



COUR
D'APPEL
PARIS

COUR D'APPEL DE PARIS

PALAIS DE JUSTICE

Dix-huitièmes Assises

"JUSTICE CONSTRUCTION"

**

Lundi 2 Février 2004

**

PROCEDURES COLLECTIVES ET TRAVAUX DE CONSTRUCTION
EN MARCHES PRIVES

**

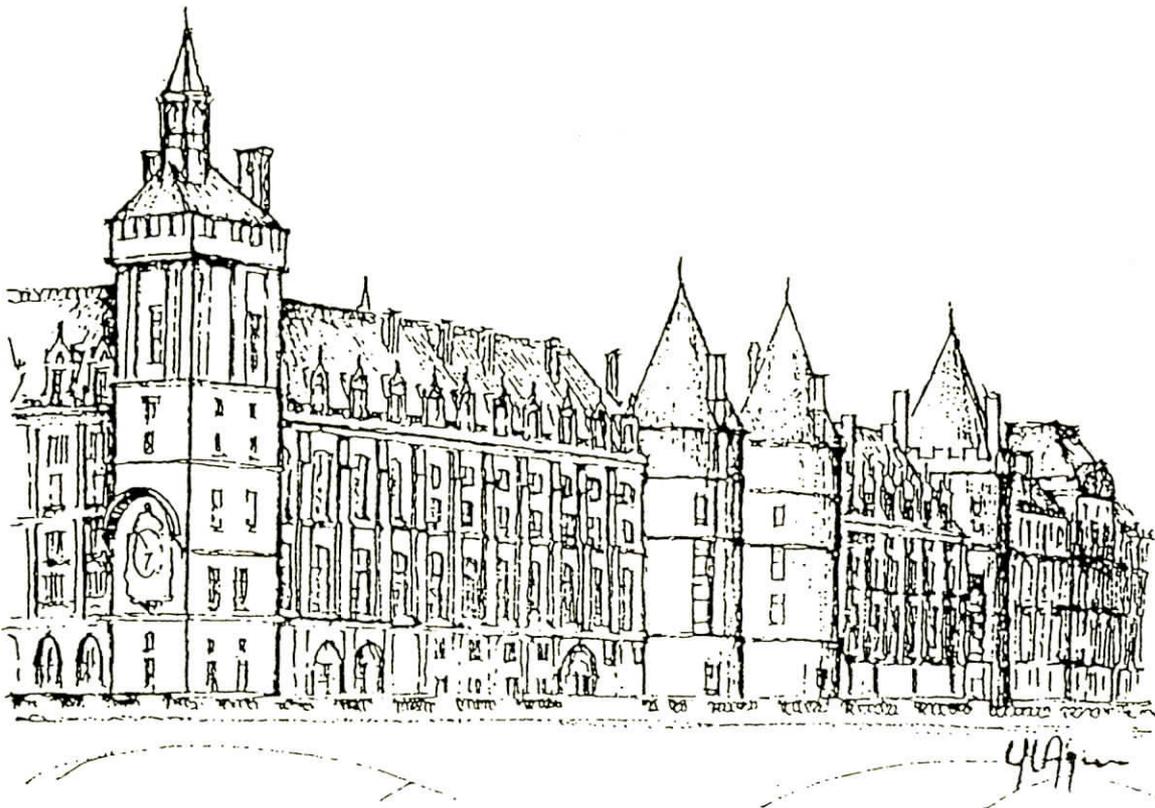


TABLE DES MATIERES

Matinée

	Pages
Ouverture des Assises par le Président Fabrice JACOMET Président de Chambre à la Cour d'Appel de PARIS	1
Allocution de Monsieur CHAZAL de MAURIAC Premier Président de la Cour d'Appel de PARIS	2
Allocution de Maître Jean-Marie BURGUBURU, Bâtonnier de l'Ordre des Avocats de la Cour d'Appel de PARIS	5
Allocution de Madame Perrette REY Président du Tribunal de Commerce de PARIS	8
Présentation de la journée par Monsieur Fabrice JACOMET	15
Présentation de la matinée par Monsieur Jean-Claude RIGUET Architecte, Expert judiciaire Vice-Président de JUSTICE CONSTRUCTION	19
MISE EN OEUVRE DES PROCEDURES COLLECTIVES par Madame le Professeur SAINT-ALARY-HOUIN	20
Débat	30
PROCEDURES COLLECTIVES ET STATUT CONTRACTUEL DE L'ENTREPRISE par Maître Jean-François PERICAUD Avocat à la Cour d'Appel de PARIS Vice-Président de JUSTICE CONSTRUCTION	35
Débat	47

COUR D'APPEL DE PARIS

oOo

Assises « JUSTICE – CONSTRUCTION »

« Procédures collectives et
travaux de construction en marchés privés »

oOo

Lundi 2 février 2004

(Matin)

oOo

*La séance est ouverte sous la Présidence de M. JACOMET,
Président de « Justice-Construction »*

M. le Président.- Monsieur le Premier Président, je vais vous demander de bien vouloir ouvrir nos travaux.

C'est la 18^{ème} année que Justice-Construction organise un colloque qui, cette année, porte sur un thème qui est attendu par beaucoup « procédures collectives et travaux de construction en marchés privés ».

Ouverture des Assises par M. CHAZAL de MAURIAC, Premier Président de la Cour d'Appel de Paris.

M. CHAZAL de MAURIAC.- Merci.

Je suis heureux de vous accueillir dans les locaux de la Cour d'Appel de Paris pour les Assises annuelles de votre association. J'ai connu son fondateur, Roland AQUENIN, il y a bien longtemps.

Une meilleure compréhension par les magistrats des méthodes de travail, des contraintes, des préoccupations des chefs d'entreprises, des architectes, des ingénieurs, des assureurs, et une meilleure connaissance du fonctionnement de l'institution judiciaire par tous les professionnels du bâtiment me paraissent être tout à fait indispensables pour les uns comme pour les autres.

Vous avez choisi, cette année, le thème des procédures collectives dans le domaine de la construction. Cela va vous conduire à vous pencher sur des problèmes qui sont extrêmement sensibles aussi bien pour les constructeurs et leurs assureurs que pour les maîtres d'ouvrage confrontés à la défaillance de leurs co-contractants.

Le problème des procédures collectives est aujourd'hui un problème majeur. Comme vous le savez sans doute, au cours de l'année 2001, nous avons connu une reprise des défaillances d'entreprise, après une longue période de baisse d'environ cinq ans.

Les chiffres de l'année 2002 ont confirmé cette tendance à la hausse, 42.000 procédures en 2001 sur l'ensemble du territoire, 43.000 en 2002.

Et d'après les informations dont je dispose, le chiffre de l'année 2003 marquerait une nouvelle hausse autour de 46.000, si je ne me trompe pas.

Il s'agit bien évidemment de chiffres intéressant toutes les entreprises et pas seulement, celles du bâtiment.

Je ne dispose pas de chiffres suffisamment précis pour vous donner le pourcentage d'entreprises en difficulté intervenant dans le domaine de la construction sur l'ensemble du territoire national. Peut-être Mme le Président REY dispose-t-elle de quelques chiffres pour Paris, voire des chiffres nationaux ; je la laisserai compléter votre information.

Plus de la moitié des défaillances d'entreprises concerne de jeunes entreprises, ayant moins de cinq ans d'existence, mais on constate au cours des dernières années une augmentation des sinistres qui touche les entreprises plus anciennes et c'est un phénomène qui mérite une analyse particulière.

Vous le savez, les entreprises de construction connaissent un très large éventail de dimensions puisqu'on trouve à la fois des groupes importants et des entreprises individuelles.

Ayant présidé pendant plusieurs années une chambre spécialisée dans le domaine de la construction, j'ai pu mesurer l'énorme différentiel de compétence et d'expérience entre les entreprises les plus capables et celles qui le sont moins.

Ce différentiel est aussi considérable dans le domaine de la gestion. D'ailleurs, de nombreuses faillites ont pour origine une incapacité à assumer

des tâches de gestion administrative et financière, dans des conditions convenables.

Dans la période actuelle où la reprise économique n'est pas encore confirmée, la visibilité des chefs d'entreprise est souvent réduite. La stabilité des entreprises les plus fragiles peut donc être rapidement compromise.

Il convient cependant de souligner que le secteur du bâtiment reste très privilégié dans de nombreuses régions.

Vous le savez, au regard des problèmes graves posés par la multiplication des dépôts de bilan, le gouvernement envisage une réforme importante du droit des procédures collectives et aujourd'hui le processus est en train de s'accélérer.

L'année 2002 est une année qui peut servir de référence puisque nous disposons de tous les chiffres. Elle montre que le dépôt de bilan est suivi dans 90 % des cas par une liquidation judiciaire - c'est considérable -, dans 7,3 % d'un plan de continuation et dans 2,6 % d'un plan de cession.

Vous le savez, depuis 1994 on peut ordonner directement la liquidation judiciaire après un dépôt de bilan sans passer par l'étape du redressement judiciaire.

Les Tribunaux de commerce ont prononcé dans près de 70 % des procédures collectives une liquidation directe.

Une évolution très importante et qui mérite la plus grande attention, a été, au cours des dernières années, le renforcement des cellules de prévention des tribunaux de commerce.

Le taux de réussite des procédures de prévention, qu'il s'agisse de la désignation d'un mandataire ad hoc ou qu'il s'agisse d'une conciliation entre le débiteur et ses créanciers, doit être souligné. Le taux de conciliation d'après les éléments dont je dispose, est de l'ordre de 50 %, ce qui montre l'intérêt d'une intervention de ce type et d'une intervention de ce type réalisée le plus tôt possible.

Malheureusement, le traitement des difficultés des entreprises par la voie amiable reste l'exception.

Pour l'année 2002, ce sont des chiffres très minces que l'on peut fournir, tant pour ce qui est des mandats ad hoc que des conciliations.

Pour favoriser le développement de la prévention, il conviendrait d'abord de faire une très forte publicité en direction des chefs d'entreprise, ce qui n'est pas toujours réalisé, en particulier, bien sûr, des toutes petites entreprises.

Il faudrait aussi que les commissaires aux comptes aient l'obligation de procéder à un certain nombre de démarches en direction du chef d'entreprise et d'alerter le tribunal de commerce.

Toutes les décisions prises dans le cadre du mandat ad hoc ou de la conciliation devraient être juridiquement sécurisées, c'est-à-dire ne plus pouvoir être remise en cause ensuite, comme cela s'est passé il n'y a pas si longtemps dans des affaires non dépourvues d'importance.

Il faudra aussi vraisemblablement pour favoriser la poursuite de l'exploitation que l'on envisage de soumettre nos institutions fiscales et sociales au même régime que les autres créanciers, en matière de remise de dette. Ce serait dans notre pays une révolution culturelle mais on voit bien le poids de cet endettement fiscal et social, ce qui nous interpelle et mérite en tout cas une analyse approfondie quant aux différentes solutions envisageables.

Pour résumer ma pensée, il convient de traiter le plus en amont possible les difficultés de l'entreprise.

Les différents intervenants vont évoquer au cours de cette journée de travail :

- ▶ la situation du maître d'ouvrage face aux différentes clauses du marché, face à la présence de co-traitants, de sous-traitants, ce sont des questions importantes.

- ▶ les difficiles choix qui doivent être effectués après un dépôt de bilan et l'ouverture d'un redressement judiciaire quant à la poursuite de l'activité ; une poursuite d'activité dans de mauvaises conditions est incontestablement un risque très important qui ne peut pas être pris à la légère.

- ▶ l'évaluation des chances de redressement, l'analyse des forces et des faiblesses de l'entreprise, l'analyse de la comptabilité, l'analyse du marché, c'est presque un art...

- ▶ enfin, il faudra voir ce qu'entraîne pour le maître d'ouvrage la résiliation des contrats.

Je ne pourrai malheureusement pas rester avec vous au regard des très nombreuses obligations qui sont les miennes, mais vos échanges dont la richesse ne fait aucun doute, vous permettront, j'en suis persuadé, de sortir ce soir de cette pièce beaucoup mieux éclairés sur les problématiques des défaillances d'entreprises de la construction.

Je vous souhaite une fructueuse journée de travail et encore une fois c'est un plaisir de vous avoir dans ces locaux.

(applaudissements)

M. le Président.- Monsieur le Premier Président, je vous remercie infiniment de vos propos de bienvenue.

C'est toujours un encouragement pour cette association, qui après dix huit ans d'activités va bientôt atteindre sa maturité, d'être accueillie dans ces lieux.

Vous ne vous êtes pas contenté de nous adresser de simples propos d'encouragement mais vous avez montré par vos propos votre parfaite connaissance à la fois des difficultés des entreprises de construction, et du souci que peuvent présenter pour elles les procédures collectives.

Il va de soi et sans déflorer le sujet qui sera traité, que l'organisation de la conciliation et de la sauvegarde, qui peut être développée dans le cadre des procédures collectives, sera très présente dans le cadre de nos travaux.

Je ne veux pas abuser de votre temps. Je vais passer directement la parole à M. le Bâtonnier que je remercie infiniment de bien vouloir participer pratiquement dès sa prise de fonctions aux travaux de notre colloque.

Intervention de Maître Jean-Marie BURGUBURU, Bâtonnier de l'Ordre des Avocats de la Cour d'Appel de Paris.

Me BURGUBURU .- Merci Monsieur le Président.

C'est dans une situation un peu particulière que je me trouve puisque, vous le savez, d'habitude, un magistrat s'exprime ou écoute et ensuite parlent deux ou plusieurs avocats. Là, c'est l'inverse, M. le Premier Président s'est exprimé, Mme le Président REY va s'exprimer et c'est un avocat qui s'exprime entre les deux.

Je dis que c'est un avocat car aussi Bâtonnier soit-il, c'est en tant qu'avocat que je suis ici et pourtant je ne suis spécialiste ni des procédures collectives ni du droit de la construction et les visages amis que je vois autour de moi, me démentiraient si je laissais entendre le contraire.

Il m'est arrivé pourtant d'avoir une expérience en matière de droit de la construction de quelques dossiers. Je me souviens d'un dossier de l'effondrement de la semelle de fondation d'un réservoir à pétrole qui m'a fait apprendre – je ne l'ai pas oublié bien que cela remonte à presque trente ans – la différence entre les pieux forés et les pieux battus !

Tout récemment, le lendemain même du jour où mon élection de Dauphin était confirmée, je plaçais devant votre Cour les séquelles touchant au droit de la construction largement entendu de l'expropriation qui devait aboutir à pousser la rue de Rennes jusqu'à la Seine en détruisant tous les immeubles au nord, quand on va vers la Seine, de Saint-Germain des Prés jusqu'aux quais. Cette affaire est encore en délibéré.

Donc mon expérience n'est pas grande en la matière néanmoins je saisis l'intérêt de vos travaux. Je remercie pour la communauté des avocats M. le Premier Président de mettre à notre disposition cette prestigieuse Première Chambre de la Cour d'Appel. Non seulement elle est prestigieuse mais il se trouve qu'elle est dominée par la Sainte Chapelle et je peux dire, sans porter atteinte au principe de laïcité, que c'est bien un des joyaux de notre architecture française et même de l'architecture mondiale ce qui permet sans doute d'éclairer vos travaux.

Je vois dans vos travaux un intérêt double.

Premièrement, il me paraît toujours essentiel qu'en dehors des instances judiciaires elles-mêmes, des avocats, des magistrats, des experts et d'autres spécialistes d'une matière puissent se rencontrer.

Vous savez que c'est l'objet notamment de la commission ouverte du droit immobilier, présidée par mon confrère Jean-François PERICAUD, qui est la commission ouverte la plus active de celles qui existent au sein de l'Ordre des Avocats.

Elles sont ouvertes parce qu'elles ne sont pas constituées exclusivement par des membres du Conseil de l'Ordre des Avocats mais que peuvent participer à leurs travaux des personnalités extérieures au Barreau, compte tenu de leurs notoriété et compétence : magistrats, universitaires, chefs d'entreprise, experts...

Donc ces rencontres entre partenaires de l'œuvre de justice en dehors d'une procédure, me paraissent essentielles à beaucoup d'égards, et notamment pour se parler, se comprendre, et faire progresser l'œuvre de justice.

C'est le deuxième point, votre réunion n'est pas une réunion de bonne compagnie au sens convivial du terme, même si je sais que les assises doivent se conclure par un cocktail au self Harlay. C'est quand même une réunion où va s'exprimer l'avis de la pratique et de la doctrine.

Ici, avocats, magistrats, experts et autres spécialistes réunis vont faire entendre leur point de vue. Ce point de vue est essentiel dès lors que l'on sait et on le voit dans d'autres domaines, que le législateur est parfois éloigné des réalités concrètes ou empreint de bonnes idées qui se heurtent au choc de la réalité.

Ici, cette réalité nous la vivons en la traduisant dans nos propos, dans les points de vue que nous exprimons, et dans les contestations relatives à l'évolution de la jurisprudence et à l'application de la loi, tant dans le domaine juridique, extérieur au procès qu'en matière strictement judiciaire.

Ces contestations permettent en réalité tant à la jurisprudence qu'à la loi, et à l'argumentation même des avocats, développée dans leurs conclusions et leurs plaidoiries, de progresser.

Par conséquent, ces Assises de la construction et je serais presque jaloux que le terme Assises ait été en quelque sorte revendiqué, tant le sujet me paraît bon au sens non criminel du terme, ces assises de Justice-Construction me paraissent un élément fondamental dans leurs réunions régulières de notre activité juridique et judiciaire.

Si je continuais à vous parler, je pourrais le faire, vous le savez, je démentirais mon propos initial qui était de dire que je ne suis pas spécialiste alors que les spécialistes sont là à mes côtés.

Je me demandais si le sujet qui vous réunit aujourd'hui, procédures collectives et travaux de construction en marchés privés, n'avait pas sa place de l'autre côté du boulevard du Palais !

Je remercie Mme le Président du Tribunal de Commerce d'avoir bien voulu faire le trajet inverse, vos débats en la matière sont purement du droit privé, du droit commercial (sous réserve des aspects immobiliers de la compétence liée) je me rends compte aussi que ce ne sont pas seulement des débats entre spécialistes, je veux dire entre professionnels mais que ces débats peuvent aller jusqu'à la personne privée qui bénéficiera de la compétence mixte, civile ou consulaire.

A une époque, ou l'acronyme c'est-à-dire le sigle VEFA n'existait pas encore, on parlait quand même déjà de ventes en l'état futur d'achèvement, il y avait déjà des procédures collectives et des défaillances d'entreprises. Mais hélas il y avait aussi des drames, des scandales, des problèmes considérables pour des épargnants qui voyaient leur capacité d'épargne, voire les économies de toute une vie sombrer avec l'entreprise défaillante qui ne pouvait mener à bien son projet de construction.

Je pense que par conséquent – je termine sur ce point – le débat n'est pas seulement un débat de spécialistes mais qu'il intéresse la sphère économique, ce qui nous permettra de faire une transition à l'égard de Mme le Président du Tribunal, la sphère économique toute entière du côté certes des entrepreneurs, des professionnels, mais aussi de l'ensemble de nos concitoyens qui sont très nombreux à se trouver concernés par cette situation, qu'il s'agisse de la construction d'une maison individuelle ou d'un immeuble collectif.

Je souhaite donc une bonne conduite de vos travaux, un bon développement et je ne doute pas que les conclusions auxquelles vous aboutirez sont de celles auxquelles il faudra faire rapidement référence.

(applaudissements)

M. le Président.- Merci Monsieur le Bâtonnier de vos propos qui sont là aussi un encouragement.

J'ajouterai simplement que l'Association Justice Construction n'a effectivement pas d'autre objectif que de permettre à chacun d'exprimer les contraintes auxquelles il est exposé et de pouvoir comprendre un peu mieux celles des autres acteurs.

La première mission du Juge est d'abord de comprendre.

Les avocats sont d'ailleurs nombreux dans le cadre de cette association. Aux côtés des experts judiciaires, tant architectes qu'ingénieurs, ils participent activement au fonctionnement de cette association.

Un dernier point peut-être : l'activité de construction et de bâtiment touche les domaines les plus importants. Elle est confrontée maintenant de plus en plus aux questions d'environnement, de santé publique, d'urbanisme et économiques et il est symptomatique que nous puissions traiter, au fur et à mesure, des sujets aussi différents que, l'an dernier, le thème handicap-construction et aujourd'hui, le thème « procédures collectives et travaux de construction et de bâtiments ».

Je tiens ici à souligner, en tant que Président de cette association, l'importance de l'activité de construction dont chacun sait la part qu'elle joue dans le secteur économique tant par la masse du chiffre d'affaires généré, le nombre de personnes qui sont employées que par les drames parfois que peuvent provoquer des constructions mal adaptées.

Madame le Président du Tribunal de Commerce, sur un sujet comme celui-ci votre présence allait de soi. Mais vous avez bien voulu accepter, compte tenu des fonctions que vous avez longtemps exercées, de ne pas vous contenter de participer simplement à cette séance d'ouverture mais de nous gratifier, si je puis dire, d'une intervention tout à fait ciblée et je dirai d'autant plus ciblée.

Mais le projet de loi de sauvegarde des entreprises du 14/10/03 a repris une actualité tout à fait récente, puisque ces jours derniers – il n'y a pas plus de 48 heures – des précisions complémentaires ont été apportées et vous avez bien voulu, m'avez-vous dit tout à l'heure, traiter plus de ce projet qui date de 48 heures que du projet ancien dont certains d'entre vous avaient déjà pu prendre connaissance.

Madame le Président, je vous passe directement la parole.

Intervention de Mme Perrette REY, Président du Tribunal de Commerce de Paris « Projets et réalisations au Tribunal de Commerce de Paris au regard du projet de loi de Sauvegarde des Entreprises du 14 octobre 2003 ».

Mme REY. - Merci Monsieur le Président.

Lorsque vous m'avez très aimablement conviée à participer à vos assises, invitation relayée par mon collègue et ami, le Magistrat consulaire Jean-René MAILLARD, grand bâtisseur devant l'Eternel, c'est avec grande joie que je me suis rendue à votre invitation, ayant le sentiment de payer une double dette, une dette d'abord, Monsieur le Président, à l'égard de votre famille.

Après tout, ne nous a-t-elle pas donné une femme présidente de Chambre au Tribunal de Commerce de Paris, votre tante, Mme Denise LARMACHE, à l'époque où les femmes s'y comptaient sur les doigts d'une seule main.

Et dette aussi à l'égard du monde du bâtiment et de la construction, car sans vous, et sans la crise immobilière que nous avons connue en France dans la première moitié des années 90, il serait juste de dire que le droit des entreprises en difficulté n'aurait pas pris le visage qu'il a aujourd'hui et que le projet de loi de sauvegarde des entreprises que je vais vous commenter ne serait sans doute pas celui que nous connaissons.

Souvenez-vous... c'était au début des années 90, suivant des années de spéculation importante qui faisaient que promoteurs, marchands de biens, tous ceux qui participaient à l'art de construire mais aussi leurs bailleurs de fonds qui ne s'étaient d'ailleurs pas contentés d'être dispensateurs de crédits mais qui avaient souvent commis l'imprudence de s'associer en participation dans le cadre de SEP, de sociétés créées de fait, se trouvaient frappés de plein fouet par la crise immobilière.

Comme l'a dit le poète, ils n'en mourraient pas tous mais tous étaient frappés, dans un contexte politique où le gouvernement de l'époque estimant que, tant les gens du bâtiment que leurs bailleurs de fonds s'étaient également rendus coupables de spéculations effrénées et n'avaient qu'à s'en prendre à eux-mêmes, refusait de voler à leur secours.

Ils sont venus, ces acteurs du monde de la construction et ces bailleurs de fonds, frapper à la porte de mon prédécesseur, Michel ROUGER, Président du Tribunal de Commerce de Paris et qui, parfaitement conscient de ce qu'on qualifiait alors de risque systémique, s'est souvenu qu'il y avait quelque part une loi du 1er mars 1984 dite de la prévention et du règlement amiable qui avait, en son temps, excité l'imagination fertile de la doctrine, mais laissé de marbre les juridictions à commencer par les juridictions consulaires, se demandant bien ce qu'on pouvait faire de cette chose-là.

C'est pourtant cette chose-là qui a permis, à partir des années 92 et suivantes, de traiter en douceur la sortie de la crise immobilière et de sauver, par la voie de la prévention des difficultés des entreprises à laquelle M. le Premier Président CHAZAL de MAURIAC a fait référence avec tant d'à propos, celles des entreprises qui pouvaient être sauvées.

C'est donc à la faveur de la crise immobilière que la prévention est réellement rentrée dans les mœurs judiciaires malheureusement à dose encore trop homéopathique.

Citons quelques chiffres pour mesurer cette pratique au regard du nombre de procédures collectives, en citant les chiffres de 2003 puisque M. le Premier Président a cité ceux de 2001 et de 2002.

Nous avons eu, en 2003, pour l'ensemble du territoire national, près de 48.000 ouvertures de procédures collectives. Nous savons hélas que 90 %, comme il a été rappelé à juste titre, termineront en liquidation judiciaire. En outre, un bon nombre de plans de redressement par voie de continuation, et même par voie de cession, qui ont été arrêtés par les juridictions consulaires, n'iront pas jusqu'à leur terme, ce qui fait qu'au bout du compte 5 % seulement des entreprises peuvent être aujourd'hui sauvées par le biais d'un redressement.

Sur ces 48.000, le seul Tribunal de Commerce de Paris en ouvre 10 %, 4.778 exactement en 2003, dont 20 % concernent les entreprises du bâtiment et de la construction. 20 % (978) c'est considérable !

Et la prévention, comme il vous a été rappelé à juste titre, ne serait-ce qu'à cause de sa jeunesse, n'est pas encore assez pratiquée, pas encore assez connue.

130 mandats ad hoc et conciliations en 2003, 1.300 pour l'ensemble du territoire hexagonal, alors que les taux de réussite de la juridiction consulaire parisienne sont supérieurs à ces 50 %, qui sont la moyenne nationale et qu'a rappelés M. le Premier Président. A Paris, deux entreprises sur trois qui ont recours au Président du Tribunal et ont sollicité la nomination d'un mandataire ad hoc ou d'un conciliateur, se retrouvent in bonis, 3 et voire même 4 ans après l'accord entre les débiteurs et ses principaux créanciers.

C'est dire l'efficacité de cette technique au regard de celle des procédures collectives, mais c'est dire aussi l'insuffisante connaissance qu'en ont aujourd'hui les acteurs de l'économie.

C'est bien, cette réflexion qui inspire les 150 articles du projet de loi de sauvegarde des entreprises que le gouvernement a rendu publics, il y a exactement une semaine, le 26 janvier dernier, et qui fait suite à l'avant-projet de sauvegarde d'entreprise qui avait été publié, lui, le 13 octobre 2003.

Ce texte – je parle bien sûr du projet de loi de sauvegarde – va normalement, ayant été le même jour remis au Conseil d'Etat, faire l'objet d'une discussion en Conseil des Ministres et devrait pouvoir être examiné par le Parlement d'ici l'été 2004.

Il me paraissait donc souhaitable de vous en dire quelques mots, encore que le laps de temps qui me soit imparti ne me permette guère de vous commenter ces 150 articles du projet de loi de sauvegarde des entreprises.

Je voudrais donc concentrer mon propos sur deux points :

- ▶ le premier me permettra d'évoquer l'économie du projet de loi de sauvegarde à travers sa philosophie et son architecture ;
- ▶ le deuxième, de vous présenter deux de ses dispositifs qui m'apparaissent les plus novateurs, je veux parler d'une part de la conciliation dans le domaine préventif et d'autre part du tout nouveau dispositif dit « procédure de sauvegarde » qui appartient au domaine des procédures collectives.

Mais d'abord quelle philosophie sous-tend le texte du 26 janvier 2004, quelle est son économie, quelle est son architecture ?

S'agissant de son économie, il me semble qu'on pourrait la décrire de la façon suivante : le texte est novateur, libéral, pragmatique.

Novateur : il a compris que l'anticipation des difficultés des entreprises est la seule façon, à condition de s'y prendre suffisamment en amont, pour avoir des chances de redresser celles qui peuvent l'être. Anticipons, anticipons ! Et nous pourrons peut-être enfin remplir ce 11^{ème} commandement dont le législateur de 1984 et de 1985 nous a fait cadeau : « et tu redresseras l'entreprise » ; si mal rempli, comme je vous l'ai rappelé par les procédures collectives et qu'il est possible de réaliser à travers la voie préventive.

Anticiper oui, mais aussi par une démarche libérale car c'est au chef d'entreprise qu'il revient de choisir parmi les dispositifs mis à sa disposition par le législateur.

Alors de deux choses l'une, ou il choisit la voie préventive ou il choisit celle des procédures collectives.

S'il choisit la voie préventive, il peut arbitrer en matière de prévention traitement entre deux techniques, celle du mandat ad hoc qui n'est pas encadrée par la loi, et celle dite de la conciliation dans le projet de loi du 26 janvier qui remplace le règlement amiable de notre droit positif et le redressement amiable de l'avant-projet d'octobre 2003.

S'il préfère la voie des procédures collectives, il faut que ce chef d'entreprise se pose au préalable la question suivante : est-il ou pas en cessation des paiements ? S'il n'est pas en cessation de paiement bien sûr lui est ouverte, là aussi, la voie préventive et en ce qui concerne la voie des procédures collectives il a pour lui la toute nouvelle procédure de sauvegarde des entreprises, innovation majeure du dispositif du 26 janvier 2004 puisque, sans attendre d'être en état de cessation des paiements, il va pouvoir, comme je le dirai tout à l'heure en vous décrivant plus en avant cette procédure de sauvegarde, venir frapper à la porte du tribunal pour demander à bénéficier de ce qui n'est autre qu'un redressement judiciaire anticipé par analogie avec le fameux « charter eleven » du droit de la faillite américain.

Si, en revanche il est en état de cessation des paiements, il devra encore se poser la question suivante : est-ce que la continuité d'exploitation est au rendez-vous ? Dans ce cas-là, la voie du redressement judiciaire lui est ouverte.

Est-ce qu'elle n'est pas au rendez-vous ? Exit la possibilité du redressement par voie de cession, la cession se faisant selon les modalités de la liquidation judiciaire. Si la continuité d'exploitation n'est plus au rendez-vous seule reste ouverte la voie de la liquidation judiciaire.

Un texte novateur, un texte libéral en ce qu'il responsabilise le chef d'entreprise face à ces différents choix mais aussi un texte pragmatique.

Vous vous rendez bien compte dans mes propos que notre frontière habituelle, cette ligne de démarcation entre prévention et procédure collective sur laquelle nous avons tant glosé, cet état de cessation des paiements qui sépare la prévention en amont des procédures collectives en aval, c'est-à-dire le pas à une autre forme de logique qui est une logique économique, celle de la continuité d'exploitation. Car vous pouvez, même en état de cessation des paiements, du moment que vous ne l'êtes pas depuis plus d'un mois, utiliser la voie préventive de la conciliation.

Et quand bien même vous ne seriez pas en état de cessation des paiements, vous pouvez venir vous placer sous la protection du tribunal en utilisant l'une des techniques de procédure collective qu'est désormais cette procédure de sauvegarde.

On comprend que le législateur n'ait pas jugé bon de redéfinir l'état de cessation des paiements, puisque cette définition juridico-comptable qui a pourtant fait couler beaucoup d'encre et beaucoup de salive, se retrouve subsidiarisée, secondarisée par rapport à un concept économique, celui de la continuité d'exploitation.

Pour conclure ce premier point, je rappellerai ce qu'est l'architecture de ce nouveau dispositif, tant de sottises ayant été écrites à ce sujet, ce qui montre bien que cette acception novatrice n'est pas si facile à comprendre.

Il y a donc dans le cadre du projet de loi de sauvegarde des entreprises, deux techniques préventives de prévention traitement, le mandat ad hoc et la conciliation et il y a du côté des techniques de procédure collective trois procédures possibles :

- ▶ la procédure de sauvegarde
- ▶ le redressement judiciaire
- ▶ la liquidation judiciaire avec ses trois facettes. Elles sont d'une part le plan de cession ou la cession des unités de production dont le régime est uniformisé, qui sont désormais en la main du tribunal alors que vous vous en souvenez la cession des unités de production était autrefois de la compétence des juges commissaires ; deuxièmement la cession des autres éléments, les immeubles, l'ancien article 154 de la loi de 1985, les autres biens, l'article 156 ; enfin cette fameuse liquidation judiciaire simplifiée qui est destinée aux entreprises qui ont peu de salariés et pas d'actifs immobiliers et qui devrait pouvoir être ouverte et clôturée en un an maximum plus trois mois sauf à revenir au droit commun.

Deux procédures préventives, trois procédures collectives. Faute de temps pour les présenter toutes, je voudrais dans la deuxième partie de mon exposé vous parler de la conciliation et du plan de sauvegarde.

