



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de  
l'Université Toulouse 1 Capitole.

*DÉCRET N° 2005-1677 DU 28 DÉCEMBRE 2005 PRIS EN APPLICATION DE LA LOI  
N° 2005-845 DU 26 JUILLET 2005 DE SAUVEGARDE DES ENTREPRISES*

FRANCINE MACORIG-VENIER

Référence de publication : **RTD Com. 2006 p.189**

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,  
contacter [portail-publi@ut-capitole.fr](mailto:portail-publi@ut-capitole.fr)

*DÉCRET N° 2005-1677 DU 28 DÉCEMBRE 2005 PRIS EN APPLICATION DE LA LOI N° 2005-845 DU 26 JUILLET 2005 DE SAUVEGARDE DES ENTREPRISES*

La loi de sauvegarde des entreprises adoptée l'été dernier est désormais complétée par un décret d'application en date du 28 décembre 2005, décret très attendu, l'entrée en vigueur de la loi nouvelle ayant été fixée au 1<sup>er</sup> janvier 2006. Ce décret volumineux, comprenant 364 articles, se substitue aux dispositions de précédents décrets qu'il abroge : les articles 22 à 26 et 35-1 à 39-2 du décret n° 85-295 du 1<sup>er</sup> mars 1985 pris pour l'application de la loi du 1<sup>er</sup> mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises ; le décret n° 85-1387 du 27 décembre 1985 pris pour l'application des articles 2 et 7 de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 ; les articles 1 à 175 du décret n° 1388 du 27 décembre 1985 pris pour l'application de la même loi, à l'exception des articles 25-1 et 74. Les dispositions antérieures demeurent toutefois applicables aux procédures ouvertes avant le 1<sup>er</sup> janvier 2006, seules quelques dispositions nouvelles visées par l'article 361 de ce même décret s'y appliquant par exception. Aucune d'entre elles ne concerne les mesures de prévention.

Ainsi, un seul décret remplace les décrets distincts relatifs, pour l'un à la prévention et, pour les deux autres, aux procédures de redressement et liquidation judiciaires. Ce décret unique est subdivisé, à l'image des dispositions législatives, en différents titres : le titre premier (art. 3 à 49), qui nous retiendra ici, est consacré à la prévention des difficultés des entreprises, le titre deux (art. 50 à 169) à la procédure de sauvegarde, le titre trois (art. 170 à 211) à la procédure de redressement judiciaire, le titre quatre (art. 212 à 315) à la procédure de liquidation judiciaire, le titre cinq aux responsabilités et sanctions, le titre six comprenant les dispositions générales de procédure, tandis qu'un dernier titre, le titre sept contient des dispositions diverses. Parmi ces dernières, figurent des dispositions relatives à l'alerte du commissaire aux comptes dans les sociétés commerciales (art. 352).

Ce découpage est de nature à produire, en matière procédurale, des conséquences (nouvelles) dans le domaine de la prévention, sous réserve des dispositions précises particulières insérées à cet égard dans le titre premier (Cf. sur ces questions, O. Staes, Les aspects procéduraux de la

réforme du droit des entreprises en difficultés, à paraître, Revue Droit et patrimoine). Sans doute l'article 336 du décret, contenu dans le chapitre II traitant des « *autres dispositions* », énonce-t-il « *à moins qu'il n'en soit autrement disposé par le présent décret : 1°) les règles du nouveau code de procédure civile sont applicables dans les matières régies par le livre VI du code de commerce* ». Toutefois, dans le chapitre I relatif aux voies de recours, l'article 330, dont le domaine n'est pas limité aux seules procédures de sauvegarde, redressement et liquidation (contrairement, par exemple aux dispositions expresses de l'art. 329 qui précède) prévoit que « *le délai d'appel des parties est de dix jours à compter de la notification qui leur est faite des décisions* ». Ainsi, en l'absence de précision particulière, faudra-t-il appliquer le délai de dix jours visé à l'article 330 ou les dispositions du nouveau code de procédure civile ? La question se pose dans la mesure où il n'existe plus de disposition comparable à l'article 39-1 du décret du 1<sup>er</sup> mars 1985 qui prévoyait une solution unique quant aux recours formés contre les ordonnances prises par le président du tribunal.

Sans prétendre à l'exhaustivité, même sur le terrain des mesures relevant de ce titre 1<sup>er</sup> et incidemment du titre VII, une présentation des dispositions du décret (et de l'éclairage qu'elles apportent aux nouvelles mesures) peut être effectuée en suivant, pour plus de clarté, celle adoptée pour l'exposé des dispositions légales relatives à la prévention (cf. cette revue 2005, p. 829 et s. ). Nous envisagerons ainsi successivement les dispositions d'application des règles régissant l'intervention du Président du tribunal, l'alerte du commissaire aux comptes, le mandat *ad hoc* et enfin la procédure de conciliation. Seules les innovations apportées seront mentionnées.

