

Chronique RTDCom Mai 2020

Entreprises en difficulté / Prévention des difficultés des entreprises (Juill. 2019 – Avril 2020), Francine Macorig-Venier, Professeure Université Toulouse Capitole, Faculté de Droit, Directrice du Centre de Droit des affaires, EA 780.

1- La prévention des difficultés et l'état d'urgence sanitaire : actes I et II

Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID-19 ; Ord. n°2020-341 du 27 mars 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles à l'urgence sanitaire et modifiant certaines dispositions de procédure pénale ; Rapport au Président de la république, Circulaire du 30 mars rectifiée le 1^{er} avril / Loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions ; Ord. n°2020-560 du 13 mai 2020 fixant les délais applicables à diverses procédures pendant la période d'urgence sanitaire ; Ord. n°2020-596 du 20 mai 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles aux conséquences de l'épidémie de covid-19

En raison de l'impact majeur sur l'activité économique provoqué par la crise sanitaire rencontrée depuis l'hiver dernier et par les mesures adoptées pour y faire face, les pouvoirs publics ont mis en place, parmi bien d'autres mesures, des mesures tendant à adapter le droit des entreprises en difficulté à l'état d'urgence sanitaire. L'état d'urgence a été décrété par la loi n° du 23 mars 2020 et cette loi a habilité le gouvernement à procéder à l'adaptation des dispositions du livre VI du code de commerce et du livre III du Code rural et de la pêche maritime. Une ordonnance a été adoptée en ce sens le 27 mars¹, suivie d'une circulaire en date du 30 mars, rectifiée le 1^{er} avril. Ce sont les mesures contenues dans cette ordonnance se rapportant au dispositif de prévention amiable qui seront essentiellement examinées ici, telles qu'elles ont été précisées et complétées par une nouvelle ordonnance du 20 mai (ordonnance n°2020-596) publiée au JO le 21 consécutive à la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 ayant décalé, entre autres, la fin de l'urgence sanitaire du 23 mai au 10 juillet inclus. Les règles adaptant tant le livre VI du code de commerce que le livre III du code rural et de la pêche maritime ne peuvent être déconnectées totalement d'autres mesures mises par le législateur par voie d'ordonnance ou par les pouvoirs publics. En particulier, le souci de prévenir les difficultés les plus importantes a conduit à la mise en place d'un important dispositif d'aides aux entreprises, spécialement les plus petites. Il s'est traduit par des mesures diverses et, de surcroît, évolutives qu'il n'est pas possible de présenter dans le cadre de cette chronique. Ces mesures consistent en des aides octroyées via un fonds de solidarité, la garantie des prêts par BPI France, le recours au médiateur du crédit, le report voire la remise des dettes fiscales et sociales, la prise en charge du chômage partiel par l'Etat, le tout avec « l'onction » de la commission européenne.

Par ailleurs, on signalera que, peu avant l'adoption de la loi du 23 mars et de l'ordonnance du 27 mars, une première circulaire du ministère de la justice du 19 mars s'était efforcée de préciser l'impact du confinement décidé au plus haut niveau de l'Etat sur l'application des mesures et procédures du livre VI du code de commerce et du code rural et

¹ P. Roussel Galle, Coronavirus : adaptations temporaires à l'urgence sanitaire du droit des entreprises en difficulté, Dict Perm. Diff. Entreprises, Veille permanente, 2 avril 2020 ; N. Borgia, L'ordonnance du 27 mars 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises : interrogations à venir !, Gaz. Pal. 7 avril 2020, n° 377e3, p. 19 ; J. Théron, Présentation de l'adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises par l'ordonnance n°2020-341 du 27 mars 2020, Gaz. Pal. 28 avr. 2020, n° 377y3 p. 88 ; L. Fin-Langer et F. Petit, Adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises - Mesures intéressant le Livre VI du Code de commerce, Act. Proc. Coll. 2020/8, alerte 105.

de la pêche maritime. Il était précisé que l'ouverture de nouvelles procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ne paraissait pas, en principe, relever de l'urgence et se révélerait inutile et inefficace compte tenu des moyens disponibles limités pour mettre en œuvre ces procédures. Le même raisonnement était appliqué aux procédures de conciliation, tandis que la désignation d'un mandataire ad hoc était jugée envisageable et la procédure de règlement amiable du code rural et de la pêche maritime utile. Il était enfin estimé que l'adoption des plans de cession ou redressement susceptible d'avoir une incidence significative sur l'emploi et l'homologation des accords de conciliation pouvaient être décidés.

Pour revenir à l'ordonnance du 27 mars, son objectif, à l'image de la loi d'urgence et des autres ordonnances adoptées, était d'arrêter le temps, de figer la situation des entreprises (pendant l'état d'urgence, augmenté selon les cas de 1 à 3 mois) afin que la reprise puisse s'opérer de la manière la moins indolore possible à l'issue des périodes de « protection » définies par les différentes ordonnances. Suspendre le cours du temps pour mieux pouvoir sauver les entreprises que l'on espère suffisamment soutenues par le dispositif mis en œuvre, tel est donc le credo du législateur². Ont été privilégiées les mesures et procédures de nature à favoriser le sauvetage des entreprises, sauf à ce que le débiteur lui-même ne choisisse de recourir à des procédures qui l'exposent à perdre la maîtrise de son entreprise ou conduisent à acter sa disparition, redressement judiciaire, liquidation judiciaire ou rétablissement professionnel. Le recours à la procédure de conciliation ou à la procédure de règlement amiable pour les exploitants a ainsi été favorisé par diverses mesures, les règles posées étant néanmoins fondées sur des dispositions distinctes et peu harmonisées. Aucun aménagement n'était en revanche prévu s'agissant du mandat ad hoc et aucune modification des règles de l'alerte prévue. L'avantage revenait sans doute à la procédure de sauvegarde dont les règles impératives, spécialement le gel du passif, étaient plus particulièrement de nature à séduire les chefs d'entreprises.

