proposé fonctionne comme on peut l'attendre ?

M. Jack DEMAISON : Il faut prévoir des récompenses comme le prévoit la procédure de sauvegarde avec la suspension de la mise en œuvre des cautions. C'est fondamental. C'est le seul moyen pour amener les entreprises en difficultés à entrer spontanément dans la procédure préventive. Aujourd'hui, le chef de petite entreprise qui va déposer son bilan vient nous voir à la fin du mois civil en disant qu'il ne peut pas verser les salaires avant la fin du mois, deux jours plus tard. Certains voient un peu plus loin, et il est possible d'essayer de faire quelque chose pour eux, qui, généralement, s'en tirent mieux. Mais la plupart n'ont pas vu venir les choses.

Il faut que ceux qui sont leurs conseils habituels, et qui voient notamment directement les comptes de l'entreprise, puissent les convaincre de l'intérêt d'une démarche préventive. Pour ce faire, l'incitation permise par l'impossibilité de mettre en œuvre les cautions est essentielle.

M. Xavier de ROUX : Vous touchez là un point qui me semble extrêmement important, car les banques, évidemment, disent exactement le contraire. Les banquiers disent en effet que, avec la suspension de l'exécution des cautions pendant toute la durée du plan de sauvegarde, ils s'opposent à celui-ci, car ils souhaitent préserver leurs sûretés.

Mme Églantine de GRANDVILLIERS : Ils n'ont pas véritablement les moyens de s'opposer au plan de sauvegarde une fois celui-ci élaboré, car c'est le tribunal qui l'homologue.

M. Xavier de ROUX : Que pensez-vous de l'effet de la cessation des paiements ? Le projet de loi prévoit que la sauvegarde est possible tant qu'il n'y a pas de cessation des paiements. En réalité, la cessation des paiements, pratiquement, est « dans la main » des banquiers, car ils disposent, dans la plupart des cas, de l'arme absolue pour passer de la sauvegarde au redressement, consistant à refuser de poursuivre leurs concours.

Mme Églantine de GRANDVILLIERS : C'est la raison pour laquelle, dans un de nos projets d'amendement, nous avons suggéré que l'incitation de la suspension des cautions soit prévue non seulement dans le cadre d'un plan de sauvegarde homologué, mais aussi dans le cadre d'un redressement judiciaire faisant suite à une sauvegarde. En effet, nous trouvons illogique que, par exemple, la personne qui a procédé à sa déclaration de cessation des paiements dans les 45 jours suivant celle-ci ne bénéficie pas du même traitement que celui qui a demandé un plan de sauvegarde quelques jours avant la cessation des paiements.

M. Jack DEMAISON : C'est un des éléments forts de nos propositions – la sauvegarde étant appelée à devenir en quelque sorte un entonnoir pour les entreprises qui ne seront pas encore en

état de cessation de paiement – qui permettrait de faire échec aux manœuvres éventuelles, notamment de dissimulation de la cessation des paiements.

J'ai participé récemment à un colloque portant sur le thème des entreprises en difficultés. Le directeur juridique d'une grande banque y disait que ce qui l'intéressait dans la loi, c'était uniquement le mandat *ad hoc* et la liquidation judiciaire. La messe était ainsi clairement dite. Nous savons que, pour tout ce qui se trouvera entre les deux, il faudra lutter pied à pied contre les banquiers. On nous dit qu'ils ne prêteront pas d'argent s'il y a suspension des cautions. Mais ils en prêteront nécessairement, car, de toute façon, c'est leur métier. Je ne pense pas que cela changera vraiment.

Par ailleurs, il est important que l'on puisse sauver l'entreprise, mais souvent on le fait aux dépens du chef d'entreprise, ce qui est critiquable. Si on lui fait vendre sa maison et ses biens alors qu'il a obtenu un plan de continuation ou un moratoire sur dix ans, il y a un problème manifeste. Là est le cœur du problème et de l'intérêt de ce texte. Comme le dit Mme de Grandvilliers, il faut attacher la plus grande importance à ce que tout ce qui passe par la procédure de sauvegarde bénéficie des avantages de celle-ci.

Mme Églantine de GRANDVILLIERS : Je veux simplement ajouter une observation sur ces trois mesures. Nous en avons trois et une est de trop aujourd'hui. Il est vrai que la procédure de conciliation, qui était l'ancienne suspension provisoire des poursuites, présentait un réel intérêt en l'absence de la procédure de sauvegarde. Maintenant, pour faire le choix entre les deux procédures, il faut vraiment être un juriste éclairé d'autant que, généralement, elles ont été précédées du mandat *ad hoc*.

En effet, dans la plupart des cas, lorsqu'une petite entreprise connaît des difficultés, il faut beaucoup de psychologie pour l'amener à prendre des dispositions aussi draconiennes et, généralement, on commence par un mandat *ad hoc*, qui présente l'avantage d'être confidentiel. Ensuite, on passe au redressement judiciaire, dans la mesure où l'on n'a pas pu obtenir un accord avec les créanciers.

Dès lors que peut s'intercaler la procédure de sauvegarde, pourquoi ne pas faire en sorte qu'elle s'applique non seulement aux entreprises qui ne sont pas encore en cessation des paiements, mais même à celles qui le sont depuis moins de 45 jours, soit six semaines. Il faut être bien malin pour dire que celui-là est en cessation des paiements et que tel autre ne l'est que depuis six semaines. Tout le monde sait bien que le tribunal est relativement maître de déterminer la date de la cessation des paiements.

Il suffirait donc de grouper en un seul bloc la procédure de sauvegarde et de supprimer la procédure de conciliation, qui a d'autant moins d'intérêt maintenant qu'elle a été privée de ses deux principaux avantages, à savoir la confidentialité – celle-ci existe toujours, mais dans le projet de texte, le jugement d'homologation fait l'objet d'une publication *in fine* – et la suppression de la possibilité pour le tribunal d'ordonner la suspension des poursuites, que permet le texte en vigueur.

Nous avons proposé à la Chancellerie de supprimer la conciliation, sans succès. Je pense que cela permettrait un allègement substantiel du texte, à la condition bien entendu de prévoir que la procédure de sauvegarde serait ouverte même à l'entreprise en cessation des paiements depuis six semaines ; je ne vois vraiment pas ce qui moralement s'y opposerait.

Le président Pascal CLÉMENT : Pourquoi six semaines après la cessation des paiements ?

Mme Églantine de GRANDVILLIERS : C'est le délai prévu par le projet de loi pour la conciliation. Pour notre part, nous avons demandé deux mois.

M. Jack DEMAISON : En trois mois, une entreprise en difficulté peut faire encore beaucoup de dégâts, mais en 45 jours, cela doit être supportable. En revanche, en 15 jours, il est manifestement impossible de dire à un chef d'entreprise, qui déjà n'a pas perçu qu'il était en état de

cessation de paiement, qu'il est déjà en faute. Or, le fait de n'avoir pas déposé la déclaration dans les 15 jours peut aujourd'hui entraîner la faillite personnelle, il faut donc s'en préoccuper. Le choix de 45 jours constitue un progrès.

Mme Églantine de GRANDVILLIERS : Ma deuxième observation porte sur la suppression du plan de cession dans la phase de redressement judiciaire. Le projet prévoit que la procédure de cession serait seulement initiée dans le cadre du redressement judiciaire. Ceci signifie que l'administrateur judiciaire aurait la possibilité de se faire remettre des offres, mais ce n'est pas lui qui en déciderait. Et s'il est impossible de construire un plan de continuation, on passe ensuite à la liquidation judiciaire cadre dans lequel les offres pourront être examinées. D'après mon expérience, c'est la négation complète du pragmatisme. Pourquoi ? Il faut savoir que, lorsqu'une entreprise est à vendre, on trouve des acquéreurs, mais ces derniers ne vont pas attendre pendant quatre, cinq ou six mois pour acheter. Or, beaucoup de plans de cession vont de ce fait à l'échec, car on n'a pas accroché assez vite l'acquéreur, d'autant que les administrateurs ont pour habitude de demander, en garantie des offres qui sont faites, – ce qui est tout à fait logique de leur point de vue – que ces offres soient assorties d'un règlement par chèque bancaire, généralement de la totalité du prix offert. Un chèque de banque !

Si ce n'est plus l'administrateur qui vend, mais son collègue mandataire, tant que celui-ci n'est pas nommé, il ne connaît pas le dossier. Mais il va devoir en prendre connaissance en quelques jours, pour choisir les offres. C'est complètement illogique.

On peut parfaitement dire que c'est à l'administrateur qu'il appartient de réaliser la vente, conformément à la situation actuelle. Celle-ci, il est vrai, représente aussi un certain illogisme, car généralement, quand une entreprise est vendue, le produit de la vente ne paie pas les créanciers. Il est vrai qu'il s'agit d'une liquidation judiciaire déguisée, mais cela permet de conserver une fraction de l'entreprise, et de sauver des emplois. Effectivement, les créanciers n'y trouvent pas leur compte, mais rien n'empêche dans ce cas, si le redressement judiciaire se termine par un plan de cession, de supprimer les avantages accordés à l'entreprise qui se redresse par un plan de redressement. De grâce, évitons en tout état de cause, de compliquer encore les plans de cession.

Mme Brigitte LONGUET : Pour terminer sur ce qui a été dit par mes deux confrères, je crois en effet, comme le disait Jack Demaison, qu'il faut du nouveau, car tout le monde est navré depuis des années par les résultats des procédures actuellement en vigueur. Même à titre symbolique, une innovation est certainement profitable. Mais, comme l'a dit Églantine de Grandvilliers, cela fait beaucoup de procédures. Si l'on « empile » les procédures, on n'arrivera jamais à savoir laquelle préférer.

Si l'on veut que la nouvelle procédure de la sauvegarde qu'il est proposé de créer réussisse là où les autres ont échoué, il faut effectivement des récompenses. Celle-ci peut être la suspension des cautions, dans la sauvegarde comme dans le redressement judiciaire. Je suis conseil de PME et il est vrai que le chef d'entreprise va hésiter avant d'aller au tribunal de commerce, surtout dans en province, où tout le monde se connaît et où l'on sait rapidement qui est allé voir le tribunal de commerce. Si, en plus, le chef d'entreprise en sort ruiné, parce que toutes ses cautions sont appelées à ce moment-là, il n'en franchira jamais le seuil.

Deux éléments l'en dissuaderont principalement.

Le premier est le fait que sa caution est appelée ; s'il n'a pas dépassé le délai de 45 jours, il faut alors étendre la suspension des cautions au redressement judiciaire.

Le second est la présence du Procureur de la République. En effet, il ne faut pas se leurrer, quand une entreprise est au bord de la cessation des paiements, le chef d'entreprise a tout fait pour s'en sortir, même s'il n'est pas malhonnête. Il a pu être conduit, pour assurer la paie à la fin du mois, à des pratiques répréhensibles. Donc, il n'a pas vraiment envie que le Procureur, immédiatement, dans la phase de conciliation, soit informé de ce qu'il a fait.

M. Jack DEMAISON : Et même s'il n'a rien fait, d'ailleurs.

Mme Brigitte LONGUET : Oui, car il n'aime pas cela ; je crois que cette mesure est totalement dissuasive. On leur dit de venir, qu'ils ne sont pas encore en cessation de paiement et que cela va s'arranger, puis on peut être amené à les informer qu'ils iront en prison mais que leur femme pourra conserver la maison... Quelque chose ne va pas dans cette articulation des dispositions prévues par le projet de loi.

Tout conseil d'entreprise a été amené à constater que, quand un client vient nous voir après avoir déposé son bilan, si on lui demande comment il a procédé, il arrive que ce ne soit parfaitement clair et net. S'il sait qu'à l'audience, il trouvera le Procureur en face à lui, il va prendre peur. Il essaiera alors de continuer son activité, au risque d'accroître encore ses difficultés.

M. Xavier de ROUX : Le texte prévoit seulement l'information du Procureur. N'est-ce pas d'ailleurs déjà largement le cas aujourd'hui ?

Mme Brigitte LONGUET : Oui, mais pour autant il ne faut pas en rajouter. C'est sans doute ce que penseront les chefs d'entreprise.

M. Xavier de ROUX : Mais ce n'est pas une mesure très nouvelle en pratique.

Mme Églantine de GRANDVILLIERS : Le fait que le Procureur soit informé n'est effectivement pas très nouveau et il est vrai que cela se fait dans beaucoup de tribunaux.

M. Xavier de ROUX : À Paris, c'est habituel.

Mme Églantine de GRANDVILLIERS : Oui, mais ce n'est pas écrit.

Le président Pascal CLÉMENT : Certes, mais on ne peut pas revenir en arrière par rapport à la situation actuelle.

Mme Brigitte LONGUET : Je ne demande pas cela. Je pense seulement qu'il faut faire attention. Créant une nouvelle procédure, on peut peut-être prévoir pour elle un mécanisme différent de celui qui s'applique actuellement. Ce n'est qu'une suggestion.

M. Jack DEMAISON : La procédure du mandat *ad hoc* a bénéficié d'un réel succès, précisément en raison de son caractère confidentiel. En ce qui concerne les procédures de sauvegarde, je crois qu'il serait souhaitable de les réserver à certains tribunaux, de sorte que le garagiste d'une petite ville de province ne se retrouve pas, au tribunal de commerce, face à son banquier ou à son confrère. La procédure de sauvegarde va être difficile à appliquer, et il va falloir s'appuyer sur des juges consulaires de haut niveau et surtout déconnectés de leur environnement professionnel pour l'appliquer.

M. Xavier de ROUX, Rapporteur : Si l'on ne modifie pas la carte judiciaire et s'il n'y a pas de spécialisation des tribunaux de commerce, je comprends la crainte de la Chancellerie de voir un peu trop d'ententes locales, d'où la nécessité de prévoir l'information du Procureur.

Le président Pascal CLÉMENT : Je suis sensible à l'argument selon lequel, si le chef d'entreprise est proche de la cessation des paiements, et si l'on veut sauver l'entreprise et l'emploi, il faut inciter le dirigeant à sortir des lacunes de sa gestion. Si on lui amène le Procureur, et les poursuites juste derrière, cela va lui faire peur.

Mme Églantine de GRANDVILLIERS : En matière de juridiction commerciale, il est vrai que la pratique peut conduire à des innovations fructueuses. Le mandat *ad hoc* est ainsi une formule prétorienne, née à Paris.

M. Xavier de ROUX, Rapporteur : C'est sur la grande crise immobilière qu'elle a pris corps.

Mme Églantine de GRANDVILLIERS : Oui, mais elle est en réalité bien antérieure, je l'ai presque toujours connue, malgré mon ancienneté. Il est vrai qu'en plus vous avez, indépendamment de l'avocat, un administrateur qui fait un diagnostic économique, qui conseille le dirigeant. Mais il demeure un problème essentiel de psychologie du chef d'entreprise car, pour beaucoup d'entre eux, le dépôt de bilan est le pire échec de leur vie. Au XIX^e siècle, ils se suicidaient. On les voit pleurer parfois dans notre bureau.

M. Jack DEMAISON : Les deux heures d'attente dans l'antichambre du tribunal sont effroyables, car vous percevez les angoisses de la personne qui vous demande ce qu'elle risque. Dans ces circonstances, en arrivant devant la chambre du Conseil, j'ai vu des chefs d'entreprise complètement déstabilisés, alors que, les ayant rencontrés dans d'autres lieux, ils étaient parfaitement à l'aise. Généralement, les juges consulaires et la Chambre du conseil sont d'ailleurs plutôt accueillants, aimables et rassurants, car le passage en ces lieux est un moment terrible.

Mme Brigitte LONGUET : Je souhaiterais, pour ma part, aborder la question de l'application des procédures aux professions libérales, car c'est surtout sous cet angle que j'ai étudié le projet de loi pour le Conseil national du barreau, à la Commission nationale de concertation des professions libérales, à l'époque où M. Renaud Dutreil était en charge de cette compétence, quand j'étais moi-même rapporteur du projet, et à la Chambre nationale des professions libérales, où l'on a également traité ce sujet. Je l'ai donc vu à la fois pour les avocats et pour les professions libérales.

En tant qu'avocats, nous sommes souvent persuadés d'être le centre du monde et qu'il n'y a que nous, mais nous faisons en réalité partie de l'entité plus globale de l'ensemble des professions libérales, avec les médecins, les architectes... Au départ, nous avons eu l'idée d'un projet de loi et d'un dispositif spécifiques pour les professions libérales, mais très vite nous nous sommes aperçus que ce n'était pas possible. Le fait d'entrer dans la loi commune est apparu tout à fait souhaitable, un traitement particulier n'étant pas nécessaire. Il était en revanche important de prévoir un mécanisme, car, jusqu'à présent, nous n'en avons pas et nous étions les seuls en Europe, quasiment, où les professions libérales n'étaient pas protégées en cas de difficultés économiques.

En France, tout le monde était protégé, qu'il s'agisse des artisans, des agriculteurs, des particuliers pour l'endettement professionnel ou avec les procédures de surendettement, etc., mais le malheureux entrepreneur libéral, lui, ne l'était pas. Nous sommes donc très satisfaits par le projet actuel. Il est sans doute un peu particulier de se féliciter de pouvoir faire faillite, mais disons qu'il y a là, en tout cas, une amélioration sensible, pour l'avocat indépendant comme pour celui qui exerce en association ou en société civile.

Les avocats et les professions libérales ont ainsi vu un certain nombre de leurs demandes acceptées. Sur tout ce qui touchait au secret professionnel, je ne reprends pas les articles tels qu'ils ont été retenus, nous pouvons accéder aux procédures de conciliation, ce qui n'était pas le cas dans le premier projet, mais cela a été réintroduit par la suite, ainsi qu'au mandat *ad hoc*, et l'Ordre Professionnel est entendu. Il faut qu'il soit entendu, mais sans être trop omniprésent car, si les avocats ont de bons rapports avec leurs Ordres Professionnels, ce n'est pas le cas de toutes les autres professions libérales. Les médecins comme les architectes rencontrent plus de difficultés avec leurs ordres et n'ont pas nécessairement envie qu'ils soient trop présents dans ce cas-là.

Il est évident qu'en tant qu'avocats, nous voulons tout particulièrement développer pour notre profession la prévention en amont, même si c'est moins le sujet du jour. Nous avons maintenant les moyens de le faire, car l'Ordre est avisé d'un certain nombre de choses : ainsi, pour les assignations contre des confrères, il faut donner un visa du bâtonnier ; de même, existe un croisement des informations de la Caisse nationale du barreau Français, de la caisse de retraite et des différents autres organismes créanciers, et, en cas d'impayés, l'Ordre peut s'en saisir.

Nous privilégions donc cela encore plus en amont que le projet de loi, mais nous ne voyons pas tout pour autant. Il est peut-être plus facile de le faire dans de petits Barreaux que dans de grands comme à Paris où, si quelqu'un veut rester anonyme, il le peut véritablement. Cependant, les procédures informatiques permettent, si les Ordres veulent bien s'en donner la peine, de trouver des éléments permettant d'aider l'avocat en difficultés.

Il faut savoir que, très souvent, un avocat en difficultés a très peu de créanciers, contrairement au commerçant. Pour nous, les créanciers sont les Ordres, les caisses de retraite, et nous avons très peu d'actifs matériels, voire quasiment pas. On a beau dire que la Cour de cassation a reconnu le fonds civil et l'impossibilité de vendre le fonds civil comme un fonds commercial, en général, quand le cabinet est en difficultés, il ne s'agit plus, comme pour les entreprises plus classiques, de chercher à céder l'entreprise : il ne reste en effet plus rien, soit parce que l'avocat a été malade, dépressif, soit parce qu'il a perdu un client essentiel, soit parce qu'il a vieilli et n'a pas su s'adapter. Toujours est-il qu'il n'y aura quasiment rien en arriéré à la liquidation, ce qui aura l'avantage d'éviter qu'il soit poursuivi toute sa vie pour ses dettes antérieures, car on les arrêtera au jour de la liquidation.

Le médecin n'a souvent pas grand-chose, hormis, naturellement, le cas de ceux qui sont propriétaires de cliniques; mais, dans ce cas, s'il éprouve une difficulté économique importante, il se retrouve dans le cas de l'entrepreneur classique commerçant.

Nous avons donc travaillé sur les moyens permettant d'agir le plus en amont possible. Je pense que ce sera essentiel. Pour celui qui sera passé entre les mailles du filet des ordres, la possibilité du mandat *ad hoc*, de la conciliation, le fait que l'ordre soit automatiquement contrôleur, qu'il puisse demander le remplacement de l'administrateur si apparaît par exemple un problème de concurrence, constituent autant de points qui nous donnent vraiment satisfaction.

Dans l'avant-projet, nous avons été exclus, semble-t-il en raison d'un obstacle problème technique, mais nous sommes très heureux d'être intégrés dans le projet tel qu'il a été déposé à l'Assemblée nationale.

Mme Églantine de GRANDVILLIERS : Même s'il ne s'agit pas ici d'examiner le projet article par article, j'attire cependant votre attention sur le fait que la rédaction retenue semble exclure les professionnels libéraux du mandat *ad hoc*. Je pense que c'est une erreur de plume du texte, car il était prévu que nous puissions en bénéficier également.

Le président Pascal CLÉMENT : C'est sans doute, en effet, une erreur matérielle.

M. Jack DEMAISON : J'ajouterai que, pour les professions libérales, on ne reconnaît pas exactement l'existence d'un fonds libéral, puisque, si je ne m'abuse, dans le cadre de la liquidation, on ne peut envisager un plan de cession de l'entreprise libérale. Il y a sans doute des modifications et des améliorations à apporter au texte, qui ne devraient pas poser problème. Globalement, cela va mettre fin à des situations dramatiques, – j'en connais personnellement – notamment de personnes qui sont en état de cessation de paiement et n'ont strictement plus rien pour vivre, car ayant tout perdu, l'essentiel de leurs revenus est absorbé par les remboursements. Jusqu'à présent, seuls les professionnels libéraux exerçant en société pouvaient bénéficier de la loi de 1985. Ce sont les professionnels libéraux qui exercent à titre individuel ou en association qui sont visés par le texte.

M. Xavier de ROUX, Rapporteur : J'ai une question sur laquelle j'aurais voulu connaître votre avis, liée à la notion de cessation de paiement et à l'articulation entre la procédure de sauvegarde et la procédure de redressement. Dès lors que la cessation de paiement est constatée dans la procédure de sauvegarde, on passe en effet, d'après le projet de loi, à la phase suivante, si je puis dire, qui est le redressement judiciaire. Que pensez-vous de cette articulation, ou de la notion elle-même de cessation de paiement ? Autrement dit, faut-il unifier le fait déclencheur des deux procédures ?

Mme Églantine de GRANDVILLIERS : Il faut féliciter le rédacteur du projet de loi d'avoir conservé, en dépit du chant de certaines sirènes, la notion objective de cessation des paiements. Je pense que vous serez peut-être l'objet, de la part de certains professionnels, d'une demande de modification. Je considère que la cessation des paiements, définie de façon objective par l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible, est claire et compréhensible. La jurisprudence de la Cour de cassation s'est également affinée, donc il n'y a pas véritablement de doute juridique, ce qui est extrêmement important. Il faut donc, je crois, conserver cette notion inchangée. Effectivement, elle n'est pour autant pas toujours facile à appréhender immédiatement, car, si l'on paie les dettes avec le crédit accordé par la banque, tant qu'il n'est pas épuisé, il n'y a pas de cessation de paiement. Mais je trouve totalement injuste d'avoir deux procédures presque identiques, l'une – la sauvegarde – que l'on ne peut utiliser que si l'on n'est pas en cessation de paiement et l'autre – le règlement judiciaire – que l'on ne peut pas utiliser. L'unification du texte sur ce point me paraîtrait une bonne chose.

Ensuite, vous posez la question du moment où il y a cessation des paiements. Là, en réalité, dès lors que l'activité de l'entreprise génère ses propres pertes, je ne vois pas comment on peut continuer à la poursuivre. Ce serait encourager pratiquement la naissance d'un passif supplémentaire.

M. Jack DEMAISON : *A priori*, quand on arrive en sauvegarde, on n'est pas en état de cessation de paiement, donc, en d'autres termes, on a suffisamment de disponibilités en caisse pour pouvoir payer, au moment voulu, les gens qui le demandent. Cependant, les situations peuvent se dégrader très vite. Il m'arrive très souvent de voir des entreprises, qui ne sont pas encore en état de cessation de paiement sur l'instant, mais qui le seront trois mois plus tard, et qui le savent. À un moment donné, le débiteur peut ainsi passer en état de cessation de paiement, et, alors qu'il a souhaité se placer sous la protection de la sauvegarde, il se retrouve en réalité en redressement judiciaire.

M. Xavier de ROUX : Pourrait-on, à votre avis, imaginer que la procédure de sauvegarde, qui implique des négociations avec les banquiers et les fournisseurs, etc., puisse perdurer malgré la cessation de paiement ?

M. Jack DEMAISON : Non, il doit obligatoirement aller en redressement judiciaire.

Mme Églantine de GRANDVILLIERS : C'est en tout cas ce que prévoit le projet de loi.

Le président Pascal CLÉMENT : Voulez-vous dire qu'il est alors trop tard pour la procédure de sauvegarde ?

M. Jack DEMAISON : Je pense souhaitable de repartir dans le redressement judiciaire, car il peut ainsi obtenir un plan de continuation sur dix ans, aux termes de la loi, ou sur huit, selon la jurisprudence des tribunaux. On n'a pas besoin, dans ce cas, de l'avis des créanciers, car le plan va s'imposer aux créanciers.

