

**COMMUNICATION A LA FONDATION POUR LE DROIT
CONTINENTAL- AMBASSADE DE FRANCE- BERLIN - 24
NOVEMBRE 2016**

**LES PROCEDURES DE PREVENTION DES DIFFICULTES
DES ENTREPRISES**

*Corinne Saint-Alary-Houin, professeur à l'Université Toulouse
Capitole, Codirectrice du Centre de Droit des Affaires*

1- Les procédures de prévention sont apparues en droit français avec la loi du 1er mars 1984 intitulée " loi sur la prévention et le règlement amiable des difficultés des entreprises". C'était à l'époque une démarche tout à fait originale qui partait d'une double observation: les défaillances d'entreprises sont dues principalement, d'une part, "à leur vulnérabilité financière liée à leur sous-capitalisation et à l'insuffisance des fonds propres" et, d'autre part, "ces défaillances sont généralement prévisibles et pourraient être évitées à temps par un contrôle de gestion plus rigoureux¹". Le législateur en a déduit qu'il convenait de mettre en place des procédés permettant **d'anticiper les difficultés** des entreprises, de les détecter avant la cessation des paiements, et d'y apporter des solutions amiables en dehors de l'ouverture d'une procédure judiciaire et collective. En somme, il en

¹ Exposé des motifs du projet de loi, n°1398, Débats Ass.nat, 6 avr.1983.V. F.Macorig-Venier, L'anticipation des difficultés de l'entreprise, modernité du droit français et approche comparatiste, in "qu'en est-il du code de commerce 200 ans après ? État des lieux et projections, "Trav. de l'IFR, LGDJ 2007, p.339.

est des difficultés des entreprises comme de la vie quotidienne: il faut savoir anticiper, "il vaut mieux prévenir que guérir", comme le dit la sagesse populaire!

2- Cette politique de la prévention, voire le développement d'une véritable "culture de la prévention", ne s'est jamais démentie depuis. Ces procédés de prévention ont été affinés au fil des textes -qui se succèdent à une forte cadence en France- loi du 10 juin 1994 "relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises", loi du 26 juillet 2005 sur la sauvegarde des entreprises et les ordonnances du 18 décembre 2008, portant réforme du droit des entreprises en difficulté et du 12 mars 2014 relative à la prévention des difficultés et aux procédures collectives. Des textes plus généraux comportent aussi des dispositions affinant le dispositif de prévention: loi Macron du 6 août 2015 et loi du 18 novembre 2016, "Justice pour le XXI ième siècle". Le fil conducteur de ces réformes est toujours le même : il faut améliorer les procédés d'anticipation des difficultés des entreprises car c'est dans un cadre amiable que les chances de les redresser sont les plus grandes. Une fois la cessation des paiements avérée, l'ouverture d'une procédure judiciaire ruinera, en effet, le crédit de l'entreprise et rendra très délicat son sauvetage. Cela explique que tout le titre II du livre VI du code de commerce soit consacré à "la prévention, au mandat ad hoc et à la conciliation". Ce mouvement où la France a une position avant-gardiste est encouragée par la Commission européenne dans sa recommandation du 24 mars 2014 et tout récemment par

l'avant-projet de directive du 22 novembre 2016 du Parlement et du Conseil ²proposant la mise en place de techniques de restructuration en dehors d'un cadre judiciaire.

3- Au résultat de cette évolution de plus de trente ans, la prévention a deux visages: elle vise à identifier les indices de défaillance, le plus en amont possible de la cessation des paiements: c'est la "prévention-détection" et à résoudre, à l'amiable, par des négociations consensuelles, les risques de rupture dans la continuité de l'exploitation qui s'annoncent: c'est "la prévention-traitement".

.

