

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



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

LE POINT SUR LA CONCILIATION

FRANCINE MACORIG-VENIER, CHRISTIAN CAVIGLIOLI

Référence de publication : Revue des procédures collectives n° 2, Avril 2008, dossier 2

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

LE POINT SUR LA CONCILIATION

La procédure de conciliation issue de la loi de sauvegarde semble connaître un certain succès. Cette procédure semble donc donner satisfaction même si la nouvelle réforme pourrait être l'occasion d'apporter quelques améliorations sur un certain nombre de points.

1. - Mesdames et Messieurs, nous avons le plaisir d'inaugurer le premier des duos de ces deux journées, qui nous donnent ainsi l'occasion de montrer qu'en dépit de l'écart si souvent affirmé entre la théorie et la pratique, universitaires et praticiens ne s'ignorent pas. Je me suis réjouie à titre personnel de cette occasion de travailler à nouveau ensemble et au-delà, de la perspective d'enrichissement ainsi offerte dans un domaine, la conciliation, où la confidentialité est telle que l'échange avec les praticiens est indispensable. De cet enrichissement, je ne manquerai pas de vous faire profiter. En effet, bien qu'il me soit donné de prendre la parole en premier, en tant qu'habituee de ces lieux, c'est Me Caviglioli, qui tiendra le premier rôle et vous fera part de son expérience et de ses réflexions. En cela nous nous conformerons à la démarche souhaitée par les organisatrices de ce colloque qui apparaît dans le titre choisi pour celui-ci : « Pratique, contentieux et réforme de la loi de sauvegarde ». Force est de constater que les contentieux sont rarissimes en matière de conciliation (il ne pourra être fait état que de deux arrêts de juridictions du fond). Quant à la réforme de la loi de sauvegarde, elle n'est, à l'heure actuelle, qu'un vague projet^{Note 2} et ce qui a pu filtrer de ce projet n'a pas trait à la conciliation, mais à la procédure de sauvegarde dont il sera question une grande partie de ces deux journées. Sans doute quelques suggestions pourraient être faites au législateur pour améliorer ou préciser quelque peu les textes. Elles sont mineures toutefois. Il reste donc pour l'essentiel la pratique.

2. - Avant de faire « le point sur la procédure de conciliation » elle-même, il convient nécessairement d'élargir le propos au mécanisme, plus confidentiel encore, qu'est le **mandat ad hoc**. Rappelons que le mandat *ad hoc* a pour point commun avec la procédure de conciliation d'être une « solution » conventionnelle aux difficultés de l'entreprise. Les rédacteurs de la loi de sauvegarde lui ont certes consacré une disposition autonome, l'article L. 611-3 du Code de commerce, alors qu'il n'était

évoqué précédemment qu'au détour des dispositions relatives au règlement amiable. Pour autant^{Note 3}, le législateur est demeuré fort circonspect (ladite disposition ne contient qu'une seule phrase), afin de favoriser la plus grande souplesse possible de ce mécanisme. Forgé par la pratique, il constitue l'antichambre de la procédure de conciliation et sera peut-être également celle de la procédure de sauvegarde^{Note 4}. Il connaît un succès croissant, lié en grande partie à la durée très – trop – brève de la procédure de conciliation comme peut en témoigner maintenant Me Caviglioli. Le mandat *ad hoc* est la phase préalable et nécessaire au cours de laquelle est effectué le diagnostic des difficultés et sont entamées les négociations avec les créanciers. C'est la phase au cours de laquelle sera déterminée la procédure la plus à même de permettre la conclusion d'un accord pérenne. Si le constat qui s'impose est néanmoins déjà celui d'une ouverture d'une procédure de redressement, cette phase préalable permet de mieux le préparer et augmente ainsi les chances de mettre en place des solutions satisfaisantes pour l'entreprise. Selon un rapport déposé par M. de Roux sur la mise en application de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises^{Note 5}, les mandats *ad hoc*, au tribunal de commerce de Paris ont connu une augmentation de 30 % en 2006^{Note 6}. La procédure de conciliation connaît également une forte progression. Pour le tribunal de commerce de Paris, les procédures de conciliation sont passées de 16 en 2005 à 81 en 2006. En mai 2006, on recensait, dans l'ensemble des juridictions, 268 conciliations contre 66 règlements amiables à la même période en 2005.

3. - Que la procédure de conciliation ne fasse pas partie des procédures entrant dans le champ d'application du règlement d'insolvabilité ainsi que l'a indiqué une réponse ministérielle en date du 1er mai 2007^{Note 7}, ne semble ainsi en aucune manière compromettre son succès auprès des entreprises et de leurs partenaires. Ce succès, qui justifie que cette procédure ne soit pas au cœur de la nouvelle réforme envisagée, est certainement dû à la souplesse et à la confidentialité qui la caractérisent, souplesse et confidentialité que la loi de sauvegarde avait souhaité renforcer par rapport à l'ancienne procédure de règlement amiable^{Note 8}. C'est ce que nous pourrions vérifier tant en ce qui concerne successivement l'ouverture de la procédure et son déroulement d'une part, l'accord amiable et l'issue de la procédure d'autre part, sans masquer pour autant les zones d'ombre qui existent et mériteraient peut-être d'être levées par la réforme.

1. Le point sur l'ouverture et le déroulement de la procédure de conciliation

4. - La souplesse et la confidentialité dominant ici. Elles offrent bien des avantages mais ne sont pas totalement sans inconvénients. Certains silences de la loi sont en effet à regretter tant en ce qui concerne l'ouverture de la procédure que son déroulement que nous envisagerons successivement.