L'ordonnance du 20 mai 2020 s'est notamment efforcée de combler certains de ces manques tout en apportant des clarifications à quelques-unes des règles adoptées par l'ordonnance du 27 mars. En se limitant aux seules questions susceptibles d'intéresser cette chronique, des mesures exceptionnelles sont instituées dans le premier registre par l'article 1^{er} en matière d'alerte ainsi que par l'article 2 concernant la suspension des poursuites des créanciers dans la procédure de conciliation. Dans le second registre, l'article 9 de l'ordonnance clarifie les règles modifiant la durée de la procédure de conciliation.

Seront successivement envisagées les dispositions relatives à l'alerte du commissaire aux comptes destinées à renforcer l'information du tribunal, celles touchant à la procédure de conciliation, les plus nombreuses, et enfin, celles intéressant la procédure de règlement amiable.

La détection des difficultés améliorée par une information renforcée du président du tribunal.

Si dans un premier temps les pouvoirs publics ont misé sur une implication particulière des commissaires aux comptes dans leur mission d'alerte sans recourir à l'adoption de règles spécifiques, un choix différent a été fait dans l'ordonnance du 20 mai 2020, choix qui permet aux commissaires aux comptes d'avoir les « coudées plus franches ».

A la suite d'une réunion exceptionnelle qui s'était déroulée le 16 mars sous la présidence du H3C et de la CNCC avec des représentants de la Direction des affaires civiles et du Sceau (DACS) et de la Direction générale du Trésor (DGT) de l'Autorité des marchés financiers (AMF), de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR), de l'Autorité des normes comptables (ANC), le H3C avait publié un communiqué « incit(ant) les commissaires aux comptes appelés à mettre en œuvre (la) procédure (d'alerte) à privilégier une phase initiale de dialogue avec le chef d'entreprise », sorte de phase « 0 » informelle initiée par le

² J. Théron, Ordonnance du 27 mars 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises : Aménager le livre VI et prolonger les délais, mais pour combien de temps ?

commissaire aux comptes vérifiant la façon dont le chef d'entreprise gérait la crise et envisageant avec celui-ci les différents dispositifs auxquels il pouvait avoir recours³.

C'est ensuite en modifiant les règles applicables à l'alerte du commissaire aux comptes dans les sociétés commerciales, les personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique et les associations recevant des subventions des autorités administratives que l'ordonnance du 20 mai 2020 entend œuvrer à améliorer la détection des difficultés des entreprises. En cas de mise en œuvre de la procédure d'alerte, le commissaire aux comptes est amené à interpellier le chef d'entreprise et à apprécier sa réactivité face aux difficultés rencontrées. Selon les hypothèses et les étapes de la procédure d'alerte, le président du tribunal est destinataire ou bien d'une copie de la lettre invitant le dirigeant à réunir l'organe collégial de direction ou d'une information du commissaire aux comptes sur les démarches entreprises ou bien d'une demande d'audition de la part de ce dernier, qui peut également parfois demander à être entendu.

L'article 1^{er} de l'ordonnance du 20 mai 2020 permet d'anticiper l'information adressée au président du tribunal. « Dès la première information faite, selon le cas, au président du conseil d'administration ou de surveillance ou au dirigeant » et en cas de refus du dirigeant de prendre des mesures immédiates commandées par l'urgence ou en cas de mesures qu'il estime insuffisantes, le commissaire aux comptes a la possibilité d'informer le président du tribunal compétent. Il effectue cette information sans délai et par tout moyen et lui adresse la copie de tous documents utiles. Il doit exposer les raisons pour lesquelles il considère insuffisantes les décisions prises par la dirigeant. Il peut transmettre, soit spontanément, soit à la demande du président du tribunal, tout autre renseignement de nature à éclairer ce dernier sur la situation financière ou économique de l'entreprise, le tout en étant délié du secret professionnel. Le commissaire aux comptes peut également et ce, à tout moment, demandé à être entendu par le président du tribunal.

La procédure de conciliation au temps de l'urgence sanitaire : des conditions d'ouverture élargies, un déroulement facilité et une durée allongée.

L'ordonnance du 27 mars 2020 a élargi les conditions d'ouverture de la procédure de conciliation et s'est efforcée d'en allonger la durée. L'ordonnance du 20 mai 2020 clarifie en partie les règles, passablement confuses, fixant cette durée et s'emploie à faciliter le déroulement de la procédure en permettant de suspendre les poursuites des créanciers. Avant d'envisager successivement les conditions d'ouverture, le déroulement de la procédure et sa durée, il convient de mentionner que l'attrait pour la procédure de conciliation est également renforcé par les perspectives bien plus importantes d'application de la procédure de sauvegarde accélérée pendant cette période exceptionnelle en raison de la suppression des seuils auxquels son ouverture est normalement subordonnée.

Conditions d'ouverture élargies.

La mesure emblématique de l'ordonnance du 27 mars, qui impose en principe d'apprécier la situation de l'entreprise au 12 mars 2020, est propre à favoriser le recours à la procédure de conciliation. Elle est énoncée par l'article 1^{er} de l'ordonnance du 27 mars 2020. Ce texte impose plus exactement d'apprécier l'état de cessation des paiements en considération de la situation du débiteur à la date du 12 mars 2020, sous réserve de certaines hypothèses qu'il énonce ensuite, à savoir l'application des règles de l'action en report de l'état de cessation des paiements, la possibilité pour le débiteur de demander l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, ou de rétablissement professionnel, la fixation d'une date postérieure en cas de fraude⁴. Cette règle dont l'application était initialement prévue jusqu'à l'expiration d'un délai de trois mois après la fin de l'état d'urgence sanitaire jouera en définitive jusqu'au 23 août 2020.

