

TOULOUSE
CAPITOLE
Publications



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

Les mesures juridiques favorables aux accords (dossier 8)

MACORIG-VENIER FRANCINE

Référence de publication : MACORIG-VENIER (F.), « Les mesures juridiques favorables aux accords (dossier 8) », *Revue des procédures collectives civiles et commerciales*, 2014, n° 1.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications, contacter portail-publi@ut-capitole.fr

Les mesures juridiques favorables aux accords (dossier 8)

1. - La procédure de conciliation tend toute entière à la conclusion d'un accord entre le débiteur et les principaux créanciers ou partenaires de l'entreprise. Il n'est donc pas surprenant que la réforme envisagée s'efforce à son tour d'œuvrer en faveur de la conclusion de cet accord par diverses mesures complétant et/ou modifiant le dispositif adopté, soit depuis les précédentes réformes de 2005 et 2008, soit bien plus récemment encore. Les mesures les plus récemment adoptées sont des mesures d'ordre fiscal qui seront ensuite présentées par M. Dedeurwaerder. Parmi les mesures dites juridiques, certaines concernent directement l'accord lui-même, son contenu : elles portent plus exactement sur les garanties, notamment le privilège de la conciliation, que M. Le Corre envisagera enfin. D'autres mesures juridiques sont de nature à favoriser l'adoption d'un accord de manière indirecte. Elles interviennent en « périphérie » de l'accord, en amont et/ou en aval. Elles n'en sont pas moins importantes, voire déterminantes.

2. - Il convient, en effet, de se rappeler que tous les créanciers ou partenaires de l'entreprise débitrice ne participent pas à la négociation et à la conclusion de l'accord. D'une part, seuls les principaux créanciers ou partenaires sont appelés à la négociation. L'article L. 611-7 en son alinéa 1er se réfère à « *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* ». D'autre part et surtout, seuls ceux qui le souhaitent consentiront des délais ou remises dans le cadre de l'accord et ce pour les seules dettes pour lesquelles ils souhaitent accorder de telles faveurs. Si ceux qui ont été invités à la table des négociations et ont accepté cette invitation sont disposés à consentir des efforts et ne risquent pas d'inquiéter le débiteur tout au long de la procédure et du processus de négociation, le risque est en revanche non négligeable que ceux qui ont refusé de négocier n'aient pas la même bienveillance. C'est plus particulièrement ce risque que le projet de réforme souhaite permettre de mieux maîtriser en revenant sur les règles relatives à l'octroi de délais en faveur du débiteur poursuivi par ses créanciers. Un autre risque devrait par ailleurs être pris en compte, lié à la stipulation de clauses contractuelles destinées à provoquer la résiliation anticipée des contrats (notamment de crédit) et la déchéance du terme ou encore à la majoration des intérêts. Ces clauses dites de défaut devraient ainsi être paralysées. Ce sont ces deux points, la modification du régime des délais consentis par le président du tribunal, d'une part, et, d'autre part, la paralysie des clauses contractuelles, qui seront envisagés.

1. Modification du régime des délais consentis par le président du tribunal

3. - Il convient de rappeler que depuis la réforme opérée par la loi de sauvegarde des entreprises, il n'est plus possible au président du tribunal sur le fondement des dispositions du livre VI du Code de commerce de décider d'une suspension généralisée des poursuites, laquelle avait pour inconvénient de rendre publique la procédure en raison des nécessaires mesures de publicité dont elle était suivie. Cette règle de suspension des poursuites avait été reprise en 1994 du dispositif spécial applicable aux exploitants agricoles issu d'une loi de 1988 et demeuré inchangé en 2005. Il figure aujourd'hui à l'article L. 351-5 du Code rural et de la pêche maritime. Bien que le projet de loi d'habilitation vise à réformer également les dispositions de ce code relatives au règlement amiable, on ignore totalement quel sera l'objet des modifications apportées, en particulier si la mesure facultative de suspension des poursuites sera remise

en question.

4. - Pour revenir au livre VI du Code de commerce, le législateur de 2005 a donc substitué à la suspension facultative mais générale des poursuites, la possibilité pour le débiteur poursuivi de solliciter du président du tribunal ayant ouvert la procédure de conciliation des délais en application des articles 1244-1 à 1244-3 du Code civil, dispositions auxquelles renvoie l'article L. 611-7 en son alinéa 5^{Note 2}. La démarche doit être répétée chaque fois que le débiteur est poursuivi. Si des modifications de cette disposition sont envisagées, pour autant, un retour en arrière n'est pas souhaité en raison de l'attachement des praticiens à la confidentialité, et ce, malgré quelques voies doctrinales en sens contraire. En quoi consistent les modifications proposées ? Quelles autres modifications pourraient être apportées et suggérées ?

