

L'Avocat et l'Expert-Comptable,
pour une convergence de compétences au service de l'entreprise en difficultés.

Jean-François TOGNACCIOLI
Avocat au Barreau de Nice
Président de la Commission Droit des Entreprises en Difficultés
Union des Avocats Européens

Le rapport de la Commission présidée par mon confrère Jean-Michel Darrois recommande l'inter-professionnalité, sous des formes audacieuses et innovantes comme la possibilité pour les avocats - diplômés en la matière du chiffre - de devenir experts-comptables ou envisage encore pour les sociétés d'avocats la possibilité d'engager des experts-comptables.

D'ores-et-déjà, il est un lieu, le Tribunal de Commerce, il est une matière, celle des procédures collectives, où depuis longtemps, les professionnels du droit et du chiffre font converger leurs compétences respectives au service de l'entreprise en difficulté. Ce sont avec les Administrateurs et Mandataires Judiciaires, les professionnels de la prévention et du traitement de la défaillance de l'entreprise.

En matière d'insolvabilité, l'inter-professionnalité est déjà de droit dans 15 Etats-membres de l'Union Européenne, dans lesquels avocats spécialisés et experts-comptables exercent même à titre accessoire la profession de syndic. Tel est le cas notamment en Allemagne, en Belgique, en Grèce et en Suède ou encore en Italie et à Malte. Tel est encore le cas en Espagne où à l'instar de tous les états-membres, si le syndic est un mandataire de justice désigné par le Tribunal, ses fonctions sont ici exercées par un organe collégial composé d'un avocat, d'un expert-comptable et d'un créancier.

L'objet de la présente contribution n'est pas d'exposer les modalités d'une inter-professionnalité à la française mais de faire part de la pratique quotidienne des avocats et experts comptables, soucieux de répondre, comme les juges consulaires et le ministère public, à l'impératif d'efficacité et de célérité des procédures collectives.

A l'égard de tous les chefs d'entreprise, et pas seulement de leurs clients, avocats et experts-comptables se sont donnés les moyens de coopérer en vue d'informer sur la prévention des difficultés (I).

Au service du client commun, dans le cadre du phénomène de contractualisation du droit des procédures collectives, la coopération cède la place à une véritable collaboration stratégique (II).

I / UNE COOPERATION DANS L'INFORMATION A L'EGARD DE TOUS LES DIRIGEANTS D'ENTREPRISE

A/ L'information sur les outils de prévention et de traitement des difficultés

B/ L'information sur les moyens d'un nouveau départ du débiteur failli

II / UNE COLLABORATION AU SERVICE DU CLIENT COMMUN

A/ Une collaboration dans le choix de la procédure adaptée à la défaillance

B/ Une collaboration dans la mise en œuvre de la procédure choisie

I / UNE COOPERATION DANS L'INFORMATION A L'EGARD DE TOUS LES DIRIGEANTS D'ENTREPRISE

Dans le domaine de la défaillance d'entreprise, avocats et experts-comptables font le même constat : « l'ignorance coûte plus cher que l'information ».

En matière d'information sur la prévention, des initiatives d'une coopération ont vu le jour : ce sont notamment les Centres d'Information sur la Prévention des Difficultés des Entreprises (A). En revanche les moyens d'informer le débiteur failli en vue d'un nouveau départ restent à développer (B).

A/ L'information sur les outils de prévention et de traitement des difficultés

A destination des chefs d'entreprises, le Conseil Supérieur de l'Ordre des Experts-Comptables, la Compagnie Nationale des Commissaires aux Comptes et la Conférence Générale des Tribunaux de Commerce ont créé dès 1999, le Centre d'Information sur la Prévention des Difficultés des Entreprises (CIP). Le Barreau de Paris a rejoint le CIP dès l'an 2000. Le Conseil National des Barreaux en 2001.

Le CIP et ses antennes régionales et départementales mettent à la disposition des chefs d'entreprises une documentation accessible notamment en ligne et comportant l'information sur les outils d'anticipation, de détection et de traitement des difficultés.