³ Covid-19 : les commissaires invités à généraliser la procédure d'alerte, LPA 20 avr. 2020, n°153f5, p. 4.

⁴ Sur ce point cf. F. Macorig-Venier, La neutralisation de la cessation des paiements au cœur des mesures d'adaptation temporaire du droit des entreprises en difficulté à l'état d'urgence sanitaire, BJE 2020/3, p.64.

Il résulte de l'article 1^{er} que davantage de procédures de conciliation peuvent être ouvertes. Il suffit en effet, lorsque des présidents de juridiction sont appelés à se prononcer sur l'ouverture d'une procédure de conciliation sollicitée par le débiteur, et ce depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance, soit le 29 mars 2020, jusqu'au 23 août 2020 désormais, de prendre en compte la situation de l'entreprise au 12 mars 2020. L'ordonnance du 20 mai 2020 a fixé une date butoir pour l'application de cette règle exceptionnelle, tandis que l'article 1^{er} de l'ordonnance du 27 mars 2020 prévoyait son application « jusqu'à l'expiration d'un délai de trois mois après la fin de l'état d'urgence sanitaire ». Selon l'article 4 de la loi n° 220-290 du 23 mars 2020 elle était alors fixée au 24 mai. Le délai de l'article 1^{er} s'achevait le 24 août. Un projet de loi avait prévu de la déplacer au 24 juillet, ce qui aurait décalé au 24 octobre l'application de ces règles. Le report de la fin de l'état d'urgence sanitaire a finalement été limité par la loi du 11 mai 2020 au 10 juillet inclus (Art. 1 I) et le gouvernement a décidé de ne pas prolonger l'application de ces mesures exceptionnelles au-delà du 23 juin⁵.

Si l'entreprise à la date du 12 mars 2020 n'était pas en état de cessation des paiements depuis plus de 45 jours la procédure de conciliation peut être ouverte, peu important qu'à la date d'ouverture de la procédure cet état existe et ce depuis plus de 45 jours. Ce cas de figure risque d'être très fréquent en raison de la très forte dégradation de la situation économique.

Une autre mesure, applicable pendant la même période, est également destinée à permettre d'ouvrir plus facilement qu'habituellement une procédure de conciliation. Il s'agit de la suppression du délai de 3 mois imposé par l'article L. 611-6 al. 2 entre la fin de la procédure de conciliation n'ayant abouti à aucun accord homologué ou constaté et une nouvelle procédure de conciliation.

Il était permis de s'interroger toutefois sur l'engouement que pourraient avoir les chefs d'entreprises pour la procédure de conciliation en pareilles circonstances et ce alors qu'aucune suspension collective des poursuites des créanciers n'était susceptible d'être prononcée par le président du tribunal, tandis qu'elle résulte automatiquement de l'ouverture de la procédure de sauvegarde. L'ordonnance du 20 mai 2020 a édicté de nouvelles mesures afin de remédier à cette situation

Un déroulement facilité par une suspension des poursuites « à la carte »

L'ordonnance du 20 mai 2020 étend les possibilités de suspension des poursuites au-delà de celles déjà prévues par l'article L 611-7 al. 5 du code de commerce, sans procéder au « branle-bas de combat » appelé par certains auteurs⁶. Par souci de préserver la confidentialité aucune suspension collective des poursuites n'est en effet rétablie, même à titre facultatif, comme cela était le cas pour le règlement amiable auquel la procédure de conciliation s'est substituée en 2005. Toutefois, on observera que ces mesures exceptionnelles s'appliqueront bien après le 23 août, jusqu'au 31 décembre inclus 2020 (Art. 10 I Ord.). L'extension temporelle de la suspension des poursuites ainsi « renforcée » s'explique

L'article 2 de l'ordonnance du 20 mai 2020 prévoit deux mesures distinctes dans deux paragraphes distincts. Elles obéissent néanmoins à quelques règles communes. Elles reposent sur une demande du conciliateur envers le créancier de suspendre l'exigibilité de sa créance et, à la suite du refus du créancier à l'issue d'un certain délai, elles supposent sur une saisine du président du tribunal ayant ouvert la procédure par le débiteur afin que celui-ci ordonne la suspension des poursuites du créancier.

Au-delà de ces quelques similitudes, quelque peu troublante à première vue, des différences s'observent entre les deux hypothèses. Dans le premier cas (Art 2 II) est visé « le créancier appelé à la conciliation » qui n'a pas accepté la suspension de l'exigibilité de sa créance pendant la procédure, tandis que dans le second cas (Art. 2 III) la loi vise plus largement « le créancier qui n'a pas accepté dans le délai imparti par le conciliateur la demande faite par ce dernier de suspendre l'exigibilité de sa créance ». En dépit de cette

⁵ Si avait été adopté le projet de loi prévoyant de la déplacer au 24 juillet et si la rédaction de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 27 mars n'avait pas été modifiée c'est jusqu'au 24 octobre que la situation des entreprises aurait été appréciée au 12 mars 2020.