#### L'alerte et l'injonction du président du tribunal

La convocation que le président peut effectuer dans le cadre de son droit d'alerte et l'injonction de dépôt des comptes qu'il peut rendre sont régies par le nouvel article L. 611-2 du code de commerce complété par les dispositions des articles 3 à 10 du décret réunies dans une section première intitulée « *de la détection des difficultés des entreprises par le président du tribunal de commerce* ».

Le décret détermine auparavant la compétence territoriale. S'agissant des mesures prévues par

l'article L. 611-2 du code de commerce, la compétence territoriale obéit aux dispositions de l'article 2, alinéa 1<sup>er</sup>, du décret : il s'agit de la compétence du président du tribunal du lieu du siège du débiteur, personne morale ou, pour les personnes physiques, du lieu où elles ont déclaré l'adresse de leurs entreprises.

Contrairement à l'article 35-1 du précédent décret du 1<sup>er</sup> mars 1985, le présent texte utilise une terminologie distincte pour les personnes physiques et les personnes morales, prenant ainsi acte des modifications apportées par la loi initiative économique n° 2003-721 du 1<sup>er</sup> août 2003 et son décret d'application du 1<sup>er</sup> février 2005. Par ailleurs, ne visant pas les procédures, à l'inverse de l'article 35-1 et de l'article 1<sup>er</sup> du nouveau décret qui concerne précisément « *les procédures prévues par le livre VI* », c'est-à-dire la sauvegarde, le redressement, la liquidation, et la conciliation, ainsi que par renvoi de l'alinéa 2 de l'article 2 le mandat *ad hoc*, l'article 2 du décret du 28 décembre 2005 ne prévoit pas la compétence de la juridiction du siège initial en cas de changement de siège social dans les six mois précédents.

#### L'alerte du président du tribunal

Quelques menues modifications sont tout d'abord apportées aux *modalités de la convocation du chef d'entreprise*.

Les modalités de la convocation des dirigeants, à laquelle le président du tribunal peut procéder en cas de difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, sont déterminées avec plus de clarté par le décret. L'article 3 de celui-ci impose le recours à la fois à une lettre recommandée avec demande d'avis de réception (déjà requise) et à une lettre simple reproduisant certaines dispositions légales et réglementaires (art. L. 611-2 I c. com. et 4 et 5 du décret). Doit, en outre, être jointe une note du président exposant les faits qui ont suscité son intervention, ce qui constitue une innovation. Ces exigences, assez lourdes, sont de nature à permettre au destinataire de mesurer les raisons de la convocation reçue et l'exacte portée de celle-ci, ainsi que les conséquences du défaut de réponse, dont on peut ainsi espérer qu'il sera rare. Le destinataire disposera d'un temps suffisant de réflexion puisqu'un délai d'un mois au moins entre l'envoi de la convocation et la date fixée pour celle-ci est désormais prévu.

S'agissant de la *demande de renseignements* susceptible d'être formée par le président auprès de diverses personnes et organismes, les dispositions du décret sont naturellement adaptées à la possibilité prévue par les nouvelles dispositions légales d'effectuer une telle demande en cas de non présentation des dirigeants à la convocation. L'article 5 réglementant cette demande impartit un délai d'un mois aux personnes et organismes visés pour répondre si la demande est présentée dans les formes et délais prescrits et prévoit, qu'à défaut, ils ne sont pas tenus de répondre.

#### L'injonction de dépôt des comptes

Cette mesure nouvelle édictée par l'article L. 611-2, II, al. 1, du code de commerce est très précisément réglementée par le décret qui n'y consacre pas moins de cinq dispositions (art. 6 à 9). Le décret précise que le président prend cette mesure par voie d'ordonnance. Cette ordonnance enjoint le dépôt des comptes dans le mois de sa notification ou signification à peine d'astreinte. Elle fixe le taux de l'astreinte ainsi que les lieu, jour et heure de l'audience à laquelle l'affaire sera examinée (art. 6, al. 1 et 2). Cette ordonnance n'est pas susceptible de recours (art. 6, al. 3). L'ordonnance ainsi rendue est notifiée au représentant légal de la personne morale par une lettre reproduisant certaines dispositions (art. L. 611-2, II, al. 2 ; art. 8 et art. 9, al. 1<sup>er</sup> du décret). En cas de non réclamation de celle-ci, le greffier procède à la signification de l'ordonnance. En cas de retour de la lettre avec une mention indiquant que le destinataire ne se trouve plus à l'adresse indiquée, l'alinéa 3 de l'article 7 prévoit que l'affaire est retirée du rôle et que le greffier porte la mention cessation d'activité sur le registre du commerce et des sociétés.

