



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

*RÉFORME DU DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ PAR L'ORDONNANCE N° 2008-
1345 DU 18 DÉCEMBRE 2008 ET LE DÉCRET N° 2009-160 DU 12 FÉVRIER 2009*

FRANCINE MACORIG-VENIER

Référence de publication : **RTD Com. 2009 p.436**

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

RÉFORME DU DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ PAR L'ORDONNANCE N° 2008-1345 DU 18 DÉCEMBRE 2008 ET LE DÉCRET N° 2009-160 DU 12 FÉVRIER 2009

(L.-C. HENRY, MANDAT AD HOC ET CONCILIATION, IN RÉFORME DU DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ, DICT. PERM., N° SPÉC. 302-1, MARS 2009 ; TH. MONTÉLAN, LA RÉFORME DE LA PRÉVENTION DES DIFFICULTÉS, D. 2009. CHRON. 639 ; A. LIENHARD, D. 2009. CHRON. 110 ; PH. PÉTEL, LE NOUVEAU DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ : ACTE II, JCP E 2009. 1049, N° 6 À N° 12 ; I. ROHART-MESSAGER, L'AMÉLIORATION DE LA PRÉVENTION, GAZ. PAL. 2009, N° 66, P. 5 ; PH. ROUSSEL-GALLE, PREMIER APERÇU SUR L'ORDONNANCE DU 18 DÉCEMBRE 2008 RÉFORMANT LE DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ, GAZ. PAL. 2008, N° 257, P. 3 S., N° 6 À N° 11 ; A. LIENHARD, RÉFORME DU DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ : PRÉSENTATION DU DÉCRET DU 12 FÉVRIER 2009, D. 2009. CHRON. 420)

Annoncée par le Président de la République dans son discours prononcé à l'occasion de la commémoration du bicentenaire du code de commerce en septembre 2007, la réforme du droit des entreprises en difficulté a vu le jour dans un contexte sombre de crise financière et économique. Cette réforme résulte à la fois d'une ordonnance du 18 décembre 2008 adoptée sur habilitation du Parlement contenue à l'article 74 de la loi n° 2008-776 de modernisation de l'économie du 4 août 2008 et d'un décret n° 2009-160 du 12 février 2009. Le dispositif est entré en vigueur le 15 février 2009 et s'applique aux procédures ouvertes à compter de cette date. D'autres dispositions ont été depuis adoptées, notamment quant à l'octroi des remises des dettes publiques, considérablement assouplies (art. 20, L. n° 2009-179 du 17 févr. 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés). Est également à signaler un décret instituant dans les dispositions réglementaires du code rural un chapitre concernant le soutien aux exploitations agricoles en difficulté : compte tenu de leur champ d'application étroit, ces mesures seront examinées à part. De manière générale, la présente réforme a pour objectif, selon le rapport au Président de la République, de « renforcer l'efficacité » des règles instaurées par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 et de « tirer les conséquences des difficultés rencontrées par les praticiens ». L'objectif principal est de « rendre la procédure de sauvegarde plus accessible et plus attractive ». La procédure de sauvegarde participe bien des mesures de prévention, même si sa nature judiciaire lui confère une parenté étroite avec le redressement judiciaire surtout, et la liquidation judiciaire à certains égards.

Toutefois, elle fait l'objet d'un traitement particulier au sein du livre VI du code de commerce : elle est régie par le titre 2, tandis que le titre 1^{er} « De la prévention des difficultés des entreprises » régit des mesures diverses dont le point commun est de tendre à l'adoption de solutions amiables aux difficultés des entreprises. Ce sont ces mesures dont il est exclusivement question dans la présente chronique. Les concernant, les rédacteurs de l'ordonnance ont « simplement » recherché « l'amélioration » du dispositif existant, lequel, en effet, donnait globalement satisfaction, même si, sur certains aspects, il était perfectible (cf. F. Macorig-Venier et C. Caviglioli, Le point sur la conciliation, *in* Pratique, contentieux et réforme de la loi de sauvegarde, Actes colloque Toulouse, 17 et 18 janv. 2008, Rev. proc. coll. 2008, n° 2, p. 78 s.).

L'amélioration des règles légales existantes consiste à clarifier un certain nombre d'entre elles, ambiguës ou imprécises selon les cas. Sur fond de clarification, le législateur opère des modifications plus profondes, du moins en apparence, certaines d'entre elles consacrant en réalité la pratique. Ces modifications reposent sur différentes préoccupations, telles que le souci de rassurer le chef d'entreprise, voire de l'encourager à s'engager dans une démarche de « prévention » (préoccupations plus particulièrement sensibles en matière de détection et de mandat *ad hoc*). Il s'agit également (en matière de conciliation) de favoriser la négociation d'un accord et de rééquilibrer les dispositions légales en faveur de l'accord simplement constaté, seule issue préservant la confidentialité chère à la pratique. Dans le même temps, dans la procédure de conciliation, le rôle du ministère public est accru afin d'éviter, ou, à défaut, de contrôler des abus éventuels. Si les rédacteurs de l'ordonnance ont, dans l'ensemble, satisfait aux objectifs fixés, des regrets peuvent néanmoins être formulés. Compte tenu de ces observations, nous évoquerons les améliorations apportées aux règles relatives à la détection et au mandat *ad hoc*, d'une part, et, d'autre part, les améliorations aux règles relatives à la procédure de conciliation.