A. - Ouverture de la procédure de conciliation

5. - Ce sont les conditions de fond qui naturellement retiennent avant tout l'attention, particulièrement la situation des entreprises demandant le bénéfice de la procédure de conciliation. Certains aspects procéduraux relatifs à l'ouverture méritent toutefois également d'être soulignés notamment en raison de leur imprécision.

1° Difficultés conduisant à l'ouverture de la procédure : une souplesse opportune

6. - Au titre des conditions de fond, hormis l'ouverture aux professionnels libéraux, commune à l'ensemble des procédures du livre VI désormais, qui n'appelle pas d'observation particulière, ce sont les difficultés de nature à permettre l'ouverture de la procédure de conciliation qui suscitent l'intérêt. La procédure de conciliation est la procédure qui possède à cet égard « le spectre le plus large ». La loi rend en effet éligibles à la procédure de conciliation les entreprises « qui éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, *avérée ou prévisible* et ne se trouvant *pas en état de cessation des paiements depuis plus de 45 jours* ». L'élargissement des solutions amiables à des entreprises en état de cessation de paiement, ne serait-ce que depuis moins de 45 jours, est remarquable. Cet élargissement, rapproché de l'institution d'une procédure judiciaire, la sauvegarde, pour traiter des difficultés non constitutives de l'état de cessation des paiements, atteste du brouillage des frontières opéré par la loi de sauvegarde. Cette extension du domaine de la procédure de conciliation s'avère en pratique fort opportune, comme peut en témoigner maintenant Me Caviglioli. La reconnaissance de la possibilité de conclure un accord amiable malgré un état de cessation de paiement avéré apporte une grande souplesse dans la négociation et permet de rétablir un dialogue entre l'entreprise et ses créanciers afin de les fédérer autour d'une restructuration amiable des causes de difficultés. S'il apparaît ici qu'aucune modification des dispositions légales n'est souhaitable, à d'autres égards touchant aux aspects procéduraux, il n'en va pas de même et des éclaircissements pourraient être utilement apportés.

2° Conditions procédurales : quelques imprécisions regrettables

7. - La loi de sauvegarde a édicté en la matière de nouvelles dispositions, plus nombreuses que celles adoptées sous l'empire du règlement amiable et, pour certaines, très précises. Tel est en particulier le cas de dispositions relatives à la désignation du conciliateur. On notera que la faculté offerte au débiteur de proposer au tribunal de désigner en tant que conciliateur une personne de son choix est fort utilisée. Elle l'est d'autant plus souvent que, comme cela a été précédemment précisé, le mandat *ad hoc* précède la conciliation. Les dispositions légales fondant cette faculté ne sont en fait cependant que la consécration d'une pratique antérieure. On comprend ainsi que les dispositions permettant la récusation du conciliateur n'ait pas ou guère reçu application. Elles étaient, semble-t-il, avant tout destinées à rassurer les chefs d'entreprise.

8. - Si le législateur en ce qui concerne la désignation du conciliateur n'a guère été économe de textes, il en va en revanche différemment en ce qui concerne la décision d'ouverture, ou, plus exactement, ce qui la précède. Un point mérite tout particulièrement l'attention en raison des divergences qu'il suscite, divergences qui, au demeurant, existaient avant la réforme. Il a trait à l'éventuelle **information des représentants du comité d'entreprise ou des délégués du personnel au stade de l'ouverture de la procédure** avant même la saisine du président ou à la suite de la décision de nomination du conciliateur. L'incertitude est particulièrement regrettable dès lors que plane le délit d'entrave. En amont de l'ouverture de la procédure (et plus précisément dès réception de la demande), l'article R. 611-23 n'envisage que la convocation du débiteur par le greffier, tandis qu'inversement, l'article L. 611-9 impose d'entendre ou d'appeler avant que le tribunal ne statue sur l'homologation de l'accord, notamment « les représentants du comité d'entreprise ou des délégués du personnel » (en plus du débiteur, des créanciers parties à l'accord, du conciliateur, du ministère public et le cas échéant, de l'ordre ou de l'autorité compétente dont relève le débiteur exerçant une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé). En raison de la différence ainsi observée, certains auteurs soutiennent qu'aucune information n'a à être effectuée à l'égard des représentants des institutions représentatives du personnel^{Note 9}. Le rejet d'amendements en sens contraire est également invoqué en faveur d'une telle solution. Le spectre d'une atteinte à la confidentialité est enfin agité. Pourtant, d'autres auteurs considèrent au contraire que la prudence, compte tenu du risque d'application du délit d'entrave, commande d'informer les représentants du personnel^{Note 10}, tenus à une obligation de confidentialité comme toute personne qui « est appelée à la procédure de conciliation (*C. com.*, art. L. 611-15). Il est par ailleurs souligné que le silence de la loi ne saurait priver d'application les dispositions de l'article L. 432-1 du Code du travail^{Note 11}, selon lequel, « dans l'ordre économique, le comité d'entreprise est obligatoirement informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise et, notamment, sur les mesures

de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail, les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle du personnel ». Or, l'ouverture d'une procédure de conciliation concernant la marche générale de l'entreprise, le comité d'entreprise devrait en être informé^{Note 12}.

9. - Il semblerait **qu'en pratique** cette information ne soit effectuée qu'au moment où le projet d'accord prend forme^{Note 13}. Selon Me Caviglioli, il ne peut y avoir de réponse générale et globale à cette question. Il s'avère parfois nécessaire de préserver le secret de la négociation pour préserver par exemple le crédit de l'entreprise auprès de ses fournisseurs. En particulier, il est connu de tous que, par exemple, la connaissance de la nomination d'un conciliateur peut entraîner la rupture de la couverture assurance crédit.