⁶ F-X. Lucas, Branle- Or bas de combat, LEDEN avril 2020, n° 113f2, p. 1

rédaction extensive, les créanciers autres que ceux qui sont appelés à la négociation, paraissent plus particulièrement concernés, notamment parce que jusqu'à présent, en pratique, ce sont eux auxquels s'applique le plus souvent l'article L. 611-7 al. 5. Toutefois, selon le Rapport au Président de la République, les deux mesures peuvent se cumuler. Ce cumul se justifie en effet par la portée distincte des deux mesures instituées par l'article 2. Sur le fondement du II, la suspension individuelle des poursuites ne peut être ordonnée que pendant la durée de la procédure, tandis que le III permet une suspension plus longue, jusqu'à deux ans en application de l'article 1343-5 du code civil.

Dans cette deuxième hypothèse, sont élargies les possibilités d'application de cette disposition, déjà prévues par l'article L. 611-7, en permettant plus précocement la saisine du juge, avant même toute mise en demeure ou poursuite du créancier.

Dans la première hypothèse, il s'agit de suspendre les poursuites de chaque créancier appelé à la négociation « à la façon de l'article L. 622-21 » applicable dans les procédures de sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaire.

Les termes de l'article 2 II de l'ordonnance du 20 mai 2020 sont en effet très proches de ceux de cette disposition. Le débiteur peut demander au président du tribunal, selon le 1°, « d'interrompre ou interdire toute action en justice de la part de ce créancier tendant à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ou à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent et, selon le 2° « d'arrêter ou d'interdire toute procédure d'exécution (...) tant sur les meubles que les immeubles et toute procédure de distribution n'ayant pas produit un effet attributif avant la demande ».

S'y ajoute la possibilité, selon le 3°, de demander au président du tribunal « de reporter ou d'échelonner le paiement de sommes dues ». D'autres différences sensibles s'observent avec l'article L. 622-21 du code de commerce. Au-delà de l'application individuelle de la mesure, subordonnée la suspension des poursuites judiciairement ordonnée par le président du tribunal, l'article 2 ne s'appliquera pas nécessairement « en bloc ». Selon l'alinéa 3 de ce texte, il peut en effet être fait application du 1° ou du 2°. L'article 2 édicte bien une suspension des poursuites « à la carte » non seulement en ce qui concerne les créanciers concernés in fine par la mesure, mais également dans son contenu. A l'évidence, on peut penser qu'il en sera fait une application étendue, si bien qu'il pourrait en définitive n'y avoir guère de différences avec l'effet produit par l'application de l'article L. 622-21.

L'application la plus large de la mesure quant aux créanciers s'accompagnera d'une certaine lourdeur tout particulièrement pour le conciliateur, mais également pour le débiteur, le président du tribunal appelé à statuer à maintes reprises, enfin pour le ministère public auquel chaque ordonnance rendue sur le fondement de l'article 2 II doit être communiquée. Cela semble le prix que les rédacteurs de l'ordonnance ont estimé nécessaire de payer pour préserver la confidentialité. S'agissant du conciliateur, il lui appartient d'effectuer une démarche, semble-t-il de manière systématique, à l'égard des différents créanciers, appelés ou non à la conciliation. Il lui faudra ensuite formuler des observations que le débiteur joindra à sa requête lorsqu'il sera contraint de saisir le juge en raison du refus des créanciers d'accepter la suspension de l'exigibilité de leur créance. Ainsi, la plus ou moins grande lourdeur du dispositif pour le débiteur et le président du tribunal et, le cas échéant le Procureur de la République dépendra de la bonne volonté des créanciers.

Ajoutons enfin, qu'en cas d'interruption ou interdiction des actions en justice visées ou d'arrêt ou d'interdiction des voies d'exécution, les délais impartis à peine de déchéance ou de résolution des droits sont suspendus et non interrompus. En cas de report ou de rééchelonnement des sommes dues, les majorations d'intérêt ou pénalités prévues en cas de retard de sont pas encoures pendant le délai fixé par le président du tribunal.

S'il est précisé que ces mesures ne produisent effet que pendant la durée de la mission du conciliateur, cette durée se confondant normalement avec celle de la procédure, le bénéfice d'une telle suspension sera d'autant plus appréciable que la durée des procédures de conciliation ouvertes jusqu'au 23 août est sensiblement allongée.

Allongement de la durée de la procédure de conciliation. L'ordonnance du 27 mars comportait également une mesure concernant la durée de la procédure de conciliation, énoncée par le II de l'article 1^{er} de l'ordonnance. La rédaction ce texte était confuse. Il disposait en effet « *la période mentionnée à la première phrase du deuxième alinéa de l'article L. 611-7 (...) est prolongée de plein droit d'une durée équivalente à celle de la période prévue au I* ». Si l'on saisissait la volonté du législateur d'allonger, et ce de manière automatique (« de plein droit »), la durée des procédures de conciliation, afin à la fois de parer à l'immobilisme de la période⁷ et de « rattraper le temps perdu »⁸, force était de constater le manque de clarté de ce texte, dont les interprétations ont vite divergé. L'ordonnance du 20 mai 2020 apporte des éléments de clarification, mais pas sur tous les points. Le II de l'article 1^{er} est ainsi rédigé : « *la période mentionnée à la première phrase du deuxième alinéa de l'article L. 611-7 (...) est prolongée de plein droit d'une durée de cinq mois* ».

Demeure une certaine confusion liée au fait que plusieurs périodes sont mentionnées à l'alinéa 2 de l'article L. 611-6 auquel renvoie l'article 1 II : d'une part, la durée initiale maximale de la procédure de conciliation, qui est de 4 mois et, d'autre part, la période maximale totale de 5 mois que peut atteindre, sur prorogation, la durée de cette procédure. On peut imaginer qu'il faille interpréter le texte avec la plus grande souplesse et que la prolongation de plein droit de 5 mois prévue par le texte s'appliquera que la durée initiale des procédures en cours ait ou non été prorogée pour être portée à 5 mois⁹ de sorte que la durée totale des procédures concernées sera de 10 mois.