Par ailleurs, des entretiens confidentiels et gratuits, dénommés « Les Jeudis de la Prévention », sont proposés par une équipe formée de délégués du CIP et composée d'un magistrat Consulaire Honoraire du Tribunal de Commerce, d'un Expert-comptable et d'un Avocat.

Il s'agit seulement d'informer, pas de conseiller. En effet, les délégués n'ont à connaître de l'entreprise que par les informations transmises par le dirigeant lors de ces entretiens. Aucune investigation n'est possible, ni souhaitée. Selon le type de société, son dirigeant est notamment informé que son défaut de diligence pourrait conduire certains tiers (commissaire aux comptes avec

la procédure d'alerte ou comité d'entreprise par exemple) à prendre l'initiative d'informer le Président du Tribunal, des difficultés détectées.

Ainsi aucun conflit n'est possible entre le rôle d'information du CIP et le rôle de conseil réservé aux professionnels libéraux, d'une part, aucun conflit n'est possible avec la compétence juridictionnelle du Président du Tribunal de Commerce et des Juges délégués à la Prévention, d'autre part. Les CIP réalisent seulement une action contribuant au rôle préventif du Tribunal de Commerce.

B/ L'information sur les moyens d'un nouveau départ du débiteur failli

Les conditions d'un nouveau départ dans la vie des affaires du débiteur failli ont longtemps été ignorées par un droit de la faillite qui ne distinguait pas entre le débiteur malheureux du débiteur malhonnête.

Faciliter le nouveau départ ou « fresh start » du débiteur malheureux est une préoccupation de la Commission Européenne qui a entendu promouvoir une politique de la seconde chance. Cette recommandation figure dans le « SMALL BUSINESS ACT » adopté en décembre 2008 et devient un axe prioritaire s'agissant de l'action de Bruxelles en matière de procédures collectives dans les termes suivants :

« Les Etats membres doivent veiller à ce que les entrepreneurs honnêtes qui ont déposé le bilan bénéficient rapidement d'une seconde chance. Les Etats membres sont invités à :

- Encourager une attitude positive de la société à l'égard des entrepreneurs qui veulent prendre un nouveau départ, par exemple grâce à des campagnes d'information du public
- Essayer de limiter à un an la durée totale des procédures juridiques de liquidation d'une entreprise dans le cadre d'une faillite non frauduleuse
- Veiller à ce que ceux qui retentent leur chance soient placés sur un pied d'égalité avec les entreprises nouvellement constituées, notamment dans le contexte des régimes de soutien.»

Certains Etats-membres – dont la France - ont anticipé ces recommandations en modifiant leur législation en ce sens : la loi de sauvegarde a créé la procédure de liquidation judiciaire simplifiée d'une durée maximale d'un an¹ et a maintenu le principe de la libération du débiteur de ses dettes, à la clôture pour insuffisance d'actif de la liquidation judiciaire sauf dans les cas de fraude.

Le système de notation de la Banque de France mérite également une action commune des avocats et des experts-comptables en vue de nécessaires aménagements. Actuellement les dirigeants d'entreprise qui ont fait l'objet d'une liquidation judiciaire sont handicapés pendant trois ans par une cotation défavorable qui ne prend pas en compte ni l'importance du passif, ni les motifs de la défaillance, ni l'existence ou de l'absence de sanction.

¹ Dans l'Union Européenne, le temps moyen nécessaire pour clôturer une procédure de liquidation judiciaire varie de quatre mois à neuf ans selon le pays.

Avocats et experts comptables, pourraient bientôt être invités à participer à des actions de formation organisées par les chambres de commerce, formation que le débiteur failli devrait obligatoirement suivre en vue d'un nouveau départ.

II / UNE COLLABORATION AU SERVICE DU CLIENT COMMUN

D'un point de vue institutionnel, en matière de conseil, ce n'est qu'en 2006 que le Conseil Supérieur de l'Ordre des Experts-Comptables et le Conseil National des Barreaux ont ratifié une charte de collaboration interprofessionnelle. Cette charte instaure un cadre déontologique applicable aux professionnels appelés à intervenir sur des dossiers communs.

D'un point de vue pratique, en matière de procédures collectives, cette collaboration s'exerce à deux stades :

- dans le choix de la procédure adaptée à la défaillance (A).
- dans la mise en œuvre de la procédure choisie (B).