4-Pour répondre **au premier mouvement** de détection précoce des signes de défaillance, la loi du 1er mars 1984 et les textes postérieurs ont accentué les obligations comptables des sociétés commerciales en leur imposant, à côté des comptes traditionnels, bilan, compte de résultat et annexe, de dresser des **comptes prévisionnels**- compte de résultat prévisionnel, plan de financement prévisionnel- et de **déposer leurs comptes sociaux** au greffe du tribunal,³ -sous peine de sanction pénale et d'injonction par le président du tribunal d'y procéder sous astreinte - afin d' identifier leur fragilité financière, le non-dépôt des

² Directive 2016/0359 (COD) of the european parliament and of the council on preventive restructuring frame works, secon chance and measures to increase the efficiency of restructuring, insolvency and discharge procédures and amending Directive 2012/30/EU.

³ A l'exception des micro-entreprises définies par l'article L.123-16-1 du code de commerce ne dépassant pas deux des trois seuils suivants: 8 Millions d'euros de chiffre d'affaire,4 millions d'euros de total du bilan et 50 salariés..

comptes dissimulant souvent l'absence de toute comptabilité⁴. Ce dépôt des comptes permet aux greffes des tribunaux de commerce d'identifier les pertes comptables ou la fragilité des entreprises se manifestant par le report de la réunion de l'assemblée générale, des inscriptions de privilèges, des protêts pour défaut de paiement...

5- Ont aussi été instituées des procédures d'alerte, des sortes de "clignotants" afin que la direction prenne les mesures de redressement qui s'imposent. L'alerte peut être déclenchée par le commissaire aux comptes s'il constate des "faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation"⁵ ou par le comité d'entreprise si certains faits lui paraissent "affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise"⁶ ou encore par les associés d'une SA ou d'une SARL qui peuvent poser des questions écrites à la direction s'ils identifient des indices de difficulté⁷. Dans ces trois cas, c'est un dispositif d'alerte interne à l'entreprise qui a été imaginé.

5- Mais à côté de celui-ci, le droit français permet au président du tribunal de commerce de convoquer les dirigeants d'une société

⁴ Le dépôt des comptes peut être ordonné par injonction du président du tribunal, sous astreinte, à la demande de tout intéressé ou à l'initiative du président: art. L.611-2 C.com.. Certains présidents sont réticents à adresser une injonction et la Conférence des tribunaux de commerce leur rappelle cette faculté de prévention: V. C.Delattre, La Conférence générale des juges consulaires de France adresse "une injonction de faire" aux présidents qui n'ont pas recours au dépôt des comptes sous astreinte, Rev.proc.coll. sep-oct.2016, Etudes, n°16, p.15. Le non dépôt des comptes se constate dans 2/3 des entreprises en liquidation judiciaire.

⁵ L.612-1 . C.com..

⁶ L.2323-78 du code du travail.

⁷ L.222-36 et L.225-231, C.com.

commerciale ou d'une entreprise individuelle, commerciale ou artisanale s'il constate à partir d'un " acte, document ou procédure que l' entreprise connaît des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation"⁸. L'objet de cette convocation -alerte externe- est de leur demander des explications afin qu'ils réagissent et adoptent des mesures d'assainissement. Cette audition n'est cependant pas contraignante ni assortie de sanctions. Elle est très utilisée en pratique et le tribunal de commerce veille à la bonne santé des entreprises. Il joue un rôle essentiel puisque, en 2015, le seul Tribunal de commerce de Paris a procédé à 8000 convocations. Ce dispositif de "**prévention-détection**" se révèle très efficace car il oblige le chef d'entreprise à prendre conscience des difficultés qu'il rencontre et de la nécessité de réagir. Progressivement, s'impose l'idée qu'un chef d'entreprise responsable doit y recourir. Il n'en sera pas plus amplement traité, faute de temps, afin de concentrer le propos sur l'autre aspect de la prévention , celle qui a pour but de trouver des solutions amiables, non judiciaires, aux difficultés de l'entreprise.

6- Le second mouvement de la prévention, "la **prévention-traitement**", initiée par la loi du 1er mars 1984, a pour objet d'instituer un "règlement amiable des difficultés" d'une entreprise qui n'est pas encore en état de cessation des paiements.

⁸ Art. L.611-2, C.com. La même prérogative est reconnue au président du tribunal de grande instance pour les travailleurs indépendants exerçant une activité civile ou pour les associations et sociétés à objet civil.