Si l'ordonnance est exécutée, l'affaire est retirée du rôle par le président. L'inexécution dans le délai d'un mois est constatée par le greffier dans un procès-verbal (art. 8 D). Le président est alors appelé à statuer sur la liquidation de l'astreinte. Sa décision est rendue en dernier ressort si le montant de l'astreinte n'est pas supérieur au taux de compétence en dernier ressort du tribunal de commerce. Elle est susceptible d'appel au-delà, l'appel étant formé, instruit et jugé, selon l'alinéa 3 de l'article 9, conformément aux règles applicables en matière contentieuse à la procédure sans représentation obligatoire. Le président peut également adresser une demande de renseignements aux mêmes personnes que la demande de renseignement consécutive à un défaut de réponse à la

convocation. Sous réserve de quelques aménagements, les règles posées par l'article 10 sont comparables à celles édictées par l'article 5.

#### L'alerte du commissaire aux comptes

Sans entrer dans le détail des dispositions réglementaires, quelques observations peuvent être faites.

*Sur la forme de l'information faite par le commissaire aux comptes au président du tribunal (information désormais plus précoce) : cette information ne peut plus être effectuée par remise d'une lettre en mains propres, mais uniquement par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (art. 251-1 et 251-2 du décret du 23 mars 1967, concernant respectivement l'alerte dans les sociétés anonymes et dans les sociétés autres que les sociétés anonymes). Ces dernières dispositions sont au demeurant applicables à la procédure d'alerte concernant les personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique, par renvoi de l'article 47 du décret du 28 décembre 2005 (l'art. 251-1 étant applicable aux personnes morales doté d'un organe collégial chargé de l'administration distinct de l'organe chargé de la direction, l'art. 251-2 étant applicable dans les autres cas).*

*Sur la convocation de l'assemblée générale pour délibérer sur les faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation relevés par le commissaire aux comptes en cas de persistance des difficultés ou d'inobservation des dispositions légales : la loi renvoyait au décret pour préciser les conditions et délais de cette convocation. Il résulte des nouvelles dispositions réglementaires que le commissaire aux comptes ne provoque pas directement la réunion de l'assemblée générale. Il invite, dans un premier temps, les organes de direction à faire délibérer cette assemblée. Ce n'est qu'en cas de carence de leur part qu'il provoquera lui-même cette délibération*

*Dans les sociétés anonymes, l'article 251-1, alinéa 3, du décret du 23 mars 1967, tel que modifié par l'article 352 du décret du 28 décembre 2005, prévoit que l'invitation du commissaire aux comptes à destination du président du conseil d'administration ou du directoire à faire délibérer l'assemblée générale, en cas de défaut de réponse de leur part ou de réponse insatisfaisante, doit*

être effectuée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception dans un délai de quinze jours à compter, selon les hypothèses, soit de la réception de la délibération du conseil, soit d'expiration du délai qui lui était imparti pour celle-ci. Cette lettre doit être accompagnée du rapport spécial du commissaire aux comptes, lequel rapport est communiqué au comité d'entreprise ou aux délégués du personnel. Le conseil d'administration ou le directoire disposent alors d'un délai de huit jours pour procéder à la convocation de l'assemblée générale, et ce, dans les conditions prévues par les articles 120 et suivants du décret du 23 mars 1967, étant précisé que l'assemblée générale doit elle-même être réunie au plus tard dans le mois suivant la date de la notification faite par le commissaire aux comptes. A défaut de convocation à l'expiration du délai de huit jours, le commissaire aux comptes procède lui-même à cette convocation dans un nouveau délai de huit jours. Il fixe l'ordre du jour (art. 251-1, al. 8, du décret du 23 mars 1967). Il lui est possible de choisir un lieu de réunion autre que celui éventuellement prévu par les statuts, sous réserve qu'il soit situé dans le même département. Il est enfin précisé que les frais engendrés par la réunion de l'assemblée incombent à la société.

*Dans les sociétés autres que les sociétés anonymes*, un système quasiment identique est institué par l'article L. 251-2 modifié par le décret du 28 décembre 1998. Selon l'alinéa 3 de cette disposition, l'invitation à faire délibérer l'assemblée générale est en effet adressée selon les mêmes formes (lettre recommandée avec demande d'avis de réception) et le même délai (dans les quinze jours de la réponse du dirigeant ou de l'expiration du délai qui lui est imparti pour effectuer cette réponse). Cette invitation doit être communiquée par le dirigeant avec le rapport spécial au comité d'entreprise ou, à défaut aux délégués du personnel. Le décret s'efforce ainsi de réparer une omission relevée dans la loi ne prévoyant plus la communication du rapport spécial au comité d'entreprise (les délégués du personnel n'étaient déjà pas visés par le précédent art. L. 234-2 c. com.). Le reste de la procédure est identique à celle organisée pour les sociétés anonymes : le dirigeant doit convoquer l'assemblée générale dans les huit jours, cette dernière devant être réunie au plus tard dans le mois suivant la date de l'invitation faite par le commissaire aux comptes. A défaut, le commissaire aux comptes convoque lui-même l'assemblée dans les huit jours. Les règles applicables au lieu de réunion de cette assemblée et à la charge des frais liés à celle-ci sont les mêmes que celles prévues pour les sociétés anonymes.

