

APIA

Administrateurs Professionnels
Indépendants Associés

Cahier n° 15

Les procédures amiables

Campbell Philippart Laigo & Associés
Société d'avocats

COTTY VIVANT MARCHISIO & LAUZERAL

PARIS - TOKYO - SINGAPOUR - DUBAI

Table des matières

Préambule : « Pas de négociation sans chiffres fiables »

par Christian de Baecque, Président du Tribunal de commerce de Paris

Procédures amiables : mandat ad hoc et conciliation

Introduction

- a) Précisions et distinctions*
- b) Historique*
- c) Panorama des outils de prévention*

1. Points communs des deux procédures

- 1.1 Deux procédures facultatives, simples et rapides dans leur mise en place*
- 1.2 Le mandataire ad hoc et le conciliateur : des experts offrant crédibilité et garanties d'indépendance*
- 1.3 Une mission d'assistance au chef d'entreprise qui reste aux commandes*
- 1.4 Deux procédures confidentielles*

2. Différences

- 2.1 Conditions d'ouverture et de durée*
- 2.2 L'octroi de délais de paiements dans la conciliation*
- 2.3 Constatation et homologation de l'accord amiable issu de la conciliation*

3. Critères du choix

Tableau de synthèse des procédures amiables

Témoignages :

- Quand l'intérêt social diverge de celui de l'actionnaire*
- Le mandataire ad hoc, négociateur légitime auprès du banquier*
- Le mandat ad hoc au service de la TPE*

Conclusion :

Le point de vue de APIA et le rôle de l'administrateur

Préambule :

Pas de négociation sans chiffres fiables

Dans ce cahier, APIA, qui regroupe comme son nom l'indique des administrateurs professionnels indépendants, a choisi d'étudier un sujet d'importance pour chaque dirigeant d'entreprise, quelle que soit sa taille, les procédures de négociations : mandat ad hoc et conciliation.

Pour éviter la défaillance irrémédiable d'une entreprise, c'est-à-dire l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire, les récentes modifications apportées au Droit des entreprises en difficulté, permettent aux entreprises françaises de pouvoir choisir entre quatre procédures complémentaires : deux procédures de négociations confidentielles selon que l'entreprise est ou n'est pas en cessation de paiement (mandat ad hoc et conciliation) et, deux procédures d'observation, selon que l'entreprise est ou n'est pas en cessation de paiement (sauvegarde ou redressement judiciaire).

Tout dirigeant d'entreprise et tout administrateur sait que « gouverner, c'est anticiper ». Il faut anticiper ses difficultés, s'en ouvrir auprès de ses créanciers. C'est la finalité de ces deux procédures de négociations confidentielles qui sont présentées dans ce cahier.

Mais, avant même de venir au tribunal de commerce pour obtenir l'ouverture d'une de ces procédures et la nomination par ordonnance d'un mandataire ou d'un conciliateur, le chef d'entreprise peut, seul ou avec l'assistance de son expert-comptable ou d'un administrateur, entamer une négociation avec un de ses créanciers : banque, URSAFF, gros fournisseur, propriétaire...

Cette première approche de négociation informelle aboutit

dans de nombreux cas ; dans les autres cas, elle est souvent utile pour préparer une négociation sous l'égide du tribunal de commerce.

Chaque situation est bien entendu différente ; le chef d'entreprise et ses conseils doivent s'interroger attentivement pour choisir la meilleure solution.

Mais, quelle que soit la solution choisie, le chef d'entreprise devra avoir une situation bilancielle à jour avec ses dettes et ses créances, un compte d'exploitation récent et un prévisionnel de trésorerie crédible.

Sans ces éléments chiffrés, de préférence validés par un professionnel, l'entreprise ne parviendra pas, quelle que soit la qualité du négociateur choisi, à obtenir des délais, un rééchelonnement de ses dettes ou de nouveaux crédits.

Le négociateur amiable choisi par l'entreprise ou le mandataire ad hoc et le conciliateur désigné par le tribunal, ne font en fait que valider les chiffres qui leur sont présentés et proposer des solutions négociées, en aucun cas ils ne peuvent ouvrir un tel dossier sans des chiffres récents et validés. Ce socle préalable nécessaire au rebond est malheureusement trop souvent ignoré par les parties prenantes et ce cahier offre une magnifique occasion de le souligner dans cette introduction.

Christian de Baeque
Président du Tribunal de commerce de Paris

Procédures amiables : mandat ad hoc et conciliation

Introduction

Les dirigeants – et administrateurs – sont souvent désarmés face aux difficultés que peut rencontrer leur entreprise, notamment lorsque ces difficultés conduisent à une situation financière tendue, le spectre du redressement ou de la liquidation judiciaire étant alors plutôt effrayant.

Or, entre l'apparition des premières difficultés et l'éventuelle ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire qui peut être source de responsabilité personnelle pour eux, les dirigeants – et les administrateurs – ont à leur

disposition, depuis la loi du 26 juillet 2005 dite loi de sauvegarde des entreprises, un certain nombre d'outils (mandat ad hoc, conciliation, sauvegarde) qui peuvent s'avérer particulièrement efficaces pour redresser la situation. Encore faut-il être au courant de leur existence pour pouvoir les utiliser à temps et à bon escient.

L'objet du présent cahier est de familiariser les administrateurs plus particulièrement avec le mandat ad hoc et la conciliation.

a) Précisions et distinctions

Avant d'aborder plus en détail les principales caractéristiques du mandat ad hoc et de la conciliation, quelques petites précisions et distinctions paraissent opportunes.

