

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



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

La prévention amiable des difficultés et l'ordonnance portant réforme du livre VI du code de commerce

Mme FRANCINE MACORIG-VENIER

Professeur UT1 Capitole, Droit privé et sciences criminelles
Co-directeur, Centre de Droit des Affaires

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

1- La prévention amiable des difficultés et l'ordonnance portant réforme du livre VI du Code de commerce

Ordonnance n° 2021-1593 du 15 septembre 2021 portant réforme du livre VI du Code de commerce et décret n° 2021-1218 du 23 septembre 2021 portant modification du livre VI du Code de commerce

Pérennisation de mesures adoptées dans le contexte de la crise sanitaire et nouvelles mesures visant à répondre aux vœux de la pratique dans le domaine de la prévention amiable des difficultés des entreprises se combinent dans l'ordonnance adoptée le 15 septembre dernier et dans son décret d'application en date du 23 septembre pour modifier les règles du livre VI du code de commerce¹. Sont concernées les mesures de détection des difficultés, mais également et surtout la procédure de conciliation. Quelque peu éclipsées par les mesures de transposition de la directive du 20 juin 2019 contenues dans cette ordonnance, ces modifications n'en présentent pas moins un intérêt pratique certain.

En matière de **détection des difficultés**, on notera en premier lieu, que conformément à ce que prônait le plan d'action de sortie de crise (Art. 16), est entérinée la règle permettant au *commissaire aux comptes* d'informer le président du tribunal dès le début de l'alerte. Elle avait été instaurée par l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 2020-596 du 20 mai 2020. Elle est énoncée par une nouvelle disposition insérée dans le code de commerce, l'article L. 611-2-2. Selon cette disposition, cette information suppose une situation d'urgence qui commande l'adoption de mesures immédiates que le dirigeant ne prend pas. L'information faite au président du tribunal sur les constats dressés et démarches entreprises peut être effectué par tout moyen, une copie de tous documents utiles pouvant lui être adressée. Le commissaire aux comptes doit justifier des raisons pour lesquelles il estime insuffisantes les décisions prises par le dirigeant. Il peut demander à être entendu avec les dirigeants par le président du tribunal à tout moment.

En second lieu, ce sont les règles relatives à la *convocation du président du tribunal*, souvent désignées comme l'alerte du président, auxquelles l'ordonnance du 15 septembre 2021 et son décret d'application apportent des modifications. Désormais le président du tribunal, dès la convocation adressée au dirigeant, et non à l'issue de l'entretien ou s'il est amené à dresser un procès-verbal de carence, peut demander et obtenir communication de tout renseignement de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière du débiteur des administrations publiques, organismes de sécurité et de prévoyance sociales et des services chargé de la centralisation des risques bancaires et des incidents de paiement. Un appréciable gain de temps en résultera pour l'orientation éventuelle du chef d'entreprise et la mise en œuvre des mesures appropriées.

S'agissant de la **procédure de conciliation**, on notera que les modifications apportées par l'ordonnance du 15 septembre 2021 au livre VI du code de commerce, reprenant pour certaines pour partie des mesures adoptées en conséquence de la crise sanitaire, laissent également curieusement subsister provisoirement quelques-unes de ces mesures, comme en particulier celle relative à l'allongement de la procédure de conciliation et celle relative à la « suspension des poursuites ».

¹ Un toilettage des textes est également opéré pour prendre en compte la réforme des institutions représentatives du personnel. La référence au comité d'entreprise ou aux délégués du personnel est remplacée par une référence au comité social et économique ou aux personnes désignées par le comité social et économique.

S'agissant de la *durée de la procédure de conciliation*, l'ordonnance du 15 septembre prend le parti de ne pas pérenniser la mesure d'allongement de la procédure de conciliation, contrairement à ce qui avait été prévu par les « mesures Covid ». Dans leur dernier état issu de l'ordonnance n° 2021-1443 du 25 novembre 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises aux conséquences de l'épidémie de covid-19, ces mesures permettait de proroger, en ou plusieurs fois, toujours par décision motivée du président du tribunal, la durée de la procédure laquelle pouvait atteindre jusqu'à 10 mois. Si cette mesure n'est pas reprise, il n'y est toutefois pas mis fin immédiatement. L'article 4 I de l'ordonnance du 25 novembre 2021 qui prévoyait l'application des dispositions des articles 1 à 3 de l'ordonnance jusqu'au 31 décembre 2021 inclus n'a pas été abrogé².