Mme Églantine de GRANDVILLIERS : Mais dans la sauvegarde, c'est la même chose. Le tout est de savoir si la cessation des paiements est due à des causes antérieures à celle-ci ou à des causes inhérentes à l'activité de son fonds de commerce, qui vont donc se poursuivre. Il est certain que, lorsque le chef d'entreprise demandera un plan de sauvegarde, c'est précisément parce qu'il sera prochainement en état de cessation des paiements. Tout cela me semble donc un peu théorique.

L'important est de savoir si le fonds de commerce va générer dans l'avenir des bénéfices, ce qui ne peut se constater qu'au niveau du compte d'exploitation. D'ailleurs, les mandataires liquidateurs et administrateurs ne raisonnent pas autrement : ils bloquent le passif antérieur, ils « mettent une croix dessus » et ne s'y intéressent plus. Ils regardent le compte d'exploitation pour voir si l'activité est bénéficiaire ou est susceptible de le devenir dans l'avenir.

Si elle est bénéficiaire, que l'on reste dans le plan de sauvegarde ou que l'on aille au redressement judiciaire, dans les deux cas on peut de toute façon bénéficier d'un délai de dix ans. Par

contre, si effectivement le compte d'exploitation est négatif, on ne peut rien faire, ce n'est pas la peine d'aller au redressement judiciaire, et il est préférable d'aller directement à la liquidation. Cela me semble évident.

M. Xavier de ROUX : Je vais vous lire l'article, car ce point me semble important : *« S'il apparaît, après l'ouverture de la procédure de sauvegarde, que le débiteur se trouve ou était déjà en cessation de paiement, le tribunal la constate et en fixe la date. Il convertit la procédure de sauvegarde en une procédure de redressement judiciaire. »*

Mme Églantine de GRANDVILLIERS : Si la cessation intervient au cours de la procédure de sauvegarde, en principe courte, c'est effectivement que l'intéressé en était proche. Si le tribunal constate qu'il l'était déjà avant, le passage en redressement judiciaire est justifié.

Le président Pascal CLÉMENT : Si l'on se sert de cette procédure de sauvegarde, c'est que l'on sait que l'on court un risque d'impayé majeur, peut-être à un terme de trois mois, ou même moins. Donc, de toute façon au cours de la procédure, cela va arriver à chaque fois, à plus ou moins court terme. Autrement dit, c'est le droit commun du redressement qui va s'imposer, au lieu d'être simplement l'exception.

Mme Églantine de GRANDVILLIERS : C'est pourquoi l'une de nos propositions avait consisté à dire que cette notion de cessation des paiements, que ne doit pas avoir rencontré celui qui se met sous la protection d'un plan de sauvegarde, est contradictoire avec la notion même de plan de sauvegarde. Il faut permettre le plan de sauvegarde, comme pour le redressement judiciaire, à celui qui est en état de cessation des paiements depuis moins de six semaines. Cela me paraît logique.

Le président Pascal CLÉMENT : Si vous n'avez rien à ajouter, Mesdames, Monsieur et chers confrères, je vous remercie.

Audition de M. Alain GÉNITEAU, président de l'Association syndicale professionnelle d'administrateurs judiciaires (ASPAJ), et de M. Michel CHAVALUX, vice-président

(procès-verbal de la séance du 24 juin 2004)

M. Alain GÉNITEAU : Avant d'aborder le projet de loi, peut-être convient-il que nous nous présentions et que nous présentions notre profession, qui n'est pas toujours très bien connue.

Les administrateurs judiciaires sont des spécialistes de l'entreprise en crise. Leur mission est d'essayer de lui permettre de sortir de la crise, soit dans le cadre de procédures amiables, avec ou sans intervention judiciaire, à la demande d'associés qui s'entendent plus ou moins bien et demandent l'intervention d'un administrateur provisoire, soit dans le cadre de procédures confidentielles fondées sur la négociation, comme le mandat *ad hoc* ou le règlement amiable (devenu conciliation dans le projet de loi), soit dans le cadre de la procédure de redressement judiciaire.

A cet égard, il faut préciser que les administrateurs judiciaires sont loin d'intervenir dans toutes les procédures de redressement judiciaire. Ils ne sont désignés par les juridictions que dans les redressements judiciaires concernant les entreprises d'une certaine taille. Cela représente globalement 5 % des procédures collectives ouvertes.

Pour être complet, j'ajouterai que les administrateurs judiciaires qui, selon la définition légale sont des mandataires chargés par décision de justice d'administrer les biens d'autrui, interviennent aussi dans des situations de crise extérieures au monde de l'entreprise : associations, successions, copropriétés, etc.

Dans tous les cas, la mission de l'administrateur judiciaire est de sortir de la situation de crise par le haut. Si cela ne s'avère pas possible un autre mandataire de justice intervient : le mandataire judiciaire à la liquidation des entreprises.

Un mot sur l'ASPAJ. Il y a en France une centaine d'administrateurs judiciaires et l'ASPAJ regroupe 80 % de ces professionnels. L'ASPAJ représente ainsi pleinement cette profession aux effectifs limités.

S'agissant du projet de loi, il faut saluer le courage du Gouvernement d'entreprendre une réforme du droit des entreprises en difficulté car, si elles ne touchent que rarement, ou épisodiquement, le citoyen ordinaire, les faillites qui interviennent au confluent de multiples intérêts divergents ont l'art de susciter des controverses, d'une portée d'ailleurs souvent plus théorique que pratique.

Le message que nous pouvons vous apporter est uniquement celui d'hommes de terrain. Nous savons ce qu'est une entreprise en difficulté, nous rencontrons un certain nombre de problèmes dans l'activité qui est la nôtre. C'est sur le fondement de notre connaissance du terrain que nous pouvons émettre quelques suggestions, voire avancer quelques critiques et propositions d'amélioration, à l'égard du projet de loi du Gouvernement.

Une remarque d'ordre général tout d'abord : les textes sur les entreprises en difficultés ont leur origine dans le code de commerce de 1807 et, lors de la concertation préliminaire avec la Chancellerie, nous avons suggéré de nettoyer un peu les textes en vigueur, qui conservent des dispositions qui n'ont plus lieu d'être comme, par exemple, celles relatives aux droits du conjoint. A l'origine, il s'agissait de déroger aux dispositions du code civil. Les dispositions du code civil ont changé et on a néanmoins conservé, dans le droit des entreprises en difficultés, des articles sur le droit du conjoint qui, aujourd'hui, n'apportent rien, le droit commun étant suffisant. Il y a, à notre sens, un travail de simplification du livre VI du code de commerce qui mériterait d'être effectué.

En suivant le plan du projet de loi, j'évoquerai d'abord la prévention. Il n'y a de prévention possible que si le chef d'entreprise est conscient des difficultés qu'il rencontre et de la nécessité de rechercher des solutions adaptées.

Il faut bien dire qu'il est toujours pénible pour un chef d'entreprise de monter les marches d'un tribunal, quel qu'il soit, et en particulier du tribunal de commerce. Une de ses craintes, et elle est légitime, est que les difficultés rencontrées par son entreprise soient étalées sur la place publique. Sur ce point, les actuelles procédures de prévention, mandat *ad hoc*, règlement amiable, avaient le mérite de la confidentialité. Or, il y a dans le texte gouvernemental une atteinte à la confidentialité, qui nous paraît dangereuse. En conciliation, nouveau nom du règlement amiable, la procédure voudrait qu'une fois achevée la négociation de l'accord avec les principaux créanciers, il y ait une audience du tribunal de commerce pour homologuer l'accord et une publicité dans la presse faisant courir un délai de tierce opposition.

Cette publicité est de nature à faire fuir le chef d'entreprise, car il saura que, *in fine*, même si la conciliation réussit, les difficultés de son entreprise seront connues de tous. Entre le moment où l'accord sera conclu sur le papier et le moment où il pourra rentrer en application dans les faits, il y aura une période, de trois à six semaines, durant laquelle l'entreprise sera dans une situation d'extrême fragilité, ce qui nous semble très dangereux.

Le Gouvernement souhaite instaurer une nouvelle procédure, la procédure de sauvegarde, qui s'appliquerait aux entreprises qui, sans être en cessation des paiements, rencontrent des difficultés de nature à les conduire à la cessation des paiements. L'idée est bonne. Le problème est que, la partie du projet de loi relative à la procédure de sauvegarde, rédigée probablement un peu rapidement, se contente de reprendre quasiment toutes les dispositions du redressement judiciaire. C'est ainsi qu'il vous est proposé de créer une procédure particulièrement lourde, qui ne paraît pas correspondre à l'objectif affiché.

Avec son ouverture anticipée, entraînant un gel du passif sans cessation des paiements, la procédure de sauvegarde est susceptible de générer quelques tensions. En l'absence de signes avant-coureurs des difficultés de l'entreprise, un nombre important de créanciers, qui dans un autre contexte auraient pu prendre quelques précautions, se sentiront « piégés » par l'ouverture anticipée.

En contrepartie, il faut, à notre sens, que la procédure soit brève et que les créanciers sachent, plus rapidement qu'en redressement judiciaire, quel sera le sort de leurs créances. Il faut aussi que les délais d'apurement du passif soient courts. Il faut enfin, mais cela le projet de loi le prévoit, qu'ils aient, s'ils le souhaitent, un rôle actif, dans l'élaboration du plan.

Nous pourrions, si vous le souhaitez, vous adresser des propositions pour une procédure de sauvegarde beaucoup plus nerveuse, beaucoup plus brève, beaucoup plus simple et efficace, mieux adaptée au but recherché que celle résultant du projet de loi.

Le président Pascal CLÉMENT : Nous serions intéressés de savoir ce qui vous différencie du Conseil national des administrateurs et des mandataires judiciaires que nous avons reçu et quels sont les points de divergence entre vous.

M. Alain GÉNITEAU : Le Conseil national regroupe les deux professions créées en 1985 : la nôtre, celle d'administrateur judiciaire, dont les membres se consacrent à sauver les entreprises viables ; une autre, dont le nom a changé au fil du temps, celle de liquidateur. Les membres de ces deux professions n'ont pas la même appréhension d'un certain nombre de choses.

Le président Pascal CLÉMENT : Par rapport au président du Conseil national, qu'est-ce qui vous distingue dans l'approche du projet ?

M. Alain GÉNITEAU : En l'état, nous ne connaissons pas la position du Conseil national. Il semblerait toutefois que, par exemple, sur la procédure de sauvegarde, les deux professions n'aient pas la même vision des choses et que notre souhait d'une procédure plus rapide ne soit pas partagé.

La brièveté de la procédure de sauvegarde supposerait la suppression des formalités de déclaration et de vérification des créances. Une entreprise qui a été à même de montrer au tribunal qu'elle était en situation prévisionnelle de cessation des paiements n'a pu le faire qu'à partir d'une comptabilité digne de ce nom. Pour préparer le plan, il est possible de se fier au passif tel qu'il résulte des comptes de l'entreprise. Il n'y a pas lieu d'imposer aux créanciers les lourdes formalités de déclaration des créances, ni de vérifier le passif.

M. Michel CHAUAUX : C'est un des points importants de différence entre le Conseil national qui a pour vocation de représenter les deux professions et notre syndicat qui est spécifique aux administrateurs judiciaires.

On peut difficilement imaginer la présidente du Conseil national, actuellement mandataire liquidateur, assistée du vice-président, lui-même administrateur judiciaire, vous dire ne pas bien voir l'intérêt d'avoir un des membres de sa profession participer à une procédure, alors que le projet de loi lui donne la possibilité de le faire.

Le fond du problème pour nous, pour reprendre ce que disait Alain Géniteau, est que l'esprit de ce plan de sauvegarde, qui a beaucoup de mérite, comme cela a été rappelé tout à l'heure, est justement d'essayer d'inciter un dirigeant d'une entreprise en difficulté, mais pas encore en difficultés très graves, à venir s'adresser au tribunal pour trouver une solution.

Si on renvoie ce dirigeant vers un mandataire judiciaire à la liquidation des entreprises, en fait un «syndic de faillite», même si cette appellation a disparu depuis 1967, pour vérifier son passif, il est certain que ce ne sera pas très incitatif pour lui.

Le projet de la loi dit lui-même que l'on ne doit pas être en état de cessation des paiements quand on est en procédure de sauvegarde. Si l'on n'est pas en état de cessation des paiements, quelle vérification de passif doit-on faire et quelle nécessité y a-t-il à avoir un mandataire pour le vérifier ? Que va-t-on avoir comme passif ? Le passif mécaniquement induit par l'effet de la suspension des poursuites est un passif de 90 jours de crédit fournisseurs majoré du passif courant avec l'URSSAF, la TVA, etc.

L'entreprise en procédure de sauvegarde est, par postulat, une entreprise bien gérée. Même si elle connaît des difficultés et même si elle a des problèmes, son dirigeant la dirige bien, avec une comptabilité en ordre. L'établissement de ce passif courant peut très bien se faire dans le cadre des travaux des experts-comptables et commissaires aux comptes comme cela se passe dans la procédure classique d'établissement des comptes.

M. Xavier de ROUX : Je voudrais revenir à la procédure de sauvegarde et au problème de la cessation des paiements, avant d'aborder ensuite la conciliation.

Sur la procédure de sauvegarde, on entre dans cette procédure à condition que l'entreprise ne soit pas en cessation de paiement. Si la cessation de paiement intervient pendant qu'elle est dans la procédure de sauvegarde, le président du tribunal doit prononcer le redressement judiciaire. Comment voyez-vous cette articulation, en pratique ?

M. Alain GÉNITEAU : L'ouverture de la procédure de sauvegarde a créé, *ipso facto*, la cessation des paiements, puisque la conséquence est que l'entreprise arrête de payer toutes ses dettes dont l'origine est antérieure à l'ouverture de la procédure. En réalité, il peut se présenter deux cas de figures, que le projet de loi ne distingue d'ailleurs pas bien : le premier est la constatation, par une analyse rétrospective, que l'entreprise était déjà en cessation des paiements avant l'ouverture de la procédure. Il y a eu erreur sur la procédure à ouvrir et, d'après le projet de loi, nécessité de la rectifier par une conversion en redressement ou en liquidation judiciaire. Je ne crois pas à la rectification fréquente d'une telle erreur qui supposerait une enquête pour savoir si l'entreprise était ou non en cessation de paiement. Une fois la procédure de sauvegarde ouverte, et en l'absence de fraude manifeste, l'objectif premier de tous les acteurs sera de préparer un plan de sauvegarde et non de débattre du sexe des anges. Le deuxième cas de figure est que survienne au cours de la procédure de

sauvegarde une impossibilité pour l'entreprise de faire face à ses dépenses courantes, même après le gel de ses dettes antérieures.

M. Xavier de ROUX : Si l'on ouvre une procédure de sauvegarde, c'est que toutes les personnes concernées pensent que l'entreprise est redressable sous une forme ou une autre.

M. Alain GÉNITEAU : Oui. Et en premier lieu le chef d'entreprise. À notre sens il convient qu'il aille voir le tribunal, non seulement en disant que son entreprise a des difficultés, mais aussi en indiquant la façon dont, selon lui, il est possible de les surmonter. Pour que la procédure soit brève, il ne faut pas ouvrir une période d'observation où, pendant six mois, l'on va regarder comment l'entreprise se comporte. Il faut immédiatement commencer à préparer le projet de plan.

Le président Pascal CLÉMENT : On nous a fait observer qu'il y avait un fort aspect psychologique, tenant à la difficulté pour l'entrepreneur de se faire à l'idée qu'il est en train de courir à l'échec. Vous arrivez, pour votre part, un peu après, vous commencez à vous occuper de ces gens quand ils ont déjà accepté le principe de leurs difficultés.

Ne faut-il pas se montrer prudent dans le raccourcissement des délais, car psychologiquement, tout le monde n'est pas en situation de les supporter de la même manière ? Vous, vous êtes les chirurgiens face au malade, vous sauvez la vie, certes, mais après une opération, qui exclut tout état d'âme. Eux, avant d'aller vous voir et de subir cette opération, ils sont réticents pendant longtemps.

M. Michel CHAUAUX : Effectivement, tout le problème est d'inciter le dirigeant d'entreprise en difficulté à avoir confiance dans les tribunaux, dans les hommes qui peuvent l'aider à en sortir. Il y a là une dimension psychologique que le projet de loi ignore très largement.

Comment cela va-t-il se passer en pratique ? Je suis parisien et je fais beaucoup de prévention, je peux donc me permettre d'en parler. Nous ne sommes quasiment jamais nommés directement par le tribunal dans les procédures de prévention. Nous sommes bien sûr nommés par le tribunal, mais après un certain délai et une première étude du dossier.

En fait, un travail préparatoire est fait, comme vous l'avez relevé, par des avocats, ou des experts-comptables éventuellement, qui conseillent leurs clients quand ils perçoivent les difficultés de l'entreprise et qui vont prendre un rendez-vous chez un administrateur judiciaire, avec qui il y aura déjà un premier dialogue. Cela semble idiot, mais il est très important que cette approche se fasse par l'intermédiaire d'un avocat qui va expliquer et mettre en confiance son client.

Mais s'il doit exposer qu'interviendra dans la procédure, non seulement un administrateur judiciaire mais également un « syndic de faillite », ne serait-ce que pour dresser un état des dettes, je crains que le travail de l'avocat soit ardu.

Tout est psychologique, vous avez vous-même employé le mot, et le but de ce projet de loi est d'inciter le bon entrepreneur à se placer au bon moment sous la protection de la justice par l'ouverture d'une procédure de sauvegarde.

Quant à la brièveté des délais, il sera effectivement capital que l'entreprise puisse sortir de la procédure le plus rapidement possible.

Le président Pascal CLÉMENT : Quel serait ce délai raccourci ?

M. Alain GÉNITEAU : La procédure ne devrait pas durer plus de six à huit mois.

M. Michel CHAUAUX : En ce qui concerne la cessation de paiement constatée en cours de procédure de sauvegarde, on a en effet du mal à en lire la définition dans le projet de loi. Puisque l'on ne doit pas être en état de cessation des paiements préalablement à l'ouverture de la sauvegarde, on doit vérifier qu'il n'y a pas eu sur ce point d'erreur manifeste. Quant à la cessation des paiements

intervenant au cours de la procédure, je me demande si la bonne définition ne devrait pas être l'impossibilité de faire face, dans le cadre de la poursuite d'activité, aux charges d'exploitation courante.

M. Xavier de ROUX : La définition employée par le projet de loi est celle de la cessation des paiements telle qu'on la connaît aujourd'hui.

M. Michel CHAUAUX : Et sur laquelle il y aurait beaucoup à dire, mais c'est là un autre débat. Pour reprendre ma réponse précédente, deux hypothèses peuvent être envisagées : soit le dirigeant a menti en disant qu'il n'était pas en état de cessation des paiements et on constate qu'il l'était d'une manière manifeste ; soit la société n'a simplement pas la capacité de faire face à ses charges d'exploitation courantes, le passif étant déjà figé. Dans ce cas, un ballon d'oxygène a été créé, pendant un petit délai, mais on arrive ensuite directement à la liquidation judiciaire, car malgré ce ballon d'oxygène, l'entreprise n'est pas en mesure de fonctionner.

Je voudrais revenir également sur le jugement d'homologation prévu par la conciliation, avec ses voies de recours.

J'avoue que l'on ne perçoit pas bien la justification du dispositif retenu, car celui en vigueur, avec l'homologation par simple ordonnance du président du tribunal, ne fonctionne pas si mal que cela actuellement. Dans un cas isolé, et à la suite de certaines maladroites, un accord intervenu dans le cadre d'un règlement amiable a été remis en cause par la Cour de Cassation mais cela ne suffit pas, à nos yeux, pour revenir sur un dispositif qui fonctionne. Le projet de loi prévoit la présence de représentants du personnel à l'audience d'homologation de l'accord de conciliation et je comprends mal que, si les représentants du personnel doivent intervenir, cela soit aussi tardivement. On peut difficilement se contenter de les convoquer à une audience finale en leur demandant ce qu'ils pensent de l'accord conclu sans les informer ni les consulter en amont. N'y aurait-il pas là une situation à la limite du délit d'entrave ?

Comment améliorer le dispositif ? Le risque que le projet de loi veut éviter est la remise en cause de l'accord de conciliation. Il le fait au prix d'une publicité des difficultés de l'entreprise de nature à compromettre l'exploitation et donc l'exécution même de l'accord.

Pourquoi ne pas s'inspirer de ce qui existe aujourd'hui pour les voies de recours à l'égard d'un plan de cession ? Seul le Procureur de la République peut faire appel. Pourquoi ne pas utiliser la même méthode, plutôt que de laisser la porte ouverte à des tierces oppositions de créanciers qui pourraient éventuellement se comporter en « maîtres chanteurs » ?

On peut donc imaginer une absence de publicité donnée à l'accord de conciliation avec une voie de recours ouverte au seul Procureur de la République, dans un délai bref. Une publicité dans un journal ouvrant un délai pour d'éventuelles tierces oppositions fragilise l'entreprise, même si elle a passé un accord avec ses principaux créanciers. L'incertitude sera majeure pour elle. Actuellement, pour les entreprises qui bénéficient d'un plan de continuation homologué par le tribunal et qui en paye régulièrement les échéances, le simple fait que perdure l'inscription sur le registre du commerce de la mention « société en plan de continuation », – pas même « société en redressement judiciaire » – fait que leurs dirigeants viennent me demander comment anticiper leurs paiements, pour éliminer cette inscription. Cette marque « d'infamie », telle qu'ils la ressentent en quelque sorte, existera aussi pour les procédures de prévention aujourd'hui confidentielles si leur publicité est organisée.

M. Xavier de ROUX : Vous semblez donc penser beaucoup de mal de la procédure de publicité et de la tierce opposition. Faites-vous un lien avec la suspension de l'exécution des cautions personnes physiques ? Quel rôle, positif ou négatif, peuvent alors jouer les banques ?

M. Alain GÉNITEAU : Les cautions données par le dirigeant posent toujours problème. Elles sont gérées de façon très différente selon les individus. La plupart donnent la priorité à leur

entreprise aux dépens de leurs cautions au moment des difficultés réelles mais d'autres agissent plus en fonction des cautions qu'ils ont données que des problèmes de leur entreprise. C'est humain.

M. Michel CHAUAUX : Incontestablement, la caution est un problème très sensible pour le débiteur. J'aurais cependant tendance à dire que, une fois le problème « digéré » par le débiteur, on ne parle plus véritablement des cautions en tant que telles, aussi curieux que cela paraisse, ni avec l'obligé, ni avec le débiteur. On perçoit bien la gêne, mais ce n'est pas fondamentalement le problème.

M. Alain GÉNITEAU : En allant plus avant dans le texte du projet de loi et en évoquant les modalités d'apurement du passif, il nous semble qu'il y a des améliorations à apporter en matière de conversion de créances en capital, ou en autres formes de titres.

Cela répondrait à une préoccupation, en particulier pour la sauvegarde, où les choses doivent aller vite. Le plan de sauvegarde ne peut être fondé que sur des prévisions mais l'art de la prévision a ses limites. Anticiper le redressement de l'entreprise est une chose, apprécier si ce redressement sera important ou fragile en est une autre. La tendance sera souvent de solliciter des créanciers des sacrifices correspondant à l'hypothèse basse. Aussi conviendrait-il que, si les choses se passent mieux que prévu, les créanciers puissent, s'ils le souhaitent, être intéressés au redressement.

Mais il ne faut pas non plus que, s'agissant d'une PME, le dirigeant soit contraint à une perte de contrôle de son entreprise. Une ordonnance doit être prochainement publiée qui va créer de nouvelles formes de titres négociables, spécialement d'actions, et modifier leurs modalités d'émission ; nous souhaiterions voir si, avec ces formes nouvelles ou avec celles qui existent déjà, notamment avec les titres participatifs, dont les possibilités d'émission sont aujourd'hui très limitées par les textes, des adaptations législatives peuvent s'avérer utiles pour faciliter l'intéressement des créanciers au redressement de l'entreprise et, le cas échéant, permettre que naisse un marché pour les dettes moratoires.

Le président Pascal CLÉMENT : Vous soulevez un important problème. Il n'y a rien dans le texte sur tout ce qui a trait à la titrisation des créances, à leur circulation, à leur régime d'opposabilité. C'est envisagé par le ministère de l'Économie et des finances, qui aurait élaboré un projet de texte. Personnellement, je souhaiterais que l'on puisse insérer dans un seul texte toutes ces mesures, qui représentent la partie moderne des mesures à prendre.

M. Xavier de ROUX : Vous soulevez effectivement un vrai problème, car la partie moderne, active, du refinancement éventuel n'est pas dans le texte.

Le président Pascal CLÉMENT : C'est le *modus operandi* de la loi, après la règle du jeu.

M. Alain GÉNITEAU : Nous y travaillons en tout cas et serons à même de vous faire des propositions.

M. Xavier de ROUX : Et s'agissant des plans de cession ?

M. Alain GÉNITEAU : J'allais y venir, car l'abandon du plan de cession est certainement la principale faiblesse du projet de loi au regard de l'objectif qu'il affiche. Depuis 1985, il y a deux voies de redressement de l'entreprise : la continuation et la cession.