Spontanément, depuis la moitié du vingtième siècle, les présidents de tribunaux de commerce ont pris l'habitude de désigner un mandataire pour résoudre les difficultés financières ou juridiques que peuvent rencontrer les entreprises et particulièrement les sociétés commerciales. C'est ce que nous appelons "**le mandat ad hoc**". Cette pratique prétorienne a été entérinée par le législateur dans un article unique: l'article L.611-3 du code de commerce.

Est aussi réglementée une procédure plus élaborée, d'abord de règlement amiable des difficultés, puis de conciliation, dont l'objet est, par la désignation judiciaire d'un conciliateur, de **favoriser la conclusion d'un accord amiable entre le débiteur et ses principaux créanciers** enfin qu'il puisse réorganiser son entreprise en obtenant des délais de paiement ou des remises de dettes, c'est-à-dire des mesures d'allègement du passif. .

7- Il en résulte que le débiteur a la faculté de saisir le président du tribunal de commerce ou de grande instance pour que soit désigné un **mandataire ad hoc ou un conciliateur** chargés d'inciter le débiteur et ses créanciers à négocier un accord de conciliation . Selon l'article L.611-3, le président du tribunal, peut à la demande d'un débiteur, désigner un mandataire ad hoc dont il détermine la mission et selon les articles L.611-4 à L.611-12, "il est institué une procédure de conciliation pour des entreprises ne se trouvant pas en état de cessation des paiements depuis plus de 45 jours, visant à la conclusion

d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise". Une procédure analogue existe dans le domaine agricole sous le nom de "**règlement amiable agricole**".

8-Seules ces procédures seront abordées mais il ne faut pas perdre de vue que le droit français a créé en 2005 une **procédure de sauvegarde** qui est également une procédure de prévention dans la mesure où l'entreprise concernée ne se trouve pas en état de cessation des paiements. Cependant, la sauvegarde suppose l'ouverture d'une procédure judiciaire par le tribunal de commerce ou le tribunal de grande instance et présente tous les caractères d'une procédure collective : arrêt des poursuites individuelles, interdiction des paiements, arrêt du cours des intérêts des créances et des inscriptions de sûretés ou de droits réels, limitation des pouvoirs des dirigeants... La procédure de sauvegarde a un caractère contraignant qui contraste avec le caractère contractuel des procédures de prévention stricto sensu.

9- C'est pourquoi cette présentation se limitera à la prévention des difficultés par le mandat ad hoc et par la conciliation, tout en insistant sur la fréquence de son utilisation: Entre 2006 et 2011 ont été dénombrées 9227 ouvertures de procédures amiables⁹ et, pour la seule année 2014, 4800 demandes dont 3152 aux présidents des tribunaux

⁹ Etude menée par M.Guillonnet, J-Ph Haehl et B.Munoz-Perez, La prévention des difficultés des entreprises par le mandat ad hoc et la conciliation devant les juridictions commerciales de 2006 à 2011.

de commerce et 1646 aux présidents de tribunaux de grande instance en matière agricole principalement.

10- Si les mandats ad hoc représentent 3/5 des procédures amiable, l'utilisation de la procédure de conciliation est croissante pour les entreprises économiquement importantes, d'autant qu'elle est devenue le préalable nécessaire à l'ouverture d'une procédure de sauvegarde accélérée. Ces procédures amiables sont très appréciées et rencontrent un grand succès pratique s'expliquant par la souplesse de leur mise en oeuvre (1) et par leur efficacité pour parvenir au redressement des entreprises (2).