Les améliorations apportées aux règles relatives à la détection des difficultés et au mandat *ad hoc*

En matière de détection, concernant **l'alerte du président** du tribunal régie par l'article L. 611-2, I, alinéa 1^{er}, du code de commerce, quelques modifications sont à signaler participant de la volonté des rédacteurs de l'ordonnance de rassurer le chef d'entreprise en préservant la confidentialité.

En premier lieu, *l'entretien* sur lequel débouche la convocation adressée par le président du tribunal au chef d'entreprise, se déroule désormais en tête-à-tête avec le président. La loi assure la confidentialité de l'entretien lui-même en supprimant la présence du greffier à cet entretien. L'article 2 du décret modifie en ce sens l'article R. 611-11 du code de commerce.

En second lieu, aucune autre personne que le président de la juridiction ne peut, à l'issue de cet entretien ou, en cas de carence, procéder à des investigations sur la situation de l'entreprise. La loi écarte à ce stade toute possibilité pour le président du tribunal de désigner un *expert* pour établir un rapport sur la situation économique et financière de l'entreprise. L'article L. 611-6 dans son alinéa 5 limite en effet de telles investigations à l'hypothèse où le président a ouvert une procédure de conciliation. Rappelons que, toutefois, conformément à l'article L. 611-2, I, alinéa 2, le président peut toujours obtenir lui-même communication de renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation de l'entreprise de la part de différentes personnes : commissaire aux comptes, représentants du personnel, organismes de sécurité sociale et de prévoyance, services chargés de la centralisation des risques bancaires.

Une dernière remarque s'impose enfin pour signaler que l'alerte du président du tribunal demeure une *prérogative limitée au seul président du tribunal de commerce et concerne seules certaines entreprises* (« les sociétés commerciales et les GIE » ainsi que « les entreprises individuelles commerciales et artisanales »). La réforme n'a pas été l'occasion de redonner compétence au président du tribunal de grande instance pour les personnes ne relevant pas de l'alerte du président du tribunal de commerce, compétence « perdue » en 2005 de manière jugée curieuse par les uns (P. Le Cannu, *Entreprises en difficulté*, Dalloz, 7^e éd., 2007, n° 55 ; F. Macorig-Venier, cette Revue 2005. 829) mais que d'autres auteurs avaient expliqué par la volonté d'éviter des conflits entre le président du tribunal de grande instance et les autorités de tutelle dont relèvent les professionnels exerçant une activité civile réglementée (M.-L. Coquelet, *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit*, Dalloz, coll. Hypercours, 2^e éd., 2006, n° 37). Le silence gardé ici est d'autant plus frappant que le législateur est venu prendre soin de préciser la compétence en matière de mandat *ad hoc*.

En matière de mandat *ad hoc* , plusieurs modifications sont à signaler. Celles-ci, à certains égards, rapprochent le mandat *ad hoc* de la procédure de conciliation, en élargissant les règles communes à ces deux mécanismes. À d'autres égards, cependant, en raison du refus d'une modification proposée, le mandat *ad hoc* conserve opportunément sa singularité par rapport à la procédure de conciliation, singularité qui en constitue le principal attrait : la confidentialité.

Par souci de clarification, *la compétence matérielle du président est précisée et alignée sur celle prévue en matière de conciliation* : il s'agit, selon un nouvel alinéa ajouté à l'article L. 611-3 de la compétence du président du tribunal de commerce si le débiteur exerce une activité commerciale ou artisanale et de la compétence du TGI dans les autres hypothèses. Auparavant, en l'absence de règles spéciales, la désignation d'un mandataire *ad hoc* pour les personnes exerçant une activité artisanale au sens de la jurisprudence, relevait de la compétence du président du tribunal de grande instance.

Par ailleurs, le « débiteur » (telle est désormais la terminologie curieusement employée à ce stade, au lieu et place de la référence au « représentant de l'entreprise », mais s'expliquant par un souci d'harmonisation des différentes dispositions légales : cf. B. Saintourens, Les conditions d'ouverture des procédures après l'ordonnance du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, Rev. proc. coll. 2009, n° 1, p. 40 s., n° 2) *peut proposer le nom du mandataire ad hoc* au président de la juridiction saisi, ainsi que le précise l'alinéa 1^{er} de l'article L. 611-3. Se sachant accompagné par une personne qu'il connaît ou qui lui a été recommandée par un autre chef d'entreprise ou un conseil, le chef d'entreprise sollicitera d'autant plus facilement le président de la juridiction aux fins de désignation d'un mandataire *ad hoc*. Dans ce cas, il devra, dans sa requête, indiquer l'identité et l'adresse de la personne ainsi proposée, précise le nouvel alinéa 3 ajouté à l'article R. 611-18 du code de commerce. Cette précision légale consacre une pratique largement répandue. Elle aboutit à l'adoption d'une règle identique à celle existant déjà en matière de conciliation depuis 2005 et, désormais, dans la procédure de sauvegarde pour la désignation de l'administrateur, laquelle demeure cependant facultative en deçà de certains seuils. En revanche, le très lourd dispositif de récusation du conciliateur désigné par le président du tribunal n'a pas été reproduit ici.