Dans le projet de loi, cette seconde forme du redressement, la cession, disparaît. Le prononcé d'une liquidation judiciaire est un préalable obligatoire. Cela nous semble dangereux pour de multiples raisons et, en tous cas, cela n'est pas de nature à conduire le chef d'entreprise en difficulté vers les marches du tribunal de commerce. Aujourd'hui, que se passe-t-il dans la plupart des cas ? Nous sommes nommés dans le cadre d'un redressement judiciaire, nous recevons le chef d'entreprise, qui vient nous dire qu'il a des difficultés, mais qu'il devrait pouvoir s'en sortir en prenant telle ou telle mesure. Le temps passe et on s'aperçoit que cela fonctionne moins bien que

prévu, du fait notamment des effets induits du redressement judiciaire, qu'il ne faut pas négliger, avec une perte de confiance de la part de l'environnement de l'entreprise, et le chef d'entreprise, au bout de quelques mois, ne croit plus vraiment à la possibilité de mettre en place un plan de continuation.

Il constate que son entreprise, souvent parce qu'il a tardé à s'adresser au tribunal, a accumulé trop de dettes, mais que, dégagée de ces dettes, elle peut être redressée : la personne morale débitrice n'est pas viable, mais l'entreprise en tant que telle l'est.

Dans un tel cas, et en accord avec le chef d'entreprise qui peut avoir quelques idées, nous nous mettons en quête de repreneurs possibles. Dans le cadre de cette recherche, et pour une PME ordinaire, nous avons besoin du chef d'entreprise, car il est celui qui détient les informations pertinentes sur l'entreprise, les informations qui permettent de la valoriser le mieux possible. Il faut donc absolument, pour pouvoir organiser une bonne cession, que le chef d'entreprise y participe et puisse fournir les informations nécessaires.

Il peut parfois trouver, avec le repreneur, un accord sur le maintien de sa présence dans l'entreprise. En tout cas, par la reprise, au travers du plan de cession, son entreprise survit. Son échec n'est pas total, puisque l'entreprise qu'il avait créée ou acquise existe toujours, puisqu'elle n'a pas été liquidée.

Ce n'est pas du tout la même chose que d'imposer, comme le fait le projet de loi, le prononcé préalable d'une liquidation judiciaire. Qu'on le veuille ou non, la perspective d'une liquidation fait peur, démobilise et, dans une telle perspective, nous n'aurons plus le concours du chef d'entreprise pour préparer une cession.

D'autres points sont développés dans la note que nous vous avons adressée. Réellement, la vision un peu dogmatique que paraît avoir la Chancellerie sur le sujet, la cession d'entreprise étant par nature une vente ne pouvant intervenir qu'en phase liquidative, ne peut conduire qu'à un échec de la loi nouvelle si son objectif est bien de favoriser la sauvegarde des entreprises.

Le président Pascal CLÉMENT : Cette décision fait en effet l'unanimité contre elle. C'est d'ailleurs à se demander comment le théoricien pourrait avoir raison seul contre tous les praticiens de France et de Navarre.

M. Michel CHAUAUX : Imposer la liquidation judiciaire comme préalable à la cession d'entreprise est en effet une idée catastrophique. Il faut se mettre à la place du dirigeant d'une entreprise en difficulté que l'on veut inciter – et cette idée est bonne – à réagir plus tôt pour trouver une solution. Quand il a déposé son bilan et qu'il arrive devant moi, ses premières paroles sont : « Vous n'allez pas me vendre mon entreprise, maître ? ». Le premier problème est celui-là et il faut le comprendre, car il existe et dépasse la logique froide du droit.

Quel est le parcours, ensuite, du chef d'entreprise ? Pardonnez-moi de le rappeler, mais, bien souvent il vient nous voir parce qu'il espère un mandat *ad hoc*. Il sera souvent déçu, car il est peut-être déjà en état de cessation des paiements ou « flirtait » avec la cessation des paiements. Dans ce cas, l'ouverture d'un redressement judiciaire sera inévitable. Le chef d'entreprise va vouloir s'en sortir en payant le passif dans le cadre d'un plan de continuation mais la réalité constatée fait souvent que c'est impossible, faute de marge contributive nécessaire. Petit à petit, va cheminer dans la tête de ce chef d'entreprise l'idée de la cession, mais, en redressement judiciaire. Avec un plan de cession, il sort « debout », sans « faillite ». Comment peut-on imaginer aujourd'hui de céder véritablement une entreprise digne de ce nom en liquidation judiciaire ? Comment un candidat à la reprise de l'entreprise (on ne s'est, me semble-t-il, jamais posé cette question, en dehors des praticiens) peut-il avoir connaissance de la substance de l'entreprise à acquérir ?

À ma connaissance, aucune mesure du droit des sociétés commerciales ne prévoit comment fournir des éléments relatifs à une entreprise à un tiers. L'actionnaire de l'entreprise a droit au dernier

procès-verbal de l'assemblée générale, aux comptes arrêtés, à la feuille de présence, etc. Il n'a pas droit au compte d'exploitation, ni aux tableaux prévisionnels tels qu'ils sont établis au quotidien.

En fait, une cession d'entreprise se fait uniquement actuellement, dans notre pratique, avec la pleine participation du dirigeant, qui a décidé de sortir, peut-être en ayant tout perdu à titre personnel, mais au moins en gardant l'honneur.

Il n'est pas raisonnable, comme le fait le projet de loi, de ne prévoir la cession d'entreprise que dans le cadre de la liquidation judiciaire sur le seul fondement d'une analyse juridique théorique.

M. Alain GÉNITEAU : La préparation d'un plan de cession est la partie la plus complexe de notre métier, et cela ne se fait vraiment qu'en liaison avec le chef d'entreprise, car il faut donner aux candidats à la reprise des informations pertinentes sans pour autant leur en transmettre trop.

Le chef d'entreprise sait, en dialoguant avec nous, ce que l'on peut donner à tel ou tel stade de la préparation de la cession ; celle-ci exige un dialogue continu entre l'administrateur et le chef d'entreprise. Si ce dialogue est supprimé, je ne sais pas comment une cession d'entreprise sera possible.

M. Michel CHAVAUX : L'idée consistant à dire que l'administrateur judiciaire préparera le plan de cession, puisque, le même jour, il y aura à la fois une liquidation et la vente dans le cadre de cette liquidation, est une vue de l'esprit. En tout cas, une telle cession, précédée d'une liquidation judiciaire, ne permettra pas au dirigeant de l'entreprise de sortir avec honneur.

Le président Pascal CLÉMENT : Pour vous, il sort toujours avec honneur en cas de cession ?

M. Michel CHAVAUX : Je ne vais pas vous dire qu'il en est enchanté.

Le président Pascal CLÉMENT : En effet, il a tout perdu, et il a le sentiment d'avoir très mal vendu.

M. Michel CHAVAUX : Mais son entreprise est toujours pérenne, elle continue à exister.

Le président Pascal CLÉMENT : Même s'il y a vente par « appartements » ?

M. Michel CHAVAUX : Il n'y a pas de vente par « appartements » dans le plan de cession, sauf s'il y avait vraiment des départements ou des unités industrielles totalement distincts, ce qui est rare.

Le président Pascal CLÉMENT : Il y a parfois deux ou trois usines, une est cédée à l'un, l'autre à un autre.

M. Michel CHAVAUX : C'est vrai, mais même si c'est terrible à dire, ce dirigeant d'entreprise, sort debout, la tête droite, du tribunal. Il faut respecter cela.

Le président Pascal CLÉMENT : Ne pas vouloir cette solution, c'est en effet privilégier la liquidation, qui serait donc meilleure et plus favorable que la cession en redressement. Cela reste à démontrer.

M. Alain GÉNITEAU : La loi actuelle prévoit à la fois le plan de cession en redressement et la « cession globale » en liquidation judiciaire, c'est-à-dire une sorte de plan de cession intervenant en liquidation.

Il s'agissait pour le législateur de 1985 d'épuiser toutes les possibilités de cession. Mais vraiment, quand toutes les chances de céder l'entreprise en redressement judiciaire ont échoué, c'est

fini. Il ne se fait quasiment pas de « cession globale », ou alors, pour des très petites entreprises, dans des procédures simplifiées sans administrateur judiciaire.

Cette dualité dans les formes de cession fait désordre et est mal vue à la Chancellerie. Dans un avant-projet de loi élaboré sous la précédente législature, c'est la « cession globale » qui disparaissait. A l'initiative des mêmes services de la Chancellerie, c'est le contraire qui est aujourd'hui prévu avec la suppression du plan de cession.

Certes, il y a eu un changement de majorité et il est sans doute paru nécessaire aux services de proposer noir et non plus blanc !

M. Michel CHAUAUX : Je voudrais également rappeler qu'en France il y a beaucoup de toutes petites PME, et je ne vois pas bien quel sort leur sera réservé par ce projet de loi.

Le président Pascal CLÉMENT : Pourtant, c'est bien à elles que cette législation doit s'adresser de manière privilégiée.

Audition de M. Jean-André TOULOUSE, avocat au cabinet Fidal

(procès-verbal de la séance du jeudi 24 juin 2004)

M. Jean-André TOULOUSE : Après avoir exercé vingt ans au Barreau de Paris, j'ai fait réalisé un apport de clientèle au Cabinet Fidal en 1992, au sein duquel j'ai créé le département contentieux, dans lequel est localisée l'activité relative au droit de la faillite.

L'appréciation globale du projet, dans l'esprit des professionnels, est, je crois, favorable. La question peut se poser par la suite du caractère séduisant ou non du projet, allusion faite au règlement communautaire du 29 mai 2000, pour savoir si le risque, relevé par un universitaire, sous l'expression de « *Forum Shopping* » est latent ou non du fait des dispositions nouvelles projetées, si on les compare aux dispositifs législatifs en vigueur dans les autres pays de la communauté.

Cette appréciation globale favorable n'exclut cependant pas tout ajustement ou suggestion. En particulier, j'avais souligné, lors d'un colloque au Sénat qui s'est tenu en janvier dernier, que la notion d'actionnaire me semblait totalement absente du droit de la faillite, de tout temps et sous tous les cieux. Il serait intéressant d'y réfléchir dans le cadre de ce que l'on appelle en mauvais français le privilège de « *new money* ». Dès lors que les actionnaires seraient, notamment dans le cadre du plan de sauvegarde, voire du plan de continuation, amenés soit à abonder un compte courant, soit à consentir des prêts pour permettre la pérennité de l'entreprise, il ne serait pas choquant qu'ils bénéficient d'une qualité privilégiée.

M. Xavier de ROUX, président : Dans ce cas, ils deviennent effectivement créanciers.

M. Jean-André TOULOUSE : Oui, mais j'insiste cependant sur l'idée de les citer explicitement. Les créanciers sont bien sûr, dans le cadre du droit de la faillite, traditionnellement les acteurs auxquels on pense. Mais il serait opportun néanmoins de faire un « clin d'œil » aux actionnaires, qui ne sont pas à ce titre nommément visés, qui ne l'ont jamais été ou très rarement, puisque le texte en vigueur ne les mentionne que dans un seul article, au titre de l'abandon du droit d'agrément. Il serait sympathique de les viser plus nettement, à l'heure où, dans le cadre des réflexions sur la gouvernance, on parle beaucoup d'eux, sous tous leurs aspects.

Il est même concevable d'aller un peu plus loin et de suggérer qu'ils bénéficient d'un poste d'actionnaires-créanciers contrôleurs. Puisque l'on a prévu plusieurs postes de créanciers contrôleurs, les actionnaires pourraient avoir voix au chapitre, dans le cadre notamment du plan de sauvegarde, qui est particulièrement intéressant.

Quand je disais tout à l'heure que le texte était globalement satisfaisant, c'est sous réserve d'une exception, purement technique. Dans le projet, on place sur un plan d'égalité les cautions solidaires et les garants autonomes. Il est vrai que, pour des puristes, traiter l'accessoire comme l'autonome, pose problème. Il n'est pas incongru de les placer sur un plan d'égalité, mais le sort et la portée de la garantie autonome sont juridiquement très distinctes de ceux de la caution solidaire. Il est vrai qu'en principe, il est important d'avoir un garant autonome qui joue son rôle. C'est assez important, car cela fait réfléchir les gens sur la portée de leurs engagements et, selon que l'on s'engage comme caution solidaire ou comme garant autonome, cela n'a pas du tout le même effet dans la pratique. Les banquiers ne démentiront pas cette nuance.

M. Xavier de ROUX, président : Les banquiers peuvent être garants autonomes.

M. Jean-André TOULOUSE : Ils le sont souvent, ce qui ne veut pas dire qu'ils s'exécutent de façon toujours aussi automatique et mécanique que le texte le laisse entendre.

M. Xavier de ROUX, président : Les belles-mères sont souvent cautions et les banquiers garants autonomes.

M. Jean-André TOULOUSE : Par ailleurs, ne faut-il pas réfléchir au sort de la caution ? Selon que l'on se trouve dans le cadre d'un plan de sauvegarde ou d'un plan de continuation, la caution bénéficie ou non du traitement du débiteur (c'est-à-dire la suspension des poursuites). Il serait souhaitable d'harmoniser le statut de la caution.

Vous voyez que mes observations sont assez brèves sur les ajustements nécessaires, car je pense que tout a été dit et écrit, ou presque, sur ce projet.

L'idée globale qui ressortait, je vous l'indique, si cela vous est utile, du colloque auquel j'ai participé en janvier, en présence notamment d'un confrère américain et d'un confrère italien, tient à ce qu'il est bon de se méfier d'une transposition trop brutale de la loi proprement américaine à la loi européenne. Il y a des différences très substantielles dans la mentalité et l'état d'esprit des parties concernées qui souvent interdisent des transpositions trop serviles.

En ce sens, dans le projet, le plan de sauvegarde constitue une voie médiane entre notre droit positif et le « *Chapter 11* » américain. C'est une bonne appréciation.

Pour ma part, je crois que le projet de texte soumis au Parlement est assez équilibré et, j'espère, présentera l'intérêt de permettre « *la poursuite de l'activité économique* » des entreprises, pour reprendre l'expression du premier article régissant la nouvelle procédure de sauvegarde.

Après avoir estimé que le projet de loi était satisfaisant, peut-être pourrions-nous nous pencher sur son caractère séduisant ou non ?

À ce sujet, je voudrais attirer votre attention sur deux points. Le premier concerne le fait de savoir s'il est possible – mais c'est un problème plutôt de nature politique – de tenter d'infléchir la position de la Commission européenne sur le plan strictement fiscal, car la Commission a privé les entreprises, dans le cadre des plans de cession, de l'exonération fiscale qui existait antérieurement (article 44 *septies* du code général des impôts).

Le second fait est de tenter d'assouplir la rigidité de la cotation Banque de France au titre des liquidations. Malheureusement, de ce point de vue, la Banque de France est très stricte et on arrive parfois à des cas un peu anormaux, dans la mesure où des groupes, qui sont assez puissants et importants, étant toutefois contraints de placer sous le régime de la liquidation judiciaire une filiale, se retrouvent avec une cotation dégradée qui, par un phénomène de capillarité, porte un peu sur l'ensemble des sociétés du groupe. De ce point de vue, chaque fois que nous sommes allés à la Banque de France avec des clients, jamais nous n'avons pu infléchir cette rigidité et je ne sais pas s'il est possible d'y changer quoi que ce soit.

M. Xavier de ROUX, président : Je crains qu'il ne nous soit pas possible de le modifier par la loi. Les analyses financières et le comportement de la Banque de France ne sont pas régis par des dispositions de nature législative.

Si l'on en revient au texte, en ce qui concerne la conciliation, les remarques que nous entendons généralement tiennent notamment à l'absence de confidentialité de la procédure, portée à la connaissance du Procureur, à son homologation, et au droit de tierce opposition. Certains nous disent que tout cela va gêner considérablement la mise en œuvre de la conciliation.

M. Jean-André TOULOUSE : Je me range à l'opinion qui a déjà été émise. Pour réfléchir à la façon de maîtriser ces inconvénients, qui sont objectivement exacts, il faudrait envisager la notion d'exécution provisoire. On ne pourra pas empêcher les voies de recours, de type tierce opposition, de se mettre en œuvre. Cependant, l'exécution provisoire, qui assortit mécaniquement la plupart des décisions en la matière, permettrait probablement de mettre en œuvre le plan de conciliation immédiatement, avec l'intérêt, si l'on reste bien dans le cadre du délai prévu de 45 jours, de limiter les recours au strict nécessaire. Cela permettrait, dans ce délai, donc après le dépôt de bilan, de pouvoir restaurer immédiatement l'entreprise. Si le plan, quand il est homologué, n'est pas assorti de l'exécution provisoire, le risque potentiel du recours enrayera complètement son efficacité.

M. Xavier de ROUX, président : Votre cabinet a une grande expérience, puisque c'est l'un des plus répandus en France, et il est pratiquement présent sur l'ensemble du territoire.

M. Jean-André TOULOUSE : Dans un peu plus d'une centaine de villes.

M. Xavier de ROUX, président : Vous avez donc une expérience pratique, au quotidien, de la gestion des dossiers d'entreprises en difficultés. Quels sont, d'après vous, les obstacles qui existent avant qu'un chef d'entreprise s'adresse au tribunal dans les délais convenus ?

M. Jean-André TOULOUSE : C'est sans doute l'appréhension, déjà dépeinte par Balzac, dans *César Birotteau*, de subir une accumulation de sanctions. Les sanctions sont en effet très importantes en cette matière à l'encontre de certains chefs d'entreprise, qui tous ne le méritent pas. La question se pose de savoir si, au regard des articles 5 et 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, l'on peut condamner plusieurs fois les gens pour les mêmes faits.

Les entrepreneurs redoutent l'action en comblement de passif, et l'interdiction de gérer. Ce sont deux notions qui sont ancrées dans l'esprit des chefs d'entreprise, qui se disent qu'en retardant le dépôt de bilan et la déclaration de cessation de paiement, ils se doteront d'une chance de restaurer leur situation et d'éviter ces sanctions lourdes. De ce point de vue, je souligne que le projet a tendance à atténuer les sanctions.

Il ne faut certes pas supprimer les sanctions, car malheureusement, en France, en dépit des excellentes écoles dont nous disposons, il existe peu d'écoles de gestion proprement dites et l'on se lance dans les affaires sans avoir une sorte de label de qualité à ce titre. Il faut probablement assainir le marché dans certains cas, mais globalement, les chefs d'entreprise redoutent de prendre une initiative lourde de sanctions.

La notion de sauvegarde d'entreprise, qui, dans le fond, intègre un peu plus en amont le dispositif du plan de continuation, permettra probablement de trouver de meilleures solutions, plus adaptées et donc de diminuer le risque de sanctions dans l'esprit des chefs d'entreprise.

Il y a en outre un thème sur lequel il serait utile de réfléchir, qui consiste à savoir s'il faut ou non trouver une solution en cas de conflit entre les comités de créanciers, qui sont de nature très différente : selon que l'on s'adresse à une banque ou à un fournisseur, ce n'est pas tout à fait le même état d'esprit, c'est le moins que l'on puisse dire. Faudra-t-il arbitrer dans l'hypothèse où des majorités ne se dégageraient pas ? Est-ce que, par exemple, le juge commissaire doit être habilité ou non à exercer une sorte de contrôle et à essayer de trouver une solution permettant d'exécuter un plan de sauvegarde ? Il serait vraiment regrettable que, par l'effet de l'un ou l'autre des deux comités, un plan de sauvegarde qui contiendrait par ailleurs tous les avantages attendus ne puisse être mis en œuvre.

Pour le reste, les chefs d'entreprise ignorent souvent la façon dont se déroulent les procédures collectives, qui sont, il faut le dire, assez spécifiques. Je pense qu'il y a un défaut d'information et je crois qu'à l'occasion d'une meilleure communication, non seulement on pourrait atténuer l'appréhension de ces procédures, mais aussi informer les chefs d'entreprise de l'intérêt du plan de sauvegarde, en particulier. Je suis par principe plus réservé sur l'ouverture d'une conciliation, après la cessation des paiements, qui pourrait donner lieu à des abus, même s'il ne faut pas écarter *a priori* cette façon de faire.

M. Xavier de ROUX, président : Quel risque y voyez-vous ? Quels abus avez-vous en tête ?

M. Jean-André TOULOUSE : Les abus classiques consistent à ce que le chef d'entreprise, sans souci de loyauté, se dise qu'il va procéder à un dépôt de bilan de pure opportunité, qu'il va se doter d'une chance de suspendre les dettes pendant le délai de 45 jours qu'il va tenter d'imposer aux créanciers, pour essayer de régler ses problèmes.

M. Xavier de ROUX, président : Pensez-vous, par exemple, que des chefs d'entreprise pourraient abuser du plan de sauvegarde en cas de condamnation fiscale contestée, de condamnation sociale ? Si, dans une affaire, qui a un compte d'exploitation normal, arrive une condamnation soudaine qui résulte d'une décision du chef d'entreprise, est-ce que cela peut être utilisé dans le but de s'y opposer ou d'en gommer les effets ?

M. Jean-André TOULOUSE : Il se trouvera forcément, statistiquement, des esprits dans lesquels cette idée pourra germer. Il n'y a jamais eu, en droit français, de notion d'abus de dépôt de bilan. En revanche, on trouve naturellement des entreprises qui reviennent *in bonis*. Il est d'ailleurs peut-être difficile d'imaginer instituer la sanction de cet abus, mais il est vrai que peut se faire jour la tentation, en cas d'équilibre de l'exploitation, de se dire que l'on a fiscalement une dette lourde et que l'on va donc tenter le plan de sauvegarde. Est-ce que, pour autant, c'est choquant ? Je n'en sais rien. Mon expérience me conduit à penser que la notion même d'abus de dépôt de bilan est un peu contre-nature, car ce n'est jamais de gaieté de cœur que les gens s'assujettissent à ce genre de procédure. Pour autant, le risque ne peut être évincé.

M. Xavier de ROUX, président : Là, nous sommes dans la sauvegarde, pas dans le dépôt de bilan.

M. Jean-André TOULOUSE : Peut-on, en d'autres termes, imaginer que la transposition soit possible ? En tout état de cause, le plan de sauvegarde ne mériterait en tout cas pas d'être affaibli sous cette seule considération.

M. Xavier de ROUX, président : Le plan de sauvegarde, d'après le projet qui nous est soumis, cesse au cas où intervient la cessation de paiement. Que pensez-vous de cette notion de cessation de paiement ? Faut-il continuer à employer la même notion pour entrer en phase de redressement judiciaire ou est-il possible d'unifier le fait générateur de la sauvegarde et du redressement judiciaire ?

M. Jean-André TOULOUSE : Cette notion de cessation de paiement, répond à une définition bien connue. Mais, quand on l'a définie, on n'en sait pas plus après qu'avant. La question se pose régulièrement avec des clients de savoir à partir de quel moment ils se trouvent juridiquement en cessation des paiements dès lors qu'il importe d'éviter l'infraction pénale qui s'attache au retard du dépôt. Cela suppose de savoir précisément à partir de quand on se trouve en état de cessation de paiement.

Je ne sais pas si l'on peut mieux définir la notion. Par conséquent, dans cette corrélation que vous suggérez entre plan de sauvegarde et plan de continuation, je ne suis pas certain qu'il faille aller tellement plus loin que le projet de loi.

Je crois plutôt que ce sera probablement par la position des cComités de cCréanciers que l'on saura ce qu'il en est. C'est réellement là que l'on va voir si les gens jouent ou non le jeu, dans l'esprit de la sauvegarde. S'ils ne jouent pas le jeu, la cessation de paiement arrivera d'elle-même sans qu'il soit nécessaire d'aménager sa définition ou de distinguer selon que l'on s'oriente vers un plan de sauvegarde ou de conciliation

M. Xavier de ROUX, président : Mécaniquement, oui.

M. Jean-André TOULOUSE : : Techniquement, je ne vois pas bien comment on pourrait améliorer, modifier ou dire autrement que ce que vous avez dit. Cela me semble source de complication. Le principe d'homogénéité de la notion est préférable.

M. Xavier de ROUX, président : Vous pensez donc que le dispositif proposé est acceptable. Vous y êtes favorable ?

M. Jean-André TOULOUSE : Oui.

M. Xavier de ROUX, président : Telle que la procédure est décrite ?

M. Jean-André TOULOUSE : Oui, sous réserve de s'assurer qu'elle ne dure pas trop longtemps, car il est vrai qu'il peut y avoir un risque corrélatif, né de la situation des sous-traitants ou des fournisseurs, qui seront dans une situation d'attente et qui peuvent eux-mêmes se trouver pénalisés dans l'hypothèse d'une attente trop longue de leurs créances. Il faut éviter la cascade, éviter que le problème constaté se reporte sur de plus petites entreprises.

Si, évidemment, on peut contenir cette procédure dans un délai raisonnable et assez rapide, c'est une bonne chose. Je crois qu'a été soulignée par un certain nombre de personnes l'intérêt de cette notion de « *bref délai* », si la justice française peut épouser ce rythme.

M. Xavier de ROUX, président : Certains ont évoqué les groupements de prévention agréés, qui existent auprès d'un certain nombre de tribunaux de commerce. Avez-vous une expérience du fonctionnement de ces organismes ?

M. Jean-André TOULOUSE : On les voit peu et je n'y crois pas. Jusqu'à présent, telle que la loi fonctionnait, dans les procédures de règlement amiable et de mandat *ad hoc*, le chef d'entreprise allait exposer ses difficultés au président du tribunal de commerce, qui dispose de la faculté de s'informer par les moyens que lui donnait la loi, et cela aboutissait à un mandat *ad hoc* dans la plupart des cas, non cantonné dans le temps.

