



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

LOI N° 2005-845 DU 26 JUILLET 2005 DE SAUVEGARDE DES ENTREPRISES

FRANCINE MACORIG-VENIER

Référence de publication : **RTD Com. 2005 p.829**

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

LOI N° 2005-845 DU 26 JUILLET 2005 DE SAUVEGARDE DES ENTREPRISES

La loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005, dite loi de sauvegarde des entreprises, bouleverse en profondeur le livre VI du code de commerce. La structure en est entièrement remaniée. Les dispositions relatives à la prévention, qui seules nous intéressent ici, forment toutefois toujours le titre 1^{er} du nouveau livre VI. L'intitulé du titre 1^{er} est légèrement modifié pour, à la fois tenir compte de l'innovation essentielle en la matière, la transformation de la procédure de règlement amiable en procédure de conciliation, et élargir l'approche. Ainsi, au titre 1^{er} « De la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises » est substitué le titre 1^{er} suivant, plus général, « De la prévention ». De même, l'intitulé du chapitre 1^{er} est réécrit. Tandis qu'il est sous l'empire des textes issus de la loi de 1984 codifiés en 2000 « des groupements de prévention agréés et du règlement amiable », il devient « de la prévention des difficultés des entreprises, du mandat *ad hoc* et de la procédure de conciliation ».

Le choix du terme « prévention » tant dans le titre 1^{er} que dans le chapitre 1^{er} de ce dernier peut être discuté, dans la mesure où la procédure de conciliation peut être ouverte après survenance de l'état de cessation des paiements tandis que la nouvelle procédure de sauvegarde, procédure judiciaire régie par le titre 2, est destinée à prévenir des difficultés constitutives de l'état de cessation des paiements. Il apparaît en réalité que la loi distingue entre les procédures amiables, préventives ou curatives, des difficultés des entreprises et les procédures judiciaires, préventives ou curatives, de ces mêmes difficultés, l'état de cessation des paiements ne permettant plus de distinguer les unes et les autres.

Au-delà des modifications formelles signalées ci-dessus, la loi du 26 juillet 2005 apporte au fond de significatifs changements, ce qui manifeste l'importance reconnue à la prévention des difficultés, importance croissante au fil des réformes de la matière (Cf. sur les modifications des règles relatives à la prévention ; Cf. J.-P. Legros, La loi du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, les mesures de prévention du nouveau livre VI du code de commerce, Dr. sociétés, oct. 2005, p. 8).

Les plus importants de ces changements concernent sans nul doute la procédure de règlement amiable, rebaptisée « procédure de conciliation ». Il convient néanmoins de signaler le renforcement du rôle du président du tribunal dans la prévention, renforcement résultant des pouvoirs qui lui sont directement conférés, mais également de l'information plus précoce parfois qu'il doit recevoir du commissaire aux comptes lorsque ce dernier met en oeuvre la procédure d'alerte. L'alerte du commissaire aux comptes connaît en effet quelques aménagements. La consécration du mandat *ad hoc* est plus franche et le mandataire *ad hoc* se voit soumis à des règles nouvelles, sans que la souplesse du mandat *ad hoc* ne soit remise en question.

Le rôle du président du tribunal

Outre le droit d'alerte qui lui a été reconnu en 1984 le président est doté par la loi du 26 juillet 2005 d'un pouvoir nouveau, le pouvoir d'ordonner le dépôt des comptes. Dans le cadre du droit d'alerte, ses pouvoirs sont renforcés. Curieusement cependant, ce droit d'alerte paraît limité au seul président du tribunal de commerce.

En conséquence de ces modifications, le nouvel article L. 611-2 du code de commerce est subdivisé en deux parties, l'article L. 611-2-I étant relatif à l'alerte du président, tandis que l'article L. 611-2-II régit l'injonction de dépôt des comptes.

L'alerte du président du tribunal

La modification apportée consiste à permettre au président d'obtenir *communication de renseignements sur la situation de l'entreprise* de diverses personnes ou organismes, nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire, non seulement à l'issue de l'entretien avec les dirigeants convoqués, mais également en cas de non présentation des dirigeants à la convocation. La mesure est sans doute opportune. D'aucuns regretteront peut-être que ce pouvoir ne puisse être exercé juste en amont de la convocation, dans la perspective de l'entretien afin que celui-ci puisse être plus fructueux et que le président puisse plus exactement orienter le dirigeant.

Alerte réservée au seul président du tribunal de commerce

A la suite des modifications intervenues dans le reste des dispositions du chapitre 1^{er}, il apparaît que le président du tribunal de commerce est seul doté du pouvoir de convoquer les dirigeants et que ne sont concernés que les dirigeants de « société(s) commerciale(s), groupement(s) d'intérêt économique, ou d'entreprise(s) individuelle(s) commerciale(s) ou artisanale(s) » (art. L. 611-2-I, al. 1^{er} c. com.).