A. - Modifications proposées

5. - L'article 2 du projet de loi d'habilitation, adopté sur ce point sans modification par l'Assemblée nationale en première lecture, prévoit de « *modifi(er) les conditions auxquelles des délais de grâce peuvent être accordés par le président du tribunal* »^{Note 3}. C'est plus précisément le renvoi aux dispositions du Code civil qui est en cause. Il a donné lieu à des critiques par certains auteurs, notamment des praticiens, comme bridant trop fortement les pouvoirs du juge quant à l'octroi de délais dont la durée (deux ans) paraît trop étroite. Ainsi, M. Thierry Montéran estime-t-il qu'il conviendrait de pouvoir porter ces délais à quatre ans. Cette opinion n'est toutefois pas unanimement partagée. D'autres voies exprimées au sein des commissions sont hostiles en effet à ce changement, estimant au contraire que les règles prévues par les articles 1244-1 à 1244-3 du Code civil présentent une souplesse suffisante. Le détachement envisagé des règles du Code civil résoudrait par ailleurs la difficulté de la portée de ce renvoi quant aux créances concernées et permettrait ainsi l'octroi de tels délais même pour des créances exclues du champ d'application des articles 1244-1 et suivants du Code civil, spécialement pour les créances fiscales. La question qui divise la doctrine^{Note 4} n'a pas été soumise à la jurisprudence^{Note 5}. Il semble toutefois que la pratique y recoure comme en attestent les faits ressortant de certaines décisions qui n'avaient pas à se prononcer sur ce point^{Note 6}.

B. - Modifications suggérées

6. - Le contentieux apparu en jurisprudence pourrait également conduire les rédacteurs de l'ordonnance à venir à apporter certaines **précisions sur plusieurs points**. Deux questions essentiellement ont été soumises à la jurisprudence.

7. - La première consiste à savoir si cette disposition peut être utilisée pour octroyer des délais s'agissant de créances concernées par des **poursuites engagées avant l'ouverture de la procédure**. En son état actuel, le texte qui prévoit que « *si au cours de la procédure le débiteur est mis en demeure ou poursuivi, le juge qui a ouvert cette procédure peut, à la demande du débiteur et après avoir été éclairé par le conciliateur, faire application des articles 1244-1 à 1244-3 du Code civil* » paraît, à la lettre, exclure cette possibilité. Une autre interprétation est néanmoins possible^{Note 7}. Deux juridictions ont été amenées à se prononcer et ont rendu des solutions contraires : la cour de Versailles^{Note 8} a admis l'octroi de délais

par le président ayant ouvert la procédure tandis que la cour de Pau^{Note 9} l'a exclu. Dans une affaire récente ayant donné lieu à un arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence les circonstances étaient les mêmes, mais la cour d'Aix n'a pas eu à se prononcer, ayant jugé irrecevable le recours du créancier^{Note 10}.

8. - La seconde question qui donne lieu à un contentieux relativement nourri, le plus nourri en tout cas en application des dispositions régissant la procédure de conciliation, est relative à la question des **voies de recours ouvertes au créancier à l'encontre de la décision ayant octroyé des délais au débiteur**. Plusieurs juridictions ont exclu l'appel du créancier poursuivant en se fondant essentiellement sur le fait que l'article L. 661-1 du Code de commerce ne mentionne pas cette décision parmi celles visées susceptibles d'appel^{Note 11}. La solution est critiquée par certains spécialistes de la procédure et des procédures collectives, parmi lesquels M. Staes^{Note 12}. L'article L. 661-1 ne concernerait pas selon cet auteur le domaine des décisions susceptibles d'appel, mais la détermination des seules personnes habilitées à former appel de certaines décisions. Par conséquent, il conviendrait en la matière de faire application des dispositions du droit commun de la procédure conformément à l'article R. 662-1, 1°, du Code de commerce. Cette disposition manifeste la volonté du législateur de restreindre les dérogations au droit commun de la procédure. Selon ce texte, « à moins qu'il n'en soit disposé autrement par le présent livre : 1° les règles du Code de procédure civile sont applicables dans les matières régies par le livre VI de la partie législative du présent code »^{Note 13}. Assurément, l'intervention du législateur serait opportune. Elle devrait avoir lieu si on s'en tient à l'article 2 du projet de loi d'habilitation qui prescrit au Gouvernement « de renforcer la transparence et la sécurité juridique du régime procédural prévu au livre VI du Code de commerce ». Ce même article préconise également de paralyser certaines clauses contractuelles.