Est-ce que les groupements préventifs ajoutent beaucoup en cette matière, notamment à titre d'information ? Je ne pense pas. Dans le texte du projet de loi, en revanche, il est utile que le président du tribunal de commerce soit doté du maximum de moyens à sa disposition, et il y en a beaucoup maintenant, pour se forger une opinion sur les chances de pérennisation de l'entreprise. Je pense que la plupart des présidents de tribunaux de commerce sont capables de faire cela sans qu'il soit besoin d'ajouter des groupements, préventifs ou autres. Les groupements préventifs sont contactés par les gens qui ne savent pas ce qu'est la prévention.

M. Xavier de ROUX, président : Je souhaiterais maintenant aborder un point qui fait l'objet de discussions, à savoir le fait que le texte prévoit que les cessions d'actifs auront lieu dans la procédure de liquidation et non plus dans la procédure de redressement. Quelle est votre position ?

M. Jean-André TOULOUSE : Dans le régime actuel, la loi prévoit que l'on doit privilégier le plan de continuation et que le plan de cession ne doit être envisagé que dans l'hypothèse où l'on ne peut pas pérenniser l'entreprise. Dans la pratique, les plans de cession d'actifs sont le mode commun. Ceci s'explique par le fait que le décret fixant la rémunération des administrateurs judiciaires s'est trouvé plus généreux en matière de plan de cession d'actifs qu'en matière de plan de continuation. On a probablement, à l'époque de l'élaboration de ce décret, présumé que le travail des administrateurs judiciaires serait plus important dans le premier cas.

Mais il n'est pas absurde « *de lege ferenda* » de distinguer la conciliation, la sauvegarde, la continuation sous le régime de l'ancien redressement judiciaire d'une part et, le plan de cession d'actifs d'autre part, à condition, que ce régime liquidatif n'empêche pas de reconstituer une unité économique et sociale, non pas au sens du droit du travail, mais au sens courant du terme, et que l'on arrive donc à éviter la vente des actifs à l'encan.

Les administrateurs judiciaires ont porté leur critique sur ce risque de vente des actifs à l'encan dans le cadre d'une liquidation. Mais si, sous le régime liquidatif, on continue à bien organiser les plans de cession d'actifs tels qu'ils fonctionnent dans le cadre du redressement judiciaire, je n'y vois aucun inconvénient.

M. Xavier de ROUX, président : Si cela fonctionne bien sous l'angle du redressement judiciaire, pourquoi le changer ?

M. Jean-André TOULOUSE : la modification projetée permet de mieux distinguer les effets de la pérennisation de l'entreprise et les effets tout de même amoindris du plan de cession, démembrement de la propriété d'origine de l'entreprise. En revanche, faut-il maintenir deux professions ! (administrateurs judiciaires et liquidateurs).

M. Xavier de ROUX, président : Croyez-vous que la suspension des cautions personnes physiques pendant la période de sauvegarde puisse affecter le comportement des banques, des prêteurs ?

M. Jean-André TOULOUSE : Il est fort probable que les banques voient d'un mauvais œil l'idée que la caution ne puisse pas être mise en œuvre dès la déclaration de créances. Ceci dit, dans le régime de droit français, sans être un spécialiste du droit de la caution, celle-ci n'est en général pas moins bien traitée que le débiteur principal. Il me semble donc assez logique que, bien que l'on passe par une procédure assez spécifique, on laisse la caution dans le régime de droit commun, à condition malgré tout, comme je l'indiquais tout à l'heure, que l'on en fasse autant dans le cadre d'un plan de continuation.

M. Xavier de ROUX, président : En ce qui concerne la questions de l'exclusion des PME ou des TPE de la procédure de sauvegarde, pensez-vous, au regard de votre expérience, que cette procédure est plutôt faite pour l'ensemble des sociétés, pour les grandes sociétés ou également les très petites entreprises, quelle que soit leur taille ?

M. Jean-André TOULOUSE : Cette notion de petite et grande entreprise doit être un peu précisée. S'agissant des grandes sociétés, des grands groupes, on voit de quoi il retourne. Dans la notion de petite société, je crains que l'on ne distingue pas assez ce qui relève d'une PME déjà importante, avec 400 ou 500 personnes et qui, localement, en province, compte beaucoup, et d'une petite entreprise de cinq ou dix personnes. J'aurais cependant tendance à considérer qu'il n'y a pas lieu de distinguer les traitements. Vous pouvez avoir des sociétés d'une centaine de personnes qui, localement, font vivre indirectement beaucoup plus de 100 personnes. Je serais donc plutôt favorable à une application générale de ce droit de la sauvegarde, d'autant que, même psychologiquement, voire politiquement aussi, je ne sais pas s'il est bon de dire que certains ont droit à ce qui pourrait apparaître comme une sorte d'avantage, et d'autres non.

Les toutes petites entreprises s'orienteront plutôt vers le plan de conciliation pour résorber leurs difficultés pour passer au plan de continuation ou de cession en cas d'échec.

M. Xavier de ROUX, président : Dernière question en matière de droit d'alerte des salariés et du comité d'entreprise. Comment voyez-vous l'articulation entre le droit d'alerte, le devoir d'information et la procédure de conciliation ou de sauvegarde ?

M. Jean-André TOULOUSE : Par prudence, il est préférable de se référer aux règles de droit commun en matière d'information du comité d'entreprise ou du comité central d'entreprise. Cela veut dire que vous ferez d'autant mieux vivre un plan de sauvegarde, qui j'espère sera le noyau central dans la future pratique, que vous aurez informé les salariés et leurs représentants dans les conditions de droit commun prévues par les textes, c'est-à-dire en respectant l'exigence que tout fait significatif soit porté à la connaissance du comité d'entreprise. Je pense qu'un plan de sauvegarde est important pour une entreprise. Ne pas fixer le plus tôt possible en amont le droit d'information d'un comité d'entreprise, c'est s'assurer probablement des difficultés par la suite.

M. Xavier de ROUX, président : Et si l'on fait la distinction entre la sauvegarde et la conciliation ?

M. Jean-André TOULOUSE : Dans la conciliation, le dépôt de bilan constitue un fait significatif en matière de droit social. Il est difficile de dire le contraire. Par rapport à la panoplie des textes qui permettent d'estimer ou non que les faits sont significatifs, dire que le dépôt de bilan, n'est pas un fait significatif pour l'entreprise, simplement parce que l'on se trouve dans ce type de procédure, est délicat au regard du droit du travail.

M. Xavier de ROUX, président : Votre opinion est donc qu'il faut informer.

M. Jean-André TOULOUSE : Oui, car tous les plans, quels qu'ils soient, réussissent en tout état de cause d'autant mieux que, socialement, il n'y a pas eu d'accrocs, de difficultés,... Je pense qu'il serait malhabile ou imprudent d'écarter le plan de conciliation, car les salariés continueront à le considérer comme une modalité du dépôt de bilan, en dépit de l'innovation législative.

**Audition de Jean-Paul SIMONNOT,
Procureur de la République près le tribunal de grande instance de Bobigny**

(Extrait du procès-verbal de la séance du 1^{er} juillet 2004)

M. le président Pascal CLÉMENT : Monsieur le Procureur, nous sommes heureux de vous accueillir. Il nous a paru important d'entendre un représentant du Parquet qui soit un praticien, car le rôle du Parquet, déjà important, se trouve conforté par le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises. Au surplus, Bobigny est le second tribunal de commerce de France par son importance : en 2003, 1780 jugements d'ouverture de procédures collectives y ont été rendus, pour des entreprises de taille totalement variable, ce qui constitue un nombre impressionnant.

À l'occasion de l'audience de rentrée solennelle de janvier 2004, vous avez prononcé une allocution, publiée par le périodique juridique *Les annonces de la Seine* sous le titre assez « accrocheur » de « *Faillite du droit de la faillite* ». Vous comprendrez que ce texte a appelé notre attention, d'autant que vous le concluiez en regrettant de ne pas avoir plus de temps pour exploiter votre « boîte à idées ». Nous espérons que vous êtes venu avec celle-ci !

M. Jean-Paul SIMONNOT : Je suis très honoré de votre invitation. Je ne sais si je répondrai complètement à vos espérances.

S'agissant de cette « *Faillite du droit de la faillite* », je ne crois pas avoir été particulièrement original, car il suffit d'examiner les résultats des procédures collectives pour se faire une idée. Les chiffres de la Seine-Saint-Denis ne diffèrent guère de ceux obtenus au plan national : on y enregistre à peu près 90 % d'échecs.

À partir du « ressenti du terrain », la part prise par ce qui ne se rapporte pas aux procédures collectives, mais plutôt à la phase contractuelle du mandat *ad hoc*, constitue en revanche, me semble-t-il, une spécificité de la démarche du tribunal de Bobigny. On relève en effet à Bobigny un emploi relativement important de ce mandat *ad hoc*. En 2003, nous en avons dénombré 150 avec un pourcentage de réussites intéressant, puisqu'il est de l'ordre de 80 % contre 60 % au plan national.

En revanche, nous voyons arriver dans le cadre des procédures collectives les mandats *ad hoc* qui ont échoué. Ce qui permet de procéder à quelques observations, étant entendu que le Parquet n'est actuellement pas informé de la mise en œuvre, par le Président du tribunal de commerce, de l'ensemble des mandats *ad hoc*.

Il a parfois été donné au Parquet de s'interroger sur la situation de l'entreprise au regard de l'état de cessation des paiements. Nous avons pu penser, dans certaines situations, que la cessation des paiements était avérée, ce qui n'a pas nécessairement constitué un obstacle pour le président du tribunal de commerce à la mise en place d'un mandat *ad hoc*. Ce n'est pas en soi une critique itérative. Nous avons simplement constaté que l'entreprise avait préféré une procédure qui correspondait à une démarche de confidentialité et de souplesse par rapport à la procédure collective. Ce point, ni neutre ni sans intérêt, me paraît militer pour une démarche beaucoup plus contractuelle et d'anticipation, ainsi que le projet le prévoit actuellement.

Cette démarche de mandat *ad hoc*, nous l'avons vue à l'œuvre, en particulier dans le cas d'un intérêt économique ou collectif important. On peut penser, par exemple, à une société d'économie mixte pour laquelle la procédure collective aurait présenté de multiples inconvénients et pour laquelle la procédure du mandat *ad hoc* offrait l'avantage de la confidentialité. Il est beaucoup plus aisé d'établir un tour de table avec des intervenants publics, voire étatiques, des créanciers privés, pour parvenir à une solution permettant de pérenniser l'activité plutôt qu'une procédure collective qui aurait pu conduire à une situation beaucoup plus préoccupante, notamment compte tenu de son incidence potentielle en termes de problèmes relatifs à des logements. Un tel exemple

montre combien il est important, dans le traitement des difficultés des entreprises, de renforcer une procédure qui garantit à la fois la confidentialité et la souplesse.

M. Xavier de ROUX : Le projet de loi prévoit d'associer le procureur à l'élaboration du mandat *ad hoc*. Est-ce, selon vous, une rupture de la confidentialité ?

M. Jean-Paul SIMONNOT : C'est une vraie question. Quelle est la préoccupation du législateur lorsqu'il fait entrer dans le bureau du président du tribunal de commerce, dans le cadre de cette procédure, le procureur de la République qui, jusqu'alors, restait à la porte ? Il ne m'appartient pas de répondre à cette question.

Le président Pascal CLÉMENT : Au regard de votre expérience, à quoi aboutira une telle procédure ?

M. Jean-Paul SIMONNOT : Le procureur de la République est le garant du respect des règles fixées par le législateur. Dans le cas du mandat *ad hoc*, nous avons affaire à une procédure très souple et qui conservera, me semble-t-il, beaucoup des caractéristiques du mandat *ad hoc* tel qu'il existe aujourd'hui. Il est en effet très peu modifié par le projet de texte. Le Parquet sera sans doute vigilant sur la situation de l'entreprise au vu de la cessation des paiements. Par conséquent, dans un certain nombre de situations, le mandat *ad hoc* mis en place pourra dériver vers d'autres formes de procédures...

M. Xavier de ROUX : Vous abordez un point essentiel : vous précisez que le Parquet veillera à la question de l'effectivité de la cessation des paiements. Dès lors, la définition en vigueur de la cessation des paiements vous semble-t-elle devoir être conservée dans toute sa rigueur, ou êtes-vous favorable à sa modification en remplaçant par exemple le « passif exigible » par le « passif exigé » ?

M. Jean-Paul SIMONNOT : Effectivement, beaucoup sont partisans de la modification de la définition. La démarche du législateur tend à favoriser une solution contractuelle, dynamique, économique. Pour sa part, le passif exigible est une notion relativement statique, alors que le passif exigé est plus évolutif. Précisément, ce sera le cas dans les débats pour l'élaboration du plan de conciliation ou du plan de sauvegarde. Il paraîtrait sans doute plus cohérent d'associer à la démarche contractuelle privilégiée le passif « exigé » plutôt que le passif « exigible ». Faute de quoi le Parquet n'aura pas d'autres choix que de veiller scrupuleusement à l'application de la règle, ce qui peut s'avérer réducteur par rapport au souhait du législateur et au souci de pérenniser l'activité de l'entreprise.

Un autre inconvénient a déjà été signalé par différents auteurs : celui de la confidentialité. Le Parquet sera présent, mais, au regard de la confidentialité, cela ne sera pas un problème. Le Parquet a vocation à conserver des informations sans les rendre publiques..

M. Xavier de ROUX : Est-ce le cas en pratique ?

M. Jean-Paul SIMONNOT : C'est le cas. Je n'ai pas de contre-exemple qui me vienne à l'esprit. Cela étant, le ministère public interviendra dans sa plénitude. Sera donc présent, dans le cadre d'une procédure civile, un représentant du Parquet qui exercera également des fonctions répressives. Par conséquent, il sera conduit, s'il participe à telle ou telle réunion de travail présidée par le président du tribunal de commerce, à « entendre des choses ». Dans le cadre d'une recherche de conciliation, l'entrepreneur est conduit à se livrer assez largement, à ouvrir ses comptes, à exposer ses problèmes. Certaines de ses difficultés tiennent peut-être à la manière dont il a géré, qui peut s'avérer imprudente. Des abus de biens sociaux peuvent apparaître. Quelle sera la réaction du magistrat du Parquet présent lors de ces entretiens ? S'il y a bien pour le Parquet un intérêt à être présent dans chacune de ces modalités de prévention ou de traitement des entreprises en difficulté, il existe aussi corrélativement pour lui un risque. Si, d'aventure, le dossier évolue mal, peut-être sera-t-il reproché au Parquet de ne pas avoir vu ce qu'il aurait dû voir.

M. Xavier de ROUX : Il subsiste toutefois la règle de l'opportunité des poursuites.

M. Jean-Paul SIMONNOT : Certes, mais quand le dossier « tourne » mal, on peut avoir l'impression que plus rien ne se discute, que se font jour des aspects que chacun aurait dû voir de longue date. Imaginons une affaire qui a débuté dans un cadre classique de procédure de prévention, puis de procédures collectives, pour connaître enfin des prolongements pénaux. On peut très bien imaginer que le juge d'instruction, saisi de l'aspect pénal, vienne poser des questions à l'entrepreneur, mais aussi au magistrat du Parquet qui pourra être entendu comme témoin.

Le président Pascal CLÉMENT : L'équilibre est difficile.

M. Xavier de ROUX : Pour résumer votre propos, le Parquet partage la confidentialité ; mais, par nature, il est fait pour appliquer la loi et constater des infractions. Dans cette hypothèse, si, appliquant la loi, il constate des cessations de paiement dans sa définition actuelle, il sera bien forcé d'en tirer les conséquences de droit et c'en est fini des conciliations ! S'il découvre une infraction, en cours de route, il est tenu de poursuivre.

M. Jean-Paul SIMONNOT : Il est vrai qu'il existe la règle de l'opportunité des poursuites, mais il s'agit d'une règle de plus en plus discutée, au plan général. Par conséquent, la question est de savoir quel type de responsabilité prendra le Parquet. Naturellement, ces questions ne se poseront pas pour les petits commerces de proximité, mais elle se posera dans le cadre d'une entreprise d'une certaine importance et pour laquelle les procédures peuvent connaître un développement significatif.

Le président Pascal CLÉMENT : À Bobigny, le Parquet est-il toujours présent pour les procédures collectives ?

M. Jean-Paul SIMONNOT : Le Parquet s'efforce d'être présent. Actuellement, six audiences par semaine se rapportent à des procédures collectives.

Le président Pascal CLÉMENT : Combien de substituts suivent ces affaires commerciales ?

M. Jean-Paul SIMONNOT : La division des affaires financières économiques et sociales compte sept magistrats. Ils interviennent tous au tribunal de commerce, mais ils ont en charge beaucoup d'autres contentieux. En réalité, la somme des prestations n'équivaut pas à deux temps plein. À mon sens, il faudrait que le Parquet puisse déléguer deux magistrats à temps complet pour le tribunal de Bobigny.

Le président Pascal CLÉMENT : Vous n'en disposez pas ?

M. Jean-Paul SIMONNOT : Je dois disposer d'environ un équivalent temps plein, mais cela dépend des périodes. Au deuxième semestre 2003, le Parquet était en situation sensible et il se trouvait moins présent auprès de la juridiction commerciale. Divers aléas peuvent en effet avoir des incidences sur la situation du Parquet à un moment donné.

Le président Pascal CLÉMENT : Faut-il que le procureur donne un avis sur le choix du conciliateur ?

M. Jean-Paul SIMONNOT : Je crois que cela dépend beaucoup de la pratique. Il n'y a pas de contre-indications à ce que le Parquet émette un avis sur cette désignation. Actuellement, au vu de mon expérience en Seine-Saint-Denis, il n'y a pas à craindre de difficultés qui seraient liées au choix du conciliateur. Le président du tribunal de commerce a recours à des administrateurs judiciaires locaux ou parisiens.

Le président Pascal CLÉMENT : Il a finalement plus de choix qu'en province.

M. Jean-Paul SIMONNOT : Oui, je crois. À cet égard, la problématique diffère entre Paris et Province.

Le président Pascal CLÉMENT : Quelle est la justification du maintien de la possibilité d'appel du jugement d'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement, en l'absence de caractère suspensif ?

M. Jean-Paul SIMONNOT : S'agissant des voies de recours, le Parquet a toujours été très prudent. Au cours de mes neuf années passées en Seine-Saint-Denis, le Parquet n'a dû user qu'une fois ou deux de ses voies de recours. Si nous voulons favoriser la rapidité et la souplesse, il convient de ne pas trop ouvrir les voies de recours. Sur un plan pratique, le Parquet utilise très peu les voies de recours, en particulier contre les décisions d'ouverture. En l'état, l'utilité du recours dépend beaucoup de la capacité pour la Cour d'appel de répondre dans un délai bref. Un appel contre un jugement d'ouverture avec un effet suspensif pourrait avoir des inconvénients tant parfois la situation ne s'accommode pas d'un délai d'appel, fût-il relativement court.

En ce qui concerne les autres décisions du tribunal, je crois que, dans le projet de loi, l'effet suspensif demeure pour les appels du ministère public, sauf erreur de ma part, mais, là encore, l'effectivité de la règle dépend des possibilités pour la Cour d'appel de répondre dans un délai convenable.

Le président Pascal CLÉMENT : Ce qui, en pratique, est exclu.

M. Jean-Paul SIMONNOT : La vie des affaires, qui appelle la réactivité et l'absence d'indécision, s'accommode mal du délai et de l'incertitude tenant au fait qu'une décision est attaquée. Entre deux inconvénients, il est préférable de restreindre les voies de recours ou la démarche de tierce opposition.

M. Xavier de ROUX : La tierce opposition aux décisions de conciliation a suscité nombre de remarques. Est-ce pour vous une voie de recours à maintenir ?

M. Jean-Paul SIMONNOT : Je n'en suis pas sûr. Il faut faire confiance aux acteurs de la procédure. Sinon, le projet risque de perdre en efficacité. Je ne serais pas hostile à ce que cette procédure soit réduite.

M. Xavier de ROUX : C'est clairement l'un des points de débat. En effet, après la phase très contractuelle, l'on entre dans les phases de redressement et de liquidation où, bien entendu, la loi doit s'appliquer dans toute sa dimension. La question posée est de savoir dans quelle proportion « judiciariser les phases conciliatrices » de la procédure.

M. Jean-Paul SIMONNOT : Le mariage du contractuel et de l'institutionnel reste délicat. Il n'est pas possible de conserver une procédure qui soit purement contractuelle, mais la part de l'institutionnel a vocation à rester discrète dans la démarche de prévention. L'on peut imaginer l'introduction de points communs entre la prévention et la procédure collective. Dans un premier temps, c'est tout de même une démarche laissée à l'initiative de l'entrepreneur. Dès lors, il serait utile de rendre ces procédures encore plus attractives pour lui, c'est-à-dire en particulier moins intimidantes.

Le président Pascal CLÉMENT : Il a pu être indiqué par certains de vos collègues parquetiers qu'à partir du moment où le chef d'entreprise commençait à expliquer ses difficultés, il pouvait aussi être amené à mettre à nu des actes ressortissant au domaine délictuel. Dès lors comment l'encourager à s'engager dans ces procédures ?

M. Jean-Paul SIMONNOT : C'est là aussi un vrai problème.

Le président Pascal CLÉMENT : Pensez-vous que la procédure de sauvegarde, telle que prévue par le projet, fonctionnera comme on l'attend? Comment s'assurer que ce projet puisse donner les résultats attendus ?

M. Jean-Paul SIMONNOT : Il faudrait systématiser les démarches de détection, les rendre plus automatiques et rendre l'intervention du président du tribunal de commerce plus facile.

Le président Pascal CLÉMENT : Autrement dit, sans l'accord préalable du chef d'entreprise ?

M. Jean-Paul SIMONNOT : Oui.

Le président Pascal CLÉMENT : Cela rejoint la demande de Mme Peérette Rey, président du tribunal de commerce de Paris. Mais le fait qu'un magistrat consulaire « surveille » ses collègues chefs d'entreprise ne contrevient-il pas au principe du « chacun chez soi » ? De plus, cela suppose que le président du tribunal de commerce doit avoir, par un moyen ou un autre, les comptes de l'entreprise.

M. Jean-Paul SIMONNOT : En effet.

M. Xavier de ROUX : Il reçoit les comptes qui sont publics.

Le président Pascal CLÉMENT : Si l'on souhaite que la procédure fonctionne, il faut qu'elle reste discrète.

M. Jean-Paul SIMONNOT : C'est très difficile.

Le président Pascal CLÉMENT : Cela risque de faire naître des doutes sur les motivations des décisions de certains juges consulaires ? Au surplus, constatant une difficulté, le magistrat commercial sera tenu d'aller la signaler au Parquet.

M. Jean-Paul SIMONNOT : On retrouve la même situation avec le magistrat du Parquet qui intervient dans cette procédure en amont. Chaque situation présente un intérêt et un inconvénient.

Je m'interroge, à la lecture du projet de loi, sur le caractère suffisamment incitatif pour l'entrepreneur des phases contractuelles. Je pense qu'il est possible d'aller plus loin. Mais l'on n'empêchera pas, de toute façon, l'intervention d'un président de juridiction, et du tribunal lui-même, au moment de l'homologation, ce qui innove par rapport à la situation *ex ante*, c'est-à-dire à la situation présente du mandat *ad hoc*. Il y a, de ce point de vue, une forme de régression, et, pour l'entrepreneur, une difficulté supplémentaire dans sa démarche.

M. Xavier de ROUX : Actuellement, à propos du mandat *ad hoc*, beaucoup nous disent que nous avons déjà une procédure que l'on connaît et qui est adaptée – 80% de réussites à Bobigny, dites-vous. Pourquoi ne pas se contenter d'écrire que le mandat *ad hoc* pourrait être homologué par le président du tribunal? Ce n'est pas dans le texte. Cela vous choquerait-il ?

M. Jean-Paul SIMONNOT : Il s'agirait de prévoir une homologation obligatoire, ou optionnelle ?

M. Xavier de ROUX : Pour l'heure, nous avons entendu des propositions sous forme optionnelle.

M. Jean-Paul SIMONNOT : Ce peut paraître curieux de la part d'un représentant du Parquet de défendre particulièrement la démarche contractuelle, mais je crois qu'elle favorise la pérennité de l'activité de l'entreprise. Cela ne peut se faire qu'avec le concours délibéré du chef d'entreprise. Par conséquent, il ne faut pas l'effrayer inutilement. L'information du ministère public constitue déjà un élément de nature à l'émouvoir. Le débat contradictoire que suppose

l'homologation de l'accord de conciliation par le tribunal est un élément de dissuasion supplémentaire.

Le président Pascal CLÉMENT : Comment fonctionne à Bobigny la Commission régionale d'action publique en matière économique et sociale ?

M. Jean-Paul SIMONNOT : Elle a peu d'activité. Je l'ai réunie une fois. J'ai relevé une appétence limitée de la part des responsables départementaux concernés.

Le président Pascal CLÉMENT : Par rapport à tout ce qui était prévu dans le projet, y a-t-il des points sur lesquels vous voudriez appeler particulièrement notre attention ?

M. Jean-Paul SIMONNOT : L'une des conditions essentielles d'amélioration de la situation présente étant de favoriser l'anticipation, on peut peut-être se demander si le tribunal de commerce n'est pas une institution susceptible d'intimider l'entrepreneur et si l'on ne pourrait pas envisager la mise en place de modalités, au stade de la négociation, qui seraient confiées à la chambre de commerce. Ainsi l'aspect juridictionnel ne serait pas immédiatement présent.

Le président Pascal CLÉMENT : Je vous remercie.