La conciliation : elle a, je vous le rappelle, remplacé notre règlement amiable. Elle a été aménagée dans le projet de loi par rapport à l'avant-projet de loi sur les instances la conférence générale des tribunaux de commerce qui, comme vous le savez, regroupe les 191 juridictions consulaires et que je préside. Nous n'avons cessé de rappeler au législateur que confiance et confidentialité devaient être au rendez-vous, que sans cette confiance et cette confidentialité on ne pouvait pas sauver les entreprises par la voie de la conciliation. Le législateur a donc rendu au chef d'entreprise la liberté qui est la sienne à la tête de son entreprise. Il est libre de faire les actes de gestion courante de son entreprise, sans être surveillé par son conciliateur.

Libre également de disposer de ses biens sans autorisation préalable du président du tribunal et sans que ceci soit soumis à la condition suspensive de l'homologation de l'accord comme le prévoyait l'avant-projet de loi.

Le conciliateur se retrouve dans le rôle qui est le sien aujourd'hui, c'est-à-dire qu'il n'a plus comme l'avait estimé à tort l'avant-projet de loi, à se substituer au débiteur dans le face à face avec ses créanciers. Mais il retrouve ce rôle qui a fait le succès de la conciliation, ce rôle de neutralité

absolue, cette obligation de restaurer la confiance entre débiteur et créancier, de manière à ce qu'un accord puisse se conclure entre les uns et les autres.

Mais la grande novation de la conciliation c'est que si cet accord se produit à la suite d'un laps de temps qui est un peu allongé, qui passe de 3 à 4 mois plus un mois sur requête motivée du conciliateur, cet accord devra être homologué non pas par ordonnance du président du tribunal mais cette fois-ci par un jugement du tribunal en chambre du Conseil. Il y aura donc un débat contradictoire en présence du débiteur et des créanciers parties à l'accord, du conciliateur, du parquet, des représentants du comité d'entreprise ou des délégués du personnel, le tout avec une obligation pour tout le monde de respecter la confidentialité.

Exit, néanmoins, dans le projet de loi l'obligation de secret sous sanction pénale qui était évidemment impossible à réaliser compte tenu des participants à cet accord.

Le jugement est publié et peut faire l'objet d'une tierce opposition. Les créanciers bénéficient d'une protection particulière puisque non seulement précise le nouveau texte, ils bénéficient du privilège de l'article L 621-32, l'ancien article 40 mais ils ne peuvent pas voir leur responsabilité engagée sauf fraude ou comportement abusif à raison des dommages qui pourraient résulter des concours qu'ils auraient accordés dans le cadre de ce nouvel accord.

Vous savez, c'était déjà dans l'avant projet que la date de cessation des paiements ne pourra pas être remontée au-delà de la décision définitive ayant homologué l'accord.

Ainsi, un certain nombre de dispositions favorables aux créanciers et qui répondent à un souci de sécurité juridique ont pour contrepartie une beaucoup plus grande difficulté pour respecter la confidentialité qui avait fait le succès de cette procédure, laquelle retrouve en revanche dans le projet la souplesse qu'elle avait perdue dans l'avant-projet.

Deux mots enfin pour ne pas abuser du temps que vous avez bien voulu m'impartir, concernant la procédure de sauvegarde.

L'idée est toute simple, c'est celle du « charter eleven » du droit américain. Il faut permettre à un chef d'entreprise qu'il n'est pas encore en état de cessation des paiements, mais qui connaît des difficultés qui pourraient y conduire à bref délai, de venir se placer sous la protection du tribunal et de frapper ainsi, si c'est un commerçant ou un artisan, à la porte du tribunal de commerce ; en revanche, si c'est un agriculteur, ou le dirigeant d'une personne morale de droit privé, et désormais d'une profession libérale, s'il est un professionnel indépendant, à celle du tribunal de Grande Instance.

L'idée est qu'il peut désormais, à l'abri de la poursuite de ses créanciers, voir ouvrir ce qui n'est guère au fond qu'une procédure de redressement judiciaire anticipé, puisque le jugement d'ouverture va mettre en place des organes de la procédure, comme cela se passe en matière de redressement judiciaire, un ou plusieurs juges commissaires, un ou plusieurs administrateurs judiciaires au moins pour les entreprises les plus importantes, un mandataire de justice. Dans les deux mois d'ouverture de la procédure, l'administrateur, s'il en a été nommé un, ou le débiteur vont devoir faire rapport au juge commissaire pour lui prouver que la capacité de financement de l'entreprise, durant la période d'observation, nécessaire à l'établissement du bilan économique et social du projet, est réelle, sinon ce sera la liquidation judiciaire, ou la cession en mode liquidatif..

Donc il y a un rendez-vous très proche qui va être comme une épée de Damoclès pesant sur la tête de celui qui vient demander à profiter de la procédure. En outre, disposition novatrice du projet de loi de sauvegarde, qui ne figurait pas dans l'avant-projet, à la demande des organisations patronales, et plus précisément du MEDEF, il est introduit à dose homéopathique un petit peu de ces comités de créanciers dont vous avez vu la presse se faire écho, qui sont une des spécialités du « charter eleven » américain. C'est-à-dire que le projet de loi les prévoit pour certaines entreprises. La chancellerie vise les plus importantes, selon des seuils de chiffres d'affaires ou de nombres de salariés à fixer par décret en Conseil d'Etat.

Le Garde des Sceaux commentant son texte prévoyait de l'ordre de 300 salariés, juste pour fixer les idées, sachant qu'en-deçà on peut toujours appliquer cette nouvelle procédure avec constitution de comités de créanciers à condition que l'administrateur, le débiteur, le demandeur et sur autorisation du juge commissaire, ces deux comités de créanciers, sont celui des établissements de crédits d'un côté, celui des principaux fournisseurs de l'autre, avec la possibilité pour les conseils de ces deux comités de rentrer en discussion avec ceux du chef d'entreprise après que celui-ci leur ait fait une proposition dans un délai de deux mois, renouvelable une fois, en présentant un plan de réorganisation et de sauvegarde de l'entreprise.

Il restera dans le cadre de ces discussions à voir si ces deux comités peuvent se mettre d'accord sur un accord de sauvegarde et ce n'est que si ce plan à majorité qualifiée – et le décret nous dira quelle est cette majorité – venait à être adopté, que le rêve que M. le Premier Président de la Cour d'Appel nous a présenté, de voir les créanciers sociaux et fiscaux changer de culture, pourrait peut-être devenir un début de réalité encore que le projet de loi dit qu'ils peuvent, sans les y contraindre, suivre le bon exemple, et renoncer à partie de leur dette ou accorder des délais sauf en matière d'impôts indirects.

Vous le voyez, c'est donc l'introduction à petite dose de ces modalités que le « charter eleven » a insérées dans la pratique du droit de la faillite américain; je rappelle que le droit américain n'a pas de droit préventif, ne connaît qu'un droit des procédures collectives. Mais la volonté du gouvernement français a été d'acclimater ces modalités très prudemment.

La Chancellerie a été très à l'écoute des critiques qui ont été adressées à la manière de faire américaine, on sait que ces procédures de consultation des comités de créanciers sont longues, malgré les délais très contraints qui sont peu respectés et sont surtout excessivement coûteuses, d'où la volonté de ne les réserver qu'aux entreprises d'une certaine taille.

Voilà très brièvement résumées deux des innovations majeures du projet de loi sur lequel nous aurons bien souvent l'occasion de revenir.

Permettez –moi de conclure en faisant un vœu, celui de progresser, ne serait-ce que modestement, en faisant en sorte que la prévention des difficultés des entreprises rattrape son retard, en tant que technique de traitement de ces difficultés. Car après tout si nous arrivions à sauver 2 à 3 % d'entreprises supplémentaires à travers ces nouvelles procédures nous améliorerions de 50 % le score actuel ce qui en valeur relative, ne serait déjà pas si mal.

Merci infiniment de votre écoute et bon courage.
(applaudissements)

M. le Président. - Merci infiniment Madame le Président.

Votre talent nous a permis d'entrer directement dans le sujet. L'aspect prévention des difficultés pour les entreprises de construction est d'un intérêt majeur : drame humain ou drame social que subit l'entreprise qui en est l'objet, drame que vont subir d'autres entreprises, car un chantier est une entreprise collective sur laquelle il y a de nombreux intervenants et la défaillance de l'une peut entraîner celle d'autres entreprises,

le drame humain et économique, que vivra le maître d'ouvrage, qui lui a des engagements, vis-à-vis des clients, auxquels il doit faire face,

drame aussi de tous ces clients qui attendront vainement que leur logement, que la construction qu'ils espèrent, puisse enfin se terminer.

Chacun sait qu'une difficulté à laquelle est confronté une seule entreprise sur un chantier entraînera des désordres en matière de construction, des désordres aux conséquences souvent incalculables.

Or, précisément toutes ces difficultés en chaîne permettent sans doute, si on les détecte suffisamment à temps, de pouvoir y remédier car leur ampleur va permettre aux instances des procédures collectives peut-être de négocier, peut-être d'obtenir des concessions des uns et des autres, que l'échec d'un chantier entraînant des conséquences encore plus graves sur le coût du chantier.

Tant il est vrai que la comptabilité des entreprises pendant le chantier est une indication, mais en ce qui concerne les entreprises de construction, ce n'est qu'à la fin du chantier que l'on sait véritablement ce qu'a coûté le chantier.

Avant de suspendre nos travaux pour permettre à Monsieur le Premier Président, Monsieur le Bâtonnier, Madame le Président du Tribunal de Commerce de Paris de se retirer, je tiens à remercier

Monsieur le Premier Président de la Cour de Cassation
Monsieur le Président de la 3^{ème} Chambre de la Cour de Cassation
Monsieur le Président du TGI de Paris

De s'être fait représenter par des spécialistes incontestés du droit de la construction

Et Monsieur le Président du Conseil Economique et Social d'Ile-de-France qui a annoncé sa venue en fin de journée.

Merci infiniment.

(applaudissements)

(Départs de M. Le Premier Président de la Cour d'Appel de Paris, de M. Le Bâtonnier et de Mme le Président du Tribunal de Commerce de Paris).

Présentation de la journée.

M. le Président.- Je vais inviter Mme le Professeur SAINT-ALARY-HOUIN, M. PARLEBAS et M. LE METAYER à venir prendre place à mes côtés, ainsi que Maître PERICAUD.

Je vais me permettre maintenant de présenter un peu plus précisément la journée et les raisons qui ont amené à ce choix pour ce colloque.

Ce colloque était infiniment attendu par de nombreux membres de l'association tant l'importance des procédures collectives est grande.

L'irruption d'une procédure collective dans un chantier, qu'il soit ou qu'il ne soit pas important, est de nature à entraîner les difficultés considérables pour l'exécution du chantier. J'ai déjà eu l'occasion ce matin de souligner l'ampleur des problèmes.

Or, il est à craindre qu'il y ait un certain antagonisme entre l'objectif de la loi d'ordre public sur les procédures collectives qui est de permettre de sauver autant que faire se peut l'entreprise et les impératifs qu'a de son côté le maître de l'ouvrage qui est, pour ce qui le concerne, de réussir à terminer son chantier, compte tenu des engagements qui sont les siens.

Existe-t-il ou non une difficulté ? Existe-t-il là des antagonismes profonds entre les deux objectifs à atteindre ?

L'objet de ce colloque n'est donc ni de traiter l'ensemble des questions de procédures collectives – je crois que plusieurs journées n'y suffiraient pas – ni de traiter l'ampleur des problèmes du droit à la construction, là aussi plusieurs journées n'y suffiraient pas, mais de voir s'il n'existe pas une certaine spécificité en ce qui concerne les procédures collectives qui surviennent dans le cadre d'un chantier.

Il aurait été intéressant de traiter l'ensemble des questions générées par les procédures collectives de l'un ou l'autre des acteurs mais là aussi le temps n'y aurait pas suffi.

Aussi avons-nous limité d'une part ce sujet en ce qui concerne les marchés privés mais d'autre part à la défaillance d'une entreprise dans le cadre d'un chantier. Nous n'allons évoquer ni la défaillance du maître de l'ouvrage, ni la défaillance des maîtres d'œuvres éventuels mais uniquement la défaillance de l'entreprise.

L'axe que nous avons pris est celui du maître d'ouvrage, comment lorsqu'il existe une procédure collective peut-on essayer de sauver le chantier ? Est-ce possible ou ne l'est-ce pas ?

C'est donc une réflexion limitée mais dont j'espère qu'elle ne vous paraîtra pas étriquée, d'où le choix des différents intervenants que nous avons retenus.

Madame le Professeur SAINT-ALARY-HOUIN dont nous connaissons la compétence, non seulement en matière de procédures collectives mais également en matière de droit à la construction évoquera la mise en place des différentes instances en ciblant toujours son propos sur la spécificité des entreprises de construction.

Ensuite, Maître PERICAUD abordera la question de l'influence du statut contractuel de l'entreprise qui peut avoir une incidence profonde.

C'est une chose, lorsqu'il s'agit d'une entreprise principale et unique, autre chose lorsque nous nous trouvons en présence de cotraitance, ou de sous-traitance, sachant que les sous-traitants eux-mêmes peuvent se présenter sous forme de groupements d'entreprises.

Il y a donc là des spécificités très certaines et qui avaient toute leur place dès l'instant où on se pose la question : comment va-t-on pouvoir continuer le chantier ?

Ce seront donc les interventions qui auront lieu ce matin.

L'après-midi, nous aurons deux interventions tout aussi majeures qui seront celles de Maître MEILLE, administrateur judiciaire, qui s'interrogera sur les possibilités qu'il y a de prendre la décision de poursuivre ou de ne pas poursuivre le contrat, et les difficultés qui se posent à cet égard tandis que M. ROMERO qui non seulement a été le Président d'une Chambre de procédures collectives dans l'un des Tribunaux importants de la région parisienne mais qui également dirige une société qui intervient en matière de construction, nous permettra de comprendre les difficultés qui se posent au juge commissaire dans le cadre des décisions qu'il a à prendre dès le début de l'ouverture d'une procédure collective.

Il y aura bien sûr une brève interruption à midi pour permettre à chacun de se restaurer mais comme nous en avons l'habitude, cette interruption sera relativement brève pour permettre de reprendre les travaux dans le courant de l'après-midi.

Je me permets d'insister sur le caractère majeur que représenteront également les interventions de l'après-midi après lesquelles nous pourrons nous retrouver et continuer de nous entretenir au cours du traditionnel cocktail qu'aura lieu dans le self Harlay.

Avant de passer la parole à Mme le Professeur SAINT-ALARY-HOUIN et parce que l'association vit aujourd'hui des changements importants – M. Le Premier Président a évoqué tout à l'heure le nom de M. AQUENIN qui est un des fondateurs de l'association Justice-Construction, que j'ai remplacé il y a maintenant quelques années. Deux autres vice-présidents fondateurs de cette association Justice-Construction qui se retirent, voudraient vous dire quelques mots.

Je leur passe bien volontiers la parole.

Je passe la parole à M. PARLEBAS et ensuite à M. LE METAYER .

M. PARLEBAS. - Merci Monsieur le Président.

Je rappelle qu'en 1987 le Conseiller Roland AQUENIN a eu la merveilleuse idée de créer une tribune traitant des problèmes relatifs au droit par rapport à l'acte de bâtir, ceci sous la houlette de M. Pierre DRAI qui était alors Premier Président de la Cour d'Appel de Paris.

Il m'a à cette époque demandé de participer à ces travaux en tant qu'architecte et expert judiciaire, ainsi qu'à mes amis Jean LE METAYER pour les ingénieurs et également Maître Albert CASTON et par la suite Maître Jean-François PERICAUD.

Chers amis, vous avez eu la gentillesse d'apporter votre concours dans cette tâche, ceci depuis plus ou moins de longue date, je tenais à vous en remercier et ceci avant de remettre entre les mains de mon ami et confrère, expert architecte, expert judiciaire, Jean-Claude RIGUET pour la poursuite de ces tâches, les opérations de justice construction pour l'architecture.

Je remercie également pour tous les bons soins qu'il a apportés, le Président JACOMET ainsi que mes amis et co-équipiers Jean LE METAYER, Albert CASTON, Jean-François PERICAUD.

Merci encore, cher ami RIGUET, la suite est à vous.

(applaudissements)

M. le Président.- Monsieur LE METAYER, si vous voulez dire également quelques mots.

M. LE METAYER.- Mes chers amis, je ne saurai en dire plus. Nous avons créé avec notre équipe cette association qui se maintient et je dirai même qu'elle croît régulièrement.

Nous savons maintenant son efficacité et nous souhaitons de tout cœur qu'elle soit maintenue dans sa compétence et à son niveau, que nous sentions cet état d'esprit parfait qui existe.

Je vous en remercie et je donne la parole à mon successeur.

(applaudissements)

M. le Président.- Merci infiniment Monsieur LE METAYER.

Je tiens à m'associer, personnellement, à l'hommage qui est ainsi rendu tant à M. PARLEBAS qu'à M. LE METAYER. Outre le plaisir que j'ai eu à travailler avec eux au cours de ces nombreuses années, je tiens à rappeler l'originalité de nos manifestations. Il ne s'agit pas tant d'organiser un colloque ou une réunion, mais de générer une activité commune entre professionnels variés et ayant des préoccupations différentes.

Tous ces colloques, toutes ces manifestations sont préparées à l'intérieur même de l'association, même si nous nous adressons à des personnalités extérieures qui, compte tenu de leurs compétences, offrent leur concours

C'est donc un travail associatif. Je tiens à souligner l'intérêt de ce travail associatif qui permet, au fur et à mesure des années, de traiter des sujets les plus variés même si je ne vais pas rappeler la liste de ceux qui ont été traités maintenant depuis dix huit ans.

Il était essentiel de souligner ce travail associatif qui a été fait, initié par les trois présidents fondateurs qu'étaient M. AQUENIN, M. PARLEBAS et M. LE METAYER.

Je remercie donc chaleureusement aujourd'hui devant vous M. PARLEBAS et M. LE METAYER pour le soutien qu'ils ont apporté, qui a permis aux praticiens de la justice de mieux comprendre les enjeux des contraintes en matière de construction et de travaux de bâtiments.

(applaudissements)

Je passe la parole à M. RIGUET qui remplace M. PARLEBAS dans ses fonctions de vice-président de l'association, architecte expert judiciaire. Il va peut-être compléter ce que j'ai indiqué sur les travaux de la matinée. Puis Mme le Professeur SAINT-ALARY-HOUIN interviendra.

Présentation de la matinée par M. RIGUET, Vice-Président de « Justice-Construction ».

M. RIGUET.- Merci Monsieur le Président.

Je ne vais pas vous rappeler le thème de ces Assises qui a déjà été présenté par le Président JACOMET.

Il me revient l'honneur de vous présenter les deux éminentes personnalités qui interviendront ce matin pour tenter de présenter les enjeux de ces procédures collectives et des travaux de construction dans le cadre des marchés publics.

Tout d'abord, je tiens à remercier Mme le Professeur SAINT-ALARY-HOUIN qui a accepté d'intervenir au début de ces assises pour broser un large tableau présentant la mise en œuvre des procédures collectives afin de définir le cadre des débats qui suivront.

Madame SAINT-ALARY-HOUIN est professeur à l'université des sciences sociales de Toulouse et directrice du centre de droit des affaires et de recherche sur les entreprises en difficulté. C'est dire sa connaissance exceptionnelle du sujet que nous traitons aujourd'hui.

En effet, ce qui est recherché dans le cadre de la mise en œuvre des procédures collectives, c'est à la fois la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi, ainsi que l'apurement des passifs, mais aussi la réalisation effective de la construction envisagée mais n'est-ce pas là parfois contradictoire ?

Une fois ce cadre général défini, Maître PERICAUD pourra prendre le relais en exposant les différents cas de figure que l'on peut rencontrer dans les marchés privés des travaux de construction en fonction du statut contractuel de l'entreprise.

Sans vouloir déflorer le sujet qui sera traité par Maître PERICAUD, qu'il n'est plus nécessaire de présenter même si M. Le Bâtonnier l'a fait déjà dans son intervention, je ferai référence aux différentes formes de groupements d'entreprises et aux différents types de marchés.

On peut aisément imaginer le nombre de cas de figure que l'on peut rencontrer en croisant ces deux problématiques.

Ce sera, à n'en pas douter, tout l'enjeu du débat qui suivra.

Pour ne pas perdre de temps, je passe tout de suite la parole à Mme le Professeur SAINT-ALARY-HOUIN.

(applaudissements)

Mise en œuvre des procédures collectives.
Par Mme Le Professeur SAINT-ALARY-HOUIN

Mme le Professeur SAINT-ALARY-HOUIN.- Je vous remercie Monsieur le Président.

1- Le télescopage entre le droit de la construction et le droit des procédures collectives est extrêmement fréquent en pratique. Les sinistres dans les marchés de travaux privés s'avèrent très nombreux et les défaillances d'entreprises du bâtiment arrivent toujours en tête dans le contentieux des procédures collectives.

La fragilité des entreprises de construction s'explique par différents facteurs : faiblesse des capitaux propres, grand nombre de PME, sensibilité aux conditions climatiques, aux calendriers électoraux, risque accru de « faillites en cascade » en raison de la pluralité des intervenants : entrepreneurs, sous-traitants, co-traitants, architectes, techniciens souvent dépendants les uns des autres.

La défaillance n'est certes pas que le fait des entrepreneurs. De nombreux maîtres d'ouvrage déposent aussi le bilan. Il n'en sera pas directement fait état dans ce colloque bien que la question ait été suffisamment importante pour que le législateur se préoccupe d'accorder une garantie aux entrepreneurs en cas de non-paiement par les maîtres d'ouvrage des sommes qui leur sont dues. Cette garantie de paiement, insérée dans l'article 1799-1 du Code civil, prend la forme d'un versement direct à l'entrepreneur, par l'établissement financier, du montant du prêt souscrit par le maître ou d'un cautionnement solidaire de celui-ci ou encore d'une garantie spécifique. Elle constitue une protection efficace de l'entrepreneur contre la défaillance du maître d'ouvrage.

2- En revanche, notre système législatif n'a pas prévu que l'entrepreneur, qui avait conclu un marché de travaux privés soit obligé de fournir une garantie de bonne fin de l'opération de construction au maître de l'ouvrage .

Rien n'empêche cependant, qu'une telle garantie soit prévue par les parties conventionnellement. En effet, même si le code de la construction permet au maître d'ouvrage d'effectuer une retenue de garantie de 5 % jusqu'à la levée des réserves, cette retenue de garantie ne fait pas obstacle à la mise en oeuvre de garanties contractuelles de bon achèvement.

3- De telles garanties sont, en réalité, très rares de sorte que, d'une manière générale, si l'entrepreneur rencontre des difficultés financières, c'est le droit commun qui a vocation à s'appliquer.

Or, dès le départ, il convient de faire le constat de l'absence de toute protection spécifique du maître d'ouvrage en pareil cas. En effet, le contrat de louage d'ouvrage - contrat d'entreprise ou de marché de travaux privés, régi par les articles 1779 et suivants- est très peu réglementé par le Code civil. Après l'avoir défini comme le contrat par lequel l'entrepreneur effectue un travail en toute indépendance, le Code civil s'est surtout attaché à définir le régime du marché à forfait et celui de la responsabilité des constructeurs. Mais, si l'entrepreneur n'exécute pas le marché, c'est le droit commun qui s'applique.

4- Par conséquent, si le constructeur est encore in bonis, le maître d'ouvrage peut demander l'exécution forcée ou la résiliation du marché et des dommages-intérêts.

En outre, tant que l'entreprise n'est pas en état de cessation des paiements, des procédures préventives : mandat ad hoc ou règlement amiable peuvent être envisagées.

Mais, si une procédure collective est ouverte, le maître de l'ouvrage risque de subir une interruption provisoire ou définitive du chantier.

Quelle est en effet, sa situation en cas de liquidation judiciaire de l'entrepreneur lequel en sa qualité de commerçant, peut être soumis à cette procédure s'il se trouve en état de cessation des paiements ?

Le maître de l'ouvrage peut et doit déclarer sa créance à la liquidation judiciaire dans les deux mois de la publication au BODDACC du jugement d'ouverture. La Cour de cassation, par un arrêt du 5 novembre 2003, a d'ailleurs précisé que si l'exécution du chantier a pris du retard avant le jugement d'ouverture, la créance afférente à ces pénalités doit aussi être déclarée au passif¹. A défaut d'une telle déclaration, la créance serait éteinte.

Le maître d'ouvrage ne peut pas tenter d'action en exécution forcée car une telle action tomberait sous le coup de l'arrêt des poursuites individuelles posé par l'article L.621-40 du Code de commerce. Ce principe, d'après la Cour de cassation concerne, en effet, aussi les obligations de faire dont l'exécution forcée se traduit par le versement de sommes d'argent.²

Par conséquent, le maître d'ouvrage qui, sauf exception, ne bénéficie pas d'une garantie de bonne fin est exposé à une panne définitive de la construction. Il est dépourvu d'action contre l'entrepreneur défaillant. Il ne peut pas agir non plus contre l'assureur de dommages puisque, à défaut de réception de l'ouvrage, l'action en garantie décennale ne peut pas, en principe, jouer. Par exception, dans le cas où le dommage décennal résulte de l'absence d'ouvrage et que le contrat a été résilié après une mise en demeure restée infructueuse, les reprises nécessaires sont couvertes par l'assurance dommage³.

Une fois le contrat résilié par suite de la liquidation judiciaire, le maître de l'ouvrage récupérera l'immeuble avec une construction inachevée et pourra simplement faire terminer les travaux, à ses frais, par un autre entrepreneur. Il risque de payer deux fois s'il ne parvient pas à récupérer le montant de la créance déclarée.

Si plusieurs entrepreneurs s'étaient engagés solidairement, le maître aura, bien sûr, un recours contre les autres qui devront continuer le chantier et qui produiront au passif.

En revanche, si l'entrepreneur défaillant avait eu recours à des sous-traitants, le maître de l'ouvrage ne peut les contraindre à l'exécution forcée. Mais, spontanément, le maître peut s'entendre avec les sous-traitants pour qu'ils poursuivent les travaux. Il assurera alors leur paiement directement.

Mais, à défaut d'accord de ce type, le maître d'ouvrage subit de plein fouet la liquidation judiciaire de l'entrepreneur.

¹ APC 17 j anv.2004,n° 1.

² Com. 17 juin 1997, Bull.IV,n°192 : « sous couvert de condamnation de la société et de son liquidateur judiciaire à exécuter une obligation de faire (la construction d'un mur de soutènement)...la demande impliquait le paiement d'une somme d'argent pour une cause antérieure au jugement » .

³ Art.L.242-1 -al.9

5. -La faiblesse du contrat d'entreprise est ici flagrante et elle apparaît encore plus évidente si l'on compare la situation du maître d'ouvrage avec celle de l'acquéreur d'un immeuble à construire ou du signataire d'un contrat de construction de maison individuelle .

La vente d'immeuble à construire comporte une garantie d'achèvement qui, la plupart du temps est une garantie extrinsèque : cautionnement solidaire ou ouverture de crédit donnés par un établissement de crédit. En cas de liquidation du vendeur, l'acheteur se retourne contre le garant.

Pareillement, le contrat de construction de maison individuelle fait naître une garantie de livraison qui permet l'achèvement de l'immeuble à prix et délais convenus.

Le contrat de promotion immobilière comporte aussi une garantie de dépassement de prix.

Ces garanties sont très efficaces d'autant que la Cour de cassation les considère comme des « garanties spécifiques » et non comme des cautionnements ordinaires de telle sorte que le garant doit fournir sa garantie et faire achever le chantier même si le client n'a pas déclaré sa créance à la procédure collective⁴.

6- Dans un marché de travaux privés, de telles protections n'existent pas et toute la difficulté est de parvenir néanmoins à la réalisation effective de la construction envisagée.

Pour ce faire, il est évidemment possible d'avoir recours à des procédures préventives : mandat ad hoc ou désignation d'un conciliateur. Bien souvent les marchés privés prévoient expressément de recourir à ces modes de traitement amiable en cas de difficulté financière et il semblerait qu'elles donnent de bons résultats.

Mais, dans l'état actuel de notre Droit, de tels procédés ne sont envisageables que si l'entreprise n'est pas en état de cessation des paiements⁵.

En outre, ces techniques sont consensuelles et, bien souvent, certains créanciers ne veulent pas faire d'effort particulier pour aboutir à un redressement amiable.

Or, ni le mandat ad hoc, ni le règlement amiable- sous réserve de la possibilité pour le tribunal d'ordonner la suspension des poursuites pendant trois mois, ne comportent de mesures coercitives.

Enfin, le plus souvent, les chefs d'entreprise hésitent à déclencher de telles procédures de sorte que lorsqu'ils s'y résolvent, il est trop tard. L'entreprise se trouve en état de cessation des paiements.

⁴ Sur la question, V.C.Saint-Alary-Houin,Droit des entreprises en difficulté, Montchrestien,4 éd.,n°805

⁵ le projet de réforme permet de recourir au règlement amiable même si l'entreprise est en état de cessation des paiements dans le mois de celle-ci

7 - C'est pourquoi, la procédure de redressement judiciaire peut être une bonne technique pour parvenir à l'achèvement du chantier parce qu'elle met en oeuvre un dispositif contraignant de nature à permettre l'exécution du contrat d'entreprise : poursuite des contrats, licenciements pour motif économique⁶. La procédure a, en effet, pour objet comme l'indique l'article L.620-1 du code de commerce, « la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif ». Cet objectif est souvent concordant avec celui que poursuit le maître d'ouvrage : le maintien de l'activité impose la poursuite des chantiers. Mais pas toujours car il se peut que certains chantiers soient de peu d'intérêt pour l'entreprise.

8 - Quoiqu'il en soit, si une procédure de redressement judiciaire est mise en oeuvre, le tribunal de commerce -pour les commerçants, personnes immatriculées au répertoire des métiers - ou le tribunal de grande instance pour les agriculteurs et les personnes morales non commerçantes rend un jugement d'ouverture de la procédure qui définit une période d'observation au cours de laquelle certaines mesures sont prises pour définir le sort du chantier. Elles ont pour objet de préserver l'avenir. Mais c'est à l'issue de cette période, que le tribunal arrête le sort de l'entreprise. Si l'on met à part la liquidation qui se traduit par la vente des biens et l'arrêt du chantier, deux solutions sont envisageables : l'adoption d'un plan de continuation ou de cession. Il conviendra donc de distinguer le sort du chantier au cours de la période d'observation (1) et dans l'hypothèse de l'arrêt d'un plan de redressement (2).

1-LE SORT DU CHANTIER AU COURS DE LA PERIODE D'OBSERVATION

9- Le tribunal de commerce ou le tribunal de grande instance fixe dans son jugement la date de la cessation des paiements, la durée de la période d'observation: 4 à 6 mois, selon qu'est appliquée la procédure simplifiée ou le régime général -ce qui est insuffisant pour l'achèvement des chantiers en cours ou pour démarrer de nouveaux chantiers- et met en place les organes de la procédure. Est toujours nommé un juge-commissaire et un représentant des créanciers choisi sur la liste des mandataires judiciaires au redressement et à la liquidation des entreprises

. En outre, le tribunal invite les salariés à désigner un représentant des salariés.

A la différence de la liquidation judiciaire où le chef d'entreprise - l'entrepreneur- est dessaisi de la gestion de son entreprise et est remplacé par le liquidateur, lorsque le tribunal ouvre un redressement judiciaire, il n'est pas obligé de désigner un administrateur judiciaire sauf pour les entreprises les plus importantes qui relèvent de la procédure générale. En pratique, cette désignation qui est facultative, pour les procédures simplifiées, a lieu lorsque l'entreprise a des actifs ou un savoir-faire permettant d'envisager une solution de sauvetage.

10- Il en résulte que les règles de répartition des pouvoirs sont plus complexes dans le redressement judiciaire et varient selon qu'un administrateur est nommé ou pas.

Lorsqu'il est désigné par le tribunal, les prérogatives de l'administrateur judiciaire dépendent, en outre, de la mission qui lui a été confiée : surveillance, assistance ou représentation du chef d'entreprise.

⁶ Le projet de réforme prévoit la mise en place d'une nouvelle procédure : la procédure de sauvegarde qui, si elle voit le jour, constituera une autre technique de redressement de l'entreprise en difficulté

De surcroît, en toute hypothèse, le débiteur peut faire seul certains actes même si un administrateur est désigné : les actes de gestion courante sont valables à l'égard des tiers de bonne foi et il peut, d'une manière générale, faire tous les actes d'administration ou de disposition qui ne rentrent pas dans la mission de l'administrateur.

Cependant, les actes les plus graves doivent être autorisés par le juge commissaire.

11- C'est pourquoi les décisions à prendre quant au sort du chantier sont largement fonction de la répartition des pouvoirs entre l'administrateur et le chef d'entreprise (A), d'une part, et le juge-commissaire, d'autre part (B).