En premier lieu, le mandat ad hoc¹, tel que prévu par la loi de sauvegarde des entreprises, ne doit pas être confondu avec ce qu'il est convenu d'appeler la "**procédure d'alerte**"², qui permet à différents acteurs liés à l'entreprise (notamment commissaire aux comptes, comité d'entreprise) d'alerter sur les difficultés que cette dernière peut rencontrer. Dans le cadre de cette procédure d'alerte, le président du tribunal de commerce peut convoquer le dirigeant à un entretien, l'inviter à s'expliquer sur la situation de son entreprise et, le cas échéant, l'orienter sur une des mesures de sauvegarde désormais réglementaires. La "procédure d'alerte" se situe donc plutôt en

amont des procédures amiables prévues par la loi du 26 juillet 2005.

Le mandataire ad hoc doit également être distingué du "**médiateur**"³ prévu par le Code de Procédure Civile, le médiateur ayant lui plutôt vocation à intervenir dans un cadre juridique contentieux pour tenter de trouver une solution à un litige préexistant entre des parties.

Le mandataire ad hoc doit encore être distingué de l'"**administrateur provisoire**"⁴ : à la différence de ce dernier, la désignation d'un mandataire ad hoc n'entraîne aucun dessaisissement du dirigeant, qui reste à la tête de son entreprise. La désignation d'un administrateur provisoire est, elle, assez exceptionnelle, et intervient uniquement en cas de crise grave.

b) Historique

À l'origine, le "**mandataire ad hoc**" est une création du tribunal de commerce de Paris.

Cette pratique découle de l'analyse que les présidents de cette juridiction ont été amenés à faire lorsqu'ils se sont trouvés confrontés à certaines difficultés rencontrées par des entreprises : leur expérience d'hommes d'entreprise les amenait à considérer qu'une solution rapide et négociée était préférable ; et leur expérience de magistrat consulaire les amenait à craindre que la solution judiciaire définitive du conflit n'intervienne qu'après des délais trop longs et rende l'exploitation très périlleuse pendant cette période.

Cette pratique, consistant donc pour le président du tribunal de commerce à désigner (sur requête ou en référé) un mandataire (la plupart du temps inscrit sur la liste des administrateurs judiciaires) avec une **mission précise, ponctuelle et limitée**, s'est particulièrement développée à partir de la crise immobilière du début des années 1990.

Parmi les cas habituels/classiques de désignation d'un mandataire ad hoc, on trouvait – et on trouve encore :

- toutes les situations de blocage dans une société (actionnaires qui ne s'entendent pas, conflit filiale/mère...);
- la convocation d'une assemblée générale aux lieux et places des organes sociaux défaillants ou qui s'y opposent ;
- la représentation d'un actionnaire à une assemblée ;
- la réalisation d'une enquête sur une situation sociale complexe ;
- l'assistance du dirigeant dans ses relations ou négociations avec certains partenaires, co-contractants, créanciers...

Face au succès de cette pratique, le législateur a fini par la consacrer, en l'intégrant notamment parmi les outils à disposition pour prévenir les difficultés des entreprises.

Il existe donc aujourd'hui, pour faire simple, deux catégories de mandataire ad hoc :

- le mandataire ad hoc "traditionnel", désigné par exemple pour résoudre un conflit ou remédier au fonctionnement défaillant des organes sociaux (voir ci-dessus) ;
- le mandataire ad hoc désigné dans le cadre de la loi du 26 juillet 2005, à côté duquel l'on va trouver le conciliateur.

¹ Article L 611-3 du Code de Commerce.

² Articles L 234-1 du Code de Commerce (commissaires aux comptes), L. 2325-35 et suivants et L 2323-78 à L 2323-82 du Code du Travail (comité d'entreprise).

³ Article 131-1 et s. du Code de Procédure Civile.

⁴ Création prétorienne, issue des pouvoirs du juge de prononcer des mesures conservatoires.

C) Panorama des outils de prévention

La possibilité de désigner un mandataire ad hoc ou un conciliateur pour prévenir les difficultés d'une entreprise s'inscrit donc dans un cadre préventif, qui propose des réponses amiables et graduées aux difficultés des entreprises pour éviter d'en arriver à la procédure de sauvegarde, voire au redressement ou à la liquidation judiciaire.

La nomination d'un **"mandataire ad hoc"** constitue la première réponse possible aux difficultés d'une entreprise : elle peut ainsi être demandée à tout moment au président du tribunal de commerce par un dirigeant qui souhaite faire intervenir un tiers dans la résolution d'une difficulté. À ce stade, le niveau des problèmes rencontrés par l'entreprise n'est pas forcément critique et le mandataire ad hoc exercera sa mission sans intervenir dans la gestion de la société.

La nomination d'un **"conciliateur"** constitue une seconde réponse : elle peut être décidée avant la situation de cessation des paiements mais aussi **dans les quarante-cinq jours de sa survenance**, dès lors que l'entreprise éprouve une "difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisi-

ble"⁵ risquant de mettre l'entreprise en péril. Un conciliateur peut alors être nommé, dont la mission consistera à "favoriser la conclusion entre le débiteur et ses principaux créanciers, ainsi que, le cas échéant, ses cocontractants habituels, d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise"⁶.

Troisième et dernier outil possible de prévention, avant le redressement ou la liquidation judiciaire : l'ouverture d'une **procédure de sauvegarde**, possible dans le cas d'un débiteur qui n'est pas encore en situation de cessation des paiements mais qui fait face à des difficultés "qu'il n'est pas en mesure de surmonter, de nature à le conduire à la cessation des paiements"⁷. Il s'agit toujours d'une mesure préventive, mais la situation étant là suffisamment sérieuse, cette mesure revêt aussi un caractère curatif. L'ouverture de la procédure de sauvegarde suspend notamment toutes les poursuites, y compris, par exemple, celles relatives aux cautions consenties par le dirigeant, pour permettre à l'entreprise de retrouver un peu d'oxygène et à son dirigeant de prendre les bonnes décisions sans pression déstabilisante.