2. Paralysie des clauses contractuelles

9. - Les stipulations contractuelles sont communément utilisées pour déjouer certaines règles. Comme on avait vu se répandre dans les contrats les clauses résolutoires de plein droit pour cause de survenance des procédures de règlement judiciaire ou de liquidation des biens sous l'empire des dispositions de la loi du 13 juillet 1967, clauses paralysées par la loi du 25 janvier 1985, fleurissent aujourd'hui, semble-t-il, dans les contrats diverses clauses, clauses résolutoires de plein droit, ou clauses de défaut dans les contrats de crédit notamment. L'ouverture d'une procédure de conciliation ou la désignation d'un mandataire *ad hoc* constituent un cas de défaut engendrant ainsi la déchéance du terme et le paiement de pénalités prévues au contrat. La réforme devrait permettre de priver d'effet de telles clauses.

10. - L'article 2 en son 1° *b* prescrit – un peu maladroitement – de « (*priver*) d'effet les clauses contractuelles qui font obstacle au recours à un mandat *ad hoc* ou à une conciliation ». La rédaction est quelque peu maladroite, en effet, car il ne s'agit pas de clauses interdisant le recours à ces procédures, mais bien plutôt de clauses de nature à dissuader le débiteur d'y recourir par les conséquences négatives qu'elles engendrent à son égard dans ces hypothèses. Ces clauses réputées non écrites, seraient paralysées. Les dispositions sur le mandat *ad hoc* et la procédure de conciliation devraient ainsi s'enrichir d'une nouvelle disposition commune dont la particularité serait de faire reculer l'application du droit commun des contrats, ce qui est remarquable dans un dispositif de traitement amiable des difficultés des entreprises. Il est vrai toutefois que, déjà, le titre premier du livre VI du Code de commerce contient des dispositions en ce sens. L'article L. 611-10-2 permet à un garant autonome ou au souscripteur d'une lettre

d'intention, par exemple, d'invoquer en sa faveur les stipulations de l'accord amiable accordant délais ou remises au débiteur. On observera que cette disposition joue dans les rapports des créanciers et des tiers. La disposition nouvelle concernerait cette fois les rapports entre les cocontractants et le débiteur lui-même. À certains égards, elle devrait être proche de celles de l'article L. 622-13, I, alinéa 1er du Code de commerce applicable dans la sauvegarde et le redressement judiciaire et de l'article L. 641-11-1, I, 1°, applicable dans la liquidation judiciaire. Ces dispositions « jumelles » privent d'effet toute clause contractuelle prévoyant que l'indivisibilité, la résiliation ou la résolution d'un contrat en cours peut résulter du seul fait de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, de l'ouverture ou du prononcé de la liquidation judiciaire.

11. - À perturber le droit commun des contrats, il serait au demeurant judicieux d'aller un peu plus loin et de prévoir qu'au-delà de la paralysie de ces clauses, soit également paralysée l'exception d'inexécution, ainsi que l'imposent en sauvegarde, redressement et liquidation le 2° des articles L. 622-13, I et L. 641-11-1, I. L'article 2 de la loi d'habilitation ne semble pas le permettre en son état actuel^{Note 14}. Les règles dérogatoires au droit commun de l'octroi des délais de paiement et au droit commun des contrats devraient ainsi quelque peu progresser dans le domaine de la prévention pour assurer le succès de la négociation et favoriser ainsi la conclusion des accords amiables. D'autres mesures sont également à l'étude. Elle concerne le renforcement du privilège de la conciliation dont traitera M. Le Corre ou encore l'élargissement du recours à la SFA, piste envisagée ensuite par Mme Saint-Alary Houin. ■

..Egalement dans ce dossier : articles 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12

Note 1 Ce texte reprend l'intervention prononcée au colloque organisé à Toulouse le 15 novembre 2013 par l'AJDE et le CREDIF sur « La prévention et le traitement amiable des difficultés des entreprises à la lumière de la réforme », en partenariat avec le tribunal de commerce de Toulouse.