A- Répartition des pouvoirs entre l'entrepreneur et l'administrateur

12- Lorsqu'un administrateur est nommé, il a seul le pouvoir de décider du sort des contrats en cours. En revanche, la signature des actes et, notamment, les engagements de dépenses nécessaires à la poursuite du chantier dépendent largement de la mission que lui a confiée le tribunal.

1) Le sort des contrats en cours

13- Lorsqu'il prend la direction de l'entreprise de construction en cessation des paiements, l'administrateur doit décider de la poursuite des contrats conclus par l'entreprise et qui sont en cours au jour du jugement d'ouverture, c'est-à-dire qui sont formés et qui ne sont pas totalement exécutés.

Il peut être conduit à se prononcer sur le maintien des contrats conclus par l'entrepreneur : au premier chef : le contrat d'entreprise générale, mais aussi, les contrats conclus par le constructeur avec les sous-traitants, ces derniers pouvant exercer l'action directe contre le maître d'ouvrage. En revanche, les autres contrats qu'a conclus directement le maître d'ouvrage avec les architectes, contrôleurs techniques et techniciens ne sont pas affectés, du moins juridiquement, par le redressement judiciaire de l'entrepreneur.

Ce droit d'opter entre la continuation et la renonciation au contrat est une prérogative de l'administrateur seul. En l'absence d'administrateur, c'est le chef d'entreprise qui effectue le choix mais avec l'accord du juge-commissaire. Toute entrave, à ce droit d'option par une clause contractuelle, par exemple, qui prévoirait la résiliation du contrat en raison de l'ouverture de la procédure, serait réputée non écrite.

En général, l'administrateur attend d'être mis en demeure d'exercer cette option par le cocontractant- le maître d'ouvrage-. Celui-ci le met en demeure de prendre parti afin d'être fixé sur le sort du chantier. L'administrateur doit répondre dans un délai d'un mois, délai qui peut être allongé par le juge-commissaire pour deux mois ce qui entraîne une interruption du chantier très dommageable. Mais l'administrateur peut aussi spontanément continuer le chantier marquant sa volonté de ne pas renoncer au contrat d'entreprise.

La décision de poursuivre le chantier dépend de plusieurs facteurs et, notamment, de son intérêt financier pour l'entreprise. L'administrateur peut être enclin à arrêter certains chantiers peu rentables pour en maintenir d'autres. La plupart du temps, il demandera la désignation d'un expert pour évaluer les travaux en cours.

Il est évident que l'arrêt d'un chantier résultant d'une décision de ne pas continuer le contrat d'entreprise a de graves conséquences pour le maître d'ouvrage qui n'a d'autres solutions que de déclarer sa créance au passif assortie de dommages-intérêts et, éventuellement, de pénalités et de chercher, éventuellement, un autre constructeur pour achever l'immeuble⁷. S'il est débiteur du prix de travaux déjà réalisés, il pourra certes invoquer la compensation avec les créances qui lui sont dues car il s'agit de dettes connexes compensables dans la mesure où il a déclaré sa créance⁸. Mais, dans le cas général, il est soumis à l'arrêt des poursuites et ne dispose d'aucun privilège de paiement.

Lorsque l'administrateur continue le contrat, il doit en respecter les dispositions et, notamment, les stipulations relatives au paiement du prix. C'est le même contrat de construction qui se poursuit. L'administrateur doit s'assurer que l'entrepreneur peut exécuter les prestations promises ce qui suppose une appréciation très fine de la situation du constructeur et des risques encourus. A défaut, l'administrateur engagerait sa responsabilité civile délictuelle sur le fondement de l'article 1382 du code civil car la poursuite inconsidérée de l'activité fait naître un passif postérieur privilégié⁹.

En toute hypothèse, l'administrateur sera gêné par la faculté reconnue aux assureurs de résilier les polices d'assurance dans le trois mois du jugement d'ouverture. L'entreprise de construction risque, en effet, de ne pas bénéficier d'une assurance décennale. Il devra aussi avant de prendre une décision apprécier une diversité de risques : actions des sous-traitants, revendications des fournisseurs, paiement des cotisations à la caisse du Bâtiment et des travaux publics...

2°) La conclusion des contrats nécessaires à la construction

14- Pour parvenir à l'achèvement de l'immeuble, il faudra souvent conclure des marchés de fournitures de matériaux ou de nouveaux contrats : de travail, de prestations de services ...L'entrepreneur peut les passer seuls s'il s'agit d'actes de gestion courante.

15- En cas contraire, il peut les effectuer seul si l'administrateur n'a qu'une mission de surveillance - ce qui n'est pas possible dans la procédure simplifiée. En revanche, les actes doivent être contresignés par l'administrateur lorsqu'il a reçu une mission d'assistance et ne peuvent être conclus que par l'administrateur s'il représente le débiteur.

16- Toute la difficulté est, bien sûr, de déterminer ce qu'est un acte de gestion courante. D'une manière générale, la jurisprudence y voit un acte relatif à des opérations réellement courantes, conclues à des conditions normales et conformes aux usages du commerce. La notion s'apprécie aussi par référence à l'activité de l'entreprise ou à son objet social.

7 En application de l'article L.621-32 du code de commerce les indemnités et pénalités dues à la suite de la résiliation d'un contrat continué ne rentrent pas dans le domaine du texte

⁸ V. sur la question de la recevabilité de la compensation : C. Saint-Alary-Houin, Droit des entreprises en difficulté, 4^e éd., n°745 s. et références citées. La jurisprudence admet assez largement la compensation entre créances nées d'un même contrat ou entre créances nées de contrats différents mais issues d'un même ensemble contractuel.

⁹ Art. L.621-31 C.com.

17- Le chef d'entreprise répond des actes de gestion courante mais, pour les actes soumis au contre-seing de l'administrateur, celui-ci engage sa responsabilité s'il ne dispose pas de fonds suffisants pour les honorer. Ce passif postérieur au jugement d'ouverture est, en effet, un passif qui doit être réglé prioritairement sur le fondement de l'article L.621-32 du Code de commerce.

B- Les autorisations du juge-commissaire

18- le juge-commissaire joue un rôle essentiel au cours de la période d'observation. Tout particulièrement, dans le domaine des chantiers de construction, il essaie d'évaluer par voie de concertation avec les organes de la procédure et les principaux créanciers, quelles sont les chances d'aboutir à la fin du chantier.

A cet égard, il lui appartient, en général, de désigner un expert afin d'examiner si le chantier mérite d'être achevé et de dresser les comptes provisoires de la construction.

Il peut aussi allonger le délai d'un mois reconnu à l'administrateur pour exercer son droit d'option, en le prolongeant pour deux mois, afin de lui laisser le temps d'apprécier quelles sont les chances de conduire la construction à son terme.

En outre, il exerce des prérogatives importantes, par voie d'ordonnances, en l'absence d'administrateur, mais également lorsque celui-ci a été nommé.

19- 1°) En l'absence d'administrateur, il lui appartient d'autoriser le débiteur à poursuivre les contrats en cours. A défaut d'y consentir, le contrat serait résilié. En revanche, la Cour de cassation n'exige pas l'accord du juge pour renoncer à un contrat ce qui peut être très préjudiciable à l'entreprise si ce contrat lui est utile.

20-2°) En présence d'un administrateur, l'autorisation du juge-commissaire est néanmoins nécessaire pour conclure les actes les plus graves : actes étrangers à l'exploitation normale, constitution de sûretés, compromis et transaction.

S'agissant des actes étrangers à l'exploitation normale, il s'agit, en général, d'actes de disposition. Ils ne sont d'ailleurs possibles, même avec l'autorisation du juge-commissaire que s'ils ont trait à des éléments secondaires de l'entreprise. Ils ne pourraient, par exemple, organiser la cession du fonds de commerce de l'entreprise.

Quant à la constitution de sûretés, elle est toujours rare et ne peut concerner que des dettes nouvelles.

En toute hypothèse, le juge-commissaire oeuvre à la recherche d'une solution et à l'élaboration d'un plan de redressement.

II-LE SORT DU CHANTIER DANS LE PLAN DE REDRESSEMENT

21- Si le tribunal estime que l'entreprise de construction est susceptible d'être redressée, il peut arrêter un plan de continuation ou un plan de cession sans qu'aucune hiérarchie n'existe entre les deux formules. Il

semble que le nombre des redressements dans ce secteur de la construction soit quantitativement plus élevé que dans d'autres secteurs d'activité.

C'est pourquoi, il convient de se demander si la spécificité de l'opération de construction, par rapport à d'autres activités comporte des éléments favorables à l'arrêt d'un plan (A) avant d'évoquer les deux modalités de plans concevables (B).

A- Des éléments favorables à l'arrêt d'un plan de redressement

22- Des éléments favorables au redressement nous paraissent inhérents aux marchés de construction.

23-1°) En effet, le maître d'ouvrage a, le plus souvent, intérêt à faire des efforts, pour éviter la liquidation de l'entrepreneur qui lui imposerait de rechercher un nouvel entrepreneur et de subir le coût que génère nécessairement par ce remplacement. La jurisprudence considère, en effet, qu'il supporte le surcoût du marché de remplacement ou le préjudice dû au retard accumulé.¹⁰

C'est pourquoi, au cours des négociations préalables au plan, il pourra lui être démontré qu'il a avantage à aider à la construction du plan en consentant des efforts financiers: en renonçant, par exemple, à des pénalités de retard ou à des dommages-intérêts compensatoires qui sont de nature à favoriser la poursuite d'activité.

La technique de la négociation du plan permet de montrer au maître d'ouvrage que la satisfaction de son objectif: la construction de l'ouvrage passe aussi par sa bonne volonté.

Pour l'inciter à la négociation, il paraît aussi possible de soulever des manquements à ses obligations, lorsqu'il a omis par exemple de fournir à l'entrepreneur la garantie de l'article 1799-1 ou d'agréer les sous-traitants qui lui étaient présentés.

La Cour de cassation a, en effet, eu l'occasion de juger que la garantie de l'article 1799-1 est d'ordre public et qu'elle peut être réclamée à tout moment ¹¹.

2°) En outre, le plan de redressement permet une restructuration ou une adaptation du personnel. Des licenciements peuvent être effectués dans le mois de l'arrêt du plan ce qui permet de dégonfler les effectifs en reportant la charge des licenciements sur l'AGS, du moins provisoirement.

3°) Dans certains cas, le plan peut s'appuyer sur les garanties spécifiques de la construction: C'est le cas de la garantie de bonne fin si elle a été stipulée, mais c'est rare.

Ce peut être le cas de la garantie des constructeurs, via l'assurance construction, mais à des conditions étroites: le contrat d'assurance ne doit pas avoir été dénoncé dans les trois mois du jugement-ce que l'assureur peut faire- et il faut que le désordre:

¹⁰ CE 24 janv. IJDA 1962, II, p.301, concl. Duthellet de Lamothe

¹¹ Cass 3 civ. 24 avr. 2003, bull. III, N°81, P.72

l'inachèvement, antérieur à la réception ait été dénoncé par une mise en demeure et résulte d'une inexécution contractuelle 12.

Les articles L.242-1 et L.242-2 du Code des assurances prévoient, en effet, que l'assurance de dommage couvre les reprises nécessaires, après mis en demeure infructueuse, bien que la réception n'ait pas eu lieu.

4°} Enfin la multiplicité des intervenants sur le chantier cotraitants et surtout sous-traitants peut permettre de s'appuyer sur eux pour parvenir à l'achèvement des travaux ;

Lorsque le plan de redressement est adopté, il peut prendre deux modalités.

B- Les modalités du plan de redressement

24- Il peut s'agir d'un plan de continuation ou d'un plan de cession.

1°) Le chantier continué

25- Si l'entreprise fait l'objet d'un plan de continuation, elle est considérée comme étant « in bonis ». Elle poursuit, par conséquent, son activité et elle doit continuer les chantiers en cours. Le maître de l'ouvrage peut espérer que la construction sera finalement achevée.

26- Mais, il conviendra que le constructeur puisse respecter le plan de continuation, c'est à dire assurer le règlement des créanciers tel qu'il est prévu au plan. Le plus souvent, l'administrateur offrira un choix entre un paiement intégral, mais sur la durée du plan, qui peut être portée jusqu'à dix ans et un paiement réduit (30 à 40%), mais sur une durée plus brève (3 ou 4 ans). En général, sera prévue une période de franchise pendant la première année du plan.

27- Le succès du plan dépendra évidemment de la faculté de l'entreprise à dégager des bénéfices pour assurer le règlement de son passif et à maintenir la confiance des banques. Les chances de redressement peuvent être fragilisées si le passif salarial est important car, en principe, l'entreprise doit immédiatement rembourser l'AGS des créances salariales qu'elle a avancées pendant la période d'observation. Des délais de paiement peuvent souvent être obtenus de l'AGS qui remplit aussi une mission sociale, mais sans excéder, en général, deux ans.

En cas d'échec, le plan est résolu par le tribunal qui doit obligatoirement prononcer une liquidation judiciaire. Les règles de celle-ci s'applique alors purement et simplement. L'entreprise ne se voit pas offrir une seconde chance, telle que l'arrêt d'un plan de cession.

2°) Le chantier cédé

12 Art, L.242-1.C.ass. et Cass.3 civ.13 av. 1988,Bull.civ.III,n°67,p.39

28- Le Code de commerce permet, en effet, aussi d'organiser la cession de l'entreprise de construction. Celle-ci est encore considérée comme un mode de redressement de l'entreprise et non comme une technique de liquidation. La cession peut être précédée d'une période de location-gérance à l'issue de laquelle-2 ans au maximum-le locataire gérant doit acquérir le fonds de commerce de l'entreprise cédée.

Elle constitue souvent une issue positive pour le maître d'ouvrage car le grand intérêt du plan de cession tient à la transmission des contrats en cours.

L'article L.621-88 du code de commerce prévoit, en effet, que « le tribunal détermine les contrats de crédit-bail, de location ou de fournitures de biens ou services nécessaires au maintien de l'activité au vu des observations des cocontractants transmises par l'administrateur ».

Le contrat d'entreprise s'analysant comme un contrat de fourniture de services rentre dans l'énumération. Bien que conclu, souvent, intuitu personae, il est transmissible au repreneur dès lors qu'il est toujours en cours ce qui est le cas tant que les réserves n'ont pas été levées.

Mais, pour cela, un intéressant arrêt de la Cour d'appel de Paris (19 ch.sect.B, SA Maillard Duclos/ Sté Cie fermière de l'établissement thermal de Vichy) indique que le contrat doit être expressément visé dans le plan de cession, d'une part, et que, d'autre part, il doit être nécessaire à la poursuite d'activité de l'entreprise cédée. Dans l'affaire qui lui était soumise, la Cour a considéré que ce n'était pas le cas car « le louage d'ouvrage litigieux avait donné lieu à une réception de l'ouvrage convenu avec des réserves restant à lever ». la Cour d'appel en a déduit que l'entrepreneur et les organes de sa procédure collective agissant avec lui avaient qualité pour prétendre au paiement du solde des travaux exécutés.

29- L'arrêt d'un plan de cession est avantageux pour le maître si le marché est repris par le cessionnaire qui doit envisager cette reprise dans son offre. Il peut certes l'exclure et limiter son offre à d'autres chantiers en cours. Mais si l'entreprise l'intéresse et qu'il existe des offres concurrentes, il aura intérêt à présenter une offre globale pour emporter la conviction du tribunal de commerce ce qui permettra d'aboutir à l'achèvement de la construction.

30- Observons que l'entreprise de construction peut intéresser un concurrent surtout si sa clientèle a un caractère stable et si le type d'activité de construction peut se répéter régulièrement : concessions de parking par exemple. Il semble que le nombre de plans de cession soit assez fréquent dans le secteur de la construction.

31- Cependant la reprise peut être freinée, si l'entreprise de construction comporte des actifs financés par un emprunt garanti par une sûreté assise sur le bien financé parce qu'en pareil cas, l'article L.621-96 du Code de commerce prévoit que la charge du prêt est transmise au cessionnaire. Celui-ci doit donc payer le prix de cession et, en outre, rembourser les échéances des prêts restant à courir. Cette disposition peut dissuader de faire des offres de cession et inciter les éventuels repreneurs à attendre la liquidation.

En conclusion, la mise en oeuvre des procédures collectives à l'occasion de la défaillance d'un entrepreneur de construction se coule, pour l'essentiel dans le droit commun du redressement judiciaire.

Les intérêts du maître d'ouvrage et de l'entreprise défaillante sont, en général, convergents, l'un et l'autre ayant, en principe, intérêt à la poursuite du chantier.

Lorsque ce n'est pas le cas, le contrat d'entreprise montre sa grande infériorité par rapport à des formules contractuelles comme celles de la vente d'immeubles à construire ou du contrat de construction de maisons individuelles.

La protection du maître de l'ouvrage qui peut d'ailleurs être un profane exigerait que le législateur intervienne pour réglementer ce contrat, au moins dans le secteur du logement, en imposant une garantie de bonne fin ainsi qu'éventuellement un échéancier légal des paiements par rapport aux travaux.

Je vous remercie.

(applaudissements)

M. le Président.- Merci infiniment, Madame le Professeur, du panorama que vous venez de nous tracer des différentes possibilités qu'il s'agisse de la prévention, ou des procédures collectives, du plan de continuation ou du plan de cession.

Je crois que nous allons passer directement aux questions.

Monsieur RIGUET...

M. RIGUET.- Est-ce qu'il y a des questions avant que nous ne passions à l'intervention de Maître PERICAUD ou préférez-vous attendre l'intervention de Maître PERICAUD qui complètera l'information ?

L'exposé était sans doute particulièrement clair !

Un Intervenant.- Madame le Professeur, une seule question : vous avez évoqué la sphère de compétences qui restait au dirigeant dans le cadre de la réglementation judiciaire. Quid du cas où c'est une liquidation judiciaire ?

Le dirigeant a une société en liquidation mais il peut arriver que l'administrateur ne prenne pas en compte certaines créances, ne procède pas au recouvrement de certaines créances.

Est-ce que le dirigeant peut prendre l'initiative d'agir pour recouvrer ces créances qui restent potentielles et latentes ?

Mme le Professeur SAINT-ALARY-HOUIN.- En principe, vous le savez, en matière de liquidation judiciaire, le chef d'entreprise est totalement dessaisi de l'administration et de la disposition de ses biens. Il est remplacé purement et simplement par le liquidateur, non pas par l'administrateur mais par le liquidateur.

Cela dit, la jurisprudence naissante donne un certain nombre de pouvoirs propres au débiteur pour exercer des voies de recours. Mais cela demeure tout de même marginal, parce que normalement c'est le liquidateur qui va exercer les voies de recours, qui va exercer les actions au paiement contre les tiers au nom du chef d'entreprise.

Chaque fois que finalement la Cour de Cassation reconnaît les pouvoirs propres au débiteur, c'est dans des hypothèses où, si on ne lui reconnaît pas ses pouvoirs propres, il serait dépourvu du droit de se défendre.

Par exemple, un créancier a fait l'objet d'un relevé de créances, il a bénéficié d'un relevé, le liquidateur ne fait pas appel du relevé, on va reconnaître au débiteur le droit propre d'interjeter appel, mais en principe il est totalement dessaisi.

C'est la grande différence par rapport au redressement judiciaire mais en redressement judiciaire on arrive à des situations de très grande complexité, parce que l'administrateur, très souvent, a un pouvoir d'assistance mais le chef d'entreprise, peut faire des actes de gestion courante, et l'administrateur ne connaît pas toujours ces actes qui ont été effectués et, au moment où il y a recherche de responsabilité, il est vrai qu'on ne peut pas retenir la responsabilité d'un administrateur alors que l'intéressé avait compétence pour agir.

En liquidation, les choses sont un peu plus claires, puisqu'il est dessaisi de l'administration et de la disposition de ses biens.

M. RIGUET.- D'autres questions ?

Me MARGANNE.- Madame le Professeur, je me présente, Yves MARGANNE, avocat au Barreau de Paris.

J'ai été très ému de votre conclusion et de votre exposé dans lequel vous avez invoqué la possibilité d'instituer ce que vous avez appelé « un permis d'entreprendre » et de conclure sur une protection du maître d'ouvrage par l'échelonnement des paiements au cours de l'exécution des travaux, voire pourquoi pas à une garantie de bonne fin des travaux qui garantirait la totalité, la couverture du chantier.

Est-ce à dire, Madame le Professeur, au risque de contredire peut-être l'évolution du projet de loi de sauvegarde des entreprises, comme l'a rappelé tout à l'heure Mme le Président REY, qu'on s'orienterait plutôt vers un esprit libéral, que vous opteriez pour un contrat réglementaire type maisons de construction individuelle, faisant du contrat d'entreprise un contrat naturellement entrant dans le cadre du consumerisme au lieu de laisser en l'état les dispositions du code civil qui dit que le contrat d'entreprise est un contrat relevant des obligations du consensualisme ?

Mme SAINT-ALARY-HOUIN.- Je reconnais que cette proposition est un peu à contre-courant de l'atmosphère ambiante, mais je crois qu'effectivement le maître d'ouvrage, surtout si c'est un particulier, devrait avoir des protections identiques, quel que soit le moule contractuel qu'il utilise.

Quand on voit dans le secteur de la construction de maisons individuelles, si l'entrepreneur se charge de la totalité de la construction de la maison individuelle, qu'il doit fournir une garantie de livraison à son client, si le constructeur se charge du gros œuvre et du hors d'eau, et qu'il laisse le hors terre à un autre entrepreneur, il n'y a plus du tout de garantie fournie au maître d'ouvrage.

Indépendamment du fait que cela suscite, peut-être pas une faute – ce serait exagéré – mais enfin incite à se placer en dehors d'un moule d'ordre public, je crois que le fait que le maître d'ouvrage soit absolument démuné est effectivement une mauvaise chose dans le cadre d'une évolution consumeriste.

Me MARGANNE.- Je peux vous répondre Madame le Professeur ?

Je suis content que vous ayez fait la distinction entre le contrat de maison individuelle et le contrat d'entreprise, c'est-à-dire le contrat liant une personne privée avec un entrepreneur et le contrat liant peut-être une personne morale qui a plus de puissance et de pouvoir de coercition vis-à-vis de l'entrepreneur. Mais cela étant, je veux vous dire quand même qu'il y a une garantie pour le maître d'ouvrage. Messieurs les architectes, je suis absolument désolé ! Mais vous savez la relation affective qui me lie à vous !

Lorsqu'un entrepreneur qui n'a pas de surface financière est proposé au maître d'ouvrage, l'architecte engage sa responsabilité et répond également de la surface financière de l'entreprise vis-à-vis du maître d'ouvrage dans le cadre de l'exécution des travaux.

Mme SAINT-ALARY-HOUIN.- Encore faut-il que la construction suppose l'intervention d'un architecte mais vous avez raison.

Un Intervenant.- Madame le Professeur, je voudrais vous poser une question dans le cadre de la vente en état de futur achèvement.

L'ouverture d'une procédure collective pénalise bien sûr le maître d'ouvrage dans ce cadre-là mais essentiellement, me semble-t-il, les acquéreurs qui ont versé entre les mains du maître d'ouvrage un certain nombre d'annuités et quelquefois ils en sont à avoir réglé entre 60 et 70 % du prix de l'acquisition et pourtant ils se trouvent en présence d'un chantier qui est en panne, parce qu'il y a eu une vraie procédure de liquidation judiciaire qui en a entraîné d'autres.

La garantie d'achèvement dans ce cas-là peut-elle être mise en œuvre par les acquéreurs alors que le maître d'ouvrage n'est pas, lui, à proprement parler, l'objet d'une procédure collective et qu'il est simplement paralysé par les procédures collectives ouvertes sur un certain nombre d'entreprises qui, elles, paralysent le chantier ?

Mme SAINT-ALARY-HOUIN.- Dans votre exemple le maître d'ouvrage, c'est-à-dire le vendeur d'immeuble à construire, n'est pas en état de cessation de paiements.

Pour quelle raison ne poursuit-il pas le contrat ? Il ne poursuit pas la construction, parce qu'il est dépendant d'une procédure collective qui aurait frappé un entrepreneur ?

L'intervenant.- Oui, il essaye de trouver des repreneurs et le retard est d'un an, un an et demi, deux ans.

Mme SAINT-ALARY-HOUIN.- Il faudrait vérifier. Mais enfin, à mon avis, on peut faire jouer dans cette hypothèse la garantie d'achèvement, puisque cette garantie va jouer dès lors qu'il y a l'interruption du chantier. On va pouvoir la mettre en œuvre.

L'intervenant.- Les acquéreurs peuvent la mettre en œuvre ?

Me PERICAUD.- Sur ce point, je me permets d'intervenir pour répondre à votre question. C'est bien le problème. Je l'évoquerai dans un instant. La garantie d'achèvement dont bénéficient les acquéreurs dans le cadre d'une VEFA, comporte généralement une clause non seulement d'achèvement mais de pénalité de retard dans l'hypothèse où le délai d'achèvement des travaux n'est pas respecté.

Mais cette clause prévoit toujours dans la pratique une clause suspensive, précisément en cas de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire des entreprises, de sorte que, dans ce cas-là, les acquéreurs ne pourront pas compter dans le délai d'exécution des travaux et donc dans le décompte des pénalités de retard, les conséquences sur le retard du chantier de la déconfiture d'une entreprise.

On peut même imaginer dans certains cas, si jamais le maître d'ouvrage est plus ou moins solide, que non seulement les acquéreurs – ce qui est déjà catastrophique pour eux – sont livrés sans compensation financière avec retard mais, si la déconfiture de l'entrepreneur entraîne celle du maître d'ouvrage, que les acquéreurs, à ce moment-là, ne soient jamais livrés.

Il ne pourrait en être autrement. C'est un autre problème, que s'ils bénéficiaient effectivement d'une garantie extrinsèque d'achèvement délivrée par un établissement bancaire, ce serait alors à l'établissement bancaire d'assurer en lieu et place du maître d'ouvrage ; mais, même dans cette hypothèse, les conséquences du retard de livraison des appartements resteront sans indemnité à la charge des acquéreurs.

Et en plus, je dois ajouter que très souvent, compte tenu de l'état d'avancement du chantier d'une part, compte tenu de l'existence de fonds propres d'autre part, la loi, à la différence de ce qui se passe en matière de contrat de livraison de pavillons individuels, et pour, par conséquent, la vente en l'état futur d'achèvement des éléments collectifs, prévoit pour ces derniers la possibilité de substituer à la garantie intrinsèque qui est une garantie finale de livraison, une garantie dite extrinsèque qui ne pèse que sur le maître d'ouvrage et qui très souvent est un leurre, quelle que soit l'importance des fonds propres, ou l'état d'avancement du chantier. Dans ce cas-là, l'acquéreur non seulement risque d'être livré avec retards sans indemnité, mais de ne pas être livré du tout.

Par conséquent, il y a là, sur ce point, une imperfection de la loi en matière de VEFA par rapport au régime juridique en matière de construction de pavillons individuels où la garantie intrinsèque est impossible et où il ne peut y avoir qu'une garantie extrinsèque.

De surcroît, en matière de pavillons individuels, cette garantie porte non seulement sur l'achèvement des travaux mais également sur la réfection des désordres et pas simplement l'exécution des non façons.

Mme SAINT-ALARY-HOUIN.- Ce que vous venez de dire est d'autant plus vrai que très souvent les garanties intrinsèques sont prévues précisément dans les chantiers fragiles. Le maître d'ouvrage a besoin de tirer les bouts, et donc il va demander une garantie intrinsèque, mais il est vrai que la garantie intrinsèque est un pur calcul de probabilité.

En revanche, la garantie extrinsèque doit permettre d'arriver à l'achèvement, mais là où me surprenez c'est en disant que la clause contractuelle ...

Me PERICAUD.- La clause de pénalités de retard n'est pas incluse dans la garantie d'achèvement, en matière de VEFA, alors qu'elle l'est en matière de construction de pavillons individuels.

Mme SAINT-ALARY-HOUIN.- En fait la garantie en matière de construction de maisons individuelles est la plus protectrice de toutes les garanties qui existent à l'heure actuelle.

M. le Président. - On va pouvoir enchaîner sur le second sujet de notre matinée.

*Procédure collective et statut contractuel de l'entreprise.
Par Maître PERICAUD, Avocat à la Cour d'Appel de Paris. Vice-Président de « Justice-Construction ».*

Me PERICAUD.- Mesdames, Messieurs, Comme Madame SAINT ALARY-HOUIN vient de vous l'exposer, pour remédier aux conséquences de la faillite, le législateur devrait instituer une garantie d'achèvement à la charge de l'entreprise .

L'idée n'est pas nouvelle.

Le Droit Romain avait institué un système de garantie de l'insolvabilité du débiteur, par la mise en place de divers modes de cautions, dont la durée et les modalités étaient plus au moins rigoureuses, dénommées ; Sponsio, Fidepromissio, Fidejussio, réglementées par des lois, notamment la loi Publilia.

Si la caution ne s'exécutait pas, les créanciers étaient alors, mais alors seulement, envoyés en possession de l'intégralité des biens de leurs débiteurs : c'était la faillite.

Ces principes furent repris, en France, par la première loi, réglementant la faillite dans son ensemble : la loi du 28 mai 1838.

Mais c'est la loi du 4 mars 1889, en faisant la distinction entre le débiteur de bonne foi et celui qui ne l'est pas, qui a introduit, dans notre droit positif, la notion d'un statut contractuel du failli, en l'espèce, de l'entreprise, susceptible d'influer sur le sort de la procédure collective.

L'entrepreneur de bonne foi échappait à la faillite, en bénéficiant d'un régime moins draconien, celui de la liquidation judiciaire.

Comme l'écrit alors le commercialiste Thaller dans l'introduction de son traité élémentaire de droit commercial édition de 1910, le droit est une «conception... d'ordre relatif, en ce sens que ses préceptes varieraient selon les époques et les milieux ».

Il devrait cependant obéir à une règle constante : assurer l'équilibre, entre créanciers et débiteurs.

Précisément, cet équilibre est menacé lorsque l'on examine la procédure collective et le statut contractuel de l'entreprise.

La question cruciale est de savoir si l'on doit protéger l'entrepreneur en faillite ou le chantier, alors qu'il faudrait pouvoir concilier la protection des deux.

Or, la législation sur la faillite, pour l'essentiel est d'ordre public, alors que le statut de l'entreprise procède du contrat, sauf exception, en matière de garanties de paiement et de sous-traitance.

L'intérêt du chantier devrait donc céder le pas, devant celui de l'entreprise en faillite, mieux protégé.

Les défenseurs naturels de cette dernière -le juge commissaire et l'administrateur judiciaire pour le justifier, répondront, non sans raison qu'il leur faut un certain délai d'arrêt provisoire des travaux lors de la période d'observation, pour décider s'ils autorisent ou non leur reprise et à quelles conditions ; cela dépendra de la capacité de l'entreprise, mais également du

caractère bénéficiaire ou déficitaire des chantiers en cours ; si on acceptait leur résiliation immédiate pour cause d'abandon de chantier, il n'y aurait plus de redressement judiciaire possible.

Monsieur le Premier Président CHAZAL de MAURIAC a souligné le très faible pourcentage du redressement judiciaire par rapport à la liquidation judiciaire.

On conçoit donc que pour ne pas réduire ce pourcentage à néant, l'administrateur judiciaire entend disposer du temps nécessaire en vue d'opter en faveur d'une reprise éventuelle du chantier.

C'est ce que vous exposerez Maître MEILLE et Monsieur le Président ROMERO au nom de l'entreprise défaillante.

A l'inverse, les autres intervenants à l'opération de construction, souligneront également, à juste titre, que l'abandon du chantier pendant plusieurs mois, dans l'attente d'une hypothétique réponse des organes du redressement judiciaire, pour la reprise des travaux, entraîne des difficultés financières en cascade : le maître de l'ouvrage, le ou les autres entreprises co-traitantes ou sous-traitantes, peuvent elles-mêmes se retrouver en cessation de paiement ; l'acquéreur sera spolié : le délai de livraison et les pénalités de retard, prévus dans le contrat de vente, en l'état futur d'achèvement comportent généralement une clause stipulant qu'ils ne s'appliquent pas, en cas de redressement ou liquidation judiciaire d'une entreprise : les acquéreurs ne seront pas logés et dans un cas extrême, ne le seront peut être jamais, sauf s'ils bénéficient d'une garantie intrinsèque d'achèvement

Malgré ces arcanes, il est donc primordial d'examiner comment le statut contractuel de l'entreprise peut néanmoins influencer sur le sort de la procédure collective dans l'intérêt, bien compris, de chacun, fut-ce en suggérant de nouvelles solutions contraires au droit positif actuel.

Le conflit entre la procédure collective et la réalisation d'un programme de construction peut se traduire par « un drame humain », ainsi que l'a précisé Monsieur le Bâtonnier Jean-Marie BURGUBURU (salariés sans emploi, acquéreurs non logés etc...)

Personne n'y est indifférent.

