



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

*La réforme de la prévention par l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014*

MACORIG-VENIER FRANCINE

Référence de publication : MACORIG-VENIER (F.), « La réforme de la prévention par l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 », *Revue trimestrielle de droit commercial*, 2014, n° 2, p. 395.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications, contacter [portail-publi@ut-capitole.fr](mailto:portail-publi@ut-capitole.fr)

## La réforme de la prévention par l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014

**(Th. Montéran, L'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014, Gaz. Pal. 6-8 avr. 2014, nos 96-98, p. 7 ; M. Dizel, L.-C. Henry, M. Morand, F. Reille, P. Roussel Galle et J.-L. Vallens, Dict. Perm. Diff. Entr., n° spécial, avr. 2014, Bull. n° 358-1 ; F.-X. Lucas, Présentation de l'ordonnance portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, BJE, mars 2014 n° 2, p. 111 ; P.-M. Le Corre, Premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficulté, D. 2014. 733)**

L'importance de la prévention dans le droit des entreprises en difficulté demeure centrale. En atteste le titre même de l'ordonnance du 12 mars 2014 qui réforme la matière : il s'agit de l'ordonnance portant réforme de la prévention et des procédures collectives. Le rapport au président de la République relatif à l'ordonnance indique également que « faciliter l'anticipation » constitue un des principaux objectifs poursuivis. Le volet prévention figurait dans l'article 2 de la loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014 habilitant le gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises par voie d'ordonnances. L'adoption de l'ordonnance constitue l'aboutissement d'un processus de réforme engagé après la présentation en novembre 2012 du pacte pour la croissance, la compétitivité et l'emploi (cf. La prévention et le traitement amiable des difficultés des entreprises à la lumière de la réforme, Actes du colloque AJDE 15 nov. 2013, Université Toulouse Capitole, Dossier, Rev. proc. coll. 2014, n° 1, p. 73 s.). Les modifications relatives à l'anticipation concernent en tout premier lieu les dispositions du Titre Ier du livre VI. Elles concernent également les dispositions du code rural et de la pêche maritime alors que les règles relatives au règlement amiable régies par ce code étaient demeurées inchangées lors des réformes de 2005 et 2008. Il est toutefois permis de regretter le manque d'harmonie des règles de ces deux dispositifs sur certains points.

### I - Rénovation de la prévention du titre 1er du livre VI du code de commerce par l'ordonnance du 12 mars 2014

L'ordonnance du 12 mars 2014 apporte des modifications tant en matière d'alerte que de mandat ad hoc et de procédure de conciliation, étant précisé que certaines mesures sont communes au mandat ad hoc et à la procédure de conciliation. Les mesures adoptées devraient faciliter l'accès au dispositif de prévention et en améliorer l'efficacité ainsi que l'ont souhaité les rédacteurs de l'ordonnance. On observera cependant que certaines des suggestions émanant tant de la pratique que de la doctrine, formulées en amont de la consultation ou lors de celle-ci, n'ont pas été suivies par les rédacteurs de l'ordonnance (ainsi en ce qui concerne le renforcement de la confidentialité, la généralisation de l'assurance santé entreprise) ou n'ont pas eu toute l'ampleur souhaitée par certains (tel est le cas des délais de paiement susceptibles d'être octroyés au débiteur). Les changements apportés en ce sens conduisent à un certain « durcissement » des règles et à un certain renforcement des pouvoirs du ministère public (1).

#### *A - Alerte : élargissement de l'alerte au président du TGI*

S'agissant de l'alerte, les changements opérés sont moins importants que ceux proposés. Le rapport d'information de la Commission des lois avait préconisé d'étendre l'alerte aux experts comptables (2). La

profession elle-même s'était cependant montrée réticente à cette extension à laquelle ont d'emblée renoncé les rédacteurs de l'ordonnance. L'ordonnance élargit en revanche ce qu'il est coutume de désigner comme constituant « l'alerte » du président du tribunal et qui consiste plus exactement en une convocation à un entretien adressée par le président au chef d'entreprise. Plus exactement, l'ordonnance étend l'alerte au président du tribunal de grande instance alors que l'opportunité d'une telle extension était discutée, le président de cette juridiction ne disposant pas de mêmes moyens que celui du tribunal de commerce. Depuis la réforme de 2005, en effet, seul le président du tribunal de commerce pouvait exercer cette prérogative et ce à la suite de la « disparition » du texte qui fondait auparavant le président du tribunal de grande instance (3). Un nouvel article est inséré à cette fin dans le titre 1er du livre VI, l'article L. 611-2-1.

