

Étude

RLDA 6413

Mandat *ad hoc* et conciliation : trouver le point d'équilibre

L'efficacité de la conciliation et du mandat *ad hoc* est indiscutable. Les évolutions que ces techniques, la conciliation au premier chef, ont connu ces dernières années amènent toutefois à s'interroger. Faut-il continuer à légiférer toujours plus à leur égard, au risque de leur faire perdre les atouts qui ont fait leur succès ? Si le législateur s'est efforcé de rendre les procédures amiables attractives, il faut néanmoins veiller à ne pas perturber l'équilibre fragile de la matière.

1. Cela fait maintenant plus de 30 ans que les procédures préventives ont été consacrées par le législateur, à travers la loi du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises. C'est le mandat *ad hoc*, institution purement prétorienne à l'origine, qui avait alors inspiré le législateur de 1984. Aujourd'hui, si la procédure de conciliation a remplacé le règlement amiable, et si le mandat *ad hoc* a également trouvé un socle législatif depuis la loi du 10 juin 1994, les procédures préventives sont devenues une pièce essentielle du dispositif de lutte contre les défaillances d'entreprises. Ces deux techniques sont plus complémentaires que concurrentes, notamment car la durée du mandat *ad hoc* n'est pas limitée dans le temps quand la conciliation ne peut excéder quatre mois, une prorogation d'un mois supplémentaire pouvant être obtenue à la demande du conciliateur. En pratique, il n'est donc pas rare de solliciter d'abord la désignation d'un mandataire *ad hoc*, puis l'ouverture d'une conciliation afin de ne pas se heurter au délai en question.

2. Le succès de ces procédures ne s'est jamais démenti et l'on en connaît les raisons : il s'agit de procédures extrêmement souples ; d'inspiration contractuelle et volontariste ; confidentielles du moins en l'absence d'homologation de l'accord de

conciliation⁽¹⁾ ; leur taux de réussite avoisinerait les 70 % ; et le fait de les solliciter au plus tôt permet d'intervenir avant que la valeur de l'entreprise ne soit trop dégradée. Sur ce terrain, le droit français se serait même montré avant-gardiste au point d'exercer une certaine influence sur l'Union européenne à l'heure où sont envisagées des solutions de nature à faire converger les droits nationaux en matière d'insolvabilité. Ainsi, le considérant n° 1 de la recommandation de la Commission du 12 mars 2014 relative à une nouvelle approche en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises indique-t-il que son objectif principal « est d'assurer aux entreprises viables en difficulté financière, où qu'elles se trouvent dans l'Union, un accès aux cadres nationaux en matière d'insolvabilité leur permettant de se restructurer à un stade précoce afin de prévenir leur insolvabilité et d'optimiser ainsi leur valeur totale pour les créanciers, les travailleurs, les propriétaires et l'économie dans son ensemble »⁽²⁾. Plus récemment, et de façon plus engageante pour l'avenir, la proposition de directive sur l'harmonisation des procédures de restructuration préventive en Europe a retenu tant l'attention



Par Nicolas BORG

Professeur à l'Université Lyon 3
Directeur du Centre de Droit de l'Entreprise (ELJ, EA 3707)



Alain NIOGRET

Administrateur judiciaire, BCM & associés



Mathias VUILLERMET

Avocat associé, Fiducial Legal by Lamy

(1) C. com., art. L. 611-10, al. 2.

(2) Comm. UE, Recomm. n° 2014/135.

des praticiens que de la doctrine⁽³⁾. Le considérant n° 16 de cette proposition souligne là encore qu'un « *cadre de restructuration devrait être disponible avant qu'un débiteur ne devienne insolvable au regard de la législation nationale, c'est-à-dire avant qu'il ne remplisse les conditions pour être soumis à une procédure collective d'insolvabilité qui entraîne, normalement, un dessaisissement total du débiteur et la désignation d'un liquidateur* ».

3. Si la proposition de directive devait un jour être adoptée, le droit français n'aura probablement pas à souffrir de bouleversements majeurs pour assurer sa compatibilité au texte. Certains États devront vraisemblablement créer une nouvelle procédure de restructuration préventive, mais la France pourrait quant à elle, au prix de quelques ajustements, se reposer sur le tandem conciliation-sauvegarde financière accélérée ou conciliation-sauvegarde accélérée⁽⁴⁾. Il y a donc tout lieu de se réjouir de cette concordance entre le droit français et ce qui se destine à faire figure de standard à l'échelle de l'Union européenne. Au-delà, voilà des procédés de restructuration efficaces, marqués du sceau du pragmatisme, alors qu'il fut un temps où il n'était pas rare de voir d'éminents auteurs désespérer de notre législateur. Ainsi, Françoise Pérochon a-t-elle pu écrire au sujet de la loi du 25 janvier 1985 qu'elle était « *pétrie d'idéologie, (...) irréaliste et utopique* »⁽⁵⁾ quand, dans un article demeuré célèbre, Marie-Anne Frison-Roche jugeait que le législateur de 1985 avait « *rêvé le fait économique* »⁽⁶⁾.