Sur le plan de la technique juridique, je vous propose d'examiner les causes et conséquences de ce conflit d'intérêts sous cinq aspects :

- A. l'entrepreneur principal,
- B. La co-traitance,
- C. La sous-traitance,
- D. Les clauses de garanties,
- E. La forme du marché.

A. L'entrepreneur principal:

Selon l'article 1.787 du code civil, il s'agit de la personne physique ou morale, liée au maître de l'ouvrage, par un contrat d'entreprise, appelé marché principal.

En vertu de ce contrat, l'entrepreneur doit réaliser un ouvrage, pour le prix et dans le délai convenu, conformément aux directives reçues et aux règles de l'art.

S'il ne respecte pas ces obligations, le maître de l'ouvrage fera reprendre les travaux par un tiers, selon l'article L.144 du code civil et, après mise en demeure, pourra prononcer la résiliation du marché, de plein droit, si elle est prévue dans le cahier des charges, sinon judiciairement.

La jurisprudence de la 1ère et de la 3ème chambre civile de la Cour de Cassation est concordante (1ère civ. 8 octobre 1962, Bull. Civ. I. N° 400, 3ème civ. 17 octobre 1978, Dalloz 1979, IR.68).

Mais, ce statut contractuel est battu en brèche par la procédure collective.

Selon l'article L.621.28 du code de commerce, le redressement judiciaire n'est pas une cause de résiliation du marché ; même en présence d'une clause contraire du marché, le maître de l'ouvrage doit mettre en demeure l'administrateur judiciaire d'opter pour l'abandon ou la poursuite des travaux.

L'administrateur judiciaire dispose d'un délai de réponse d'un mois, que le juge-commissaire peut réduire ou augmenter de deux mois.

Le créancier ne peut réduire unilatéralement ce délai, ni passer outre : CA. Paris 9 novembre 1994 D 1995 IR.18.

Par contre, le silence de l'administrateur vaut présomption irréfragable de renonciation au contrat, dont le créancier peut faire prononcer la résiliation judiciaire par le juge des référés, sans notification aux créanciers et nonobstant les dispositions ultérieures d'un plan de cession ou de continuation de l'entreprise. (Chambre Commerciale de la Cour de Cassation 11 décembre 1990, Bulletin IV. 1990 N° 319.)

Il est ainsi essentiel que l'administrateur judiciaire se prononce, dans les meilleurs délais, sinon le maître de l'ouvrage, contre la loi, résiliera le marché, préférant le risque à terme d'une condamnation à dommages-intérêts, que la certitude du préjudice immédiat de l'arrêt du chantier.

Le maître de l'ouvrage, en cas d'abandon de chantier consécutif au dépôt de bilan de l'entreprise, estimera, parfois qu'il serait en droit de notifier à l'administrateur judiciaire, la résiliation du marché, en raison non de la mise en redressement judiciaire, mais du fait de cet abandon de chantier.

Si l'administrateur judiciaire ne peut assurer la poursuite du chantier, avec maintien du personnel de son administré sur place, ne devrait-il pas estimer que cette incapacité doit l'amener à faire connaître sans attendre sa décision de non-reprise du chantier ?

Mais que faut-il alors entendre par abandon réel du chantier ?

En cas d'absence de tout salarié, sur le chantier, la réponse semble aisée !

Mais qu'advient-il, en cas d'effectif insuffisant, sur le chantier ? ou encore, dans l'hypothèse où le personnel serait sur place, mais s'abstiendrait de toute activité ?

Ces considérations de fait créent une incertitude sur la prise de décision du maître de l'ouvrage, comme sur celle de l'administrateur judiciaire.

Quoiqu'il advienne, l'administrateur judiciaire refusera de se décider, sans connaître la situation réelle de l'entreprise et du chantier : s'il poursuit, à tort les travaux, le passif créé, en effet, postérieurement à la

reprise du chantier, pour nouvelles défaillances, sera prioritaire, alors qu'en cas de renonciation au contrat, il est normalement chirographaire, selon la distinction opérée par les articles 40 et 50 de la loi de 1985.

Sa responsabilité personnelle, de même qu'en cas de rupture d'un plan de cession ou de continuation de l'entreprise, celle du commissaire à l'exécution du plan, pourrait être recherchée, par les créanciers sur le fondement de l'article 1382 du code civil, (Chambre Commerciale Cour de Cassation 26 octobre 1999 et 6 juillet 1999).

L'administrateur judiciaire doit vérifier si l'entreprise dispose des fonds suffisants pour poursuivre le contrat (3ème Cour d'Appel de Paris, 16 avril 1999 lère Chambre Cour d'Appel de Paris, 10 mars 1999 Gazette du Palais 14 décembre 1999).

On comprend mieux sa prudence et le temps qu'il mettra pour se prononcer sur la poursuite du marché, afin de respecter sa déontologie, même si c'est au détriment de l'intérêt du chantier.

A l'inverse, en amont du dépôt de bilan, par les procédures de mandat ad hoc, ou de conciliation, il serait certainement plus libre de sa décision, car seul compterait la convention des parties, en l'absence d'ouverture d'une procédure collective.

C'est le but recherché, par le projet de réforme des procédures collectives que vient de nous exposer Madame le Président Perrette Rey.

Dès que sur un chantier, une entreprise est défaillante, il est donc conseillé au maître de l'ouvrage, d'agir vite, pour éviter les conséquences du dépôt de bilan et de son corollaire, l'arrêt du chantier : mettre en demeure l'entreprise de respecter ses obligations, au point de vue du stade d'avancement du chantier, des approvisionnements, du nombre de salariés sur le site... l'inciter à se placer sous mandat ad hoc ou à demander la désignation d'un conciliateur, mais surtout ne pas se rendre complice du dépôt tardif de son bilan, en lui réglant des avances, en payant les matériaux, en ses lieu et place etc...

Il est important que les clauses du marché le prévoient expressément.

Agir à temps, c'est prévenir le sinistre d'un dépôt de bilan et les moyens préventifs de la norme Afnor P.03.001 doivent être suivis.

Le respect strict du statut contractuel c'est-à-dire des clauses du marché en amont du dépôt de bilan, peut ainsi éviter le redressement judiciaire et sauver, en ce cas, et le chantier et l'entreprise, en évitant à cette dernière d'aggraver son passif.

A l'opposé, la liquidation judiciaire entraînera la résiliation du marché (lère civ. 3 mars 1998).

Se pose alors la question, selon les dispositions du marché, de la récupération des sommes dues au maître de l'ouvrage, pour pénalités de retard ou moins value sur travaux ; pour cause de connexité, ces sommes devraient se compenser avec un solde de travaux ; la question de la nécessité de les déclarer au passif du liquidé judiciaire est discutée : contra (C.A. PARIS 29 septembre 1999 AJDI 2000, 73-3^{ème} civ.5 Novembre 2003).

Le maître de l'ouvrage pourra également mobiliser la garantie de la police dommages ouvrage (C.A. PARIS 29 septembre 1999 AJDI 2000, 73).

Selon l'article L.242.1. du code des assurances 9^{ème} alinéa: l'assurance dommages-ouvrage garantit le paiement des réparations nécessaires lorsque :

« ... Avant la réception, après mise en demeure restée infructueuse, le contrat de louage d'ouvrage conclu avec l'entrepreneur est résilié, pour inexécution, par celui-ci de ses obligations ».

Le champ d'application de ce texte est plus étendu qu'on ne l'imagine.

Cette garantie s'applique aux désordres de nature décennale et non à l'absence d'ouvrage, l'assurance dommages-ouvrage n'est pas une garantie d'achèvement, mais elle s'applique, si de l'absence d'ouvrage, résulte un désordre décennal.

En conclusion, on peut émettre l'avis qu'à défaut de règlement amiable -mandataire ad hoc ou conciliation- avant dépôt de bilan et sauf réparation de désordres non-façons, relevant de l'assurance dommages-ouvrage, les parties notamment le maître de l'ouvrage ont pour seul recours de hâter la réponse positive ou négative de l'administration judiciaire, relative à la reprise du chantier, afin de minimiser leur préjudice, sans violer les règles impératives du redressement judiciaire.

Nous rejoignons donc, sur ce point, l'avis de Madame SAINT-ALARY HOUIN.

La situation est-elle différente en cas de co-traitance ou sous-traitance ?

B. Les entrepreneurs groupés / la co-traitance :

Ces mêmes règles restent valables dans le principe, mais avec une application différente, en cas de groupement d'entreprises solidaires, surtout si cette solidarité existe entre tous les membres du groupement et non entre le seul mandataire commun et le maître de l'ouvrage.

Après résiliation et seulement après résiliation de la partie du marché, confiée à l'entreprise défaillante, à l'initiative du maître de l'ouvrage, les entrepreneurs solidaires devront, en effet, se substituer à cette entreprise, pour exécuter, en ses lieu et place, cette part de marché, à ses conditions initiales.

Les conséquences de l'insolvabilité de l'entreprise défaillante sont ainsi reportées sur les entreprises solidaires du groupement, qui devront produire au passif du redressement judiciaire.

La norme AFNOR P.03.001 articles 22.4.2.1. et suivants réglementent cette substitution, qui doit être effective dans les 30 jours de la résiliation.

Le marché prévoira généralement que le mandataire commun et les entreprises solidaires ne sont libérées de la garantie de parfait achèvement, qu'un an après la réception purgée des réserves.

Pour cette raison, les réceptions partielles par tranches de travaux sont déconseillées, au profit d'une réception globale et unique, à défaut, il

serait préférable de solliciter une réception judiciaire, le marché devra prendre soin de le préciser.

Cette précaution est d'autant plus indispensable que la jurisprudence, qui tendait à assimiler les groupements d'entreprises à des sociétés de fait, dont tous les membres étaient automatiquement solidaires, paraît aujourd'hui abandonnée : Cass.Comm.19 octobre 1959 D.1960-205, pour la société de fait et cass.comm.24 octobre 1966, Bull. N° 404 p.354, contre la société de fait).

Par contre, en l'absence de solidarité, entre les membres du groupement, le maître de l'ouvrage devra assumer seul, les conséquences de la faillite d'un des membres du groupement.

L'existence d'une sous-traitance ne remédie pas à cette difficulté.

C- La sous-traitance:

Toujours la même permanence des règles, dans leur principe, mais leur application se complique, selon qu'il s'agit de sous-traitants par contrat séparés, ou groupés ou en « chaîne ».

Deux hypothèses : la faillite du sous-traitant et celle de l'entrepreneur principal.

C.I. DEFAILLANCE DU SOUS-TRAITANT:

a) En cas de contrat séparé, c'est l'entreprise principale qui sera en charge de la procédure : mise en demeure, résiliation...

b) En cas de groupement de sous-traitants, s'agira-t-il du mandataire commun ou de l'entreprise principale ?

C'est la convention de groupement qui répondra à cette question.

Sinon, s'appliqueront les règles du code civil, en particulier en matière de solidarité.

Ainsi, en cas de solidarité des entrepreneurs groupés en position de sous-traitants, l'entrepreneur principal peut s'adresser à l'ensemble des co-traitants in bonis, mais il peut également s'adresser à l'un quelconque de ceux-ci (article 1203 du code civil).

L'entrepreneur qui a payé pour le tout peut recourir contre les autres en fonction de la part due par chacun d'eux (article 1214 du code civil).

Une mise en demeure adressée à l'un des codébiteurs vaut également pour les autres (article 1205 du code civil). De même, les intérêts courent pour tous les débiteurs dès la demande formée contre l'un d'entre eux (article 1207 du code civil).

Par ailleurs, les poursuites engagées contre l'un des débiteurs interrompent la prescription à l'égard de tous (article 1206 du code civil).

Pour surmonter les difficultés, on pourra également s'inspirer des dispositions de la convention de groupement, si toutefois une telle convention a été adoptée entre les entreprises.

Ces règles sont souvent méconnues.

c) Mais la sous-traitance en chaîne est évidemment encore plus complexe :

Le « premier » sous-traitant est le sous-traitant direct, mais il peut y avoir un second, troisième, quatrième sous-traitant etc ; il s'agit alors de sous-traitants indirects ; il peut également y avoir une sous-traitance irrégulière, c'est-à-dire non agréée, voire le recours au travail dissimulé.

Le grand nombre de sous-traitants ne facilitera la tâche ni du maître de l'ouvrage, ni de l'entrepreneur principal in bonis.

En l'absence de solidarité, entre les sous-traitants, c'est l'entrepreneur principal qui devra reprendre les travaux, procéder à la réfection des malfaçons et produire au passif du redressement ou de la liquidation judiciaire du sous-traitant :

L'administrateur judiciaire du sous-traitant hésitera à reprendre son marché parce que les tâches et responsabilités des divers sous-traitants sont souvent mal définies les unes par rapport aux autres.

C.II. DEFAILLANCE DE L'ENTREPRENEUR PRINCIPAL:

La situation est sans doute plus simple, du moins pour le sous-traitant.

La règle principale et d'ordre public à retenir en vertu des articles 12 et suivants de la loi du 31 décembre 1975, consiste, dans le droit pour le sous-traitant d'agir en justice directement en paiement contre le maître de l'ouvrage, mais uniquement pour les sommes que ce dernier reste devoir à l'entreprise principale. Il échappe ainsi à concurrence de ces sommes, au concours des autres créanciers de l'entreprise principale, à l'exception des autres sous-traitants.

Pour les sommes dues à l'entreprise principale, par le maître de l'ouvrage, il ne me paraît pas avoir à produire à la liquidation judiciaire de l'entreprise principale (chambre commerciale 11 avril 1995 Bull 1995 N.N° 120).

Dans la pratique, il lui est cependant conseillé de le faire, a fortiori lorsqu'il lui reste à recouvrer des sommes contre l'entreprise principale, non couvertes par la dette du maître de l'ouvrage, envers celle-ci.

De même, en matière de cautionnement, le sous-traitant devra produire, sinon sa dette serait éteinte, envers la caution (Chambre Commerciale 17 juillet 1990, 2 arrêts Bull.IV.1990 N° 214).

Le sous-traitant non agréé perd le bénéfice de l'action directe, envers le maître de l'ouvrage, mais il prime l'entrepreneur principal et le créancier nanti ; cette question est cependant controversée, car son recours contre le maître de l'ouvrage ne pouvant être fondé que sur la responsabilité quasi-délictuelle paraît exclusif de tout privilège.

L'entrepreneur principal, ne peut enfin céder ou nantir sa créance, à l'égard du maître de l'ouvrage, pour les travaux sous-traités, sauf fourniture d'une caution, art.13.I. loi du 31 décembre 1975.

Ces règles sont, à tout le moins, byzantines et difficiles à appliquer, même pour les praticiens accomplis.

C'est pourquoi, le législateur, en vertu des articles 12 et suivants de la loi de 1975 a tenu, à juste titre, à les renforcer par des garanties de paiement au profit du sous-traitant :

- ▶ - la fourniture d'un cautionnement,
- ▶ - la délégation de paiement.

L'entrepreneur principal doit fournir au sous-traitant une caution bancaire, sinon lui déléguer le maître de l'ouvrage, selon l'article 14 de la loi du 31 décembre 1975.

En l'absence de délégation de paiement, si le maître de l'ouvrage qui a agréé le sous-traitant ou a eu connaissance de sa présence sur le chantier, n'a pas obtenu de l'entreprise principale, qu'elle fournisse une caution bancaire de paiement au sous-traitant le contrat de sous-traitance est nul ; le sous-traitant a droit alors au paiement du coût réel de ses travaux, par le maître de l'ouvrage, indépendamment des paiements que ce dernier a pu effectuer à tort à l'entreprise principale en liquidation judiciaire (3ème civ.30 mars 1994, Bull III N° 71, 29 janvier 1997, Bull III N° 25).

En l'absence de fourniture d'une caution par l'entreprise principale, le maître de l'ouvrage doit, en effet, cesser ces paiements à cette dernière (3ème civ.14 avril 1999, B.III N° 97).

L'expérience prouve que si la délégation de paiement est peu utilisée, les maîtres de l'ouvrage veillent, par contre, à la fourniture d'une caution par l'entreprise au sous-traitant, eu égard à la rigueur de la jurisprudence ne le condamnant pas seulement à des dommages intérêts au sous-traitant, mais à lui payer le coût réel des travaux, quel que soit le forfait convenu et les paiements effectués à tort à l'entreprise principale, en liquidation judiciaire, à défaut de fourniture de cette caution.

La loi est ainsi nettement favorable au sous-traitant et prime sur un statut contractuel différent, la jurisprudence est, en ce sens, qui contrairement à l'obligation faite au maître de l'ouvrage, n'impose pas au sous-traitant d'exiger une caution ou une délégation de paiement, (3ème Civ. 5 juin 1996.Bull.IILN° 134)

Soulignons encore, qu'en cas de délégation de paiement imparfaite, non acceptée par le sous-traitant qui n'a pas renoncé à son recours contre l'entrepreneur principal, le maître de l'ouvrage ne peut semble-t-il, opposer au sous-traitant, que les exceptions tirées du sous-traité et non liées à ses rapports avec l'entreprise principale, mais la question est discutée.

Ces règles complexes ne facilitent donc pas la solution des litiges, ni dans la majorité des cas, par voie de conséquence du conflit entre les règles impératives de la procédure collective et le statut contractuel de l'entreprise.

D'où la question : peut-on dans le marché, indépendamment de son titulaire -entreprise unique- entreprises groupées ou sous-traitants - trouver un mode de solution de ce conflit ?

D- La nature et les clauses du marché ?

Le statut contractuel de l'entreprise devrait permettre, avec ou sans l'aide du législateur, de garantir le paiement des travaux réellement et convenablement exécutés.

La norme AFNOR P.03.001, si le marché s'y réfère, en matière de règlement des situations, puis du décompte général définitif, s'y efforce !

Mais ces dispositions, ainsi que vous l'exposeront Maître MELLE et Monsieur le Président ROMERO s'effacent devant la procédure collective.

Le législateur a tenté d'y pallier sans grand succès.

De quelles garanties bénéficie, en ce cas, l'entrepreneur quelque soit d'ailleurs le failli, a fortiori s'il s'agit du maître de l'ouvrage ?

Deux dispositions du code civil sont censées répondre à la question et devraient ainsi définir le statut contractuel de l'entreprise, pour lui permettre d'éviter les conséquences les plus néfastes de la procédure collective :

- L'article 2,103 4^{ème} alinéa du code civil.
- L'article 1.799.1. du code civil.

En vertu du premier de ces textes, datant du code Napoléon, l'entreprise est créancière privilégiée sur l'immeuble, pour les travaux réalisés, à condition qu'elle en ait fait constater l'état avant réalisation, puis dans les 6 mois au plus tard de leur achèvement, par un expert nommé d'office par le Tribunal.

Cette procédure, trop lourde n'est pas utilisée.

D'où la rédaction actuelle de l'article 1.799.1. du code civil, rédaction de la loi du 10 juin 1994 : le maître de l'ouvrage pour les marchés dépassant 12.000 euros et s'il ne construit pas pour son compte, doit garantir le paiement des travaux, en fournissant à l'entrepreneur le cautionnement solidaire d'un établissement de crédit, d'une compagnie d'assurances ou d'un organisme de garantie collective, ayant son siège dans un Etat membre de l'Espace Economique Européen.

S'il a obtenu un crédit spécifique pour ses travaux, cette caution est remplacée par le paiement direct de l'établissement de crédit à l'entreprise.

La fourniture de cette garantie a une incidence directe sur la poursuite du chantier, en cas de procédure collective, car l'administrateur judiciaire y verrait une raison de poursuivre, sans délai les travaux.

Hélas bien qu'elle soit d'ordre public, elle est rarement fournie, car beaucoup d'entreprises hésitent à la demander (3^{ème} civ.24 avril 2003).

Le maître de l'ouvrage pourrait d'ailleurs répliquer au grief tiré de la non fourniture de la garantie de paiement prévue par l'article 1.799.1. du code civil, que celle-ci devrait, en droit positif, avoir pour contrepartie une garantie d'achèvement par l'entrepreneur.

Comme précédemment indiqué, celle-ci n'est pas prévue, au profit du maître de l'ouvrage, dans l'état actuel de la législation.

Il ne reste donc plus guère de solution de déblocage d'une procédure collective, confrontée au statut contractuel de l'entreprise, ni inversement.

Seules protections envisageables d'une portée limitée :

- ▶ - pour les réserves, émises lors de la réception,
- ▶ - pour les marchés de fournitures.

Retenue de garantie.

Selon les articles 1 et 2 de la loi du 16 juillet 1971, pour couvrir les réserves émises lors de la réception, le maître de l'ouvrage retient 5 % du marché, en consignait cette somme, sauf si l'entreprise lui fournit un cautionnement bancaire, d'égal montant ; sauf opposition par lettre recommandée A.R. , ces 5 % sont exigibles au profit de l'entrepreneur, au plus tard, un an après la réception.

Clause de réserve des propriétés :

A la condition que le matériel visé par cette clause ne soit pas intégré dans l'immeuble, c'est-à-dire demeure identifiable en nature, le fournisseur peut exercer, contre l'entreprise en liquidation judiciaire, son action en revendication de ce matériel, en adressant en R.A.R. sa réclamation au mandataire liquidateur dans les trois mois de la publication du jugement d'ouverture de la procédure collective, selon les articles L.621.115 et 621-123 du code de commerce.

Cette disposition est applicable au contrat d'entreprise, (Chambre Commerciale 2 mars 1999. Bull.N 1999.N° 49).

Faut-il, dès lors, chercher, en définitive, dans la forme du marché la solution anticipée du conflit entre procédure collective et statut contractuel de l'entreprise ?

E- La forme du marché :

En l'absence de garantie d'achèvement, au profit du maître de l'ouvrage, la forme du marché constitue peut être une solution.

Selon l'article 1.129 du code civil, la mention du prix n'est pas une condition de validité du contrat d'entreprise.

Le code civil régleme un type de marché, dit à forfait, dans l'article 1793 mais cette disposition n'est pas d'ordre public.

Nous nous trouvons dans un régime de totale liberté contractuelle.

Cette liberté peut-elle vaincre la rigidité de la procédure collective, voire à l'inverse faciliter sa mise en œuvre ?

La pratique a instauré différents types de marché, pour répondre à la question.

LES TYPES DE MARCHES:

- 1°) LE MARCHE A FORFAIT
- 2°) LE MARCHE A FORFAIT IMPARFAIT
- 3°) LE MARCHE A PRIX MAXIMUM GARANTI
- 4°) LE MARCHE SUR DEPENSES CONTROLEES
- 5°) LE MARCHE SUR METRE
- 6°) LE MARCHE SUR BORDEREAU
- 7°) LE MARCHE SUR DEVIS
- 8°) LES TRAVAUX EXECUTES SANS MARCHE

1°) DEFINITION DU MARCHE A FORFAIT

Concerne la construction d'un bâtiment
Pour un prix forfaitaire
Selon un plan arrêté et convenu
(Article 1.793 du code civil).

2°) DEFINITION DU FORFAIT IMPARFAIT

Réserve au maître d'ouvrage le droit de modifier les travaux en cours d'exécution.

3°) MARCHÉ A PRIX MAXIMUM GARANTI:

Un forfait est convenu,

Les parties se partagent, dans la proportion qu'elles définissent, l'économie réalisée sur ce forfait.

4°) DEFINITION DU MARCHÉ SUR DEPENSES CONTROLÉES

Les travaux sont rémunérés sur dépenses réelles majorées d'un coefficient pour frais généraux, impôts et bénéfices.

5°) DEFINITION DU MARCHÉ SUR MÈTRE :

Les prix unitaires, selon une série de prix, sont appliqués aux quantités d'ouvrage réellement exécutées, selon mètre, après réalisation.

6°) DEFINITION DU MARCHÉ SUR BORDEREAU:

(Même définition)

Mais les prix unitaires sont ceux mentionnés par le marché.

7°) DEFINITION MARCHÉ SUR DEVIS :

(même définition)

Mais les quantités d'ouvrage sont susceptibles de variation.

8°) LES TRAVAUX EXECUTES SANS MARCHÉ NECESSITENT, PAR CONTRE, EN CAS DE CONFLIT, LE RECOURS A L'EXPERTISE JUDICIAIRE, POUR EN FIXER LE MONTANT SELON L'ARTICLE 145 DU NCPC:

La question posée est celle de savoir si le choix de l'une de ses formes de marché facilitera le dialogue entre les constructeurs et l'administrateur judiciaire, en vue :

- ▶ - de la reprise des travaux,
- ▶ - de l'apurement des comptes, entre les parties,
- ▶ - du prononcé de la réception.

S'agissant du marché à forfait, on pourrait être enclin à répondre par la négative.

Prenons l'hypothèse de l'entrepreneur en difficultés financières qui a négocié un tel marché à perte pour se procurer une trésorerie.

L'administrateur judiciaire ne pourra faire réviser le prix du marché, que dans certains cas :

- ▶ soit en invoquant une clause d'actualisation du prix des travaux, avant début des travaux ou de révision après ce début,
- ▶ soit en contestant le caractère forfaitaire du marché,
- ▶ soit en obtenant paiement de travaux supplémentaires,
- ▶ soit en démontrant le bouleversement de l'économie du contrat.

Reprenons chacune de ces hypothèses :

▶ La clause d'actualisation ou de révision est licite, norme AFNOR P.03.OO1.article 9.4,

▶ - les travaux doivent être précisément définis dans le marché, selon un plan arrêté et convenu, avec le maître de l'ouvrage; le marché entre un entrepreneur et un sous-traitant ne sera pas forfaitaire, sauf clause expresse (3ème civ. 15 février 1983, bull.83 III N° 44).

► L'administrateur judiciaire ne pourra obtenir règlement des travaux supplémentaires, qu'avec l'accord écrit et préalable du maître de l'ouvrage, donc en prévision de travaux futurs ou d'acceptation expresse et non équivoque des travaux déjà réalisés, par le maître de l'ouvrage (3ème civ. 17/2/1999, Bull. 1999 III. N° 40, 5 juin 1996, Bull. IIL1996 N° 136 R.D.I. Juillet-septembre 1998 page 372, octobre-décembre 1984 page 412 1981, pages 510-511).

La jurisprudence considère, que l'entrepreneur a l'obligation de prévoir, dans le montant de son forfait, tous les travaux nécessaires à l'exécution de l'ouvrage, selon les règles de l'art, (3ème civ. 17 novembre 1999, 6 mai 1998, Bull. 1998 III 94, R.D.I. janvier-mars 1986 page 72, juillet-septembre 1988 page 299).

Il n'y a aucune raison de déroger à cette règle, en cas de dépôt de bilan, sauf à démontrer une complicité du failli et du maître de l'ouvrage, dans le cadre d'une poursuite pour banqueroute !

► Reste l'hypothèse du bouleversement de l'économie du marché, ce qui implique la preuve de modifications d'une ampleur exceptionnelle du contrat d'origine (plus de 25 % du coût des travaux, parfois plus de 50 %, 3ème civ. 12 mars 1997, Bull. 1997 III N° 54, 20 janvier 1999, Bull. 1999 III N° 16, 8 mars 1995, Bull. 1995 III N° 73 RDI Janvier 2001 p.54, avril 1996 page 212, octobre 1986 page 465).

Ces cas sont évidemment rares.

La faculté de rediscuter le prix sera évidemment plus large, dans les marchés non forfaitaires.

Il devrait, en être ainsi, dans le marché sur dépenses contrôlées, mais dans les autres formes de marché, sur métré, sur bordereau, sur devis, l'administrateur judiciaire ne pourra remettre en cause le prix unitaire convenu.

La conclusion est qu'il n'y aura de bon marché pour le maître de l'ouvrage et l'entreprise, que si le prix convenu, avant travaux, a été, de part et d'autre, sérieusement discuté et si parallèlement la solvabilité de l'entreprise aura pu être exactement contrôlée.

Si ces deux conditions sont remplies, assurant un marché non déficitaire réalisé par une entreprise, disposant de fonds propres suffisants, même en cas de procédure collective, le statut contractuel de l'entreprise devrait permettre l'achèvement du chantier, le règlement des comptes entre les parties et la réception des travaux, purgée de réserves, à l'expiration de la garantie de parfait achèvement.

En ce cas, se référant au droit anglo-saxon (Performance Bond) un établissement d'assurances pourra même consentir à garantir cet achèvement.

Sinon, la procédure collective aura raison du statut contractuel de l'entreprise et il n'est même pas certain que ce soit dans l'intérêt de celle-ci, encore moins de ses créanciers.

Il n'y aura pas de garantie bancaire ou d'assurances de l'achèvement du chantier si le garant court un risque exagéré ; il ne servirait à rien que le législateur essaie de l'imposer.

C'est donc, dans le contrat d'entreprise, quelque soit sa faiblesse, que se trouve la solution des conflits.

Sur ce point, une suggestion peut être formulée.

La loi du 15 mai 2001 a rendu licite, dans le contrat, la clause d'arbitrage, entre professionnels et plus seulement entre commerçants.

Les maîtres de l'ouvrage, se référant à la nouvelle rédaction de l'article 2061 du code civil peuvent donc désormais l'insérer, dans le contrat d'entreprise.

En cas de dépôt de bilan, le ou les arbitres pourront résoudre les conditions de la reprise du chantier et l'apurement des comptes entre les parties, sans contredire les dispositions d'ordre public de la procédure collective, c'est-à-dire en statuant en droit et non comme amiables compositeurs.

Il faut espérer que les praticiens s'en inspirent, afin de concilier définitivement procédure collective et statut contractuel de l'entreprise, dans le respect du principe fondamental de l'Egalité de chances.

(applaudissements)

M. RIGUET.- Y a-t-il des questions après ce brillant exposé de Maître PERICAUD ?

Maître...

Me MARGANNE.- Je suis très réservé non pas sur la sincérité de cette dernière proposition mais sur le pragmatisme avec lequel elle pourrait être mise en œuvre.

J'imagine un administrateur judiciaire qui se pose la question de savoir s'il faut reprendre une activité dans le cadre d'un chantier important, il se trouve confronté à une clause compromissive qu'il saura peut-être mettre en œuvre mais en toute hypothèse qui confondrait les dispositions d'ordre public de la loi de la procédure collective en ce qui concerne les super privilèges revenant au Trésor, à l'URSSAF, aux salariés et au statut de tous ces créanciers hypothécaires qui font que nécessairement une telle procédure est vouée à l'échec.

C'est la raison pour laquelle sur ce sujet, je pense que contrairement à ce qui a été dit, on le verra cet après-midi, on en débattrait avec Maître MEILLE, il faut distinguer comme l'a fait Mme Le Professeur SAINT-ALARY-HOUIN, les marchés concernant les personnes privées de moindre importance et les marchés les plus importants, car en réalité la loi vient dire qu'il appartient à l'administrateur de faire savoir si oui ou non il poursuit non pas l'activité de l'entreprise mais le marché.

C'est une disposition légale, mais en réalité celui qui va prendre la décision c'est le maître d'ouvrage car on n'imagine pas un seul instant un maître d'ouvrage attendre la décision de l'administrateur judiciaire, homologuée éventuellement par le juge commissaire, sur les dispositions à prendre sur un chantier alors que non seulement il y a du retard mais que les autres corps d'Etat qui doivent intervenir, postérieurement à l'entrepreneur, piétinent sur le chantier et que, nécessairement, la cessation de paiement d'un entrepreneur, quelles que soient les fautes ou l'origine de cette cessation de paiement, crée un préjudice énorme non seulement pour le maître d'ouvrage

mais pour les cotraitants, également pour les autres corps d'Etat qui peuvent eux-mêmes demander et produire leurs créances entre administrateurs judiciaires.

C'est la raison pour laquelle je dis que, quelles que soient les dispositions de la loi, économiquement la décision reviendra nécessairement au maître d'ouvrage.

Me PERICAUD.- Je ne suis absolument pas d'accord avec cette question ni avec sa réponse ! Qui ne tente rien, n'a rien !

Il n'est pas question que, l'arbitrage aille à l'encontre des règles impératives de la procédure collective, les arbitres ne statueront pas comme amiables compositeurs mais en droit, donc en devant respecter les règles d'ordre public de la procédure collective.

Je pense que c'est une solution, je ne dis pas qu'elle réussirait mais je pense que le fait qu'elle soit désormais possible dans le marché de l'entreprise alors qu'elle ne l'était pas avant la loi de 2001 est une ouverture. Ce sera à la pratique de l'expérimenter.

Le problème essentiel est en fait l'absence de dialogue entre les parties, d'un côté l'administrateur judiciaire et le juge commissaire avec leurs problèmes et leurs difficultés, et il faut les comprendre, j'ai dit que leur intérêt était légitime, et de l'autre, les autres participants à l'opération de construction, du maître d'ouvrage à l'acquéreur final. Ils ont aussi des intérêts légitimes.

C'est dans la mesure où il n'y a pas un terrain commun pour qu'ils discutent ensemble de la reprise ou de la règle du chantier, de l'apurement des comptes entre les parties, de la réception des travaux, que les difficultés sont aggravées.