## Le mandat ad hoc

De même que dans le livre VI du code de commerce, des dispositions autonomes sont consacrées dans le décret au mandataire *ad hoc* : elles sont regroupées dans une section 2 intitulée « *du mandat ad hoc* » (art. 11 à 14 D du décret du 28 déc. 2005). Elles sont complétées par des dispositions communes à celui-ci, au conciliateur et à l'expert, dispositions relatives à leur rémunération formant une section 4 du chapitre I<sup>er</sup> (art. 40 à 43 D du décret du 28 déc. 2005) qui seront examinées dans les développements consacrés au conciliateur.

S'agissant des dispositions réglementaires spécifiques au mandat *ad hoc*, elles contiennent des précisions sur la demande de désignation du mandataire *ad hoc*, sur la décision du président du tribunal et sur la possibilité de fin anticipée de la mission de ce dernier.

La demande de désignation est formée par écrit par le représentant légal de la personne morale ou « *le débiteur personne physique* », formule quelque peu maladroite pour un chef d'entreprise qui n'est pas, par hypothèse, en état de cessation des paiements. Cette demande est remise ou adressée au président de la juridiction compétente et déposée au greffe. Elle doit indiquer la justification de la démarche (art. 11).

Le représentant légal de la personne morale ou « *le débiteur personne physique* » sont alors immédiatement convoqués. Après l'entretien, le président dispose d'un délai d'un mois pour faire connaître sa réponse, le silence gardé à l'expiration de ce délai valant refus de désigner un administrateur *ad hoc*. S'il choisit de procéder à une telle désignation, le président du tribunal rend une ordonnance dans laquelle il définit la mission de l'administrateur *ad hoc*, fixe les conditions de sa rémunération et la durée de la procédure. L'ordonnance ainsi rendue est notifiée au demandeur dans une lettre reproduisant les dispositions légales relatives aux incompatibilités (art. L. 611-13). Le mandataire *ad hoc* doit faire savoir sans délai s'il accepte ou refuse cette mission et, dans le premier cas, adresser une attestation sur l'honneur établissant qu'il ne fait l'objet d'aucune incompatibilité.

Le décret (art. 14) permet enfin au « *débiteur* » de demander au président de mettre fin à la

mission du mandataire *ad hoc*, ce qu'il lui appartient de faire alors sans délai. Il apparaît ainsi que le chef d'entreprise conserve entièrement la main en cas de recours au mandat *ad hoc*.

### La procédure de conciliation

Le décret contient des précisions concernant, à la fois, l'ouverture de la procédure, les suites de la désignation du conciliateur et les règles applicables à la fixation de sa rémunération, le déroulement de la procédure, son issue par la constatation ou l'homologation de l'accord, enfin sa résolution.

### L'ouverture de la procédure de conciliation

S'agissant de l'initiative de la demande et de la demande elle-même, les seuls changements concernent son contenu, adapté aux modifications apportées aux conditions de fond elles-mêmes. Ainsi, la « *requête du débiteur exposant sa situation économique, sociale, et financière* » (art. L. 611-6) adressée ou remise au président du tribunal selon l'article 15 du décret devra, le cas échéant, selon ce même texte, mentionner la date de cessation des paiements, la procédure de conciliation pouvant être ouverte dans les quarante cinq jours de la survenance de cet état. En outre, si le demandeur exerce une activité libérale réglementée ou dont le titre est protégé, il devra préciser l'ordre professionnel ou l'autorité dont il relève. Enfin, pourront être indiquées par le demandeur l'identité et l'adresse de la personne dont il propose la désignation comme conciliateur, ainsi que le permet désormais la loi (art. L. 611-6, al. 3).

Observons, par ailleurs, qu'aucune information du ministère public à ce stade n'est plus effectuée, alors qu'elle était prévue par le précédent décret (art. 37, al. 1, du décret du 1<sup>er</sup> mars 1985).

Quant à la décision d'ouverture elle-même, le décret en précise les modalités, le contenu, la « *publicité* » (information) et détermine très exactement les voies de recours dont elle peut faire l'objet.

Dès lors que le président fait droit à la demande, il ouvre la procédure et désigne un conciliateur.