A / Une collaboration dans le choix de la procédure adaptée à la défaillance

Un constat s'impose avec la loi de sauvegarde : que leurs missions de conseil soient ponctuelles ou permanentes, ni l'avocat, ni l'expert-comptable ne sont en mesure de conseiller unilatéralement le dirigeant d'entreprise dans le choix de l'outil de prévention ou de traitement eu égard :

- à la multiplicité des outils mis à sa disposition (mandat ad hoc, conciliation, sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaire) ;
- et ceci d'autant plus que certaines procédures peuvent s'appliquer concurremment.

Jusqu'à la loi du 26 juillet 2005, la tâche était plus aisée car une notion phare des procédures collectives délimitait la frontière entre le conventionnel et le judiciaire, entre le facultatif et l'obligatoire, entre la prévention et le traitement. Il s'agit bien entendu de la notion juridico-comptable de cessation des paiements, définie par l'article L 631-1 du Code de Commerce, comme une « impossibilité », celle « de faire face au passif exigible avec son actif disponible ».

Depuis la loi du 26 juillet 2005, ce n'est plus le cas puisque :

- L'état de cessation des paiements de moins de 45 jours permet désormais de s'orienter vers une procédure de prévention : la conciliation² ;
- L'absence de cessation des paiements permet néanmoins de bénéficier d'une procédure collective portant suspension des poursuites des créanciers : la sauvegarde.

De surcroît, l'ordonnance du 18 décembre 2008, en consacrant une pratique des tribunaux, a modifié l'article L631-1 précité en ajoutant que « le débiteur qui établit que les réserves de crédit ou les moratoires dont il bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face au passif exigible avec son actif disponible n'est pas en cessation des paiements. » En pratique, il suffirait d'obtenir de ces créanciers des moratoires de paiement des dettes exigibles – ne serait-ce que de quelques mois - de façon à éteindre l'incendie de la cessation des paiements et solliciter aussitôt une procédure de prévention. Autrement dit, une situation qui relevait obligatoirement du redressement judiciaire avant le 15 février 2009, date d'entrée en vigueur de l'ordonnance du 18 décembre 2008, peut désormais bénéficier de la sauvegarde, de la conciliation ou du mandat ad hoc.

Le vœu du politique est de privilégier les outils de la prévention sur le traitement, en faisant du redressement judiciaire, une procédure subsidiaire par rapport à la sauvegarde.

Dans ce contexte, avocats et experts-comptables n'ont pas d'autres choix que d'unir leurs compétences pour conseiller au mieux le client commun dans le choix de la procédure par l'établissement d'une méthodologie commune. En deux étapes :

- l'étape préalable : Répondre à la question suivante : y-a-t-il cessation des paiements ? (a)
- Déterminer ensuite les critères du choix de la procédure à adopter (b)

(a) Répondre à la question préalable : y-a-t-il cessation des paiements ? Dans l'affirmative, seule la conciliation sera possible dans l'hypothèse où la cessation des paiements est de moins de 45 jours. A défaut, le redressement judiciaire ou la liquidation judiciaire s'imposeront puisqu'il s'agit d'une obligation pour le débiteur que de déclarer la cessation des paiements.

S'il n'y a pas cessation des paiements, la loi de sauvegarde permettra de bénéficier d'un mandat ad hoc, d'une conciliation ou d'une sauvegarde.

² Inutile de vous dire que l'avocat laissera à l'expert-comptable le soin de vérifier si l'état de cessation des paiements date de moins de 45 jours, après lui avoir préalablement formulé des vœux de réussite dans une telle exploration.

(b) Comment faire alors un choix ? En fonction de trois critères que la pratique a dégagés :

1/ en fonction de la difficulté à traiter. S'il s'agit d'un problème de financement, le mandat ad hoc ou la conciliation seront adaptés. En revanche, si la restructuration est plus globale (résiliation de certains contrats, restructuration du personnel), la sauvegarde s'impose.