La détermination du domaine de l'alerte du président du tribunal de grande instance nous paraît manquer de clarté, de même que la délimitation de sa compétence avec celle du président du tribunal de commerce. L'article L. 611-2-1 vise « les personnes morales de droit privé et (les) personnes physiques exerçant une activité professionnelle agricole ou indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé ». Quant à l'article L. 611-2 relatif à l'alerte du président du tribunal de commerce, il fait référence aux sociétés commerciales, les GIE, aux entreprises individuelles commerciales ou artisanales. On observera que le second de ces textes confère compétence au président du tribunal de commerce pour des personnes n'exerçant pas une activité commerciale : d'une part, pour les artisans personnes physiques, ce qui est logique au regard de la compétence du tribunal de commerce pour connaître des procédures amiables et judiciaires les concernant ; d'autre part, pour les GIE qui sont visés sans distinction selon la nature civile ou commerciale de l'activité, ce qui est dérogatoire en revanche au regard des règles de compétence concernant les procédures amiables et judiciaires pour les GIE exerçant une activité civile. Or, le nouvel article L. 611-2-1 vise les personnes morales de droit privé qui semble-t-il exerce une activité professionnelle agricole ou indépendante. A ce titre le GIE exploitant une activité civile relève également de la compétence du président du TGI ! La référence à l'activité professionnelle agricole ou indépendante paraît en outre bien maladroite. Elle est inappropriée s'agissant des associations en particulier. De surcroît, l'activité professionnelle agricole est bien également exercée de manière indépendante...

La transposition des règles prévues dans le domaine « commercial » à la matière civile (C. com., art. L. 611-2-1, al. 1er) n'est pas totale. Le législateur a souhaité tenir compte des spécificités de certaines activités et limite l'alerte du président à une information adressée à l'ordre ou à l'autorité compétente (al. 2) : sont plus précisément concernés les avocats, administrateurs et mandataires judiciaires, officiers publics ou ministériels. Il appartiendra au représentant de l'ordre ou de l'autorité d'adresser une convocation à l'intéressé. La mesure procède selon le rapport au Président de la République du souci de préserver l'indépendance de ces professionnels.

#### *B- Le mandat ad hoc : des modifications relativement limitées*

Une seule mesure concerne spécifiquement le mandat ad hoc, l'essentiel des innovations apportées par l'ordonnance procédant de mesures communes à celui-ci et à la procédure de conciliation. Il en résulte un léger renforcement ou « durcissement » des règles applicables, suscitant déjà des réserves pour certaines d'entre elles.

L'ordonnance impose la communication de la décision de désignation du mandataire ad hoc au

commissaire aux comptes. L'atteinte à la confidentialité ainsi provoquée est jugée regrettable pour les uns (4), « raisonnable » pour les autres (5). Compte tenu du rôle que le commissaire aux comptes est appelé à jouer en matière de prévention-détection, cette communication n'apparaît pas choquante. Il est à noter que le commissaire aux comptes n'est précisément pas dispensé de son devoir de déclencher l'alerte, contrairement aux solutions applicables depuis la loi du 26 juillet 2005 en cas de procédure de conciliation et de sauvegarde. Ce manque de parallélisme des règles est quelque peu surprenant mais s'explique peut-être du fait de l'absence de critère posé quant à la nature des difficultés susceptibles de donner lieu à la désignation d'un mandataire ad hoc.

Bien que l'article L. 611-3 ne comporte pas d'autres modifications que celle relative à la communication de la décision de désignation au commissaire aux comptes, notamment quant à la mission du mandataire ad hoc, mission qu'il appartient au président du tribunal de déterminer, il apparaît en filigrane à la lecture de l'article L. 642-2 du code de commerce tel que modifié par l'article 70 de l'ordonnance que cette mission pourrait comprendre l'organisation d'une cession à réaliser dans le cadre d'une procédure judiciaire ultérieurement ouverte. Selon l'alinéa 2 de cette disposition en effet, « [...] si les offres reçues en application de l'article L. 631-13 ou formulées dans le cadre des démarches effectuées par le mandataire ad hoc ou le conciliateur désigné en application des articles L. 611-3 ou L. 611-6 [ajouté] remplissent les conditions prévues au II du présent article et sont satisfaisantes, le tribunal peut décider de ne pas faire application de l'alinéa précédent ». Il s'agit des règles relatives à la fixation du délai de dépôt des offres de cession. La disposition poursuit en ajoutant que « l'avis du ministère public est recueilli lorsque l'offre a été reçue par le mandataire ad hoc ou le conciliateur de l'alinéa précédent ». Cette amorce de cession dans un cadre confidentiel alors que le législateur s'est de longue date efforcé d'assurer la transparence des cessions aux fins de moralisation suscite une certaine inquiétude. Ici, contrairement à ce qui est prévu en matière de conciliation, l'avis des créanciers n'est pas sollicité.