L'ordonnance ainsi rendue doit, conformément à l'article 16, alinéa 2, du décret, définir l'objet de la mission du conciliateur, les conditions de sa rémunération selon les règles prescrites (qui seront ultérieurement exposées) et fixer la durée de la procédure, durée de quatre mois maximum.

Le président peut également rejeter la demande. Même si les dispositions réglementaires ne l'exigent pas expressément, une ordonnance en ce sens doit être rendue. Contrairement à la solution antérieure (art. 37, al. 2, du décret du 1<sup>er</sup> mars 1985) et à celle retenue pour le mandat *ad hoc* (art. 12, al. 2, du décret du 28 déc. 2005), le refus d'ouvrir la procédure et de désigner un conciliateur ne peut résulter du silence gardé par le président à l'expiration d'un certain délai.

Quelle qu'elle soit, aucune publicité n'est faite de la décision. L'ordonnance statuant sur la demande est notifiée au requérant (art. 18, al. 1, du décret du 28 déc. 2005). Curieusement, ce même texte impose systématiquement que la notification de la décision reproduise les dispositions relatives aux cas de récusation et aux modalités de la demande susceptible d'être formée en ce sens par le chef d'entreprise (art. 20 et 21 du décret du 28 déc. 2005). En revanche, seule la décision d'ouverture de la procédure est communiquée au ministère public ainsi qu'à l'ordre professionnel ou à l'autorité compétente dont relève le professionnel exerçant une profession libérale (art. L. 611-6, al. 4, et art. 18, al. 2 du décret du 28 déc. 2005). Elle est également notifiée au conciliateur, le décret (art. 18, al. 3) imposant des exigences particulières pour permettre le respect des règles nouvelles relatives à la désignation du conciliateur. Ainsi, la notification de l'ordonnance adressée au conciliateur doit-elle reproduire à la fois les dispositions de l'article L. 611-13 du code de commerce édictant de nouvelles incompatibilités et celles des articles 20 et 21 du décret relatives à la récusation du conciliateur par le débiteur.

Si la décision ouvrant la procédure n'est susceptible d'aucune voie de recours, celle qui rejette la demande, selon l'article 19 du décret, peut faire l'objet d'un appel de la part du débiteur dans les dix jours de la notification de cette décision, selon les règles applicables en matière gracieuse, le débiteur étant toutefois dispensé du ministère d'avocat ou d'avoué. Le régime de ce recours constitue un aménagement de la procédure d'appel prévue en matière gracieuse par le nouveau code de procédure civile. Le décret précise que sur ce recours, le président, dans un délai de cinq jours, peut rétracter sa décision ou la modifier. Dans ce cas, le greffier notifie sa décision au

débiteur. Dans le cas contraire, l'affaire est immédiatement transmise par le greffier au greffe de la cour d'appel, transmission dont est avisée le débiteur. L'appel est alors instruit et jugé selon les règles applicables en matière gracieuse devant le tribunal de grande instance.

#### Le conciliateur : les suites de sa désignation et sa rémunération

Les suites de la désignation du conciliateur. La désignation du conciliateur, telle qu'effectuée par le président dans la décision d'ouverture de la procédure, ne revêt pas un caractère définitif.

*Le conciliateur* lui-même, informé dans la lettre de notification de cette décision des incompatibilités édictées par la loi avec l'exercice d'une mission de conciliation, *peut refuser sa mission*. S'il l'accepte, il doit adresser au président du tribunal l'attestation sur l'honneur établissant qu'il n'est pas dans un cas d'incompatibilité. Il doit, en toute hypothèse, faire connaître sa position « *sans délai* ». Le législateur a sans doute considéré que le refus serait rare car les suites de ce refus ne sont pas envisagées. Il est permis de penser que le président pourra rendre une nouvelle ordonnance dans laquelle il désignera un nouveau conciliateur et que cette ordonnance devra être notifiée comme l'ordonnance initiale.

De son côté, *le débiteur peut demander la récusation du conciliateur* désigné par le président, ce dont il est également informé, comme indiqué précédemment, dans la notification de la décision.

*Cinq cas de récusation* sont prévus par l'article 20 du décret, permettant la récusation largement. En effet, si parmi ces cas figurent naturellement les situations d'incompatibilité visées à L. 611-13, quatre autres cas sont visés : l'existence d'un intérêt personnel (du conciliateur), direct ou indirect dans la procédure, l'existence d'un lien direct ou indirect de quelque nature que ce soit entre le conciliateur et l'un des créanciers ou l'un des dirigeants ou préposés du dirigeant, la radiation définitive du conciliateur ou sa destitution d'une profession réglementée, enfin toute cause de défiance entre le conciliateur et le débiteur, dernière hypothèse qui constitue une porte large ouverte à la récusation.