Ce pouvoir appartenait également au président du tribunal de grande instance en vertu des dispositions de l'article L. 611-5 encore en vigueur. Selon ce texte, en effet, « le président du tribunal de grande instance peut, dans les mêmes conditions que celles prévues par les articles L. 611-2, L. 611-3 et L. 611-4, être saisi par le représentant de toute personne morale de droit privé. Il exerce les mêmes pouvoirs que ceux attribués par ces dispositions au président du tribunal de commerce ». Cette disposition a disparu du nouveau livre VI. Le législateur a en effet choisi de préciser la compétence pour chacune des procédures régies par le chapitre 1^{er} du livre I au sein des dispositions relatives à ces procédures. Ainsi, l'article L. 611-3 permet-il tant au président du tribunal de grande instance qu'au président du tribunal de commerce de désigner un mandataire *ad hoc*. Pour la procédure de conciliation, le domaine et la compétence sont respectivement déterminés par les articles L. 611-4 (pour le T. com.) et L. 611-5 (pour le TGI). L'intervention du président du tribunal de grande instance en matière d'alerte semble bien avoir été oubliée.

L'injonction de dépôt des comptes

L'article L. 611-2-II, alinéa 1^{er} résultant de la loi du 26 juillet 2005 permet au président du tribunal d'adresser aux dirigeants d'une société commerciale une injonction de procéder à bref délai, au dépôt des comptes annuels et ce, sous astreinte. Cette injonction est donc prononcée par le président du tribunal d'office, à la différence de celle prévue par l'article L. 123-5-1 du code de commerce. Une telle injonction ne peut naturellement être prononcée qu'en cas du non-respect de l'obligation de dépôt de ces comptes dans les délais légaux.

Si, malgré l'astreinte, le dépôt des comptes n'était pas effectué au terme d'un délai qu'il appartient

au pouvoir réglementaire de fixer par voie de décret, le président pourrait « faire application à leur égard des dispositions du deuxième alinéa du I ». Ce deuxième alinéa est celui qui permet au président d'obtenir communication de tout renseignement de nature à lui donner une exacte information sur la situation de l'entreprise, soit à l'issue de l'entretien, soit à défaut de présence à l'entretien. Il semble que le président puisse seulement obtenir les renseignements visés dans les conditions prévues par ce texte. Toutefois, la rédaction du texte est ambiguë, celui-ci indiquant que le président peut faire application à l'égard des dirigeants des dispositions de l'alinéa 2 du I, de telle sorte que l'on pourrait hésiter à y voir une cause autonome de convocation à un entretien, la communication des renseignements ne pouvant en effet avoir lieu « à leur égard », ces renseignements étant obtenus des tiers ! Ce à quoi il pourrait toutefois être objecté que l'alinéa 2 du I vise « cet entretien », c'est-à-dire l'entretien auquel est convoqué le dirigeant lorsque le président a constaté des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, en vertu de l'alinéa précédent.

L'alerte du commissaire aux comptes

En la forme, *les dispositions relatives à l'alerte dans les personnes morales de droit privé non commerçantes sont désormais contenues dans une seule et unique disposition*, l'article L. 612-3 du code de commerce, concernant tant les personnes ayant une activité économique visées par l'article L. 612-1 (dépassant 3 des 2 seuils fixés par décret : 50 salariés, 3 100 000 € de chiffre d'affaires hors taxe ou de ressources, 1 500 000 € pour le total de bilan) que les associations recevant des subventions dont le montant dépasse 150 000 €, visées par l'article L. 612-4 du même code. Ces dernières étaient soumises jusque-là à une procédure propre. La rédaction de l'article L. 612-4 a par ailleurs été quelque peu modifiée par une ordonnance du 28 juillet 2005 qui impose à ces associations, dans des conditions qui seront fixées par décret, la publicité de leurs comptes et du rapport annuel du commissaire aux comptes.

Au fond, plusieurs modifications sont à observer :

La plupart ont une assez large portée sous réserve de quelques oublis du législateur. Elles concernent la délimitation du devoir d'alerte du commissaire aux comptes, l'information plus

précoce du président du tribunal, l'information des délégués du personnel, la convocation de l'assemblée générale.

Une modification concerne la seule procédure d'alerte applicable aux sociétés commerciales autres que les sociétés anonymes.

En premier lieu, peut être signalée l' *exclusion du devoir d'alerte du commissaire aux comptes lorsque les dirigeants ont engagé une procédure de conciliation ou de sauvegarde*. Cette exclusion résulte, pour l'alerte concernant les personnes morales de droit privé non commerçantes, de l'adjonction d'un nouvel alinéa, un alinéa 6, à l'article L. 612-3. Pour les sociétés commerciales, elle est fondée sur un nouvel article, l'article L. 234-4 du code de commerce. On remarquera que les dispositions de l'article L. 251-15 du code de commerce relatives aux GIE n'ont en revanche pas été modifiées. Cette absence de modification, dépourvue de toute justification logique, tient probablement à une omission du législateur.

En second lieu, la loi impose une *information plus précoce du président du tribunal* par le commissaire aux comptes au cours de la procédure d'alerte qu'il a engagée.

Ainsi, cette information est assurée *dans les procédures concernant les personnes morales de droit privé non commerçantes dès que le commissaire aux comptes invite les dirigeants à faire délibérer l'organe collégial* de la personne morale, faute d'avoir reçu une réponse satisfaisante, ou en l'absence de réponse des dirigeants à la suite de l'information adressée après constatation des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. L'information du président a lieu dès le début de la deuxième phase de l'alerte.

Elle est effectuée, *dans les sociétés anonymes*, au même stade, *dès que le commissaire aux comptes invite le président du conseil d'administration ou le directoire à faire délibérer le conseil d'administration ou le conseil de surveillance* sur les faits relevés. L'article L. 234-1 concernant la procédure d'alerte dans les sociétés anonymes est applicable par renvoi aux entreprises publiques dotées d'un commissaire aux comptes.