Sous cette réserve, peut être observé un autre élément de rapprochement avec les règles applicables dans la conciliation : *un recours est désormais ouvert au « débiteur » à l'encontre de la décision de refus de désignation du président* alors qu'auparavant aucun recours n'était possible en l'absence de décision même de rejet de la demande, la loi prévoyant alors seulement que le défaut de réponse à l'issue du délai d'un mois valait refus de désignation. Le recours dont dispose ainsi le débiteur est un appel selon l'article R. 611-20 modifié par le décret du 12 février 2009. Le régime de l'appel est défini par renvoi à l'article R. 611-26, « texte de référence » (J.-P. Rémy, Les voies de recours dans la réforme de la loi de sauvegarde des entreprises, JCP 2009. I. 129) régissant les recours formés dans la procédure de conciliation, tant à l'encontre de la décision de refus du conciliateur, qu'à l'encontre de la décision de refus de prorogation de la mission du conciliateur. Cet appel est formé par déclaration remise ou adressée au greffe par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, le débiteur étant dispensé du ministère de l'avocat ou de l'avoué. Instruit et jugé selon les règles applicables en matière gracieuse devant le tribunal de grande instance, cet appel doit être effectué un délai de dix jours à compter de la notification de la décision, conformément à l'article R. 661-3 du code de commerce, texte désormais applicable y compris en mandat *ad hoc* et conciliation, sauf disposition contraire expresse, absente ici. Le président dispose de la possibilité de se rétracter dans les cinq jours de la déclaration d'appel.

Si ces modifications contribuent au rapprochement du mandat *ad hoc* avec la procédure de conciliation, le mandat *ad hoc* conserve néanmoins sa spécificité.

Le ministère public reste en effet, tenu à distance, contrairement à la mesure envisagée dans l'avant-projet d'ordonnance. La décision désignant le mandataire *ad hoc* ne lui est pas communiquée, afin d'éviter d'effrayer le chef d'entreprise. La situation contraste avec celle de la conciliation où le ministère public voit son rôle renforcé (ce que justifie sans doute l'existence éventuelle de difficultés constitutives de l'état de cessation des paiements).

Les améliorations apportées aux règles régissant la procédure de conciliation

Les innovations d'inégale importance réalisées par la réforme reposent sur des objectifs variés. Pour plus de clarté, elles seront présentées « chronologiquement » en commençant par les

mesures relatives à l'ouverture de la procédure de conciliation, en poursuivant par celles qui concernent son déroulement, enfin en terminant par celles qui touchent à l'issue de cette procédure, c'est-à-dire à l'accord lui-même et à son devenir.

L'ouverture de la procédure de conciliation

- Les *conditions d'ouverture* de la procédure de conciliation relatives à la nature des difficultés éprouvées n'ont pas été modifiées par la présente réforme. Toutefois, les changements opérés, tant en ce qui concerne la procédure de sauvegarde que la procédure de redressement, auront une influence sur la procédure de conciliation. Par ailleurs, les dispositions nouvelles ajoutent à ces conditions une exigence nouvelle.

Les conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde ont en effet été élargies, la sauvegarde pouvant désormais être ouverte sans que le débiteur ait à justifier de difficultés qu'il ne peut surmonter de nature à le conduire à l'état de cessation des paiements. Ainsi, plus souvent que par le passé la procédure de sauvegarde entrera en concurrence avec la procédure de conciliation, laquelle peut être ouverte en présence de difficultés prévisibles. En outre, de manière indirecte, l'ouverture de la procédure de conciliation sera influencée par les précisions nouvelles apportées à la notion d'état de cessation des paiements. En effet, la procédure de conciliation peut être ouverte même en cas de cessation des paiements, dès lors que cet état n'est pas survenu depuis plus de quarante-cinq jours. L'article L. 631-1 du code de commerce est complété par un nouvel alinéa précisant que « le débiteur qui établit que les réserves de crédit ou les moratoires dont il bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face au passif exigible avec l'actif disponible n'est pas en cessation des paiements ». Cette précision revient à consacrer la jurisprudence de la Cour de cassation (Com. 27 févr. 2007, n° 06-10.170, Rev. proc. coll. 2007. 222, obs. B. Saintourens ; JCP E 2007. 2119, n° 1, obs. Ph. Pétel. - Com. 18 mars 2008, n° 06-20.510, Gaz. Pal. 2008, n° 211, p. 31, obs. Ch. Lebel ; D. 2008. AJ. 982, obs. A. Lienhard ; Rev. proc. coll. 2008. 114, obs. B. Saintourens). Or, dès lors qu'une procédure de conciliation est ouverte dans de telles circonstances, elle exclut toute ouverture d'une procédure de redressement ou liquidation judiciaire à l'initiative d'un créancier, du ministère public ou du tribunal d'office (cf. art. L. 631-5 c. com. et art. L. 640-5). Le législateur a, semble-t-il, craint l'utilisation répétée

de la procédure de conciliation afin d'échapper à ce risque.