4. Pourtant, il nous semble que le moment est particulièrement opportun pour attirer l'attention sur les risques que peut faire naître un excès de sophistication de ces procédures de traitement anticipé des difficultés. Au gré des réformes, on observe en effet une attention de plus en plus soutenue des pouvoirs publics à leur égard. De prime abord, on ne saurait s'en plaindre. Il s'agit, à chaque fois, de renforcer l'attractivité de ces outils (I). Mais il faut prendre garde à maintenir un certain équilibre entre cet intérêt législatif croissant, qui se traduit par un surcroît de réglementation, et la nécessité de préserver la souplesse du mandat *ad hoc* et de la conciliation. Cette souplesse

est à l'origine de leur succès et il ne faudrait pas qu'à vouloir trop en faire le législateur multiplie les occasions de contentieux et fasse perdre à ces procédures ce qui a poussé la pratique à s'en saisir (II).

I. — Une attractivité renforcée

5. Progressivement, le législateur a œuvré afin d'inciter les praticiens à recourir massivement à la conciliation et au mandat *ad hoc*. Le dispositif législatif en la matière tend donc à se renforcer singulièrement, soit en offrant aux opérateurs de nouvelles issues à la procédure (A), soit à travers la multiplication des incitations à se saisir de ces outils de prévention (B).

A. — Les issues nouvelles

6. Classiquement, un accord conclu dans le cadre d'une procédure de conciliation ou d'un mandat *ad hoc* tend à se suffire à lui-même. Il se peut fort bien que cela ne suffise pas à sortir l'entreprise de l'ornière et que s'ouvre, par la suite, une procédure collective, mais les deux étapes sont en principes indépendantes l'une de l'autre. Cette approche classique a été fortement remise en cause ces dernières années, et cela en plusieurs étapes.

7. Face aux réticences de certains créanciers à participer activement à la procédure de conciliation, l'idée a germé chez certains de solliciter l'ouverture d'une procédure de sauvegarde dans le but de faire adopter, par les comités de créanciers, le plan préparé en amont dans un cadre amiable. L'idée du plan *prepack* était née. Ainsi, les créanciers récalcitrants, minoritaires, se voyaient imposer dans le cadre de la procédure collective la solution qu'ils avaient préalablement refusée dans un cadre amiable, ce que la pratique, inspirée par le droit des États-Unis, désigne sous le nom de *cram down*. Les affaires *Autodistribution*⁽⁷⁾ et surtout *Thomson-Technicolor*⁽⁸⁾ ont parfaitement mises en lumière tout l'intérêt d'associer la conciliation et la procédure de sauvegarde afin de cumuler les avantages de chacune de ces procédures⁽⁹⁾. Et cela dans des durées très brèves, 7 semaines dans le dossier *Autodistribution*,

(3) Prop. Dir. UE Cons. PE, COM (2016) 723, 22 nov. 2016. Sur ce texte, v. not. R. Dammann et M. Boché-Robinet, Transposition du projet de directive sur l'harmonisation des procédures de restructuration préventive en Europe, Une chance à saisir pour la France, D. 2017, p. 1264 ; J. Ernst Degenhardt, Le droit français est-il conforme à la proposition de directive européenne du 22 novembre 2016 visant à harmoniser le droit des procédures collectives ?, BJE, mars 2017, p. 153. V. égal. le rapport du Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris (HCJP) relatif à cette proposition de directive, disponible sur le site internet du HCJP.

(4) V. en ce sens R. Dammann et M. Boché-Robinet, art. préc. ; Rapp. du HCJP préc., p. 4.

(5) F. Pérochon, Entreprises en difficulté, 10^e éd., LGDJ 2014, n° 15.

(6) M.-A. Frison-Roche, Les difficultés méthodologiques d'une réforme de la faillite, D. 94, chron., p. 17 et s., spéc. p. 19.

(7) T. com. Évry, 6 avr. 2009, n° 2009/L00935, LEDEN, juill. 2009, p. 1, obs. F.-X. Lucas ; R. Courtier et N. Laurent, Analyse de l'opération Autodistribution : premier "pre-pack" à la française, Cah. dr. entr. sept.-oct. 2009, p. 26.

(8) T. com. Nanterre, 17 févr. 2010, n° 2010/L00346, BJS 2010, p. 604, § 125, note N. Borge ; R. Dammann et G. Podeur, Sauvegarde financière expresse : vers une consécration du « prepack à la française », D. 2010, p. 2005 ; Rev. sociétés 2010, p. 244, note B. Grelon. Dans cette affaire, v. égal. CA Versailles, ch. 13, 18 nov. 2010, n° RG : 10/01433, Rev. sociétés 2011, p. 239, note B. Grelon ; Cass. com., 21 févr. 2012, n° 11-11.693, Bull. civ. IV, n° 45 ; BJS mai 2012, n° 218, p. 426, note N. Borge ; Rev. sociétés 2012, p. 450, note B. Grelon.

(9) G. Couturier, Les créanciers et la sauvegarde financière de l'entreprise en difficulté, Bull. Joly Sociétés 2010. 683 ; F.-X. Lucas, Le plan

11 dans le dossier *Thomson-Technicolor*. Cette efficacité a conduit les pouvoirs publics à se réapproprié l'outil mis au jour par les praticiens dans la loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière, laquelle a consacré la sauvegarde financière accélérée (SFA)⁽¹⁰⁾.