La rémunération du mandataire ad hoc est soumise à un encadrement renforcé, légèrement moins cependant que celle du conciliateur. Si les règles, posées par l'article L. 611-14 du code de commerce, sont pour l'essentiel communes, une différence s'observe désormais en effet. L'avis du ministère public censé assurer un certain contrôle des conditions posées n'est pas requis en matière de mandat ad hoc au stade de la fixation des conditions de la rémunération. Seule la décision arrêtant cette rémunération conformément aux conditions initialement prévues lui est communiquée. Imposer l'avis du ministère public dès la désignation du mandataire ad hoc aurait conduit à informer ce dernier de cette désignation, compromettant ainsi la confidentialité recherchée, ce qui aurait eu un effet de repoussoir à l'égard des chefs d'entreprise. S'agissant des mesures touchant à la détermination même de la rémunération, les règles seront exposées au titre des règles communes au mandat ad hoc et à la procédure de conciliation.

Il en ira également d'autres règles destinées à favoriser le recours tant au mandat ad hoc qu'à la conciliation par la paralysie de stipulations contractuelles défavorables au débiteur dont l'application est précisément déclenchée par la désignation du mandataire ad hoc ou l'ouverture de la procédure de conciliation.

### *C - La procédure de conciliation : des mesures innovantes*

Le recours à la conciliation est favorisé et son déroulement facilité par diverses mesures. Certaines constituent de simples améliorations tandis que d'autres sont bien plus innovantes. Quelques imprécisions sont à déplorer dans ce dispositif appelé toutefois à être prochainement complété.

## **1 - Les mesures relatives à l'information (6)**

Un élargissement de l'information du président s'observe. Il s'agit de lui permettre d'appréhender, au-delà de la situation économique et financière du débiteur, sa situation patrimoniale (C. com., art. L. 611-6 al. 1er). Il peut notamment à cette fin obtenir après la décision d'ouverture, nonobstant l'existence de dispositions législatives ou réglementaires contraires, des informations d'un nombre plus important de personnes, spécialement des experts comptables ou des notaires. On observera qu'au plan formel il n'est plus renvoyé aux dispositions de l'article L. 611-2 I, le dernier alinéa de l'article L. 611-6 précisant désormais les personnes auxquelles ces renseignements peuvent être demandés, la liste n'étant pas limitative compte tenu de l'emploi de l'adverbe notamment qui ne figure pas en revanche à l'article L. 611-2. Des regrets ont été formulés par certains praticiens quant à l'élargissement aux experts comptables ainsi placés dans une situation délicate, inconfortable vis-à-vis de leurs clients (7).

S'agissant de l'information à destination des institutions représentatives du personnel qui constitue une question délicate et débattue (8), le mutisme des dispositions légales persiste en amont de l'homologation de l'accord de conciliation, l'ordonnance imposant « seulement » une information à leur égard, sur leur demande, du contenu de l'accord homologué par l'adoption d'une nouvelle disposition, l'article L. 611-8-1. L'innovation apportée est mineure. Rappelons en effet que leur convocation et leur audition à l'audience d'homologation était déjà prescrite par l'article L. 611-9 et par ailleurs que l'article R. 611-40 en son alinéa premier prévoit que les personnes appelées à l'audience d'homologation en application du premier de l'article L. 611-9 peuvent prendre connaissance de l'accord au greffe du tribunal. Le silence conservé pour la période précédant l'accord vaut pour certains commentateurs exclusion des règles de droit commun relatives à l'information des institutions représentatives du personnel tant au stade de l'ouverture de la procédure de conciliation qu'en ce qui concerne l'accord simplement constaté (9), tandis que pour d'autres le débat reste ouvert (10) et que pour d'autres enfin l'application du droit commun s'impose (11).

## **2 - La durée de la procédure**

Un certain assouplissement des règles relatives à la durée de la procédure de conciliation résulte de l'ordonnance du 12 mars 2014 modifiant en ce sens l'alinéa premier de l'article L. 611-6 du code de commerce. Outre le fait qu'est opportunément étendue la mesure de prolongation automatique de la procédure en cas de demande de constatation de l'accord jusqu'à la décision de constatation alors que les textes n'admettaient cette prolongation qu'en cas de demande d'homologation, les textes permettent désormais en toute hypothèse d'utiliser la durée maximale de cinq mois prévue, prorogation incluse. Si la durée maximale de cinq mois demeure inchangée, sous réserve de l'hypothèse d'une demande de constatation ou d'homologation de l'accord, de même que la durée maximale initiale fixée à quatre mois, la durée de la prolongation n'est plus limitée à un mois au maximum.

## **3 - La paralysie des poursuites des créanciers et son incidence nouvelle sur les garants**

L'assouplissement des règles légales concerne également la possibilité pour le président du tribunal, sur demande du débiteur et au cas par cas toujours, de paralysie des poursuites des créanciers. L'ordonnance ne va pas toutefois aussi loin que certains le souhaitaient (12). La rédaction des textes est clarifiée pour faciliter les conditions d'obtention des délais. L'article L. 611-7 alinéa 5 modifié dispose : « Au cours de la procédure, le débiteur mis en demeure ou poursuivi par un créancier peut demander au juge qui a ouvert celle-ci de faire application des articles 1244-1 à 1244-3 du code civil... » tandis qu'il disposait dans sa