Dans ces deux hypothèses, la délibération de l'organe collégial est en outre communiquée par la personne morale au président du tribunal, lequel jusqu'alors en était informé par le commissaire aux comptes.

Dans les sociétés commerciales autres que les sociétés anonymes, est également ajoutée une information au président lorsque, « en cas d'inobservation de ces dispositions » ou de la persistance des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation malgré les décisions prises, le commissaire aux comptes établit un rapport spécial et invite les dirigeants à faire délibérer l'assemblée générale.

Quelle que soit la personne concernée, l'information au président est réalisée par la transmission à ce dernier d'une copie de l'écrit par lequel le commissaire aux comptes invite les dirigeants, les organes de direction, ou l'assemblée générale à délibérer.

On mentionnera, enfin, que la loi complète ce dispositif en déliant du secret professionnel le commissaire aux comptes à l'égard du président lorsqu'il agit dans le cadre de la procédure d'alerte (art. 162-V, L. du 26 juill. 2005 modifiant l'art. 822-15, al. 1^{er} c. com.).

En troisième lieu, dans la procédure d'alerte, la loi veille à la transmission de *l'information aux délégués du personnel*, à défaut du comité d'entreprise.

Ainsi, l'article L. 612-3 qui régit l'alerte dans les personnes morales de droit privé non commerçantes prévoit dans son alinéa 2 que la délibération de l'organe collégial est communiquée « au comité d'entreprise, ou, *à défaut, aux délégués du personnel*, et au président du tribunal de grande instance » et dans son alinéa 3 la communication du rapport spécial du commissaire aux comptes « au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel ».

De même, dans la procédure d'alerte suivie dans les sociétés anonymes (art. L. 234-1 c. com.), il est précisé que tant la délibération de l'organe collégial que le rapport spécial du commissaire aux comptes sont communiqués « au comité d'entreprise ou, à défaut, au commissaire aux comptes ».

Une inadvertance cependant est à observer concernant l'alerte relative aux sociétés commerciales autres que les SA. Tandis que dans sa version antérieure le texte imposait la communication du rapport spécial du commissaire aux comptes au comité d'entreprise, le nouveau texte ne comporte aucune mention d'une telle communication, ni au comité d'entreprise, ni aux délégués du personnel.

S'agissant de la portée de la mention « ou à défaut, des délégués du personnel », elle est susceptible de prêter à interprétation quant aux entreprises concernées : soit seulement des entreprises de plus de 50 salariés susceptibles d'avoir un comité d'entreprise, soit également les entreprises de plus de 11 salariés seulement dotées de délégués du personnel. En présence de cette même formule, c'est la première interprétation qui a été retenue s'agissant du droit d'alerte conféré au comité d'entreprise. Néanmoins, le garde des Sceaux s'est exprimé en faveur de la deuxième interprétation lors des travaux préparatoires.

Une même volonté d'information des délégués du personnel se constate en amont de l'alerte : ainsi, le rapport analysant les documents comptables doit faire l'objet d'une communication, à défaut du comité d'entreprise, aux délégués du personnel selon l'article L. 612-2 du code de commerce.

En quatrième lieu, il convient d'observer que *l'assemblée générale délibérera plus précocement* sur les faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation relevés par le commissaire aux comptes en cas de persistance des difficultés ou d'inobservation des dispositions légales. Au lieu d'attendre la prochaine assemblée générale, une assemblée générale sera convoquée dans des conditions et délais fixés par décret en Conseil d'Etat.

En cinquième lieu, une *modification rédactionnelle* est apportée aux dispositions de *l'article L. 234-2* réglementant l'alerte dans les sociétés commerciales autres que les sociétés anonymes, *permettant l'application de cette procédure aux SAS*. Le texte vise non plus les « gérants », ce qui en limitait le domaine aux SARL, sociétés en commandite et SNC mais « les dirigeants », terme qui n'est lié à aucune forme de société selon le rapporteur du député X. Roux qui a indiqué que les SAS n'étaient pas des sociétés anonymes relevant des dispositions de l'article L. 234-1 (rapp.

X. Roux, p. 472, note 1).

Le mandat *ad hoc*

La loi du 26 juillet 2005 opère une consécration plus nette du mandat *ad hoc* auquel est désormais consacrée une disposition autonome, l'article L. 611-3 du nouveau livre VI du code de commerce. Cette disposition se borne toutefois uniquement à prévoir la saisine par le représentant de l'entreprise et à définir la compétence, laquelle revient au président du tribunal de commerce ou au président du tribunal de grande instance.

Cette disposition est, il est vrai, complétée par des dispositions communes au mandataire *ad hoc* et au conciliateur, lesquelles n'entament guère la souplesse du mandat *ad hoc*. En particulier, contrairement à ce qui avait été initialement envisagé, et à la solution applicable dans la procédure de conciliation, la désignation du mandataire *ad hoc* ne donne lieu à aucune information du ministère public. Le président conserve toute latitude pour fixer la mission du mandataire *ad hoc* et sa durée. L'allongement de la durée de la procédure de conciliation d'un mois par rapport à la durée de la procédure de règlement amiable, ne privera pas d'intérêt le recours préalable au mandat *ad hoc*.

S'agissant des quelques restrictions apportées à la souplesse du mandat *ad hoc*, elles concernent la *désignation* du conciliateur *et sa rémunération* et résultent respectivement des dispositions des articles L. 611-13 et L. 611-14.