C'est ensuite et surtout la portée de la mesure et de l'allongement souhaité qui suscitait l'interrogation, interrogation qui perdure à certains égards.

On peut s'interroger sur les procédures auxquelles le texte est applicable : assurément ce sont les procédures en cours, ainsi que le précise l'article 5. Mais s'agit-il des procédures en cours à la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance, soit le 29 mars ou bien des procédures en vigueur à la date du début de l'état d'urgence sanitaire ainsi que cela est parfois affirmé¹⁰ ou encore au 12 mars 2020, date choisie pour apprécier la situation de l'entreprise? A défaut de précision contraire contenue dans l'ordonnance, alors que la loi du 23 mars permettait une application, si nécessaire, au 12 mars 2020 (Art 11 I L. 23 mars 2020), seule une application aux procédures en cours le 29 mars paraît envisageable, et ce en dépit de l'intérêt application anticipée ait pu être opportune. L'ordonnance du 20 mai 2020 n'a pas sur ce point non plus apporté de précisions.

Outre les procédures en cours, l'article 1 II de l'ordonnance s'applique, selon la circulaire, aux procédures ouvertes après l'entrée en vigueur de l'ordonnance et ce jusqu'au 23 août 2020. La formulation du texte antérieure à l'ordonnance du 20 mai 2020 avait conduit certains auteurs à en proposer une interprétation aboutissant à une autre solution¹¹. Même si cela peut paraître excessif, les procédures ouvertes jusqu'au 23 août 2020 auront de plein droit une durée de 10 mois. Toutefois, en pratique, il n'y a en réalité guère de risques que les procédures se prolongent trop longtemps. La loi elle-même offre les outils pour mettre fin à la procédure avant l'expiration de cette durée dérogatoire. En effet, même si cette durée prolongée s'applique d'office, de « plein droit », cela n'empêche pas qu'il soit mis fin plus tôt à la procédure en application des dispositions non modifiées régissant la procédure de conciliation. Selon l'article L. 611-7 al. 6 du code de commerce, en cas d'impossibilité de

⁷ J. Théron, Présentation de l'adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises par l'ordonnance n°2020-341 du 27 mars 2020, Gaz. Pal. 28 avr. 2020, n° 377y3 p. 88, n° 6.

⁸ J. Théron, Ordonnance du 27 mars 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises : Aménager le livre VI et prolonger les délais, mais pour combien de temps ?

⁹ En ce sens, F-X. Lucas, La conciliation au temps du Coronavirus, LEDEN mai 2020, n° 113h2, p. 1 ; L. Fin-Langer et F. Petit, Adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises - Mesures intéressant le Livre VI du Code de commerce, Act. Proc. Coll. 2020/8, alerte 105.

¹⁰ F-X Lucas, précit.

¹¹ C. notamment, J. Théron, Aménager le livre VI et prolonger les délais, mais pour combien de temps ? A propos de l'ordonnance du 27 mars 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises, BJE 2020/3, précit., n° 15.

parvenir à un accord le conciliateur présente sans délai un rapport au président du tribunal qui met alors fin à sa mission par une décision notifiée au débiteur et communiquée au ministère public. A l'inverse, la constatation de l'accord par le président du tribunal (art. L. 611-8), comme son homologation par le tribunal (Art. L. 611-10), que rien n'interdit de demander dès conclusion de l'accord mettent fin à la procédure. Le débiteur peut lui-même demander au président du tribunal à tout moment de mettre fin à la mission du conciliateur (Art. R. 611-37).

Le règlement amiable du code rural et de la pêche maritime au temps de l'urgence sanitaire : de menues retouches pour favoriser son application.

L'article 3 de l'ordonnance complète l'article 1^{er} impose d'appliquer en matière de règlement amiable « agricole » une même logique que pour la procédure de conciliation s'agissant des conditions d'ouverture de la procédure. Selon le 1^o de cette disposition, pendant la même période, le président du tribunal judiciaire ne peut refuser de désigner un conciliateur au motif que la situation du débiteur s'est aggravée postérieurement au 12 mars 2020, c'est-à-dire au motif de survenance de l'état de cessation des paiements. Cet état est en théorie exclusif de l'ouverture du règlement amiable du code rural et de la pêche maritime¹². Inspiré du règlement amiable précédemment régi par la loi du 1^{er} mars 1984 et codifié dans le livre VI du Code de commerce, procédure à laquelle le législateur a, en 2005, substitué la procédure de conciliation, le règlement amiable « agricole » est subordonné, selon l'article L. 351-1 du Code rural et de la pêche maritime, à l'établissement de difficultés financières (...) dès qu'elles sont prévisibles ou dès leur apparition ». Si la loi n'écartait pas expressément l'état de cessation des paiements, un tel état était assurément exclu dans l'esprit du législateur, aucune procédure amiable ne pouvant être ouverte dans cette hypothèse en 1988 lorsqu'il a été institué. Contrairement à la procédure de conciliation dont la loi de 2005 a permis l'ouverture en cas d'état de cessation des paiements de moins de 45 jours, les dispositions du code rural et de la pêche maritime n'ont pas connu pareille modification ni en 2005, ni ultérieurement. Il s'agit bien ainsi jusqu'au 23 août de neutraliser la survenance de l'état de cessation des paiements apparue après le 12 mars 2020 et, le cas échéant, d'ouvrir en dépit de cet état une procédure de règlement amiable.