rédaction antérieure « Si, au cours de la procédure, le débiteur est mis en demeure ou poursuivi par un créancier... ». Ainsi, peu importe désormais certainement que les poursuites, voire la mise en demeure, aient été effectuées avant l'ouverture de la procédure, solution admise par une juridiction (13) mais écartée par une autre (14). L'ordonnance ne clarifie pas expressément en revanche la portée de la mesure quant aux dettes concernées, spécialement les dettes fiscales et sociales, exclues du champ d'application des articles 1244-1 et suivants en droit commun auxquels il est ici toujours renvoyé. La pratique a continué à recourir à cette mesure sans que cela ait été donné lieu à contentieux (15), les intéressés tenant peut-être pour acquise la solution posée par la Cour de cassation sous l'empire des dispositions antérieures à la loi de 2005 (16) alors que son maintien était discuté en doctrine depuis l'adoption de celle-ci (17). Le silence gardé ici nous paraît valoir consécration de cette solution qui tranche avec celle prévue pour les délais susceptibles d'être octroyés par le président du tribunal pendant l'exécution de l'accord (18). Aucun allongement de la durée des délais n'est permis, le régime demeurant celui des dispositions de droit commun alors qu'avait été émis le souhait d'un doublement de la durée maximale de deux ans prévue par ces dispositions. La seule mesure adoptée quant à la durée des délais consiste à prévoir que cette durée pourra être subordonnée à la conclusion d'un accord (19). S'agissant de la décision octroyant de tels délais, l'ordonnance ne permet pas de résoudre la question du recours susceptible ou non d'être formé par le créancier à l'encontre de cette décision. Cette question suscite pourtant un abondant contentieux, tranché très majoritairement en faveur du refus d'un tel recours au créancier (20). Les dispositions réglementaires viendront peut-être éclaircir ce point.

Si les modifications adoptées concernant les délais peuvent paraître sinon timides, du moins incomplètes au regard des questions soulevées, en revanche, les rédacteurs de l'ordonnance ont fait preuve de plus d'audace concernant l'incidence de l'octroi de délais sur la situation des tiers ayant garanti les dettes du débiteur. Jusqu'à présent, il n'était pas possible à ces tiers, y compris aux cautions, d'en invoquer le bénéfice. Il leur appartenait de saisir à leur tour le juge sur le fondement des dispositions des articles 1244-1 à 1244-3 du code civil et de justifier des conditions d'application de ces dispositions. Dorénavant, selon les dispositions de l'article L. 611-10-2 issues de l'ordonnance, les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou réelle (affecté ou cédé un bien en garantie selon la formule légale reprise des autres dispositions légales) pourront se prévaloir des mesures accordées au débiteur en application du cinquième alinéa de l'article L. 611-7. À n'en pas douter, cette règle incitera le débiteur dont les proches ont ainsi consenti des garanties ou le dirigeant lui-même garant des dettes de la personne morale en difficulté à s'engager dans la voie de la conciliation alors qu'ils étaient incités à se tourner plutôt vers la sauvegarde voire le redressement offrant une paralysie des actions à l'encontre des garants personnes physiques pendant tout le déroulement de la période d'observation. Le bénéfice de cette nouvelle mesure est même plus large qu'en sauvegarde ou redressement, tous les garants aussi bien personnes morales que personnes physiques en profitant. Une telle différence pourrait renforcer sensiblement l'attractivité de la conciliation à laquelle concourent par ailleurs d'autres mesures très innovantes qui figurent parmi les mesures communes à la conciliation et au mandat ad hoc.

#### **4 - L'élargissement de la mission du conciliateur : de nouvelles perspectives**

Jusqu'à présent la procédure de conciliation avait pour seule perspective d'assurer la pérennité de l'entreprise, soit grâce à un accord conclu sous l'égide du conciliateur par le débiteur appelé à continuer ainsi l'activité et ses principaux partenaires ou créanciers, soit, le cas échéant, depuis la loi du 22 octobre 2010 ayant institué la procédure de sauvegarde financière accélérée, en cas d'impossibilité de parvenir à un tel accord mais sous réserve de la réunion d'une majorité suffisante en sa faveur, grâce à l'adoption d'un