1°) LA SOUPLESSE DES PROCEDURES DE PREVENTION

11- Il faut, au préalable, observer que le droit français veut favoriser ces procédures de mandat ad hoc ou de conciliation car elles lui paraissent les plus adaptées au sauvetage des entreprises. Pour ce faire, sont **neutralisées des stipulations contractuelles qui pourraient y faire obstacle**. Depuis l'ordonnance du 12 mars 2014 sont réputées non écrites les clauses juridiques et financières pouvant dissuader le débiteur de demander la désignation d'un conciliateur ou d'un mandataire, tel que des clauses contractuelles modifiant les conditions de poursuite d'un contrat en cours en diminuant les droits ou en aggravant les obligations du débiteur s'il recourt à une procédure amiable. Il en est de même de toute clause mettant à la charge du

débiteur les honoraires du conseil auquel le créancier fait appel dans le cadre de ces procédures..¹⁰ Ceci précisé, le mandat ad hoc et la procédure de conciliation ont l'avantage d'être mis en oeuvre d'une manière très simple (A), la procédure de conciliation pouvant avoir une portée plus grande que le mandat ad hoc (B).

A) Des procédures aisées à mettre en oeuvre

12-1°) Dans les deux cas, la procédure est déclenchée par le débiteur et uniquement par lui. C'est une initiative du chef d'entreprise, entrepreneur individuel ou dirigeant représentant de la personne morale. Mais, peu importe l'activité de l'entreprise: commerciale, artisanale ou libérale. Ce monopole du chef d'entreprise vise à le responsabiliser. Cela fait partie de son rôle de dirigeant de prendre les mesures préventives qui s'imposent et, à défaut de le faire sa responsabilité pourrait être mise en cause.

13- Dans les deux cas, la demande de désignation est portée devant le président de la juridiction et non devant la juridiction elle-même. Il s'agit, pour les commerçants et artisans, du président du tribunal de commerce et, pour les professionnels indépendants exerçant une activité civile ou les personnes morales de droit privé à objet civil : (sociétés civiles ou associations), du président du tribunal de grande instance.

¹⁰ C.com. L.611-16.

La demande résulte d'une **simple requête** assortie de quelques pièces justificatives.

14- Cette **demande demeure confidentielle** et ne fait l'objet d'aucune publicité légale de nature à inquiéter les tiers et particulièrement les co-contractants de l'entreprise en difficulté. La demande n'est d'ailleurs pas transmise aux représentants du personnel et de manière plus générale aux salariés.

15- Le conciliateur ou le mandataire sont désignés de la même manière. Ils sont, en général, choisis par le président du tribunal parmi les professionnels des procédures collectives : administrateurs ou mandataires judiciaires et sont soumis aux mêmes incompatibilités. Ne peuvent être désignés des juges consulaires en exercice et pendant cinq ans après la cessation de leurs fonctions ni des personnes ayant exercé perçu une rémunération du débiteur, d'un créancier du débiteur ou d'une personne morale le contrôlant pendant les 24 mois précédents.

La rémunération du mandataire ou du conciliateur est définie, dès le début de la procédure, en accord avec le débiteur et après avis du ministère public par le président du tribunal en fonction des diligences qu'exige l'accomplissement de la mission.. Elle est ensuite fixée par le président du tribunal, par ordonnance, à la clôture de la mission et

communiquée au ministère public. Celui-ci est informé de la procédure de conciliation mais n'y intervient pas..

16-2°) Les procédures de mandat ad hoc et de conciliation poursuivent aussi un objectif identique: parvenir à un accord amiable entre le débiteur et ses créanciers. **Le président du tribunal n'a aucun pouvoir coercitif** et le succès de la démarche dépend de la compétence du mandataire et de ses talents de négociateur. Néanmoins, les deux procédures n'ont pas la même portée.

B- Des procédures de portée différente

17-1°) La procédure de conciliation est limitée dans le temps: le conciliateur est désigné pour une durée de **quatre mois** - susceptible d'une prolongation d'un mois au plus- alors que le mandat ad hoc ne comporte pas cette limitation de durée. C'est pourquoi, en pratique, il n'est pas rare que les deux procédures se succèdent. Le traitement des difficultés est organisé en mandat ad hoc, puis poursuivi en conciliation.

18- L'entreprise qui demande à bénéficier de la désignation d'un mandataire ad hoc ne doit pas être en cessation des paiements. Elle peut l'être en cas de conciliation, mais à la condition que la cessation des paiements date de moins de 45 jours.