**Audition de M. Pascal DANIEL,
président du Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce,
de M. Christian BRAVARD, vice-président,
de M. Michel JALENQUES, secrétaire général,
et de M. Jean-Marc BAHANS, greffier du tribunal de Bordeaux,**

(procès-verbal de la séance du 1^{er} juillet 2004)

M. Pascal DANIEL : Nous sommes venus à plusieurs pour montrer l'importance que nous attachons au sujet que vous traitez. Ainsi que vous le savez déjà, les procédures collectives et le droit des sociétés sont au cœur de notre métier.

M. Xavier de ROUX, président : Le projet de loi a pour objet de détecter les difficultés des entreprises en amont et de les traiter le plus efficacement possible au profit de l'entreprise. Actuellement, les procédures s'enclenchent lorsque les tribunaux de commerce sont informés des signaux indiquant les difficultés d'une entreprise. Quelles sont les mesures que vous envisageriez, au titre des greffes, pour améliorer la détection en amont des difficultés des entreprises ?

M. Pascal DANIEL : Très peu d'entreprises contactent spontanément les tribunaux de commerce pour les informer qu'elles sont en difficulté et, quand elles le font, c'est tardivement. Il faut donc que les tribunaux cernent les entreprises susceptibles d'être en difficulté en fonction de critères à définir.

Ces critères se fondent sur des informations avant tout économiques, connues des greffes : les informations régulières telles que les comptes déposés annuellement, les informations économiques correspondant à la dernière situation bilantielle connue avec le décalage que nous connaissons tous. Viennent ensuite des informations économiques plus ponctuelles ou plus récurrentes, selon les cas, que sont les difficultés liées à d'éventuels défauts de paiement, en premier lieu, aux organismes sociaux et au Trésor public.

M. Xavier de ROUX, président : N'est-il pas alors déjà trop tard ?

M. Pascal DANIEL : Tout dépend du délai que prennent les organismes sociaux pour procéder aux inscriptions de leurs privilèges. Le délai trimestriel en vigueur a curieusement été rallongé dans le projet de loi pour devenir semestriel, alors que nous pensons que le délai devrait au contraire être le plus court possible. S'y ajoute la question du seuil en terme de montant. Les seuils d'inscription sont aujourd'hui de 12 000 euros. Compte tenu de la population des PME et PMI françaises, 12 000 euros représentent une somme à la fois très et peu importante : très élevée pour les petites entreprises, faible pour les grandes sociétés. Nous pensons à cet égard que ces signes sont rapidement connus et que les seuils sont suffisamment bas pour permettre une véritable prévention-détection.

M. Xavier de ROUX, président : Lorsque les organismes sociaux procèdent à leurs inscriptions, ils ont également tendance à tenter de recouvrer les sommes en jeu. Ne s'agit-il pas alors d'un mécanisme «accélérateur» ?

M. Christian BRAVARD : Seulement parce qu'ils inscrivent tardivement. L'un procède de l'autre. S'ils procédaient à ces inscriptions plus tôt, il s'agirait alors vraiment d'alerte, plus d'ailleurs que de prévention. Dans la mesure où ils disposeront à l'avenir de six mois, la situation aura largement eu le temps de se détériorer. En même temps, ils souhaitent évidemment pouvoir recouvrer.

M. Jean-Marc BAHANS : Il existe un décalage certain dans le temps entre l'exigibilité de la créance de l'URSSAF, le non-paiement de cette créance et une assignation éventuelle en redressement judiciaire. Un long délai peut s'écouler. Si l'on remonte en amont dans le temps,

l'inscription est un signal fort, car le fait que des entreprises tardent à payer est manifestement un indice de leur relative mauvaise santé.

M. Pascal DANIEL : En outre, lorsque nous établissons nos critères internes de détection pour aider les présidents de tribunaux à prévoir les incidents, nous constatons souvent que les entreprises que nous identifions comme susceptibles de connaître des difficultés ont réussi à payer les organismes sociaux ou le Trésor public. En fait, dans ce type de cas, les entrepreneurs n'ont simplement pas pensé à se faire radier de l'inscription. En effet, il leur faut demander un certificat de radiation aux organismes concernés, qu'ils doivent ensuite déposer au greffe. D'après nous, il devrait revenir à ceux qui bénéficient de l'inscription, autrement dit les organismes sociaux et le Trésor public, de procéder eux-mêmes à cette radiation.

M. Xavier de ROUX, président : C'est, en effet, une remarque que nous avons souvent entendue.

M. Pascal DANIEL : Et qui milite dans le sens de la simplicité et de l'efficacité.

M. Xavier de ROUX, président : Le chef d'entreprise ne sait pas qu'il y a eu une inscription sur les registres du greffe. Il ne prendra donc pas la peine de demander la radiation d'une inscription dont il ignore l'existence.

M. Jean-Marc BAHANS : Même s'il le sait, il ignore que c'est à lui qu'il revient de le faire.

M. Pascal DANIEL : Tout cela n'est pas efficace et s'avère malsain pour l'entreprise.

M. Xavier de ROUX, président : Bref, pour résumer un peu brutalement, vous disposez d'un élément d'alerte qui ne fonctionne pas.

M. Pascal DANIEL : Mais qui peut être amélioré.

M. Michel JALENQUES : Et qui constitue un véritable indicateur, l'un des plus importants pour les tribunaux. Si les seuils étaient abaissés, cela permettrait certainement d'améliorer la prévention en détectant plus tôt et en proposant plus tôt des solutions au chef d'entreprise.

M. Pascal DANIEL : Nous avons pensé à d'autres indicateurs : en cas de non-paiement d'une lettre de change ou d'un chèque, la Banque de France est informée. Mais pour certains montants, il faudrait que les greffes et les tribunaux de commerce soient également informés, car lorsqu'un chèque est impayé pour insuffisance de provision, c'est bien qu'un vrai problème se pose.

M. Xavier de ROUX, président : Il n'y a pas de liaison avec la Banque de France ?

M. Christian BRAVARD : Il existe un lien formel, mais la Banque de France invoque le secret bancaire. Il faudrait mettre en place une mesure de publicité, entourée de garde-fous. Certains cas nécessitent que nous soyons au courant. La Banque de France locale fournit parfois, de manière informelle, certains éléments, mais de manière très parcimonieuse.

M. Xavier de ROUX, président : Que fait la Banque de France, lorsqu'elle est informée d'une difficulté de paiement ?

M. Christian BRAVARD : Elle informe les autres banques.

M. Jean-Marc BAHANS : Elle s'en sert notamment pour ses cotations.

M. Christian BRAVARD : En réalité, tout le monde le sait, excepté celui qui serait en mesure de faire de la prévention.

M. Xavier de ROUX, président : Toutes les banques sont averties ?

M. Michel JALENQUES : oui, d'autant qu'il existe un fichier des incidents de paiement.

M. Xavier de ROUX, président : Selon vous, dès lors que l'on avertit les banques, qui sont les principaux déclencheurs de difficultés de paiement, il serait préférable que le tribunal de commerce soit alerté en même temps pour envisager une prévention quand c'est possible.

M. Jean-Marc BAHANS : Cela peut passer par des mesures de publicité relatives aux impayés, mais on peut aussi imaginer – il faut envisager plusieurs alternatives – une communication confidentielle, une communication sous secret professionnel des notations ou de tout ou partie de celles-ci.

M. Christian BRAVARD : Il pourrait même s'agir d'éléments expurgés, s'ils indiquent toutefois un certain niveau d'alerte.

M. Pascal DANIEL : S'agissant du dépôt des comptes annuels, le projet fait état de la possibilité pour les présidents de disposer d'un pouvoir d'injonction. Nous pensons que ce pouvoir doit être assorti d'une possibilité d'astreinte pour être réellement efficace. En droit français, soit on dépose les comptes, soit on peut être poursuivi pénalement. Nous croyons à l'utilité d'une solution intermédiaire.

M. Xavier de ROUX, président : Il vaudrait mieux remplacer la règle pénale par une règle civile d'astreinte car il n'y a pas de poursuites pénales.

M. Jean-Marc BAHANS : Et le référé est trop lourd.

M. Xavier de ROUX, président : C'est en effet un marteau pour écraser une mouche !

M. Jean-Marc BAHANS : Il faut alors que quelqu'un saisisse le tribunal et paie les frais de l'assignation

M. Xavier de ROUX, président : Donc, selon vous, il serait préférable que le président puisse prendre une injonction de faire sous astreinte.

M. Pascal DANIEL : Il fixerait l'astreinte et jugerait de l'opportunité de l'astreinte et de l'injonction. C'est un juge qui en déciderait

M. Xavier de ROUX, président : Il est vrai que les procureurs ne le font jamais.

M. Michel JALENQUES : Sauf en présence d'autres éléments.

M. Xavier de ROUX, président : Le non-dépôt des comptes constitue un véritable élément d'alerte.

M. Jean-Marc BAHANS : C'est un élément très important. Nous disposons d'outils de *scoring*, qui nous permettent d'établir des notes d'alerte sur les entreprises. Dans le tribunal où j'exerce mes fonctions, les comptes des sociétés déposés au greffe sont passés au crible d'un outil informatique d'analyse, et le tribunal reçoit une liste hebdomadaire des entreprises en risque potentiel.

M. Xavier de ROUX, président : Les chefs d'entreprise sont donc susceptibles d'être convoqués.

M. Jean-Marc BAHANS : Tout à fait, c'est sur cette base que le président convoque.

M. Michel JALENQUES : Les tribunaux sont équipés de logiciels de détection dans le cadre de la prévention. Tout dépend de l'usage qui en est ensuite fait. C'est fonction de la volonté des présidents.

M. Xavier de ROUX, président : Cela dépend donc des juridictions ?

M. Pascal DANIEL : oui, mais de quelles informations disposent-elles ? Elles croisent les inscriptions de privilèges de sécurité sociale et du Trésor, l'éventuel absence de dépôt des comptes, la perte de la moitié du capital social, les injonctions de paiement, les assignations. On regroupe ces paramètres en calculant des *scorings*. Ainsi peut-on détecter les entreprises qui connaissent quelques difficultés. Cela fonctionne plutôt bien.

M. Xavier de ROUX, président : Il n'y a donc rien à changer à cet égard ?

M. Jean-Marc BAHANS : Certains critères de détection pourraient être affinés.

M. Pascal DANIEL : Les informations provenant de la Sécurité sociale et du Trésor doivent nous parvenir rapidement, avec des seuils suffisamment bas. Douze mille euros comme aujourd'hui, c'est déjà trop.

M. Xavier de ROUX, président : Donc vous suggérez une meilleure coordination avec la Banque de France et la modification des règles de radiation des inscriptions des organismes sociaux, afin que l'information prenne tout son sens.

M. Michel JALENQUES : Si possible également de revenir à l'obligation de procéder à l'inscription le plus rapidement et non plus dans un délai de six mois.

M. Pascal DANIEL : En matière de prévention, nous sommes sensibles au fait que le texte renvoie au secret professionnel édicté par le code pénal. Il ne faut pas alléger cet article et au contraire le laisser en l'état, pensons-nous, pour protéger toutes les données liées à la prévention. Nul ne doit être averti que le président du tribunal a convoqué un chef d'entreprise donné dans le cadre d'une démarche de prévention. Ce d'autant que, si l'on imagine des critères larges, on convoquera nombre de personnes pour constater qu'elles répondent à la convocation et qu'il ne se passe rien.

M. Xavier de ROUX, président : Le grand problème, d'ordre psychologique, relève des relations entre le tribunal de commerce et ses ressortissants. Si l'on veut faire de la prévention, la démarche auprès du tribunal de commerce doit apparaître normale, naturelle. Sans une collaboration naturelle entre le tribunal de commerce et ses ressortissants, nous n'y parviendrons jamais.

M. Jean-Marc BAHANS : Si l'on revient à l'aspect statistique, on connaît la population qui dépose des bilans : il s'agit des petites entreprises. Dans notre juridiction, beaucoup d'entreprises comptent un, deux ou trois salariés. Finalement, ces personnes sont assez contentes d'être convoquées, car elles se sentent très souvent seules. Brusquement, elles se retrouvent avec un autre chef d'entreprise, car le juge qu'il rencontre est un chef d'entreprise. Le fait qu'il soit magistrat introduit de la confidentialité, de la sécurité, du désintéressement et de l'indépendance. Dans la pratique, la prévention est plutôt bien ressentie. Il est vrai que certains se demandent pourquoi on vient les chercher, pourquoi on les interroge. Mais dès lors qu'ils rencontrent le juge, la procédure est perçue positivement.

M. Jean-Marc BAHANS : À Bordeaux, on compte quasiment autant d'entreprises qui sont reçues que d'entreprises qui passent en procédures collectives. Le taux de retour de bonnes opinions est élevé.

M. Xavier de ROUX, président : Je vous trouve soudainement d'un optimisme formidable ! Convaincre un chef d'entreprise d'aller voir le président du tribunal de commerce n'est pas chose si aisée.

M. Jean-Marc BAHANS : Cela reste lié à la taille des entreprises. Les entreprises d'une certaine taille viennent spontanément en prévention, car tel est leur intérêt. Mais il faut du temps pour que les esprits évoluent.

M. Pascal DANIEL : Il faut aussi mentionner les conseils : les comptables, les avocats du droit du travail...

M. Xavier de ROUX, président : L'amélioration de la sauvegarde des entreprises n'interviendra que si, effectivement, se manifeste une évolution forte des mentalités. Cet aspect ne peut figurer dans la loi.

L'objet principal du texte vise à améliorer le taux de sauvegarde des entreprises, avec le mandat *ad hoc*, la conciliation, la sauvegarde, le redressement judiciaire et la liquidation. Nous disposons ainsi de cinq outils.

S'agissant du mandat *ad hoc*, jugez-vous la procédure efficace ? Se pose notamment la question de la confidentialité. Comment percevez-vous les choses ?

M. Christian BRAVARD : Je crois que le mandat *ad hoc* est un bon outil. Il n'est pas fondamentalement modifié par le texte. C'est un peu « l'antichambre », pour employer une expression un peu simpliste, de la conciliation, puisque le nouveau texte allonge simplement le délai d'un mois. La durée pour aboutir à une solution est courte. Que se passe-t-il dans la pratique ? On commence par délivrer un mandat *ad hoc* qui permet de vérifier la faisabilité de l'opération. Lorsque l'on aboutit au règlement amiable, on sait que l'on est probablement très près du but. Le mandat *ad hoc* a une mission plus large, mais, dans la pratique, il fonctionne comme un préalable au règlement amiable.

M. Pascal DANIEL : C'est vraiment le principe de l'entonnoir. Quand on fait de la prévention dans les juridictions, 90 % des dossiers s'arrêtent avant le mandat *ad hoc*. Le fait de discuter avec le dirigeant incite ce dernier à prendre des mesures. On le rencontre une nouvelle fois un mois plus tard et puis c'est terminé. Le mandat *ad hoc*, quant à lui, représente 8 % et la conciliation 2 %, parce qu'entre conciliation et mandat *ad hoc* le rapport est d'un à quatre.

M. Xavier de ROUX, président : Huit pour cent de quel total ?

M. Pascal DANIEL : Des personnes convoquées dans le cadre de la prévention.

M. Xavier de ROUX, président : Ces chiffres sont ils significatifs ?

M. Pascal DANIEL : Pour l'instant, non, en effet. Mais, pour nous, l'enjeu a consisté à augmenter le recours au mandat au sein du vivier des personnes en difficulté, qui n'en ont pas encore pris conscience ou qui se sentent isolées. La vision du chef d'entreprise qui souhaite l'aide d'un professionnel et demande un mandataire *ad hoc* est très différente.

M. Xavier de ROUX, président : Ce qui nous intéresse dans ce texte, c'est le moment où la difficulté de l'entreprise met en péril son existence, sa survie. Dans le cadre de la conciliation comme de la sauvegarde, apparaît alors le problème de la définition de la cessation des paiements. Certains nous disent que la définition actuelle est trop statique, qu'il serait préférable d'avoir une définition dynamique et de parler de « créances exigées » plutôt que de « créances exigibles ». Qu'en pensez-vous ?

M. Pascal DANIEL : Je pense que ce serait difficilement lisible, parce que la notion de passif exigé implique de « couper les cheveux en quatre » ! Quant à la notion de « créances exigées », ce serait plus compliqué encore ! L'avantage de la définition actuelle réside dans le fait que tout le monde la connaît ; certes, tous n'y mettent pas le même contenu. Comme le projet de loi propose de mettre en place un système qui permet d'ouvrir des procédures indépendamment de cette notion, tout le champ est couvert. Quel est alors l'intérêt de toucher à ce curseur ?

M. Xavier de ROUX, président : La sauvegarde n'est pas possible s'il y a cessation de paiement, car on entre alors dans le redressement judiciaire.

M. Pascal DANIEL : Oui, mais auparavant, les entreprises ne pouvaient faire l'objet de redressement tant qu'elles n'étaient pas déjà « dans le mur ». Cela nous est arrivé en juridictions. Une entreprise peut parfaitement avoir perdu un marché représentant 80 % de son chiffre d'affaires sans que le chef d'entreprise soit en cessation de paiement, bien qu'il sache que son entreprise le sera quatre mois après. Ce sont des cas que l'on ne pouvait pas prendre en compte. Désormais, avec la nouvelle loi, ce sera possible... s'ils le demandent. Sure le fait de savoir s'il convient de modifier le curseur de la cessation de paiement, la plupart des personnes en procédure collective sont depuis un moment déjà en état de cessation de paiement. Cela ne nous paraît pas essentiel.

M. Xavier de ROUX, président : Se pose ensuite le problème de la valorisation des actifs à céder. Jusqu'à présent, les cessions d'actifs interviennent principalement dans le cadre de la procédure de redressement judiciaire. Le projet de texte les renvoie à la liquidation. Quelles réactions cette modification suscite-t-elle chez vous ?

M. Jean-Marc BAHANS : Le fait de renvoyer la cession de l'entreprise à la liquidation me paraît parfaitement logique, car le plan de cession conduit à la disparition de la société. C'est en fait la définition même d'une cession d'actifs totale ou quasi-totale. Il est logique de l'inclure dans la procédure dont la finalité est d'aboutir à la réalisation des actifs. Peut-être cela sera-t-il aussi à même de permettre une certaine moralisation. Au moins y aura-t-il une certaine clarté de la mesure adoptée. Le terme de « redressement » appliqué à certains plans de cession me paraît en effet parfois un peu discutable.

Concrètement, si une entreprise a un passif extrêmement important, qu'elle ne vaut plus grand-chose, qu'elle est vendue à un prix très faible et que la cession conduit, de surcroît, au licenciement des deux tiers du personnel, l'entreprise peut bien se féliciter d'avoir obtenu un redressement. En fait, c'est une véritable liquidation à laquelle on a affaire. Juridiquement, il s'agit bien d'une liquidation, dans la mesure où cela met fin à la personne morale... Une nuance doit cependant être prise en considération : celle de la place de l'administrateur dans la préparation du plan de cession. Compte tenu de notre expérience pratique, il nous a semblé important que la place de l'administrateur soit sauvegardée dans les procédures de cession.

M. Xavier de ROUX, président : Dans nombre de cas, le travail de l'administrateur consiste à préparer le plan de cession. Si on le place dans la phase liquidative, ce n'est plus lui qui le préparera.

M. Christian BRAVARD : Si, ce sera toujours l'administrateur, car la phase liquidative ne sera là que pour entériner le plan de cession qui aura été préparé.

M. Pascal DANIEL : Il faut également éviter de négliger un aspect psychologique, qui plaiderait plutôt en sens contraire. J'ignore quelle sera la réaction des salariés quand ils seront informés que l'entreprise entre en liquidation pour procéder à sa cession. Tous les greffiers ici présents ont vu passer des dossiers d'entreprises comptant beaucoup de salariés, qui ont fait l'objet d'un plan de cession avec un plan social très important. Annoncer que l'entreprise est en liquidation est très difficile à supporter socialement. Il y a un vrai problème psychologique, y compris dans la dénomination elle-même.

M. Michel JALENQUES : Le maintien de l'administrateur pendant deux mois,, postérieurement à la liquidation, nous paraît nécessaire pour la procéder à la cession. Sans quoi, dans la plupart des cas, c'est le mandataire judiciaire qui serait amené à le faire.

M. Jean-Marc BAHANS : Le risque principal, quand on connaît la pratique des procédures collectives, tient à ce que, si l'on ne maintient pas l'administrateur, la plupart du temps, il n'y aura pas du tout de plan de cession-liquidation. Des phases liquidatives interviendront par élément séparé, car la responsabilité d'un plan de cession est trop grande. Le temps qu'il faut y consacrer, la responsabilité juridique, *etc*, font que les liquidateurs préféreront, dans l'immense majorité des cas, procéder à une liquidation simple.

M. Michel JALENQUES : Le rôle pratique de l'administrateur est très important, que ce soit en phase de redressement judiciaire ou de maintien.

M. Xavier de ROUX, président : Que pensez-vous de la coexistence des deux professions d'administrateur et de liquidateur ?

M. Pascal DANIEL : Cela présente certains avantages et des inconvénients. L'inconvénient réside notamment dans la préparation des plans de continuation. En l'absence d'administrateur, qui s'occupe du débiteur ? Il est perdu. Aucun mandataire n'assume ce rôle. Dans la pratique, c'est souvent le représentant des créanciers qui, d'une façon informelle, essaye de préparer le plan avec le débiteur.

M. Jean-Marc BAHANS : Ou, s'il refuse, c'est le juge commissaire. Pour ma part, je pense que la distinction est utile dès lors qu'il s'agit d'une grosse structure. Elle correspond alors à des intérêts différents : il y a donc une logique à la fois juridique et pratique. Mais, pour l'immense majorité de nos procédures, la distinction aboutit souvent au fait que l'administrateur est systématiquement évincé.

M. Pascal DANIEL : Personne n'aide à la mise en œuvre du plan de continuation. Ce n'est pas le rôle normalement dévolu au représentant du créancier. Le débiteur se retrouve un peu démuné.

M. Michel JALENQUES : L'administrateur offre une sécurité et un réel soutien en cas de difficultés.

M. Christian BRAVARD : À la question de l'opportunité des fonctions, nous répondons oui, dans la mesure où la mission de chacun est différente.

M. Pascal DANIEL : Pour les petits dossiers, on peut cependant s'interroger.

M. Christian BRAVARD : Pour ce qui me concerne, l'administrateur nous paraît nécessaire dans tous les cas de figure.

M. Jean-Marc BAHANS : Oui, mais cela vaut à Lyon et pas nécessairement partout ailleurs !

M. Christian BRAVARD : Cela étant, il y a des moments où le représentant des créanciers n'ayant pas les pouvoirs de l'administrateur, il ne peut rien faire. Pourquoi ne pas demander que l'administrateur soit présent dans quasiment tous les cas pour bénéficier de la possibilité d'un bon plan de continuation ?

M. Pascal DANIEL : Il y a un problème de seuil.

M. Christian BRAVARD : On invoque les coûts, mais n'y a-t-il pas des coûts parallèles induits identiques, avec ou sans administrateur ?

M. Xavier de ROUX, président : S'agissant de la question de la valorisation des actifs à céder, il semblerait que certains déplorent des difficultés de communication, une insuffisante publicité, un manque d'organisation.

M. Pascal DANIEL : Trois niveaux de publicité me paraissent devoir être clairement distingués : les entreprises à céder ; les ventes d'autres actifs, c'est-à-dire essentiellement l'immobilier ; enfin, les actifs matériels qui ont une certaine valeur. Aujourd'hui, la publicité faite sur les outils de production reste insuffisante. Nous pensons que, d'une manière générale, il faudrait que les entreprises, les biens immobiliers à céder et les actifs d'un certain montant, par exemple, supérieurs à 10 000 euros, soient clairement notifiés. Ainsi une machine d'imprimerie d'une valeur d'un million d'euros devrait faire l'objet, dans le cadre d'une liquidation, d'une publicité obligatoire en un lieu incontestable, c'est-à-dire au tribunal de commerce, ce qui n'exclurait nullement des

publicités facultatives en fonction des circonstances de l'espèce. Il faut en effet recourir aussi à la publicité dans les journaux spécialisés. Mais une chose est certaine : une publicité obligatoire s'impose à chaque fois.

M. Jean-Marc BAHANS : Une publicité légale.

M. Pascal DANIEL : Si un système obligatoire est imposé dans les greffes, nous mettrons ces informations à la disposition du public. Nous créerons un marché des actifs judiciaires à céder, ce qui permettra de résoudre le problème principal rencontré par les tribunaux de commerce, à savoir les critiques liées au manque de transparence des cessions d'actifs.

M. Michel JALENQUES : De tous les actifs.

M. Jean-Marc BAHANS : Et nous avons une forte demande.

M. Pascal DANIEL : Quelle est l'idée finale ? Imaginons que je travaille à Marseille, dans l'imprimerie. Je souhaite procéder dans les dix-huit mois à investir dans une machine. Je ne suis pas pressé, mais j'aimerais savoir s'il n'existe pas sur le marché une machine d'imprimerie du modèle qui m'intéresse. Je m'inscris sur un registre et je demande à être informé de tout dépôt de bilan d'une entreprise travaillant dans l'imprimerie. Je suis informé par courrier électronique du dépôt de bilan. Je prends contact et achète l'entreprise ou un actif séparé. Voilà ce que pourrait être une procédure efficace.

M. Xavier de ROUX, président : Selon vous, la transparence sera obtenue par la création d'un véritable marché national des actifs à céder, dont les greffes pourraient jouer le rôle de vecteur ?

M. Pascal DANIEL : Il faut en tout cas choisir un organisme indépendant des parties.

M. Jean-Marc BAHANS : Où soit déposé en premier lieu le descriptif succinct de l'entreprise. Les prémices de ces éléments sont d'ores et déjà prévues par les textes législatifs.