*La demande de récusation*, en application de l'article 20 du décret, doit être formée par le

débiteur dans un délai de quinze jours à compter de la notification de la décision désignant le conciliateur, délai qui peut apparaître un peu long. Cette demande est effectuée par acte remis greffe ou déclaration consignée par le greffier dans un procès-verbal. Elle doit être motivée et accompagnée, le cas échéant, de pièces justificatives. Elle a pour effet de suspendre la procédure jusqu'à la décision définitive.

*Les suites de cette demande* sont précisément définies par les dispositions suivantes (art 22 à 27 du décret). Le conciliateur est informé de la demande qui lui est notifiée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception par le greffier (art. 22, al. 1<sup>er</sup>, du décret du 28 déc. 2005) et doit s'abstenir jusqu'à la décision sur la récusation (art. 22, al. 2, du décret du 28 déc. 2005). Il doit faire connaître sa position dans les huit jours de la réception (art. 22, al. 3). S'il acquiesce, il est remplacé sans délai (art. 23). Si le conciliateur s'oppose à cette demande ou ne répond pas, le président statue par voie d'ordonnance après avoir entendu ou dûment appelé le débiteur et le conciliateur. L'ordonnance du président est alors notifiée au débiteur, une copie de celle-ci étant remise ou adressée au conciliateur. Si le président admet la récusation, il procède au remplacement du conciliateur. S'il a rejeté la demande de récusation, sa décision est susceptible d'un recours formé par le débiteur devant le premier président de la cour d'appel dans les dix jours de sa notification, par remise ou envoi au greffe d'une note en exposant les motifs. Le premier président se prononce au plus tôt quinze jours après convocation du débiteur et du conciliateur par le greffier de la cour d'appel au moyen d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Après audition contradictoire, il rend sa décision. Celle-ci est notifiée au débiteur et le conciliateur en est avisé.

En second lieu, les dispositions du décret invitent à envisager la rémunération du conciliateur (les règles étant ici communes au mandataire *ad hoc* et à l'expert). L'article L. 611-14 du code de commerce est complété par quatre dispositions du décret : les articles 40 à 43 formant une section 4. Selon la première de ces dispositions, les conditions de fixation de la rémunération du mandataire *ad hoc*, déterminées, conformément à l'article L. 611-14 par le président du tribunal dans la décision d'ouverture, s'entendent des critères sur la base desquels elle sera arrêtée, de son montant maximal et du montant des provisions. Le législateur a été manifestement soucieux de clarté, de transparence ainsi que de sécurité et prévisibilité. Sans pour autant faire preuve de

rigidité, puisqu'à la demande du conciliateur une modification de ces conditions est possible.

Reste à observer qu'est nécessaire l'accord de celui sur lequel pèse le poids de cette rémunération, le débiteur. Cet accord s'impose tant au départ que pour une modification ultérieure des conditions de la rémunération. L'accord initial, qui doit être préalable à la désignation du conciliateur, est consigné par écrit et annexé à cette décision.

Cependant, le décret permet une modification en cours de procédure du montant maximal de la rémunération, toujours en accord avec le débiteur (art. 42). A défaut d'accord du débiteur, il est mis fin à la mission du conciliateur.

Le président du tribunal arrête la rémunération définitive du conciliateur en fin de mission par ordonnance. Cette ordonnance, notifiée au conciliateur et au débiteur, est susceptible d'un recours devant le premier président de la cour d'appel dans les délais et conditions prévus par les articles 714 à 718 du nouveau code de procédure civile conformément à l'article 43 du décret (c'est-à-dire dans le délai - suspensif - d'un mois). On observera que c'est sur ces dispositions que la Cour de cassation s'était fondée pour admettre le recours du débiteur à l'encontre de la décision du tribunal avant que n'intervienne le décret du 27 octobre 1994 et qu'il n'ajoute un nouvel article au décret du 1<sup>er</sup> mars 1985, l'article 39-1 prévoyant que toutes les ordonnances rendues en la matière était susceptible d'un recours en rétraction formé en référé par tout intéressé et que les décisions prises sur ce recours par le président étaient susceptibles d'appel dans les dix jours (Cass. com., 17 févr. 1998, Bull. civ. IV, n° 73 ; Procédures 1998, n° 86, H. Croze ; RTD com. 1998, p. 921, obs. F. Macorig-Venier ; D. 1998, IR p. 82 ).

#### Le déroulement de la procédure

Il convient de mentionner tout d'abord les dispositions du décret concernant la durée de la procédure.