Si la SFA a pour particularité de ne s'adresser qu'aux créanciers financiers de l'entreprise, ce qui explique qu'elle soit fréquemment qualifiée de procédure semi-collective, la SA intègre les créanciers non financiers.

8. Alors même que la SFA est très peu utilisée⁽¹¹⁾, le législateur a poursuivi dans cette voie à l'occasion de l'ordonnance du 12 mars 2014 en créant la procédure sauvegarde accélérée (SA) aux articles L. 628-1 et suivants du code de commerce. Si la SFA a pour particularité de ne s'adresser qu'aux créanciers financiers de l'entreprise, ce qui explique qu'elle soit fréquemment qualifiée de procédure semi-collective, la SA intègre les créanciers non financiers. Désormais, la SFA fait figure donc de cas particulier vis-à-vis de la SA, mais l'idée directrice est toujours la même : associer la procédure de conciliation et la procédure de sauvegarde pour permettre d'aboutir très rapidement à une solution préparée en conciliation et votée par les comités de créanciers. Au-delà de l'association d'une procédure amiable et d'une procédure judiciaire, ces procédures ont pour particularité de pouvoir être mises en œuvre alors même que le débiteur est en état de cessation des paiements, à condition, comme en conciliation, qu'il ne le soit pas depuis plus de 45 jours⁽¹²⁾.

9. En même temps qu'elle consacrait la sauvegarde accélérée, qui ne semble pas avoir connu beaucoup plus de succès que la SFA⁽¹³⁾, l'ordonnance du 12 mars 2014 accueillait en droit français de la restructuration le plan de cession *prepack*. Il s'agit, une fois de plus, d'associer les mérites des procédures amiables et d'une procédure collective en préparant la cession de l'entreprise au cours d'une procédure de conciliation, mais pour la réaliser dans

le cadre d'une procédure collective. L'article L. 611-7, al. 1^{er}, prévoit en effet désormais que le conciliateur « *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 œuvre, le cas échéant, dans le cadre d'une procédure ultérieure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire* »⁽¹⁴⁾. Préparer la cession dans la confidentialité permet d'éviter une dégradation brutale de la valeur de l'entreprise. Si quelques expériences ont retenu l'attention⁽¹⁵⁾, le *prepack* cession n'a pas fait l'objet d'une très grande utilisation par les juridictions. Ces dernières semblent, pour l'heure, méfiantes au vu des risques liés à cette technique qui peut conduire à écarter toute mise en concurrence entre repreneurs potentiels si le tribunal juge que l'offre négociée dans le cadre de la conciliation est satisfaisante⁽¹⁶⁾. Il semble toutefois que beaucoup de tribunaux fixent une nouvelle date de dépôt des offres postérieurement à l'ouverture de la procédure collective. Par ailleurs, quand bien même le tribunal entendrait ne pas fixer de délai pour recevoir de nouvelles offres, il doit alors s'assurer « *que, compte tenu de la nature de l'activité en cause, les démarches effectuées par le mandataire ad hoc ou le conciliateur désigné en application des articles L. 611-3 ou L. 611-6 ont assuré une publicité suffisante de la préparation de la cession* »⁽¹⁷⁾.

10. Une procédure de conciliation peut désormais connaître de multiples issues, allant de la conclusion d'un accord amiable avec les principaux créanciers à la cession de l'entreprise en procédure collective, en passant par l'ouverture d'une procédure de sauvegarde pour imposer rapidement un plan à certains créanciers réfractaires. L'attractivité de la conciliation, et du mandat *ad hoc* s'il est utilisé préalablement, en sort assurément renforcée. Soucieux de promouvoir ces techniques, le législateur a encore multiplié les incitations à destination des principaux protagonistes.

B. — Les incitations

11. Un grand nombre de règles tendent aujourd'hui à favoriser la conclusion d'un accord conclu sous l'égide d'un conciliateur ou d'un mandataire *ad hoc*. L'une des plus importantes en pratique réside probablement dans la confidentialité de ces procédures⁽¹⁸⁾. Celle-ci est clairement af-

de sauvegarde appréhété ou le *prepacked plan* à la française, Cah. dr. entr. 2009, p. 35.

(10) C. com., art. L. 628-9 et s.

(11) Pour une illustration, v. par ex. CA Paris, ch. 5-9, 22 sept. 2016, n° 15/25086 : BJS 2017, p. 145, note N. Borga.

(12) C. com., art. L. 628-1, al. 4.

(13) On en aurait compté au moins cinq à la mi-2016, v. Rép. min. n° 84233 : JOAN Q, 6 sept. 2016, p. 7996.

(14) Sur le *prepack* cession, v. not. T. Montéran et M. Mieuille, *Le vade-mecum* du plan de cession « *prepack* » : BJE mai 2015, p. 164.

(15) V. not. le cas du voyageur FRAM, M.-H. Monsérié-Bon, B. Amizet, G. Azam et C. Caviglioli, *Le prepack cession FRAM : expériences et enseignements*, BJE mars 2016, p. 69.

(16) C. com., art. L. 642-2, al. 2.

(17) C. com., art. R. 642-40, al. 4.