M. Pascal DANIEL : Ensuite, on peut procéder au dépôt des inventaires, les rendre accessibles en utilisant des techniques informatiques modernes. Puis créer des nomenclatures par secteur d'activité de sorte qu'une personne intéressée par tel secteur puisse être informée.

M. Xavier de ROUX, président : Sur un plan pratique, qui peut organiser cela ?

M. Pascal DANIEL : Pour notre part, nous y sommes prêts, puisque nous disposons déjà des outils de publicité.

M. Michel JALENQUES : Nous procédons en effet à la publicité de l'ouverture de la liquidation. Il est logique qu'à la suite, nous assurions la publicité des actifs à céder.

M. Xavier de ROUX, président : Qu'est-ce qui s'oppose aujourd'hui à ce que vous fassiez une telle publicité ? Un obstacle réglementaire, législatif ?

M. Jean-Marc BAHANS : Il n'y a pas de possibilité sans texte.

M. Pascal DANIEL : Les greffiers ne peuvent organiser de publicité sans bases légales.

M. Pascal DANIEL : La publicité des actifs est déjà prévue dans la loi. La loi pourrait ajouter la notion de publicité obligatoire.

M. Xavier de ROUX, président : Mais elle ne dit pas comment.

M. Xavier de ROUX, président : Aux termes de la loi, chaque tribunal, chaque greffe doit faire la publicité des éléments d'actifs à mettre sur le marché dans le cadre de chaque liquidation. Vous proposez d'aller plus loin : vous souhaitez que l'ensemble des greffes puisse procéder à une

publicité sur l'ensemble des biens qui se trouvent être vendus dans le cadre des cessions ou des liquidations. C'est sur ce point que, si je comprends bien, selon vous, le texte actuel n'est pas suffisant ?

M. Pascal DANIEL : La rédaction nous convient, mais nous pensons nécessaire de préciser, soit au niveau de la loi, soit au niveau du règlement, que la publicité préalable obligatoire doit être faite par les greffes...

M. Jean-Marc BAHANS : Les entreprises pourraient également y accéder par le greffe.

M. Christian BRAVARD : Au plan législatif, il me semble nécessaire de préciser que les greffiers peuvent organiser au plan national un fichier central des actifs à céder en matière judiciaire.

M. Pascal DANIEL : Notre préoccupation en la matière est qu'une personne à Orléans puisse en contacter une autre à Lyon.

M. Christian BRAVARD : Pour répondre à une objection qui pourrait être opposée par les administrateurs, il convient de distinguer entre publicité légale – centrale et nationale –, et une publicité à caractère purement informationnel, voire commercial. Pour plus de précisions, on pourrait alors indiquer les coordonnées de l'administrateur, voire renvoyer la personne consultant le fichier sur le site de l'administrateur qui fournirait l'ensemble des autres éléments décrivant l'actif à céder.

M. Xavier de ROUX, président : Vous évoquez deux éléments, me semble-t-il, totalement distincts. D'une part, la publicité relative à une vente individuelle, qui revient au liquidateur ou à l'administrateur, non au greffe. D'autre part, pour répondre au problème plus général de la transparence, dont l'absence est souvent reprochée, la nécessité d'organiser un véritable marché national afin que les actifs mis en vente ne soient pas réservés à un petit nombre d'« initiés ». À partir du moment où il existe une obligation de déposer au greffe l'inventaire des biens à vendre, vous pouvez organiser un fichier national. Il ne s'agit pas d'une information que vous publieriez dans la presse, mais d'un fichier national auquel tout le monde pourrait avoir accès pour savoir, si je reprends votre exemple, que telle machine d'imprimerie se vend à tel endroit dans le cadre de telle procédure.

M. Pascal DANIEL : Si l'administrateur s'oriente vers une liquidation-cession, il nous fournirait alors le descriptif de l'entreprise à céder avec tous les actifs qu'elle comprend. Aux côtés d'immeubles sur la Côte d'Azur, de biens immobiliers, on trouverait ainsi également les inventaires de matériel plus basique, du type tables et chaises. On en extrairait le cas de la machine-outil estimée à 15 000 euros, avec un descriptif précis pour que les gens puissent l'acheter séparément.

M. Xavier de ROUX, président : Cela poserait toutefois le problème de qui décide de cette sélection. Si nous prévoyons de faire procéder à ce type de publicité, c'est dans le respect du principe d'égalité de tous et de tous les biens. Vous ne ferez pas uniquement la publicité des biens que les greffiers choisiront.

M. Christian BRAVARD : Sauf à mettre un seuil.

M. Xavier de ROUX, président : Non, car nous sommes dans le domaine législatif : il y a des principes de non-discrimination, d'égalité devant la loi.

M. Michel JALENQUES : Dans la liquidation judiciaire simplifiée, les ventes aux enchères publiques, organisées après le délai de trois mois, assurent cette égalité : le greffier, officier public, est obligé de fournir les données à toute personne qui s'adresse à lui.

M. Jean-Marc BAHANS : Pour prendre un exemple, nous sommes souvent saisis par des personnes qui viennent nous dire qu'elles aimeraient créer une entreprise, par exemple d'électricité, et qu'elles souhaiteraient acquérir pour ce faire certains éléments d'actifs d'une société en liquidation.

M. Xavier de ROUX, président : Nous réfléchissons à la modification de l'article L. 642-21. Le projet de loi prévoit actuellement : « *Toute cession d'entreprise et toute réalisation d'actifs doivent être précédées d'une publicité dont les modalités sont fixées par décret en Conseil d'État.* »

M. Michel JALENQUES : Ne pourrait-on pas plutôt indiquer dans l'article: « *doivent être précédées d'une publicité préalable au greffe* » ? Les modalités seraient définies dans le cadre d'un décret, mais la mention expresse de publicité préalable au greffe garantit le résultat à obtenir.

M. Christian BRAVARD : On pourrait également parler de publicité légale qui doit permettre un accès national.

M. Xavier de ROUX, président : Sur un tout autre point, considérez-vous comme gênante la question sous-jacente, que personne n'avait politiquement envie d'aborder frontalement, du regroupement ou du suivi des procédures collectives au sein des tribunaux de commerce les plus importants ou les mieux équipés, autrement dit, la réforme de la carte judiciaire ?

M. Pascal DANIEL : Non.

M. Christian BRAVARD : Le texte prévoit la possibilité d'organiser par décret une sélection entre les tribunaux auxquels il conviendrait de donner compétence en la matière. Cette disposition, que l'on nous présente comme anodine, nous paraît au contraire une mesure centrale du projet. En tant que professionnels et plus particulièrement en tant que greffiers, nous ne sommes sans doute pas vraiment concernés, compte tenu de la taille des villes où nous pratiquons...

M. Xavier de ROUX, président : Disons que vous n'êtes pas en danger.

M. Christian BRAVARD : Mais il s'agit bien là d'une réflexion globale pour notre profession. Ce projet contient en germe une grande difficulté, pour notre profession naturellement, mais également au plan de la procédure elle-même. Dire que le tribunal pourra mieux connaître les procédures parce qu'il est plus important relève d'un parti pris qui n'est pas toujours vérifié.

M. Xavier de ROUX, président : Il ne s'agit pas tant de la compétence du tribunal que de la proximité qui peut être excessive entre les différents acteurs.

M. Pascal DANIEL : Le souhait de pallier les difficultés résultant de la proximité des acteurs dépend des enjeux : de petits enjeux font intervenir moins d'acteurs que de plus grands, indépendamment de la taille du tribunal. Les cas qui ont pu faire l'objet de critiques ne se sont pas posés dans les petits tribunaux, qui ont plutôt de petits problèmes !

M. Xavier de ROUX, président : Je ne suis pas d'accord. Cela dépend des entreprises.

M. Pascal DANIEL : Globalement, il y a malgré tout une corrélation statistique. Si l'on raisonne en termes de compétences, cela se discute, tout autant qu'en termes de proximité. La proximité suppose un équilibre, dont font partie clients et fournisseurs.

M. Jean-Marc BAHANS : En réalité, les procédures collectives constituent le cœur de l'activité judiciaire. Pour les greffes, c'est un peu différent, car la tenue du registre du commerce et de l'industrie représente à lui seul une dimension très importante de leur activité. Mais pour les tribunaux de commerce eux-mêmes, les procédures collectives forment aujourd'hui le contentieux principal. Mais régler la question de la carte judiciaire au détour d'une loi sur la sauvegarde des entreprises, qui aboutirait à vider complètement l'activité juridictionnelle des tribunaux de commerce, nous paraît suspect et poserait la question du maintien même de leur existence et de leur légitimité à juger le reste des affaires. Il est vrai, cependant, que le débat sur la carte judiciaire des tribunaux de commerce est légitime, comme il l'est aussi pour les tribunaux de grande instance.

M. Xavier de ROUX, président : En ce qui concerne le soutien logistique aux présidents de tribunaux de commerce, les greffiers sont-ils prêts à aller plus loin ?

M. Christian BRAVARD : L'article 190 du projet de loi s'inscrit dans ce souci du soutien logistique, en appliquant le principe de mutualisation des moyens entre les grands greffes et les plus petits.

M. Xavier de ROUX, président : Il s'agit du financement mutualisé du Conseil national.

M. Pascal DANIEL : Le soutien logistique aux présidents ne dépend pas de la taille des juridictions.

M. Xavier de ROUX, président : Si je comprends bien, le dispositif prévu instaurerait une mutualisation de l'ordre de 2 % du produit des offices ?

M. Pascal DANIEL : La technique évolue de plus en plus rapidement. Dans cette perspective, nous nous sommes rendu compte que, pour rester performants, il nous fallait mutualiser nos moyens, y compris financiers. Mais il s'agit aussi d'évoluer ensemble techniquement. Si nous mettons en place demain la gestion électronique de document, que le tribunal procède à un jugement par jour ou à mille, l'outil de scannerisation doit être le même. Vouloir que les tribunaux évoluent tous à la même vitesse, de la même façon, nécessite que nous mutualisions nos moyens, notamment informatiques et humains.

M. Xavier de ROUX, président : J'imagine que vous avez participé à la rédaction de l'article 190, qui ne vous a pas été imposé ?

M. Pascal DANIEL : Nous avons été associés à sa rédaction et partageons totalement son contenu, alors que d'autres de nos propositions n'ont pas été retenues par la Chancellerie.

M. Jean-Marc BAHANS : Sur les 800 entreprises surveillées par an à Bordeaux, je note qu'en matière de soutien logistique sur la détection des difficultés, le greffe est le seul intervenant.

M. Christian BRAVARD : J'ajouterai que nous connaissons aujourd'hui autant de problèmes avec les procédures collectives jugées par des magistrats professionnels dans les TGI à compétence commerciale qui n'ont pas l'expérience de l'entreprise, même s'ils ont de très bons juges – sur lesquels nous ne nous permettrions d'ailleurs pas de porter un jugement de valeur.

Par ailleurs, il me semble que nous avons oublié d'évoquer un point que l'avant-projet prévoyait et que le projet a supprimé. Il s'inscrit dans le droit-fil de nos échanges précédents portant sur la prévention. Il était en effet prévu, dans l'article L. 611.2, que le greffier assiste le président du tribunal dans l'exercice de ses fonctions. Le Conseil d'État, pour des raisons qui lui appartiennent, a supprimé cette phrase.

M. Jean-Marc BAHANS : Contre l'avis de la Chancellerie.

M. Christian BRAVARD : Il nous semble important de l'affirmer

M. Jean-Marc BAHANS : Pour les autres activités du greffe, cette assistance est déterminée par la loi, dans le cadre de l'organisation judiciaire. La phrase qui vient d'être citée ne vise pas à nous permettre d'acquérir une compétence que nous n'aurions pas aujourd'hui, mais à affirmer notre soutien logistique. Pour prendre le cas de Bordeaux que je connais bien, l'intégralité de la mission de détection-prévention est confiée au greffe. Ensuite, les magistrats sélectionnent les dossiers à l'intérieur du premier tri que nous avons opéré. Nous produisons des masses de documents, des fiches d'analyse, en mobilisant non seulement des outils d'informatique, mais aussi en reproduisant des copies de documents, d'inscriptions, ... Huit cents procédures collectives par an représentent des milliers de dossiers, dont certains sont revus régulièrement, tous les trois mois. Cette mission n'est pas encore actée dans la loi, parce que, en réalité, la prévention des difficultés des

entreprises est une préoccupation assez récente. Il paraît fondamental qu'à l'occasion de la réforme aujourd'hui prévue, cette mission obtienne une reconnaissance législative.

M. Pascal DANIEL : Je souhaiterais ajouter une remarque relative aux sanctions. En tant que praticiens, nous constatons que la première préoccupation de nos juges lorsqu'ils prononcent des sanctions consiste à connaître le montant du passif et de l'actif. C'est la disproportion entre l'actif et le passif qui fonde leur action. Après, ils « habillent » leur décision par d'autres motifs. Peut-être faudrait-il concevoir un motif de sanction qui corresponde à leur préoccupation. Autrement dit, prévoir une sanction en cas de passif manifestement disproportionné par rapport à l'actif recouvré. Ainsi le mobile de la sanction correspondrait-il au raisonnement du juge.

M. Xavier de ROUX, président : Encore faut-il que la personne à sanctionner ait constitué ce passif de manière fautive, intentionnelle...

M. Pascal DANIEL : Naturellement. Mais il n'empêche que leur raisonnement est celui que je viens de décrire. Nous avons d'ailleurs proposé la définition suivante : « avoir contribué à la création d'un passif manifestement disproportionné au regard de l'actif recouvré. »

M. Xavier de ROUX, président : La notion d'actif « recouvré » me semble quelque peu gênante, car elle dépend des diligences du recouvrement, des circonstances locales, ...S'agirait-il pour vous d'une sanction pénale ?

M. Jean-Marc BAHANS : Non, mais d'un cas de faillite personnelle, quitte à prévoir un élément intentionnel si nécessaire. L'important est que la faute du dirigeant soit bien la cause du passif disproportionné.

**Audition de M. Bernard FIELD, président de la commission juridique du MEDEF,
et de Mme Joëlle SIMON, directeur juridique du MEDEF**

(procès-verbal de la séance du 1^{er} juillet 2004)

M. Bernard FIELD : Nous saluons la venue de ce texte important, nécessaire ; nous avons avancé à ce sujet, avec d'autres, un certain nombre de propositions. Nous estimions qu'il était utile de corriger et d'améliorer le droit positif, particulièrement complexe en ce domaine. Notre appréciation globale est plutôt positive. Je ne voudrais pas, en procédant à l'« échenillage » des observations nécessaires, laisser l'impression que nous sommes négatifs.

M. Xavier de ROUX, président : Vous avez d'ailleurs été associés très largement à l'élaboration du texte.

M. Bernard FIELD : Nous avons en effet beaucoup débattu sur ce texte, en particulier avec M. Marc Guillaume, directeur des Affaires civiles et du Sceau ; nous n'avons pas toujours été d'accord, mais, sur un projet de cette importance, il est difficile de n'avoir aucune observation à faire.

Pour en venir rapidement à l'essentiel, le texte procède à un certain nombre d'avancées intéressantes, tout en demeurant excessivement complexe par l'« empilement » des procédures qu'il propose, et probablement trop institutionnalisées. Excessivement « empilé », car il comporte le mandat *ad hoc*, l'ex-procédure de règlement amiable, la sauvegarde, le règlement et la liquidation judiciaires.

M. Xavier de ROUX, président : soit cinq procédures.

M. Bernard FIELD : Cela fait quand même beaucoup. Au surplus, la nouvelle procédure de sauvegarde est très largement une démarcation du redressement judiciaire et, finalement, l'on se demande quels éléments distinguent les deux procédures.

M. Xavier de ROUX, président : Un point essentiel les sépare : la question de la cessation des paiements.

M. Bernard FIELD : C'est vrai, mais la nouvelle procédure est trop proche du redressement judiciaire, donc trop institutionnalisée et pas aussi contractualisée que nous l'eussions souhaité.

Sur la conciliation, nous n'avons guère d'observations à émettre ; nous sommes d'accord avec la possibilité de recourir à cette procédure dans le délai de 45 jours après la cessation de paiement, ainsi qu'avec le délai total de la conciliation.

Si nous sommes d'accord avec l'essentiel, deux points néanmoins posent question. En premier lieu, le conciliateur demeure désigné par le président du tribunal de commerce alors que nous aurions pu espérer qu'il puisse l'être sur proposition conjointe du débiteur et du créancier. Le succès de cette procédure repose exclusivement sur un accord éventuel entre débiteur et créancier. Il n'est pas exclu que, dans un certain nombre d'hypothèses, ceux-ci souhaitent plutôt avoir comme conciliateur quelqu'un qu'ils connaissent et en qui ils ont confiance plutôt qu'un conciliateur désigné par le tribunal de commerce. C'est là un obstacle de nature à remettre en cause la procédure elle-même.

Notre deuxième interrogation porte sur la présence du ministère public dans cette phase de conciliation. À notre sens, elle ne s'impose pas ; elle peut au contraire provoquer un effet assez négatif sur le chef d'entreprise qui a déjà quelque réticence à s'engager dans de telles procédures. L'on a beau dire, il ne verra le procureur que sous sa toge de rigueur tournée vers la poursuite pénale. Cela peut notablement freiner l'application de la procédure de conciliation.

Mme Joëlle SIMON : Il faut ajouter une remarque sur la priorité de paiement introduite au bénéfice des créanciers qui apportent de l'argent frais. Une précédente version du projet de loi l'étendait aux délais de paiement ; on est revenu dessus. Les créanciers qui concèdent des délais de paiement souhaiteraient que la deuxième partie de l'article, qui précise que l'on ne pourra pas poursuivre pour soutien abusif les créanciers qui auront soutenu le débiteur durant cette période, puisse s'appliquer également à eux. Ils ne demandent pas à bénéficier de la priorité, mais ils estiment qu'il serait cohérent de ne pas être poursuivis s'ils accordent des délais de paiement dans cette situation. La demande paraît raisonnable, car leur geste contribue à aider l'entreprise dans cette situation.

M. Bernard FIELD : Le « gros morceau » du projet est évidemment la procédure de sauvegarde. Le Medef a constitué un groupe de travail voilà un an, qui s'est efforcé d'examiner comment les fameuses dispositions américaines du « chapitre XI » pouvaient être, sinon transposées, du moins adaptées à notre système. Nous étions partis dans cette affaire sans aucun *a priori*, d'abord parce que, connaissant assez mal la procédure, il nous a fallu entrer dans le détail du « chapitre XI » ; ensuite, parce qu'une différence philosophique notable sépare les deux régimes. Cela dit, après examen au travers de ce petit groupe très pluridisciplinaire, nous avons conclu que certains aspects de cette procédure étaient intéressants, et en tout cas, que la philosophie générale de contractualisation pouvait utilement être insérée dans notre législation sur les procédures collectives. En ce sens, là aussi et encore plus que dans la conciliation, tout dépend des discussions ou des négociations qui peuvent prospérer entre le débiteur et ses créanciers. Par voie de conséquence, je ne vois pas pourquoi on ne pourrait pour le moins tenter de leur accorder une grande liberté – sous le contrôle du juge, cela va de soi. Mais ce dernier présiderait sous la forme du « juge arbitre » qui, comme à Roland Garros, du haut de sa chaise, laisse les acteurs se renvoyer la balle et n'intervient que quand cela est nécessaire. Quelques éléments en ont été repris. En particulier, nous avons, pour notre part, proposé de reprendre le schéma des comités de créanciers.

M. Xavier de ROUX, président : Ils ont été repris.

M. Bernard FIELD : Certes, mais ils ont été repris ...

M. Xavier de ROUX, président : ... À la française.

M. Bernard FIELD : Oui, et un peu tardivement. Ils paraissent « plaqués » sur la procédure et se retrouvent d'ailleurs à la fin du chapitre consacré à la sauvegarde. On voit bien que le dispositif n'a pas été conçu autour de ces comités destinés à négocier.

M. Xavier de ROUX, président : C'est tout de même un instrument important.

M. Bernard FIELD : C'est une avancée, pas aussi ouverte que nous l'avions souhaité.

Je reviens sur quelques points. Le critère d'ouverture de la procédure apparaît assez large finalement. Après des discussions entre nous sur ce sujet difficile, nous en avons conclu qu'il était raisonnable de conserver un critère d'ouverture renvoyant à des « *difficultés susceptibles de conduire à la cessation des paiements* ». Nous verrons à l'usage ce que vaut la formule. Elle est assez prudente et laisse beaucoup de liberté. En revanche, pensons toujours au cas où le débiteur qui cherche à se placer sous la protection de cette sauvegarde aurait des intentions qui ne soient pas les meilleures. À cet égard, on peut imaginer des tentatives de détournement de procédure au détriment des intérêts des créanciers. À ce titre, nous pensons qu'il serait utile de prévoir un droit d'opposition à l'ouverture de cette procédure : ce droit serait limité aux créanciers qui représenteraient un pourcentage minimum des créances.

M. Xavier de ROUX, président : Vous risquez de réintroduire le « chantage ».

M. Bernard FIELD : Voilà pourquoi il faut établir un seuil de représentativité. Mais il existera toujours des aspects contradictoires ; la loi arbitre en permanence entre le souhaitable et le possible.

M. Xavier de ROUX, président : Je suis surpris d'entendre de votre part le souhait de la création d'un recours *a priori*.

M. Bernard FIELD : Nous avons toujours considéré que, dans les lois de 1985, revues et corrigées en 1994, il existait une insuffisante représentation des créanciers, très largement sacrifiés ; aujourd'hui, il semble utile de procéder à un rééquilibrage. Reconnaissons qu'il existe des cas de figure où les chefs d'entreprise débiteurs cherchent à tourner la loi pour se mettre à l'abri de leurs créanciers pendant un certain temps de façon quasiment frauduleuse. C'est pourquoi nous souhaiterions un droit d'opposition au profit de créanciers importants, représentant par exemple plus de 15 % du total des créances.

Mme Joëlle SIMON : Ce seuil n'est pas inconnu en droit français puisqu'il figurait aux articles 86 et 95 du décret n° 85-1388 du 27 décembre 1985 avant sa modification par le décret n° 94-910 du 2 octobre 1994.

M. Bernard FIELD : Cette observation sur le critère d'ouverture accompagne le fait qu'il est très large.

Deuxième point, le texte prévoit une déclaration et une vérification des créances. Sur ce premier point de la vérification des créances, nous sommes très sceptiques.

M. Xavier de ROUX, président : Nous sommes d'accord, c'est en effet inadapté.

M. Bernard FIELD : Si le point est acquis, il est inutile de le développer. Venons-en alors aux comités de créanciers de l'article 92 du projet qui renvoie d'abord l'application de droit de cette formule à des entreprises qui dépasseraient un seuil à fixer par décret. Il nous paraît utile toutefois que le législateur fournisse des indications sur ce que contiendra le décret. À notre sens, le seuil ne devrait pas être trop élevé. Par exemple, il pourrait être de cinquante salariés, pour reprendre un seuil déjà bien connu.

M. Xavier de ROUX, président : Je suis d'accord également.

Bernard FIELD : En dessous, il appartiendra au tribunal d'apprécier ou non en fonction des circonstances.

Le projet de texte vise les principaux créanciers : « *Les établissements de crédit et les principaux fournisseurs de biens ou de services* ». Ultérieurement, il renvoie à un décret pour préciser ce qu'il faut entendre par « *les principaux* ». Cela pose la question du traitement relatif des créanciers privilégiés et chirographaires, car aucune distinction n'est opérée par le projet. Ne faudrait-il pas introduire une distinction entre privilégiés et chirographaires ? Ils ne sont pas dans une situation identique. Il est vrai que dans la plupart des cas, les créanciers privilégiés sont les établissements de crédit, mais il peut exister des privilégiés qui ne soient pas établissements de crédit et qui détiennent des sûretés. La réserve de propriété pose également problème.

Au surplus, le texte évoque assez imprudemment le terme de « *fournisseurs* ». La plupart du temps, les créanciers se recrutent parmi les fournisseurs, mais ce ne sont pas forcément les seuls. Des clients peuvent être ainsi créanciers de leurs fournisseurs, par exemple, lorsqu'ils ont consenti une avance ou dans le cas du codéveloppement, qui se pratique de plus en plus. Il me semble qu'il serait préférable de substituer le terme « *d'autres créanciers* » à celui de « *fournisseurs* » pour couvrir l'ensemble des cas de figure.

Par ailleurs, j'ajouterai que la procédure tient en un seul article, le dispositif donnant ainsi le sentiment d'une certaine imprécision, en renvoyant par exemple au décret la définition des modalités de réunion des comités. Sur les majorités requises, le projet paraît raisonnable, ce sont les mêmes règles, moitié et deux tiers, que celles utilisées en droit américain.

S'agissant des créanciers publics, ils ne font pas partie des comités de créanciers, mais défendent-ils des intérêts forcément convergents ?

M. Xavier de ROUX, président : La discussion est possible s'agissant des privilèges du Trésor, mais les créances sociales représentent du salaire différé. Nous ne pouvons donc pas traiter les créances sociales comme les créances fiscales. Cette distinction faite, il existe de moins en moins de raisons pour que le Trésor bénéficie d'un privilège général et permanent.

M. Bernard FIELD : Nous sommes, ô combien, d'accord !

Mme Joëlle SIMON : Le Royaume-Uni a supprimé ces privilèges.