Plus étrangement encore, subsistent également, jusqu'au 31 décembre inclus en vertu de l'article 124 de la loi ASAP, les dispositions de l'article 2 de l'ordonnance du 20 mai 2020 permettant d'instaurer une sorte de *suspension des poursuites* à la façon de la suspension existant dans les procédures judiciaires, mais toujours individuelle et sur décision du président du tribunal afin de préserver la confidentialité de la procédure de conciliation³. Ces mesures cohabitent depuis le 1^{er} octobre 2021 avec celles adoptées par l'article 5 de l'ordonnance du 15 septembre 2021⁴ qui modifie l'article L. 611-7 du code de commerce.

La première phrase du cinquième alinéa de ce texte dispose désormais : « *Au cours de la procédure, le débiteur peut demander au juge qui a ouvert celle-ci de faire application de l'article 1343-5 du code civil à l'égard d'un créancier qui l'a mis en demeure ou poursuivi, ou qui n'a pas accepté, dans le délai imparti par le conciliateur, la demande faite par ce dernier de suspendre l'exigibilité de la créance. Dans ce dernier cas, le juge peut, nonobstant les termes du premier alinéa de ce même article, reporter ou échelonner le règlement des créances non échues, dans la limite de la durée de la mission du conciliateur* ». Ainsi, est-il possible, comme sous l'empire de l'ordonnance du 20 mai 2020, d'anticiper d'éventuelles poursuites des créanciers. Ces derniers, sollicités par le conciliateur, peuvent accéder à la demande de suspension de l'exigibilité de leur créance dans le délai imparti par celui-ci. A défaut, le débiteur saisira le président du tribunal par voie d'assignation⁵, conformément à l'article R. 611-35 du code de commerce modifié⁶, pour lui demander de faire application de l'article 1343-5 du code civil. Toutefois, pour les créances non échues, il est précisé que le président ne pourra reporter ou rééchelonner leur règlement que dans la limite de la durée de la procédure. Avec cette mesure se confirme une certaine judiciarisation de la procédure de conciliation.

Des *mesures favorables* à la conclusion de l'*accord de conciliation* sont par ailleurs adoptées par l'ordonnance du 15 septembre 2021. Davantage de sécurité est offerte aux créanciers dans la perspective de l'inexécution de l'accord, ce qui est de nature à les inciter à conclure un tel accord. Il est en effet possible d'anticiper par des clauses conclues dans l'accord sa caducité ou sa résolution. La loi prévoit l'efficacité de ces clauses en dépit de la remise en question de l'accord. Un nouvel article, l'article L. 611-10-4, est inséré dans le titre 1^{er} du livre VI du code de commerce. Il dispose « la caducité ou la résolution de l'accord amiable ne prive pas d'effets les clauses dont l'objet est d'en organiser les conséquences ». Il s'agit tout particulièrement d'assurer l'efficacité des sûretés consenties dans le cadre de

² Ce sont les dispositions de l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 2020-1443 du 25 novembre 2020 qui permettaient l'allongement de la durée de la procédure de conciliation.

³ Sur laquelle cf. F. Macorig-Venier, R.T.D.com. 2020, p. 451.

⁴ N. Borga et J. Théron, Ordonnance du 15 septembre 2021 réformant le droit des entreprises en difficulté, un tournant ?, D. 2021, p. 1773, n° 9. Le IV de l'article 73 de l'ordonnance 2021-1593 du 15 septembre 2021 ne met fin à compter du 1^{er} octobre 2021 pour les procédures non encore ouvertes à cette date qu'aux dispositions de l'article 3, du IV de l'article 5 et de l'article 6 de l'ordonnance du 20 mai 2020, prolongées par l'article 124 de la loi du 7 décembre 2020 (Loi ASAP).

⁵ Et non sur requête, comme cela est le cas sur le fondement des dispositions de l'article 2 de l'ordonnance n° 2020-596 du 20 mai 2020.

⁶ Art. 4. Décret n° 2021-1218 du 23 septembre 2021 portant modification du livre VI du code de commerce.

l'accord, sûretés dont la Cour de cassation avait estimé qu'elles étaient emportées par la caducité de l'accord. Si la portée de la décision adoptée à propos de sûretés consenties pour garantir des dettes anciennes pour lesquelles des délais et une remise avaient été consentis, était discutée et susceptible d'être limitée à cette hypothèse, la pratique n'en avait pas moins réclamé une clarification des textes⁷. Elle a ainsi été entendue. Pour autant, ainsi que cela a été observé, toute contestation ne sera pas exclue s'il résulte de la clause un déséquilibre en faveur d'un créancier⁸.