Afin de garantir *l'indépendance* du conciliateur, l'article L. 611-13 édicte deux incompatibilités. L'alinéa 1^{er} de cette disposition interdit la désignation de toute personne ayant reçu une rémunération ou un paiement dans les vingt-quatre mois précédents, « à quelque titre que ce soit, directement ou indirectement », tant du débiteur que de l'un de ses créanciers ou d'une personne qui en détient le contrôle ou est contrôlée par lui. Est toutefois exceptée la rémunération perçue au titre d'un mandat *ad hoc*, d'une mission de règlement amiable ou de conciliation réalisée pour le même débiteur ou le même créancier. Pour assurer le respect de cette exigence, la loi se contente d'exiger du mandataire *ad hoc* une attestation sur l'honneur.

L'alinéa 2 du même texte interdit la désignation d'un juge consulaire en fonction ou ayant quitté ses fonctions depuis moins de 5 ans.

En revanche, aucune obligation d'assurance n'a été en définitive imposée par la loi, contrairement à ce qui avait été envisagé dans le projet de loi. L'abandon de cette obligation a été justifié par le souci de ne pas restreindre de manière trop importante l'éventail de choix du président du tribunal.

La *rémunération* du mandataire *ad hoc*, comme celle du conciliateur ou encore de l'expert, est déterminée, selon l'article L. 611-14, par le président du tribunal. Ce dernier, après avoir recueilli l'avis du débiteur, en fixe les conditions lors de la désignation du mandataire *ad hoc*, en fonction des diligences nécessaires à l'accomplissement de sa mission. Il en arrête le montant en fin de mission par ordonnance susceptible d'un recours devant le premier président de la Cour d'appel dans un délai qui reste à préciser par décret.

Enfin, la loi soumet toute personne appelée au mandat *ad hoc* ou qui par ses fonctions en a connaissance, à une obligation de *confidentialité*. L'article L. 611-15, qui ne concerne pas uniquement le mandataire *ad hoc*, consacre à son égard la solution de la jurisprudence qui avait écarté à son endroit l'application de l'obligation au secret professionnel auquel était soumis le conciliateur (Paris 2 avr. 1999, Bull. Joly 1999.1084, note A. Couret ; RTD com. 2000.714, obs. F. Macorig-Venier).

La procédure de conciliation

La procédure de règlement amiable instituée par la loi du 1^{er} mars 1984, réformée en 1994 et codifiée en 2000 aux articles L. 611-3 à L. 611-6 du code de commerce, laisse place à une procédure de conciliation régie par les dispositions des articles L. 611-5 à L. 611-15 du nouveau livre VI du code de commerce (Cf. F. Macorig-Venier, Du règlement amiable à la conciliation, Colloque Toulouse 23 sept. 2005, Rev. proc. coll, à paraître.). Subsiste néanmoins le règlement amiable « agricole » régi par le code rural (art. L. 351-1 à L. 351-7) dont aucune disposition n'est

modifiée par la réforme du 26 juillet 2005.

Au-delà du changement de dénomination attestant de la volonté des auteurs de la réforme de conférer plus de souplesse à la procédure et d'en restreindre le caractère judiciaire, accentué en 1994, des changements de fond importants (traduisant cette volonté) sont à observer tant en ce qui concerne l'ouverture de la procédure que son déroulement et son issue. Soucieuse de ne pas effrayer le débiteur à s'engager dans cette voie et désireuse d'encourager ses partenaires à s'associer à sa démarche, la loi nouvelle s'efforce de renforcer l'attractivité de la procédure de conciliation par rapport à la procédure de règlement amiable. Elle contient des mesures incitant les créanciers à conclure un accord. La remise en question de l'accord est enfin envisagée.

L'ouverture de la procédure de conciliation

La loi du 26 juillet 2005 favorise l'ouverture de la procédure qui demeure toutefois réservée à la seule initiative du débiteur.

La procédure de conciliation a un large champ d'application puisqu'elle concerne les personnes qui exercent une activité commerciale ou artisanale pour lesquelles la procédure relève de la compétence du président du tribunal de commerce (L. 611-4), mais également les personnes morales de droit privé et les personnes physiques exerçant une profession indépendante (art. L. 611-5, al. 1^{er}) qui doivent s'adresser au président du tribunal de grande instance. Seules demeurent en dehors du champ d'application de la procédure de conciliation, les personnes physiques ou morales exerçant une activité agricole relevant du règlement amiable agricole (art. L. 611-5, al. 2), à l'exception des sociétés commerciales par la forme.

Par ailleurs et surtout, la procédure de conciliation pourra être ouverte en présence d'« une difficulté juridique économique ou financière, avérée ou prévisible » et lorsque la cessation des paiements sera survenue depuis moins de quarante-cinq jours. Elle pourra ainsi être ouverte plus souvent que la procédure de règlement amiable, à la fois plus tôt et plus tard, ce dernier nécessitant l'existence de difficultés avérées et non constitutives de la cessation des paiements.

Bien que la survenance de l'état de cessation des paiements ne soit pas exclusive de la procédure de conciliation, seul le débiteur peut en solliciter l'ouverture, à l'exclusion des créanciers.