Rien n'est prévu en revanche pour aménager, plus exactement allonger, la durée de la procédure de règlement amiable agricole, contrairement à ce qui est prévu pour la procédure de conciliation. Il est vrai que, stricto sensu, aucune durée n'est fixée par la loi s'agissant de la procédure elle-même. La seule limite temporelle contenue dans la loi est celle de la durée de la procédure de suspension des poursuites que peut prononcer le président du tribunal. Cette durée est initialement de deux mois au plus, une prorogation étant possible pour la même durée. La mesure, quoique facultative pour le président du tribunal, serait quasiment systématiquement ordonnée. A défaut de modification de l'article L. 351-5 du code rural et de la pêche maritime par l'ordonnance n°2020-341 du 27 mars 2020, ce qui aurait eu l'avantage de soumettre à cet égard le règlement amiable à des règles symétriques à celles applicables à la procédure de conciliation, la mesure de suspension des poursuites, susceptible d'être décidée par le président du tribunal, devrait relever des dispositions de l'article 3 de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période, ordonnance modifiée successivement par une ordonnance du 15 avril (n°) et une ordonnance du 13 mai 2020 (n°2020-360). Selon l'article 3 « Les mesures administratives ou juridictionnelles suivantes et dont le terme vient à échéance au cours de la période définie au I de l'article 1er sont prorogées de plein droit jusqu'à l'expiration d'un délai de trois mois suivant la fin de cette période. Le 2^o vise les « mesures d'interdiction ou de suspension qui n'ont pas été prononcées à titre de sanction ». La période définie au I de l'article 1^{er} s'étend du 12 mars 2020 jusqu'au 23 juin désormais¹³. La suspension collective des poursuites expirant

¹² L'approche théorique n'empêche pas, semble-t-il, en pratique une certaine souplesse dans l'appréciation de l'état de cessation des paiements des exploitants agricoles.

¹³ Avant la modification apportée à ce texte par l'ordonnance n° 2020-560 du 13 mai 2020 adoptée consécutivement à la prolongation de l'état d'urgence sanitaire du 24 mai au 10 juillet 2020 par

normalement le 12 mars ou entre le 12 mars et le 23 juin est de plein droit prolongée jusqu'au 23 août.

S'agissant des exploitations agricoles relevant du règlement amiable, l'article 3 de l'ordonnance du 27 mars 2020 ajoute enfin en son 2° que « lorsque l'accord ne met pas fin à l'état de cessation des paiements, ce dernier est apprécié en considération de la situation du débiteur à la date du 12 mars 2020 ». Il s'agit de permettre au président du tribunal de l'accord de constater l'accord (ou sur demande du débiteur de l'homologuer) alors même que le débiteur serait toujours, malgré l'accord, en état de cessation des paiements, ce qui n'est pas possible en temps normal. Ici encore on se contentera d'apprécier la situation du débiteur au regard de l'exigence d'absence de cessation des paiements à la date du 12 mars.

On notera enfin l'**absence de mesure spécifique en matière de mandat ad hoc**. Le recours au mandat devrait être également facilité par une appréciation de la situation de l'entreprise au 12 mars 2020, du moins si l'on considère que le mandat ad hoc est exclusif de l'état de cessation des paiements, ce qui est soutenu par une partie de la doctrine compte tenu de la logique du système¹⁴. Cette opinion n'est toutefois pas unanimement partagée, certains estimant qu'en l'absence d'exigence particulière posée par la loi quant aux difficultés rencontrées, il peut être recouru au mandat ad hoc même en cas d'état de cessation des paiements¹⁵, un tempérament étant apporté par d'autres qui considèrent qu'il ne peut y être recouru que si cet état dure depuis moins de 45 jours¹⁶.

2- Fin de l'accord de conciliation pour cause d'ouverture d'une procédure judiciaire et sort des sûretés consenties

[Cass. com., 25 sept. 2019, n° 18-15.655, FS-P+B](#) : F.-X Lucas, LEDEN, nov. 2019, n°122x2, p. 1 ; F. Pérochon, Echec de l'accord de conciliation homologué et discutabilité caducité des sûretés, BJE nov. 2019, n° 117j9, p. 1 ; R.D.B.F 2019/6, comm. 189, D. Legeais ; ibid. Comm. 216, C. Houin-Bressand ; R. Dammann et A. Alle, La fragilisation des accords de conciliation : D. 2019, point de vue 2100 ; JCP E 2020, 1022, P. Bordais ; Dict. Perm. Diff. des entreprises, Veille permanente, 30 sept. 2019, J-P. Remery ; Gaz. Pal. 5 nov. 2019, n° 362d2, p. 25, M-P. Dumont ; Defrénois 5 déc ; 2019, n° 154c8, p. 36, S. Cabrillac ; Rev. Proc. Coll. 2009, étude 30, S. Ravenne ; JCP E 2019, 1551, n°5, Ph. Pétel ; H. Bourbouloux et Ch. Fort, Il faut sauver les sûretés en conciliation, BJE janv. 2020, n° 117p6, p. 12 ; Revue des sociétés 2019 p.779, L-C. Henry.