Il y a là une possibilité qui nous est réservée par la loi nouvelle, il faut l'utiliser dans la mesure où cette application de l'arbitrage est susceptible, ce sont les praticiens et seuls les praticiens qui décideront de la réussite ou de l'échec de cette possibilité.

La loi nouvelle permet de rapprocher les deux catégories de parties et par conséquent de nouer un dialogue alors que l'expérience prouve précisément que c'est l'absence ou l'impossibilité de dialogue qui entraîne l'arrêt du chantier, la liquidation judiciaire, par conséquent la mort de l'entreprise avec la mort du chantier, ce qui ne sert à personne.

Me MEILLE.- Pardonnez-moi, mais je ne pense pas qu'il y ait une divergence bien que vous ayez été extrêmement catégorique. Maître PERICAUD en disant que vous n'étiez absolument pas d'accord avec la question et la réponse de votre confrère, je pense au contraire que vous dites la même chose !

Qu'il s'agisse d'un arbitre qui interviendrait parce qu'il aurait été prévu dès avant même le problème, dans le cadre d'une clause compromissoire ou bien qu'il s'agisse, comme vous l'avez indiqué, d'une négociation avec peut-être et même certainement l'administrateur assisté d'un expert, c'est exactement la même chose qui se passera, c'est-à-dire que la poursuite de l'activité ne pourra pas être décidée par l'arbitre. L'arbitre fera ce que font les experts, il examinera si le chantier a encore une rentabilité et, à défaut, comme vous l'avez dit vous-même très justement, c'est le maître d'ouvrage qui décidera soit de demander la poursuite du contrat, soit au contraire qui

préfèrera, comme vous l'avez dit d'ailleurs tout à l'heure, en demander la résiliation.

Mais vous avez dit que vous seriez pragmatique, je pense que l'un et l'autre vous êtes très pragmatiques.

En ce qui concerne l'administrateur judiciaire, lui est bien contraint d'être pragmatique.

Me PERICAUD.- Je suis d'accord avec vous Maître MEILLE. Je pense simplement – c'est une idée qui peut se discuter – que l'intervention d'un arbitre qui peut déposer une sentence, sera plus coercitive sur les parties que celle d'un expert amiable qui ne représente que l'administrateur judiciaire et qui, par conséquent, souvent – je le vois comme avocat de maîtres d'ouvrage et Maître MARGANNE aussi – se heurte au refus de coopération du maître d'ouvrage qui pense que l'expert étant celui du failli n'est pas objectif.

L'arbitre permettrait peut-être une avancée, de quitter la grisaille du pessimisme qui jusqu'à présent a régné sur nos débats.

M. le Président.- Je pense que sur ce point il y a toujours une difficulté, on se trouve quand même dans la loi sur les procédures collectives, sur une loi d'ordre public et devant les responsabilités propres des uns et des autres, - on y a insisté ce matin .

Ce qui me paraît très intéressant de souligner c'est qu'il n'y a pas une défaillance de l'entreprise dans un chantier comme cela, brutalement.

Parmi tous les éléments favorables, la prévention des difficultés. Dans le cadre de l'exécution d'un chantier, dans les rapports de chantier, on perçoit, je pense, assez vite qu'il va y avoir une difficulté.

C'est la capacité de l'entreprise à mettre sur le chantier le personnel nécessaire, de répondre aux instructions qui sont transmises par l'intermédiaire de l'architecte, du maître d'œuvre. Tout ceci ne se produit pas inopinément.

Je pense qu'il faudra un jour que l'on se pose aussi la question de savoir quel est le coût véritable du chantier, quand les entreprises sont confrontées à des taux de marge qui sont, dans les meilleurs cas, de 0,5 % à 2,5 % . Est-ce qu'il y a des pénalités de retard considérables ?

Lorsqu'on voit que, quand on annule un chantier de sous-traitance, c'est particulièrement net, on ne peut plus se référer au contrôle, on s'aperçoit que le prix des travaux a été multiplié par 3 ou 4.

On s'interroge à ce moment-là sur le prix .

Je crois que ces questions pourront être débattues cet après-midi amplement, à moins qu'il n'y ait d'autres questions.

Je propose que l'on suspende les travaux pour permettre aux uns et aux autres de se restaurer et nous reprendrons les travaux à 14 heures.

(La séance est suspendue à 12 heures 40)

TABLE DES MATIERES

Après-midi

	Pages
Présentation de l'après-midi par Monsieur Gérard CAUSSE-GIOVANCARLI Ingénieur, Expert judiciaire Vice -Président de JUSTICE CONSTRUCTION	2
LES POUVOIRS DE L'ADMINISTRATEUR JUDICIAIRE RESILIATION OU REPRISE DES TRAVAUX par Maître MEILLE Administrateur Judiciaire	4
Débat	15
LES DECISIONS DU JUGE COMMISSAIRE L'ACHEVEMENT DU CHANTIER par Monsieur Jean-Pierre ROMERO Directeur Général Adjoint de la Société E.T.I.	23
Débat	36
Clôture des Assises par Monsieur Fabrice JACOMET	50

COUR D'APPEL DE PARIS

ASSISES "JUSTICE-CONSTRUCTION"

**PROCEDURES COLLECTIVES ET TRAVAUX DE CONSTRUCTION EN MARCHES
PRIVES**

LUNDI 2 FEVRIER 2004

Après-midi

La séance est reprise à 14 h 15 sous la présidence de Monsieur JACOMET, Président de "Justice Construction".

M. LE PRESIDENT. - Nous reprenons nos travaux. Cet après-midi, nous traiterons de problèmes plus pratiques.

Je donne la parole à M. CAUSSE-GIOVANCARLI qui remplace M. LE METAYER dans les fonctions de Vice-Président de l'association.

M. CAUSSE-GIOVANCARLI. - Merci, Monsieur le Président. Mesdames et Messieurs, je profite de cette manifestation pour remercier, M. le Président JACOMET et les membres du Conseil d'Administration de notre association de la confiance qu'ils m'ont manifestée en me désignant comme Vice-Président, et en me permettant ainsi de prendre à cette tribune la place que mon ami Jean LE METAYER a occupée avec assiduité et tant de talent pendant 17 ans.

Je vous présente les intervenants de cet après-midi :

Nous aurons tout d'abord une intervention de Maître MEILLE, diplômé de Sciences Politiques, D.E.S. de droit, administrateur judiciaire auprès des tribunaux de Commerce, et Président honoraire de l'Association Syndicale Professionnelle des administrateurs judiciaires.

Ensuite, une intervention de Monsieur ROMERO qui a une maîtrise de droit, est Directeur Général Adjoint de la société E.T.I, Président de Chambre honoraire au Tribunal de Commerce de Nanterre, et actuellement expert près la Cour d'appel de Versailles.

Maître MEILLE doit tout d'abord traiter du rôle et des pouvoirs de l'administrateur judiciaire en soulignant la fragilité structurelle des entreprises du secteur B.T.P.

Monsieur ROMERO reviendra sur les caractéristiques économiques du métier d'entrepreneur et nous entretiendra des décisions que peut ou doit prendre un Juge Commissaire.

Il imagera ses propos par la traversée d'une "galerie" que le Juge Commissaire doit emprunter. Cette galerie est pourvue de 7 portes, lieux de rencontre des parties, et sur les seuils desquelles des décisions sont à prendre.

Maître MEILLE, je vous donne la parole.

♦ LES POUVOIRS DE L'ADMINISTRATEUR JUDICIAIRE

"Résiliation ou reprise des travaux", par Maître MEILLE, Administrateur judiciaire.

Me MEILLE. - Je vous remercie. J'ai été impressionné par les propos techniques que j'ai entendus ce matin et je ne suis pas capable d'être aussi expert que mes prédécesseurs qui se sont succédés à cette tribune.

En revanche, j'essaierai de dégager les spécificités qui s'attachent au domaine de la construction et qui rendent plus aléatoire et ardu le déroulement d'une procédure de redressement judiciaire dans un tel domaine.

I - INTRODUCTION

Les procédures collectives comportent le redressement judiciaire et la liquidation judiciaire. Les statistiques sont accablantes et démontrent l'échec du Redressement Judiciaire puisque plus de 90% des procédures ouvertes sont des procédures de Liquidation Judiciaire prononcées soit immédiatement soit après une courte période d'observation lorsqu'aucun plan de quelque nature que ce soit n'a pu être arrêté par le Tribunal.

Il a été unanimement reconnu, ce matin, que dans le domaine de la construction, les obstacles qui rendent difficile la poursuite de l'activité pendant la période d'observation et le redressement de l'entreprise sont encore plus conséquents que dans tout autre secteur d'activité.

Chacun a souhaité que la détection et le traitement des défaillances de ces entreprises oeuvrant dans le domaine de la construction interviennent très en amont dans le cadre des procédures de prévention.

Les causes essentielles de l'échec du redressement des entreprises en difficulté dans le cadre des procédures collectives résident dans la tardivité des dépôts de bilan et dans le refus des chefs d'entreprise de prendre conscience suffisamment tôt de la dégradation de la situation et de recourir s'il en est encore temps, aux mesures de restructuration nécessaires pour faire disparaître les sources de pertes et renouer avec une activité bénéficiaire.

La réforme en cours de préparation des textes régissant les procédures collectives a pour objectif, comme nous l'a dit Madame le Président REY ce matin, de développer le recours à la prévention (mandat ad hoc et règlement amiable) et de permettre l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire avant même que l'entreprise ne se trouve en état de cessation des paiements.

Si l'on souhaite éviter la disparition d'une entreprise dans le cadre d'une liquidation judiciaire avec toutes les conséquences qu'elle entraîne en termes d'emploi ou de pertes pour les créanciers et les cocontractants, il est fondamental de s'attacher à résoudre les difficultés dès qu'elles peuvent être discernées, en négociant des retraitements de ses dettes et en prenant des mesures de restructuration destinées à retrouver un équilibre économique et financier.

Les frais financiers excessifs, les intérêts et pénalités de retard infligés par les administrations fiscales et parafiscales, la perte du crédit fournisseur, la dénonciation des concours bancaires, les pénalités et retenues imposées par les maîtres d'ouvrage conduiront inéluctablement l'entreprise au dépôt de bilan.

Contrairement aux autres intervenants participant à vos Assises, je ne suis pas un spécialiste des entreprises de construction et de travaux publics mais je vais m'efforcer, en qualité d'Administrateur Judiciaire, de dégager les spécificités de ce secteur d'activité qui influent sur le déroulement d'une procédure collective. Tout d'abord je mentionnerai en première partie de mon exposé les causes de défaillance conduisant à l'ouverture d'une procédure collective. Dans une seconde partie je retracerai le déroulement de la procédure et le rôle qui est celui de l'Administrateur Judiciaire.

II- CAUSES DES DEFAILLANCES ET OUVERTURE DE LA PROCEDURE

En ce qui concerne les risques de défaillance d'une entreprise de construction, il peut être considéré les facteurs aggravants suivants:

a)- manque de fonds propres : la construction est un secteur à faible intensité capitalistique. La faible rentabilité (forte concurrence, compétition sur appels d'offres) ne permet pas la constitution de réserves importantes et le besoin en fonds de roulement est faible, voire parfois négatif, compte tenu des avances perçues au démarrage du chantier.

Le chef d'entreprise n'éprouve donc pas le besoin de conforter les fonds propres tant qu'il n'est pas confronté à des difficultés de trésorerie.

b)- incapacité à prévenir ou traiter une crise de trésorerie :

- Des états financiers standards peu adaptés : les contrats sont souvent à long terme et le bilan est construit sur une vision partielle des opérations en cours alors que la rentabilité réelle sera déterminée plusieurs mois ou années plus tard.

. Il y a la possibilité de modifier la méthode d'évaluation des travaux en cours et de comptabiliser les résultats à l'avancement et non selon la méthode de l'achèvement. Le compte de résultat ne traduit plus dès lors l'activité économique réelle si les travaux exécutés ne correspondent pas à l'évaluation qui en est portée au bilan. Dans ces conditions, le compte clients sera artificiellement gonflé.

. L'erreur d'appréciation peut également résulter d'une insuffisance des provisions sur créances clients, des provisions pour risques et charges (pertes à terminaison, réclamations de sous-traitants, pénalités de retard) et aussi d'une comptabilisation au bilan d'actifs non certains tels que des éléments de nature « réclamation ».

c) - Une activité très cyclique :

.Les périodes de récession sont plus marquées que dans les autres secteurs d'activité avec des reprises fortes mais retardées.

. La saisonnalité de l'activité existe essentiellement dans les travaux publics mais également dans les autres secteurs de la construction avec des mois successifs de cash flows négatifs de décembre à mai.

d) - Ce secteur connaît également une faible rentabilité et des risques élevés :

La construction est une industrie de main d'oeuvre avec une activité à l'extérieur de l'entreprise, rendant difficile la maîtrise de la qualité. Il existe d'importants risques liés à un fort contentieux (marchés à forfait mais modification dans les conditions d'exécution du contrat avec travaux modificatifs et réclamations pas toujours acceptées. Maître PERICAUD nous a

fait ce matin un exposé détaillé sur les différents types de marché susceptibles d'avoir été conclus).

Je ne m'attarderai pas sur la prévention puisque le thème de ce colloque est celui des « Procédures collectives en opérations de construction » et que la prévention a précisément pour objectif d'éviter que l'entreprise qui a eu recours au mandat ad hoc ou au règlement amiable ne soit amenée à déposer son bilan et ne fasse l'objet de l'ouverture d'une procédure collective.

Par ailleurs son utilité a été largement exposée ce matin.

Je ne parlerai pas non plus de la liquidation judiciaire qui est, certes, une procédure collective, mais dans laquelle n'intervient pas un Administrateur Judiciaire et qui entraîne la cessation d'activité, sauf parfois pour un délai très court et destiné à permettre éventuellement la terminaison de travaux en cours lorsque cela est possible et souhaitable.

Le prononcé du Redressement Judiciaire qui est la procédure dont je parlerai, s'ouvre sur une Période d'observation qui se termine, soit par l'arrêté d'un plan de continuation ou d'un plan de cession, soit, à défaut, par la conversion du Redressement Judiciaire en Liquidation Judiciaire.

Mon propos sera donc de décrire les phases essentielles de cette période d'observation et, pour chacune d'entre elles, de préciser quels sont les éléments du dossier ou les événements de nature, soit à favoriser une issue favorable de la procédure, soit, au contraire, à en précipiter l'échec.

III - DEROULEMENT DE LA PERIODE D'OBSERVATION

Lorsque le Tribunal ouvre une procédure de Redressement Judiciaire, il n'est pas tenu de désigner un Administrateur Judiciaire s'il s'agit d'une procédure simplifiée. Or, le seuil qui détermine une procédure générale est l'emploi de plus de 50 salariés et la réalisation d'un chiffre d'affaires supérieur à 3 M. €.

Dans certains Tribunaux de Commerce tel celui de Paris, un Administrateur Judiciaire est désigné dans la quasi-totalité des procédures, qu'il s'agisse de procédures générales ou de procédures simplifiées. Il n'en est pas de même dans la plupart des autres Tribunaux ce qui signifie que le chef d'entreprise est seul responsable pendant toute la durée du déroulement de la procédure et que le seul mandataire de justice intervenant est alors le représentant des créanciers dont la mission essentielle est de vérifier les créances et non pas de participer à l'élaboration du plan et au suivi de l'exploitation. La loi a cependant prévu qu'en l'absence d'Administrateur Judiciaire, certains actes du débiteur doivent être autorisés par le Juge Commissaire.

Cette précision n'est pas négligeable si l'on considère que sur 2 200.000 entreprises existant en France en 2000, 293.539 soit 13,3% étaient des entreprises de construction dont 268.855 employaient moins de 10 salariés, soit 91,6%, 24.353 employaient de 11 à 199 salariés, soit 8,3% et 331 employaient plus de 200 salariés, soit 0,1%.

De même, le Tribunal qui désigne un Administrateur Judiciaire peut lui confier trois types de mission, soit la simple surveillance, soit l'assistance, soit encore la représentation. Le type de mission le plus fréquent est celui de l'assistance dans lequel le chef d'entreprise et l'Administrateur Judiciaire agissent conjointement qu'il s'agisse de l'émission de paiements, de la poursuite de contrats ou de l'élaboration du plan.

En cas de conflit entre le chef d'entreprise et l'Administrateur Judiciaire, il conviendra de s'en remettre à la décision du Juge Commissaire.

Le déroulement de la procédure étant identique, quelle que soit la présence ou non d'un Administrateur Judiciaire, nous allons en aborder chronologiquement les diverses phases sachant que la durée maximum de la période d'observation est de 20 mois, à condition que le Tribunal ouvre une procédure générale ou convertisse la procédure simplifiée en procédure générale et qu'à l'issue de la première période de 12 mois, le Procureur de la République ait requis une prorogation de la période d'observation pour une durée qui ne peut excéder 8 mois.

Pour une meilleure compréhension du déroulement de la période d'observation, nous pourrions la diviser en trois phases :

1ère phase : Mesures conservatoires qui doivent être prises à l'initiative de l'Administrateur Judiciaire et qui revêtent une importance particulière dans les activités de construction.

2^eme phase : Poursuite de l'activité. Quels sont les éléments qui sont de nature à choisir entre une poursuite de l'activité dans le cadre de la période d'observation et une liquidation judiciaire.

3ème phase : Elaboration et présentation du plan.

Les deux premières phases recouvrent les obligations de l'Administrateur Judiciaire et du chef d'entreprise à court terme. La troisième phase se situe à la fin de la période d'observation et détermine l'évolution de l'entreprise à moyen et long termes.

Nous avons tous compris des propos qui ont été tenus ce matin que l'Administrateur Judiciaire doit faire preuve d'une grande célérité pour éviter que les cocontractants (maître d'ouvrage, mais aussi fournisseurs et sous-traitants) ne subissent des préjudices accrus.

Or, les informations dont a besoin l'Administrateur Judiciaire pour prendre ses décisions sont souvent retardées par l'état de désorganisation dans lequel se trouve l'entreprise et demeurent souvent imprécises, voire erronées.

1ère phase : Dans les mesures conservatoires je citerai :

a)- La nécessité de procéder à l'inventaire des actifs : art. 621-18 du Code de Commerce

Il est important de connaître la consistance et la nature des biens appartenant à l'entreprise :

. mobilier et matériel : de nombreux contrats de location ou de crédit-bail sont en cours, dont l'Administrateur Judiciaire décidera seul (nous y reviendrons) s'il y a lieu de les poursuivre ou non.

. stocks : Des clauses de réserve de propriété peuvent les grever et des revendications sont possibles si les biens sont identifiables et non transformés et si le prix n'en a pas été payé au fournisseur (nous y reviendrons également).

b) - Audit social :

La particularité résultant du secteur de la construction, en ce qui concerne la gestion des congés payés par les Caisses du Bâtiment et des Travaux Publics nécessite, de la part de l'Administrateur Judiciaire, des investigations rapides car si des cotisations n'ont pas été versées préalablement à l'ouverture du Redressement Judiciaire, l'entreprise peut avoir été radiée et les salariés ont alors perdu leurs droits. Par dérogation au principe selon lequel les dettes nées antérieurement au prononcé du Redressement Judiciaire doivent être gelées, l'Administrateur Judiciaire peut se faire autoriser par le Juge Commissaire à régler les cotisations arriérées pour que les salariés retrouvent leurs droits.

La parfaite connaissance de la masse salariale, de l'ancienneté du personnel, des conventions collectives, de la répartition des emplois est fondamentale pour éclairer les candidats repreneurs sur l'intérêt que peut présenter pour eux l'entreprise.

Il conviendra donc que l'audit social permette d'élaborer un document dont la communication sera précieuse pour les tiers intéressés.

c) - Il est également indispensable de procéder à un Audit des assurances :

Il existe des assurances obligatoires et des assurances facultatives.

Bien entendu, l'Administrateur Judiciaire ne sollicitera pas la poursuite de l'activité si l'entreprise n'est pas correctement assurée ou s'il n'est pas en mesure de contracter rapidement les polices d'assurances nécessaires pour couvrir l'ensemble des risques qui l'accompagnent.

. Assurances obligatoires : Assurance décennale résultant de la loi Spinetta du 4 janvier 1978.

Le domaine des assurances en matière de construction est souvent problématique car les Assureurs peuvent dénoncer les contrats, contrairement aux autres cocontractants à l'égard desquels l'Administrateur Judiciaire peut exiger la poursuite des contrats.

Par ailleurs, si la police été résiliée avant le Redressement Judiciaire, l'Administrateur Judiciaire aura les plus grandes difficultés à retrouver une Compagnie qui accepte de couvrir les risques.

Les assurances facultatives telle la responsabilité civile (dommages aux tiers) ou la garantie tous risques chantiers (garde de l'ouvrage) sont indispensables eu égard aux responsabilités qui résultent de l'activité et qui pourraient entraîner la mise en jeu de la responsabilité de l'Administrateur Judiciaire lui-même en cas de sinistre non couvert par une police d'assurances.

Beaucoup d'entreprises in bonis ne bénéficient pas de telles couvertures et le risque est trop grand, en termes de responsabilité, après l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, pour que l'Administrateur Judiciaire accepte de les assumer.

d) Ouverture de comptes bancaires et négociations de concours Daily ou d'affacturage

Très souvent, lors de l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, les banques et éventuellement le factor, ont cessé d'intervenir et les comptes bancaires ont été clôturés. Plus souvent encore, les comptes bancaires présentent un solde négatif.

Le financement de la période d'observation ne pourra se faire que si l'Administrateur Judiciaire obtient d'une banque spécialisée dans les procédures collectives qu'elle ouvre un compte « Redressement Judiciaire » et qu'elle accepte d'ouvrir des lignes de mobilisations de créances. Ces mobilisations concerneront des situations de travaux ou demandes d'acomptes dont le recouvrement devra être certain. Il faudra donc faire vérifier, de préférence par un expert, l'état d'avancement des travaux et l'économie globale du marché.

2ème phase : Poursuite de l'activité

Elle ne peut se concevoir que si l'entreprise dispose de la trésorerie nécessaire pour financer la période d'observation.

Avant toute chose, l'Administrateur Judiciaire devra élaborer, avec l'aide du chef d'entreprise et de son expert comptable et éventuellement d'un expert désigné par le Juge Commissaire, une situation de trésorerie et des prévisionnels d'exploitation et de trésorerie.

La responsabilité encourue par le Chef d'entreprise mais aussi par l'Administrateur Judiciaire, s'il permet la création d'un nouveau passif relevant des dispositions de l'article 621-32 du Code de Commerce, nécessite de sa part la plus grande vigilance.

Certes, le passif né avant l'ouverture de la procédure de Redressement Judiciaire est gelé mais en contrepartie, toute dette née de la poursuite d'activité doit être réglée à sa date d'échéance.

Il est souvent malaisé et plus encore dans le domaine des entreprises de construction, d'appréhender la situation de trésorerie, la consistance de l'actif circulant, le besoin en fond de roulement et les prévisionnels d'exploitation et de trésorerie.

Maître PERICAUD a évoqué, ce matin, l'existence de la garantie de paiement qui pourrait s'attacher à l'application de l'article 1799.1 du Code Civil. Or, ce n'est pas la solvabilité du client, Maître d'ouvrage, qui pose problème mais la certitude de pouvoir mettre en adéquation les dépenses à exposer avec les ressources, c'est-à-dire les créances exigibles à l'égard du client.

En dépit des pouvoirs que le législateur donne à l'Administrateur Judiciaire, de très nombreux obstacles vont se présenter qui risquent de dissuader l'Administrateur Judiciaire de poursuivre l'activité et de le conduire à solliciter le prononcé d'une Liquidation Judiciaire.

a) Durée de la période d'observation :

Qu'elle soit fixée à 4 mois (régime simplifié) ou à 6 mois renouvelables (régime général), cette durée est inférieure le plus souvent à la durée d'achèvement des chantiers en cours. Elle est également inférieure à celle qui s'écoulera avant la réception définitive des travaux.

Elle n'est pas non plus compatible avec la durée des travaux à démarrer. La même difficulté se présente lors du renouvellement des contrats de travaux d'entretien arrivés à leur terme.

Ainsi donc, les cocontractants répugneront à traiter avec une entreprise dont ils ne sont pas certains que la durée de vie leur permettra d'aller au terme du chantier.

Quant à l'Administrateur Judiciaire, il hésitera à exiger la poursuite de contrats dont la durée est supérieure à sa propre mission.

Une solution peut être la constitution d'un groupement momentané d'entreprises solidaires avec un co-traitant in bonis. Encore faut-il trouver le partenaire qui assume le risque que l'entreprise en Redressement Judiciaire n'aille pas jusqu'au plan de continuation et voit prononcer sa Liquidation Judiciaire avant l'exécution du marché.

b) Cautions : L'entreprise en Redressement Judiciaire n'est plus en mesure de fournir les cautions lui permettant d'obtenir le versement d'avances de démarrage.

Aucune banque ne prendra un tel risque au profit d'une société en redressement judiciaire.

De même elle ne dispose pas des concours bancaires lui permettant de délivrer les cautions à ses sous-traitants. Elle devra mettre en place des délégations de paiement par les maîtres d'ouvrage. Elle ne pourra pas davantage encaisser les retenues de garantie pour lesquelles, là encore, elle ne peut fournir les cautions en remplacement.

On voit bien que l'incapacité pour l'entreprise en redressement judiciaire, de bénéficier de nouvelles cautions, rend la poursuite d'activité très aléatoire.

c) Poursuite ou résiliation des contrats :

L'article 621-28 du Code de Commerce (ancien article 37 de la loi de 1985) donne le pouvoir à l'Administrateur Judiciaire d'exiger l'exécution des contrats en cours. Encore doit-il fournir la prestation promise au cocontractant et, au vu des documents prévisionnels dont il dispose, il doit s'assurer, au moment où il demande l'exécution, qu'il dispose des fonds nécessaires à cet effet.

Je ne reviendrai pas sur le délai d'un mois dont dispose l'Administrateur Judiciaire pour opter après qu'il ait été mis en demeure de le faire et sur le délai complémentaire de 2 mois qu'il peut solliciter du Juge Commissaire. Nous avons compris ce matin qu'à défaut d'opter rapidement, l'Administrateur Judiciaire verra le marché résilié à l'initiative du maître d'ouvrage.

Sa vigilance doit être particulière pour les contrats relatifs aux marchés de la construction car « s'il s'agit d'un contrat à exécution ou paiement échelonné dans le temps, l'Administrateur y met fin s'il lui apparaît qu'il ne disposera pas des fonds nécessaires pour remplir les obligations du terme suivant » .

L'étude détaillée des contrats en cours et les responsabilités qui s'attachent à leur poursuite risquent de dissuader l'Administrateur Judiciaire d'opter pour cette solution :

-la revue des études de prix et l'établissement de prévisions à fins de chantiers recalées doivent déterminer une rentabilité en tenant compte des actifs et des passifs du marché à compter de l'ouverture de la procédure.

-La revue des clauses contractuelles (notamment les clauses pénales pour retards et l'incidence de la situation à l'égard des sous-traitants, voire les risques attachés à l'existence de sous-traitants non déclarés), doit être effectuée attentivement (risques de réclamations ou d'actions directes des sous-traitants).

-L'Administrateur Judiciaire devra vérifier la conformité des chantiers avec les règlements relatifs à la sécurité et à la protection de la santé.

-En termes de recettes et de rentabilité, l'Administrateur Judiciaire devra s'informer des garanties obtenues des clients, des prévisions d'effectifs conformes au plan de charge et aux affaires traitées.

-Plus généralement, l'Administrateur Judiciaire doit se faire communiquer une analyse des cash-flows prévisionnels, un contrôle d'avancement et une évaluation des travaux en cours.

L'existence de surfacturations éventuelles peut réserver de désagréables surprises à la fin du chantier et rendre illusoire les délégations de paiement données aux fournisseurs dont les approvisionnements postérieurs à l'ouverture de la procédure ne pourraient être réglés.

Enfin, les liens de connexité existant entre les créances et les dettes réciproques nées entre l'entreprise et le client ainsi que les clauses de convention de compte courant existant avec certains clients peuvent empêcher toute récupération de créances compensées avec les dettes relatives au même contrat (connexité) ou à d'autres contrats en cours (conventions de compte courant). Des facturations et même des marchés non encore exécutés peuvent avoir été cédés dans le cadre de la Loi Dailly ou nantis au profit d'Etablissements Financiers.

Des actions de sous-traitants demandant des paiements directs ou des revendications de fournisseurs en application de clauses de réserve de propriété peuvent compliquer encore la situation et empêcher une négociation avec les banques pour obtenir la mainlevée des nantissements de marchés.

Des mobilisations de situations effectuées avant la fin du chantier et la livraison de l'ouvrage peuvent donner lieu à des impayés s'il n'a pas été tenu compte d'aléas susceptibles de survenir : retenues non intégrées, déductions de prestations de tiers ou comptes prorata, travaux modificatifs non régularisés, pénalités de retard etc..

Face à ces risques qui doivent être soigneusement répertoriés dans le Bilan Economique et Social - B.E.S - que dresse l'Administrateur Judiciaire, ce dernier peut et doit mener des négociations avec les partenaires clients, banquiers et sous-traitants pour que la poursuite des marchés se déroule dans la plus grande transparence et réduise les risques de contentieux en ce et y compris les procès en responsabilité.

Il sera assisté en cela par un expert désigné par le Juge Commissaire mais dont les travaux ne sont pas contradictoires. Maître PERICAUD suggérait ce matin une clause compromissoire dans les contrats permettant le recours à un arbitre.

L'intérêt des clients est d'éviter l'abandon du chantier et un retard de livraison de plusieurs semaines avec une aggravation des surcoûts du fait de la terminaison par d'autres entreprises.

L'intérêt des banquiers est d'éviter de perdre le bénéfice des créances qui leur ont été cédées et de voir appeler les cautions qu'ils ont données aux maîtres d'ouvrage ou aux sous-traitants.

L'Administrateur Judiciaire profitera de l'intérêt commun à une terminaison rapide du chantier pour tenter de régler avantageusement des situations précontentieuses relatives à des réclamations nées ou prévisibles.

La continuation ou même la résiliation des marchés déficitaires qui peut être réalisée en régie pendant le Redressement Judiciaire afin de ne pas interrompre les travaux doit être négociée par l'Administrateur Judiciaire qui se prémunit contre toute réclamation susceptible de ne pouvoir être couverte et de donner lieu à des dettes postérieures à l'ouverture du Redressement Judiciaire.

Ces négociations sont le plus souvent étendues aux sous-traitants et aux fournisseurs bénéficiant d'un droit de rétention.

Ainsi, dès lors que la déclaration de cessation des paiements sera intervenue suffisamment tôt et si le carnet de commandes est bien pourvu à l'ouverture de la procédure, l'entreprise pourra supporter les effets négatifs de prises de commandes perturbées pendant la période d'observation et l'Administrateur Judiciaire pourra tenter rapidement, après avoir élaboré le B.E.S, de présenter soit un plan de continuation soit un plan de cession.

Parfois même, des négociations engagées pendant la période d'observation seront conclues après l'arrêté d'un plan si le client a accepté d'attendre de connaître l'issue de la procédure pour traiter le marché, soit avec l'entreprise en redressement judiciaire, soit avec une entreprise concurrente.

3ème phase : Elaboration et présentation du plan.

Lorsque l'entreprise a été en mesure de poursuivre son activité pendant la période d'observation, il appartient à l'Administrateur Judiciaire de présenter au Tribunal les solutions susceptibles d'être retenues, soit sous forme d'un plan de continuation, soit encore dans le cadre d'un plan de cession.

A défaut, le Tribunal ne pourrait que prononcer la Liquidation Judiciaire.

Le plan de continuation ne peut se concevoir que si l'entreprise est en mesure, non seulement de financer sa poursuite d'activité mais également de « payer son passif ». A l'inverse et dès lors que les ressources de l'entreprise ne sont pas en adéquation avec le montant du passif à régler mais que des tiers présentent des offres de nature à pérenniser l'activité, assurer le maintien de tout ou partie des emplois et apurer, fût-ce partiellement, le passif, le Tribunal peut arrêter un Plan de cession au profit d'un candidat repreneur.

Dans l'hypothèse d'un plan de continuation, la structure de l'entreprise est maintenue avec ou sans adossement à un partenaire qui entrerait dans le capital alors que, dans l'hypothèse d'un plan de cession, la structure juridique de l'entreprise est dissoute et ses actifs sont cédés à des tiers.

Je limiterai mon propos à quelques considérations et recommandations qui doivent être prises en compte lors de la présentation du

Plan pour éviter que la solution retenue par le Tribunal ne se solde ensuite par un échec, c'est à dire par la résolution du Plan de continuation ou le dépôt de bilan du repreneur en plan de cession.

A) PLAN DE CONTINUATION

- L'entreprise qui présente un plan de continuation doit justifier qu'à l'issue de la période d'observation, elle a retrouvé une capacité bénéficiaire.