M. Bernard FIELD : Dès lors, si l'on en venait à une démarche qui distinguerait créanciers privilégiés et chirographaires, n'y aurait-il pas intérêt à imaginer que, dans un comité des créanciers privilégiés, il y ait des créanciers privés et des créanciers publics ? Nous avons toujours l'impression que les créanciers publics sont traités à part... Encore que des avancées soient faites dans le projet à cet égard puisqu'ils peuvent opérer des remises de dettes, même si ce pas est limité puisqu'il ne porte que sur les impôts directs dont chacun sait que, dans des cas semblables, ils ne représentent pas la créance essentielle par rapport à la TVA non réglée.

M. Xavier de ROUX, président : Pour la TVA, l'entreprise n'est que le collecteur.

M. Bernard FIELD : Je connais la réponse de principe, mais j'imagine que d'autres raisons plus matérielles président à la règle.

Nous nous sommes interrogés sur la nécessité éventuelle, dans des cas très exceptionnels, de permettre des cessions partielles pendant le cours de la procédure même de sauvegarde. Cela pour assurer le financement de l'entreprise au cas où le débiteur détiendrait un ou plusieurs actifs accessoires.

M. Xavier de ROUX, président : Rien ne l'interdit.

M. Bernard FIELD : Mais rien ne le prévoit. Les cessions partielles ne sont prévues que dans le plan dont les délais sont assez flous. Je n'ai pas réussi à déterminer la durée potentielle totale de la procédure de sauvegarde. Deux mois sont prévus pour faire le rapport, deux mois reconductibles une fois pour le comité de créanciers ; au-delà, aucun butoir, semble-t-il, mais il est vrai qu'il est difficile de s'y retrouver dans des textes qui procèdent systématiquement par renvoi.

M. Xavier de ROUX, président : Pour moi, il s'agit d'une période de six mois sans butoir. Ce qui n'est pas forcément une mauvaise méthode, car il faut promouvoir un certain pragmatisme.

M. Bernard FIELD : Pendant cette période de six mois, un débiteur peut être détenteur d'un actif qui n'est en rien nécessaire à l'exploitation. Le texte ne prévoit pas de possibilité de cession et, dès lors que ce n'est pas prévu, ce sera délicat à faire accepter. Pourtant, dans des cas limités, une cession partielle d'actif pourrait faciliter le financement de l'activité. Il faut naturellement encadrer ce droit pour éviter les fraudes et arrangements critiquables. Ce pourrait être une suggestion intéressante, une amélioration à apporter.

Mme Joëlle SIMON : Un point important tient à l'extension de l'intervention de l'Association pour la garantie des salaires (AGS) à la procédure de sauvegarde, qui a suscité une lettre du président Ernest Antoine Seillière aux trois ministres concernés, c'est-à-dire à MM. Dominique Perben, Jean-Louis Borloo et Gérard Larcher. Le président du MEDEF est tout à fait opposé à cette extension de l'AGS. Vous connaissez la situation de l'AGS, vous savez que le MEDEF et la CGPME ont accepté, mais de manière provisoire, un relèvement des cotisations jusqu'à 0,45 %. Cette bouffée d'oxygène a été accordée par les organisations professionnelles afin que le Gouvernement puisse apporter des modifications substantielles au régime d'intervention de l'AGS. Quelques pas ont été faits, un décret a modifié les plafonds de prise en charge – 6 fois le plafond de la sécurité sociale au

lieu de 13. En revanche, il demeure des points non réglés : les cotisations sociales salariales restent notamment dans le champ de l'AGS et nous ne partageons pas l'avis de ceux qui pensent qu'il serait préférable de faire intervenir l'AGS en amont, ce qui permettrait de diminuer, en aval, les sommes qu'elle devrait verser. Nous pensons que cette procédure risque tout de même d'être utilisée par un certain nombre de chefs d'entreprises uniquement pour procéder à des restructuration et à des licenciements. Pour nous, il serait totalement inacceptable que l'AGS prenne en charge les licenciements d'entreprises qui se placeraient sous la protection de la procédure de la sauvegarde principalement pour permettre l'intervention de l'AGS. C'est un point extrêmement important.

M. Xavier de ROUX, président : N'y a-t-il que l'AGS qui assure ?

Mme Joëlle SIMON : Dans ce cas, il n'y a que l'AGS.

M. Xavier de ROUX, président : Les assureurs ne sont pas intéressés ?

Mme Joëlle SIMON : Pas du tout, il s'agit d'une garantie des salaires, pas d'assurance.

M. Xavier de ROUX, président : Peut être jugent-ils que l'aléa n'existe pas, que la certitude est trop forte.

Mme Joëlle SIMON : Le taux de récupération des créances avancées par l'AGS est de 35 %. Si sa compétence était étendue à la sauvegarde, ce taux tomberait à coup sûr à 25 %.

M. Xavier de ROUX, président : Nous étudierons ce point. La question a-t-elle été posée aux assureurs ?

Mme Joëlle SIMON : La question ne se pose pas pour la raison indiquée ci-dessus.

M. Xavier de ROUX, président : La cessation de paiement intervient dans ce texte à plusieurs titres. En matière de conciliation, elle peut dater déjà de 45 jours ; mais en matière de sauvegarde, son constat provoque le passage automatique au redressement judiciaire. Certains avancent que la réforme est difficilement applicable, puisque la notion de cessation de paiement actuelle est statique et qu'il serait préférable de parler de « passif exigé » plutôt que de « passif exigible ». Qu'en pensez-vous ?

M. Bernard FIELD : Cette suggestion entre dans la ligne de quelques décisions de la Chambre commerciale de la Cour de cassation qui a lu un terme pour l'autre, ce que je ne critique d'ailleurs pas ; de temps en temps, il faut se permettre quelque hardiesse ! Ce n'est probablement pas une mauvaise idée ; cela étant, la portée de cette mutation reste très limitée. Il est rare que l'exigible ne conduise pas très rapidement à l'exigé.

M. Xavier de ROUX, président : L'exigible est le point de départ d'un délai très clair.

Mme Joëlle SIMON : Nous avons mené ce débat dans notre groupe de travail qui a opté pour une autre solution : ne plus attacher d'effets automatiques à la cessation des paiements. Cette option fut retenue par le projet de loi. Nous avons reconnu une situation de fait. Nous savons très bien que des règlements amiables – conciliation selon le nouveau vocabulaire – furent réalisés alors que l'entreprise avait dépassé la cessation des paiements. Nous recherchions avec ce projet à « coller » davantage à la situation économique et à être moins gênés par un critère purement juridique. Nous avons considéré qu'à partir du moment où la loi permettrait – dans un délai limité, car, à compter du moment où l'entreprise est en cessation de paiement depuis longtemps, nous ne sommes plus dans le règlement amiable ou la conciliation – une souplesse qui correspondait à une situation existante, puisque des juges et des banquiers ont pris des risques en choisissant une solution amiable, nous n'avons plus de problèmes de définition entre « exigible » et « exigé ». Ainsi, plutôt que de modifier les définitions juridiques, nous avons préféré une approche plus économique.

M. Bernard FIELD : Le texte sur la sauvegarde évoque « *des difficultés susceptibles de conduire à la cessation des paiements* », ce qui signifie que tel n'est pas le cas. Toute personne qui serait en état de cessation de paiement ne pourrait pas bénéficier de la procédure de sauvegarde. Une fois la cessation constatée, l'on passe automatiquement à la « case suivante ». Or, nos propositions consistaient à ouvrir la sauvegarde, même si la cessation des paiements est juridiquement avérée, à condition qu'elle ne soit pas trop ancienne.

Mme Joëlle SIMON : Effectivement, nos propositions se placent plutôt dans la perspective du règlement amiable.

M. Bernard FIELD : La philosophie est de considérer que l'on peut encore sauver une entreprise, même si elle se trouve juridiquement en état de cessation des paiements. Il me semble que votre observation consiste à s'interroger sur l'opportunité de modifier la formule du critère d'ouverture de la sauvegarde. Plutôt que d'utiliser la formule « *conduire à la cessation des paiements* », il pourrait être préférable de retenir « *susceptible de compromettre la continuité de l'exploitation* ». Voilà une formule plus économique, qui laisse davantage de possibilités.

M. Xavier de ROUX, président : Il nous semble en effet que le texte adopte parfois une démarche plutôt économique et, brusquement, au milieu du texte sur la sauvegarde, il précise que si la cessation des paiements est constatée, on revient brusquement dans le dispositif actuel. Pourtant, nul n'ignore qu'une situation présentée un jour comme une cessation des paiements ne l'est parfois plus le lendemain, et réciproquement.

M. Bernard FIELD : Nous sommes tout à fait d'accord avec vous. Nous pensions avoir convaincu la Chancellerie de supprimer le butoir de la cessation de paiement ; elle l'a réintroduit avec pour argumentaire l'idée que ce n'était pas dramatique, le redressement judiciaire pouvant très bien remettre l'entreprise sur la bonne voie. Nous ne verrions aucun inconvénient au retrait de cette « guillotine ».

M. Xavier de ROUX, président : Le projet prévoit également que le plan de cession soit transféré dans la phase de liquidation. Il s'agit d'un des points qui fait débat.

M. Bernard FIELD : Dans nos rangs aussi, cette question a fait débat. Nous sommes un peu gênés pour vous répondre car, dans notre proposition, et pour éviter le phénomène d'« empilage » des procédures, nous avons souhaité poser la question suivante : à quoi sert le redressement judiciaire dès lors que la sauvegarde ne fonctionne pas, on devrait aller directement à la liquidation. La Chancellerie est restée réticente sur ce sujet. Mais, dans cette perspective, par définition, les cessions d'activités, sauf celles qui pourraient être utiles à la sauvegarde, basculaient du côté de la liquidation. Dans ces conditions, il nous est un peu délicat de dire que nous ne serions pas d'accord avec les cessions en phase liquidative. Mais il est vrai que, dans le projet, la procédure de redressement judiciaire a été maintenue !

M. Xavier de ROUX, président : Statistiquement, l'essentiel des redressements se termine par un plan de cession. Si l'on supprime la possibilité de cession dans le cadre du redressement et que l'on a la sauvegarde avant, à quoi sert le redressement ?

Mme Joëlle SIMON : Effectivement, il se réduit comme peau de chagrin, mais, à cet argument, certains responsables nous ont répondu qu'ils préféreraient le laisser mourir de sa belle mort plutôt que d'annoncer officiellement sa fin.

M. Bernard FIELD : Je me demande s'il ne s'agit pas d'une approche sémantique. Garder le terme « redressement judiciaire » évite de ne conserver que la « liquidation ».

Mme Joëlle SIMON : Cela supprime surtout l'intervention d'un certain nombre de professionnels.

M. Xavier de ROUX, président : Mais le rôle économiquement essentiel du mandataire tenait à l'élaboration du plan de cession.

En conclusion, vous maintenez donc votre position en faveur de l'émergence d'une « grande » procédure de sauvegarde.

M. Bernard FIELD : En nous engouffrant dans la brèche que vous nous offrez, nous revenons à nos positions : faire une très grande sauvegarde qui devient la procédure clef et déborde, le cas échéant, la cessation des paiements, ce qui ne laisse plus aucune place au redressement judiciaire. Les cessions interviendront alors dans le plan de sauvegarde pour autant qu'il puisse y en avoir et pour permettre la sauvegarde de l'entreprise. Nous serions assez partisans d'une telle formule.

Mme Joëlle SIMON : Mais tout le monde ne nous suit pas dans nos audaces !

M. Bernard FIELD : Sur la liquidation, nous n'avons pas d'observation fondamentale à formuler, dans la mesure où un certain nombre de propositions que nous avons déjà avancées ont été reprises. Il nous reste de petits regrets : par exemple, nous avons pensé que le liquidateur pouvait ne pas être un auxiliaire de justice. Il aurait pu être, le cas échéant et en fonction des circonstances propres à l'espèce, un autre professionnel. Mais des obstacles tenant à l'assurance de responsabilité civile et professionnelle nous ont été cités.

M. Xavier de ROUX, président : Sur ce point, nous partageons votre interrogation et avons reçu les mêmes réponses.

M. Bernard FIELD : Sur la responsabilité et les sanctions, nous n'avons pas d'observation de fond à présenter ; là aussi, toute une série de nos propositions ont été reprises. Un regret néanmoins concerne notre proposition sur le comblement de passif pour éliminer la solidarité de droit entre les dirigeants condamnés au comblement de passif. Le texte actuel se révèle d'une particulière sévérité dans nombre de cas de figure. Nous pensons plus juste que chacun soit condamné en fonction de la faute de gestion qu'il a pu commettre.

M. Xavier de ROUX, président : Actuellement, tout le conseil d'administration peut être condamné ?

Mme Joëlle SIMON : Oui, et cette disposition dissuade un certain nombre d'investisseurs étrangers de prendre des postes d'administrateurs.

M. Xavier de ROUX, président : Il est vrai cependant que cette disposition vise à inciter les administrateurs à faire leur métier.

M. Bernard FIELD : Il est tout aussi vrai qu'il n'est pas aussi simple que cela d'assumer toutes ses responsabilités lorsque l'on est effectivement en situation dans un conseil d'administration.

Il existe tout de même une règle de droit qui est celle de la responsabilité personnelle en raison de son fait et non en raison du fait des autres. Revenir à l'application d'un tel principe ne bouleverserait pas l'application du texte, mais éviterait quelques mauvaises pratiques.

Pour le reste, nous sommes d'accord pour que les audiences de sanctions soient publiques. Il nous paraît nécessaire d'ouvrir les portes ou, au moins, les fenêtres ; chacun sait, en effet, que des pratiques discutables ont pu avoir lieu.

Mme Joëlle SIMON : C'est là un point de différence avec la Conférence générale des tribunaux de commerce. Mais il faut bien souligner que nous ne demandons pas des audiences publiques pour toute la procédure collective. Les décisions de sanctions ont en effet lieu très longtemps après les faits et les rendre publiques n'a pas le même impact que de rendre publiques les audiences d'ouverture.

M. Xavier de ROUX, président : La possibilité de créer plus de transparence pour la vente de biens liquidés et pour créer un marché national *via* une déclaration au greffe des actifs mis en vente a parfois été évoquée. Qu'en pensez-vous ?

M. Bernard FIELD : Nous sommes totalement d'accord. C'est vrai qu'un certain nombre de liquidations et de ventes souffrent des conditions d'une discrétion excessive qui peuvent profiter à de mauvaises intentions. Plus on élargit la publicité sur les actifs à céder, mieux on se porte. Il s'agit de réaliser au mieux les actifs ; nous sommes favorables à toutes les mesures orientées en ce sens.

M. Xavier de ROUX, président : La création d'un fichier d'actifs à vendre ne vous choque-t-elle pas ?

M. Bernard FIELD : Au contraire, c'est tout à fait normal. On ne fait de bonnes ventes que par la publicité. Ainsi, *Le Moniteur des ventes*, publication annexe de *La Gazette de Drouot*, est fait pour cela. S'il fallait aller lire une petite affiche à l'hôtel des ventes, il y aurait moins de monde aux ventes !

**Audition de M. Gérard ORSINI, Président de la commission juridique et fiscale
de la Confédération générale des PME (CG-PME),
et de M. Pascal LABET, directeur du service économique et fiscal**

(procès-verbal de la séance du 8 juillet 2004)

M. Gérard ORSINI : Permettez-nous tout d'abord de vous remercier de cette rencontre. La CG-PME est toujours très sensible au fait qu'on lui demande son avis, même s'il peut être par nature limité, compte tenu de ce qui fait la spécificité de notre représentation. Il nous est toujours très difficile de travailler des textes qui nous paraissent toujours un peu compliqués. Mais les PME sont des êtres sensibles...

M. Xavier de ROUX, Président : Nous sommes là pour simplifier les textes...

M. Gérard ORSINI : Nous vous en savons gré. En tout cas, ce projet de loi est globalement positif et répond à un véritable souci : celui des entreprises en difficulté. Il faut en effet s'en préoccuper car les PME sont des entreprises qui, pour la plupart, ne sont pas suffisamment outillées pour faire face à ce type de situation difficile, que ce soit au plan juridique ou plus généralement, administratif. Des organisations comme la nôtre s'efforcent de les accompagner, bien entendu, et le législateur s'en préoccupe également, mais, malheureusement, cela reste encore parfois délicat.

Quoi qu'il en soit, un certain nombre de points du projet nous paraissent tout à fait positifs, qu'ils soient généraux ou particuliers. Ainsi le pouvoir d'injonction à l'encontre de dirigeants ne déposant pas leurs comptes nous semble une bonne chose. Cette obligation n'est pas suffisamment respectée. Pourrait-on envisager d'en trouver un mode simplifié, en demandant, par exemple, à l'entreprise de ne déposer ses comptes qu'une seule fois et en un seul endroit et que, de celui-ci, l'information soit répercutée en tant que de besoin? Ce serait peut-être une solution. Cela plaide, en tout état de cause, pour une meilleure détection des difficultés, objectif auquel nous ne pouvons que souscrire.

Développer l'implication des administrations nous paraît également une bonne mesure. Nous y avons-nous mêmes réfléchi. Là encore, la rencontre entre administration et entreprise paraît s'opérer dans de bonnes conditions.

Le fait de prendre en compte les créanciers qui financent l'entreprise et assurent sa pérennité et de différencier leur traitement par rapport à la masse des autres financiers constitue un autre point positif. C'est la juste contrepartie de leur effort.

La nouvelle procédure de conciliation nous paraît également un bon point. Nous y reviendrons cependant car elle suscite également quelques interrogations.

La CG-PME est également favorable à l'ouverture des procédures collectives aux professionnels libéraux exerçant à titre individuel. Nous souscrivons pleinement à ce qui est prévu ainsi que, bien sûr, à l'accélération de la liquidation judiciaire : plus on va vite dans ce domaine, meilleur c'est.

Tels sont, brièvement revus, les points positifs que nous tenions à relever.

M. Pascal LABET : Sur le fond, de manière générale, ce texte répond à une attente réelle parce que trop de défaillances d'entreprise sont vécues comme inutilement longues. C'est déjà en soi quelque chose de très pénible, d'infamant, et la longueur des procédures ne fait qu'y ajouter.

Dans ce contexte général, il nous semble primordial de faire œuvre de sensibilisation, de pédagogie et d'information. Ce n'est pas une question de nature juridique, mais cela tient plutôt au fait que si, culturellement et psychologiquement, le chef d'entreprise n'est pas placé dans un climat

de confiance, cette réforme, comme les précédentes, n'aura pas l'effet que l'on voudrait lui donner. Que l'on soit dans le cadre de la conciliation ou dans celui de la sauvegarde, si le chef d'entreprise n'arrive pas à franchir le pas, on risque de constater un échec.

M. Xavier de ROUX, président : Restez une seconde sur cet obstacle culturel, qui nous semble extrêmement important, éprouvé par beaucoup d'entreprises, moyennes, grandes ou petites, face à la saisine du tribunal de commerce et à la mise sous la protection de la justice. Dans de nombreux pays, on se met sous la protection de la loi ; en France, au contraire, on considère cela comme une sorte d'agression. Comment expliquez-vous ce phénomène ?

M. Pascal LABET : On ne peut pas comparer la situation de Paris et de l'Île-de-France, où l'individu et l'entreprise sont anonymes, et celle de la province. Si vous devez engager une telle procédure auprès d'un tribunal de commerce en province, tout le monde en sera rapidement informé.

M. Gérard ORSINI : Dès lors, l'opprobre est jeté sur le chef d'entreprise et sur sa démarche.

M. Pascal LABET : Quand nous évoquions la notion de culture et de psychologie, ce n'est pas tant celle du chef d'entreprise, que celle des deux autres acteurs importants que sont le banquier et les partenaires commerciaux. Si le banquier cesse ses concours de trésorerie, de toute façon, l'entreprise n'ira pas plus loin. Il en est de même, quand le fournisseur n'accorde plus aucun crédit. Or, quel que soit le discours que l'on tienne, malheureusement, on risque toujours d'avoir toujours ce type de situations. Culture et psychologie sont certes des données immatérielles, subjectives, mais...

M. Xavier de ROUX, président : Ce n'est pas la première fois que l'on tente d'instituer des procédures intervenant en amont du dépôt de bilan. Ce projet de loi va cependant plus loin que les précédents : il essaie de remonter plus tôt dans le temps la phase de prévention.

M. Pascal LABET : La pierre angulaire du dispositif demeure le passage devant le tribunal de commerce. Or le tribunal de commerce, c'est la justice.

M. Xavier de ROUX, président : C'est sans doute la raison pour laquelle vos propositions, qui sont assez éloignées du projet de loi, s'appuyant par exemple sur des organismes administratifs analogues au CIRI et aux CODEFI, visent à « déjudiciariser » l'ensemble du dispositif. Pourtant, quand on demande, notamment aux chambres de commerce et d'industrie et aux autres acteurs ce qu'ils pensent de ces institutions, ils sont peu enthousiastes...

M. Pascal LABET : Il s'agit précisément de trouver une alternative : soit vous optez pour une hypothèse de passage devant les tribunaux de commerce, donc la justice, et vous vous heurterez à nouveau à ce blocage psychologique ; soit vous tentez une forme de conciliation, au sens propre du terme, c'est-à-dire de « médiation », en remarquant au passage que la médiation se développe au demeurant en France avec des effets significatifs.

M. Xavier de ROUX, président : Nous sommes là au cœur du sujet. Quand, actuellement, le tribunal de commerce nomme un mandataire ad hoc ; c'est bien pour chercher une solution de ce type...

M. Pascal LABET : Oui, mais c'est toujours le tribunal de commerce.

M. Xavier de ROUX, président : C'est donc le tribunal de commerce qui vous choque ?

M. Pascal LABET : Nous ne sommes pas choqués, mais le chef d'entreprise peut l'être.

M. Xavier de ROUX, président : Pourtant, le chef d'entreprise élit ces juges. Il les choisit donc.

M. Pascal LABET : Oui, mais leur relation est plus complexe que cela. Pour finir de répondre à votre question, ce qui nous choque, s'agissant d'instances comme les CODEFI, c'est que la seule réponse que l'on nous oppose tient à ce que cela ne fonctionne pas parfaitement aujourd'hui. La première question devrait bien plutôt consister à se demander pourquoi ! Peut-être retrouve-t-on une rigueur trop administrative au niveau de la composition de cette instance ? Mais c'est justement parce que l'on n'est pas allé assez loin dans le processus de simplification administrative, qu'aujourd'hui, on peut être confronté à ce type de réflexions.

Pour nous, il conviendrait de chercher les conditions d'un bon fonctionnement. Le recours devant une instance administrative sera toujours bien moins mal vécu et moins infamant que le lien proposé avec le tribunal de commerce.

Pour utiliser une image, la CG-PME s'était beaucoup investie dans la réflexion qui a conduit à la création du médiateur aux finances. Des différentes interventions qu'a pu faire M. Emmanuel Constant au sein de la CG-PME, il ressort un constat tout simple : les gens vont vers le médiateur ; ils n'en ont pas peur. Sans utiliser ce mot de « médiateur », que l'on rapproche trop de la relation de médiation, utilisons le terme de conciliateur, mais surtout d'intervenant extérieur, même administratif. Le frein sera bien moins fort.

M. Xavier de ROUX, président : Mais qui va nommer ce conciliateur ? Sera-t-il institutionnel ? S'agit-il d'un centre de médiation créé au sein, par exemple, de votre organisation, des chambres de commerce et d'industrie, ou de quelque chose de très informel ?

M. Pascal LABET : Pour l'instant, nous n'avons pas recherché de réponse institutionnelle complète parce qu'*a priori*, il nous a semblé que cette orientation n'avait pas été retenue.

M. Xavier de ROUX, président : Vous convenez du fait qu'il faut saisir la situation le plus en amont possible, et qu'il faut donc pouvoir nommer quelqu'un qui soit capable d'éclairer le chef d'entreprise sur la cause de ses difficultés, de lui présenter les solutions éventuelles et de faire preuve d'autorité auprès de ses principaux créanciers, c'est-à-dire les banques et les fournisseurs. Il faut donc un médiateur, un facilitateur, dirais-je. Vous nous dites que celui qui est prévu actuellement ne convient pas parce qu'il est nommé par le tribunal de commerce et qu'il faudrait donc le faire nommer par une autre instance.

M. Gérard ORSINI : Nous ne disons pas qu'il est un « mauvais » facilitateur...

M. Xavier de ROUX, président : Je ne parlais pas de la personne, mais du processus.

M. Gérard ORSINI : Je ne pense pas que l'on puisse dénier complètement l'efficacité de l'existant. Mais, puisque nous sommes en train de créer de nouvelles procédures, notamment une procédure de conciliation, nous nous demandons pourquoi ne pas en profiter pour ajouter un étage qui soit détaché d'une voie juridictionnelle, afin de rendre l'ensemble plus consensuel. Il ne s'agit pas de « faire le ménage » d'un côté, pour remplacer par autre chose, mais plutôt de tirer les conséquences constructives du fait que, précisément de ce côté, le fait de passer sous les fourches caudines du tribunal constitue une réelle difficulté pour le chef d'entreprise : le mot « tribunal » le conduit en effet à une remise en cause fondamentale de sa personnalité d'entrepreneur : c'est confesser qu'il a subi un échec avant même d'envisager les solutions.

Or il ne veut pas que cela se sache – nous pourrions revenir sur cette question de la confidentialité – et préférerait, comme nous, bénéficier du suivi d'une instance que nous n'avons pas encore définie sur un plan institutionnel, mais qui aurait *a priori* une composition mixte entre l'administration et les entreprises, voire paritaire...