(18) Sur ce thème, v. récemment, B. Thullier, *La confidentialité en droit des entreprises en difficulté fait et fera encore parler d'elle*, BJE, nov. 2017, p. 398.

firmée par l'article L. 611-15 du code de commerce, selon lequel « toute personne qui est appelée à la procédure de conciliation ou à un mandat *ad hoc* ou qui, par ses fonctions, en a connaissance est tenue à la confidentialité ». Pour être exact, l'interprétation jurisprudentielle de ce texte est au moins aussi incitative que la disposition elle-même. Alors que les destinataires de cette dernière sont en effet les personnes appelées à la procédure de conciliation ou à un mandat *ad hoc*, les juges acceptent de la faire rayonner bien au-delà. Une illustration spectaculaire vient d'ailleurs d'être fournie avec la condamnation du magazine *Challenges* par le tribunal de commerce de Paris, dans un jugement du 22 janvier 2018, pour avoir divulgué qu'une célèbre enseigne d'ameublement avait obtenu la désignation d'un mandataire *ad hoc*. Les juges parisiens ont pu ici s'appuyer sur un arrêt fort remarqué, rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 15 décembre 2015⁽¹⁹⁾. Dans cet arrêt, la Cour d'appel de Versailles, statuant en référé, avait été censurée pour avoir rejeté la demande de condamnation d'une société éditrice d'un site internet d'informations financières spécialisée dans le suivi de l'endettement des entreprises. Plusieurs articles avaient été publiés sur ce site internet, commentant l'ouverture d'une procédure de mandat *ad hoc* et rendant compte de l'évolution des procédures en cours et des négociations engagées. Il s'agissait pour les sociétés victimes d'obtenir le retrait de l'ensemble des articles contenant des informations confidentielles les concernant, ainsi que l'interdiction de publier d'autres articles. Pour sa défense, la société éditrice faisait notamment valoir que n'ayant pas été appelée à la procédure, elle n'était pas tenue par l'obligation de confidentialité. Mais, au visa des articles 10 § 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et L. 611-15 du code de commerce et 873 alinéa 1^{er} du code de procédure civile, la cour juge que « la diffusion d'informations relatives à une procédure de prévention des difficultés des entreprises, couvertes par la confidentialité, sans qu'il soit établi qu'elles contribuent à l'information légitime du public sur un débat d'intérêt général, constitue à elle seule un trouble manifestement illicite », sans qu'il soit donc nécessaire de justifier d'un préjudice. Il faut encore indiquer que, dans la même affaire, une action en réparation des préjudices subis du fait de la violation de l'obligation de confidentialité avait été engagée parallèlement devant le tribunal de commerce de Nanterre⁽²⁰⁾. Alors que ce dernier avait considéré qu'il n'y avait pas eu violation de l'obligation de confidentialité, son jugement a récemment été infirmé par un arrêt de la cour d'appel de Versailles⁽²¹⁾.

(19) Cass. com., 15 déc. 2015, n° 14-11.500, Bull. civ. IV, n° 602.

(20) T. com. Nanterre, 29 oct. 2015, n° 2013/F03017, BJE janv. 2016, p. 14, note S. Doray.

(21) CA Versailles, 14 sept. 2017, n° RG : 15/08941, LEDEN oct. 2017, n° 9, p. 1, obs. F.-X. Lucas.

12. La confidentialité a encore été renforcée à l'occasion de l'adoption de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle. Alors que, faute de précisions, l'interrogation était permise, les articles L. 611-3, alinéa 3, et L. 611-6, alinéa 3 du code de commerce précisent expressément que le débiteur n'est pas tenu d'informer le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel de la désignation d'un mandataire *ad hoc* ou d'un conciliateur. La seule entorse à la confidentialité réside donc désormais au sein de l'article L. 611-8-1, selon lequel les institutions représentatives du personnel sont informés par le débiteur du contenu de l'accord de conciliation lorsque celui-ci en demande l'homologation. On en déduit donc que cette obligation ne s'impose pas en présence d'un accord de conciliation constaté ou d'un accord conclu sous l'égide d'un mandataire *ad hoc*.

13. Si la confidentialité est destinée à conforter l'efficacité de la procédure elle-même, d'autres incitations s'adressent beaucoup plus directement au débiteur. Sans qu'il nous soit toujours possible de rentrer dans le détail des différentes mesures, citons ainsi la règle contenue à l'article L. 611-16, alinéa 1^{er}, depuis l'ordonnance du 12 mars 2014. Ce texte répute non écrite toute clause « qui modifie les conditions de poursuite d'un contrat en cours en diminuant les droits ou en aggravant les obligations du débiteur du seul fait de la désignation d'un mandataire *ad hoc* (...) ou de l'ouverture d'une procédure de conciliation ». De manière spécifique à la procédure de conciliation, il faut encore évoquer la paralysie de l'anatocisme pour les créances faisant l'objet de l'accord⁽²²⁾, ou le nouveau régime des délais judiciaires de l'article 1343-5 du code civil (ex. art. 1244-1 et s.). Sous l'empire de la loi de sauvegarde, l'article L. 611-7, alinéa 5, supposait que le débiteur soit effectivement poursuivi par un créancier. Il a toutefois été retouché par l'ordonnance du 18 décembre 2008 pour permettre l'obtention de délais de grâce dès une mise en demeure adressée par le créancier. L'ordonnance du 12 mars 2014 est allée encore plus loin, permettant l'octroi de ce type de délais même lorsque la mise en demeure ou la poursuite est intervenue avant l'ouverture de la conciliation. En contrepartie, le juge pourra toutefois subordonner la durée des mesures à la conclusion de l'accord. Mais la principale innovation est la possibilité prévue par l'article L. 611-10-1, alinéa 2, sous certaines conditions, de faire application des délais de l'article 1343-5 du code civil durant la phase d'exécution de l'accord de conciliation. D'une part, le créancier doit mettre en demeure ou poursuivre le débiteur dans le but d'obtenir le paiement d'une créance qui ne fait pas l'objet de l'accord. Mais surtout, et d'autre part, il doit avoir été appelé à la conciliation⁽²³⁾. Le dispositif se veut donc clairement inci-