plan de sauvegarde voté par le comité des créanciers « financiers ». L'ordonnance du 12 mars 2014 élargit à cet égard les perspectives en modifiant les dispositions de l'article L. 611-7 concernant la mission du conciliateur. Cette disposition est ainsi complétée : « Il peut être chargé, à la demande du débiteur et après avis des créanciers participants, d'une mission ayant pour objet l'organisation d'une cession partielle ou totale de l'entreprise qui pourrait être mise en oeuvre, le cas échéant, dans le cadre d'une procédure ultérieure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ». Il s'agit de la consécration du « prepack cession ». S'engager dans cette voie nécessite ainsi la volonté du débiteur. Il n'en va pas de même pour les créanciers dont seul l'avis est requis. Certains considèrent que le président du tribunal ne devrait guère en pratique passer outre un avis défavorable de ces derniers (21). S'il est vrai qu'en sollicitant l'avis des créanciers pour amorcer ce processus, il leur est donné une place importante, ce rôle est inédit, « l'économie » de la cession d'entreprise telle que notre droit la connaît en cas de procédure collective étant étrangère à la prise en compte de la volonté des créanciers qui subissent le plan de cession. Compte tenu de cette situation il n'est pas exclu que le président fasse abstraction de l'avis contraire des créanciers pour confier cette mission élargie au conciliateur. Mais faudra-t-il ensuite les convaincre, du moins une majorité d'entre eux comme cela est nécessaire pour le prepack « classique » hors cession, pour « basculer » dans une procédure judiciaire ? Les textes sont muets à cet égard. Ils ne l'imposent pas expressément pour l'heure. Il semble qu'une offre conforme aux exigences posées pour les offres formulées en vue de l'adoption d'un plan de cession le permette. Si l'offre (voire les offres) effectuée remplit les exigences ainsi posées par le paragraphe II de l'article L. 642-2 (offre écrite ayant un contenu précis), cela pourra même justifier que le tribunal ne fixe pas de délai pour que soient déposées de nouvelles offres, ce qu'il ne peut toutefois décider qu'après avis du ministère public ainsi que le précise l'article L. 642-2 tel que modifié par l'ordonnance. Il s'agit là au demeurant des seuls aménagements des textes relatifs à la cession réalisés par l'ordonnance. Les règles exigeant que toute cession d'entreprise ou d'actifs soit précédée d'une publicité n'ont pas été modifiées (C. com., art. L. 642-22). Devront-elles être respectées alors même qu'aucun délai de dépôt n'aura été fixé ? On peut regretter le flou qui entoure à la fois les modalités de sortie de la procédure de conciliation et l'articulation du prepack cession avec les règles régissant la cession (22). Mais peut-être le décret, voire la seconde ordonnance apporteront ils des précisions...

## **5 - L'accord de conciliation et son devenir**

L'ordonnance du 12 mars 2004 ne contient pas que des mesures propres à inciter davantage le débiteur à se tourner vers la procédure de conciliation. Certaines des mesures adoptées sont en effet de nature à encourager les créanciers à s'engager dans le processus de négociation et à conclure un accord. Le privilège de la conciliation connaît des modifications en ce sens, même si elles vont moins loin que certains l'espéraient (23). Par ailleurs l'ordonnance s'emploie à favoriser l'exécution de l'accord par diverses mesures novatrices.

Le privilège de la conciliation est à la fois élargi et renforcé

La rédaction de l'article L. 611-11 est opportunément modifiée pour permettre de garantir non seulement les avances de fonds ou fourniture effectuées « dans l'accord », mais également les mêmes créances lorsqu'elles sont nées en amont de l'accord, les fonds ayant été mis à disposition de l'entreprise pendant la phase de conciliation ou les fournitures de biens ou services fournies pendant cette même période au cours de laquelle il est impératif que l'activité puisse être continuée. L'article L. 611-11 se réfère plus largement désormais à l'apport en trésorerie effectué « dans le cadre d'une procédure de conciliation » et aux

fournitures de biens ou de services effectuées « dans le même cadre ». En revanche, malgré ce qui avait été un temps envisagé, le privilège ne bénéficie pas aux créances pour lesquelles des délais ont été accordés. L'efficacité du privilège est en outre renforcée, dans une mesure moindre cependant que certaines propositions y invitaient. L'ordonnance fait « simplement » échapper les créances garanties par le privilège de la conciliation aux délais du plan ainsi que le prévoit l'article L. 626-20 I complété en ce sens par un nouveau 3°. En revanche, dans le silence conservé par ailleurs par les textes, ces créances, qui sont des créances antérieures, demeurent soumises au régime applicable à ces créances, spécialement à l'interdiction des paiements et à l'obligation de déclaration (laquelle est néanmoins allégée pour l'ensemble des créanciers antérieurs par la présente ordonnance, étant précisé que lorsque la procédure ultérieurement ouverte est une procédure de sauvegarde accélérée, la situation des créanciers à cet égard est meilleure encore, les dispositions légales étant plus claires).

L'exécution de l'accord est favorisée

Le poids des intérêts est tout d'abord allégé. L'article L. 611-10-1 prévoit dorénavant en effet que pour les créances objet de l'accord « nonobstant les dispositions de l'article 1154 du code civil, les intérêts échus de ces créances ne peuvent produire des intérêts ». La capitalisation des intérêts de nature à accroître considérablement la dette est ainsi empêchée.