M. Xavier de ROUX, président : Un centre d'arbitrage ou de médiation ?

M. Gérard ORSINI : Parlons plutôt d'un centre de discussion.

M. Xavier de ROUX, président : Mais qui ne pourrait intervenir que dans une phase très en amont de la cessation des paiements ?

M. Gérard ORSINI : Absolument.

M. Xavier de ROUX, président : Malheureusement, c'est là que le bât blesse car, en réalité, quand on observe la situation, à ce moment-là, il est souvent déjà trop tard. Vous le savez aussi bien que moi, dans la plupart des cas, l'entreprise est déjà pratiquement en cessation des paiements, ou si elle ne l'est déjà, elle le sera sous peu. Comment alors déclencher une alerte efficace ? Si vous créez les centres de médiation que vous appelez de vos vœux – auxquels je ne suis pas du tout hostile – ce centre ne pourra, par principe, intervenir que lorsque l'entreprise n'est pas en cessation de paiement et est encore à la recherche de solutions, donc d'experts et de conseils. Il faut donc pouvoir déclencher la procédure d'alerte très en amont.

M. Gérard ORSINI : En fait, beaucoup d'intervenants, d'organisme du monde administratif et de celui des affaires sont au courant des difficultés de l'entreprise à des instants différents. On pourrait donc déclencher une procédure, sinon d'alerte, du moins de mise en garde en amont. Ces organismes, tout le monde les connaît : ce sont les services fiscaux, les URSSAF, etc.

M. Xavier de ROUX, président : Mais quand ces organismes commencent à s'en rendre compte, n'est-ce pas déjà trop tard ? La procédure se déclenche en effet seulement quand l'entreprise n'a pas payé son échéance de charges.

M. Gérard ORSINI : Souvent, lorsqu'il y a des retards, par exemple dans le reversement de TVA, la problématique n'est pas encore fiscalement imparable. Il peut arriver d'avoir deux retards de TVA – dès lors que l'on est mensualisé, bien sûr – sans pour autant que l'on ne paie pas son impôt sur les sociétés ou que l'on est plongé dans de très graves difficultés. Cela peut permettre de prendre les choses un peu en amont.

M. Xavier de ROUX, président : On est quand même déjà en présence d'une forme de défaillance.

M. Gérard ORSINI : Un peu moins près, tout de même. On n'en est pas loin, certes, et ce sont peut-être déjà les prémices de vraies difficultés. Les deux ou trois premiers « dérapages » en matière de paiement de la TVA, en général, peuvent effectivement être le clignotant qui permet de déceler de graves difficultés. Cela peut n'être qu'une simple négligence, mais il est vrai que la négligence peut aussi entraîner des difficultés pour la pérennité de l'entreprise. Des organismes comme des centres de gestion agréés pourraient aussi participer à cet accompagnement.

M. Xavier de ROUX, président : C'est un point sur lequel j'aimerais avoir votre avis parce que, quand on parle d'alerte, s'agissant des PME, en général, l'acteur auquel on pense est l'expert-comptable. Il n'a actuellement aucune obligation de déclenchement d'une telle alerte. Il est néanmoins le conseil de nombreuses entreprises. En l'absence de toute mission obligatoire qui lui serait confiée, aucune entreprise n'est contrainte de recourir aux prestations d'un expert comptable et celui-ci n'a, de son côté, aucune obligation d'alerte auprès de qui que ce soit.

Vous avez évoqué les centres de gestion agréés (CGA). Pensez-vous que l'on puisse introduire l'idée que les PME devraient être obligatoirement membres d'un centre de gestion agréé, à l'instar, par exemple, des agriculteurs ?

M. Gérard ORSINI : C'est une hypothèse qui exigerait d'être testée.

M. Pascal LABET : Il existe déjà des mécanismes d'incitation fiscale significatifs à cet égard, mais peut-être ne sont-ils pas assez connus. J'en veux pour exemple le cas de la rémunération du conjoint collaborateur. En la matière, la différence entre le fait d'adhérer ou de ne pas adhérer est considérable en termes de possibilité de déduction fiscale du salaire du conjoint. Mais on n'a pas posé les jalons d'un vrai statut du conjoint collaborateur. Actuellement, d'après les chiffres qui nous

ont été communiqués, un conjoint d'artisan travaille vingt heures par semaine au titre de sa collaboration, la plupart du temps sans aucun statut. Le premier préalable consisterait à définir un statut, un salaire du conjoint et, peut-être, la médiatisation que nous évoquions précédemment. En l'occurrence, il est possible d'agir de deux façons : soit de manière coercitive, en imposant une obligation ; soit de manière plus incitative, ce qui semble d'autant plus préférable que la très petite entreprise – il y en a tout de même un million et demi en France – qui n'a pas recours aux services d'un centre de gestion se prive d'un certain nombre d'avantages. En tout état de cause, il faudrait être plus fortement incitatif, ne serait-ce qu'en informant, en faisant savoir que les adhérents des CGA ont droit à tels avantages..., par exemple avec un simple formulaire en diptyque. Ce serait déjà une première solution, sans aller jusqu'à une mesure d'ordre public dès le départ.

M. Xavier de ROUX, président : Je suis d'accord avec vous pour dire que décider de le rendre obligatoire est une question qui mérite réflexion. Mais dès lors que l'on adhère à un centre de gestion agréé ou que l'on utilise les services d'un expert-comptable, ne peut-on donner à l'un et à l'autre un rôle d'alerte ?

M. Gérard ORSINI : Concernant l'expert-comptable, nous aurons du mal à nous déterminer parce que la question concerne avant tout leur profession. S'il l'on nous demandait si, à notre avis, conférer ce rôle, qui est tout de même très lourd de conséquences, à la profession d'expert-comptable serait une bonne chose pour l'entreprise, j'aurais du mal à trancher, à titre personnel et au titre de la CG-PME. Mais c'est une question que l'on peut se poser et une discussion qu'il faudrait avoir avec les intéressés.

M. Xavier de ROUX, président : Il s'agit seulement de trouver une voie pour les plus petites entreprises pour entrer efficacement dans la procédure préventive...

M. Gérard ORSINI : Personnellement, je pencherai plus volontiers vers le centre de gestion agréé, qui compte la présence d'un inspecteur des impôts et d'autres personnes extérieures à l'entreprise. De plus, après tout, la structure des centres de gestion agréés peut évoluer...

En revanche, conférer un droit d'alerte à l'expert-comptable va peut-être trop loin. Encore une fois, il est vrai que l'expert-comptable a une relation privilégiée avec le chef d'entreprise, dont il est le confident, le conseil de proximité au quotidien. Il dépasse d'ailleurs déjà souvent ses prérogatives d'expertise pure. Lui conférer en plus un droit d'alerte pose une vraie question.

M. Xavier de ROUX, président : Il semble que vous verriez bien une articulation – cela ressort de vos écrits – entre le centre de gestion et un centre de médiation, le premier pouvant nommer ou avoir à disposition des experts qui, au moment où est détectée une difficulté de l'entreprise, seraient désignés comme arbitre, ou technicien, en mesure d'aider le chef d'entreprise à trouver une solution ou, tout au moins, lui faire comprendre ce qui est en train de se passer dans l'entreprise ?

M. Gérard ORSINI : Je pense que, dans un tel cadre, une sorte de parité, de mixité supplémentaires, dans la composition du centre de gestion, prévoyant d'éventuels recours à des organismes professionnels ou à des fédérations professionnelles, pourrait être un plus. Par exemple, s'il s'agit d'une entreprise du bâtiment, avoir au sein de ce centre de gestion, qui pourrait désigner un mandataire, un représentant de la profession du bâtiment serait sans doute un atout. On intégrerait à cette désignation non seulement la qualité de l'organisme en tant que tel, mais l'on y adjoindrait éventuellement un spécialiste du domaine concerné. S'il s'agit d'un boulanger, par exemple, ce pourrait être la fédération de la boulangerie.

De plus, je crois que sensibiliser et donner une possibilité d'intervention à des gens de la profession, c'est également reconstituer le socle « syndical » en termes positifs et pas seulement dans un rôle critique. Il faut, à mon avis, donner de nouveaux rôles aux fédérations professionnelles...

M. Xavier de ROUX, président : Qu'est-ce qui vous empêche de le faire aujourd'hui ?

M. Gérard ORSINI : Peut-être faudrait-il engager des actions de sensibilisation.

M. Xavier de ROUX, président : C'est une voie privée, en amont des procédures prévues par le projet de loi. Nous faut-il vraiment légiférer en la matière ?

M. Gérard ORSINI : Si on laisse ce genre de prérogatives à la décision de chacun, cela n'entrera pas en vigueur. Si la loi en ouvre expressément la possibilité, ce sera vraisemblablement plus incitatif.

M. Xavier de ROUX, président : Comme pour les centres d'arbitrage ?

M. Pascal LABET : Il s'agit de trouver une solution pérenne au niveau national.

M. Xavier de ROUX, président : Vous nous reprochez de faire trop de textes, mais vous en réclamez tout le temps !

M. Pascal LABET : Ce n'est là qu'une simple composante du texte.

M. Xavier de ROUX, président : En conclusion, vous souhaiteriez que la loi prévoit une incitation permettant d'organiser ce type de dispositif.

M. Gérard ORSINI : D'autant que si l'on revient à notre proposition de CODEFI améliorée, la composition de ce CODEFI pourrait être modifiée en ce sens.

M. Pascal LABET : Nous avons utilisé le CODEFI pour nous fonder sur un référent et ne pas proposer la création d'un organisme supplémentaire alors qu'il en existe déjà un que tout intervenant sait identifier clairement. Dire qu'il ne fonctionne déjà pas aujourd'hui est une autre question.

M. Xavier de ROUX, président : Les magistrats du tribunal de commerce siègent aussi au CODEFI.

M. Pascal LABET : Oui, mais c'est un organisme administratif, ce n'est pas un organisme judiciaire. Pour revenir sur la question des centres de gestion agréés, en fin de compte, ce sont eux qui, de fait, se sont imposés dans l'exercice consistant à établir des monographies sur l'entreprise ou des normes. Ainsi, régulièrement, les CGA tirent des ratios en termes de frais généraux par profession... Ils ont déjà une intervention de type statistique, avec des données brutes, des indicateurs.

Pour revenir sur les propos de M. Orsini, s'agissant des administrations, notamment fiscales, des clignotants existent déjà. Il suffit de les utiliser. Si vous constatez que quelqu'un qui dépose régulièrement ses déclarations et paie sans problème connaît une défaillance ou deux, cela signifie peut-être tout simplement que le comptable est malade, ce qui n'est pas grave, mais ce peut être plus fondamental. En tout cas, cela signifie bien qu'une déficience s'est manifestée quelque part. Pour les organismes sociaux, c'est la même chose, d'autant que leurs procédures sont bien plus coercitives, avec des sanctions plus significatives.

Les outils existent donc. Nous ne savons peut-être pas les utiliser complètement, mais, en tout état de cause, il est clair que le véritable frein résulte pour le chef d'entreprise du fait d'être confronté à une entité qui s'appelle « tribunal », et qu'il va falloir franchir cette barrière.

Qui n'a jamais franchi la porte du tribunal de commerce de Paris, quai de Corse, ne s'est pas rendu compte à quel point l'on y est seul, anonyme. En province, par contre, si l'on est seul en y entrant, le lendemain, tout le monde le sait, à commencer par l'agence bancaire du coin de la rue.

M. Xavier de ROUX, président : Mais vous ne pouvez pas régler les difficultés d'une entreprise sans que sa banque le sache. Quand il s'agit de négocier, le premier interlocuteur est

évidemment le principal créancier, c'est-à-dire généralement la banque. Et c'est finalement elle qui décide si votre créance est exigible ou exigée.

M. Pascal LABET : Il faut que les mentalités évoluent. Et cette évolution souhaitable n'est pas matérielle, et ne peut se définir en termes juridiques.

M. Gérard ORSINI : Mettre en contact un chef d'entreprise et son banquier dans la confidentialité d'un bureau ou passer par le tribunal et revoir le même banquier, ce n'est pas du tout la même chose. L'idéal serait de trouver un lieu où les conflits potentiels d'intérêts s'atténuent et où une domine une certaine neutralité.

M. Xavier de ROUX, président : Pour schématiser, votre idée est qu'il vaudrait mieux s'appuyer en amont sur un expert capable de dresser l'état des lieux, de convaincre le chef d'entreprise de sa situation, ce qui n'est pas toujours facile, de proposer tel remède – ou aucun, d'ailleurs –, que l'éventuel remède passe par la négociation et que cet expert traite, pour le compte de ou avec le chef d'entreprise, avec les différentes instances concernées... Le problème reste cependant de savoir qui nomme ce personnage.

M. Gérard ORSINI : La question porte autant sur la nomination du personnage que sur le cadre dans lequel se déroulerait l'exercice de négociation, de discussion ou de conciliation, quel que soit son nom...

M. Xavier de ROUX, président : Dans cette perspective, la conciliation, elle, aurait lieu plus tard...

M. Gérard ORSINI : J'entends par là la nature des personnes qui participeront à la négociation.

M. Xavier de ROUX, président : En fait, ils doivent être peu nombreux autour de la table. Moins nombreux ils seront, mieux ce sera. J'observe toutefois que l'intérêt du recours à l'autorité judiciaire tient au fait qu'elle peut exercer un pouvoir de contrainte. Lorsque le mandataire *ad hoc* ou l'administrateur judiciaire prend contact avec les différentes administrations notamment, c'est en tant que tel qu'il est reçu : il a une mission judiciaire, un pouvoir, etc. Cela peut s'envisager avec quelqu'un qui ne tire pas son pouvoir d'une ordonnance de justice, mais c'est alors une tout autre procédure. Tout est imaginable, mais dans ce cas, ce sont des procédures professionnelles. Il faut que les professions fassent elles-mêmes à travers les centres de gestion agréés, à la fois l'alerte et la nomination de ce « conciliateur », appelez-le comme vous l'entendez. C'est une démarche globale, que la loi ne vous interdit d'ailleurs pas aujourd'hui.

M. Gérard ORSINI : Mais elle ne le réclame pas non plus.

M. Xavier de ROUX, président : L'existence et le rôle des centres de prévention agréés sont déjà prévus dans le droit en vigueur.

M. Gérard ORSINI : Ils ne sont pas connus. Nous travaillons beaucoup sur ce sujet en liaison avec le CMAP, le centre de médiation et d'arbitrage de Paris, avec la Chambre de commerce et d'industrie de Paris...

M. Xavier de ROUX, président : Aux termes de l'article L.611-1 du code de commerce : « Toute personne immatriculée au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers ainsi que toute personne de droit privée peut – je le souligne – adhérer à un groupement de prévention agréé (...) Ce groupement a pour mission de fournir à ses adhérents, de façon confidentielle, une analyse des informations économiques, comptables ou financières que ceux-ci s'engagent à lui transmettre régulièrement. Lorsque le groupement relève des indices de difficultés, il en informe le chef d'entreprise et peut lui proposer l'intervention d'un expert ». C'est sans doute là que l'on pourrait imaginer ajouter l'idée d'un centre de gestion agréé et introduire une disposition sur le droit d'alerte.

M. Pascal LABET : Il faudrait également éclairer le dispositif, car, une fois que la loi est votée, il faut encore pouvoir la diffuser.

M. Xavier de ROUX, président : Vous semblez marquer une réticence de principe devant les tribunaux de commerce.

M. Gérard ORSINI : Les chefs d'entreprise qui nous saisissent ne souhaitent pas toujours que le tribunal de commerce intervienne dans ce contexte. Mais ils l'apprécient par ailleurs.

M. Xavier de ROUX, président : Sur un autre thème, la grande nouveauté du projet de loi réside dans la nouvelle procédure de sauvegarde, avec une organisation des créanciers en deux comités, avec des décisions prises à la majorité des créanciers permettant de simplifier les prises de décision puisqu'un seul créancier ne pourra plus bloquer l'ensemble du plan de sauvegarde. Pensez-vous que cette procédure de sauvegarde doive s'appliquer à toute PME ? Jusqu'à quelle taille ?

M. Gérard ORSINI : Globalement, nous sommes plutôt favorables à cette procédure de sauvegarde. Le problème que nous y voyons éventuellement, me semble-t-il, vient de certaines réactions de peur liées à ce que sera la composition de ces comités. Nous craignons, en effet, qu'elle aille parfois à l'encontre des intérêts des créanciers eux-mêmes, en éliminant certains d'entre eux, voire les plus importants. Le monde de la PME s'interroge sur ce point précis.

Sur la problématique que vous soulevez, en termes de taille des entreprises concernées, je ne saurais répondre, car il est toujours difficile de fixer les seuils.

M. Pascal LABET : À titre personnel, et je peux me tromper, nous avons malgré tout le sentiment que ce dispositif est plutôt réservé à des PME d'une certaine taille. Cela semble en effet un peu lourd pour la petite ou très petite entreprise, c'est-à-dire ayant respectivement moins de vingt et de dix salariés.

M. Xavier de ROUX, président : Pour vous, le seuil s'établirait donc entre dix et vingt salariés ?

M. Pascal LABET : C'est peut-être même encore trop faible. Je pencherai plutôt pour des PME de cinquante salariés, voire au-delà. Mais cela dépend aussi des entreprises et des circonstances.

M. Gérard ORSINI : C'est le sentiment le plus répandu, en tout cas.

M. Xavier de ROUX, président : Il n'est donc peut-être pas nécessaire de fixer un seuil.

M. Gérard ORSINI : Le fait de fixer un seuil revêt toujours un aspect subjectif. Quelqu'un peut toujours demander pourquoi il est exclu du dispositif, simplement parce qu'il est juste en deçà dudit seuil. Le référentiel actuellement utilisé couramment est la définition de la PME au plan européen, c'est-à-dire l'entreprise de moins de 250 salariés. Bien sûr, certains demanderont toujours la raison pour laquelle ils n'ont pas droit à ce type de procédure.

Il existe cependant peut-être une autre solution. Vous évoquiez, par exemple, la profession d'expert-comptable, partenaire incontournable du chef d'entreprise. Peut-être pourraient-ils jouer un rôle dans le choix de la procédure ? Peut-être faudrait-il également exiger une meilleure information en direction des adhérents de centres de gestion agréés ? De fait, il existe malgré tout une sorte d'obligation de recours à un expert-comptable en France puisque, si vous voulez passer par un CGA, vous devez faire valider vos comptes par un expert-comptable, faute de quoi le centre de gestion agréé ne vous intègre pas. Finalement, c'est peut-être plus dans la partie des prestations de conseil que l'on retrouvera celui qui sera le mieux à même de proposer la procédure adéquate. La notion de seuil est pour sa part toujours délicate.

M. Xavier de ROUX, président : Vous seriez plus favorable à une procédure ouverte, alternative, la procédure de sauvegarde restant toujours possible, à la demande du requérant ?

M. Gérard ORSINI : Se posera tout de même le problème de la suspension provisoire des poursuites, qui existait dans la procédure de règlement amiable, qui n'existe plus en conciliation, et qui a été transférée, si j'ai bien compris, dans la procédure de sauvegarde. Si, effectivement, on ne peut plus en bénéficier dans la phase de conciliation, ce que nous critiquons, et si le chef d'entreprise ne veut pas demander l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, cela veut dire que la suspension provisoire n'existe plus. Nous souhaiterions qu'elle soit réintégrée dans la procédure de conciliation.

En dehors de cette question, laisser au chef d'entreprise la liberté de choix de la procédure me paraît important. Au demeurant, on peut s'interroger sur la raison qui a présidé à ce changement en matière de suspension provisoire des poursuites ? A-t-on vraiment trouvé qu'il y avait là un obstacle ?

M. Xavier de ROUX, président : Non, c'est, me semble-t-il, plutôt le souci d'éviter l'utilisation des procédures collectives comme outils de gestion. Demander très en amont la suspension provisoire des poursuites, alors que l'on n'en a pas réellement besoin, permet aussi de négocier dans des conditions très avantageuses. Mais ce contre-argument peut aussi se retourner.

M. Gérard ORSINI : En effet !

M. Xavier de ROUX, président : Ce n'est donc pas un argument absolu. Vous savez, depuis 1967, on assiste à un mouvement de « balancier ». À chaque texte, on déplace le curseur de la suspension provisoire des poursuites d'un côté, puis de l'autre.

Je voudrais aborder, pour terminer, la notion de cessation de paiement. La définition actuelle vous paraît-elle satisfaisante, ou est-elle trop rigide ?

M. Gérard ORSINI : Selon un sentiment répandu, elle est sans doute un peu rigide. Néanmoins, nous n'avons pas étudié cet aspect.

M. Xavier de ROUX, président : Le texte ne change rien en l'occurrence, et s'inscrit dans le cadre de la jurisprudence actuelle.

M. Pascal LABET : Nous ne sommes pas allés plus avant sur ce sujet parce que ce n'est pas l'aspect du projet de loi qui nous a le plus frappés.

M. Gérard ORSINI : La définition demeure bien celle de la comparaison du « passif exigible » à l'« actif disponible » ?

M. Xavier de ROUX, président : Absolument. Certains estiment que c'est trop automatique. Tel semble également être votre cas, si je me réfère aux allusions que vous avez faites aux difficultés enregistrées par les administrations notamment en ce qui concerne le paiement des charges sociales et de la TVA. Un seul non-paiement est en effet déjà une défaillance.

Se pose alors le problème de savoir à quel moment autoriser l'intervention des différentes procédures, sachant que si on attend trop longtemps, on arrive rapidement à la définition actuelle de la cessation de paiement. Le projet de loi prévoit actuellement que l'on a encore droit à la conciliation quarante-cinq jours après la cessation des paiements, mais que l'on ne peut plus prétendre à la sauvegarde dès qu'elle est caractérisée.

M. Pascal LABET : Très sincèrement, nous n'avons pas examiné cet aspect des choses. Par contre, nous pouvons en faire l'étude. Mais nous sommes d'accord sur le fait que le principe d'exigibilité est parfois délicat à manier, en posant la question de savoir si ce qui est exigible est effectivement tout de suite exigé.

M. Xavier de ROUX, président : C'est la question juridique classique du droit des procédures collectives, différenciant passif exigible et passif exigé, que je pose à toutes les parties concernées.

M. Gérard ORSINI : La question se pose également *a contrario* : la disponibilité de l'actif est-elle immédiate ou pas ?

M. Xavier de ROUX, président : En tout cas, nous sommes intéressés par les exemples concrets qui vous sont certainement « remontés » du terrain et qui pourraient illustrer cette problématique.

M. Pascal LABET : Je souhaiterais ajouter une précision sur la notion de liquidation et sur ses conséquences, car il faut toujours considérer à la fois la procédure et l'après-procédure.

Trois cas de figure me paraissent devoir être distingués.

Tout d'abord, il faut parvenir à franchir enfin les barrières psychologiques et culturelles suffisamment tôt pour sauver l'entreprise. Nous disposons actuellement de dispositifs en faveur de la création d'entreprise, mais un nouvel emploi dans le cadre d'une création d'entreprise ne se substituera jamais de manière équivalente à un emploi détruit en raison d'une défaillance. Une vision purement arithmétique serait très éloignée de la réalité économique.

Ensuite, si l'on n'a pas pu éviter l'une des procédures prévues, allant jusqu'au redressement, il s'agit alors de sauver l'entreprise ou une partie de l'entreprise.

Enfin, la troisième hypothèse est celle de la liquidation. Dans ce cas, malheureusement, une procédure accélérée sera profitable : plus on va vite et moins la charge des dettes pèsera sur le débiteur.

Au-delà, il faut prendre en compte les mesures de sanction.

L'un des mérites du projet de loi tient au fait qu'il pose des jalons clairs en termes de sanction, qui devraient permettre d'éviter à l'avenir certaines des disparités marquées que l'on constate aujourd'hui d'un tribunal à l'autre. C'est une source majeure d'iniquités.

Mais il faut également prendre en compte l'aspect « seconde chance » à accorder à l'entrepreneur, et sur lequel je me permets d'insister. Il y a deux types d'individus : certains vont léser leurs fournisseurs, léser l'État et les organismes sociaux, tout au long de leur vie économique... Dans ce cas, il faut être intraitable sur la sanction de la faute. Mais la sanction doit être sans commune mesure lorsqu'il s'agit de quelqu'un qui a, effectivement, commis de simples erreurs de gestion. Cela peut malheureusement arriver à beaucoup de dirigeants, parce que tous ne sont pas préparés de la même façon à la vie de l'entreprise. La vie d'une entreprise n'est pas faite que de théorie. Dans cette hypothèse, il est vrai que le fait d'accorder une « seconde chance », qui se traduit par une sanction moindre, et une interdiction de gestion limitée dans le temps est un apport majeur qui devrait bien ressortir de la future nouvelle loi. Inspirons-nous intelligemment des anglo-saxons : si l'on tient à adapter au droit français des éléments de leur culture juridique et économique, prenons les meilleurs et appliquons-les complètement.

M. Xavier de ROUX, président : Le texte va dans ce sens.

M. Pascal LABET : Tout à fait, mais je me permettais d'insister parce que c'est un élément fort.

M. Xavier de ROUX, président : Nous allons vers une modification de la pénalisation...

M. Pascal LABET : Cela va dans le sens du nouveau code pénal.

M. Xavier de ROUX, président : Il reste seulement la question des compléments de passif ordonnés par les tribunaux. Ils devraient rester liés à la faute personnelle.

M. Pascal LABET : Tout à fait.

N° 2094 – Rapport d'information sur la réforme du droit des sociétés – traitement des entreprises en difficulté (M. Pascal Clément)