La décision d'ouverture, communiquée au ministère public ainsi qu'à l'ordre professionnel ou à l'autorité compétente dont relève le professionnel exerçant une profession libérale est insusceptible de recours (art. L. 611-6, al. 4). Dans cette décision, le président désigne le conciliateur. Les mêmes règles que celles précédemment exposées pour le mandataire *ad hoc* sont applicables. Le débiteur a, en outre, la possibilité de proposer une personne et, inversement, de récuser le conciliateur dans des conditions qui seront précisées par décret. La durée de la mission du conciliateur doit être indiquée, cette durée ne pouvant excéder quatre mois et pouvant être prorogée d'un mois supplémentaire à la demande du conciliateur.

Le déroulement de la procédure de conciliation

La procédure de conciliation est caractérisée par la plus grande souplesse et une confidentialité accrue. Un très net recul de la judiciarisation observée en 1994 pour la procédure de règlement amiable peut être observé. Ce recul résulte de la suppression de la suspension des poursuites de l'ensemble des créanciers et des restrictions corrélatives aux pouvoirs du débiteur.

La loi de sauvegarde supprime une mesure introduite en 1994 et pourtant facultative pour le président du tribunal : le prononcé de la suspension collective des poursuites des créanciers antérieurs à la décision du président, auquel il était reproché la perte de confidentialité de la procédure résultant de la nécessaire publicité de la mesure. La réforme y substitue l'application des articles 1244-1 à 1244-3 du code civil (art. L. 611-7, al. 5 c. com.). Il s'agit donc d'une mesure individuelle destinée à stopper les poursuites engagées par un créancier pendant la procédure, mesure sollicitée par le débiteur auprès du président du tribunal qui se prononcera après avoir entendu le conciliateur. En l'absence de distinction légale, il devrait être considéré que cette mesure concerne tous les créanciers, y compris les créanciers auxquels ces dispositions ne sont pas normalement applicables tels le Trésor ou la Sécurité sociale (telle a été la position adoptée par la Chambre commerciale de la Cour de cassation en application des textes actuels qui permettent au président de soumettre les créanciers qui n'ont pas participé à l'accord amiable à

des délais en application de l'art. 1244-1 du code civil, Com. 16 juin 1998, JCP 1998 éd. E.1795, P. Serlooten ; RTD com. 1998.918, F. Macorig-Venier).

La disparition de la suspension des poursuites provoque celle des règles restrictives des pouvoirs du débiteur (interdiction des paiements des dettes antérieures, actes de disposition étrangers à la gestion courante). Les pouvoirs du débiteur demeurent intacts pendant toute la procédure de conciliation, ce que confirment les dispositions précisant le rôle du conciliateur pendant celle-ci.

S'agissant du conciliateur, sa mission n'est plus de « favoriser le fonctionnement de l'entreprise et de rechercher la conclusion d'un accord » (art. L. 611-4-I ancien livre VI) mais de « favoriser la conclusion (...) d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise ». « Il peut également présenter toute proposition se rapportant à la sauvegarde de l'entreprise, à la poursuite de l'activité économique et au maintien de l'emploi » (art. L. 611-7, al. 1^{er} du nouveau livre VI c. com.). Un rôle plus actif dans la recherche des solutions lui est ainsi conféré.

Il lui appartient, par ailleurs, en quelque sorte de veiller au bon déroulement de la procédure puisqu'il lui est imposé, d'une part, de « rendre compte au président de l'état d'avancement de sa mission et de formuler toutes observations utiles sur les diligences du débiteur (art. L. 611-7, al. 4. c. com.), d'autre part, de présenter sans délai un rapport au président « en cas d'impossibilité de parvenir à un accord ».

Le conciliateur, comme les partenaires du débiteur à la conciliation appelés à conclure l'accord, ses principaux créanciers, et les cas échéant ses cocontractants habituels, sont tenus d'une obligation de confidentialité en vertu de l'article L. 611-15 applicable également en cas de mandat *ad hoc*. Cette obligation se substitue à l'obligation au secret professionnel sanctionnée pénalement actuellement applicable selon l'article L. 611-6 de l'ancien livre VI.

Les incitations à la conclusion de l'accord

La procédure toute entière est orientée vers la conclusion d'un accord amiable. Cet accord doit à la fois permettre à l'entreprise de « souffler » grâce aux délais voire remises des dettes antérieures

et de « redémarrer » grâce à des avances de fonds ou à la poursuite de relations contractuelles.

A cette fin, la loi de sauvegarde des entreprises encourage les créanciers à consentir des remises. Elle facilite l'octroi de remises par les *créanciers publics et assimilés*. Il est renvoyé par l'article L. 611-7, alinéa 3 aux dispositions réglementant la sauvegarde, également applicables dans la redressement judiciaire : « 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 ».

Ces créanciers peuvent accorder des remises en tout ou partie « concomitamment à l'effort consenti par d'autres créanciers », et ce dans des conditions similaires à celles octroyées « dans les conditions normales du marché » par un opérateur privé placé dans la même situation. Cette exigence a été imposée pour satisfaire aux impératifs du droit de la concurrence.

La loi indique les créances fiscales susceptibles d'être remises : il s'agit de l'ensemble des impôts directs perçus par l'Etat et les collectivités territoriales ainsi que les produits divers du budget de l'Etat dus par le débiteur. Pour les impôts indirects, les seuls intérêts de retard, majorations, pénalités ou amendes sont visés.

Il est renvoyé au décret pour préciser les conditions de ces remises.