Elle doit avoir disposé d'une trésorerie constamment suffisante pour régler à leurs échéances les charges nées durant la période d'observation.

Elle doit disposer d'un actif circulant, c'est-à-dire d'un fond de roulement compatible avec les dépenses dont son activité nécessite le financement.

- L'Administrateur Judiciaire doit donc présenter au Tribunal un plan de financement assorti de prévisions d'exploitation et de trésorerie ayant fait l'objet d'une analyse très critique. Il n'est pas rare en effet que les prévisions ayant été optimisées excessivement ou les aléas n'ayant pas été pris en compte, les engagements ne puissent être tenus et la résolution du plan prononcée dès les premières échéances.

Dans le secteur de la construction et pour les raisons que j'ai déjà exposées, il est particulièrement nécessaire d'être prudent en matière de prévisions et de ne pas surestimer le chiffre d'affaires, de même que doivent être prises en considération les charges exceptionnelles qui résulteraient de contentieux ou de réclamations.

Le plan d'apurement du passif ne peut excéder une durée de 10 ans et le Tribunal ne peut imposer des remises aux créanciers.

Seuls les délais peuvent être imposés. Le cash flow prévisionnel devant être suffisant pour permettre l'amortissement du passif vérifié, des négociations doivent être engagées avec les créanciers pour tenter d'obtenir une remise partielle de leurs créances si le passif est trop élevé pour qu'il soit envisagé sérieusement son apurement à 100% sur 10 ans.

- Lorsque des plans de sauvegarde de l'emploi ont nécessité des licenciements pendant la période d'observation, des avances ont été faites par les A.G.S. qu'il convient de rembourser dès l'arrêté du plan par le Tribunal.

Des négociations peuvent permettre d'obtenir un délai pour le remboursement des créances de l'A.G.S mais ce délai n'excède généralement pas deux ans.

- L'entreprise qui va poursuivre ses activités après l'arrêté du plan devra continuer à bénéficier de concours pour financer son exploitation. Il conviendra alors de s'assurer que les banques et éventuellement le factor qui mobilisaient les créances pendant la période d'observation, ne dénonceront pas leurs concours lorsqu'ils ne bénéficieront plus du privilège de l'article 621-32 (ancien article 40 de la loi de 1985).

C'est en dernier lieu le Tribunal qui arrête le plan de continuation présenté par l'Administrateur Judiciaire et il est donc indispensable que le rapport qui lui est remis apporte le maximum d'informations pour que la décision qui sera rendue donne le maximum de chances de voir le plan mené à son terme.

B) PLAN DE CESSION

Le plan de cession est arrêté par le Tribunal au profit d'un tiers qui fixe le périmètre de la reprise, détermine les emplois qu'il entend conserver et propose un prix pour l'acquisition des actifs corporels et incorporels.

Il n'est donc pas tenu de reprendre l'ensemble des actifs de l'entreprise mais la reprise doit concerner une activité autonome ce qui exclut un simple achat d'actifs tels que du matériel ou des biens immobiliers.

Une telle solution ne pourrait se concevoir que dans un cadre liquidatif.

La particularité de la cession dans le secteur d'activité de la construction réside dans l'intérêt majeur que présente, pour le repreneur, la transmission des contrats en cours. Ce ne sont pas les actifs mobiliers ou immobiliers qui intéressent essentiellement le repreneur mais la reprise des contrats en cours ainsi que la qualité du personnel et la notoriété de l'entreprise et notamment ses qualifications professionnelles et ses références.

L'article L.621-88 du Code de Commerce dispose que « *le Tribunal détermine les contrats nécessaires au maintien de l'activité.....* ». Le cocontractant émet des observations mais le Tribunal impose la poursuite des contrats et en l'occurrence, le transfert des marchés de travaux.

Madame le Professeur ST ALARI HOUIN a évoqué ce matin la difficulté pouvant résulter des dispositions de l'ancien article 93-3 de la loi de 1985 (actuel article L 621-96 du Code de Commerce). Il se pose rarement dans ce secteur d'activité où les biens immobiliers sont rares. Il pourrait exister pour du matériel nanti.

Cette disposition facilite la cession de l'entreprise et le maintien de l'activité par le repreneur mais elle peut donner lieu à des contentieux lourds de conséquences si le prix proposé par le cessionnaire est faible et si lors de l'établissement des arrêtés de comptes, l'évaluation du compte clients à recouvrer par le cédant se révèle négative en raison de surfacturations pendant la période d'observation ou même avant l'ouverture de la procédure ou enfin, en raison d'avances de démarrage à rembourser partiellement.

Le rôle du Commissaire à l'Exécution du Plan du plan sera déterminant après la cession pour évaluer les travaux en cours et recouvrer le compte clients. Il ne pourra optimiser ce recouvrement qu'en se faisant autoriser par le Juge Commissaire à se faire assister d'un expert.

Pour éviter toute difficulté il est souhaitable qu'avant la cession il soit procédé à un audit contradictoire du carnet de commandes et de sa valeur. Le prix proposé sera faible en tout état de cause puisque les marges sont généralement peu importantes.

En revanche, le fonds de commerce sera apprécié s'il est lié à une clientèle fidèle et rentable ou à des activités présentant un caractère récurrent (contrats de baux triennaux, activités de concessions, de parkings, d'exploitation de carrière par exemple).

De même que la présentation du plan de continuation devra s'accompagner d'informations précises sur le prévisionnel d'exploitation et de trésorerie de l'entreprise, la présentation du plan de cession devra s'accompagner d'une analyse précise des contrats dont il sera demandé le transfert au profit du cessionnaire et de la valeur des travaux en cours.

IV CONCLUSION

Je conclurai en insistant sur la précarité de la poursuite de l'activité d'une entreprise de construction dans le cadre d'une procédure de Redressement Judiciaire et sur la prudence qui doit être celle de l'Administrateur Judiciaire lorsqu'il décide de poursuivre les contrats de travaux en cours et lorsqu'il présente au Tribunal un plan de continuation ou un plan de cession.

Il convient cependant de préciser que si, pour l'année 2000, le pourcentage d'entreprises de constructions en difficulté (2,5%) est plus élevé que celui relatif aux entreprises tous secteurs confondus (1,6%), en revanche et pour les années 1997 à 2001, la moyenne des pourcentages de plan de continuation pour les entreprises de construction réalisant > 7,5 M € de chiffre d'affaires est supérieure à celle enregistrées pour les entreprises tous secteurs confondus (26,5% pour le B.T.P contre 18,9% tous secteurs confondus).

Il s'agit là d'un élément positif susceptible de tempérer quelque peu le caractère réservé de mes propos quant aux chances de succès des procédures de Redressement Judiciaire dans le secteur de la construction.

Je laisserai maintenant la parole à Monsieur le Président ROMERO que la double qualité d'entrepreneur et de Juge Consulaire rend particulièrement apte à nous parler sur ce thème des «*Procédures Collectives et du Droit de la Construction*».

(Applaudissements)

M. LE PRESIDENT. - Je remercie Maître MEILLE de ses propos qui nous font mesurer l'ampleur de la tâche et les difficultés de l'administrateur judiciaire lorsqu'il est confronté au choix entre poursuivre ou non l'exécution des contrats.

Avez-vous des questions ?

M. CAUSSE-GIOVANCARLI. - J'ai quelques questions écrites.

Maître MEILLE, il me semble que dans la perspective d'un plan de continuation d'une entreprise du secteur B.T.P. pendant la période d'observation, il lui est très difficile, sinon impossible, compte tenu de sa structure économique, de reconstituer des fonds propres.

Me MEILLE. - C'est exact. Avant de reconstituer ses fonds propres elle doit surtout reconstituer son fonds de roulement.

Il y a deux soucis pour l'administrateur :
- le court terme
- le long terme.

Concernant le long terme, elle devra avoir reconstitué ses fonds propres. Mais je voudrais faire observer à l'auteur de la question que lorsqu'il y a un plan de continuation, l'obligation de reconstituer les fonds propres doit être acquise dès l'arrêté du plan et, en pratique, la jurisprudence accepte de prévoir une reconstitution des fonds propres sur un certain nombre d'années. Le montant du passif et de l'endettement est tel au moment de l'ouverture de la procédure que, souvent, la situation nette est lourdement négative et si l'on voulait reconstituer les fonds propres tout de suite, cela n'aurait pas de sens.

Il convient de reconstituer le fonds de roulement pour avoir une trésorerie.

Mais les fonds propres peuvent être reconstitués sur 3 ou 4 ans grâce au cash flow dégagé pendant la reprise d'une activité bénéficiaire. Ce cash flow est incorporé aux réserves. Il n'y a pas de dividendes versés pendant cette période. C'est le plus souvent le cash flow réalisé au cours des années qui suivront l'arrêté du plan, qui permettra la constitution des fonds propres.

Nous nous apercevons que les personnes ne font pas bien la distinction entre la reconstitution des fonds propres et la trésorerie qui est le fonds de roulement.

Le haut de bilan c'est bien, mais la difficulté est vraiment le bas de bilan.

M. CAUSSE-GIOVANCARLI. - Le cash flow des entreprises, autrement dit la MBA dans les entreprises de B.T.P reste à un niveau excessivement bas puisque sur les chantiers on ne dégage jamais que 5 à 10 % de MBA.

Me ROCHER. - Maître MEILLE, vous avez évoqué très brièvement le mandataire ad hoc de la loi de 1984.

J'aurais voulu savoir ce qu'il est préférable de conseiller aux clients.

Voyez-vous une différence entre la procédure ad hoc de 1984 et la nouvelle procédure de sauvegarde que Madame le Président REY nous a dépeinte avec un certain enthousiasme surprenant ce matin ?

Me MEILLE. - Vous me posez la question de façon tendancieuse parce que si vous me parlez du caractère surprenant des propos de Mme le Président REY, c'est que vous n'êtes pas enthousiasmé par le projet.

Je pense que ce n'est pas définitif et cela doit encore faire l'objet de concertation.

Je considère, comme Mme le Président REY, qu'il y a là une avancée énorme, ne serait-ce que dans la prise de conscience.

J'ai travaillé avec le décret de 1955, ensuite j'ai connu la loi de 1967, la loi de 1985, la loi de 1994 et j'en connaîtrai encore une nouvelle.

Cela prouve que nous n'avons jamais trouvé la solution technique au problème des difficultés des entreprises.

En 1985, on accusait tout le monde de tous les maux et on considérait que c'était les acteurs de la procédure qui faisaient que les procédures se terminaient mal. Ce n'est pas vrai. La situation des entreprises en difficulté lorsqu'elles déposaient le bilan était telle qu'il n'y avait pas de solution.

Bien sûr, je suis favorable aux procédures de conciliation, ou de mandat ad hoc même lorsqu'elles existaient avant ce projet.

Je réalise maintenant 80 % de mon chiffre d'affaires dans les procédures de prévention. J'ai donc anticipé cela.

Mais ce qui peut vous paraître paradoxal dans le projet est que, puisqu'on élimine la notion d'état de cessation de paiement, nous disions : une entreprise qui est déjà en cessation de paiement pourra choisir une procédure de prévention, ce qui n'était pas le cas jusqu'à présent. Et curieusement, une entreprise qui n'est pas encore en état de cessation de paiement pourra demander le bénéfice d'une procédure collective.

Nous verrons comment cela se mettra en place, ce qui me préoccupe le plus est le problème qui s'attache à la confidentialité. Pourquoi les procédures de prévention ont-elles si bien réussi ?

Même les personnes qui restent sceptiques sont obligées de reconnaître avec les statistiques qu'elles ont bien fonctionné. Pourquoi ?

Parce que tout le processus part du principe que le chef d'entreprise acceptera volontairement de demander à bénéficier d'une procédure.

Il le fait parce que nous essayons de l'assurer de la confidentialité. Jusqu'à présent, le protocole de conciliation était homologué par une Ordonnance du Président du Tribunal et non par un Jugement. Il n'avait donc pas l'autorité de la chose jugée. Le chef d'entreprise continuait à avoir confiance dans cette confidentialité. Dès lors qu'il y aura une publicité, nous en reviendrons aux difficultés que nous avons à faire comprendre à temps qu'il faut qu'il entre dans un processus de procédure.

D'un autre côté, nous sommes pris au piège des contradictions parce que, pendant un temps, j'étais un des premiers dans de nombreuses commissions auxquelles j'ai participé, à dire : pour la sécurité des protocoles qui interviennent et en particulier pour la sécurité qui s'attache à l'homologation d'un protocole, il faudrait que ce protocole acquiert l'autorité de la chose jugée pour ne plus permettre que quelqu'un dise qu'il est possible de faire remonter la date de cessation des paiements.

Nous nous apercevons que pour y parvenir, il faut enfreindre la règle de la confidentialité.

Maître ROCHER, entre charybde et scylla je ne sais pas trop quel est le pire malheur que nous pourrions connaître. Vaut-il mieux avoir une sécurité qui nous aidera à négocier avec les partenaires parce que les banques en sont très demanderesse ? Mais le chef d'entreprise sera inquiet de la publicité.

M. CAUSSE-GIOVANCARLI. - J'ai des questions écrites.

Une question concerne les experts judiciaires qui ont souvent des difficultés avec les administrateurs judiciaires. Cette question est la suivante.

Pourquoi les demandes de renseignements formulées par les experts judiciaires n'obtiennent pas de réponse dans le cadre de leur mission, en particulier, demande de pièces ou de renseignements administratifs bien utiles pour le déroulement des expertises ?

Me MEILLE. - Je me mets à la place des experts. Si j'étais à leur place j'aurais la même amertume. Mais en tant qu'administrateur judiciaire, et sauf à ce que, comme dans toutes les autres professions il y ait des professionnels négligents, il y a une réponse de fond plus simple.

Pendant la période d'observation, nous sommes souvent confrontés à des chefs d'entreprise démoralisés dont les services sont défaits. Nous n'avons pas les éléments. En revanche, il me paraîtrait plus surprenant qu'il n'y ait pas de réponse faite à l'expert judiciaire pour lui expliquer les motifs pour lesquels nous ne sommes pas en mesure de lui donner satisfaction. Je conseillerais vivement à des experts qui se trouveraient confrontés à cette situation d'écrire au Juge Commissaire, voire au Procureur, et je peux vous dire qu'une relance du Juge Commissaire ou du Procureur a généralement pour effet d'inciter très vivement l'administrateur à apporter une réponse.

Les experts judiciaires sont nommés dans le cadre de procédures qui sont souvent longues et qui interviennent au moment où l'expert est nommé ou lorsqu'il intervient après la fin de la procédure, après l'arrêté d'un plan. Et à qui s'adressent les experts ?

Comme il y a une confusion entre les liquidateurs et les administrateurs, il peut y avoir confusion entre l'administrateur pendant la période d'observation et l'administrateur qui joue un rôle de commissaire au plan.

Lorsque nous sommes commissaires au plan, je peux vous dire que la société est dissoute. Le chef d'entreprise est parti faire autre chose, les archives sont dans une société d'archives où, comme il n'y avait pas beaucoup d'argent, tout a été mis en vrac.

Il n'y a plus de personnel. Il n'y a plus de comptable car souvent il n'était pas payé ; pour nous faire plaisir il a dressé un état de l'article 40, mais ensuite nous ne le revoyons plus.

Il est difficile de donner des réponses aux experts judiciaires sauf à leur demander d'aller faire un travail pour lequel plus personne n'est payé, c'est-à-dire aller à la société d'archives et fouiller.

Pour la forme, nous écrivons et nous envoyons des lettres recommandées au dernier chef d'entreprise qui ne nous répond jamais.

C'est une chaîne bien triste de la défaillance qui commence par le chef d'entreprise, se poursuit avec l'administrateur et est répercutée sur l'expert judiciaire.

M. CAUSSE-GIOVANCARLI. - Nous vous remercions c'est M. ALLEMAND qui nous avait posé cette question.

Je lis une autre question.

Pour l'évaluation des travaux en cours vous avez fait état de la désignation d'un expert par le Juge Commissaire sur demande de l'administrateur judiciaire, cette désignation d'un assistant technique est-elle systématique ?

La prestation d'expertise des comptes par chantier fait-elle partie des tâches à charge de l'administrateur judiciaire, ou se situe-t-elle au-delà ?

Me MEILLE. - Si j'avais la réponse, je serais ravi de la communiquer à la Chancellerie parce que, parmi les nombreux débats concernant les réformes, il y a la question des tâches inhérentes à la fonction d'administrateur judiciaire et des tâches qui relèvent d'un expert.

Je considère que, dans la plupart des domaines, c'est l'administrateur judiciaire qui examine les situations et les bilans avec le chef d'entreprise. C'est l'administrateur judiciaire qui signe les chèques et suit la trésorerie, c'est l'administrateur judiciaire qui débat avec le chef d'entreprise, sans assistance, de ce que doit être la stratégie de l'entreprise, la poursuite des contrats, etc..

Dans le domaine de la construction, je vous avoue que je suis plus réticent. Si, pour faire des économies, on imposait à l'administrateur judiciaire de faire tout lui-même, je peux vous dire que je serais bien content d'être proche de la retraite parce que je crois que je n'aurais plus les moyens de payer les primes d'assurance qui s'attacheraient aux sinistres car nous ne sommes pas omniscients et je vous avoue que je suis incapable, sans l'assistance d'un expert, de vous dire réellement si l'évaluation d'un chantier en cours, les estimations, donnent une conclusion positive ou négative.

M. CAUSSE-GIOVANCARLI. - Question orale de Maître MARGANNE.

Me MARGANNE. - L'évaluation des chantiers en cours est très aléatoire parce qu'il ne faut pas perdre de vue qu'une situation est un cas d'avancement provisoire de l'avancement des travaux et lorsqu'une entreprise est en état de cessation de paiement, l'avancement des travaux a été gonflé artificiellement pour donner un peu d'oxygène, de façon à permettre à l'entreprise de reprendre ses activités, bien qu'il y ait des effectifs défaillants sur le chantier, bien que la qualité des travaux, en dépit des mises en demeure adressées par le Maître d'ouvrage, ne soit pas suivie, et qu'en toute hypothèse au moment où l'état de cessation de paiement intervient, comme par hasard, nous arrivons à des situations négatives.

On commence à appliquer des retenues, des pénalités de retard et à faire des réfections sur les travaux qui n'ont pas été exécutés.

Je pense que même les situations, les états d'avancement faits par un expert auprès de l'administrateur judiciaire sont des plus aléatoires car, quantitativement, elles ne reflètent pas la situation du chantier et, qualitativement, elles ne rendent pas compte de la qualité des prestations exécutées par l'entrepreneur.

Permettez-moi de vous poser une autre question.

Vous avez parlé des pouvoirs de l'administrateur judiciaire. J'ai vu que vous préféreriez l'approche économique à l'approche juridique. Il est évident que l'approche juridique est plus formaliste et l'approche économique vous paraît plus sérieuse par rapport à une approche juridique.

Que pensez-vous de dépôts de bilan pris par des sociétés de bâtiment d'une certaine importance, par exemple une grosse P.M.E, qui dépose un bilan pour bénéficier de l'ouverture d'une procédure collective, de façon à permettre de prendre un repreneur, de prendre des compartiments d'entreprise de façon à échapper à la procédure collective ?

Et dans ce cas, quels sont les pouvoirs d'un administrateur judiciaire ?

Me MEILLE. - Je n'ai pas compris votre question.

Me parlez-vous du cas où ce serait un Maître d'ouvrage qui inciterait un débiteur ?

Me MARGANNE. - Non.

Me MEILLE. - Une entreprise de B.T.P. qui dépose le bilan pour se faire reprendre, c'est la politique de gribouille. Celui qui dépose le bilan et fait un plan de cession, perd son entreprise. Si c'est une grosse entreprise, elle est peut être cotée, dans certains cas, elle cause un dommage dramatique aux actionnaires puisque les actions ne valent plus rien.

Je vous avoue que je ne comprends pas bien le sens de la question.

En revanche, vous me donnez d'autres idées.

Me MARGANNE. - Racheter pour un franc.

Me MEILLE. - Non, ce n'est pas racheter pour un franc. Ou, il faut que le Procureur de la République ne veuille pas faire respecter les textes qui veulent que la cession ne peut intervenir qu'au profit d'un tiers.

Cela m'étonnerait.

Même si l'administrateur n'a pas été diligent, il pourrait avoir présenté un repreneur. Normalement, la cession interviendra au profit d'un tiers.

Nous pourrions imaginer, me semble-t-il, la chose suivante.

Nous pourrions avoir un chef d'entreprise qui fait un dépôt de bilan technique.

A un certain moment, il a trop consommé d'avances, il n'aura plus assez de trésorerie pour continuer. Il veut souffler, il dépose le bilan. Il aura 10 ans pour payer sans intérêts ses banques, voire ses fournisseurs. Si ce ne sont pas des fournisseurs spécifiques il en cherchera d'autres et il gardera ceux qu'il veut. Il présentera un plan de continuation sur 10 ans, il obtiendra des remises parce que les co-contractants préféreront qu'il termine les chantiers qui valent encore quelque chose plutôt que de les faire terminer par d'autres entreprises et nous pouvons avoir là un dépôt de bilan technique.

Je pense qu'une entreprise constate à un certain moment que même la prévention ne suffirait pas.

Pourquoi, souvent, un chef d'entreprise ne va t-il pas en prévention ?

S'il va en prévention, il a un conciliateur qui est au-dessus des parties, qui est neutre. Il ne va pas étriller les créanciers et les banques pour faire plaisir au chef d'entreprise.

Il négociera mais de telle sorte que si c'est possible le chef d'entreprise paiera jusqu'au dernier sou ses dettes à l'égard des créanciers.

Alors qu'en cas de dépôt de bilan, un petit chantage peut s'exercer de la part du chef d'entreprise et disant : j'arrête tout, il y aura un plan de cession, vous n'aurez pas un sou si vous n'abandonnez pas une partie des créances. C'est possible.

Mais c'est un autre cas de figure que celui que vous évoquez.

Me MARGANNE. - Quels sont les pouvoirs d'un administrateur ?

Me MEILLE. - Les pouvoirs d'un administrateur pour empêcher quelqu'un d'avoir des intentions malveillantes, existent. Il faut être attentif au plan que nous présentons. Il faut non seulement être attentif à ce qu'il soit réalisable économiquement et financièrement finançable, mais aussi veiller à ce qu'il reste une certaine éthique.

Je peux vous dire que la nouvelle Présidente du Tribunal de Commerce de Paris est le gage de la rigueur qui s'attache à l'arrêté des plans. Il est rare que le Tribunal se prête à des plans qui pourraient avoir été montés dans des conditions malveillantes à l'égard des créanciers.

Me MARGANNE. - Je vous donnerai deux exemples de deux entreprises de B.T.P. qui ont procédé à ce genre d'opération.

Je ne mettrai pas en cause le Tribunal de Commerce de Paris, mais la récupération de GUERRA-TARCI est passée par plusieurs repreneurs successifs, et la société BEC-FRERES.

Que l'on ne vienne pas me dire qu'il y a des dépôts de bilan techniques qui n'ont pas été faits dans l'intention de remettre des fonds propres pour permettre à un repreneur de reprendre les activités par compartiment !

Me MEILLE. - Concernant BEC-FRERES, je ne partage pas votre sentiment. Je n'étais pas l'administrateur, mais comme cette entreprise est allée en redressement judiciaire, j'étais conciliateur.

Je sais pourquoi il y a eu dépôt de bilan : parce que celui qui a repris ensuite le contrôle, et qui a même présenté un plan de continuation, est une entreprise bien connue dont je ne citerai pas le nom.

Ce repreneur a payé tout le passif. Il a négocié en amont, pendant la conciliation, avec les banques qui ont accepté.

Je disais une sottise car je méjugais le travail que j'ai fait avec lui et les banques. BEC-FRERES n'a pas déposé le bilan. C'est sa filiale, BEC-CONSTRUCTION qui a déposé le bilan, alors que BEC-FRERES s'est terminé par une solution amiable, à la suite d'une conciliation réussie qui a débouché sur le paiement de l'intégralité du passif, le maintien de l'activité et de la totalité des emplois. Les abandons consentis à l'amiable sans dépôt de bilan dans le cadre de la négociation en amont, l'ont été en parfaite connaissance de cause par les banquiers qui négociaient avec le repreneur et tout cela dans la plus grande transparence.

Ce n'est pas un mauvais cas.

Si vous doutez de la transparence, je dirai que vous n'êtes pas de bonne foi parce que je peux vous dire qu'eux le savent.

Me MARGANNE. - Vous ne pouvez pas ignorer Maître MEILLE...

Me MEILLE. - Vous avez commis une erreur, vous avez parlé d'un dépôt de bilan.

Me MARGANNE. - Tout à fait. Mais dans le cas du repreneur de BEC la mise en concurrence des repreneurs n'a pas été très transparente.

Il y a eu des recours.

Me MEILLE. - C'est inexact.

M. LE PRESIDENT. - Nous arrêtons là le débat.

M. CAUSSE-GIOVANCARLI. - Oui, nous arrêtons de parler de cette affaire.

Y a-t-il d'autres questions orales ?

J'ai une question écrite.

Lors d'une relation d'affaire soutenue entre un entrepreneur et un fournisseur, les créances réciproques nées de ces relations peuvent-elles être qualifiées de créances connexes et donc se voir appliquer le régime de compensation, même s'il ne s'agit pas à proprement dit de créances trouvant leur origine dans le même chantier ?

Me MEILLE. - Il y a une confusion dans la question entre la connexité et la convention de compte courant.

S'il y a une connexité, cela signifie que les créances et les dettes sont nées d'un même contrat.

S'il s'agit d'une convention de compte courant, ce qui est possible, celle-ci permet, sans qu'il y ait connexité, d'avoir une compensation entre des dettes non connexes et la créance non connexe.

Il y a deux éléments totalement distincts qui viennent d'être évoqués :

- la connexité,
- la convention de compte courant.

M. CAUSSE-GIOVANCARLI. - C'était Maître Elisabeth MANCIER-LHEURE qui avait posé cette question.

Y a-t-il d'autres questions ?

Nous passons donc à l'intervention de M. Jean-Michel ROMERO.

♦ LES DECISIONS DU JUGE COMMISSAIRE

"L'achèvement du chantier" par Monsieur ROMERO, Directeur Général Adjoint de la société E.T.I.

M. ROMERO. - Le sujet qui m'a été imparti concerne les décisions du Juge Commissaire dans les procédures collectives et concernant les travaux de construction privés.

INTRODUCTION

Madame le Professeur Saint-Alary-Houin et Maître Péricaud ont tracé le cadre des procédures collectives et des différentes formes d'intervention des Entreprises de construction .

Maître Meille a rappelé le rôle de l'Administrateur judiciaire.

Il me revient, maintenant, d'examiner quel est le rôle du Juge Commissaire, mais plus largement, je pense, celui du Juge Commissaire et du Tribunal dans sa formation particulière de Jugement en matière de procédures collectives .

Pour cela, j'aurai recours à une *figuration* qui servira de fil conducteur à cette présentation :

Le Juge Commissaire cheminerait en quelque sorte dans une galerie percée de portes successives, dont chacune est un lieu de rencontre avec les parties -fixé par la loi et la procédure -, et qui se traduit le plus souvent par une décision judiciaire prise par lui même ou par le Tribunal.

Le J.C. peut disposer d'une marge personnelle d'appréciation qui lui permet « à chaque porte » de pouvoir soit rester sur le seuil, ou alors, si nécessaire, « de s'avancer », d'aller à la rencontre des parties, lorsqu'il estime que sa présence directe servira le déroulement de la procédure .

En effet, l'article L 621-12 du C. Coin. donne au J.C. un pouvoir très ouvert : *o Le J. C. est chargé de veiller*

au déroulement rapide de la procédure

et à la protection des intérêts en présence »

Cette disposition légale est de première importance, car elle donne à cette institution une capacité et une autorité d'intervention directe sur tout ce qui peut favoriser l'issue des opérations .

A la différence du Juge du contentieux - qui statue sur les demandes et preuves qui lui sont présentées - , le Juge Commissaire a une large part d'intervention personnelle quant à la vigilance qu'il doit exercer pour satisfaire à cette disposition .

Il devra donc « s'avancer » chaque fois que nécessaire, à son initiative, ou sur demande de l'un des intervenants, comprendre et ménager les intérêts en présence, chercher le cas échéant à favoriser des compromis souvent inspirés par l'équité, par l'emploi ou par les implications financières .

M le Président Jacomet a souhaité que le thème de ces exposés soit orienté sur la question : « comment sauver un chantier » :

Je pense que cette disposition légale importante qu'est l'art 621-12 du C. Com. répond tout à fait à cette préoccupation générale, qui inspire l'action du Juge Commissaire.

CARACTERISTIQUES ECONOMIQUES DU METIER DE CONSTRUCTEUR

Avant de commencer « à cheminer », il me paraît utile de rappeler quelques caractéristiques économiques du métier de l'Entreprise de construction pour mieux comprendre comment naissent les difficultés, comment percevoir les problèmes, et cela pour mieux estimer les solutions .

1 - Rappelons que l'Entreprise générale de construction est liée au Maître d'ouvrage par un « contrat de louage d'ouvrage et d'entreprise » institué par l'art 1779 du C Civ.

Ce marché est généralement traité - s'agissant de la « construction d'un bâtiment » - dans le cadre de l'art 1793 du C Civ, c'est-à-dire « à forfait » et « d'après un plan arrêté et convenu avec le propriétaire du sol »

Chaque chantier est un cas particulier, et, pour la détermination du prix de soumission, ou de négociation, l'Entrepreneur aura été plus ou moins prudent dans l'estimation des aléas et dans la prise en compte des coûts et des risques .

Par la suite, l'exécution des travaux se révélera sujette à des aléas, sensible à la pénurie ou aux rendements de la main d'oeuvre, aux évolutions de prix des matériaux ou des sous traitants , et de toute façon aux « retournements économiques » .

Pour l'Entreprise, le prix final de revient réel est une donnée aléatoire, dont la fiabilité de détermination s'élaborera avec l'élimination progressive des risques, c'est à dire avec l'avancement du chantier.

Il faut savoir que la décomposition moyenne type du coût de revient de la construction d'un bâtiment est la suivante, en % du montant total :

	36%
Gros œuvre seul	
	35%
Lots des corps d'états	
	27%
Frais fixes, installations, encadrement, Fs	
Gx	
	2%
Aléas et bénéfice	

2 - Dans ce métier, le processus conduisant à un état de cessation de paiements est très classique :

On distinguera : Les causes originelles
 La période de « résistance »
 La période « critique »

LES CAUSES ORIGINELLES

a)-Les causes originelles premières peuvent résider, en premier lieu, dans la conjoncture économique générale.

En effet, le secteur « construction » ne génère pas lui-même son activité :

il est situé en bout de chaîne, et est alimenté en amont par l'investissement immobilier, c'est-à-dire par la demande des particuliers ou des investisseurs

Par exemple, la chute de la demande immobilière des années 90 a entraîné un ralentissement de l'activité de construction . Donc une réduction du nombre des mises en chantier se traduisant pendant plusieurs années consécutives (4 à 5 ans) par des moyennes de 10.000 licenciements par an au plan national.

La concurrence se charge alors d'organiser la baisse des prix à des niveaux de pertes irrémédiables .

b)-Une cause accidentelle ponctuelle est aussi possible : par exemple, une mauvaise étude d'offre, des difficultés techniques d'exécution , un manque de qualification du personnel, ...

Selon son importance, ce type de cause accidentelle peut avoir des effets plus ou moins étendus .

Vient ensuite :

LA PERIODE DE « RESISTANCE »

a)-Je qualifierai de « résistance » la période durant laquelle le chef d'entreprise commence à percevoir ses difficultés et met en œuvre divers processus pour maintenir son activité déficitaire avec l'espoir d'un retournement de situation économique .

b)-Cette période « de résistance » se déroule généralement de la manière suivante :

Les chantiers de construction ayant une durée de réalisation de l'ordre de 12 mois à 2 ans, le chef d'entreprise fera en sorte que la manifestation financière globale et comptable de ces pertes soit repoussée à fin d'affaire.

Entre temps, et pour y faire face, s'il ne dispose pas de fonds propres disponibles, il devra poursuivre une politique expansionniste de prise d'affaires nouvelles à tout prix, donc à perte, pour alimenter son carnet de commandes, se procurer de nouvelles opérations, et donc disposer de trésorerie immédiate pour conserver ainsi son personnel incompressible, indispensable à la survie de son exploitation.

Entre temps, il sera l'objet :

D'une réduction progressive des facilités bancaires

De raccourcissements exigés des délais de paiements de certains de ses fournisseurs inquiets .