19-2°) Mais surtout la procédure de conciliation est plus élaborée et ses **effets plus importants**.

20- Dans le mandat ad hoc, le président de la juridiction définit la mission du mandataire et lui demande de lui en rendre compte. Aucune mesure particulière n'est prévue. La souplesse est totale.

En conciliation, le conciliateur peut obtenir du débiteur tout renseignement utile et le président du tribunal lui communique tous les renseignements dont il dispose.¹¹

Différentes dispositions visent à favoriser la conclusion de l'accord: possibilité de remises de dettes de créanciers publics, rares cependant; Faculté reconnue au débiteur poursuivi en paiement par un créancier non partie à l'accord de solliciter des délais de grâce pour arrêter ses poursuites¹²; limitation de la responsabilité des créanciers qui prêtent leur concours à l'entreprise en difficulté...¹³

21-2° C'est surtout la force de l'accord qui différencie le mandat ad hoc de la conciliation.

En mandat ad hoc, il s'agit d'un accord ordinaire qui oblige les parties qui l'ont signé sur le fondement du droit des obligations. Il

¹¹

¹² C.com. art. L.611-7.

¹³ C.com., art. L.650-1.

n'ajoute rien aux principes généraux du droit des contrats: force obligatoire et effet relatif. L'accord est secret. Il n'est pas publié et aucune voie de recours n'est recevable.

Au contraire, l'accord de conciliation - tout en ne liant que ceux qui l'ont signé lesquels s'interdisent d'exercer des poursuites pour les créances portées à l'accord-, revêt une force particulière qui dépend de sa formalisation:

- L'accord peut-être constaté par le président du tribunal: il est alors revêtu de la force exécutoire et chaque créancier, partie à l'accord, peut en demander une copie qui lui permettra, le cas échéant, de poursuivre l'exécution de sa créance. L'accord demeure secret.

- L'accord, à la demande du débiteur, peut être homologué par le tribunal de commerce, en formation collégiale, à la condition de ne pas porter atteinte aux droits des créanciers qui ne sont pas parties à l'accord. Le jugement d'homologation est déposé au greffe où tout intéressé peut en prendre connaissance et un avis du jugement d'homologation est publié au BODACC.¹⁴ La procédure perd alors son caractère confidentiel et le jugement est susceptible de voies de recours.

¹⁴ R.611-43, C.com.

22- En pareil cas, l'accord de conciliation homologué produit des effets très énergiques :

- ☐ Si le débiteur avait été interdit d'émettre des chèques avant l'ouverture de la procédure¹⁵, l'homologation de l'accord lève cette interdiction de plein droit.

- ☐ Dans le cas où une procédure collective serait par la suite ouverte, il est interdit de faire rétroagir la cessation des paiements avant la conclusion de l'accord (pas de nullités de la période suspecte).

- L'accord sur les délais de paiement et les remises de dette profite aux coobligés, cautions et garants ou à ceux qui ont cédé ou affecté un bien en garantie d'une dette de l'entreprise¹⁶.

- Et surtout peut être reconnu un **privilège de la conciliation**¹⁷ à ceux qui ont fait un nouvel apport en trésorerie au débiteur, ou qui lui ont fourni un nouveau bien ou un nouveau service afin d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise dans le cadre de l'accord de conciliation ou encore qui lui ont accordé des délais de paiement. Ce privilège de la conciliation ou "privilège de new money" permet aux créanciers, d'être payés, en cas d'ouverture d'une procédure collective par priorité à tous les autres créanciers, à l'exception des salariés pour leurs créances super- privilégiées et des frais de justice postérieurs à l'ouverture de la procédure.

¹⁵

¹⁶ L. 611-10-2, C.com.

¹⁷ L.611-11, C.com.

23- Finalement, l'homologation de l'accord par le tribunal lui donne une plus grande force qu'un accord simplement constaté ou régi par le droit commun des obligations mais elle renforce aussi le caractère judiciaire de la procédure de conciliation. Les avantages reconnus aux créanciers peuvent les conduire à contribuer au redressement de l'entreprise dans un cadre leur conférant une plus grande sécurité.