La chambre commerciale de la Cour de cassation a pour la première fois été amenée à préciser le sort des sûretés consenties en garantie des créances faisant l'objet d'un accord de conciliation lorsqu'il est mis fin à cet accord en raison de l'ouverture d'une procédure collective, fin dont elle précise préalablement la nature juridique. Selon la Cour de cassation,

une loi n° 2020-546 du 11 mai 2020, elle s'étendait du 12 mars l'expiration d'un délai d'un mois à compter de la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire

¹⁴ C. Saint-Alary Houin et M-H Monsérié-Bon, Prévention et traitement amiable des difficultés des entreprises, LGDL-Lextenso, 2018, n° 460 ; M-L Coquelet, Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit, Dalloz Hypercours, 2017, n° 44 ; Ph. Delebecque, N. Bictin, L. Andreu, Effets de commerce et entreprises en difficulté, LGDJ-Lextenso, 18^e éd., 2018, n° 424. Voir aussi, jugeant inadapté dans ce cas le mandat ad hoc : P. Le Cannu et D. Robine, Trait de droit des affaires G. Ripert et R. Roblot, Tome 4, Droit des entreprises en difficulté, Précis Dalloz, 8^e éd., 2020, n° 92. D'autres le déconseillent : F. Pérochon, Entreprises en difficulté, LGDJ-Lextenso, 10^e éd., 2014, n° 98 ; A. Jacquemont, N. Borga, Th. Mastrullo, Droit des entreprises en difficulté, 11^e éd. 2019, n°82. Dubitatifs car la loi ni le permet ni l'interdit : n° 48 J. Vallansan avec la collaboration de L. Fin-Langer, Guide des procédures collectives 2018, LexisNexis, 2018.

¹⁵ L. Fin-Langer et F. Petit, précit.

¹⁶ F.-X. Lucas, ; Manuel de droit de la faillite, Puf, 2^e éd., 2018, n° 46 ; P-M Le Corre, Droit et pratique des procédures collectives, 2019/2020, n° 123-114..

la fin de l'accord s'analyse en une caducité et aboutit à la remise en question des sûretés octroyées. L'arrêt, à paraître au Bulletin, a suscité des réactions très partagées.

En l'espèce, un dirigeant social avait garanti par des cautionnements limités à un certain montant une ouverture de crédit et un prêt qu'une banque avait octroyés à sa société. A l'issue d'une procédure de conciliation ouverte à l'égard de la société, un accord fut conclu et ces dettes furent réduites et de nouveaux cautionnements consentis par le dirigeant. Malheureusement, les difficultés persistèrent et fut ouverte une procédure de redressement judiciaire, convertie ensuite en liquidation judiciaire. La banque engagea des poursuites en paiement à l'encontre de la caution en exécution des engagements souscrits dans le cadre de l'accord. La caution fut condamnée à paiement en première instance mais la cour d'appel infirma la décision. La banque forma alors un pourvoi à l'encontre de l'arrêt d'appel. La Cour de cassation rejeta le moyen du pourvoi principal, seul examiné ici. Elle approuve les juges du fond d'avoir considéré que l'ouverture d'une procédure entraînait la caducité de l'accord dans son intégralité, à la fois en ce qui concerne les abandons – partiels - de créances et les cautionnements garantissant ces créances.

Selon la Cour de cassation, il convient tout d'abord de considérer que « la fin de l'accord », emportée de plein droit par l'ouverture de la procédure, constitue en réalité une caducité. Telle est la qualification qui avait été préconisée par certains auteurs¹⁷. Elle était toutefois écartée par d'autres, préférant y voir une résolution de plein droit¹⁸ considérant que la caducité est inadaptée car il résulte de l'article 1186 alinéa 1^{er} du code civil qu'elle sanctionne la disparition, en cours d'exécution du contrat, de l'un de ses « éléments essentiels ». Les premiers soutiennent que précisément l'absence de procédure collective serait un élément essentiel¹⁹ ou, du moins, que la survenance d'une telle procédure aurait une incidence sur le contenu du contrat, perdant alors sa raison d'être²⁰. Cela est douteux car il s'agit d'un événement extérieur au contrat²¹, et même si cet événement empêche son exécution, « l'impossibilité d'exécuter » ne paraît pas pouvoir conduire à la caducité, une telle impossibilité faisant précisément l'objet d'une réglementation spécifique (art. 1351 et 1351-1 C. Civ.)²². S'il est vrai que l'article 1187 du code civil précise que « la caducité met fin du contrat », ce qui n'est pas sans évoquer la formule de l'article L. 611-12 du code civil, il n'en demeure pas moins que les effets de la caducité restent imprécis. En particulier, la question de sa rétroactivité n'est pas tranchée par ce texte, qui ne l'exclut pas non plus, les dispositions de l'alinéa 2 renvoyant à une possible application des restitutions prévues aux articles 1352 à 1352-9²³. Ce silence, volontairement gardé selon le Rapport au Président de la République, a finalement imposé à la Cour de cassation de se fonder sur le droit spécial pour préciser les effets de la caducité de l'accord...

La chambre commerciale de la Cour de cassation, retenant la caducité de l'accord du fait de l'ouverture de la procédure, lui fait produire de pleins effets, affirmant que « *l'échec de cet accord a entraîné la caducité de celui-ci dans son intégralité, qu'il s'agisse des abandons*

¹⁷ P-M Le Corre, n° 145-221 ; F-X. Lucas, Manuel de droit de la faillite, Puf, 2^e éd., 2018, n° 43

¹⁸ C. Saint-Alary Houin et M-H Monsérié-Bon, Prévention et traitement amiable des difficultés des entreprises, LGDJ-Lextenso, 2018, n° 626 ; P. Le Cannu et D. Robine, Droit des entreprises en difficulté, Dalloz, 8^e éd. 2020 ; M-L. Coquelet, Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit, Dalloz, HyperCours, 6^e éd., 2017 ; J. Vallansan, avec la collaboration de L. Fin-Langer, Guide des procédures collectives, Lexisnexis 2018, n° 69. Critique à l'égard de la qualification de caducité : F. Pérochon, précit. En faveur plutôt de la résolution qui constitue la sanction de l'inexécution d'un contrat : H. Bourbouloux et Ch. Fort, précit.

¹⁹ J-P. Remery, précit.

²⁰ Ph. Pétel, précit. Jugeant également que cette « qualification convient parfaitement » : F-X. Lucas précit.