Et il aura utilisé au maximum toutes les formes possibles de ressources de financement :

-mobilisation de créances professionnelles selon l'art 313-23 du C Mon et Fin (loi 2 janv 1981 « Dally »)

-nantissement de marché auprès d'un établissement de crédit

-affacturage

-paiements directs par le MO à ses fournisseurs et sous-traitants

-décalages de paiements de certains fournisseurs

-retards de paiement des charges sociales et de la TVA

-sur-valorisation anticipée des situations de travaux (quelquefois avec le consentement tacite du M^o d'ouvrage ou du M^o d'œuvre qui redoute l'arrêt des travaux)

-etc

Ces mécanismes auront progressivement raison de la capacité financière de l'entreprise au bout d'une période pouvant s'échelonner sur 1 à 2 ans .

c)-La présentation des bilans de l'entreprise ne rend pas bien compte de cette situation :

A l'actif, tout d'abord :

En effet, lorsque l'entreprise utilise la méthode comptable dite « à l'achèvement » ou encore « des travaux en cours », les charges et les produits - et donc le résultat - n'entreront dans le compte de résultat comptable qu'au jour de la réception des travaux. Entre temps, tout au long de la durée du chantier, les pertes sont comptablement dissimulées dans des postes d'actif tels que :

-les travaux en cours - dont seule une analyse technique très détaillée peut révéler la réalité matérielle,

-et le compte Clients - qui peut receler des sommes présentées au M^o d'ouvrage en situation de travaux, mais dont l'acceptation ou le paiement ne présente pas de certitude, pour le moins que l'on puisse dire .

En outre, ces deux postes d'actif sont chaque mois ré-alimentés par l'activité courante de l'entreprise et cela peut permettre ainsi de dissimuler de manière « glissante » un écart économique pendant une longue période .

Au passif :

Les comptes de fournisseurs et de sous traitants peuvent être sous évalués et les risques non provisionnés :

-non prise en compte des avancements réels des sous traitants

-mise à l'écart de réclamations fondées des sous traitants

exigées -risque potentiel résultant de la non mise en place des cautions par l'art 14 de la Loi du 31 décembre 1975

-non prise en compte économique de provisions pour « perte à terminaison »

Dans cette période de « résistance », l'élaboration du bilan revêt une importance particulière, et il est plus que très fréquent de voir arriver, au Tribunal, en Déclaration de Cessation de Paiements, des Entreprises qui ont pourtant arrêté leurs comptes des exercices précédents à l'équilibre, mais dont, en réalité, le début des difficultés, et l'excédent de passif, remonte à plus d'un ou deux ans, voire plus .

L'état de la trésorerie et de l'endettement sont, par contre, un très bon révélateur de la situation économique d'une entreprise, car il n'est pas de perte, même comptablement non affichée, qui n'ait besoin d'être financée, soit pas des postes d'actif, soit par des postes de passif .

LA PERIODE « CRITIQUE »

Cette période débute lorsque l'Entreprise commence à être confrontée à des refus de livraison, à des départs de personnels généralement les plus qualifiés, à la nécessité de conclure des moratoires fiscaux et sociaux, à des refus de crédit des sociétés de factoring, ou lorsqu'elle commence à décaler le paiement des salaires

La perspective de survie étant alors sérieusement compromise, le chef d'entreprise recherche un « partenaire », puis un « acquéreur », qui ne se presse pas, puis se tourne éventuellement vers la procédure du « mandat ad hoc », ou la procédure de règlement amiable de l'article L 611 du C. Com.

A défaut il sera conduit à la déclaration de cessation de paiements de l'art L 621-1 C. Com. .

Ces quelques rappels étant effectués, venons-en au rôle du Juge Commissaire et du Tribunal, et cheminons dans notre « galerie ».

LES INTERVENTIONS DU JUGE COMMISSAIRE ET DU TRIBUNAL

Première porte : les actions de prévention

Qu'il s'agisse

*des Groupements de Prévention agréé créé par la loi du 1^{er} août 2003 - art L 611-1 du C. Com. -

*de la convocation du chef d'entreprise par le Président du Tribunal pour que soient envisagées des mesures propres à redresser la situation (art L 611-2)

*de la nomination d'un mandataire ad hoc ou de la procédure de règlement amiable instituée par l'art L 611-3 ,

*ou de l'intervention du conciliateur prévu par l'art L 611- 4 ,

ces procédures ne présentent pas de spécificité pour le métier d'Entreprise de construction ... leur objet étant généralement d'obtenir des moratoires pour le paiement des dettes échues .

On notera cependant qu'elles sont quelquefois utilisées, et que, dans certains cas, elles ont permis -sinon d'éviter, à terme, un dépôt de bilan- du moins de rendre possible, le moment venu, un plan de redressement :

notamment : par la poursuite des approvisionnements des chantiers en cours, ou par le déblocage de retenues financières par les Clients, ou par l'aménagement des conditions de paiement.

Le projet de réforme en cours devrait développer très largement cette phase de la procédure pour tendre vers une sorte de « Redressement amiable », avant toute déclaration de paiements, mais organisé dans un cadre légal sécurisé .

Deuxième porte : l'ouverture de la procédure

L'une des difficultés majeures réside dans le fait que non seulement le chef d'Entreprise n'a généralement pas déclaré son état de cessation des paiements dans les 15 jours de sa survenance initiale réelle, comme lui en fait obligation l'article L 621-1 du C. Com., mais que de nouveaux marchés de travaux ont été souscrits dans des conditions périlleuses, alors que cet état de cessation des paiements existait déjà.

A cet égard, les pratiques réelles sont très éloignées de la mécanique légale obligatoire .

Aussi la décision à prendre lors de l'audience d'ouverture de la procédure en Chambre du Conseil nécessitera que des informations soient apportées au Tribunal -généralement par le Chef d'Entreprise ou son Conseil- afin d'adapter la solution à la meilleure réalité portée à sa connaissance lors cette audience :

Signalons simplement l'existence de la procédure préalable de désignation d'un « Juge Commis » en cas d'assignation en liquidation.

Les solutions d'ouverture :

- A) la Liquidation Judiciaire immédiate s'imposera lorsque l'Entreprise aura épuisé son carnet de commandes et sa trésorerie .

la question de la poursuite des chantiers en cours ne se pose donc plus,

B) l'ouverture d'une Période d'Observation sera retenue dès lors : cumulativement :

-qu'un ou plusieurs chantiers sont en cours ,

-et que la trésorerie ou les créances Clients sur travaux en cours (encore éventuellement mobilisables) peuvent financer l'encours des charges à engager pour la poursuite immédiate de l'activité,

-et qu'il apparaît que les chantiers en cours (ou certains d'entre eux) peuvent présenter au moins un équilibre économique permettant leur poursuite .

C'est souvent à propos de cette dernière condition que des appréciations peu raisonnables sont présentées en Chambre du Conseil pour obtenir le bénéfice du Redressement Judiciaire .

C) Dans le cas des Entreprises comparissant en Chambre du Conseil avec un carnet de commande épuisé, mais dont certaines réceptions de chantier restent à prononcer dans les prochains jours moyennant l'achèvement de menus travaux, le Tribunal peut, selon l'art L 622-10 C. Com., prononcer la Liquidation Judiciaire, avec autorisation de poursuivre l'activité pendant quelques semaines, afin de permettre l'achèvement de ces engagements, et surtout, l'encaissement du solde des situations de travaux, cela dans l'intérêt de la préservation des actifs .

Troisième porte : la désignation des « experts »

Nous avons tenu à rappeler, en préalable à notre exposé, la difficulté sérieuse que constitue le fait de procéder, à un instant donné, à l'évaluation d'un marché de travaux en cours .

L'Administrateur, comme l'a très justement rappelé Maître Meille, devra très rapidement pouvoir répondre à la question de la poursuite des contrats en cours .

Cette question relève de sa compétence par l'effet de l'art L 621-28 C, Com.

Pour ce faire, il sollicitera très rapidement dès sa prise de fonction une ordonnance du Juge Commissaire pour désigner un « expert » chargé d'établir le point de ces contrats en cours.

Ce travail, qui devra être effectué chantier par chantier, sera d'ailleurs utile à plusieurs fins :

-a)-d'abord, pour le positionnement exact de l'avancement technique des travaux

-b)-puis, pour la quantification des « produits mérités » selon le marché de construction vis-à-vis du Client,

pour la détermination technique du « reste à faire » à comparer avec le « reste à recevoir » et le « reste à dépenser » .

Avec mise en évidence le cas échéant des écarts de sous ou de sur facturation antérieurement effectués

-c)-il appréciera également la faisabilité financière de la « poursuite du marché » , avec la position prévisionnelle de trésorerie du chantier,

-le point sera aussi fait, dans les mêmes termes, pour les contrats de sous-traitance

ou avec les Entreprises co-traitantes , solidaires ou non, pour la poursuite du fonctionnement des comptes bancaires joints, ou la gestion des sociétés en participation, ...

Ce travail est ensuite synthétisé dans :

-des prévisions de trésorerie

-et dans l'élaboration d'un dossier de présentation en vue de la consultation de repreneurs, si un plan de redressement par cession peut être envisagé, ou en vue de la préparation d'un plan de continuation .

C'est à cette occasion que se poseront les questions qui constituent le sujet central de notre réunion :

« comment sauver l'achèvement du chantier »

Il n'est pas rare, à ce stade, que se crée un climat de négociations entre toutes les parties pour tenter de trouver des concessions financières permettant la continuation des chantiers, et que le Juge Commissaire soit amené à intervenir, notamment en réunissant les parties, en menant une action « incitative », et en veillant au bon déroulement des opérations .

Quatrième porte : la poursuite des contrats en cours

L'article L 621-28 (ancien art 37 de la loi du 25 janvier 1985) attribue exclusivement à l'Administrateur la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours.

Le délai de réponse de l'Administrateur est fixé à un mois après mise en demeure.

Dans notre matière, l'analyse des chantiers et la prévision de leur avenir peut nécessiter un délai plus long.

Le Juge Commissaire pourra accorder un allongement de ce délai dans la limite totale de deux mois, son ordonnance devant intervenir avant l'expiration du premier délai d'un mois .

Mais pour envisager cette poursuite, faut-il encore que l'exécution future du marché recèle au moins un équilibre financier.

Il faut rappeler ici les dispositions de l'article L 621-28 alinéa 2 :

« s'il s'agit d'un contrat à exécution ou paiement échelonnés dans le temps, l'administrateur y met fin s'il lui apparaît qu'il ne disposera pas des fonds nécessaires pour remplir les obligations du terme suivant » .

En effet, en cas de défaut de paiement, et sans l'accord du créancier,

-l'article 61-1 du décret du 27 décembre 1985 permet à tout intéressé d'obtenir du Juge Commissaire la résiliation de plein droit du contrat, mettant fin ainsi à toute exécution future,

-et l'alinéa 3 de l'article L 621-28 permet au Parquet, à l'Administrateur, au Représentant des Créanciers ou à un Contrôleur, de saisir le Tribunal pour mettre fin à la période d'observation .

Cette question de la poursuite d'un marché de travaux se posera alors à propos des contrats suivants :

-contrat avec le Maître d'ouvrage

la position de l'Administrateur dépendra d'une équation : le «reste à dépenser » est-il au moins égal au « reste à recevoir » ?

Il convient ici de noter que les chantiers en cours se classeront en deux catégories :

-ceux qui recèlent en eux mêmes un équilibre économique d'achèvement et pour lesquels la continuation ne devra pas faire de doute,

-ceux qui sont de toute façon déficitaires (malgré toutes tentatives de renégociation Client)

Lorsqu'un plan de continuation est envisagé, la décision de ne pas poursuivre un marché de travaux sera génératrice d'un alourdissement du passif, et donc préjudiciable à l'exécution future du plan de continuation et donc à l'apurement des échéances financières du plan.-

L'arbitrage est donc difficile à faire .

Lorsqu'un plan de cession est possible, l'objectif premier est de sauver ce qui est sauvable de l'Entreprise, et donc de ne pas poursuivre une opération déficitaire pour l'avenir.

Ce qui compromettrait : la viabilité de la période d'observation, la recherche d'un repreneur et donc les emplois .

Les impératifs du Maître d'ouvrage à voir son chantier s'achever ne représentent pas nécessairement une priorité « à tout prix » pour les organes de la procédure collective .

Sur ce point, des compromis ne peuvent relever que de la négociation :

-Certains Maîtres d'ouvrages reconsidéreront leurs positions, par exemple, par l'abandon de retenues pour pénalités de retard, par le versement de compléments de prix sur litiges ou réclamations en cours, ou revalorisation de certaines conditions contractuelles, ou par retrait de certains travaux confiés à d'autres Entreprises, ...

-D'autres préféreront accepter la rupture et re-consulter pour l'achèvement des travaux, espérant ainsi obtenir des conditions financières plus avantageuses, ou une présence plus fiable pour l'achèvement des travaux.

Cinquième porte : le bilan économique et social et le projet de plan de redressement

L'élaboration de ces documents relève de la compétence de l'Administrateur .

La loi attribue également certains droits au Juge Commissaire en matière d'accès à l'information (informations financières : L 621-55 par exemple)

De fait, le Juge Commissaire est amené à étudier les dossiers et à recevoir diverses parties .

Cela peut se présenter de deux manières :

La première tient plus à une sorte de « recours gracieux » lorsque des blocages apparaissent au cours des négociations avec l'Administrateur :

-par exemple lorsque des questions n'ont pu être réglées avec les maîtres d'ouvrages ou avec les autres entreprises, à propos des conditions de poursuite des travaux,

La seconde tient à la préparation de l'analyse des offres de redressement :

-par exemple lorsque les candidats repreneurs viennent expliciter ou compléter leurs offres , d'ailleurs plus ou moins claires et sérieuses .

Le Juge Commissaire prépare ainsi en liaison étroite avec l'Administrateur, la future audience du Tribunal qui devra statuer sur le plan de redressement .

En cas de plan de redressement par cession, certaines questions importantes doivent être examinées lorsqu'il s'agit d'Entreprise de construction, :

-par exemple et pour chaque chantier :

* l'établissement des avenants de transfert des marchés en cours au cessionnaire, comprenant le descriptif des travaux restant à faire et l'arrêté des comptes avec le Maître d'ouvrage, au jour de la cession, car le Maître d'ouvrage doit traiter et solder séparément les comptes de l'ancienne et de la nouvelle gestion, et il en sera de même, en second rang, avec les sous traitants,

*les contrats de fournitures et de services dont la poursuite forcée sera imposée aux co-contractants par le plan de cession, même s'agissant de contrats dits « intuitu personae » (voir l'art L 621-88),

*la charge des frais à provisionner pour les travaux de finition et de levée de réserves à exécuter ultérieurement, mais imputables à l'ancienne gestion,

*le sort des fournitures déjà approvisionnées sur le chantier, mais objet d'une clause de réserve de propriété revendiquée par le fournisseur,

*l'existence de délégations de paiement ou d'actions directes engagées en application de la loi du 31 décembre 1975,

*le sort des réclamations en cours non soldées au titre de l'ancienne gestion au moment de la cession, et le recouvrement des situations de travaux antérieures,

*l'inventaire et la valorisation des matériels, approvisionnements ou travaux en cours devant être transférés le cas échéant au repreneur,

*l'effectivité en cas de sinistre des garanties décennales émanant de deux assureurs pour un seul ouvrage, mais pour deux périodes,

*etc,...

Cette liste non limitative, montre que le domaine du BTP comprend des spécificités qui, lors d'une procédure collective, demandent à être précisément mises à l'ordre du jour et traitées au moment de la mise au point des offres, avant l'audience appelée à statuer sur le plan de cession .

Finalement, si, en vertu de l'article L 621-62 C. Com., le Tribunal statue au vu du rapport de l'Administrateur, il est hautement recommandé et bien d'usage qu'un travail préparatoire détaillé soit mené en étroite liaison entre l'Administrateur, chaque repreneurs potentiels sérieux et le Juge Commissaire.

Il est rappelé que si la procédure d'offres est régie par l'article L 621-85 et l'article 103-2 du décret du 27 décembre 1985, il est bien spécifié par ces mêmes dispositions que « le *Juge Commissaire* » a un droit d'intervention pour mieux fixer les conditions des offres de reprise: il « *peut demander des indications complémentaires* », c'est à dire formuler des demandes allant au-delà du seul contenu comparatif des offres reçues .

Sixième porte : Jugement arrêtant le plan de redressement

Le plan de redressement sera soit un plan de continuation éventuellement assorti d'une cession partielle, soit un plan de cession totale ou partielle .

La continuation sera retenue « lorsqu'il existe des possibilités sérieuses de redressement et de règlement du passif ». (art L 621-70) .

La cession, totale ou partielle, de l'entreprise répond aux critères de maintien durable « de l'emploi attaché à l'ensemble cédé » et de « paiement des créanciers » . (art L 621-87) .

Les organes de la procédure, et les textes, poursuivent donc des priorités tout autres que la légitime attente du maître d'ouvrage à voir son chantier se terminer .

Il est de toute façon certain que lorsqu'un marché aura été traité dans des conditions économiques normales et à un niveau de prix permettant de couvrir les débours et les frais fixes, il a toutes les chances de se trouver dans un périmètre de poursuite d'exécution .

S'il a été contracté à perte, soit sous la pression du donneur d'ordres, soit par imprudence de l'entreprise, il aura au contraire toutes les chances d'être arrêté ou résilié, sauf bien sûr à être renégocié ou d'être poursuivi, dans de rares cas, par un repreneur y trouvant pour lui-même des raisons « stratégiques » .

Septième porte : la vérification des créances

Sans entrer ici dans les dispositions de droit commun, prévues par les articles L 621-43 et ss du C.Com. et l'article 66 du décret du 27 décembre 1985, il n'est pas inutile de rappeler la rigueur absolue du délai de déclaration qui est de deux mois à compter de la date de publication du jugement déclaratif au BODACC pour les créanciers domiciliés en France .

Cette déclaration doit respecter strictement les procédures prévues, car le non respect de ces impératifs entraîne l'extinction des créances .

Dans notre matière, les marchés de travaux donnent lieu, durant leur cours, à des paiements d'acomptes mensuels n'ayant aucune valeur définitive jusqu'à l'établissement du Décompte Général Définitif (le DGD) , lequel reprend, après le prononcé de la réception, toutes les opérations depuis l'origine en un seul et même compte avec compensation des dettes et créances réciproques, dénommées « créances connexes » , un ensemble d'obligations réciproques dérivant d'un même contrat.

Il est certain que l'absence de déclaration régulière de créance, qui entraîne l'extinction de la créance, fera échec à la compensation des créances connexes, car il faut que la créance soit « reconnue » avant d'être compensée . Ce défaut amputera le compte final d'une partie de ses éléments au préjudice du créancier défaillant, en l'occurrence du Maître d'ouvrage .

L'extinction de la créance, pour défaut de déclaration régulière, a également pour effet de permettre à la caution de s'opposer au paiement des sommes garanties, notamment en ce qui concerne la retenue de garantie cautionnée au profit du Maître d'ouvrage (loi du 16 juillet 1971) . Il en irait bien sûr différemment d'une garantie de paiement à première demande, car celle-ci est autonome.

On notera également que dans les conditions générales des contrats on rencontre aussi des clauses de convention de compte courant ayant pour objet de ne former qu'un seul et même compte, non seulement pour un marché, mais pour l'ensemble des marchés non encore soldés conclus entre les parties . La connexité des créances est alors à envisager avec un plus large périmètre, sous réserve, bien sûr, de la régularité des déclarations .

Bien que ces questions d'ordre purement financier se posent, chronologiquement, « en aval » du sujet d'aujourd'hui consacré à la poursuite des travaux, la perception future du sort financier des créances est souvent, pour les parties créancières, au moment de l'apparition des difficultés des Entreprises, un élément d'appréciation pour la conduite à tenir.

Par exemple, faut-il, pour le Maître d'ouvrage, résilier le marché de travaux avant la DCP pour défaillance contractuellement justifiée et déjà constatée dans l'exécution, ou attendre l'établissement du DGD , et déclarer ultérieurement une créance compensable -du fait de sa connexité- avec les paiements dus ?

D'autres questions se posent également :

-par exemple, à propos de la mise en oeuvre de l'action directe des sous-traitants de premier rang, impayés par l'Entreprise principale, action prévue par l'article 12 de la loi du 31 décembre 1975, et qui se traduit quasiment toujours par un gel des paiements du Maître d'ouvrage, dans l'attente d'une décision définitive de justice destinée à attribuer ces sommes soit à l'Entreprise principale, soit au sous-traitant.

Entre temps, cette trésorerie va faire défaut aux Entreprises, déjà en difficulté, et donc gêner ou bloquer la marche du chantier.

Signalons au passage que l'exercice de l'action directe du sous traitant ne nécessite pas le préalable de la déclaration de créance.

-par exemple, encore, à propos de la non mise en place par l'Entreprise principale à ses sous traitants des garanties de paiement imposées par l'art 14 de la Loi du 31 décembre 1975 . En effet, il est constant que les banques refusent d'émettre de nouveaux cautionnements pour les Entreprises commençant à avoir des difficultés .

Ainsi, au moment critique, ces sous traitants , soit parce qu'ils ne sont pas payés, soit parce qu'ils recherchent une sortie par anticipation, invoquent la nullité de leur contrat pour défaut de garantie.

Cette nullité leur est bien entendu accordée .

L'arrêt brutal des activités des sous-traitants provoque généralement une interruption du chantier.

Ces questions financières ont donc toute leur importance et font partie des éléments à considérer pour l'appréciation des conditions de poursuite des travaux, en période d'observation.

Elles font aussi partie de l'analyse du Représentant des Créanciers qui vérifiera les créances déclarées (art L 621-103) et en transmettra la liste au Juge Commissaire qui en prononcera l'admission ou statuera sur les contestations (à l'exception de celles portant sur des salaires) .

Signalons également la position constante de la jurisprudence qui impose la déclaration de créance pour les malfaçons commises en cours de travaux avant l'ouverture de la procédure collective, même si leur manifestation leur est postérieure (voir Cass Com 11 juil 1995).

Huitième porte : plutôt qu'une porte nouvelle.

Je dirai, à ce stade, qu'il s'agit, plus justement, de la vue perspective de la galerie dont l'extrémité peut se situer à un terme de plusieurs années, et dont les procédures vont se dérouler dans des temps postérieurs au sujet qui nous occupe.

On ne peut toutefois écarter les effets, sur les chantiers en cours poursuivis, d'un échec du plan de redressement, lorsque, notamment sur rapport du Commissaire à l'Exécution du Plan, le Tribunal prononce la résolution du plan pour non paiement du prix de cession ou des dividendes du plan de continuation.

Ce contexte, n'est pas un simple cas d'école, car la volonté des différentes parties et aussi les pressions sociales poussent souvent les organes de la procédure à aller aux limites du raisonnable dans les plans de redressement pour tenter de « sauver » l'Entreprise, et surtout lui laisser des chances, hélas quelquefois trop maigres, de survie .

LES VOIES DE RECOURS

Ce parcours ne serait pas complet si nous n'évoquions pas, en dernier lieu, une question très spécifique à notre matière : « les voies de recours ».

Les délais de décision en matière de recours de droit commun contre les décisions juridictionnelles, s'avèrent longs et incompatibles avec les exigences économiques d'urgence entourant les opérations de procédures collectives.

Aussi, le législateur a-t-il organisé un système très particulier de voies de recours, inscrit dans les articles L 623-1 à L 623-10 .

Nous ne les détaillerons pas ici, mais ces recours sont très limitatifs aussi bien quant aux personnes recevables à les exercer, qu'aux délais pour les engager.

En se rappelant que le Parquet est présent dans la procédure collective, notons que le Ministère Public dispose spécifiquement de larges possibilités de recours .

Ces procédures de recours particulièrement restrictives ont pour objet :

- d'éviter les actions dilatoires qui feraient obstacle à la mise en oeuvre rapide des décisions prises,

- d'assurer la sécurité juridique de ces décisions, à effet généralement immédiat.

CONCLUSION

Je conclurai donc en constatant que la poursuite d'un chantier dépend de multiples paramètres dont certains seulement relèvent de la compétence ou des marges de manoeuvre du Juge Commissaire ou du Tribunal.

Ces paramètres sont à la base purement factuels et objectifs, mais, comme dans toute activité humaine, il peut apparaître quelques éléments de subjectivité qui permettent parfois d'obtenir la continuité des opérations de travaux, lorsqu'elle était douteuse.

(Applaudissements)

M. CAUSSE-GIOVANCARLI. - J'ai plusieurs questions.

Tout d'abord M. ALLEMAND qui a eu connaissance de l'avant-projet d'intervention de M. ROMERO, fait observer que dans les causes accidentelles ponctuelles, nous devrions également retrouver les impayés.

Je crois qu'il faut en prendre acte, tout simplement.

M. ROMERO. - Concernant cette question des impayés, par expérience, je n'ai pas tendance à considérer que l'impayé en tant que tel soit une cause majeure de défaillance des entreprises de construction.

C'est une cause accidentelle que je rattache à la deuxième catégorie. Lorsqu'il y a un impayé, les effets sont plus ou moins limités en fonction de l'entreprise, et un impayé ne peut pas générer, à lui seul, l'impossibilité de redressement d'une entreprise à long terme.

C'est le constat historique que j'ai pu faire.

Pour se protéger contre les impayés, il existe diverses solutions de garantie, en particulier celles mentionnées par Me PERICAUD.

M. CAUSSE-GIOVANCARLI. - Dans son intervention M. ROMERO a souligné la grande difficulté pour un expert technicien arrivant sur un chantier d'établir un état d'avancement précis.

Je voudrais revenir sur ce point en signalant que lorsque ce technicien arrive sur le chantier il ne peut pas apprécier instantanément toutes les malfaçons qui peuvent exister, dont on ne s'apercevra, s'agissant d'une entreprise de gros œuvre défaillante, qu'au moment de l'intervention des corps d'état secondaires.

Ces malfaçons pèseront puisqu'il y aura des reprises nécessaires à entreprendre sur le DGD à intervenir si plan de continuation il y a.

Il y a aussi une autre difficulté. Nous avons actuellement des marchés de type conception/réalisation, pour lesquels il y a une DPGF qui, la plupart du temps, manque de précision aussi bien concernant les quantités que les prix unitaires. Il est difficile, pour un technicien qui arrive et qui doit rendre rapidement son travail à l'administrateur judiciaire, d'établir l'évaluation des travaux effectués et l'évaluation des travaux restant à faire.

M. ROMERO. - Votre observation m'amène à formuler deux réflexions.

Il y a une différence de structure entre la manière dont une entreprise fait son prix et les pièces qui sont données dans le marché, qui donnent une décomposition du prix forfaitaire.

Le prix d'un travail s'effectue par une analyse des coûts et des ouvrages à réaliser. A l'issue de ce travail, un prix global est défini. Le prix a été élaboré à partir d'une analyse de la maîtrise d'ouvrage, d'une estimation du prix, d'une estimation des conditions de travaux et d'une estimation des installations de chantier.

Tous ces éléments constitutifs donnent le prix global et final.

Ensuite, il est prescrit dans les pièces du marché qu'une décomposition du prix forfaitaire doit être annexée au marché.

C'est un deuxième travail, totalement autonome par rapport au premier, qui consiste à établir une liste d'ouvrages et à décomposer le prix forfaitaire par rapport à cette liste d'ouvrages.

Dans la décomposition globale d'un prix de marché nous trouvons entre 25 et 30 % des coûts qui sont rattachables aux installations : l'encadrement, frais généraux etc.. Nous n'avons pas de poste de cette nature dans la décomposition du prix forfaitaire.

Ces éléments sont donc ventilés dans les prix des ouvrages selon les entreprises, selon des grilles qui ne sont pas forcément proportionnelles à la nature des ouvrages.

Lorsque nous voulons valoriser un travail pour déterminer, pour le futur, le coût du "reste à dépenser", l'analyse de la décomposition qui figure dans le marché n'est pas nécessairement un bon guide pour définir ce qu'il reste à dépenser.

Par contre, c'est un bon guide pour savoir ce qu'il reste à recevoir du client parce que l'avancement vis-à-vis du client est calculé d'après ce document.

M. CAUSSE-GIOVANCARLI. - Encore faut-il que nous puissions disposer de l'étude de prix de l'entreprise, ce qui est parfois difficile.

J'ai deux questions écrites posées par M. IMBERT.

La première de ces questions concerne la phase de prévention.

Vous avez rappelé la possibilité offerte au Tribunal de Commerce de désigner un mandataire ad hoc. Le rôle de ce dernier n'apparaît pas réglementé. Comment doit être définie sa mission au regard de celle de l'expert et du conciliateur ?

Par ailleurs, comment est-il rétribué ?

M. ROMERO. - Je peux répondre en quelques mots.

Dans la procédure actuelle de conciliation, le conciliateur est désigné dans le cadre du règlement amiable. Auparavant, il est fréquent que le Tribunal nomme un mandataire ad hoc pour préparer le travail de négociation lorsque la négociation est en passe d'aboutir et, à ce moment, intervient le règlement amiable.

Donc, on peut considérer qu'il y a une chronologie entre le mandat ad hoc et le règlement amiable avec son conciliateur.

Concernant l'expert, le Code de Commerce prévoit la possibilité que le Tribunal nomme un expert pour s'informer de l'état d'une entreprise.

Cette procédure n'est pas très usitée, à ma connaissance, parce qu'il y a une question d'urgence et il est évident que l'urgence est d'entreprendre les négociations et le chef d'entreprise le sait.

Donc, il faut entreprendre les négociations, c'est le rôle du mandataire ad hoc, il faut désigner un expert qui va rendre un rapport au Tribunal qui examinera la situation. On perd un temps précieux sur la survie possible de l'entreprise.

Donc, la notion d'expert n'est pas très utile dans l'urgence d'une situation difficile.

M. CAUSSE-GIOVANCARLI. - Autre question :

Lorsqu'un marché n'a pas été poursuivi par l'administrateur judiciaire, la réalisation de la partie de l'édifice non exécutée peut générer, pour le donneur d'ordre, un prix plus élevé que celui prévu sur le marché de l'entreprise défaillante, d'où l'apparition dans la déclaration de créance de ce donneur d'ordre d'un surcoût de réattribution qui, bien entendu, n'est pas à confondre avec le coût du traitement des éventuelles non-conformités sur la partie de l'ouvrage réalisé.

Ce surcoût de réattribution du marché doit-il ou non être rejeté par l'administrateur judiciaire comme le sont les pénalités pour un retard survenu après résiliation ?

Me MEILLE. - L'administrateur n'a pas la possibilité de refuser une réclamation présentée.

Tout au plus, la question peut se poser de savoir si ce surcoût doit faire l'objet d'une déclaration - c'est l'article 40 - ou pas.

Raison pour laquelle il vaut mieux être attentif à poursuivre les contrats qui, ensuite, après qu'ils aient été poursuivis, donneraient lieu à la passation à un tiers qui, lui, imposerait un surcoût pouvant être considéré comme relevant des dettes nées postérieurement à l'ouverture de la procédure.

M. CAUSSE-GIOVANCARLI. - Je pense que c'est lié au surcoût que cela peut induire sur les autres corps d'Etat ?

M. IMBERT. - Pas spécialement. C'est le surcoût de réattribution, c'est l'entreprise qui vient derrière qui a des prix plus élevés que la première.

Habituellement, elle en profite un petit peu, donc elle ajoute un montant qui n'aurait pas existé si la première entreprise avait poursuivi.

A ma connaissance, la jurisprudence administrative est claire : elle dit : on ne prend pas en compte ces surcoûts qui viennent après résiliation du marché.

Quid de la jurisprudence judiciaire ?

M. ROMERO. - Il y a peut-être une question de vocabulaire parce qu'au jour de l'ouverture de la procédure commence à courir le délai d'option de poursuite ou non du contrat.

Si la jurisprudence est claire, si l'administrateur décide de ne pas poursuivre le contrat. Cela équivaut à la résiliation du contrat et cette résiliation ouvre droit à des dommages et intérêts qui sont rattachables à la période antérieure et qui doivent être déclarés comme toutes les créances.

Auquel cas, il s'agit de savoir si les coûts ultérieurs sont rattachables à la résiliation mais, à ce moment, le seul moyen de les valoriser, du moins de ne pas perdre les droits dessus, est de les inclure dans la déclaration de créance, en sachant que le délai de déclaration de créance n'est plus seulement les deux mois à compter de la publication de date mais un ou deux mois après la résiliation.

Dès le moment où il y a résiliation dans le mois qui suit, il faut faire valoir sa déclaration. S'il y a des conséquences ultérieures qui n'ont pas été déclarées, l'extension de la créance est acquise pour la société.

Me MEILLE. - Si la déclaration intervient longtemps après la construction, les créances sont éteintes ; elles ne peuvent plus être déclarées au passif, comme maintenant on ne peut plus déclarer des créances provisionnelles dangereuses.

Mais on le sait très vite parce que, ou bien il y a eu poursuite d'un contrat et, à ce moment, toute résiliation ultérieure serait de la responsabilité de l'administrateur et du débiteur qui l'assiste, donc sera issue de l'ancien article 40 et ce serait grave s'il n'y avait pas le financement pour le payer, ou bien la créance est déclarée dans les délais et il n'y a pas de problème.