C'est pourquoi il a posé la règle selon laquelle « une nouvelle procédure de conciliation ne peut être ouverte dans les trois mois qui suivent ». La portée de cette règle est cependant quelque peu incertaine. En effet, si la volonté des rédacteurs de l'ordonnance semblait d'éviter la succession de procédures de conciliation, le texte édictant cette règle paraît lier l'impossibilité d'ouvrir une nouvelle conciliation dans ce délai de trois mois à l'hypothèse où la procédure s'est achevée sans qu'un accord ait été conclu et une demande d'homologation formée avant l'expiration de la durée de la procédure. En effet, la phrase complète dans laquelle est formulée la règle est rédigée ainsi : « À défaut, elles prennent fin de plein droit et une nouvelle conciliation ne peut être ouverte dans les trois mois qui suivent ». Ce sont les missions du conciliateur et la procédure qui prennent fin automatiquement en l'absence de demande d'homologation formée avant l'expiration de la durée fixée par le président pour la durée de la procédure. L'interdiction d'une nouvelle conciliation concernerait alors cette situation particulière où la procédure a pris fin de plein droit faute de demande d'homologation avant l'expiration du délai. Si l'on se réfère au texte du décret, l'approche est plus large, l'article R. 611-22 prescrivant au débiteur « de fournir dans sa requête une attestation sur l'honneur certifiant l'absence de procédure de conciliation dans les trois mois précédant la date de la demande ». Il n'est pas distingué ici selon que la procédure de conciliation a pris fin de plein droit ou suite à l'homologation d'un accord. La lettre de la loi est ainsi en contradiction avec la lettre du décret, mais également, semble-t-il avec son esprit le rapport au président de la République indiquant de manière évasive à propos de l'article 3 de l'ordonnance que celui-ci « clarifie les règles applicables à la durée de cette procédure afin d'éviter que celle-ci ne se prolonge à l'excès alors qu'une procédure collective serait plus adaptée. Ainsi, il est désormais indiqué qu'une nouvelle procédure ne peut être ouverte dans les trois mois suivant la fin de la mission du conciliateur ». Il appartiendra aux juges de résoudre cette regrettable contradiction guère mise en évidence. Un auteur a simplement évoqué la possibilité d'une « nouvelle mission » (G. Teboul, préc.) qu'un autre a exclu en se fondant sur le décret (Th. Montéran, préc.).

- S'agissant des innovations relatives aux *aspects procéduraux de l'ouverture de la procédure de conciliation*, il convient d'observer tout d'abord que la *requête aux fins d'ouverture* de la

procédure doit contenir un élément nouveau : il s'agit d'une attestation sur l'honneur du débiteur certifiant l'absence de procédure de conciliation dans les trois mois précédant la date de la demande (art. R. 611-22, 5°, c. com.).

Ensuite et surtout, il importe d'indiquer que la décision d'ouverture peut désormais faire l'objet d'un *recours de la part du ministère public*. L'article L. 611-6, alinéa 3, lui reconnaît le pouvoir de faire appel de la décision d'ouverture de la procédure qui doit lui être communiquée. Cet appel est, selon l'article R. 611-26-1 instruit et jugé selon la procédure sans représentation obligatoire. Selon le rapport au Président de la République, ainsi que cela a été précédemment indiqué, cette voie de recours a vocation à être exercée si une précédente procédure de conciliation s'était achevée moins de trois mois avant l'ouverture de la procédure de conciliation concernée.

Signalons, enfin, que le *législateur élargit le cercle des personnes auxquelles est communiquée la décision d'ouverture*. Outre le ministère public et l'autorité ou l'ordre dont relève le professionnel exerçant une activité civile réglementée, est dorénavant également concerné le commissaire aux comptes « si le débiteur est soumis au contrôle légal de ses comptes ». La mesure est assurément opportune dans son principe car, depuis la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 (cf. nos obs., cette Revue 2005. 829, spéc. 831), les commissaires aux comptes sont, en cas d'ouverture de la procédure de conciliation (tout comme, au demeurant, en cas d'ouverture de la procédure de sauvegarde), relevés de leur devoir de déclencher l'alerte (art. L. 612-3, al. 6, c. com. pour les personnes morales de droit privé non commerçantes ; art. L. 234-4 c. com. pour les sociétés commerciales. À cet égard, il est permis de regretter que la rédaction de l'art. L. 251-15 du même code relatif à l'alerte du commissaire aux comptes dans les GIE où la précision équivalente avait été omise, n'ait pas été modifiée). Dès lors, aucune atteinte à la confidentialité ne peut résulter de cette obligation de communication, contrairement à ce qui a pu être affirmé par certains auteurs (Th. Montéran, La réforme de la prévention des difficultés, D. 2009. Chron. 639, spéc. 640). Notons cependant que la formulation de la règle est maladroite en ce qu'elle vise l'hypothèse où le débiteur est soumis au contrôle légal de ses comptes, ce qui, si l'on se livrait à une interprétation *a contrario* pourrait conduire à exclure l'obligation de communication lorsque le débiteur a spontanément recours aux services d'un commissaire aux comptes.