10. - Le législateur pourrait profiter de l'occasion qui lui sera donnée de combler bientôt ce qui a pu être qualifié de « grave lacune »^{Note 14}. De même pourrait-il apporter quelques précisions sur des zones d'ombre subsistant quant à l'application de certaines règles relatives déroulement de la procédure.

B. - Déroulement de la procédure

11. - C'est la question de la suspension individuelle des poursuites qui appelle ici quelques observations, à la fois en raison des interrogations qui subsistent et de l'existence de deux décisions. La suppression de la possibilité qu'avait le président du tribunal, et ce depuis 1994, de prononcer la suspension collective provisoire des poursuites de l'ensemble des créanciers, avait été justifiée par le souci de préserver la confidentialité de la procédure, incompatible avec le prononcé d'une telle mesure et de la publicité nécessairement consécutive à celle-ci (elle avait par ailleurs pour corollaire une réduction des pouvoirs du débiteur). Chacun sait que le législateur, pour garantir la confidentialité tout ou long de la procédure et de la phase de négociation de l'accord, lui a substitué une possibilité de suspension individuelle des poursuites diligentées par tel ou tel créancier. Selon l'article L. 611-7 du Code de commerce, à la demande du débiteur, poursuivi par un créancier, le président du tribunal qui a ouvert la procédure, éclairé par le conciliateur, peut faire application des articles 1244-1 à 1244-3 du Code civil. L'article 28 du décret du 28 décembre 2005 (codifié désormais à l'article R. 611-35 du Code de commerce) détermine les modalités d'application de ces dispositions. Il appartient au débiteur poursuivi par un créancier d'assigner ce dernier devant le président du tribunal qui a ouvert la procédure, ce dernier statuant sur les délais en la forme des référés après avoir entendu le conciliateur (*al. 1*). Les alinéas 2 et 3 de cette disposition s'efforcent d'articuler la saisine du président du tribunal avec celle de la juridiction

saisie de la poursuite. Ainsi, la demande formée devant le président doit-elle être portée à la connaissance de la juridiction saisie de la poursuite par le chef d'entreprise, laquelle surseoit à statuer jusqu'à la décision du président qui lui est communiquée par le greffier.

12. - C'est cette faculté qui a donné lieu aux premières décisions de juridictions du fond rendues à propos de la procédure de conciliation. Ces décisions ne tranchent toutefois pas une des interrogations soulevées au lendemain de l'adoption de ce texte quant aux créances concernées par l'octroi de tels délais : s'agit-il seulement des créances tombant « normalement » sous le coup des dispositions du Code civil ou, également, des créances fiscales et sociales ? En application des dispositions antérieures qui renvoyaient à l'article 1244-1 du Code civil pour permettre au président du tribunal d'imposer des délais aux créanciers non parties à l'accord, la Cour de cassation avait admis que les dettes fiscales puissent faire l'objet de tels délais^{Note 15}. Le contexte étant un peu différent, il aurait été utile que le législateur précise quels étaient les créanciers concernés. La doctrine penche cependant pour une application large des nouvelles dispositions légales.

13. - Les décisions rendues en la matière concernent d'autres difficultés. Une d'entre elles était relative à la possibilité de faire application de cette disposition à des poursuites engagées avant l'ouverture de la procédure de conciliation. La cour de Versailles dans un arrêt en date du 19 octobre 2006^{Note 16}, saisie de cette question a répondu par l'affirmative, retenant une interprétation quelque peu compréhensive des dispositions légales. Quant à la seconde décision rendue en la matière par la cour de Paris le 6 juillet 2007^{Note 17}, elle fait preuve de plus d'audace encore puisqu'elle admet qu'un délai soit accordé au débiteur, alors que celui-ci n'avait pas exécuté une précédente décision lui ayant déjà octroyé des délais pour le paiement des loyers (le débiteur avait demandé la suspension de la mesure d'expulsion à son encontre et saisi le juge de la conciliation d'une demande de délais). Ainsi que Mme Behar-Touchais le relève dans ses observations, une telle décision a curieusement pour effet de ressusciter le contrat de bail normalement anéanti en raison du non respect de la première mensualité prévue en vertu de l'échéancier précédemment fixé ! Ces décisions, si elles montrent que les dispositions légales n'ont pas toute la clarté souhaitable, ne sont pas révélatrices d'une abondance de demandes de suspension de poursuites. Il semble ainsi que les créanciers appelés à négocier jouent le jeu et permettent la conclusion d'un accord dont ils sont parties prenantes. Il convient désormais de faire le point sur l'accord amiable, issue attendue de la procédure de conciliation.

2. Le point sur l'accord de conciliation et l'issue de la procédure

14. - Faire le point sur l'accord de conciliation commande avant tout de se pencher sur le contenu des mesures adoptées au titre de cet accord. Cela dit, il paraît difficile depuis la loi de sauvegarde, de distinguer le fond (le contenu, les mesures adoptées) et la « forme », les modalités de formalisation de cet accord, simple constatation par le président du tribunal permettant de préserver totalement la confidentialité ou homologation par le tribunal dont le jugement est soumis à publicité. Le législateur fait produire, en effet, des conséquences particulières à la décision d'homologation propres à influencer le contenu des mesures adoptées. Ces conséquences intéressent à la fois le débiteur (levée de plein droit de l'interdiction bancaire d'émettre des chèques) et les créanciers (bénéfice du privilège de la conciliation, absence de report de l'état de cessation des paiements en amont du jugement d'homologation). Ainsi, le contenu de l'accord qui nous retiendra dans un premier temps, ne peut-il être examiné qu'en appréhendant également ces effets particuliers attachés à l'homologation. Nous pourrions ensuite envisager les zones d'ombre qui pourraient peut-être utilement être levées par une éventuelle réforme.