(22) C. com., art. L. 611-10-1, al. 1^{er}.

(23) Notons, en outre, qu'il ne doit pas s'agir d'un créancier public ; C. com., art. L. 611-10, dernier al.

tatif puisqu'une fois l'accord obtenu, un créancier qui aurait refusé d'y participer et qui entendrait exercer des poursuites à l'encontre du débiteur pourra se voir imposer des délais de paiement. Enfin, au titre des incitations à l'adresse du débiteur, il faut encore évoquer le sort, favorable, réservé aux garants. Depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, l'article L. 611-10-2, alinéa 1^{er}, prévoit en effet que l'ensemble des « *personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie* » peuvent se prévaloir des dispositions de l'accord, qu'il soit homologué ou constaté. Surtout, et de façon encore plus exceptionnelle au regard des solutions traditionnellement admises, l'ordonnance du 12 décembre 2014 a complété ce texte pour prévoir que ces mêmes garants peuvent se prévaloir des délais judiciaires accordés au débiteur dans le cadre de l'article L. 611-7, alinéa 5 du code de commerce.

14. Enfin, les créanciers sont également incités à s'engager, et cela à travers différentes mesures désormais assez connues. On peut naturellement évoquer la protection que leur offre l'article L. 650-1 du code de commerce s'ils consentent au débiteur de nouveaux concours, l'impossibilité de principe de reporter la date de cessation des paiements « à une date antérieure à la décision définitive ayant homologué un accord amiable en application de l'article L. 611-8 »⁽²⁴⁾, mais également le privilège de *new money*. À cet égard, soulignons simplement que s'il est toujours réservé à l'hypothèse d'un accord homologué, le champ de ce privilège s'est étendu et son efficacité s'est améliorée. Depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, son bénéfice n'est plus seulement octroyé aux apports prévus dans l'accord, mais plus largement à tous ceux consentis dans le cadre de la procédure de conciliation. Quant à son efficacité, l'ordonnance a tranché la difficulté relative au sort du créancier privilégié au regard des dispositions du plan. L'article L. 626-20, I, 3^o, prévoit en effet que les créances garanties par le privilège de *new money* « *ne peuvent faire l'objet de remises ou de délais qui n'auraient pas été acceptés par les créanciers* ». Cette protection a récemment été complétée par la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle. L'article L. 626-30-2, alinéa 2, précise désormais que les créances garanties par le privilège de *new money* ne peuvent faire l'objet de remises ou de délais non acceptés par les créanciers lorsque les comités de créanciers sont appelés à se prononcer sur le projet de plan.

15. *In fine*, on s'aperçoit que les efforts législatifs afin de renforcer l'attractivité des procédures amiables ont le plus souvent touché la procédure de conciliation. Mais, comme par un choc en retour, ces évolutions pourraient également affecter le mandat *ad hoc*. Les deux institutions sont étroitement liées, si bien que les transformations subies

par l'une sont rarement sans conséquences pour l'autre. Or, les évolutions décrites sont porteuses d'inconvénients certains.

II. — Des risques latents

16. Les évolutions en cours sont susceptibles de générer deux types de risques assez différents. Tout d'abord, une réglementation toujours plus fine et précise des procédures amiables de restructuration pourrait, à terme, conduire à une augmentation d'un contentieux pour l'heure assez réduit. Ensuite, il nous semble que c'est la finalité même des procédures amiables, et singulièrement de la conciliation, qui pourrait être affectée.

A. — L'augmentation du contentieux

17. Il ne s'agit aucunement de se montrer particulièrement alarmiste, mais simplement de souligner qu'à mesure qu'une institution voit sa réglementation gagner en minutie et en technicité le contentieux lié à cette institution tend à augmenter. Si une étude statistique rigoureuse manque à cet égard, il semble malgré tout que, pendant longtemps, le contentieux lié aux procédures préventives a été extrêmement faible. D'ailleurs, il l'est toujours s'agissant du mandat *ad hoc*, dont la réglementation demeure légère. On pourrait objecter qu'un droit imprécis peut être une source de contentieux, mais il ne faut pas confondre l'imprécision de la règle et l'absence de règle. Un corpus législatif et réglementaire modeste peut parfois expliquer la faiblesse d'un contentieux. Le mandat *ad hoc* constitue à cet égard un exemple topique, en soulignant toutefois que la présence du mandataire et de conseils aguerris auprès du débiteur et des créanciers y contribue probablement de façon importante.