Indirectement l'exécution de l'accord est facilitée par la possibilité reconnue au président du tribunal ayant ouvert la procédure d'accorder des délais de paiement au débiteur sur le fondement des dispositions des articles 1244-1 à 1244-3 du code civil pour les créances non incluses dans l'accord pour lesquelles il est poursuivi ou mis en demeure pendant la durée d'exécution de l'accord. Sont exclues expressément de ce dispositif les créances fiscales et sociales. Pour les autres, le texte constitue une prorogation de compétence du président du tribunal (dont on peut se demander si elle est exclusive ou non de la compétence du juge de droit commun). Le président du tribunal est invité par l'article L. 611-10-1 qui prévoit la mesure à tenir compte des conditions d'exécution de l'accord. On imagine que plus le débiteur aura été scrupuleux dans l'exécution de l'accord, plus il aura de chances de convaincre le juge de lui octroyer de tels délais. S'agissant des tiers ayant garanti les dettes ainsi concernées, il est ici précisé que, contrairement à la solution nouvelle adoptée dans le cas de délais consentis pendant la procédure de conciliation, ils ne peuvent se prévaloir des délais octroyés au débiteur. Le droit commun s'applique ici à nouveau.

L'ordonnance permet enfin d'assurer un suivi de l'exécution de l'accord homologué ou simplement constaté grâce à la désignation d'un mandataire à l'exécution de l'accord pour la durée de l'accord (nouveau paragraphe III de l'art. L. 611-8). C'est le conciliateur qui est logiquement appelé à être désigné en cette qualité. La mesure demeure facultative et est subordonnée à la demande exclusive du débiteur. Elle demeurera ainsi parfaitement adaptée à chaque situation, à sa complexité éventuelle et aux capacités financières du débiteur pour assumer le coût induit par cette désignation, étant toutefois précisé que s'appliquent à la détermination de la rémunération du mandataire à l'exécution de l'accord les mêmes règles que celles relatives à la détermination de celles du conciliateur et du mandataire ad hoc, règles précisément modifiées par l'ordonnance pour en renforcer l'encadrement. À tout moment, le débiteur peut demander qu'il soit mis fin à la mission de surveillance du mandataire à l'exécution de l'accord. Le président du tribunal ou le tribunal selon que l'accord a été constaté ou homologué peut également mettre fin de manière anticipée à la mission du mandataire sur rapport de ce dernier établissant l'existence de difficultés faisant obstacle à l'exécution de sa mission.



## *D - Les mesures communes au mandat ad hoc et à la conciliation : des mesures innovantes favorisant le recours du débiteur au dispositif de prévention*

Deux mesures touchant à des règles de fond sont destinées à favoriser le recours du débiteur, soit au mandat ad hoc, soit à la procédure de conciliation. La première concerne la paralysie de clauses contractuelles aggravant la situation du débiteur en cas de désignation d'un mandataire ad hoc ou d'ouverture d'une procédure de conciliation (1), la seconde l'encadrement de la rémunération des intervenants désignés dans le cadre de ce dispositif, les règles légales étant appelées à être complétées par des dispositions réglementaires (2). Une troisième mesure concerne la compétence et le renvoi possible à une juridiction, y compris d'une autre nature (3).

### **1 - La paralysie des clauses aggravant la situation du débiteur en cas de mandat ad hoc ou de procédure de conciliation**

Un nouvel article L. 611-16 enrichit les règles communes au mandat ad hoc et à la conciliation de règles qui font échec à l'application du droit commun des contrats, plus exactement à l'application de certaines clauses dont l'effet était de nature à alourdir les obligations du débiteur du seul fait de la désignation d'un mandataire ad hoc ou de l'ouverture d'une procédure de conciliation ou même seulement de la demande formée en ce sens. Ces clauses sont réputées non écrites.

Sont plus exactement visées les clauses qui modifient « les conditions de poursuite d'un contrat en cours en diminuant les droits ou en aggravant les obligations » (C. com., art. L. 611-6 al. 1er). Les clauses de défaut, prévoyant l'application de pénalités, la majoration des intérêts sont ainsi paralysées. Peut-on en revanche considérer que sont concernées les clauses résolutoires de plein droit toujours pour cause de désignation d'un mandataire ad hoc ou d'ouverture d'une procédure de conciliation alors qu'elles ne sont pas visées par cette disposition dont la rédaction diffère à cet égard nettement de celle des articles L. 611-13 I al. 1er et L. 641-11-1 1° du code de commerce ? Il semble difficile de l'admettre sauf à considérer que la clause indirectement aboutit à alourdir les obligations du débiteur.

L'ordonnance paralyse en outre la clause mettant à la charge du débiteur les honoraires du conseil du créancier « pour la quote-part excédant la proportion fixée par arrêté du garde des Sceaux, ministre de la Justice » (C. com., art. L. 611-16 al. 2). Ces clauses répandues en pratique contribuent en effet à alourdir pour le débiteur le coût des mesures préventives dont il bénéficie. Ce coût résulte également de la rémunération du mandataire ad hoc ou du conciliateur, dont l'encadrement et le contrôle sont quelque peu renforcés.