A. - Le contenu de l'accord

15. - En pratique, les créanciers privés semblent aujourd'hui assez largement indifférents aux faveurs liées à l'homologation de l'accord. C'est ce que Me Caviglioli, sous la houlette duquel ont été conclus nombre d'accords, va nous expliquer. Quant aux créances publiques et assimilées, il semble que l'adoption des décrets permettant la mise en œuvre des dispositions facilitant l'octroi de remises de leur part, dispositif qui sera ensuite évoqué, n'ait pour l'heure guère abouti à une plus forte implication de ces derniers dans l'accord négocié.

1° Les créanciers privés et la faveur pour la confidentialité

16. - En pratique, ce sont avant tout les établissements financiers qui sont appelés à l'accord. Or, l'on constate que ceux-ci, après avoir été « demandeurs » de l'homologation, en raison, à la fois de l'attrait du privilège dit de la « new-money » et de la sécurisation offerte par l'exclusion des nullités de la période suspecte, sont actuellement moins catégoriques afin, semble-t-il, de ne pas donner trop de publicité aux efforts qu'ils pourraient accepter de consentir dans tel ou tel dossier particulier. Précisément, le recours à une simple constatation de l'accord est de nature à préserver la plus grande confidentialité possible. En premier lieu, l'ordonnance du président du tribunal, contrairement à la décision du tribunal lui-même saisie par le débiteur d'une requête en vue de l'homologation de l'accord, n'est pas précédée d'une large

consultation. En second lieu, l'ordonnance constatant l'accord n'est suivie d'aucune publicité, contrairement au jugement d'homologation lequel fait l'objet des mesures de publicité, mesures prescrites par l'article R. 611-43 du Code de commerce : il s'agit d'un avis du jugement au BODACC et dans un journal d'annonces légales du lieu où le débiteur a son siège ou l'adresse de son activité. Cet avis indique le nom du débiteur, son siège ou son adresse, le numéro unique d'identification et, le cas échéant, le nom de la ville où se trouve le greffe ou la chambre des métiers où il est immatriculé. Cet avis mentionne que le jugement est déposé au greffe où tout intéressé peut en prendre connaissance. Quant au jugement, s'il ne reprend pas les termes de l'accord, ainsi que le précisent les dispositions de l'article R. 641-40, alinéa 3, du Code de commerce, selon cette même disposition, il mentionne les garanties et privilèges constitués pour en assurer l'exécution et précise le montant du privilège institué par l'article L. 611-11. Une lisibilité certaine est ainsi donnée aux efforts consentis par les établissements bancaires, lesquels, en définitive, semblent manifester une préférence pour l'accord simplement constaté, ce que traduit la nette progression du nombre des accords constatés^{Note 18}. Dès lors, n'apparaît que plus frappant le faible intérêt que la loi a porté à l'accord constaté, auquel elle consacre très peu de dispositions, laissant celui-ci dans le giron du droit commun des conventions. À l'opposé, le législateur a déployé un véritable arsenal pour favoriser les efforts des créanciers publics. Les exigences posées sont néanmoins si contraignantes qu'elles paraissent limiter fortement leur implication.

2° La difficile implication des créanciers publics

17. - Au lendemain de l'adoption de la loi de sauvegarde, avaient été soulignées, par les différents commentateurs, les nouvelles mesures tendant à faciliter l'octroi de remises par les créanciers institutionnels, mesures dont le champ d'application était précisément étendu à la procédure de conciliation. C'est ainsi que l'article L. 611-7 du Code de commerce dans son alinéa 3 prévoit que « *les administrations financières, les organismes de sécurité sociale, les institutions gérant le régime d'assurance chômage prévu par les articles L. 351-3 et suivants du Code du travail et les institutions régies par le livre IX du Code de la sécurité sociale peuvent consentir des remises de dettes dans les conditions fixées à l'article L. 626-6 du présent code* ». Or, cette disposition tout en posant les jalons pour l'octroi de telles remises (notamment en imposant qu'elles soient octroyées à des conditions similaires à celles qui seraient octroyées par un opérateur privé, pour satisfaire aux impératifs du droit de la concurrence), renvoyait à un décret d'application. Il a fallu attendre le premier trimestre de l'année 2007. Deux décrets ont été adoptés. Un premier décret apporte les précisions nécessaires quant à ses remises elles-mêmes (*D. n° 2007-153, 5 févr. 2007* pris en application de l'article L. 626-6 du Code de commerce), un second décret précise les autorités compétentes pour l'octroi de ces remises (*D. n° 2007-154, 5 févr.*

2007 désignant les autorités compétentes au sein des administrations financières pour statuer sur les demandes de remise présentées en application de l'article L. 626-6 du Code de commerce). Une circulaire ministérielle du 4 mai 2007 a suivi ces décrets^{Note 19}. D'autres décrets sont pareillement intervenus pour désigner l'autorité compétente pour les URSSAF (*D. n° 2007-242, 22 févr. 2007*^{Note 20}) et les Caisses de MSA (*D. n° 2007-867, 14 mai 2007*)^{Note 21}). Sont précisées, de manière fort tatillonne, par les articles R. 626-9 à R. 626-16 du Code de commerce, les dettes concernées, les modalités de la demande de remise, de l'examen cette demande et les suites de celle-ci, enfin les conditions de la remise elle-même. Le dispositif est pointu, d'une complexité telle qu'il n'aurait été guère mis en œuvre. Les conditions prescrites sont si draconiennes que la possibilité même d'application de ce dispositif dans la conciliation et dans la sauvegarde est fort compromise. Sans entrer dans le détail de ce dispositif, évoquons seulement les conditions d'octroi de ces mesures (pour en apercevoir la complexité) et les modalités de la demande (pour ceux qui ne seraient pas découragés). Rappelons préalablement que les remises en principal ne concernent que les impôts directs, seules des remises des majorations et intérêts de retard étant applicables pour les impôts indirects^{Note 22}.