En outre, la loi incite les créanciers à consentir des efforts financiers et à contribuer au rétablissement de l'entreprise.

La loi de sauvegarde des entreprises protège les créanciers qui apportent leur concours financier en écartant en principe la responsabilité pour soutien abusif. La mesure, qui ne concernait à l'origine que la procédure de conciliation a vu son domaine élargi. Elle figure en conséquence dans une disposition liminaire du titre V sur les responsabilités et sanctions, l'article L. 650-1, qui dispose en son alinéa premier que « les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans

la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées par rapport à ceux-ci ». Cette « irresponsabilité » de principe des prêteurs joue que l'accord conclu soit simplement constaté ou qu'il soit homologué.

Il en va différemment d'autres mesures de nature à inciter les créanciers à conclure un accord et à participer au rétablissement de l'entreprise, ces mesures ne jouant que lorsque l'accord est homologué. Il s'agit de la protection contre les nullités de la période suspecte et de l'octroi d'un privilège, le privilège dit de la conciliation ou de la « new money ».

Il résulte de l'article L. 631-8, alinéa 2 disposition figurant dans le chapitre 2 « de la nullité de certains actes » du titre III relatif au redressement judiciaire, que la date de cessation des paiements ne peut être reportée à une date antérieure à la décision définitive ayant homologué un accord amiable, sauf cas de fraude. L'accord homologué est ainsi parfaitement sécurisé, ce qui n'est pas le cas aujourd'hui de l'accord homologué à l'issue de la procédure actuelle de règlement amiable, la jurisprudence ayant considéré qu'un report en amont de l'ordonnance d'homologation et même de la décision d'ouverture de la procédure était possible (Com. 5 mai 2004, D. 2004.J.1594, A. Lienhard ; RTD com. 2004.590, F. Macorig-Venier et 584, obs. D. Legeais).

Répondant aux vœux de la pratique et de la doctrine, la loi de sauvegarde fait bénéficier les créanciers de l'entreprise d'un privilège appelé à jouer en cas d'ouverture ultérieure d'une procédure judiciaire, sauvegarde, redressement ou liquidation. Il importe d'indiquer plus précisément les créances profitant du privilège de l'article L. 611-11 du nouveau livre VI du code de commerce et les effets de celui-ci.

Les *créanciers bénéficiaires* se divisent en deux catégories : « les personnes qui avaient consenti *dans l'accord homologué* mentionné au II de l'article L. 611-8, un nouvel *apport en trésorerie* au débiteur en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité » d'une part, et, d'autre part, « les personnes qui fournissent, *dans l'accord homologué un nouveau bien ou service* en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité ».

L'apport en trésorerie doit être consenti *dans* l'accord, de même que le service ou le bien.

L'apport, le bien ou le service fourni doivent assurer la pérennité de l'entreprise. Ils ne peuvent bénéficier du privilège s'ils concernent des dettes ne se rapportant pas à l'activité de l'entreprise. Au-delà, l'exigence légale est censée satisfaite en raison de l'homologation de l'accord par le tribunal, homologation supposant que l'accord est de nature à assurer la pérennité de l'entreprise.

Afin de limiter le bénéfice de la disposition aux seuls efforts financiers consentis après l'ouverture de la procédure et dans le cadre de l'accord, la rédaction de la disposition a été modifiée pour parvenir à la rédaction actuelle, un alinéa 3 disposant par précaution que « les créanciers signataires de l'accord ne peuvent bénéficier directement ou indirectement de cette disposition au titre de leur concours antérieurs à l'ouverture de la conciliation ».

La loi prend soin par ailleurs de préciser (al. 2) que « cette disposition ne s'applique pas aux apports consentis par les actionnaires et associés du débiteur dans le cadre d'une augmentation de capital ». Les apports effectués par les associés en compte courant paraissent ainsi pouvoir bénéficier du privilège.

Le privilège de l'article L. 611-11 confère une *priorité de rang* en cas d'ouverture ultérieure d'une procédure de sauvegarde, redressement ou liquidation.

Une priorité est reconnue à ces créanciers par l'article L. 611-11 *sur les créances nées antérieurement à l'ouverture de la conciliation*, sans qu'il y ait lieu de distinguer, le texte ne distinguant pas, selon que ces créances sont ou non assorties de sûretés.

Cette disposition renvoie ensuite, pour la fixation du rang du privilège, à celles de la sauvegarde et du redressement d'une part, de la liquidation d'autre part. Il en résulte que le privilège prime aussi des créances postérieures et pas seulement antérieures à l'accord.

En cas de sauvegarde ou de redressement, elles passent *après* le superprivilège, les frais de justice, mais *avant* les créances bénéficiant du privilège de la sauvegarde ou du redressement (L. 622-17).

En cas de liquidation, selon l'article L. 641-13-II, elles passent *après* le superprivilège, les frais de justice, et *avant* les créances garanties par des sûretés immobilières ou des sûretés mobilières spéciales assorties d'un droit de rétention ou d'un nantissement sur l'outillage et le matériel, enfin les créances bénéficiant du privilège de la liquidation.

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

Une fois l'accord conclu, il peut être soit seulement constaté, soit, à la demande du débiteur, homologué. Seule l'homologation avait été envisagée dans le projet de loi. Toutefois, afin de préserver la confidentialité de la procédure et de l'accord, une deuxième voie, plus rapide par ailleurs, a été introduite : la constatation de l'accord. Cette introduction tardive explique sans doute que les dispositions du nouveau livre VI laissent très largement dans l'ombre l'accord constaté, et plus particulièrement ses effets.