Il existe donc de vrais outils permettant d'encadrer et de prévenir les difficultés des entreprises – et accessoirement d'encadrer les risques de responsabilité personnelle encourus par les mandataires sociaux.

Parmi ces outils, le mandat ad hoc et la conciliation présentent de nombreux avantages. Ils permettront au chef d'entreprise de se faire assister dans ses négociations avec ses créanciers, ses cocontractants ou éventuellement ses actionnaires, afin de parvenir à un accord amiable pour résoudre une difficulté à laquelle est confrontée l'entreprise.

Ce cahier a donc pour objet de mieux faire connaître ces deux outils, pour permettre aux administrateurs indépendants titulaires d'un mandat dans une entreprise en difficulté, de proposer ces outils au bon moment.

1. Points communs des deux procédures de "prévention-traitement"⁸ des difficultés

1.1 Deux procédures facultatives, simples et rapides dans leur mise en place

Ces deux procédures amiables et préventives sont facultatives. Seul le dirigeant de l'entreprise a l'initiative d'y recourir. La désignation est simple et rapide, elle ne prend que quelques jours.

Dans les deux cas, le président, généralement celui du tribunal de commerce⁹, est saisi par voie de requête écrite¹⁰ du dirigeant, accompagnée de documents comptables, et en particulier, l'état des créances et des dettes, l'état des privilèges et les engagements hors bilan, les comptes annuels du dernier exercice ainsi que le tableau de financement et

le prévisionnel d'exploitation et de trésorerie.¹¹ Par ailleurs, le chef d'entreprise peut proposer une personne qu'il souhaiterait voir désigner en qualité de mandataire ad hoc ou de conciliateur.¹²

Le président du tribunal convoque le dirigeant, dès réception de la requête, afin d'entendre ses observations. Il rend alors une ordonnance désignant le mandataire ad hoc ou le conciliateur, déterminant sa mission ainsi que les conditions de sa rémunération¹³ après avoir recueilli l'accord du chef d'entreprise.¹⁴

⁵ Article L.611-4 du Code de Commerce.

⁶ Article L.611-7 du Code de Commerce.

⁷ Article L.620-1 alinéa 1 du Code de Commerce.

⁸ Point de vue de M. Bernard Soutumier, Président de Chambre honoraire du Tribunal de Commerce de Paris, Ancien délégué général à la prévention des difficultés des entreprises, Lamy Droit commercial 2009 p. 1234

⁹ Le tribunal de commerce est compétent pour toute entreprise commerciale ou artisanale ; Compétence matérielle : Article L.611-3 du Code de Commerce (mandataire ad hoc) et articles L.611-4 et L.611-5 (conciliation) ; Compétence territoriale : Article R.600-1 du Code de Commerce

¹⁰ Article L.611-3 du Code de Commerce et article R.611-18 du Code de Commerce (mandataire ad hoc)

Article L.611-6 du Code de Commerce (conciliation)

¹¹ Article R.611-22 du Code de Commerce (conciliation)

¹² Article L.611-3 du Code de Commerce et l'article R.611-18 du Code du Commerce (mandataire ad hoc)

Article L.611-6 du Code de Commerce

¹³ Article R.611-19 du Code du Commerce

¹⁴ Article L.611-14 du Code du Commerce

1.2. Le mandataire ad hoc et le conciliateur : des experts offrant une crédibilité et des garanties d'indépendance

Ils sont généralement choisis parmi les administrateurs judiciaires ; mais ils peuvent être également issus du monde des affaires. Dans tous les cas, il s'agit d'une personne pourvue d'une expertise et d'une expérience pratique dans le domaine des entreprises en difficulté, rompue aux discussions et aux négociations, et à même d'émettre des propositions appropriées pour sortir d'une situation de crise.

De ce fait, ils présentent un gage de crédibilité aux yeux des parties concernées, crédibilité renforcée par les incompatibilités légales, destinées à éviter tout conflit d'intérêt, et qui leur garantissent une grande indépendance dans l'exercice de leur mission.¹⁵

1.3. Une mission d'assistance au chef d'entreprise qui reste aux commandes

Ces deux procédures ne constituent pas une sanction à l'encontre du chef d'entreprise. Dès lors, un climat de confiance et de collaboration doit s'instaurer entre le président du tribunal, le chef d'entreprise et le mandataire ad hoc (ou le conciliateur), puisque, ensemble, ils vont s'attacher à définir une mission sur mesure, adaptée à la difficulté rencontrée par l'entreprise.¹⁶

La mission est toujours une mission d'assistance au dirigeant. Le mandataire ad hoc (ou le conciliateur) ne se substitue jamais au dirigeant qui conserve son pouvoir de direction et de gestion de l'entreprise. Le dirigeant peut demander à tout moment au président du tribunal de mettre fin à la mission du mandataire ad hoc ou du conciliateur.¹⁷

1.4. Deux procédures confidentielles

Tant le recours, que la désignation et l'intervention du mandataire ad hoc sont confidentielles. Seul le président du tribunal sollicité en a connaissance. Ni sa nomination, ni sa mission ne font l'objet d'une quelconque publicité.

La conciliation est également une procédure qui est exemptée de publicité sauf si, à la demande des parties, l'accord amiable fait l'objet d'une homologation par le tribunal (Cf.2.3. Constatation et homologation de l'accord amiable issu de la conciliation).