S'agissant des aspects procéduraux touchant à l'ouverture de la procédure, il reste à observer que la réforme a négligé d'apporter la moindre précision sur l'information éventuelle des représentants du personnel préalablement à l'ouverture de la procédure, laquelle est pourtant sujette à discussion (cf. F. Macorig-Venier et C. Caviglioli, préc., n° 8 et n° 9).

Les améliorations apportées au déroulement de la procédure souffrent également de quelques insuffisances.

Le déroulement de la procédure de conciliation

De manière timide, le déroulement de la procédure et, par voie de conséquence, la négociation, sont facilitées par deux mesures, la première touchant indirectement à la durée de la procédure, l'autre aux délais de paiement susceptibles d'être accordés par le président du tribunal en application des articles 1244-1 et suivants du code civil.

- S'agissant de la *durée de la procédure*, aucune extension du délai légal maximum jugé trop bref (quatre mois, sous réserve d'une prorogation maximale d'un mois) n'est réalisée. Cependant, afin de laisser aux parties davantage de temps pour négocier si l'homologation est envisagée, le législateur prévoit une prolongation automatique de la procédure et de la mission du conciliateur jusqu'à la décision du tribunal statuant sur l'homologation. Telle est la précision apportée en ce sens par l'article L. 611-6, alinéa 2 : « si une demande d'homologation a été formée (...), avant l'expiration de cette période, la mission du conciliateur et la procédure sont prolongées jusqu'à la décision du tribunal ».

- Quant aux *délais de grâce* que peut octroyer le président du tribunal au débiteur poursuivi par ses créanciers, ils peuvent être plus précocement ordonnés. Selon l'article L. 611-7, alinéa 5, tel que modifié par l'ordonnance, le débiteur pourra, en effet, en faire la demande dès la mise en demeure adressée par le créancier, sans attendre d'avoir fait l'objet de poursuites en paiement. Le décret du 12 février 2009 entérine cet élargissement des conditions de la demande en modifiant l'article R. 611-35 précisant le contenu de l'assignation effectuée par le débiteur. Il est regrettable que le législateur ne soit pas venu répondre à une interrogation mise en évidence par des

décisions ayant statué dans des sens différents, interrogation sur le point de savoir si la demande de délais auprès du président du tribunal pouvait être formée par le débiteur alors que des poursuites avaient été engagées avant la décision d'ouverture de la procédure. La Cour de Versailles avait répondu positivement à cette question dans un arrêt du 19 octobre 2006 (cf. nos obs., cette Revue 2007. 830), tandis que la cour de Pau y a répondu négativement dans une décision du 17 janvier 2008 (cf. cette Revue 2008. 848, avec nos obs.). L'ordonnance de 2008 a, au contraire, veillé à clarifier les dispositions légales quant à l'octroi de délais sur le fondement des dispositions des articles 1244-1 et suivants du code civil en complément de l'accord négocié par les parties, accord auquel la procédure de conciliation est censée aboutir.

L'issue de la procédure de conciliation : l'accord de conciliation et son devenir

La réforme apporte ici de nombreuses retouches principalement destinées, selon les rédacteurs de l'ordonnance, à clarifier des dispositions ambiguës ou imprécises. Il apparaît que certaines de ces modifications accentuent le caractère contractuel des mesures de sauvetage ou encore favorisent la voie confidentielle en rapprochant sensiblement le régime de l'accord constaté de celui de l'accord homologué. Seront successivement exposées les règles nouvelles relatives aux mesures de sauvetage elles-mêmes puis à l'accord homologué, enfin à l'accord constaté.

- *Les règles relatives aux mesures de sauvetage* sont issues à la fois de l'ordonnance du 18 décembre 2008, de la LME du 4 août 2008 et d'une loi ultérieure du 17 février 2009. Tout en rejetant fermement toute coercition et en manifestant sa volonté de faire refluer des mesures contraires au droit commun, la loi lève certains freins à la contribution des créanciers publics et assimilés au sauvetage de l'entreprise.