La constatation de l'accord nécessite une requête conjointe des parties adressée au président du tribunal qui a compétence en la matière (art. L. 611-8-I). Le président ne se prononcera pas sur l'accord qu'il ne sera pas amené à apprécier et sur lequel les parties conserveront une entière maîtrise. Il se bornera simplement à en constater officiellement l'existence et à lui donner force exécutoire. La loi exige toutefois du débiteur la remise d'une déclaration certifiée attestant qu'il ne se trouve pas en état de cessation des paiements lors de la conclusion de l'accord ou que l'accord y met fin.

L'ordonnance constatant l'accord n'est pas soumise à publication et n'est pas susceptible de recours, ce qui préserve la confidentialité. La décision du président du tribunal met fin à la procédure.

La loi est muette sur les effets de l'accord simplement constaté. Il y a lieu de considérer qu'il produit les effets résultant de sa nature conventionnelle. Les parties doivent l'exécuter, ce qui implique en particulier que les créanciers ne puissent exercer d'action ou des poursuites afin d'obtenir un paiement des créances objets de l'accord en dépit des délais ou des remises accordées.

L'homologation peut toutefois être demandée par le débiteur selon l'article L. 611-8-II.

L'homologation de l'accord nécessite une initiative du débiteur, seul habilité à la solliciter. En raison des conséquences attachées par la loi à l'accord homologué jouant en faveur des créanciers (précédemment exposées), il y sera probablement fortement incité par ces derniers.

Outre ces conséquences, l'importance de l'homologation résulte de ce qu'elle relève de la *compétence* du tribunal (tandis que seul le président du tribunal est compétent dans l'actuelle procédure de règlement amiable) et qu'elle est subordonnée à des *conditions de fond*. Elles sont au nombre de trois. Il faut en premier lieu que le débiteur ne soit pas en état de cessation des paiements ou que l'accord y mette fin, en second lieu que les termes de l'accord soit de nature à assurer la pérennité de l'entreprise, enfin, que l'accord ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers non signataires. Les parties n'ont plus l'entière maîtrise de l'accord. Le tribunal sera en effet amené à l'apprécier au regard de ces conditions, même s'il ne peut en imposer la modification.

Il n'est donc pas surprenant que le jugement d'homologation soit lui-même précédé d'une large *consultation*. Selon l'article L. 611-9, doivent être entendus ou dûment appelés en chambre du conseil, le débiteur, les créanciers parties à l'accord, les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut des délégués du personnel, le conciliateur et le ministère public. S'y ajoutent l'ordre professionnel ou l'autorité compétente dont relève le débiteur exerçant une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé ainsi que toute personne dont l'audition paraît utile au tribunal.

L'homologation, qui met fin à la procédure (art. L. 611-10, al. 1^{er}) est suivie d'une *publicité*. Le jugement d'homologation est par ailleurs déposé au greffe où tout intéressé peut en prendre connaissance (art. L. 611-10, al. 2).

Quant à l'accord homologué lui-même, il est transmis au commissaire aux comptes « lorsque le débiteur est soumis au contrôle légal de ses comptes ».

S'agissant des *voies de recours*, le jugement d'homologation est susceptible de tierce opposition dans les 10 jours de la publicité du jugement d'homologation tandis qu'un appel peut être formé contre le jugement refusant l'homologation, lequel jugement n'est pas soumis à publicité.

Les *effets de l'accord homologué* sont précisés par la loi, qui reprend en partie les dispositions de l'actuel article L. 611-4-IX du code de commerce. Ainsi, l'article L. 611-10, rappelle que l'accord a pour effet la suspension de toute actions et poursuite individuelle pour obtenir le paiement des créances objet de l'accord tout d'abord, ensuite qu'il emporte corrélativement suspension des délais impartis aux créanciers à peine de déchéance ou résiliation des droits afférents aux créances mentionnées dans l'accord.

En outre, l'accord homologué emporte pour le débiteur, une levée de plein droit de l'interdiction d'émettre des chèques (art. L. 611-10, al. 3).

Enfin, l'incidence de l'accord *sur les cautions, garants, coobligés* est précisée, tandis qu'aucune disposition semblable n'existe dans l'actuelle procédure de règlement amiable. Il est aujourd'hui indiqué que « les coobligés et les personnes ayant consenti un cautionnement ou une garantie autonome peuvent se prévaloir des dispositions de l'accord ». Pour les cautions, cette disposition n'apporte aucun changement par rapport à la solution rendue par la Cour de cassation (Com. 5 mai 2004, D. 2004.J.1594, A. Lienhard ; RTD com. 2004.590, F. Macorig-Venier, préc.). Il en va de même pour les coobligés (sauf si elle a été faite spécialement à un codébiteur, la remise de dette conventionnelle profite en effet aux autres selon l'art. 1285 du code civil : « La remise ou décharge conventionnelle au profit de l'un des codébiteurs solidaires, libère tous les autres, à moins que le créancier n'ait expressément réservé ses droits contre ces derniers. Dans ce dernier cas, il ne peut plus répéter la dette que déduction faite de la part de celui auquel il a fait la remise »). Pour les garants autonomes en revanche, la règle posée est une véritable aubaine. Or, la solution ainsi posée profite à l'ensemble des cautions, garants et coobligés et non pas uniquement aux personnes physiques, les seules à bénéficier des dispositions du plan de sauvegarde dont a pourtant voulu s'inspirer.