Aucune disposition légale n'oblige le dirigeant à en infor-

mer les organes sociaux (conseil d'administration, conseil de surveillance, actionnaires) ou même les représentants du personnel (comité d'entreprise, délégués du personnel). Par ailleurs, la loi impose une obligation de confidentialité très large à laquelle sont soumis non seulement le mandataire ad hoc (ou le conciliateur), mais également « toute personne, qui par ses fonctions en a connaissance »¹⁸, notamment, le cas échéant, les représentants du personnel et les salariés lorsque le chef d'entreprise a fait le choix de les informer ou de les consulter. S'agissant des sociétés cotées, l'Autorité des Marchés Financiers (AMF) souhaite être informée, à titre confidentiel, de l'existence d'un recours à un mandataire ad hoc ou à un conciliateur.¹⁹

¹⁵ Article L.611-13 du Code de Commerce précise les incompatibilités : « Les missions de mandataire ad hoc ou de conciliateur ne peuvent être exercées par une personne ayant, au cours des vingt-quatre mois précédents, perçu, à quelque titre que ce soit, directement ou indirectement, une rémunération ou un paiement de la part du débiteur intéressé, de tout créancier du débiteur ou d'une personne qui en détient le contrôle ou est contrôlée par lui au sens de l'article L.233-16, sauf s'il s'agit d'une rémunération perçue au titre d'un mandat ad hoc ou d'une mission de règlement amiable ou de conciliation réalisée pour le même débiteur ou le même créancier.

La personne ainsi désignée doit attester sur l'honneur, lors de l'acceptation de son mandat, qu'elle se conforme à ces interdictions. Les missions de mandataire ad hoc ou de conciliateur ne peuvent être confiées à un juge consulaire en fonction ou ayant quitté ses fonctions depuis moins de cinq ans. »

¹⁶ Article L.611-7 du Code de Commerce précise : « le conciliateur a pour mission favoriser la conclusion entre le débiteur et ses principaux créancier ainsi que, le cas échéant à ses cocontractants habituels, d'un accord amiable destiné à mettre fin au difficultés de l'entreprise [...] (il) peut présenter toute proposition se rapportant à la sauvegarde de l'entreprise, à la poursuite de l'activité économique et au maintien de l'emploi »

¹⁷ Article R. 611-21 du Code de Commerce (mandataire ad hoc) et Article L.611-6 du Code de Commerce (conciliation)

¹⁸ Article L.611-15 du Code de Commerce : « Toute personne qui est appelée à la procédure de conciliation ou à un mandat ad hoc ou qui, par ses fonctions, en a connaissance est tenue à la confidentialité ».

¹⁹ Recommandation AMF, 28 juillet 2009, p.4

2. Différences

2.1. Conditions d'ouverture et de durée

À la différence du recours au mandataire ad hoc, la conciliation peut être ouverte en cas d'état récent de cessation des paiements pour autant qu'il ne remonte pas à plus de quarante-cinq jours.²⁰

Alors qu'aucune durée de mission pour le mandataire ad

hoc n'est imposée, la durée de la mission du conciliateur est fixée légalement à quatre mois, prorogeable d'un mois. De plus, en cas de demande d'homologation de l'accord par le tribunal, la mission de la conciliation peut être prolongée.²¹

2.2. L'octroi de délais de paiements dans la conciliation

Le chef d'entreprise peut obtenir au cours de la procédure de conciliation que le président du tribunal lui accorde des délais de grâce à l'égard des créanciers l'ayant mis en demeure ou l'ayant poursuivi.²²

Cette intervention du président permet notamment de

reporter ou d'échelonner sur un maximum de deux années les dettes, y compris les dettes fiscales et sociales.²³ En outre, cette décision permet de suspendre les majorations des intérêts ou les pénalités encourues en raison du retard pendant une durée qu'il aura déterminée.²⁴

2.3. Constatation et homologation de l'accord amiable issu de la conciliation :

Il existe trois possibilités de formaliser l'issue de la mission du conciliateur :

- conclusion d'un accord amiable (comme pour le mandat ad hoc) ;
- constatation de l'accord par le tribunal ;
- homologation de l'accord par le tribunal.

Les deux derniers cas sont spécifiques à la conciliation et peuvent être mis en place à condition que l'entreprise ne soit pas en état de cessation des paiements au moment de la signature de l'accord.

Effets de l'accord : Ce protocole d'accord présente une force obligatoire limitée aux signataires. Ce protocole ne fait l'objet d'aucune publicité.

Effets de la constatation de l'accord : En constatant l'accord, le juge lui donne une force exécutoire qui permet aux personnes ayant fourni une caution ou une garantie de se prévaloir des dispositions de l'accord sans en être pour autant signataires.²⁵ En outre, pendant la durée prévue dans l'accord, la constatation empêche toute poursuite individuelle, toute action en justice des créanciers parties à l'accord, visant à obtenir le recouvrement des créances.²⁶

Effets de l'homologation de l'accord : L'homologation est effectuée également par le juge. Aux effets de la procédure de constatation de l'accord viennent s'ajouter d'autres

conséquences, et parmi elles, la levée de l'interdiction d'émettre des chèques²⁷, dans le cas où l'entreprise en faisait l'objet, ainsi que le privilège de conciliation (dit « argent frais » ou « new money »).²⁸ Ce dernier effet est intéressant pour l'entreprise car il encourage des créanciers à consentir, au moment de l'accord, un nouvel apport de trésorerie au débiteur, sous forme de crédit²⁹ ou bien à lui fournir un service ou un bien visant à pérenniser l'entreprise. Ce privilège de conciliation confère aux créanciers, en cas d'ouverture ultérieure d'une procédure collective, un privilège légal leur donnant la priorité sur toutes les autres créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture, à l'exclusion du super privilège des salaires et des frais de justice.³⁰

Le jugement d'homologation fait l'objet d'une publicité dont les conséquences sont à prendre en compte³¹. En effet, la connaissance par les fournisseurs et les clients d'une procédure de conciliation en cours peut fragiliser leurs relations et nuire ainsi à l'entreprise.