Note 2 L'article R. 611-35 du Code de commerce précise les modalités de cette demande : « *Pour l'application de l'avant-dernier alinéa de l'article L. 611-7, le débiteur assigne le créancier poursuivant ou l'ayant mis en demeure devant le président du tribunal qui a ouvert la procédure de conciliation. Celui-ci statue sur les délais en la forme des référés après avoir recueilli les observations du conciliateur.* »

La demande, le cas échéant est portée à la connaissance de la juridiction saisie de la poursuite, qui sursoit à statuer jusqu'à la décision se prononçant sur les délais.

La décision rendue par le président du tribunal est communiquée à cette juridiction par le greffier. ».

Note 3 Au jour de la publication de cette intervention, la loi a été définitivement adoptée (L. n° 2014-1, 2 janv. 2014 : JO 3 janv. 2014, p. 50).

Note 4 En faveur de l'application de ces textes : F. Macorig-Venier, *RTD com.* 2005, p. 354. – P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives : Dalloz Action 2013/2014*, n° 142-21. – Contra F. Pérochon, *Entreprises en difficulté : LGDJ*, 9e éd. 2012, n° 160.

Note 5 Telle était la position adoptée par la chambre commerciale de la Cour de cassation en application des dispositions antérieures à la réforme de 2005 qui permettaient au président de soumettre les créanciers

qui n'ont pas participé à l'accord amiable à des délais en application de l'article 1244-1 du Code civil (*Cass. com.*, 16 juin 1998 : *JCP E* 1998, p. 1795, *P. Serlooten* ; *RTD com.* 1998, p. 918, *F. Macorig-Venier*).

Note 6 *V.* affaire soumise à *CA Douai*, 27 mars 2007 : *JCP E* 2008, 1433, *obs. Ch. Lebel* ; *RTD com.* 2008, p. 413, *F. Macorig-Venier*.

Note 7 cf. nos obs. à propos de *CA Versailles*, 19 oct. 2006 : *RTD com.* 2007, p. 830 : « Cette interprétation n'est peut-être pas non plus véritablement contraire à sa lettre car, si l'article L. 611-7 alinéa 5 dispose que "si, au cours de la procédure, le débiteur est poursuivi...", il ne distingue pas selon que ces poursuites ont été engagées avant ou après l'ouverture de la procédure et il pourrait être considéré que la loi se réfère à l'existence de poursuites pendant la procédure davantage qu'au moment où celles-ci ont été engagées ». Dans le même sens plus récemment, *V. F.-X. Lucas*, *obs. à propos de CA Aix-en-Provence*, 10 oct. 2013, n° 2013/336 : *LEDEN* 4 nov 2013, n° 10, p. 1 ; *RTD com.* 2013, n° 4, *F. Macorig-Venier*, à paraître.

Note 8 *CA Versailles* 19 oct. 2006, n° 06/011788 : *Rev. proc. coll.* 2008, *comm.* 102, *Ch. Delattre* ; *RTD com.* 2007, p. 830, *F. Macorig-Venier*.

Note 9 *CA Pau*, 17 janv. 2008 : *JurisData* n° 2008-359902 ; *Rev. proc. coll.* 2008, *comm.* 103, *Ch. Delattre* ; *RTD com.* 2008, p. 848, *F. Macorig-Venier*.

Note 10 *CA Aix-en-Provence*, 10 oct. 2013, *préc.*

Note 11 La cour d'appel d'Aix-en Provence a rendu plusieurs décisions en ce sens en 2011, 2012, 2013. Sa position est partagée par les cours d'appel de Reims et de Douai (la première à s'être prononcée en 2007).

Note 12 *V.* aussi les critiques de *F.-X. Lucas* à propos de *CA Aix-en-Provence*, 10 oct. 2013, *préc.*

Note 13 Ce raisonnement a déjà été suivi par la Cour de cassation elle-même s'agissant du recours contre l'ordonnance du juge-commissaire ayant constaté la résiliation de plein droit d'un contrat de bail (*Cass. com.*, 7 févr. 2012, n° 10-26.164 : *JurisData* n° 2012-001693 ; *Rev. proc. coll.* 2012, *comm.* 62, *P. Cagnoli* ; *Bull. civ.* 2012, *IV*, n° 29 ; *D.* 2012, p. 430, *A. Lienhard* ; *LEDEN* mars 2012, p. 5, *T. Favario* ; *RJ com. mai-juin* 2012, p. 62, *J.-P. Sortais*).

Note 14 La loi a été définitivement adoptée dans ces termes.