II-L'EFFICACITE DES TECHNIQUES DE PREVENTION

24- Les techniques de prévention sont préférées aux procédures judiciaires car elles offrent une grande liberté au président du tribunal pour définir la mission des mandataires et des conciliateurs ce qui permet de retenir les solutions les plus appropriées à chaque entreprise en difficulté (A) et surtout parce qu'elles peuvent se dérouler en toute confidentialité dans un cadre amiable (B).

A- La diversité des mesures de redressement

25-1°) *En mandat ad hoc*, le président du tribunal détermine la mission du mandataire sans autre précision. Le mandataire ad hoc peut être désigné pour essayer de résoudre un conflit entre associés, améliorer un mauvais climat social dans l'entreprise ou obtenir des créanciers des facilités de paiement.

26-2°) Il en est de même *en conciliation*, mais le code de commerce est plus précis. L'article L.611-7 dispose que: " le conciliateur a pour mission de favoriser la conclusion entre le débiteur et ses principaux créanciers ainsi que, le cas échéant, ses cocontractants habituels, d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise".

Il peut "également présenter toute proposition se rapportant à la sauvegarde de l'entreprise, à la poursuite de l'activité économique et au maintien de l'emploi". L'éventail de ses missions est donc sans limite dès lors qu'il s'agit d'assurer le sauvetage de l'entreprise en difficulté. Par sa souplesse, ce texte permet d'envisager toutes sortes de mesures : suppression d'une branche d'activité peu rentable, développement d'un secteur porteur, organisation de licenciements en cas de sureffectifs, recherche de prêteurs ou d'investisseurs, recapitalisation... La décision demeure, bien sûr, aux organes normaux de direction qui ne sont pas remplacés par le conciliateur, ni même assistés par celui-ci. La procédure de conciliation obéit au droit commun des contrats comme des sociétés.

2è- De surcroît, l'article L.611-7 du code de commerce prévoit que le conciliateur "peut être chargé, à la demande du débiteur et après avis des créanciers participants, d'une mission ayant pour objet l'organisation d'une cession partielle ou totale de l'entreprise". Cette pratique du "**prepack-cession**", malgré quelques hésitations doctrinales, ne suppose pas que soit d'abord tentée la conclusion d'un

accord entre le débiteur et ses créanciers. Il n'y a pas de hiérarchie entre les deux types de missions¹⁸. Elle est fort utile pour plusieurs raisons: elle permet de transmettre l'entreprise alors qu'elle a encore de la valeur et n'est pas en état de cessation des paiements. En outre, le débiteur est associé à la transmission de son entreprise car il est le seul à pouvoir demander que cette mission soit confiée au conciliateur alors que la cession dans le cadre du redressement ou de la liquidation judiciaire est vécue comme une expropriation. Le texte ajoute que cette cession pourrait, cependant, être mise en œuvre, le cas échéant, dans le cadre d'une procédure ultérieure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire. Enfin, le prepack-cession bénéficie de la confidentialité des opérations ce qui est un atout majeur de la procédure de conciliation.

B- La confidentialité du traitement des difficultés

28- Ces missions peuvent, en effet, être d'autant plus facilement accomplies que la procédure de mandat *ad hoc*, et particulièrement de conciliation, doivent se dérouler dans une totale confidentialité propre au succès des affaires. L'article L. 611-15 du Code de commerce énonce que « *toute personne qui est appelée à la procédure de conciliation et à un mandat ad hoc ou qui par ses fonctions en a connaissance est tenue à la confidentialité* »

¹⁸ En ce sens, M-H Monsériè-Bon, B.Amizet, G.Azam et C.Caviglioli, Le prepack cession FRAM: expériences et enseignements, BJE mars-avril 2016,p.144.