Si les parties à l'accord homologué ou constaté ne le respectent pas, le juge prononcera la résolution de l'accord. Si la résolution de l'accord n'entraîne pas obligatoirement l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, l'ouverture d'une procédure collective, par contre, met fin de plein droit à l'accord constaté ou homologué.³²

²⁰Article L.611-4 du Code de Commerce (conciliation)

²¹Article L.611-6 du Code de Commerce

²²Article 1244-1 et suivants du Code civil et Article L.611-7 du Code de Commerce

²³A l'exception des créances nées d'un effet de commerce et des créances salariales, Article 1244-1 du Code civil

²⁴Article 1244-2 du Code civil

²⁵Article L.611-10-2 du Code de Commerce

²⁶Article L.611-10-1 du Code de Commerce

²⁷Article L.611-10-2 du Code de Commerce

²⁸Article L.611-11 du Code de Commerce

²⁹Exclusion d'un apport en trésorerie sous forme d'une augmentation de capital

³⁰Article L.622-17 du Code de Commerce

³¹Dépôt du jugement d'homologation au greffe et publication au BODACC

³²Article L.611-12 du Code de Commerce

3. Critères du choix

6

Ces deux procédures de prévention des difficultés de l'entreprise sont à la fois distinctes et complémentaires. Le choix entre le recours au mandataire ad hoc ou au conciliateur dépendra notamment du temps que nécessitera la procédure. La durée de la conciliation étant limitée à cinq mois maximum, il peut s'avérer opportun de recourir d'abord au mandataire ad hoc afin de disposer du temps nécessaire à la finalisation de l'accord. Le recours au mandataire ad hoc peut ainsi constituer la phase préparatoire d'une procédure

de conciliation. En outre, la situation économique de l'entreprise sera un élément déterminant puisque l'état de cessation des paiements, s'il est récent (Cf. 2.1. Conditions d'ouverture et de durée), conduira à recourir à la conciliation. Enfin, la portée que l'on souhaite donner à l'accord sera déterminante dans le choix entre les deux procédures, les effets de l'accord issu de la conciliation étant plus étendus (constatation ou homologation par le tribunal) que ceux de la procédure du mandataire ad hoc.

LES PROCEDURES AMIABLES : Tableau de synthèse

	Mandat had hoc	Conciliation
Situation de l'entreprise	<ul style="list-style-type: none">• difficultés juridiques, économiques, financières avérées ou prévisibles• absence d'état de cessation des paiements.	<ul style="list-style-type: none">• difficultés juridiques, économiques financières avérées ou prévisibles et/ou• éventualité d'état de cessation des paiements récent (si inférieur à 45 jours)
Initiative	le chef d'entreprise	le chef d'entreprise
Durée	<ul style="list-style-type: none">• sans limitation de durée (en pratique 3 mois)• renouvelable plusieurs fois	<ul style="list-style-type: none">• 4 mois• prorogeable 1 mois en cas d'homologation, la procédure est prolongée le temps nécessaire
Portée de l'accord	<ul style="list-style-type: none">• conclusion d'un accord amiable - force obligatoire entre les parties signataires• dans certains cas, le mandat ad hoc peut être suivi par une procédure de conciliation.	<ul style="list-style-type: none">• conclusion d'un accord amiable avec éventuellement :• constatation de l'accord par le juge<ul style="list-style-type: none">- force exécutoire bénéficiant aux garants, aux cautions, et aux co-obligés- interdiction des poursuites des créanciers signataires pendant la durée de l'accordou• homologation de l'accord par le juge (publication du jugement)<ul style="list-style-type: none">- effets identiques à la constatation- privilège du "new money"- levée de l'interdiction de l'émission de chèques.

Témoignages :

Témoignage 1 :

Quand l'intérêt social diverge de celui de l'actionnaire

Avec 150 M€ de CA, cette ETI américaine avec des filiales en Europe est familiale à 100% depuis sa création en 1950.

La filiale française, son fleuron européen, a distribué des dividendes confortables chacune des 15 dernières années. De ce fait, en 2008, son projet d'expansion d'usine a été approuvé par le conseil. Cet investissement dégrade toutefois le bilan de la filiale en 2009 car sa dette et ses engagements hors bilan représentent alors 1.8 fois ses capitaux propres.

Début 2009 le groupe est contraint de rembourser par anticipation un prêt important, suite à une rupture de « covenants », provoquée par la dégradation de ses ratios financiers. Le prêteur de la maison mère propose de réaliser ce remboursement par des appels à dividendes auprès des filiales, notamment la France.

Le PDG de la filiale française réalise qu'en acceptant l'appel à dividendes de 2 millions de dollars, il mettra immédiatement l'entreprise en cessation de paiement aux termes de la loi. Déchiré entre sa loyauté envers le groupe et l'intérêt social de

l'entreprise qu'il dirige, il informe son siège des risques encourus par lui dans cet acte anormal de gestion. Sans écho de sa hiérarchie américaine, il contacte le président de son tribunal de commerce qui lui propose la solution du mandat ad hoc.

Le mandataire est nommé dans les trois semaines suivantes. Son action permet de maintenir le crédit pour passer ce cap difficile et protège l'exploitation en interdisant toute sortie de trésorerie indirecte.

Le dirigeant se souviendra longtemps de la première réunion avec ses banquiers, en présence du mandataire ad hoc qui a obtenu en une heure le maintien de toutes ses lignes de crédit !

De son côté, la maison-mère explique à sa banque pourquoi la filiale française ne peut verser les dividendes attendus et le remboursement est rééchelonné avec succès.

Ce dirigeant a tenu, dans l'entreprise qu'il dirige depuis 20 ans, le rôle de l'Administrateur Indépendant, et sûrement pas comblant, que ses actionnaires n'y avaient pas nommé !