On notera par ailleurs que les créanciers apporteurs de « *new money* » ne sont pas désavantagés par rapport aux apporteurs de « *post money* », le privilège de la conciliation conservant un rang avantageux sur le produit de la réalisation des actifs dans la liquidation judiciaire, l'emportant sur le privilège consenti aux apports de trésorerie consentis en période d'observation ou pour l'exécution d'un plan de sauvegarde ou redressement selon l'ordre de classement établi par le nouvel article L. 643-8 du code de commerce.

La communication de l'accord au tiers opposant est prévue par l'article R. 611-44 du code de commerce modifié, mais seulement après que la tierce opposition ait été déclarée recevable. Un compromis est ainsi fait entre les droits des tiers et la confidentialité de l'accord.

Enfin, par souci de satisfaire à un objectif de transparence des coûts supportés par le débiteur⁹, le décret du 23 septembre 2020 introduit une nouvelle disposition dans le code de commerce, l'article R. 611-39-1. Ce texte impose au débiteur, avec l'assistance du conciliateur de préparer un état des frais à sa charge et de le déposer au greffe avant la constatation ou l'homologation de l'accord, le président du tribunal ou le tribunal s'assurant de ce dépôt avant de constater ou d'homologuer l'accord. Ces frais incluent la rémunération du conciliateur (ou les conditions qui permettront de l'arrêter si ce n'est encore fait), celle du mandataire ad hoc si un mandat ad hoc a immédiatement précédé la procédure de conciliation, la rémunération de tout intervenant ou expert désigné par le président du tribunal, les honoraires des conseils du débiteur ou ceux que le débiteur a réglés dans le cadre de la conciliation et d'un mandat ad hoc immédiatement antérieur, enfin les honoraires des conseils des créanciers mis à sa charge. La diffusion des informations contenues dans cet état est encadrée par le décret : seuls le conciliateur, le président du tribunal, le tribunal et le ministère publics peuvent en prendre connaissance. Le tribunal peut en obtenir communication en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire, liquidation ou rétablissement professionnel du débiteur, soit d'office, soit à la demande du ministère public.

Une autre nouveauté, concernant cette fois la *phase d'exécution de l'accord*, est enfin à remarquer. Elle intéresse les *tiers garantissant des dettes du débiteur* n'ayant pas fait l'objet de l'accord et pour lesquelles le débiteur a demandé au président du tribunal de lui accorder des délais en application de l'article 1343-5 du code civil. Ces tiers peuvent désormais invoquer le bénéfice des délais ainsi accordés. L'article L. 611-10-2 du code de commerce a été modifié en ce sens.

Ces différentes mesures renforcent assurément l'intérêt de la procédure de conciliation par rapport au mandat ad hoc. Pour autant, l'absence d'allongement de la durée procédure de

⁷ Cf. notamment : Cass. com., 25 sept. 2019, n° 18-15655, PB : BJE janv. 2020, n° 117p6, p. 12, H. Bourbouloux, Ch. Fort et Th. Fornacciari ; R. Dammann et A. Alle, La fragilisation des accords de conciliation : D. 2019, point de vue 2100. Voir aussi sur cet arrêt : F.-X Lucas, LEDEN, nov. 2019, n°122x2, p. 1 ; F. Pérochon, Echec de l'accord de conciliation homologué et discutable caducité des sûretés, BJE nov. 2019, n° 117j9, p. 1 ; R.D.B.F 2019/6, comm. 189, D. Legeais ; ibid. Comm. 216, C. Houin-Bressand ; JCP E 2020, 1022, P. Bordais ; Dict. Perm. Diff. des entreprises, Veille permanente, 30 sept. 2019, J-P. Remery ; Gaz. Pal. 5 nov. 2019, n° 362d2, p. 25, M-P. Dumont ; Defrénois 5 déc ; 2019, n° 154c8, p. 36, S. Cabrillac ; Rev. Proc. Coll. 2009, étude 30, S. Ravenne ; JCP E 2019, 1551, n°5, Ph. Pétel ; Revue des sociétés 2019 p.779, L-C. Henry ; RTDCom. 2020, p. 456, F. Macorig-Venier. La solution a été réitérée : Cass. Com. 21 nov. 2020, n° 17-31633, D.

⁸ N. Borga et J. Théron, précit., n° 11.

⁹ Art. 18 du plan d'action sur l'accompagnement des entreprises en sortie de crise.

conciliation par l'ordonnance du 15 septembre 2021¹⁰, ne peut que favoriser le recours au mandat ad hoc en amont d'une procédure de conciliation pour les entreprises les plus importantes.

¹⁰ Cf. supra toutefois le maintien des mesures de l'ordonnance du 25 novembre 2020 jusqu'au 31 décembre 2021.