a) Les conditions complexes et draconiennes d'octroi des remises

18. - Les *conditions d'octroi des remises* sont détaillées par l'article R. 636-15 du Code de commerce (issu de l'article 7 du décret). Une première condition concerne le débiteur (ou les représentants ou organes de la personne morale débitrice) lequel ne doit pas avoir fait l'objet depuis au moins 10 ans d'une condamnation définitive pour l'une des infractions sanctionnées par les articles L. 362-3, L. 362-4 et L. 362-6 du Code du travail (travail dissimulé). Une deuxième condition consiste en la limitation du montant de la remise. Un double plafond est imposé : un plafond en montant et un plafond quant au taux de remise consenti. Ces deux plafonds s'apprécient *par rapport aux dettes privées*, à leur montant pour le premier (le montant de remise ne peut excéder trois fois le montant des remises octroyées pour les dettes privées), à leur taux moyen pondéré pour le second (le taux de remise accordé par chaque créancier public ne doit pas excéder le taux moyen pondéré de remise des dettes privées). Ces exigences reposent sur le souci de respecter l'exigence de proportionnalité des remises consenties par les créanciers publics à celles des créanciers privés, exigence destinée à satisfaire les règles du droit de la concurrence.

19. - Les auteurs du décret se sont montrés très scrupuleux puisque, pour l'application de ces plafonds, sont minutieusement précisées quelles sont les dettes privées à prendre en considération :

des dettes résultant de concours consentis pour l'exploitation de l'entreprise par des créanciers autres que les créanciers « publics » concernés ;

des créances des fournisseurs de biens ou services nécessaires à l'exploitation sous réserve, en principe, que le total des créances de chaque fournisseur représente au moins 5 % du total des créances des fournisseurs, sauf demande contraire du débiteur ou du conciliateur dans la procédure de conciliation.

Toutefois, dans la procédure de conciliation, ne sont pris en considération, parmi ces derniers créanciers (ayant consenti des concours ou fournisseurs), que ceux qui sont parties à la procédure. Il s'agit vraisemblablement de ceux qui négocient effectivement l'accord, c'est-à-dire des parties à l'accord. Il résulte de ces dispositions que les dettes étrangères à l'activité ne peuvent être prises en considération. D'autres dettes privées sont également expressément exclues des dettes privées retenues pour le calcul des montants indiqués (*C. com., art. R. 626-16, 3°*) :

les créances détenues par des personnes faisant partie du même groupe de sociétés (a) ;

les fonds reçus ou laissés en compte par les associés en nom ou les commanditaires d'une société de personnes, les associés ou actionnaires, les administrateurs, les membres du directoire et du conseil de surveillance ou les gérants, les fonds reçus de leurs parents ou alliés jusqu'au 4^e degré inclus (c) ;

les créances détenues par les parents ou alliés, jusqu'au quatrième degré inclus, du débiteur personne physique (b).

S'agissant des groupes, le décret (*C. com., art. R. 626-16, 4°*) permet (cependant) aux créanciers publics, sous réserve d'en avoir informé le débiteur ou le conciliateur dans le cas de la procédure de conciliation, de prendre en compte « globalement à l'échelle de tout ou partie de cet ensemble » les dettes susceptibles de donner lieu à remise et les dettes privées.

20. - Ces conditions sont manifestement complexes et au fond contraignantes au regard des seuils exigés. Pour ceux qui pensent avoir néanmoins quelque espoir d'y satisfaire, voici quelques indications sur les modalités de la demande.

b) Les modalités de la demande de remise des dettes « publiques »

21. - La demande de remise, en cas de procédure de conciliation, doit être effectuée selon l'article R. 626-12 du Code de commerce (*D. n° 2007-153, 5 févr. 2007, art. 4*) dans un *délai strict* (« sous peine de forclusion ») de deux mois à compter de l'ouverture de la procédure. Elle est *effectuée*, soit *par* le débiteur, soit *par* le conciliateur. *Aucune forme* n'est imposée, le texte permettant *même* d'y procéder *par voie dématérialisée*. En revanche, elle doit être *accompagnée de certains documents* : état actif et passif

des sûretés et des engagements hors bilan, comptes annuels et tableaux de financement des trois derniers exercices s'ils ont été établis, enfin la situation de l'actif réalisable et du passif exigible. La demande devra par la suite être *complétée par certains éléments* de nature à s'assurer que les conditions d'octroi des remises sont respectées. Ces éléments devront être fournis « dès qu'ils sont établis ». Il s'agit, d'une part, du montant des dettes privées répondant aux critères définis précédemment et, d'autre part, du montant des remises sollicitées auprès des créanciers privés avec l'indication de l'identité de chacun d'eux, des dettes concernées, de leur montant, de leur date d'exigibilité et, éventuellement des conditions auxquelles les remises sont subordonnées. Afin qu'ils puissent eux-mêmes ajuster leur position, ce même texte impose que soient informés sans délai les créanciers fiscaux ou sociaux concernés des réponses orales ou écrites des autres créanciers aux demandes de remises.