### **2 - L'encadrement et le contrôle renforcés de la rémunération du mandataire ad hoc et du conciliateur**

L'ordonnance vient tout d'abord imposer des conditions négatives et interdire certaines pratiques concernant les éléments de fixation de la rémunération, pratiques qui ont pu heurter. Ainsi est-il prévu par l'alinéa premier de l'article L. 611-14 que « la rémunération ne peut être liée au montant des abandons de créances obtenus ni faire l'objet d'un forfait pour ouverture du dossier ». Les créanciers percevaient mal que plus ils consentaient de remises, mieux était rémunéré le mandataire ou le conciliateur. Aucun critère positif nouveau de fixation de cette rémunération n'est pour l'heure posé, la loi se bornant à affirmer que la rémunération doit dépendre des diligences accomplies, ce à quoi contribue l'interdiction d'application

d'un forfait pour ouverture du dossier. Les dispositions réglementaires viendront peut-être apporter des précisions supplémentaires dont l'application sera contrôlée par le ministère public.

Le contrôle de la rémunération des différents intervenants désignés, mandataire ad hoc, conciliateur, mandataire à l'exécution de l'accord ou expert incombe au ministère public qui intervient même parfois à deux reprises. Tel est le cas s'agissant de la rémunération du conciliateur ou du mandataire à l'exécution de l'accord. L'avis du ministère public doit être recueilli par le président du tribunal sur les éléments même de fixation de la rémunération. En toute hypothèse la décision arrêtant la rémunération selon les conditions initialement fixées doit être communiquée au ministère public.

### **3 - Le renvoi à une autre juridiction**

L'ordonnance du 12 mars 2014 étend le mécanisme du renvoi prévu par l'article L. 662-2 pour les seules procédures judiciaires au mandat ad hoc et à la procédure de conciliation. Il s'agit, selon le Rapport au Président de la République, de tenir compte de l'appartenance de l'entreprise défaillante à un groupe. Ce renvoi n'a plus à être effectué à une juridiction de même nature du ressort de la cour d'appel ou d'un autre ressort. Sans pour autant aboutir à une « extension » de la procédure d'une entité à une autre comme cela est prévu pour les procédures judiciaires, cela permettra à la même juridiction d'avoir à se prononcer sur les mesures ou procédures amiables concernant les différentes entités d'un même groupe, les mêmes professionnels pouvant être désignés pour mener de front les négociations. L'ordonnance remédie ainsi aux inconvénients des règles antérieures mises en lumière par une décision de la Cour d'appel de Rennes du 18 octobre 2011 (24). On ajoutera que l'ordonnance prévoit que la décision ainsi prise emportera prorogation de la compétence auprès de la même juridiction pour connaître des procédures de sauvegarde, redressement judiciaire ou liquidation judiciaire qui pourrait suivre directement. La mesure permettra un traitement assurément plus rapide et cohérent des difficultés.

#### *II - Rénovation de la prévention du code rural et de la pêche maritime par l'ordonnance du 12 mars 2014*

Ignoré des réformes de 2005 et 2008, le dispositif de prévention autonome contenu dans le code rural et de la pêche maritime (art. L. 351-1 à L. 351-8) est rénové par l'ordonnance du 12 mars 2014 qui en profite pour toiletter des dispositions faisant référence à des dispositions anciennes, parfois de la loi du 25 janvier 1985 mais de manière très incomplète (25) ! L'ordonnance rapproche ce dispositif de celui du code de commerce sans toutefois lui faire perdre son originalité : la dénomination de la procédure elle-même demeure inchangée (règlement amiable) mais également les conditions d'ouverture de la procédure (absence de cessation des paiements, saisine par les créanciers) et la faculté de suspension collective des poursuites des créanciers. Les changements apportés s'inscrivent dans le prolongement de mesures adoptées par un précédent texte, la loi Warsmann II du 22 mars 2012 ayant étendu les règles de l'article L. 626-6 relatives à l'octroi de remises par les créanciers « publics », la cession de rang de privilège ou hypothèque ou l'abandon de ces sûretés (26). Le rapprochement concerne la durée de la procédure, la formalisation de l'accord, certains effets attachés à l'homologation de l'accord, notamment le bénéfice du privilège, enfin l'adoption d'une disposition prévoyant l'application des règles du code de commerce concernant spécifiquement l'EIRL.

L'ordonnance permet un allongement de la durée de la mesure de suspension des poursuites et, par voie de conséquence, de la procédure que le président ne fixe pas directement (27). Cette durée limitée à deux

mois pourra être prorogée pour la même durée, ce qui n'est pas anodin compte tenu des conséquences emportées par cette mesure.

L'importance des conséquences de la suspension collective ainsi ordonnée apparaît plus clairement à la faveur d'une autre modification apportée à l'article L. 351-5. La référence à l'article 55 de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises est remplacée par celle de l'article L. 622-28 du code de commerce. Il en résulte tout d'abord un arrêt du cours des intérêts de moins d'un an. Il en résulte ensuite une suspension des actions à l'encontre des personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou réelle. On observera que la solution issue de ce renvoi s'avère en définitive d'un champ d'application plus restreint que celle adoptée pour l'ordonnance du 12 mars 2014 lorsque des délais sont octroyés au débiteur, l'ensemble des tiers, et pas seulement les personnes physiques, pouvant désormais s'en prévaloir (28).