18. À titre d'exemple, le domaine exact des créances bénéficiant du privilège de *new money* ne va pas sans susciter quelques interrogations⁽²⁵⁾ et, préalablement à l'intervention de l'ordonnance du 12 mars 2014, des juges avaient été saisis du point de savoir si un créancier privilégié de l'article L. 611-11 devait se voir soumis aux délais du plan⁽²⁶⁾. En modifiant l'article L. 626-30-2, alinéa 2, pour préciser que les créances garanties par le privilège ne peuvent faire l'objet de remises ou de délais non acceptés par les créanciers lorsque les comités de créanciers sont appelés à se prononcer sur le projet de plan, la loi J21 du 18 novembre 2016 a apporté une précision qui n'est pas dénuée d'intérêt. Mais ne va-t-elle pas faire naître de nouvelles interrogations et, avec elles, des occasions de contentieux ? Récemment, Françoise Pérochon se deman-

(24) C. com., art. L. 631-8.

(25) V. par ex. CA Montpellier, 2 févr. 2010, n° RG : 09/07510, JCP E 2010, n° 1875, note Ch. Lebel.

(26) T. com. La Roche-sur-Yon, 17 oct. 2012, n° 2010/2782, LEDEN oct. 2012, p. 1, obs. F.-X. Lucas.

dait si l'acceptation peut « *résulter du vote du créancier en faveur du projet prévoyant les remises ou délais, y compris pour ces créanciers ?* » ou si un vote majoritaire pourrait « *imposer à l'apporteur d'argent frais la conversion en capital de sa créance ?* »⁽²⁷⁾. Les réponses sont incertaines, mais quoi qu'il en soit, on ne peut que souscrire à l'affirmation selon laquelle « *il est regrettable de devoir à nouveau – et pour la troisième fois – débattre de la protection de l'apporteur de new money pour la seule raison que le législateur a mal rédigé sa copie. Il aurait été plus simple et plus efficace, eu égard à cet objectif protecteur, de l'exclure purement et simplement des comités* »⁽²⁸⁾.

19. Dans le même ordre d'idées, on indiquera que si l'on comprend la logique qui anime l'article L. 650-1 du code de commerce et si la barrière dressée aux actions en responsabilité est quasiment infranchissable⁽²⁹⁾, le contentieux relatif aux conditions d'application du texte est loin d'être anodin⁽³⁰⁾. On peut toutefois considérer qu'il a probablement vocation à se tarir de façon progressive et surtout qu'il ne porte pas spécifiquement sur les procédures amiables. C'est différent pour l'article L. 611-16, alinéa 1^{er}, réputant non écrite toute clause « *qui modifie les conditions de poursuite d'un contrat en cours en diminuant les droits ou en aggravant les obligations du débiteur du seul fait de la désignation d'un mandataire ad hoc (...) ou de l'ouverture d'une procédure de conciliation* ». Cette formulation est très proche de celle utilisée par la Cour de cassation au sujet des contrats en cours⁽³¹⁾, et si l'innovation peut être saluée dans une perspective d'attractivité des procédures amiables⁽³²⁾, le risque existe que l'on importe ici un contentieux habituellement réservé aux procédures collectives du fait, notamment, de la référence à un « *contrat en cours* »⁽³³⁾. Mais des discussions pourraient également naître sur les clauses « *aggravant* » les obligations du débiteur ou « *diminuant* » ses droits. Enfin, était-il absolument nécessaire de poser une distinction entre les délais judiciaires octroyés à l'occasion de la conciliation pour prévoir que seuls ceux accordés en vertu de l'article L. 611-7, alinéa 5, peuvent être invoqués par

les garants ?⁽³⁴⁾ Cela se justifie probablement par la volonté d'inciter un éventuel dirigeant-garant à solliciter au plus vite la désignation d'un conciliateur face à des créanciers pressants. Si l'on poursuit toutefois dans cette voie, le sort des garants en conciliation deviendra vite aussi subtil que dans le contexte d'une procédure collective.

L'articulation des dispositions relatives aux tribunaux de commerce spécialisés (TCS) avec les règles applicables à la conciliation ou au mandat ad hoc est encore susceptible de générer des difficultés.

20. L'articulation des dispositions relatives aux tribunaux de commerce spécialisés (TCS) avec les règles applicables à la conciliation ou au mandat *ad hoc* est encore susceptible de générer des difficultés. Certes, le contentieux potentiel en ce domaine est très faible compte tenu du peu de dossiers appelant la compétence d'un tribunal de commerce spécialisé qui ne serait pas d'ores et déjà compétent en considération de la localisation du siège de l'entreprise⁽³⁵⁾. Mais les enjeux sont tels dans ces dossiers que le sujet est généralement très sensible. Or, les textes sont mal rédigés car si l'article L. 721-8 du code de commerce vise les procédures collectives et la procédure de conciliation, le cas du mandat *ad hoc* est passé sous silence. C'est surprenant dans la mesure où l'article L. 662-2, modifié par la loi *Macron* du 6 août 2015, permet à une cour d'appel ou à la Cour de cassation de renvoyer un mandat *ad hoc*, une conciliation, une sauvegarde, un redressement judiciaire ou une liquidation judiciaire devant une juridiction autre que celle naturellement compétente pour en connaître, y compris un TCS, lorsque les intérêts en présence le justifient. Comme le souligne un auteur, « *cela revient à dire qu'en vertu de l'article L. 662-2, cette juridiction est compétente pour connaître du suivi (à l'exclusion de l'ouverture) d'un mandat ad hoc, lequel aura été préalablement ouvert par une autre juridiction. Le suivi vise essentiellement la prolongation, la modification, et l'arrêt prématuré de la mission du mandataire ad hoc, ainsi que les questions relatives à la rémunération de ce dernier* »⁽³⁶⁾. Au-delà, la rédaction de l'article L. 721-8 est de nature à