22. - La demande est *adressée à une commission* qui l'instruit. Cette commission est composée, selon l'article R. 626-14 du Code de commerce, des chefs des services financiers et des représentants des organismes et institutions intéressés. La commission est chargée d'examiner les demandes de remises, mais elle ne décide pas elle-même de ces remises. En effet, selon l'alinéa 2 de cette même disposition, son président « *recueille les décisions des administrations, organismes et institutions représentés et en assure la notification* ». La décision relève, en leur sein, de certaines autorités que le second décret du 5 février détermine en ce qui concerne les administrations financières et les décrets de février et mai 2007 pour les autres organismes concernés. La commission doit répondre aux demandes qui lui sont adressées dans un délai dix semaines qui court, non à compter de la date de réception de la demande, mais à partir de la date de réception de l'ensemble des éléments devant compléter cette demande. Seuls ces éléments permettent de vérifier la réunion des conditions d'octroi des remises. Le défaut de réponse à l'expiration de ce délai vaut rejet de la demande (*C. com., art. R. 626-14, al. 4*). Observons que le récent décret du 4 mai 2007 en son article 5, reprenant la mission confiée par le décret du 5 février 2007, ajoute que la commission, examine non seulement les demandes de remise, mais également les demandes de plan d'apurement échelonné d'une ou plusieurs dettes qui les accompagnent.

23. - Pour achever de faire le point des questions relatives à la conciliation, il convient d'évoquer, s'agissant toujours de l'accord de conciliation, quelques questions sujettes à discussion, qui n'ont cependant pour l'heure donné lieu à aucun contentieux, contentieux dont le législateur pourrait précisément éviter la survenance en apportant de menues précisions.

B. - Questions en suspens

24. - Trois points font l'objet de discussions : le domaine des créances non incluses dans l'accord susceptibles de faire l'objet de délais de grâce, les voies de recours applicables aux décisions de constatation et surtout d'homologation de l'accord de conciliation, le sort des remises en cas de résolution de l'accord pour inexécution.

1° Application des articles 1244-1 à 1244-3 aux créances non incluses dans l'accord

25. - L'article L. 611-8, II, précisant les conditions de l'homologation par le tribunal impose à celui-ci de vérifier 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* ». Cette disposition n'est pas sans rappeler celle du précédent article L. 611-4, VIII du Code de commerce, même si elle est plus elliptique encore. On a précédemment précisé quelle avait été la jurisprudence rendue en application des textes antérieurs. Il y a lieu de penser qu'elle devrait être reconduite, de telle sorte que les créanciers « institutionnels » devraient être concernés par ce texte. L'on peut sans doute invoquer en ce sens la volonté du législateur de rapprocher le sort de ces derniers créanciers de celui des créanciers privés^{Note 23}. Il n'en demeure pas moins que ce dernier a inversement souhaité revenir aux règles du droit commun dans cette procédure de conciliation et que dès lors il eût été préférable qu'il précise quelles étaient ses intentions à cet égard. D'autres imprécisions ont été mises en évidence : elles concernent l'exercice des voies de recours.

2° Voies de recours contre la décision de constatation ou d'homologation de l'accord

26. - **S'agissant de l'accord constaté**, la loi exclut toute voie de recours. Toutefois, certains auteurs considèrent que la question de l'admission d'un recours-nullité pourrait se poser, ce qui supposerait cependant d'admettre que la décision a la nature d'un acte juridictionnel^{Note 24}. Il semble difficile de voir dans l'ordonnance constatant l'accord une simple mesure d'administration judiciaire. On observera que la loi ne le précise pas, contrairement à ce qu'elle fait pour la décision d'application de la liquidation judiciaire simplifiée, qualification au demeurant critiquable^{Note 25}. Par ailleurs, en faveur de la qualification d'acte juridictionnel, on pourrait peut-être invoquer la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la transaction extra-judiciaire^{Note 26}. En admettant qu'est susceptible de recours la décision du juge qui a accordé la force exécutoire (ce que fait aussi le juge constatant l'accord ici), la Cour de cassation semble

avoir admis qu'il s'agissait d'un acte juridictionnel (certes en l'espèce le juge est saisi sur requête non conjointe, contrairement à la saisine du président du tribunal en vue de la constatation de l'accord).

27. - S'agissant de la décision relative à l'homologation de l'accord, la loi distingue, quant aux voies de recours, selon que le tribunal rejette la demande d'homologation ou l'admet. Le jugement rejetant l'homologation peut faire l'objet d'un appel, tandis que le jugement homologuant l'accord est susceptible de tierce opposition. Or, des hésitations concernent à la fois le délai d'exercice de ces voies de recours et les personnes susceptibles de les former.

a) Incertitude quant au délai d'exercice des voies de recours

28. - Il convient de distinguer ici, d'une part le jugement homologuant l'accord, d'autre part le jugement refusant cette homologation. À propos du jugement d'homologation : la loi n'apporte aucune précision sur le délai pour former tierce opposition. Faut-il appliquer le délai de droit commun de trente ans, ainsi que l'article R. 662-1 du Code de commerce paraît y inviter ? Selon ce texte, en effet, « *à moins qu'il n'en soit autrement disposé par le présent livre [livre VI], 1° les règles du Nouveau Code de procédure civile sont applicables dans les matières régies par le livre VI de la partie législative du présent code* » Il serait pourtant plus judicieux d'appliquer les dispositions de l'article R. 661-2 du Code de commerce qui édicte un délai de 10 jours à compter du prononcé de la décision ou de son insertion au BODACC lorsque celle-ci est prévue. Le problème est que cette disposition ne vise que les décisions rendues en matière de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires. Manifestement, le législateur a oublié la procédure de conciliation. Pour autant, il est soutenu que c'est ce délai qui devrait s'appliquer à la tierce opposition formée contre le jugement d'homologation^{Note 27} et non le délai de droit commun. La même approximation du législateur peut être déplorée s'agissant du délai d'appel.