La formalisation de l'accord est très fortement rapprochée des règles adoptées dans la procédure de conciliation. Jusqu'à présent, aucune mesure particulière n'était prévue. Le système de la constatation ou de l'homologation institué en 2005 dans la procédure de conciliation est transposé à l'accord conclu à l'issue d'une procédure de règlement amiable du code rural. L'article L. 351-6 du code rural et de la pêche maritime fait ainsi l'objet d'une réécriture complète. Le premier alinéa prévoit l'alternative possible entre constatation de l'accord et homologation. Plus exactement, la voie de la constatation s'impose en l'absence de demande d'homologation formée par le débiteur. Une telle constatation n'est donc pas subordonnée à une requête conjointe du débiteur et des créanciers, contrairement à ce qui est prévu par le code de commerce. En revanche, elle est subordonnée à des exigences de fond : absence de cessation des paiements ou fin de cet état grâce à l'accord conclu. Cette deuxième éventualité ne devrait guère se présenter dès lors que les conditions d'ouverture de la procédure de règlement amiable sont théoriquement toujours exclusives de l'état de cessation des paiements et qu'a été prononcée la suspension des poursuites pendant la procédure. La voie de l'homologation, comme pour la procédure de conciliation suppose une demande du débiteur. En revanche, ce n'est pas le tribunal qui est compétent ici pour homologuer l'accord mais le président du tribunal. De manière surprenante, aucune condition de fond n'est prescrite pour l'homologation qui est néanmoins facultative. Cela est d'autant plus surprenant que les effets de l'homologation sont importants. Avant de le préciser, il convient de mentionner que l'article L. 351-6 s'attache ensuite à préciser les effets généraux de ces accords : il s'agit de la « suspension, pendant la durée de son exécution, de toute action en justice et de toute poursuite individuelle, tant sur les meubles que sur les immeubles du débiteur, formée dans le but d'obtenir le paiement de créances qui font l'objet de l'accord ». Aucune mesure ne concerne les tiers ayant garanti ces créances, lesquels ne pourront par conséquent en invoquer le bénéfice, contrairement à ce qui est prévu par le code de commerce pour les accords de conciliation constatés ou homologués. La différence de traitement laisse perplexe et expose peut-être les règles légales au grief d'inconstitutionnalité.

Les effets de l'homologation de l'accord sont alignés ou presque sur ceux prévus dans le code de commerce. L'alinéa 2 du nouvel article L. 351-6 du code rural et de la pêche maritime fait bénéficier certaines créances du privilège de l'article L. 611-11 au cas où serait ultérieurement ouverte une procédure de sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaires. Les créances garanties sont toutefois moins nombreuses que celles garanties en cas de procédure de conciliation : il ne s'agit en effet que des créances qui correspondent à « un nouvel apport en trésorerie » destiné à assurer la poursuite de l'exploitation et sa pérennité et non des créances correspondant à la fourniture de biens, restriction surprenante. Comme dans la nouvelle rédaction de l'article L. 611-11 sont cependant visés les apports en trésorerie effectués aussi

bien pendant les négociations que dans le cadre de l'accord. On ajoutera enfin que la publicité de l'ordonnance d'homologation étant la même que celle de la décision de suspension des poursuites par renvoi à l'article L. 351-5, aucune indication particulière ne figurera quant aux créances ainsi garanties dans la publicité ainsi effectuée (29), sauf à ce que les dispositions du décret ne viennent imposer une telle précision.

Outre le bénéfice du privilège, l'homologation permet au débiteur de bénéficier de la levée de plein droit de toute interdiction d'émettre des chèques mise en oeuvre à l'occasion du rejet d'un chèque émis avant l'ouverture de la procédure de règlement amiable. Un nouvel article L. 351-6-1 prévoit cette mesure. Il précise par ailleurs la portée de la mesure lorsque l'exploitant a choisi le statut d'EIRL. Dans cette hypothèse, cette interdiction est levée sur les comptes afférents au patrimoine sur lequel porte la procédure.

L'ordonnance envisage au demeurant plus largement l'hypothèse d'option pour le statut d'EIRL par l'exploitant agricole et répare ainsi un oubli du législateur. Un nouvel article L. 351-7-1 précise que « Les articles L. 680-1 à L. 680-5 du code de commerce sont applicables à la présente section ».

En dépit des interrogations ou réserves suscitées par certaines mesures qu'elle contient, il apparaît ainsi que l'ordonnance du 12 mars 2014 apporte incontestablement des changements importants dans le domaine de la prévention par « voie amiable ». Les mesures adoptées devraient globalement faciliter l'accès au dispositif de prévention et en améliorer l'efficacité, objectifs atteints au détriment d'un certain recul de la souplesse et de la confidentialité, ce que d'aucuns regrettent déjà (30).