Le législateur cherche à écarter les règles contraires au droit commun. Ainsi, il entend *exclure toute mesure coercitive* et supprime à cette fin toute référence aux délais de paiement des articles 1244-1 et suivants du code civil des dispositions de l'article L. 611-8, II, 3°. Rappelons que c'est cette disposition qui énonce les conditions de l'homologation de l'accord de conciliation par le tribunal. Parmi ces conditions, il était nécessaire que « l'accord ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers non-signataires, sans préjudice de l'application qui peut être faite des articles 1244-

1 à 1244-3 du code civil ». La rédaction de cette disposition autorisait une application de délais de grâce aux créances non incluses dans l'accord homologué, à l'instar de la solution résultant, il est vrai plus clairement, des dispositions de l'ancien article L. 611-4, VIII. Une telle interprétation heurtait pourtant la volonté législative de renforcer le caractère consensuel des solutions adoptées et de revenir au droit commun (F. Macorig-Venier et C. Caviglioli, préc. n° 25 ; Ph. Roussel-Galle, « Etre » ou « avoir été ». À propos de l'application des articles 1244-1 et suivants du code civil lors de l'homologation de l'accord de conciliation, LPA 2008, n° 160, p. 5). C'est ce que confirme le rapport au Président de la République, indiquant que « l'article 5 (de l'ordonnance) supprime une précision superflue relative aux délais de paiements accordés au cours de la procédure de conciliation par le président du tribunal saisi de cette procédure qui avait pu laisser croire que de tels délais pouvaient également être imposés dans le jugement homologuant l'accord de conciliation aux créanciers non-signataires de cet accord ». Aucun délai de paiement ne peut désormais être accordé en complément de l'accord homologué. Le droit commun retrouve son empire.

Il en va de même sur le terrain de *la responsabilité des créanciers dispensateurs de crédit*. Le champ d'application de l'article L. 650-1 est en effet modifié. Le principe d'irresponsabilité pour soutien abusif posé par ce texte, qui connaît par ailleurs d'autres modifications (cf. R. Routier, Les retouches de l'article L. 650-1 du code de commerce, Gaz. Pal. 2009, n° 69, p. 53) n'est plus applicable qu'en cas de procédure de sauvegarde, redressement judiciaire ou liquidation judiciaire. La solution peut paraître surprenante car de nature à décourager les créanciers de prêter leur concours à la solution amiable de sauvetage de l'entreprise (il s'agit peut-être de les inciter à se tourner vers la procédure de sauvegarde sur laquelle les rédacteurs de l'ordonnance souhaitent mettre l'accent). Elle est d'autant plus surprenante que, dans le même temps, le législateur cherche à favoriser l'implication des créanciers publics dans le rétablissement de l'entreprise.

Si la solution de sauvetage de l'entreprise ne peut être bâtie que sur la base d'efforts librement consentis par les créanciers, il n'en demeure pas moins que les conditions imposées à certains d'entre eux, les *créanciers dits publics et assimilés*, demeureraient restrictives malgré l'intervention du législateur. Ainsi en était-il de *l'octroi de remises de dettes par ces créanciers*. L'article L.

626-6 auquel renvoyait l'article L. 611-7, alinéa 3, du code de commerce subordonnait ces remises à l'effort concomitant des créanciers privés, c'est-à-dire à des remises de ces derniers, le ratio entre les remises des créanciers publics et des créanciers privés étant précisé par les dispositions de l'article R. 636-15 issues du décret n° 2007-153 du 5 février 2007 (cf. cette Revue 2007. 827 s., avec nos obs.). L'article L. 626-6 vient d'être modifié par une loi du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés. L'exigence de concomitance des remises de dettes privées a disparu et un nouveau décret (simple et non plus en pris en Conseil d'État) est venu préciser les conditions nouvelles de l'octroi des remises de dettes publiques (Décr. n° 2009-385 du 6 avr. 2009, pris en application de l'art. L. 626-9 c. com. : V. *infra* n° 2).

Ajoutons que ces mêmes créanciers peuvent, dans le cadre de la procédure de conciliation, depuis la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie ayant ajouté une phrase à l'article L. 611-7, alinéa 3, consentir *des cessions de rang de privilège ou d'hypothèque ou l'abandon de ces sûretés*, ce qui n'était possible auparavant que dans la sauvegarde et le redressement judiciaire.

Enfin, mentionnons l'existence d'une circulaire du 23 mars 2009 relative au *traitement des demandes de délais de paiement auprès des URSSAF* et Caisses générales de sécurité (Dict. perm. entr. diff. 2009, Bull. 303). La réponse à ces demandes doit en principe être effectuée dans un délai de trois jours (en cas de demande par e-mail) ou de cinq jours, la demande pouvant même être effectuée par anticipation, avant l'échéance de paiement des cotisations. Un délai d'un mois pour régulariser le reversement des cotisations salariales est offert aux employeurs n'ayant pas connu de difficultés de paiement dans les douze mois précédents. Une remise des majorations de retard de 5 % est également prévue.

- *Mesures spécifiques à l'accord homologué*. L'ordonnance et son décret d'application viennent clarifier les dispositions relatives au privilège de la *new money* et apporter des précisions sur les voies de recours applicables au jugement d'homologation.