Ainsi que cela a été précisé, la durée initiale de la procédure, qui doit être fixée dans la décision d'ouverture, est de quatre mois maximum, la loi prévoyant que la procédure prend fin de plein

droit à l'expiration du délai fixé. Elle permet, toutefois, une prorogation pour un mois à la demande du conciliateur (art. L. 611-6, al. 3, c. com). Le décret (art. 19 du décret du 28 déc. 2005) vient préciser, qu'en cas de refus d'accorder une telle prorogation, un appel est possible selon les formes de la procédure gracieuse, dans les mêmes conditions qu'à l'encontre de la décision de refus d'ouverture de la procédure. Il prévoit, inversement, la possibilité de mettre fin de manière anticipée à la procédure. Selon l'article 30 du décret, il peut être mis fin à la procédure à la simple demande du débiteur, le président devant faire droit, et ce sans délai, à cette demande et sa décision étant insusceptible de recours (art. 31). Il apparaît ainsi que le débiteur conserve la maîtrise de la procédure, laquelle ne peut s'ouvrir qu'à son initiative et peut s'achever sur une simple demande de sa part.

De manière quelque peu différente, l'article 29 du décret reconnaît au conciliateur la possibilité de demander au président du tribunal de mettre fin à sa mission lorsque le débiteur a refusé ses propositions, alors qu'il juge celles-ci indispensables. Sans doute n'est-il pas expressément indiqué que la procédure prend alors fin. Il paraît toutefois difficile d'envisager que la procédure se poursuive sans le conciliateur qui en est le chef d'orchestre, aucun remplacement n'étant ici prévu. L'article L. 611-7, alinéa 6, du code de commerce permet de sortir de l'impasse puisqu'il prévoit qu'« *en cas d'impossibilité de parvenir à un accord, le conciliateur présente sans délai un rapport au président du tribunal* » et que « *celui-ci met fin à sa mission et à la procédure de conciliation* ». Le refus des propositions du conciliateur par le débiteur caractérise bien une impossibilité de parvenir à un accord, ce que le conciliateur devra seulement établir dans un rapport.

Rappelons que la procédure prend également fin en cas de constatation de l'accord par le président ou d'homologation de celui-ci par le tribunal, le décret imposant que la décision d'homologation - seulement - soit prise avant l'expiration de la durée de la procédure.

Quant aux mesures pouvant être adoptées par le président du tribunal pendant la procédure, conformément à l'article L. 611-7, alinéa 5, du code de commerce, il s'agit de l'application des dispositions des articles 1244-1 à 1244-3 du code civil destinées à faire échec aux poursuites engagées par tel ou tel créancier à l'encontre du débiteur. L'article 28 du décret détermine les

modalités d'application de ces dispositions. Il appartient au débiteur poursuivi par un créancier d'assigner ce dernier devant le président du tribunal qui a ouvert la procédure, ce dernier statuant sur les délais en la forme des référés après avoir entendu le conciliateur (art. 28, al. 1). Les alinéas 2 et 3 de cette disposition s'efforcent d'articuler la saisine du président du tribunal avec celle de la juridiction saisie de la poursuite. Ainsi, la demande formée devant le président doit-elle être portée à la connaissance de la juridiction saisie de la poursuite, laquelle surseoit à statuer jusqu'à la décision du président qui lui est communiquée par le greffier.

L'issue de la procédure de conciliation par la constatation ou l'homologation de l'accord

Comme la loi, le décret est essentiellement consacré à l'accord homologué, une seule disposition concernant l'accord simplement constaté.

S'agissant de l'accord simplement constaté par le président du tribunal, saisi sur requête conjointe des parties, selon l'article L. 611-8 I du code de commerce, le décret (art. 32) précise que le président fait apposer la formule exécutoire par le greffier sur l'ordonnance constatant l'accord et que la déclaration du débiteur prescrite par la loi est annexée à celle-ci. L'accord lui-même et ses annexes sont déposés au greffe. Le décret limite la délivrance des copies, qui valent titre exécutoire, aux seules parties et aux personnes pouvant se prévaloir des dispositions de l'accord. Il s'agit ici des cautions : la nature conventionnelle de l'accord simplement constaté impose une telle solution, au demeurant énoncée par la Chambre commerciale de la Cour de cassation en application des dispositions antérieures (Cass. com., 5 mai 2004, D. 2004, AJ p. 1594, obs. A. Lienhard ; RTD com. 2004, p. 590, obs. F. Macorig-Venier ; *ibid.* p. 584, obs. D. Legeais ; RTD civ. 2004, p. 534, obs. P. Crocq ; *ibid.* 2005, p. 384, obs. J. Mestre et B. Fages ). En revanche, les garants autonomes, ne pouvant invoquer cet accord, ne sauraient obtenir la délivrance d'une copie.

Les dispositions du décret relatives à l'accord homologué sont plus nombreuses (art. 33 à 37).

Le législateur s'est montré soucieux de préserver du mieux possible la confidentialité de l'accord, même si une information sur le jugement est organisée, ainsi que sa publicité. En effet, il est

indiqué que le jugement ne reprend pas les termes de l'accord (art. 33, al. 2, du décret du 28 déc. 2005). Ainsi convient-il de distinguer entre l'information relative à l'accord lui-même et celle relative au jugement homologuant cet accord et, plus largement, au jugement statuant sur l'homologation.