2/ en fonction du secteur d'activité et de la nature de la clientèle. Se pose ici la question de l'impact négatif de la publicité de la procédure. Il conviendra alors de privilégier les procédures confidentielles comme le mandat ad hoc ou la conciliation. Les praticiens saluent l'apport remarquable de l'article R626-20 modifié par le décret du 12 février 2009 qui prévoit que si le plan de sauvegarde est toujours en cours à l'expiration d'un délai de deux ans à compter de son arrêté, les mentions relatives à la procédure et à l'exécution du plan sont, à l'initiative du débiteur, radiées des registres ou répertoires sur lesquels elles ont été portées.

3/ en fonction des intérêts du dirigeant, personne physique. A la différence du redressement judiciaire, si le dirigeant est caution, il pourra se prévaloir des dispositions du plan de sauvegarde. Le remplacement du dirigeant est exclu en sauvegarde. Ce dernier conserve la quasi-totalité de ses pouvoirs de gestion. La cession de l'entreprise est exclue en conciliation et en sauvegarde. La rémunération du dirigeant n'est pas réglementée en sauvegarde.

B / Une collaboration dans la mise en œuvre de la procédure choisie

1/ Un phénomène de contractualisation du "droit de la faillite"

Le phénomène de contractualisation de la procédure collective conduit l'avocat et l'expert-comptable à redéfinir ensemble les modalités de leurs missions de conseil. Aujourd'hui la procédure collective tend à être plus choisie que subie. Par ailleurs, dans une économie en mutation et donc incertaine, la procédure collective devient un outil de gestion à part entière du risque de défaillance.

Ce phénomène de contractualisation se manifeste notamment par :

- La possibilité de proposer au Tribunal le nom du mandataire ad hoc, du conciliateur ou de l'administrateur judiciaire en procédure de sauvegarde.
- La possibilité en procédure de sauvegarde d'accords dérogatoires avec certains créanciers, ouvrant la voie à une véritable ingénierie juridico-comptable et financière de restructuration du passif. Le "prepack" en est l'illustration récente de l'année 2009.

2/ Le "prepack"

Avocats et experts-comptables ont ainsi un nouveau rôle à jouer dans le cadre de la restructuration du passif : alors qu'il est impératif en redressement judiciaire, le principe d'égalité de traitement des

créanciers est subsidiaire en sauvegarde. Dès lors la créativité des hommes et femmes du droit et du chiffre trouve un nouveau terrain d'expression illustré notamment par le « prepack » à la française.

La problématique est la suivante : Comment à la fois préserver la confidentialité d'une procédure et imposer à tous les créanciers la suspension des poursuites et un plan d'apurement du passif ? En deux étapes.

D'abord, en négociant un accord de restructuration avec des créanciers représentant au moins 2/3 du passif dans le cadre d'une procédure confidentielle (mandat ad hoc ou conciliation) qui a le mérite de ne pas inquiéter les dispensateurs de crédit, les fournisseurs, les clients et plus généralement le marché.

Ensuite, cet accord sera soumis au vote des comités de créanciers dans le cadre d'une sauvegarde, procédure collective non plus confidentielle. Le vote des comités de créanciers se faisant désormais à la majorité des 2/3, il est certain que l'accord préalablement négocié sera entériné. Par l'effet de la sauvegarde, tous les créanciers seront soumis à l'arrêt des poursuites individuelles et aux dispositions d'un plan de sauvegarde qui n'est en réalité qu'un accord préalablement négocié avec les 2/3 d'entre eux, souvent des banques et fonds d'investissement.

Le jugement d'adoption du plan de sauvegarde permettra la consécration judiciaire et la reconnaissance de l'effet "erga omnes" d'un pré accord contractuel conclu entre un débiteur et ses principaux créanciers.

En France, le Groupe Autodistribution, leader européen de la distribution de pièces détachées pour automobiles a bénéficié du premier "prepack" à la française en mars 2009. La procédure de sauvegarde n'a duré que 33 jours.

Le « prepack » ou procédure de sauvegarde accélérée par pré-accord contractuel préalable, est un exemple parmi d'autres, de ce que certains appellent l'intelligence coordonnatrice en vue d'adapter la loi de sauvegarde des entreprises à l'exigence du réel.

Acceptons-en l'augure.

—