Les dispositions légales ainsi rapportées devraient faire resurgir le débat sur la nature de l'accord homologué, de même que sur la portée de l'homologation elle-même et sur l'efficacité de l'accord en son absence.

L'accord homologué demeure-t-il contractuel eu égard au pouvoir reconnu au tribunal et aux conditions auxquelles est subordonnée l'homologation ? Il est permis de douter d'une transformation totale de la nature de l'accord. Un argument en ce sens peut être tiré du rapprochement avec le concordat de la loi du 13 juillet 1967, dont la nature conventionnelle a toujours été affirmée (Ripert et Roblot, *Traité élémentaire de droit commercial*, t. II, LGDJ, 9^e éd., 1981, n° 3232), ce qui, au demeurant, n'empêchait pas le concordat d'échapper aux règles d'annulation et de résolution du droit commun des contrats en raison des règles particulières édictées par la loi. Si l'exposé des motifs de loi précise à propos de cet accord « qu'il lui est reconnu une portée particulière dépassant celle qui est accordée en droit commun aux accords homologués à titre gracieux », c'est pour expliquer la mesure empêchant de remettre en question l'accord par le jeu des nullités de la période suspecte. Cette règle particulière ne permet pas toutefois de considérer que la nature de l'accord serait modifiée. Quant aux précisions apportées sur les effets de l'accord à l'égard des cautions, elle s'explique par la volonté de consacrer la jurisprudence et n'a pas été justifiée par une transformation de la nature de l'accord homologué.

Quelle est l'importance de l'homologation, sa portée, sachant que le tribunal peut refuser d'homologuer l'accord ? Les conséquences d'un tel refus ne sont nullement précisées tant en ce qui concerne la procédure elle-même que le sort de l'accord. L'accord continuera-t-il à lier les parties alors qu'elles escomptaient l'application du régime de faveur en cas d'ouverture ultérieure d'une procédure de sauvegarde, redressement ou liquidation ? La réponse est *a priori* positive, l'accord ne cessant pas d'exister, sauf pour les parties à avoir stipulé une condition (que l'on imagine systématique). Il semble en effet difficile d'admettre que l'homologation est une condition de validité de l'accord. Elle en renforce seulement l'efficacité.

La remise en question de l'accord

La loi de sauvegarde prévoit deux hypothèses dans lesquelles l'accord est remis en question : la

résolution de l'accord d'une part, l'ouverture d'une procédure judiciaire, d'autre part.

La résolution de l'accord est envisagée par l'article L. 611-10, alinéa 5 du nouveau livre VI du code de commerce, disposition qui ne concerne toutefois que *l'accord homologué*. Cette résolution résulte de l'inexécution de l'accord, peu important la nature des engagements inexécutés. On observera que l'inexécution de l'accord ne peut plus entraîner, même de manière facultative comme aujourd'hui, l'ouverture d'une procédure judiciaire.

La résolution de l'accord est sollicitée par les parties à l'accord. Le prononcé de la résolution de l'accord paraît imposé au juge en raison de l'emploi du présent. Les conséquences de la résolution sont quelque peu incertaines. En effet, l'article L. 661-10 issu de la loi de sauvegarde, comme l'article L. 611-4-X aujourd'hui, dispose que « le tribunal (...) prononce la résolution, *ainsi que* la déchéance de tout délai accordé ». Cette précision est-elle seulement destinée à permettre la remise en question des délais imposés sur le fondement des articles 1244-1 et suivants du code civil aux créanciers n'ayant pas participé à l'accord ou a-t-elle pour objet de limiter les conséquences de la résolution aux seuls délais à l'exclusion des remises ? La première interprétation nous semble s'imposer et la résolution devrait logiquement emporter également anéantissement des remises consenties.

La loi est muette concernant *l'accord simplement constaté*, la résolution de celui-ci en application du droit commun doit être admise. Il appartiendra ainsi au juge d'apprécier la gravité de l'inexécution et l'opportunité de prononcer la résolution de l'accord.

L'ouverture d'une procédure de sauvegarde, redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire met fin de plein droit à l'accord constaté ou homologué, selon l'article L. 611-12. Il en résulte une sorte de caducité de l'accord. Toutefois, pour les créanciers, l'anéantissement de l'accord est rétroactif à certains égards, cette disposition précisant en effet qu'ils recouvrent l'intégralité de leurs créances et sûretés déduction faite des sommes perçues. Rien n'est précisé quant aux délais accordés. Il serait toutefois logique de les soumettre au même sort que les remises. La question, pendant le cours de la procédure, ne présente pas, il est vrai, d'intérêt pour le débiteur en raison de l'interdiction de paiement des créances antérieures et de l'interdiction corrélative des

poursuites. Il en va différemment pour les cautions, coobligés ou personnes morales en cas de sauvegarde et de redressement judiciaire et pour l'ensemble des tiers en cas de liquidation. L'ouverture d'une procédure judiciaire ne produit aucun effet rétroactif pour les créanciers ayant consenti dans l'accord une avance de fonds ou fourni un bien ou un service. Ces derniers bénéficient du privilège de l'article L. 611-11 dont la loi a expressément réservé l'application. C'est au demeurant uniquement dans ces procédures qu'il est appelé à jouer.