29-. La Cour de cassation a rappelé l'importance de celle-ci dans deux décisions récentes. L'une, du 15 décembre 2015¹⁹ est particulièrement topique parce qu'elle mettait en jeu la liberté de la presse. La Cour de cassation considère que le caractère confidentiel des procédures de prévention des difficultés des entreprises, imposé par l'article L. 611-15 pour protéger, notamment, les droits et libertés des entreprises recourant à ces procédures, fait obstacle à leur diffusion par voie de presse, à moins qu' "elle ne contribue à la nécessité d'informer le public sur une question d'intérêt général".

Un arrêt antérieur du 22 septembre 2015²⁰ annonçait cette solution, en rejetant une attestation établie par un mandataire *ad hoc* et remise à la caution de la société débitrice poursuivie en paiement par le Crédit du Nord, dans laquelle il stigmatisait l'attitude de celui-ci au cours des négociations de délais de paiement. Le mandataire reprochait à la banque de s'être opposée au moratoire qu'il avait proposé afin de permettre à la société débitrice d'apurer son passif, tandis que tous ses autres créanciers avaient donné leur accord, ce qui

¹⁹ Cass. com., 15 déc. 2015, n° 14-11.500, RLDA 2016/114, p. 39, obs. M.-H. Monsériè-Bon, Bull. Joly Entreprises en difficulté 2015, p. 345, RJDA 3/16, p. 169, obs. F. Schmidt, RTD com. 2016, p. 191, obs. F. Macorig-Venier, Rev. sociétés 2016, p. 193, obs. Ph. Roussel Galle, LEDEN janv. 2016, n° 1, obs. P. Rubellin; C.Saint-Alary-Houin, Chronique "droit des difficultés économiques", Dr.&patrimoine, juill.2016, p.82..

²⁰ Cass. com., 22 sept. 2015, n° 14-17.377, JCP E 2016, n° 1151, obs. T. Stefania, Bull. Joly Entreprises en difficulté 2015, n° 360, obs. T. Favario, Rev. sociétés 2015, p. 761, obs. Ph. Roussel Galle, RTD com. 2016, p. 189, obs. F. Macorig-Venier. La décision retenue présente un autre intérêt majeur. Elle affirme, en effet, que « le créancier appelé à négocier dans le cadre d'une procédure de mandat ad hoc n'est pas tenu d'accepter les propositions du mandataire ad hoc ».

avait précipité la déconfiture de la société. La Cour de cassation a estimé que « *c'est à bon droit* » que la cour d'appel a écarté des débats cette attestation, car le mandataire *ad hoc* avait méconnu l'obligation de confidentialité qui le liait par application de l'article L. 611-15 du Code de commerce.

Une telle confidentialité est cependant parfois difficile à concilier avec les exigences de la transparence des opérations. Particulièrement si des offres de cession sont présentées, dans le cadre d'un prepack-cession, elles sont vouées à une certaine publicité.

Mais le législateur contemporain insiste sur l'importance de la discrétion des négociations: le ministère public - magistrats du parquet- n'est même pas informé de l'ouverture d'un mandat *ad hoc* et la très récente loi du 18 novembre 2016 "Justice pour le XXI siècle- a modifié l'article L.611-3 pour préciser que "le débiteur n'est pas tenu d'informer le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel de la désignation d'un mandataire *ad hoc* ». Pareillement, l'article L 611-6 ajoute que le débiteur n'est pas tenu d'informer les organes représentatifs du personnel de l'ouverture de la procédure de conciliation.

En conclusion, les praticiens conseillent de recourir à ces procédures amiables qui permettent d'augmenter les chances de redressement des entreprises beaucoup plus que dans le cadre d'une procédure judiciaire. Il n'en demeure pas moins qu'elles supposent un accord des créanciers. A défaut de l'obtenir et à la condition que l'entreprise ne se

trouve pas en état de cessation des paiements la seule solution sera bien souvent l'ouverture d'une procédure de sauvegarde qui soumettra les créanciers au principe de l'arrêt des poursuites et limitera leurs droits. La sauvegarde, et particulièrement la sauvegarde accélérée, assurent l'efficacité des accords de conciliation auxquels s'opposent quelques créanciers récalcitrants.

Le 24 novembre 2016