(27) F. Pérochon, *Réflexions sur la constitution des comités de créanciers*, BJE nov. 2017, p. 447, spéc. n° 10-11.

(28) F. Pérochon, art. préc., spéc. n° 11.

(29) V. toutefois, récemment Cass. com., 10 janv. 2018, n° 16-10.824, LE DEN févr. 2018, p. 1.

(30) V. par ex. J. Lasserre-Capdeville, *L'article L. 650-1 du Code de commerce aujourd'hui : bilan de deux années de jurisprudence* (2016-2017), BJE janv. 2018, p. 71.

(31) Cass. com., 14 janv. 2014, n° 12-22909, Bull. civ. IV, n° 7 : JCP E 2014, n° 1173, n° 7, obs. Ph. Pétel.

(32) V. not. F. Pérochon et Ph. Roussel Galle, *Le mandat ad hoc et la conciliation*, Gaz. Pal., 30 janv. 2015, n° 3, p. 4, spéc. n° 7.

(33) V. F. Pérochon et Ph. Roussel Galle, art. préc., spéc. n° 8, s'interrogeant sur le cas du contrat de prêt.

(34) Seuls les délais de l'article L. 611-7, al. 5, sont en effet évoqués par C. com., art. L. 611-10-2, al. 1^{er}.

(35) Essentiellement du fait des critères de compétence élevés posés par l'article L. 721-8 du code de commerce.

(36) V. not. C. Lajarte-Moukoko, *Loi Macron : quelle compétence pour le tribunal de commerce spécialisé en matière de mandat ad hoc ?* BJE nov. 2017, p. 389.

inspirer deux réflexions. D'une part, là encore, la conciliation est dissociée du mandat *ad hoc* pour se rapprocher un peu plus des procédures judiciaires et collectives. Ensuite, un TCS ne sera compétent en matière de conciliation que « sur saisine directe par le débiteur, à la demande du procureur de la République ou par décision du président du tribunal de commerce »⁽³⁷⁾, ce qui signifie que le tribunal de commerce naturellement compétent pour ouvrir la procédure de conciliation le demeurera s'il est saisi par le débiteur et que ni le procureur de la République, ni le président du tribunal de commerce en question ne sollicitent que l'affaire soit renvoyée au TCS territorialement désigné⁽³⁸⁾. Le périmètre de la conciliation peut également venir brouiller le débat. Un TCS peut fort bien être compétent au stade de la conciliation si la négociation est envisagée de façon consolidée entre une holding – pour notamment toucher ses actionnaires – et une société d'exploitation, puisque le texte prévoit que les seuils doivent alors s'apprécier au regard de l'ensemble des sociétés du groupe, y compris donc celles qui ne seraient pas directement concernées par les difficultés. Mais si la conciliation échoue, la holding *in bonis* restera en principe à l'écart de la procédure collective ouverte au profit de la seule société d'exploitation. Si à elle-seule, celle-ci ne dépasse pas les seuils, le dossier devrait donc relever du tribunal normalement compétent qui n'aura pas connu du dossier dans le cadre de la procédure de prévention à moins qu'il ne soit fait usage de l'article L. 662-2 du code de commerce. En relevant toutefois que si la holding devait finalement être placée en procédure collective, les seuils de compétence des TCS seraient atteints⁽³⁹⁾. En tout état de cause, il y a là un problème de cohérence et d'efficacité dans une matière qui ne peut se le permettre. Une précision au sein de l'article L. 721-8 pour prévoir une compétence exclusive du TCS en procédure collective lorsqu'il a connu de la prévention serait donc utile.

21. Enfin, indiquons que de nombreuses interrogations entourent la pratique du *prepack* cession. Elles ne débouchent pas, pour l'heure, sur des contentieux, mais ce climat d'incertitude jure avec le contexte habituel d'une procédure de conciliation. À l'ouverture de la conciliation, la mission du conciliateur doit-elle nécessairement envisager une tentative de conciliation ou peut-elle directement s'orienter vers la préparation d'une cession ? Les textes ne précisent aucun caractère cumulatif et/ou hiérarchique entre les missions confiées au conciliateur, alors