²¹ G. Chantepie et M. Latina, Le nouveau droit des obligations : Dalloz, 2^e éd., 2018, n° 493. - J.-B. Seube, L'article 1186 du projet : la caducité : RDC 2015, p. 769

²² F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, Droit civil Les obligations, précis Dalloz, 12^e éd. 2019, n°

²³ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, précit, n° 594.

de créances comme des engagements de caution », après avoir énoncé que « si selon l'article L. 611-12 du code de commerce (...) le créancier qui a consenti à celui-ci des délais ou des remises de dettes dans le cadre de l'accord de conciliation recouvre l'intégralité de ses créances et des sûretés qui les garantissaient, il ne conserve pas le bénéfice des nouvelles sûretés obtenues dans le cadre de l'accord ».

Selon la Cour de cassation, la caducité de l'accord emporte remise en question des abandons de créances, des délais, mais également des cautionnements consentis ou plus largement des nouvelles sûretés consenties dans le cadre de l'accord. L'article L. 611-12 du code de commerce, ainsi qu'elle l'indique, donne des précisions à cet égard et fait produire une certaine rétroactivité à la fin de l'accord : en effet, il est précisé que les créanciers recouvrent l'intégralité de leurs créances et sûretés déduction faite des sommes perçues. La remise en question de l'accord, qu'il n'est plus possible d'exécuter du fait de l'ouverture d'une procédure collective, paraît logique. Sont visées assurément ici les créances « anciennes » pour lesquelles un retour à l'état antérieur est prévu : avec l'anéantissement des remises, la « réactivation » des sûretés d'origine. A fortiori les délais sont eux-mêmes anéantis. Logiquement, tandis que revivent les sûretés anciennes, les nouvelles sûretés constituées en garantie de ces dettes anciennes sont remises en question. Constituant la contrepartie des efforts consentis par le créancier dans le cadre de l'accord, elles sont emportées par sa caducité. Peu importe, au demeurant, que les cautionnements aient été naturellement octroyés par acte séparé, la caducité d'un contrat provoquant celle des contrats liés comme participant la « réalisation d'une même opération » et le maintien de l'accord disparu constituant assurément une « condition déterminante » du consentement du dirigeant caution²⁴. On peut y voir également une application de la théorie de l'accessoire²⁵. Juridiquement fondée, encore que certains objectent que le cautionnement destiné à couvrir le risque supplémentaire pris devrait être maintenu²⁶, la solution est néanmoins discutée en opportunité²⁷.

Pour autant, l'article L. 611-12 auquel la Cour de cassation se réfère prévoit expressément une limite à cette rétroactivité tenant à l'affirmation du maintien du privilège de l'article L. 611-11. Ce privilège garantit, non les dettes anciennes même réaménagées, mais des créances nouvelles résultant de la « *new money* » ou de la fourniture de biens ou de services en vue d'assurer la pérennité de l'entreprise. Le législateur réserve ainsi bien le cas des dettes nouvelles. Il ne prévoit certes que le maintien de ce privilège. Cela signifie-t-il que seul ce privilège s'applique à l'exclusion de toute autre sûreté, ou bien, au contraire, est-ce l'expression d'un principe général visant au maintien des sûretés consenties en garantie des dettes nouvelles, résultant de l'argent frais mis à disposition de l'entreprise ou de services ou livraisons effectuées en application d'un accord ? La limite apportée ne saurait en effet valoir que pour les prestations effectuées. Au demeurant, la doctrine, en l'absence de précision sur les effets de la caducité, rétroactivité ou non, invite à opérer les mêmes distinctions qu'en matière de résolution, suggérant de « distinguer selon que les prestations échangées en exécution du contrat caduc ont trouvé ou non leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat »²⁸.

La Cour de cassation n'apporte aucune précision à cet égard. La portée de la décision rendue est-elle limitée au seul cas de dettes anciennes et des sûretés nouvelles les garantissant ou bien la décision a-t-elle une portée plus large ? La formule de départ ne fait pas de distinction, et une première lecture rapide de l'arrêt pourrait paraître concerner tous les cas de figure, toutes les sûretés nouvelles. L'arrêt constituerait alors une véritable bombe et appellerait les plus franches réserves... Les créanciers en pratique ne se contentent guère dans les affaires les plus importantes du privilège de l'article L. 611-11, même si le sort en a

²⁴ En ce sens, Ph. Pétel, précit.

²⁵ M-P Dumont, précit.

²⁶ F. Pérochon, précit.

²⁷ S. Cabrillac, précit.

²⁸ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénédedé, *ibidem*. En ce sens pour Ice qui concerne les effets de la caducité de l'accord, F-X. Lucas, précit.

été amélioré au fil des dernières réformes. Les fiducies sûretés fleurissant dans ces circonstances²⁹. Toutefois, une seconde lecture plus attentive invite à plus de prudence dans l'interprétation³⁰. En effet, il est bien renvoyé à la seule hypothèse de dettes anciennes par la référence à la première phrase de l'article L. 611-12 seulement. Seules des dettes anciennes étaient par ailleurs concernées. Assurément une clarification s'impose et l'on comprend aisément l'appel en ce sens lancé par les praticiens³¹ au législateur en charge de réformer le droit des sûretés et d'articuler ce droit avec le droit des entreprises en difficulté.

²⁹ R. Damman et A. Alle, précit ; Ch. Caviglioli et F. Macorig-Venier, Les créances garanties, in Dossier, « Le traitement des créances : pratique et actualités », BJE janv. 2017, n° 114d8, p. 63

³⁰ P. Bourdias, précit. n° 10.

³¹ H. Bourbouloux et Ch. Fort, précit.