29. - Quant à l'appel à l'encontre du jugement refusant l'homologation, l'hésitation est permise entre le délai de droit commun (15 jours) en raison du renvoi par les dispositions de la procédure de conciliation aux règles propres relatives à la procédure en matière gracieuse (sous réserve de la dispense du ministère d'avocat ou d'avoué) et le délai de 10 jours prévu par l'article R. 661-3 du Code de commerce (délai applicable à l'appel formé contre toutes les décisions rendues en application du livre VI, en l'absence de restriction spéciale de son domaine^{Note 28}). Sur cette question le législateur, qui a pour le moins

manqué de vigilance, pourrait revoir sa copie. Il pourrait également venir préciser les personnes ayant qualité pour exercer les recours.

b) Difficultés de détermination des personnes habilitées à agir

30. - Aucune précision, ni restriction n'est posée à cet égard. Dès lors, qui a la qualité de « partie » et corrélativement celle de « tiers »^{Note 29} ? Seul le débiteur a-t-il la qualité de partie parce qu'il a l'exclusivité de la demande en homologation ? Une compréhension aussi stricte de la qualité de partie paraît devoir être écartée^{Note 30}. L'article R. 611-42 du Code de commerce, à propos de l'appel du jugement rejetant l'homologation, après avoir renvoyé aux règles propres à la procédure contentieuse, précise que « toutefois, *les parties* sont dispensées du ministère de l'avocat ou de l'avoué ». Par ailleurs, la disposition précédente impose la notification du jugement statuant sur l'homologation, à la fois au débiteur et aux créanciers signataires de l'accord. Au-delà des créanciers signataires ainsi visés, faut-il aller plus loin ? Ou bien faut-il faire application, comme un auteur^{Note 31} le préconise, de la notion de partie retenue en droit des procédures collectives ? Le statut de partie a été reconnu aux personnes qualifiées de parties nécessaires, parce qu'elles étaient obligatoirement entendues avant telle ou telle décision. Il faudrait alors ici considérer que peuvent former appel non seulement les créanciers signataires, mais également les représentants du comité d'entreprise, le conciliateur, le Ministère public, voire toute personne convoquée. La question est d'autant plus délicate que le législateur, à y regarder de plus près, dissocie ici deux attributs qui permettent de retenir la qualité de partie : l'audition et la notification. On observera que le comité d'entreprise (ou les délégués du personnel) ne reçoit ni notification de la décision, ni même communication de celle-ci (contrairement au conciliateur et au Ministère public selon l'article R. 611-41 du Code de commerce). De telles lacunes sont tout à fait regrettables et justifieraient que le législateur, à l'occasion de la réforme annoncée, reprenne sa plume. Il lui resterait enfin un dernier point à éclaircir, celui du sort des remises en cas de résolution de l'accord.

3° Sort des remises en cas d'inexécution de l'accord

31. - L'accord peut être remis en question, soit lorsque sera prononcée une procédure judiciaire, auquel cas la loi prévoit que l'accord prend fin et que les créanciers recouvrent l'intégralité de leurs créances et sûretés (*C. com., art. L. 611-12*), soit, pour l'accord homologué, en cas de résolution prononcée par le tribunal en raison de l'inexécution de celui-ci, le tribunal étant saisi par l'une des parties à l'accord (*C. com., art. L. 611-10, al. 5*). Il est indiqué que le tribunal, s'il constate l'inexécution résultant de l'accord, prononce la résolution de celui ainsi que la déchéance de tout délai de paiement accordé. Cette

formulation est source de divergences quant au sort des remises. Le texte ayant pris soin d'affirmer la déchéance de tout délai accordé, ce qui est pourtant l'effet normal de la rétroactivité attachée à la résolution, on a pu douter de l'anéantissement des remises de dettes^{Note 32}, anéantissement même fermement exclu par un auteur^{Note 33}. Il est possible, à l'inverse, de considérer que tant les remises que les délais doivent être anéantis. Les délais visés par le texte ne sont sans doute pas ceux qui font partie de l'accord, mais ceux qui ont été accordés par le juge au débiteur sur le fondement des articles 1244-1 à 1244-3 du Code civil. Pourquoi, sinon, se référer à la résolution de l'accord « ainsi que », ensuite, à la déchéance des délais ? Pour le moins, plus de clarté aurait-été souhaitable. Le législateur pourrait ainsi parfaire sur un certain nombre de points la rédaction de certaines des dispositions régissant la procédure de conciliation. Toutefois, il ne lui en est pas davantage demandé.

Note 1 La forme orale de cette communication a été conservée.

Note 2 Ce texte était sous presse lorsque le projet d'ordonnance visant à réformer le livre VI du Code de commerce a été rendu public.

Note 3 Et sous réserve des dispositions communes au conciliateur et au mandataire *ad hoc* relatives à certaines incompatibilités et à leur rémunération.

Note 4 À Toulouse, en 2007, à la suite des 47 hypothèses de désignation d'un mandataire *ad hoc*, 22 procédures de conciliation ont été ouvertes.

Note 5 *Rapp. X. de Roux n° 3651 : Doc. AN 2007. – B. Soinne, Réflexion sur le rapport d'information relatif à la mise en application de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises : Rev. proc. coll. 2007, p. 74.*

Note 6 Auprès du tribunal de commerce de Toulouse, 47 mandats *ad hoc* pouvaient être recensés en 2007.