S'agissant du *privilège de la new money*, l'article L. 611-11, alinéa 1^{er}, qui en constitue le fondement, fait l'objet d'une réécriture. Dans sa rédaction antérieure, cette disposition indiquait

que les créanciers bénéficiaires du privilège étaient payés par « privilège avant toutes les créances nées antérieurement à l'ouverture de la conciliation, selon le rang prévu au II de l'article L. 622-17 et au II de l'article L. 641-13 ». Cette formulation était ambiguë quant au rang des créanciers titulaires du privilège par rapport aux créanciers dont la créance était née après l'ouverture de la procédure de conciliation et antérieurement à la procédure de sauvegarde, redressement ou liquidation ultérieurement ouverte. Elle prêtait également à confusion par la référence faite à une « liquidation judiciaire subséquente », de nature à permettre la contestation quant à l'application du privilège en cas de liquidation immédiate (cf. P. Crocq, L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés, Rev. proc. coll. 2009, n° 1, p. 75 s., spéc. n° 10 ; L.-C. Henry, La notion de privilège de procédure dans la loi de sauvegarde, Rev. proc. coll. 2008, n° 2, p. 20 s., spéc. n° 9 à n° 11). L'ordonnance du 18 décembre 2008 lève à cet égard toute ambiguïté, l'article L. 611-11, alinéa 1^{er}, disposant désormais : « en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, les personnes qui avaient consenti dans l'accord homologué un nouvel apport en trésorerie (...) sont payées, pour le montant de cet apport par privilège avant toutes les autres créances, selon le rang prévu au II de l'article L. 622-17 et au II de l'article L. 641-13 ». La même rectification est ensuite opérée pour les fournisseurs bénéficiant du privilège.

Les *voies de recours* susceptibles d'être formées à l'encontre du jugement d'homologation sont précisées, sans que, toutefois, les dispositions légales aient toute la clarté souhaitée selon les auteurs spécialistes de la procédure (O. Staes, Aspects de procédure et voies de recours, *in* Réforme des procédures collectives : ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, Rev. proc. coll. 2009, n° 1, p. 44 s., spéc. n° 21). En vertu du deuxième alinéa de l'article L. 611-10 tel que modifié par l'ordonnance, « il (le jugement d'homologation) est susceptible d'appel de la part du ministère public et, en cas de contestation relative au privilège mentionné à l'article L. 611-11, de la part des parties à l'accord ». Les personnes habilitées à former appel, dont la détermination prêtait à discussion (F. Macorig-Venier et C. Caviglioli, préc., n° 30), sont clairement désignées : il s'agit, d'une part, du ministère public, ce qui atteste du renforcement de son pouvoir dans la procédure de conciliation, d'autre part, des créanciers parties à l'accord. Ceux qui ne bénéficient pas du privilège de la procédure et souhaitent contester le privilège reconnu à d'autres créanciers pourront ainsi se faire entendre. Selon l'article R. 611-42, alinéa 2, cet appel est formé, instruit et

jugé selon les règles propres à la procédure sans représentation obligatoire. L'appel est au contraire bien fermé au représentant du comité d'entreprise qui doit être entendu ou appelé avant la décision statuant sur l'homologation, alors que le doute à cet égard était précédemment permis. En revanche, la loi ne donne aucune indication sur le pourvoi en cassation. M. Staes considère qu'il devrait être ouvert aux parties à l'arrêt rendu sur l'appel du jugement d'homologation dès lors que seul l'appel est réglementé. Quant à la possibilité de former tierce opposition, elle a été maintenue. Elle n'est toujours pas évoquée, en revanche, s'agissant du jugement rejetant l'homologation, à l'encontre duquel la loi ne réserve expressément que l'appel sans en préciser les titulaires, les modalités de l'appel étant définies par le premier alinéa de l'article R. 611-42 (application des règles propres à la procédure en matière gracieuse sous réserve de la dispense du ministère de l'avocat ou de l'avoué).

Sans être négligeables, les changements opérés concernant l'accord homologué n'ont pas la même ampleur que ceux qui sont relatifs à l'accord simplement constaté.

- *Les mesures relatives à l'accord constaté* intéressent principalement ses effets, rapprochés désormais de ceux de l'accord homologué (cf. F. Macorig-Venier et C. Saint-Alary Houin, Les créanciers dans l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, *in* Réforme des procédures collectives : ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, Rev. proc. coll. 2009, n° 1, p. 65, n° 12 à n° 15). Elles sont également relatives à la résolution de cet accord en raison de son inexécution. Observons que ces nouvelles règles, unifiées pour l'essentiel, ont des répercussions sur les règles applicables à l'accord homologué quelque peu modifiées.