#### • **L'information sur l'accord**

*En amont de son homologation*, certaines personnes qui y sont étrangères, peuvent prendre connaissance de l'accord. Il s'agit des personnes qui doivent être appelées à l'audience selon l'article L. 611-9. Outre le débiteur et les créanciers parties à l'accord, ce sont les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, le conciliateur et le ministère public, ainsi que, le cas échéant, l'ordre professionnel ou l'autorité compétente dont relève le débiteur. L'article 33, alinéa 2, du décret du 28 décembre 2005 prévoit qu'avant la décision rendue par le tribunal, ces personnes peuvent prendre connaissance de l'accord au greffe du tribunal. Rappelons que toute personne appelée à la procédure est tenue à une obligation de confidentialité prescrite par l'article L. 611-15 au lieu et place de l'obligation au secret professionnel pénalement sanctionnée, précédemment imposée.

*En aval de la décision d'homologation*, un nombre relativement limité de personnes est susceptible d'avoir connaissance de l'accord lui-même. Le décret rappelle que l'accord homologué est communiqué au commissaire aux comptes du débiteur (art. 37, al. 2). Il indique, en outre, que sous réserve de l'instance en tierce opposition et en dehors de l'autorité judiciaire l'accord n'est communiqué qu'aux parties et aux personnes qui peuvent s'en prévaloir. Ces dernières peuvent être assez nombreuses : ce sont en effet, en vertu de l'article L. 611-10, alinéa 3, du code de commerce, toutes les cautions, tous les garants autonomes et coobligés.

Les autres personnes ne devraient avoir sur l'accord que des informations parcellaires. Si le jugement statuant sur l'homologation ne reprend pas les termes de l'accord, il mentionne toutefois les « *garanties et privilèges constitués* », ainsi que le montant des créances bénéficiant du privilège de l'article L. 611-11 (art. 33, al. 3). L'information sur ces dernières créances est, semble-t-il, fort limitée car seul leur montant doit être indiqué et non l'identité de leurs titulaires, ni même leur nature (elles peuvent résulter d'un apport nouveau en trésorerie ou d'un bien ou

service consentis dans l'accord). Il s'agit sans doute de donner le moins d'éléments possibles sur le contenu de l'accord, tout en assurant une sorte de publicité du nouveau privilège de la conciliation, laquelle ne saurait toutefois en constituer une condition d'opposabilité.

• **L'information sur le jugement du tribunal**

*Le jugement statuant sur l'homologation*, quel qu'il soit, fait l'objet d'une notification aux parties à l'accord, débiteur et créanciers signataires. Il est, par ailleurs, communiqué au conciliateur et au ministère public (art. 34 du décret du 28 déc. 2005).

*Seul le jugement d'homologation est soumis à une publicité*, et ce, à l'initiative du greffier, dans les huit jours de sa date. Les modalités de cette publicité sont définies par l'article 36 du décret. Un avis du jugement est publié au BODACC, un autre dans un journal d'annonces légales. Le contenu en est précisé par le décret qui impose, outre l'identification du débiteur, la mention que le jugement est déposé au greffe du tribunal où tout intéressé peut en prendre connaissance.

Au titre des voies de recours, le décret vient uniquement préciser les règles applicables à l'appel susceptible d'être formé contre le jugement ayant refusé l'homologation (Art. 35 du décret du 28 déc. 2005). Cet appel est formé, instruit et jugé conformément aux règles propres à la procédure en matière gracieuse, sous réserve toutefois d'une dispense du ministère d'avocat ou d'avoué.

Signalons que c'est la loi elle-même (art. L. 611-10, al. 2, c. com.) qui indique qu'une tierce opposition peut être formée contre le jugement homologuant l'accord dans les dix jours de la publicité qui en est faite.

La résolution de l'accord

Le décret, à l'instar de la loi (art. L. 611-10, al. 5) n'envisage que la résolution de l'accord homologué. Fondée sur l'inexécution de l'accord, la demande en résolution de l'accord homologué est ouverte aux parties à cet accord. L'article 39 du décret précise qu'elle est formée par assignation, toutes les parties à l'accord étant mises en cause par le demandeur, le cas échéant sur injonction du tribunal.

Quel qu'il soit, le jugement rendu est communiqué au ministère public et notifié aux créanciers.

La décision prononçant la résolution fait l'objet d'une publicité identique à celle prévue par l'article 36 du décret pour le jugement d'homologation (publicité au BODAC et dans un journal d'annonces légales). Par ailleurs, elle est portée, par le greffier, à la connaissance des créanciers auxquels des délais de paiement ont été imposés en application de L. 611-7, alinéa 5, du code de commerce.