Je ne crois pas qu'il y ait de difficultés.

La jurisprudence dit que le surcoût n'est pas une dette (même si la résiliation est faite après la mise en demeure par l'administrateur mais dans le délai d'un mois qui suit la mise en demeure) de l'article 40 mais une dette à déclarer.

Mais, le surcoût doit toujours faire l'objet d'une indemnisation, qu'il s'agisse d'une dette à déclarer au passif ou d'une dette née postérieurement, si on a trop tardé pour résilier.

De toute façon, c'est une créance ; mais elle est à déclarer ou, au contraire, elle est postérieure, donc ancien article 40.

On ne peut pas concevoir qu'à l'issue d'une résiliation il ne serait plus rien dû pour le surcoût. C'est l'ancien article 37 de la loi de 1985 qui prévoyait que, bien sûr, l'administrateur peut résilier, mais toutes les résiliations donnent droit au co-contractant à des dommages et intérêts qui se chiffrent en fonction du surcoût.

M. IMBERT. - Je crois qu'il y a un quiproquo.

Dans les éléments de la déclaration de créance, le traitement des malfaçons entre dans la déclaration de créance.

Les retards qui ont été enregistrés au moment de l'arrêté des travaux, l'officialisation de la résiliation génèrent aussi des pénalités de retard.

Me MEILLE. - Absolument.

M. IMBERT. - Je parle de ce qu'il y a après la résiliation, que ce soit au niveau de la pénalité ou de retard après résiliation. La première entreprise a arrêté, c'est de la deuxième dont nous parlons.

Parallèlement à cela, il y en a une qui est plus marquée pour faire la partie restante de l'ouvrage que ne l'aurait été la première.

Me MEILLE. - Cela peut être des dommages et intérêts parce qu'un engagement avait été pris par l'entreprise de réaliser les travaux à tel prix. La résiliation nécessite un surcoût, donc ce sont des dommages et intérêts.

M. IMBERT. - La jurisprudence administrative dit : je ne peux pas imputer ce surcoût de réattribution à l'entreprise défaillante.

Me MEILLE. - Je pense que c'est un cas d'espèce parce que l'on pourrait aller dans ce sens, mais il ne faudrait pas que le fait qu'il y ait un surcoût donne lieu à des abus.

On pourrait imaginer que le Maître d'ouvrage ait traité à l'origine dans des conditions quasiment impossibles à réaliser par le co-contractant, qu'il accuse le dépôt de bilan et, qu'après le dépôt de bilan il se fasse payer le surcoût quelle que soit la demande complémentaire du nouvel exécutant.

J'ai vu la jurisprudence que vous citez, je n'ai pas eu le temps de voir quel était l'arrêt mais, à mon avis, si les choses se passent normalement il doit y avoir possibilité de demander des dommages et intérêts.

En revanche, sur la demande de pénalités de retard, sur un surcoût, si la renégociation a été faite dans des conditions qui ne seraient pas conformes, je ne peux pas me prononcer.

M. ROMERO. - Si la déclaration de créance a été faite indûment, ce sont des dommages et intérêts. La contestation, qui peut résulter pour l'appréciation, dans l'état, des créances, relève de la compétence du Juge Commissaire. C'est lui qui tranche.

Je ne vois pas comment la juridiction administrative peut intervenir pour définir quel est le montant finalement admis au passif.

Me MEILLE. - Tout dépend si une instance administrative était en cours au moment de la déclaration et, à ce moment, vous rendez une décision suspensive dans l'attente que la juridiction compétente ait statué.

Lorsque la décision en dernier ressort est celle de la juridiction administrative, vous rendez une ordonnance conforme à la décision de cette instance.

Me MARGANNE. - Il faut combiner, pour éviter cet écueil, les dispositions de la loi de 1985 avec le CAG article 49 qui prévoit immédiatement, en cas de défaillance de l'entreprise sans dépôt de bilan, sans cessation de paiement, de faire une mise en demeure et on fait passer les travaux en régie, en dépense contrôlée.

M. IMBERT. - C'est avant cela.

Me MARGANNE. - Non, quelle que soit la défaillance de l'entreprise.

Lorsqu'elle ne correspond pas à ses objectifs de délai de prix et d'avancement, on fait la mise en régie tout de suite. C'est l'article 49 du CAG.

Me PERICAUD. – Il y a une hypothèse qui est celle où, dans la situation que vous invoquez à savoir les pénalités de retard dues à un surcoût des travaux, il reste dû par le Maître d'ouvrage à l'entreprise défaillante un solde de marché.

Dans ce cas, la jurisprudence est formelle, il y a possibilité de compensation puisque l'on admet qu'il s'agit de créances et de dettes connexes. La seule question discutée était de savoir s'il fallait ou non, dans cette hypothèse, déclarer la créance. La réponse est affirmative, il faut déclarer la créance, c'est l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris que j'ai cité et l'arrêt plus récent en 2003 de la 3^{ème} Chambre Civile.

S'il y a un solde de travaux dû à l'entreprise, le Maître d'ouvrage, dans ce cas, pourra espérer, par compensation et à due concurrence, récupérer tout ou partie de sa créance pour surplus de travaux aux pénalités de retard.

La deuxième hypothèse est de savoir si, après désignation de résiliation du marché de l'entreprise défaillante, alors qu'il fait reprendre le chantier par une autre entreprise, il y a surcoût de travaux.

Ce surcoût de travaux constitue une créance de dommages et intérêts mais est-elle prioritaire ou chirographaire ?

Or, le Tribunal administratif a répondu, sous la réserve de ce qu'a dit mon confrère, qu'il s'agissait d'une créance chirographaire.

Je pense que devant les tribunaux judiciaires la même décision serait prise sauf dans une hypothèse, qui est un cas d'école, où l'on pourrait reprocher aux organes de redressement judiciaire d'avoir résilié abusivement le marché.

A ce moment, ce serait plus une créance contre l'entreprise, nécessairement chirographaire, comme étant due à une situation, quelle que soit la date de résiliation du marché, antérieure au dépôt de bilan. On résilie le marché par suite d'une situation qui est antérieure au dépôt de bilan. Cela deviendrait un cas de responsabilité quasi délictuelle contre les organes de redressement judiciaire et ce ne serait plus comme débiteur de l'entreprise mais ce serait, à condition de le prouver, la responsabilité du mandataire judiciaire, ce qui est loin d'être acquis.

Ma réponse à votre question est que, pour moi, la créance de dommages et intérêts résultant d'une résiliation, hormis ces précisions, n'est pas une créance prioritaire ancien article 40 mais une créance chirographaire article 50, sous réserve de ce qu'a dit Me MARGANNE concernant le CAG. Mais, je ne vois pas comment on pourrait la mettre en œuvre une fois le redressement ou la liquidation judiciaire proposée. En amont, oui, mais après je ne le vois pas.

Me MARGANNE. - C'est le télescopage de deux textes applicables que sont la loi de 1985 et le CAG. La personne responsable du marché peut constater la défaillance de l'entrepreneur, le mettre en demeure de reprendre les travaux forçant la décision que proposera l'administrateur judiciaire au Juge Commissaire et le texte du CAG prévoit que les excédents concernant les dépenses pour la reprise du marché sont à la charge de l'entrepreneur.

Me PERICAUD. - Cela veut dire que c'est une créance chirographaire ?

Me MARGANNE. - Non.

Me PERICAUD. - Si c'est une créance chirographaire, cela signifie que si le redressement judiciaire tourne mal et devient une liquidation judiciaire le créancier aura de beaux dommages et intérêts à réclamer mais, même avec le CAG, sa créance sera une créance payable en "monnaie de singe".

Me MEILLE. - Je ne suis absolument pas d'accord avec vous Maître PERICAUD, le texte est précis. Dès lors qu'un administrateur poursuit abusivement un marché, bien sûr, on peut engager sa responsabilité mais le texte ne permet pas de soutenir que l'administrateur a résilié abusivement.

Dès lors qu'il résilie, le texte est formel, tous dommages et intérêts qui résultent de la non poursuite de l'activité donnent lieu à des dommages et intérêts à déclarer au passif.

Heureusement, parce que si vous entendiez démontrer que je pouvais aller au terme du contrat que je n'aurais pas dû résilier sans faire courir le moindre risque à qui que ce soit, je vous attends le pied ferme.

Me PERICAUD. - Je crois que vous avez raison.

M. LE PRESIDENT. - Une précision me paraît devoir s'imposer. Lorsqu'il y a eu relation et qu'une autre entreprise accepte de reprendre le marché, elle pourra difficilement accepter l'existant car elle risquerait d'engager, vis-à-vis de ses assureurs, sa propre responsabilité.

Souvent, il faut tout reprendre et tout refaire, donc, on va vers des coûts excessifs. Il est difficile pour une entreprise d'accepter les yeux fermés ce qui a été réalisé et ceci est vrai, me semble-t-il, aussi bien pour le gros oeuvre que pour le second oeuvre.

M. ROMERO. - L'expérience, lorsqu'il y a un plan de cession qui porte sur des marchés de travaux qui sont repris, montre que les conditions imposées au repreneur dans les négociations sont l'achèvement des ouvrages, réception incluse, avec la levée des réserves.

Le repreneur, dans ses négociations, se voit imposer par l'administrateur Juge Commissaire et le Tribunal une situation claire, il doit livrer l'ouvrage réserves levées quelles qu'aient été les malfaçons antérieures.

C'est à lui, après, à analyser son risque et à fixer son prix en fonction de ce risque.

Concernant les assurances décennales, le problème est relativement classique en ce sens que les travaux qui avaient été exécutés par l'entreprise défaillante relèvent de la police d'assurance décennale et les travaux exécutés par la nouvelle entreprise relèvent de sa propre police, exception faite des cas où il y avait une police unique de chantier. En cas de sinistre, ce sont les compagnies d'assurance qui définissent entre elles, par un expert judiciaire, ce qui revient à l'une et à l'autre.

Me Elisabeth MANCIER-LHEURE. - Il est difficile de connaître les problèmes de fondations, de sol etc..., à quel niveau cela se situe.

M. CAUSSE-GIOVANCARLI. - On y arrive mais c'est effectivement très difficile. J'ai actuellement le cas de trois chantiers où des entreprises se sont succédées les unes après les autres, où l'on ne sait pas toujours qui a fait quoi, mais on essaie quand même d'arriver à nos fins.

Une dernière question, Monsieur le Président, nous a été posée par Maître MANCIER-LHEURE, qui est celle-ci :

"Quel est l'impact de la garantie de paiement prévue à l'article 1799-1 du Code Civil, lors des procédures amiables en cours confiées au Juge Commissaire ?

Celui-ci vérifie-t-il sa fourniture, cette garantie peut-elle devenir un élément de négociation entre le Maître d'ouvrage et l'entrepreneur pour reprendre le chantier ou ne pas l'abandonner ?

Est-ce un critère dans la décision de poursuivre ou non un contrat, malgré l'article 1799-3 qui impose la fourniture de cette garantie et qui n'est en réalité pas toujours procurée ?"

M. ROMERO. - Le défaut de garantie est un élément de négociation au moment de l'administration judiciaire.

Me MANCIER-LHEURE. - Est-ce un élément de discussion ?

Sur le terrain, est-ce que l'administrateur voit le Juge Commissaire ?

M. ROMERO. - Imaginons que l'administrateur utilise cet argument vis-à-vis du Maître d'ouvrage pour dire : la poursuite peut se faire à condition que les prix soient revus et que vous fournissiez la garantie.

Si les prix sont bons et si le client paye la garantie, ce n'est pas un élément évident, cela fait partie d'un ensemble.

Si le Maître d'ouvrage ne la fournit pas ou ne peut pas la fournir, l'administrateur doit suspendre les travaux au bout de 15 jours, si on va au bout de la logique.

Mais s'il suspend les travaux, il se retrouve avec du personnel sur le chantier, des fournisseurs qui demandent à être payés et aucune production en face, aucune recette.

C'est l'exemple du piéton qui traverse au feu vert en se faisant écraser avec le droit pour lui.

Il y a un risque économique majeur de suspendre les travaux dans ce cas-là.

C'est un élément de discussion en sachant qu'il y a une faiblesse derrière qui est qu'exiger sous peine de mettre en oeuvre la suspension des travaux conduit à une hémorragie de dépenses sans recettes, puisque plus de production.

Après, il faut apprécier si ce moyen de pression est suffisant ou pas.

Me MANCIER-LHEURE. - Cela va dans le sens que l'on évoquait ce matin, c'est-à-dire que les entreprises n'osent pas l'exiger mais c'est un conseil que l'on peut donner.

M. ROMERO. - Pourquoi le législateur a-t-il mis en place un système de garantie de paiement dans la loi de 1975 pour les sous-traitants et pourquoi n'a-t-il pas mis en place un système équivalent dans la garantie de paiement de l'entrepreneur principal ?

Auquel cas, la menace de la nullité du contrat est un élément autrement plus puissant que la menace de suspension des travaux.

Une intervenante. - Si l'on peut dire qu'il faut imposer au Maître d'ouvrage de fournir aux entreprises des garanties de paiement de la même nature que celles qui sont imposées pour les sous-traitants, dans l'autre sens il faut imposer aux entreprises de donner des garanties de bonne fin de travaux.

On a parlé de contrat en cours et de la décision de l'administrateur de poursuivre ou non les contrats en cours, encore faut-il que les contrats soient encore en cours d'exécution.

Une expérience prouve que, lorsque les entreprises déposent le bilan et que l'on a les ouvertures de procédure judiciaire, la plupart du temps on a corrélativement l'abandon de chantier.

Cet administrateur dispose d'un délai pour se prononcer sur la poursuite du contrat, encore faut-il que le contrat soit en cours et, très souvent, ce n'est plus le cas.

C'est ce qui justifie que les Maîtres d'ouvrage peuvent résilier les contrats non pas au motif du règlement judiciaire, ce qui est interdit, mais en raison de l'inexécution par l'entreprise de ses obligations.

Me MEILLE. - Ce que vous dites est exact mais c'est ce qui fait douter parfois de la possibilité pour l'administrateur de poursuite d'activité.

Poursuite d'activité veut dire poursuite des contrats. Si le contrat est vraiment en cours, il y a le risque que l'administrateur prenne la décision de poursuivre le chantier inconsidérément et il ne fournit pas la garantie de bonne fin dont vous parliez.

Malheureusement pour lui, ce qui risque d'être la garantie de bonne fin, c'est l'engagement de ses responsabilités et la caisse de garantie qui serait amenée à jouer.

Il n'y a pas de garantie de bonne fin, c'est vrai. C'est ce qui explique que le Maître d'ouvrage, au lieu de résilier pour abandon de chantier, met en demeure l'administrateur. Je crois pouvoir vous rassurer, si le chantier a déjà été abandonné, si le personnel n'y est plus, jamais l'administrateur n'en demandera la continuation.

Pour qu'il y ait demande de continuation, il faut que les éléments soient là pour que le chantier puisse continuer d'être exécuté.

J'irai jusqu'à dire que le risque du Maître d'ouvrage est limité parce que, même si cela ne va pas jusqu'au bout pour d'autres raisons, parce que la période d'observation ne se poursuit pas suffisamment longtemps etc..., l'administrateur et le Maître d'ouvrage s'en expliquent. Le Maître d'ouvrage

préfèrera quand même qu'il y ait une poursuite dans l'espoir de ne pas avoir à repasser le contrat avec quelqu'un d'autre avec un surcoût.

L'intervenante. – Non, l'expérience prouve que le Maître d'ouvrage n'a pas d'autres raisons.

Je n'ai jamais vu d'entreprise en redressement capable d'assumer les obligations jusqu'au bout. Le résultat est que l'on arrive à une situation d'abandon de chantier qui est déjà plus ou moins consommée, qui est caractérisée trois mois plus tard, dont le Maître d'ouvrage supporte le surcoût.

Les Maîtres d'ouvrage professionnels savent que, lorsqu'une entreprise a déposé le bilan, ils n'ont plus qu'à intégrer dans leurs comptes la reprise du chantier par une autre entreprise.

Me MEILLE. - Si j'allais au bout de votre raisonnement, cela signifierait qu'aucun administrateur ne continue jamais un contrat. Cela voudrait dire qu'il faut résilier systématiquement tous les contrats dès lors qu'il y a dépôt de bilan. C'est ce que vous dites.

Et si l'administrateur ne le fait pas, vous le faites quand même quitte à risquer de vous voir reprocher de ne pas avoir respecté les textes.

L'intervenante. – Lorsque vous faites une mise en demeure à l'administrateur de poursuivre le contrat, donc de poursuivre l'exécution des travaux, vous n'avez jamais de réponse.

Me MEILLE. - Non, même s'il n'y a pas de réponse vous ne pouvez pas dire cela.

Si vous mettez en demeure l'administrateur de poursuivre et s'il ne répond pas, c'est résilié au bout d'un mois de plein droit.

L'intervenante. - Un mois, c'est énorme sur la durée de vie d'un chantier. Je pense que la loi donne un mois à l'administrateur pour prendre position mais ne l'autorise pas à suspendre l'exécution du contrat.

Que l'administrateur prenne un mois, soit, mais pendant ce mois il doit poursuivre l'exécution sinon il n'est pas en droit de demander le maintien.

Me MEILLE. – Je suis d'accord, cela signifie que si, au moment où vous faites la mise en demeure, l'administrateur ne poursuit pas pendant cette période, c'est qu'il sait d'avance qu'il ne poursuivra pas et je vous rejoins totalement.

Cela veut dire qu'il sera illusoire d'imaginer que, dans le délai de 15 jours/3 semaines, il décide de poursuivre si le contrat n'est plus en cours.

Je partage totalement votre sentiment, cela nous arrive régulièrement.

Cela m'est arrivé avec un expert qui m'assistait. On s'est aperçu que certains contrats ne pouvaient pas être poursuivis ; nous l'avons dit et le personnel se "croisait les bras" sur le chantier. Donc, on n'allait pas continuer. Mais ce n'est pas toujours le cas ; nous avons eu des affaires dans lesquelles les contrats ont pu se poursuivre et c'est ce qui a permis un redressement sous forme de cession ou de continuation.

Si cela n'existait pas en pratique, il n'y aurait que des liquidations.

Me MARGANNE. - On n'a pas réglé le problème juridique du télescopage de deux droits qui sont le droit de la faillite et la loi contractuelle.

Aujourd'hui, même s'il y a cessation d'activité d'une entreprise sur un chantier et que l'on attend la décision de l'administrateur de poursuivre le contrat, rien n'interdit à un Maître d'ouvrage ou à un donneur d'ordre de prononcer une résiliation pour faute, pour abandon de chantier.

Il faut que se soit dit.

Deuxièmement, l'approche économique est importante car la désignation d'un expert concernant la poursuite des contrats n'est pas imminente sur la poursuite de l'activité de l'entreprise. C'est pour cela que je suis contre l'esprit de conciliation évoqué ce matin, il y a des intérêts totalement antagonistes.

Vous avez d'une part la poursuite de l'activité de l'entreprise pour les intérêts de l'entreprise et, d'autre part, la poursuite du chantier pour les intérêts du Maître d'ouvrage.

Ces intérêts sont antagonistes dans la mesure où le Maître d'ouvrage, indépendamment des intérêts de l'entreprise est incapable d'appréhender l'historique et les dommages collatéraux provoqués sur un chantier avec les co-contractants et les dérapages.

C'est pourquoi je dis que l'approche économique appartient au Maître d'ouvrage et que le Maître d'ouvrage prend ses responsabilités parce qu'il sait qu'il préfère être exposé à une éventuelle demande de dommages et intérêts, que de prendre une décision qui obérerait ses comptes et serait catastrophique sur les dommages collatéraux poursuivis sur le chantier avec les autres corps d'Etat qui suivent.

Me MEILLE. - Je ne pense pas qu'il existe un problème qui ne soit pas soluble, il n'y a pas télescopage des textes car, sans que le Maître d'ouvrage prenne de risques, il peut résilier et notifier une résiliation dès lors qu'il y a eu des causes antérieures concomitantes, c'est-à-dire abandon du chantier, mais il n'y a pas télescopage.

En revanche, ce qui n'est pas possible, c'est de faire échec aux dispositions de l'article 37 et de décider de résilier le marché uniquement du fait de raisons judiciaires alors même qu'il serait poursuivi et que les travaux seraient exécutés.

Donc, il n'y a pas vraiment télescopage.

Je vous rejoins, Madame, j'ai compris votre souci parce que je comprends aussi le souci des co-contractants. Il faut être dans le concret. S'il apparaît qu'il y a des chances de pouvoir poursuivre, c'est là où l'administrateur, autant que votre client, pèsera les risques à demander la poursuite.

S'il demande la poursuite, il vous empêchera de résilier et pourra vous poser un préjudice.

Si, en revanche, le chantier a été abandonné avant, vous m'adressez une lettre dans laquelle vous me dites que vous constatez l'abandon et que vous résiliez. Je n'irai pas vous demander des dommages et intérêts parce que je n'aurais jamais eu l'intention de poursuivre.

Il n'y a pas de véritable problème de droit. Du moins les textes sont tellement complexes que l'on pourrait réfléchir. Ce sont des hypothèses d'école, mais les personnes de bonne foi peuvent régler ces problèmes relativement rapidement.

La seule petite difficulté est lorsque le chantier n'est pas encore abandonné, qu'il continue d'être exécuté mais que l'administrateur a un doute sur son évolution positive. A terme, il pourra peut-être vous demander du temps pour se prononcer. Il pourra hésiter car il n'est pas évident qu'il sache s'il peut poursuivre ou non en 48 heures.

L'intervenante. - Pour un Maître d'ouvrage, tant que l'entreprise poursuit les travaux et avance le chantier le fait que l'administrateur prenne un mois n'est pas un problème, la difficulté provient du fait de ne pas se retrouver avec un chantier bloqué alors que les délais courent à l'égard de tout le monde et qu'il y a des engagements à l'égard d'autres entreprises etc...

Me MEILLE. - Vous avez raison.

Un intervenant. - Je suis architecte expert. Les choix des Maîtres d'ouvrage s'orientent souvent vers le choix de l'entreprise générale avec pour argument essentiel de minimiser les risques de retard de chantier en cas de faillite d'entreprise.

J'aimerais que l'on dise quelle est la différence essentielle de point de vue de l'entreprise qui est en faillite selon qu'elle a pour donneur d'ordre un Maître d'ouvrage public ou privé ou une autre entreprise dont elle est sous-traitante.

Qu'est-ce qui fait qu'une entreprise qui embauche une entreprise sous-traitante a plus de pouvoir pour faire aller les choses plus vite ?

M. ROMERO. - J'ai entendu votre question mais je ne l'ai pas bien comprise.

L'intervenante. - Pourquoi les Maîtres d'ouvrage prennent-ils argument de contracter avec des entreprises générales plutôt qu'avec plusieurs entreprises et quel était l'intérêt pour le Maître d'ouvrage en cas de dépôt de bilan d'une entreprise intervenant sur le chantier ?

Lorsque le Maître d'ouvrage a une entreprise générale en face de lui et qu'une entreprise secondaire dépose le bilan et n'est plus à même de faire face à ses engagements, l'intervenant sur le chantier, qui supportera le risque de ce dépôt de bilan, est l'entreprise générale alors que, lorsque l'on est séparé, c'est le Maître d'ouvrage qui doit supporter la conséquence de cette défaillance et doit réorganiser le chantier.

L'intervenant. - Est-ce que l'entreprise générale a plus de moyens, pour ne pas perdre de temps sur le chantier, que le Maître d'ouvrage ?

L'intervenante. - Elle y a intérêt et s'il y a un souci, elle sera garante du Maître d'ouvrage. Cela veut dire que le Maître d'ouvrage aura quelqu'un à qui appliquer des pénalités de retard.

Me MEILLE. - Cela peut provoquer des dépôts de bilan en cascade.

M. ROMERO. - Généralement, les Maîtres d'ouvrage hésitent souvent entre passer un marché en lots séparés, ou traiter avec une entreprise générale et c'est l'entreprise générale qui prend ce type de risque.

La différence est souvent, d'une part, le souhait du Maître d'ouvrage, s'il est techniquement équipé, de gérer lui-même tous les lots, ce qui lui donne peut-être plus de facilité d'adaptation et d'aménagement de son chantier, et, d'autre part, les lots séparés sont souvent perçus par un Maître d'ouvrage comme un moyen de faire une économie parce que si l'entreprise générale prend des sous-traitants elle essaiera, si elle le peut, de couvrir financièrement le risque qu'elle estime sur le coût des travaux sous-traités.

Donc, le Maître d'ouvrage va souvent vers une solution de lots séparés lorsqu'il veut une meilleure maîtrise directe des lots et en même temps minimiser son bilan d'entrée dans l'opération.

Me MEILLE. - Ce n'est pas une raison qui est motivée par ce qui se produirait en cas de dépôt de bilan ?

M. ROMERO. - S'il prend une entreprise générale, c'est pour écrêter ce risque et l'entreprise générale essaiera d'obtenir, dans le prix global, une couverture de ce risque.

Me PERICAUD. - C'est ce que l'on disait en faisant la distinction entre les groupements d'entreprises solidaires ou non.

M. CAMPAGNE. - En tant que technicien, je n'ai pas entendu un nom, c'est celui de Maître d'oeuvre.

C'est un personnage clef sur un chantier, c'est lui qui signe et c'est lui qui a un avis sur les sous-traitants, sur l'entreprise générale, et ni le commissaire, ni l'administrateur n'ont l'air de faire appel à ses services.

Je voudrais en connaître la raison.

Me MEILLE. - La raison est le thème qui nous a été imposé. J'avais cru comprendre que l'on ne parlait que de dépôt de bilan d'un Maître d'ouvrage, d'une entreprise, d'un entrepreneur, souvent c'est le Maître d'ouvrage qui peut se trouver en dépôt de bilan sinon ce sont des sous-traitants. Je n'ai pas bien compris la question.

M. CAMPAGNE. - Je parle du Maître d'œuvre, du bureau d'études.

Me MEILLE. - Lorsqu'il y en a un.

M. CAMPAGNE. - C'est quand même lui qui détient la mémoire du chantier, il a toutes les pièces.

Tout à l'heure un expert vous a posé la question suivante : comment se fait-il que les pièces n'arrivent pas jusqu'aux experts ?

Il suffit peut-être de les demander à l'architecte ou au bureau d'études qui, lui, les détient puisque c'est lui qui en a fait une bonne partie, c'est lui qui établit le descriptif.

C'est lui qui supervise les estimatifs, c'est lui qui signe les situations et c'est surtout lui qui peut donner un avis pour la sauvegarde de l'entreprise puis qu'il est sur le chantier. Son nom n'a pas été prononcé.

Me MARGANNE. - Il est responsable de l'entreprise qu'il choisit.

M. ROMERO. – Nous avons posé le thème de notre sujet dans la responsabilité financière et la prise de décision. Il est certain que la responsabilité financière est chez le Maître d'ouvrage et pas chez le Maître d'oeuvre et que la prise de décision est chez le Maître d'ouvrage et pas chez le Maître d'œuvre, mais le Maître d'oeuvre intervient comme le conseil du Maître d'ouvrage.

M. CAMPAGNE. - C'est cela, mais son nom n'a pas été prononcé.

Me PERICAUD. – Je puis vous rassurer, je suis d'accord avec votre intervention. Les Maîtres d'ouvrage - et je suis sûr qu'il est de même pour le juge commissaire et l'administrateur judiciaire - souhaiteraient le plus souvent possible pouvoir compter, en cas de dépôt de bilan d'une entreprise, sur le concours de la maîtrise d'oeuvre, du bureau d'études techniques, par conséquent si vous êtes volontaire cela prouve que vous êtes un excellent bureau d'études ou Maître d'oeuvre et nous aurons besoin de vous.

Une intervenante. - Nous avons parlé tout à l'heure des travaux se traitant en lots séparés ou en entreprise générale. Il est vrai que sur un chantier, lorsqu'un lot séparé a des difficultés ou dépose son bilan cela provoque des ennuis, mais lorsque c'est le cas de l'entreprise générale qui, sauf erreur, n'est pas exonérée d'avoir des ennuis, là c'est une vraie catastrophe.

Je suis entrepreneur et souvent en lots séparés.

◆ CLOTURE DES ASSISES

Par Monsieur JACOMET, Président de "Justice Construction".

M. LE PRESIDENT. – L'heure est suffisamment avancée pour que nous essayions de clôturer cette journée.

Je n'ai pas l'intention de faire une synthèse des débats, importants et animés, que nous avons eus aujourd'hui.

Le thème de ce colloque était relativement nouveau car il est rare d'avoir des colloques organisés par les spécialistes des procédures collectives ou ceux plus spécialistes des travaux de construction. Madame le Professeur SAINT-ALARY le disait, ceci tient sans doute à ce que chacun s'attend à ce que la question soit traitée par l'autre.

L'association Justice Construction, dont c'est le rôle, a tenté d'esquisser ce débat et est consciente qu'elle a demandé aux intervenants, pour la plupart, peut-être à l'exception de M. ROMERO qui a la double casquette de spécialiste du bâtiment et de spécialiste des procédures collectives, de sortir un peu de la sphère de compétence qui est la leur pour essayer de faire la jonction entre les deux problèmes que sont les procédures collectives et la poursuite d'un chantier de construction.

Il va de soi que nous n'avons pas traité l'intégralité des sujets, nous n'avons pas évoqué la défaillance du Maître d'ouvrage, nous aurions pu nous attacher plus longuement aux causes mêmes des défaillances.

Nous avons aussi peu parlé des défaillances des Maîtres d'oeuvre.

Quelques dernières observations pour conclure :

L'échec d'un chantier est bien souvent la conséquence de deux causes majeures : le déficit de loyauté à chaque phase de la conception et de la réalisation de l'opération de construction, l'insuffisante marge de l'entreprise

L'irruption d'une procédure collective est un drame pour tous, par les procédures en chaîne et la cascade des défaillances qui en résultent.

La décision de poursuivre ou non un contrat et le chantier, en raison des responsabilités propres du maître d'ouvrage et de l'administrateur judiciaire, est une décision délicate à prendre.

Il paraît éminemment dangereux que le maître d'ouvrage s'affranchisse, comme cela a été évoqué, des règles d'ordre public régissant les procédures collectives.

Un pessimisme excessif doit être évité. Une négociation dans le cadre de la procédure collective est parfois possible. Surtout des dispositifs de prévention peuvent être mis en place. En effet, une procédure collective ne surgit pas subitement et divers indices, dans le cadre de l'exécution du chantier révèlent la difficulté d'une entreprise de faire face à ses obligations contractuelles et les risques de défaillance. Une vigilance accrue de tous s'impose donc.

Le thème traité convainc encore de l'approche moderne du droit de la construction qui doit prendre en compte les aspects les plus divers, y compris ceux liés aux procédures collectives.

Je terminerai en remerciant d'une part le public qui a été très patient durant cette journée et a manifesté par son assiduité l'intérêt pour nos débats, d'autre part les intervenants pour l'effort qu'ils ont fait pour participer à l'intégralité de nos travaux.

Je vous remercie tous de nous avoir aidés à mieux comprendre les problèmes extrêmement difficiles auxquels sont confrontés tous les acteurs de la construction sans oublier ceux du contentieux judiciaire.

Je vous remercie et je lève la séance.

(Applaudissements)

La séance est levée à 17 h 50.

Ont notamment participé à la préparation du Colloque :

- Administrateurs de biens
- Architectes
- Assureurs
- Avocats
- Contrôleurs techniques
- Coordonnateurs
- Entrepreneurs
- Experts judiciaires
- Experts d'assurance
- Industriels
- Ingénieurs
- Ingénieurs Conseils
- Juristes d'entreprise
- Magistrats consulaires
de l'Ordre judiciaire et de l'Ordre administratif
- Notaires
- Organisations professionnelles
- Professeurs des Facultés de Droit
- Promoteurs
- Responsables de B.E.T.
- Syndics de copropriété
- Universitaires

et plus particulièrement... T.S.V.P. →

Monsieur Jacques ALLEMAND
Madame Yvette AMIOT-THAN-TRONG
Monsieur Gérard CASTEGNARO
Monsieur Gérard CAUSSE-GIOVANCARLI
Monsieur François De BECHILLON-BORAUD
Maître Claude De LAPPARENT
Monsieur Jean DELHAYE
Monsieur François FOURNIE
Monsieur Yves IMBERT
Monsieur Fabrice JACOMET
Monsieur Guy LABADIE
Monsieur Jean Le METAYER
Monsieur Yann Le MOULLEC
Monsieur Jean-Pierre LOISELET
Maître Elisabeth MANCIER-LHEURE
Maître Hugues MARGANNE
Monsieur François PARION
Monsieur Pierre-Claude PARLEBAS
Maître Jean-François PERICAUD
Monsieur Charles RAMBERT
Monsieur Jean-Claude RIGUET
Monsieur Valdo ROULET
Maître Michel VAUTHIER