même que dans certains domaines réglementés, le candidat est « agréé » en amont par une autorité administrative (ARS pour les autorisations de soins, Préfecture pour les concessions maritimes, etc.) et la conciliation n'est alors ouverte que dans le but de préparer la cession. De la même manière, lorsqu'une conciliation est ouverte et qu'elle comprend les deux chefs de mission pour le conciliateur, ce dernier ne doit-il s'orienter vers la solution du *prepack* qu'après s'être assuré qu'aucun accord n'est réellement envisageable ? Le doute provient de la rédaction des articles L. 611-7 et R. 611-26-2 indiquant que l'avis des créanciers participants doit être joint à la demande. Mais, avec d'autres, nous sommes portés à considérer que le *prepack* cession peut être envisagé sans qu'il soit démontré qu'un accord avec les créanciers est inenvisageable⁽⁴⁰⁾. Surtout, la « publicité suffisante » évoquée par l'article R. 642-40 alinéa 4 laisse quelque peu perplexe, quant à ses modes et son étendue, à l'égard d'une procédure gouvernée par la confidentialité, et la pratique tendant à fixer une date limite de dépôt des offres dénature quelque peu l'esprit du *prepack* cession.

22. À ce stade, il serait faux de prétendre que la procédure de conciliation est à l'origine d'un contentieux important. Il s'agit uniquement pour nous d'attirer l'attention sur la nécessité de respecter un équilibre, assurément délicat, entre la volonté de rendre attractive cette procédure et les inconvénients auxquels pourraient conduire une réglementation trop pointilleuse. Il n'est d'ailleurs qu'à observer la situation du mandat *ad hoc*, pour vérifier l'hypothèse. Très peu réglementé, il est largement épargné sur le terrain contentieux. Mais là n'est pas le seul danger que l'on peut associer aux évolutions en cours. Le plus important se situe peut-être en effet dans le risque qu'à force d'être vue comme l'antichambre des procédures collectives, la conciliation s'éloigne définitivement de ses bases.

B. — Une finalité brouillée

23. Cela a été évoqué plus haut, l'époque tend de plus en plus à envisager la conciliation comme une pré-procédure collective. Le législateur national n'a pas hésité à s'engager pleinement dans cette voie en consacrant sans états d'âmes la possibilité de plans *prepack*, qu'il s'agisse de plans de sauvegarde ou de plans de cession. Et ce mouvement pourrait être conforté par la proposition de directive sur l'harmonisation des procédures de restructuration préventive en Europe puisque le droit français pourrait asseoir sa conformité à la future directive en s'appuyant sur les tandems conciliation-SA ou conciliation SFA⁽⁴¹⁾. Le développement de ces techniques modifie inéluctablement la philosophie de la procédure de conciliation. Lorsqu'elle

(37) C. com., art. L. 721-8, al. 4.

(38) La décision du Président du TCS saisi par le débiteur comme celle de renvoi par le Président du tribunal naturellement compétent ne sont pas susceptibles de recours. Il n'en demeure pas moins qu'il y a parfois là un enjeu stratégique considérable.

(39) Sur les difficultés de coordination entre l'article L. 721-8 et l'article L. 662-8 relatif aux règles de compétence en présence d'un groupe, v. N. Borga, TCS : l'incidence du calcul des seuils au sein d'un groupe, BJE juill. 2017, p. 253.

(40) V. M.-H. Monsérié-Bon, B. Amizet, G. Azam et C. Caviglioli, art. préc., note 15.

(41) V. ci-dessus, n° 3.

est utilisée ainsi, il ne s'agit plus simplement d'organiser une négociation contractuelle confidentielle sous l'égide du tribunal, mais bien d'en faire l'antichambre d'une mesure de restructuration rapide par cession ou plan de sauvegarde. Les solutions *prepack* concernant un nombre réduit de dossiers, on pourrait se demander s'il est véritablement pertinent de déformer ainsi le moule originel.

24. Toutefois, alors même que l'on ferait abstraction du développement contemporain de ces techniques *prepack*, le mouvement de transformation de la conciliation paraît inéluctablement enclenché. En effet, on retrouve désormais présents en conciliation un certain nombre de marqueurs traditionnels d'une procédure collective. C'est le cas naturellement du privilège de *new money*, lequel évoque à l'évidence les privilèges de la procédure des articles L. 622-17 et L. 641-13 du code de commerce. De la même façon, la paralysie des clauses aggravant les obligations du débiteur ou diminuant ses droits du seul fait de la désignation d'un mandataire *ad hoc* ou de l'ouver-

ture d'une procédure de conciliation correspond, une fois encore, à un emprunt au droit des procédures collectives. Enfin, la possibilité d'obtenir des délais de paiement judiciaires à l'encontre des créanciers appelés à la conciliation mais ayant refusé d'y participer amorce une forme de collectivisation de cette procédure à l'initiative du juge. Et si l'on ajoute que la conciliation peut être ouverte malgré un état de cessation des paiements, on mesure à quel point sa philosophie a profondément évolué.

25. Comparativement, le mandat *ad hoc* apparaît bien moins touché par les phénomènes décrits. Aussi peut-on se demander si, à l'avenir, les deux techniques ne vont pas s'opposer de façon de plus en plus marquée. Se pourrait-il qu'une nouvelle forme d'équilibre soit alors atteinte ? Le mandat *ad hoc* devenant la seule procédure véritablement amiable et non collective offerte par le Livre VI quand la conciliation, éventuellement associée à une cession ou à un plan, fera office de voie intermédiaire. À la place plutôt qu'aux côtés de la procédure de sauvegarde de droit commun ? ■