Témoignage 2 :

Le mandataire ad hoc négociateur légitime auprès du banquier

Un fonds d'investissement et une personnalité qualifiée du secteur (le futur PDG) achètent une société familiale (15 M€ de CA, 100 personnes) à son fondateur.

Cette reprise déstabilise l'équipe de direction et ceci se traduit l'année suivante par un chiffre d'affaires en baisse, des surstocks et un accroissement insupportable du BFR.

Pour affronter cette crise que personne n'a anticipée un manager est nommé à la place du PDG actionnaire. Le nouveau patron démontre que le groupe est techniquement en cessation de paiements et présente trois options au conseil :

- Recapitalisation
- Dépôt de bilan
- Vente

Il lui est alors demandé de négocier avec les banques des crédits adéquats pour permettre à l'entreprise de traverser cette crise. Le pool bancaire refuse catégoriquement d'accorder une ligne de crédit supplémentaire, si les actionnaires ne recapitalisent pas et il menace de dénoncer, avec effet immédiat, le crédit de campagne.

Devant l'urgence, le PDG prend les mesures qui s'imposent et fait appel à un mandataire ad hoc, choisi par lui, avec l'aval du tribunal de commerce de Paris.

Un plan de retournement est mis en place et le tribunal confirme le mandataire dans ses fonctions avec un mandat de trois mois. Avec le dirigeant, dans la perspective de l'entrée au capital d'un actionnaire stratégique, le mandataire négocie auprès des banques de nouveaux crédits, elles acceptent et renforcent la ligne de crédit de campagne.

Mandataire et dirigeant obtiennent aussi l'adhésion des partenaires sociaux à la reprise et à leur plan de sauvetage lors d'un comité d'entreprise extraordinaire.

Le nouvel actionnaire rentre au capital et le conseil est recomposé.

À la demande du dirigeant, le tribunal met fin à la mission du mandataire ad hoc.

Le groupe est aujourd'hui en très bonne santé.

Témoignage 3 :

Le mandat ad hoc au service de la TPE

Monsieur Durand reprend seul une société d'ingénierie du bâtiment (5 salariés, 1 M€ de CA), en succession du créateur propriétaire en âge de prendre sa retraite.

L'audit financier a été très rapide et l'opération est bouclée en confiance par rachat et augmentation de capital.

Les comptes de l'année suivante viennent confirmer des difficultés amorcées par une baisse soudaine d'activité l'année précédente. La trésorerie est tendue malgré des accords de paiement (sur 6 mois) déjà négociés avec les créanciers privilégiés et des délais de paiement étirés à l'extrême pour les autres.

L'entreprise commence à restaurer son carnet de commandes. À ce moment-là, les banques bloquent leurs concours.

Il apparaît rapidement que l'entreprise peut, soit honorer ses échéances courantes, soit payer ses dettes, mais en aucun cas les deux.

L'expert-comptable suggère au dirigeant de rencontrer le Président du Tribunal de Commerce. Celui-ci propose l'intervention d'un mandataire ad hoc, lequel, si la situation se révélait sans espoir, rendrait le dépôt de bilan obligatoire.

Le mandataire organise son travail comme suit :

1. Approche amiable de tous les créanciers afin de figer leurs

- créances et interrompre toute procédure ;
2. Audit des comptes et du business plan ;
3. Elaboration d'un plan de réduction et d'étalement des dettes avec tous les créanciers ;
4. Soumission du plan à la CCSF (Commission des Chefs de Services Financiers) pour obtention et validation de moratoires ;
5. Mise en œuvre de ces moratoires ;
6. Suivi du plan :
 - Le dirigeant peut se concentrer pleinement sur le développement de l'entreprise ;
 - Certaines dettes sont réduites irrévocablement ;
 - L'entreprise obtient un étalement sur 36 mois de ses encours ; le respect du plan permet d'obtenir toutes les remises de pénalités et majorations ;
 - Les rencontres organisées avec le mandataire et les organismes bancaires permettent de crédibiliser le business plan et obtenir de nouveau concours (Daily, escompte, OSEO).

Coût : environ 10.000 € HT, dont une partie en variable sur objectif de réduction de la dette.

Aujourd'hui, 4 ans après, l'entreprise est in bonis et réalise un CA de 2 M€.

Conclusion :

Le point de vue de APIA et le rôle de l'administrateur

Traiter toute question se rapportant aux risques afin de préserver l'entreprise est une mission essentielle du conseil d'administration ou de tout organe qui tiendrait son rôle dans l'exercice du pouvoir de contrôle, au sein d'une entreprise.

Garant de l'intégrité de l'entreprise et de ses actifs, l'administrateur est dans son rôle quand il assiste le dirigeant afin qu'il recoure aux outils adaptés que la loi met à sa disposition.

Seulement attention, son rôle n'est pas de décider d'y recourir car ceci est strictement entre les mains du chef d'entreprise. Cette décision, aussi cruciale soit-elle pour la sauvegarde de l'entreprise, n'a pas formellement besoin de l'approbation du conseil ni même de son information : l'absolue confidentialité de ces recours étant parfois à ce prix. Ceci est tellement vrai que l'un des exemples de ce cahier met en scène un dirigeant qui prend l'initiative d'un mandat ad hoc, lequel va sauver l'entreprise, sans avoir l'aval de son conseil d'administration (cf. quand l'intérêt social diverge de celui de l'actionnaire). En fait, l'administrateur est ici plus que jamais dans une mission de soutien et d'information.

En effet, le droit des procédures collectives doit bénéficier d'un regard nouveau au sein des entreprises. L'élément déclencheur et moteur dans leurs organes de gouvernance peut de toute évidence être l'administrateur indépendant qui met au service de l'intérêt social une culture de l'anticipation forgée par l'expérience. Cette ouverture est aujourd'hui favorisée par l'évolution des textes et nous sommes passés d'un droit essentiellement curatif, qui régissait les entreprises en cessation de paiement, à un droit préventif efficace dès la rencontre des premières difficultés. Et c'est bien en premier lieu au sein du conseil que ces sujets sont généralement discutés, même si, en l'espèce, la décision appartient au dirigeant qui peut choisir de n'informer personne de sa décision.