Note 7 Procédures d'insolvabilité : exclusion de la conciliation, *Rép. min. n° 120292 : JOAN Q, 1er mai 2007, p. 4159 ; D. 2007, p. 1322.*

Note 8 *Cf. F. Macorig-Venier, Du règlement amiable à la conciliation : Rev. proc. coll. 2005, p. 352.*

Note 9 *P.-M. Le Corre, Droit et Pratique des Procédures Collectives : Dalloz Action 2008-2009, n° 141-6 in fine, 142-31, 142-12.*

Note 10 *F. Pérochon, Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit : LGDJ, Manuel, 7e éd. 2006, n° 71.*

Note 11 *A. Lienhard., Sauvegarde des entreprises en difficulté : Editions Delmas, 2e éd. 2007, n° 318.*

Note 12 *C. Saint-Alary Houin, La procédure de conciliation : Rev. proc. coll. 2006, p. 169, n° 12. – F.-X. Lucas et H. Lécuyer, La loi de sauvegarde article par article : LPA 8 févr. 2006, n° 28, p. 15.*

Note 13 *Cf. C. Saint-Alary Houin, art. cité supra note 12, citant, La lettre de l'observatoire de la juridiction consulaire, La prévention, mode d'emploi.*

Note 14 *Cf. C. Saint-Alary Houin, art. cité supra note 12.*

Note 15 *Cass. com., 16 juin 1998 : JCP E 1998, p. 1795, P. Serlooten ; RTD com. 1998, p. 918, F. Macorig-Venier.*

Note 16 *CA Versailles, 13e ch., 19 oct. 2006, RG n° 06/01788, Redistribution / Fortis Banque France : RTD com. 2007, p. 830 ; Rev. proc. coll. 2007, p. 37, Ph. Roussel Galle.*

Note 17 *CA Paris, 6 juill. 2007 : Act. proc. coll. 2007-17, comm. 195, M. Béhar-Touchais.*

Note 18 À Toulouse en 2007, on dénombrait cinq accords constatés contre quatre accords homologués.

Note 19 Cf. Ph. Roussel Galle : Act. proc. coll. 2007-18, p. 1.

Note 20 CSS, art. L. 243-20-2, précisant que le « directeur de l'organisme de recouvrement habilité à siéger est compétent pour statuer sur la demande pour l'ensemble des cotisations et contributions relevant de la compétence de la commission » et ajoutant que « toutefois, dans le cas où les créances concernent plusieurs organismes chargés du recouvrement, la décision de ce directeur est, tant qu'elle concerne les créances d'organismes ne siégeant pas dans la commission, prise sur avis conforme des directeurs des organismes concernés ».

Note 21 Art. R. 741-29 du Code rural visant le directeur de la caisse de mutualité sociale agricole avec la même réserve que ci-dessus (nécessité d'un avis conforme des directeurs des caisses concernées dans le cas où les créances concernent plusieurs caisses ne siégeant pas dans la commission).

Note 22 Les dispositions réglementaires (C. com., art. R. 626-10) donnent toutes les précisions utiles à ce sujet. Cette disposition comprend une liste limitative réunissant six catégories de dettes :

1° pénalités, intérêts de retard, intérêts moratoires, amendes fiscales ou douanières, majorations, frais de poursuite, quel que soit l'impôt ou le produit divers du budget de l'État auquel ces pénalités ou frais s'appliquent ;

2° majorations de retard, frais de poursuite, pénalités et amendes attachées aux cotisations et contributions sociales recouvrées par les organismes de sécurité sociale et par les institutions régies par le livre IX du Code de la sécurité sociale et par les institutions régies par le livre VII du Code rural ;

3° majorations de retard, frais de poursuite et pénalités attachées aux contributions et cotisations recouvrées par les institutions gérant le régime d'assurance chômage prévu aux articles L. 351-3 et suivants du Code du travail ;

4° cotisations et contributions sociales patronales d'origine légale ou conventionnelle qu'un employeur est tenu de verser au titre de l'emploi de personnel salarié ;

5° droits au principal afférent aux seuls impôts directs perçus au profit de l'État et des collectivités territoriales ;

6° créances de l'État étrangères à l'impôt et au domaine, aux redevances domaniales, aux redevances pour services rendus et aux autres produits divers du budget de l'État.

Ajoutons qu'une hiérarchie quant aux dettes remises est définie par le décret (C. com., art. R. 626-15, 5°) : frais de poursuite, majorations et amendes en premier lieu, intérêts de retard et intérêts moratoires en second lieu, droits et sommes dues au principal en dernier lieu).

Note 23 Cf. A. Lienhard, cité supra note 11, n° 329.

Note 24 O. Staes, Droit et patrimoine mars 2006, p. 68 et s., spéc. p. 71.

Note 25 V. O. Staes, obs. in Act. proc. coll. 2008-7, comm. 117, sous Cass. com. 4 mars 2008.

Note 26 Cass. 2e civ., 24 mai 2007, pourvoi n° 06-11.259 : D. 2007, act. jurispr. p. 1167 et pan. p. 2427, obs. N. Fricero.

Note 27 A. Lienhard, cité supra note 11, n° 327.

Note 28 Elles sont incluses en effet dans le chapitre 1er « voies de recours », du Titre VI très large puisqu'il contient les « dispositions générales de procédure ».

Note 29 Sur ces interrogations V. P. Le Cannu, Entreprises en difficulté : Dalloz, 7e éd. 2007, n° 127, concluant qu'il semble préférable de considérer que les tiers sont toutes les personnes qui n'ont pas manifesté leur approbation à l'accord, d'une manière ou d'une autre, ce qui vise principalement les créanciers non signataires.

Note 30 En ce sens F. Pérochon, cité supra note 10, n° 107.

Note 31 A. Lienhard, cité supra note 10, n° 327.

Note 32 C. Saint-Alary Houin, cité supra note 12, n° 41.

Note 33 P. Le Cannu, cité supra note 30, n° 145.