Les effets de l'accord constaté n'étaient jusqu'à présent pas précisés par les dispositions légales, de telle sorte que seul le droit commun était applicable tant pour déterminer les effets de cet accord entre les parties qu'à l'égard des tiers, notamment des tiers garants. Il en résultait à certains égards une différence importante entre les effets produits par l'accord constaté et ceux engendrés par l'accord homologué. Une telle distorsion, liée à un oubli résultant d'une introduction tardive au cours des travaux parlementaires de l'accord constaté au sein du dispositif légal, paraissait choquante et a été gommée (P. Crocq, préc., n° 8).

Une disposition unique régit désormais les effets de l'accord constaté et de l'accord homologué à l'égard des créanciers pendant « la durée de l'exécution de l'accord ». Il s'agit d'un nouvel article L. 611-10-1 qui prévoit, tout d'abord, l'interruption ou l'interdiction de toute action en justice ou poursuite individuelle se rapportant aux créances faisant l'objet de l'accord, règle se superposant aux effets obligatoires produits par l'accord sur le terrain du droit commun. Cette disposition précise, ensuite, que, corrélativement il en résulte une interruption des délais impartis aux créanciers parties à l'accord à peine de déchéance ou de résolution de leurs droits.

L'innovation réside surtout dans les dispositions du nouvel article L. 611-10-2, alinéa 1^{er}, qui aligne les effets de l'accord constaté à l'égard des tiers garants sur ceux de l'accord homologué et en profite pour étendre le cercle des tiers pouvant invoquer les dispositions de l'accord homologué et entend déjouer ainsi toute stratégie de contournement de la part des créanciers (P. Crocq, préc. n° 8 et n° 24). Alors que jusque-là seuls les coobligés, les cautions et garants autonomes pouvaient invoquer en leur faveur l'accord homologué, ce sont toutes les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie qui peuvent se prévaloir des dispositions de l'accord que celui-ci soit homologué ou constaté. Ici, il n'y a pas lieu de distinguer selon que le tiers garant est une personne physique ou morale, contrairement aux solutions posées en matière de plan de sauvegarde.

L'ordonnance s'attache également à préciser les conséquences de l'inexécution de l'accord constaté, sur lesquelles il avait gardé le silence et dont il aligne les effets sur ceux de l'accord homologué. Ici encore, une seule disposition, l'article L. 611-10-3, règle la question. La résolution de l'accord peut dans cette hypothèse être demandée par l'une des parties, soit au président du tribunal dans le cas de l'accord constaté, soit au tribunal dans le cas de l'accord homologué. Une sorte de « parallélisme des formes » est ainsi instaurée, la compétence appartenant au président de la juridiction pour constater l'accord, tandis que l'homologation de l'accord relève de la compétence du tribunal.

Sous cette réserve, les règles posées par l'article L. 611-10-3 sont identiques à la fois pour l'accord constaté et pour l'accord homologué. En particulier, le pouvoir d'appréciation du

président du tribunal et du tribunal lui-même quant au prononcé de la sanction est désormais identique, contrairement à la solution qui prévalait sous l'empire des dispositions antérieures à l'ordonnance du 18 décembre 2008. Pour l'accord homologué, le tribunal était privé de tout pouvoir d'appréciation quant au prononcé de la sanction, l'ancien article L. 611-10, alinéa 5, employant un présent à valeur d'impératif. Au contraire, dès lors que le droit commun était seul applicable à l'accord constaté, le tribunal compétent conservait un pouvoir d'appréciation quant au prononcé de la résolution (cf. F. Macorig-Venier, cette Revue 2005. 829, spéc. 839). Qu'en est-il aujourd'hui du pouvoir d'appréciation du président du tribunal et du tribunal ? Force est de constater l'ambiguïté de la loi à cet égard. En effet, tandis que les alinéas 1^{er} et 2 de l'article L. 611-10-3 reprennent la formule précédemment employée pour le seul accord homologué, l'alinéa 3 emploie le verbe « décide », indiquant que « le président du tribunal ou le tribunal qui décide de la résolution de l'accord peut aussi prononcer la déchéance de tout délai de paiement accordé en application du cinquième alinéa de l'article L. 611-7 ». Décider implique de faire un choix. La contradiction est manifeste entre ces différents alinéas.

En revanche, de manière claire, le président et le tribunal disposent d'un entier pouvoir d'appréciation quant au prononcé de la déchéance des délais de paiement octroyés pendant la procédure en application de l'article L. 611-7, alors qu'auparavant cette déchéance était automatique. Parce que les créanciers qui se sont vus imposer des délais sont susceptibles d'être concernés par la décision relative à la résolution de l'accord, ils doivent être mis en cause par le demandeur conformément à l'article R. 611-46, alinéa 1^{er}, tel que modifié par le décret du 12 février 2009 et la décision rendue doit leur être communiquée.

Il apparaît ainsi que des améliorations ont bien été apportées aux mesures relatives à la procédure de conciliation, mais que ces améliorations ne sont pas complètes, toutes les interrogations n'ayant pas été levées, de nouvelles étant même parfois soulevées, ce qui est le risque que comporte toute intervention législative.