Ceci est parfaitement résumé dans le titre d'un livre du Code de Commerce qui traite des difficultés des entreprises : « la prévention ». Cet ouvrage codifie les pratiques des auxiliaires du chef d'entreprise : mandataires, conseils et tribunaux de commerce. Ces derniers, en particulier, souhaitent recevoir, tant qu'il est temps, les dirigeants pour les informer sur les options légales qui s'offrent à eux face aux difficultés.

L'administrateur doit relayer leur effort le plus en amont possible, c'est-à-dire dans l'entreprise, auprès du dirigeant mais aussi du conseil qu'il a le devoir d'ouvrir à cette nouvelle connaissance.

Si cette information fait l'objet d'une communication formelle de sa part il est également de son intérêt de faire porter ceci au PV du conseil car sa propre responsabilité peut être engagée ultérieurement si les décisions nécessaires ne sont pas prises au bon moment.

Les premières mesures de sauvegarde constituent une révolution. En effet, aujourd'hui, pour éviter la liquidation et ses conséquences désastreuses, l'entreprise a la possibilité de négocier avec les créanciers qu'elle choisit, seule, ou avec l'assistance de son conseil, mais aussi de tout tiers expert qui peut même être le médiateur du crédit.

Si elle n'y parvient pas, quatre procédures lui sont ouvertes, dont deux amiables dites « de négociation confidentielle ».

Elles ont été présentées dans ce premier cahier sur les outils offerts par la nouvelle loi de modernisation de l'économie qui appelle bien entendu de plus amples développements.

Quelles convictions peuvent aider l'administrateur à orienter ses règles de conduite ?

Les outils existent dans leur forme aboutie et, semble-t-il pour de nombreuses années. Il lui faut les connaître parfaitement, pour mieux les proposer en gardant à l'esprit que pour favoriser un rebond salutaire, répandre cette information dans les organes de gouvernance est essentiel au sein de chaque entreprise.

Leur efficacité ne peut être contestée même si elle ne concerne encore, hélas, que des entreprises d'une certaine taille car elles aboutissent dans 80% des cas à éviter les étapes suivantes plus contraignantes : les procédures de sauvegarde ou de redressement.

Pour le seul tribunal de commerce de Paris, de 2008 à 2010, les effectifs concernés par ces procédures de négociation représentent 70% de ceux globalement concernés par les procédures plus contraignantes (sauvegarde, redressement et enfin liquidation).

Le coût de mise en œuvre de ces procédures de négociation les rend encore malheureusement difficiles d'accès pour les trop petites entreprises.

Effectivement, un mandataire ad hoc facture aujourd'hui en moyenne 350 € HT de l'heure et son intervention revient rarement à moins de 10 000 € ! C'est d'ailleurs ce qu'a payé la TPE objet du témoignage n°3 repris dans ce cahier.

Cet obstacle est l'objet de toute l'attention des tribunaux de commerce qui œuvrent avec les conseils externes des entreprises pour mettre en place, à destination de cette population plus fragile, une forme d'assistance à un coût supportable.

Favoriser le rebond de l'entreprise est un sujet peu médiatique dont tous les professionnels compétents, au premier rang desquels se place l'administrateur indépendant, doivent se saisir.

Son rôle dans ce registre consiste bien entendu à préparer la « convalescence » de l'entreprise qui bénéficie de ces remèdes si efficaces et si méconnus que sont mandat ad hoc et conciliation. Au sein du conseil, il lui appartient de mettre en garde les dirigeants contre les obstacles qui se présenteraient s'ils s'engageaient d'emblée dans les procédures judiciaires que constituent la sauvegarde et le redressement : interdiction de soumissionner à un marché public, impossibilité de bénéficier plusieurs fois de cette procédure, affichage sur le Kbis d'une multitude de mentions, indicateurs dissuasifs de la Banque de France, et bien entendu une potentielle interdiction de gérer pour le dirigeant.

Dans le contexte difficile que nous traversons l'administrateur indépendant doit plus que jamais assumer sa mission de vigie au sein des organes de gouvernance. C'est à lui qu'il incombe d'attirer, quand cela est nécessaire, l'attention des dirigeants et des actionnaires sur cette « boîte à outils » qu'ils répugnent à ouvrir. C'est un rôle difficile et souvent ingrat mais n'est-ce pas la grandeur de cette fonction que de savoir parler franc et de se situer au-dessus des intérêts particuliers et au coté de l'intérêt social ?

Présentation des participants à l'élaboration de ce Cahier APIA

Ce groupe de travail a été animé par John Komnata et Denis Kibler, membres APIA, avec la collaboration de Jocelyne Delsouiller et François Bernard, Avocats Associés du cabinet Campbell Philippart Laigo & Associés, de Philippe Lauzeral, Avocat Associé du cabinet Cotty Vivant Marchisio & Lauzeral et de Frédéric Dana, Jean-Louis Flamand, Yves Hombreux, Jean François Labbé et Eric Seulin, tous membres APIA.

APIA

3 rue du Président Carnot – 69002 LYON

Tél. 06 31 29 83 88

Site : www.apia.asso.fr

Contact : contact@apia.asso.fr

Créée fin 2003, APIA est une association dont l'objectif est de promouvoir et de professionnaliser la fonction d'administrateur d'entreprises.

Initiée par un groupe de dirigeants d'entreprises de taille moyennes, APIA s'est élargi depuis à d'autres dirigeants et à de nombreux partenaires, experts reconnus des métiers proches de l'entreprise.

Les membres et les partenaires travaillent ensemble sur des thèmes liés aux fonctions et responsabilités des administrateurs pour enrichir leur pratique professionnelle, mieux aider les chefs d'entreprises et contribuer à la pérennité et au développement de celles-ci.

Campbell Philippart Laigo & Associés

Société d'Avocats

45 avenue Montaigne – 75008 Paris, France

Tél. 01 47 23 64 82

Site : www.parislaw.tm.fr

Contact : Jocelyne Delsouiller – E-mail : j.delsouiller@parislaw.tm.fr

Cabinet d'avocats d'affaires, CAMPBELL, PHILIPPART, LAIGO & ASSOCIES couvre les principaux domaines du droit tout en restant une structure à taille humaine. Il met au service de ses clients une équipe d'avocats, spécialisés dans un domaine particulier du droit (sociétés, fiscal, social, contentieux et arbitrage, immobilier, entreprises en difficulté, droit pénal des affaires, propriété intellectuelle et nouvelles technologies, droit commercial, OPCVM...). Cette spécialisation est la garantie d'une réponse adaptée à chaque situation.

Instaurant une relation personnalisée avec chacun de nos clients, nous nous attachons à comprendre et à répondre à leurs besoins particuliers pour accompagner au mieux leur développement en France comme à l'étranger. En effet, une partie significative de notre activité comprend un volet « international » que l'appartenance à un réseau européen, TELFA, connecté à un réseau américain, USLAW, est à même de servir.

Cotty Vivant Marchisio & Lauzeral

Association d'Avocats à la Cour

91 rue du Faubourg Saint Honoré – 75008 Paris

Tél. 01 55 73 20 20

Site : www.cvml.com

Contact : Philippe Lauzeral – E-mail : p.lauzeral@cvml.com

Le cabinet COTTY VIVANT MARCHISIO & LAUZERAL a été fondé en 2003 par des avocats ayant travaillé dans les plus grands cabinets d'affaires de la place de Paris.

Au sein de ses quatre bureaux de Paris, Tokyo, Singapour et Dubaï, il rassemble aujourd'hui 14 associés et une trentaine de collaborateurs de 5 nationalités différentes disposant d'une formation de premier plan (HEC, Sciences-Po, Harvard Law School...), parlant plusieurs langues étrangères (anglais, japonais, italien, espagnol, allemand, mandarin, russe) et qui partagent les mêmes valeurs, le souci de l'excellence et la recherche de solutions pragmatiques et efficaces.

L'activité est organisée autour de plusieurs pôles : droit boursier et financier, fusions-acquisitions, private equity, droit social, droit fiscal, contentieux et arbitrage, droit pénal des affaires, propriété intellectuelle, droit des nouvelles technologies, droit des contrats, droit des investissements étrangers au Japon et à Singapour.

Les cahiers APIA

Déjà parus :

- **Cahier APIA n°1** : « Quelques conseils en matière d'assurance de la responsabilité des dirigeants et des mandataires sociaux ». En collaboration avec Assurance & Capital Partners.
- **Cahier APIA n°2** : « Rôle des administrateurs en matière de contrôle interne et de gestion des risques ». En collaboration avec Ernst & Young Lyon et Lamy Lexel Avocats Associés.
- **Cahier APIA n°3** : « Un administrateur Indépendant dans les Sociétés par Actions Simplifiées (S.A.S.) ? ». En collaboration avec le Cabinet Guérin, Société d'Avocats.
- **Cahier APIA n°4** : « L'administrateur d'entreprises : un facteur de succès d'une transmission d'entreprise ». En collaboration avec CIC, Banque de Vizille, Lamy Lexel Avocats Associés, MCG Managers, Societex Corporate Finance.
- **Cahier APIA n°5** : « Administrateur et Chef d'Entreprise, une alchimie gagnante ». En collaboration avec Eurosearch Consultants, avec la participation de : BL Consultants, Remi Huppert-Conseil et Groupe Valori.
- **Cahier APIA n°6** : « Anticiper ! Dépasser l'approche traditionnelle ». En collaboration avec L.E.K. Consulting et TCR Capital.
- **Cahier APIA n°7** : « Un administrateur indépendant dans les entreprises patrimoniales ». Partie 1 : hors cession ou transmission de l'entreprise. En collaboration avec Aforge Finance et Ernst & Young Lyon, avec la participation de Seralia et Groupe Valori.
- **Cahier APIA n°8** : « Un administrateur indépendant dans les entreprises patrimoniales ». Partie 2 : En cas de cession ou transmission de l'entreprise. En collaboration avec Aforge Finance et Fidufrance Avocats.
- **Cahier APIA n°9** : « Les enjeux de la gouvernance dans les jeunes entreprises en croissance ». En collaboration avec le CERAG, Emertec Gestion, MCG Managers, avec la participation de Lamy Lexel Avocats Associés.
- **Cahier APIA n°10** : « Vous avez dit indépendant ? ». En collaboration avec Barclays Private Equity, Societex Corporate Finance, le CERAG, Emertec Gestion, avec la participation de Edward Addey et Sigma Consulting.
- **Cahier APIA n°11** : « Les ressources humaines : un facteur stratégique de succès ». En collaboration avec Fromont Briens & Associés, Yves Lacroix, avec la participation de BL Consultants, Concordances et MCG Managers.
- **Cahier APIA n°12** : « Repères pour la rémunération des Administrateurs Indépendants ». En collaboration avec Eurosearch & Associés.
- **Cahier APIA n°13** : « La logistique et l'Administrateur ». En collaboration avec KPMG
- **Cahier APIA n°14** : « Les délégations de pouvoirs ». En collaboration avec Lamy Lexel Avocats Associés et avec la participation de Campbell Philippart Laigo & Associés.

Sur simple demande à : contact@apia.asso.fr