

à la une

Département : Affaires / Contentieux / Arbitrage

Après avoir été déclarée conforme par le Conseil Constitutionnel, la loi n°2005-845 de sauvegarde des entreprises a été promulguée le 26 juillet 2005 (JO du 27 juillet 2005, p. 12187).

Le législateur a adopté une approche innovante de la matière et a placé la prévention et la négociation au cœur du dispositif.

Le thème du mois : La nouvelle procédure de conciliation

Chaque année 40 000 entreprises disparaissent de la vie économique suite à une déclaration de cessation des paiements. Un tel constat a conduit le législateur à l'élaboration d'une loi nouvelle axée sur l'anticipation et la prévention des difficultés de l'entreprise.

Sous l'égide de loi de 1985, la prévention des difficultés s'articulait autour de la nomination d'un mandataire *ad hoc* et de la procédure de règlement amiable. Outre la procédure du mandat *ad hoc*, la nouvelle loi prévoit une procédure dite de conciliation sur laquelle nous porterons notre attention ainsi qu'une procédure de placement « sous sauvegarde de justice ».

Le législateur s'est inscrit dans une logique d'équilibre entre le débiteur et ses créanciers. La procédure de conciliation vise à sauvegarder l'entreprise et par delà les intérêts du débiteur (I) tout en préservant les intérêts des créanciers (II).

I – L'intérêt de la conciliation pour le débiteur

Le nouvel article L 611-4 du Code de commerce pose ainsi les conditions d'ouverture d'une procédure de conciliation : « *Il est institué, devant le tribunal de commerce, une procédure de conciliation dont peuvent bénéficier les personnes exerçant une activité commerciale ou artisanale qui éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, et ne se trouvent pas en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours* ».

La principale nouveauté réside dans la possibilité offerte aux entreprises de faire appel à la procédure de conciliation nonobstant un état récent de cessation des paiements.

En pratique, le débiteur devra continuer d'honorer ses dettes tout au long de la négociation, tandis que les créanciers principaux devront nécessairement accepter une remise totale ou partielle de leurs montants. Tel est le prix de l'efficacité de la procédure.

Par ailleurs, l'article L 631-5 nouveau du Code de commerce exclut toute action en redressement judiciaire tant que la conciliation est en cours. Ainsi, le débiteur dispose d'un temps suffisant, bien que limité à 4 mois, pour négocier sereinement un accord amiable.

Enfin, la demande d'homologation de l'accord requiert en toute hypothèse le consentement du débiteur au terme de l'article L. 611-8 nouveau du Code de commerce. Seul le jugement d'homologation est publié le cas échéant, et en aucun cas le contenu de l'accord qui reste confidentiel.

II – L'intérêt de la procédure pour les créanciers

Certes, le législateur n'a pas institué de « comité » ni rétabli « l'assemblée des créanciers », il a cependant veillé à la préservation de leurs intérêts.

La sécurité juridique est assurée par les conditions posées pour l'obtention de l'homologation. Ainsi, l'article L. 611-8 nouveau du Code de commerce subordonne celui-ci à trois conditions : « *1. Le débiteur n'est pas en cessation des paiements ou l'accord conclu y met fin ; 2. Les termes de l'accord sont de nature à assurer la pérennité de l'activité de l'entreprise ; 3. L'accord ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers non-signataires, sans préjudice de l'application qui peut être faite des articles 1244-1 à 1244-3 du code civil.* ».

Outre l'accroissement de la sécurité juridique, la nouvelle loi instaure « un privilège de conciliation », dit privilège de « new money » aux apporteurs de nouveaux capitaux – autres que les apports consécutifs à une augmentation de capital et concours antérieurs à l'ouverture de la conciliation.

Au terme de l'article L. 611-11 nouveau, les créanciers qui réalisent, dans le cadre de l'accord homologué, un nouvel apport en trésorerie, bien ou service, seront payés par privilège sur les créances nées antérieurement à l'ouverture de la conciliation.

Ce privilège prioritaire subsiste nonobstant l'ouverture ultérieure d'un autre type de procédure collective (procédure de sauvegarde, redressement judiciaire, liquidation judiciaire). Il est toutefois primé par le super-privilège des salariés ainsi que les frais de justice antérieurs, et subordonné à déclaration de créance.

Le législateur a également pris en compte les intérêts des créanciers en cas de remise en cause de l'accord homologué. Ainsi, si le tribunal constate l'inexécution de l'accord par le débiteur, il prononcera la résolution de l'accord intervenu ainsi que la déchéance de tout délai de paiement accordé. De même, l'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation met fin de plein droit à l'accord mais le privilège de l'article L 611-11 reste acquis.

En somme, l'efficacité de la procédure de conciliation tiendra avant tout à l'homologation, légalement facultative, de l'accord.

■ La procédure de revendication à l'encontre du sous-acquéreur en cas de redressement judiciaire de l'acquéreur

L'article L 621-123 du Code de commerce dispose que la procédure de l'action en revendication ou en restitution de biens mobiliers nécessite une demande adressée à l'administrateur judiciaire ou à défaut au représentant des créanciers.

A défaut d'accord ou de contestation la demande est portée devant le juge-commissaire qui statue sur le sort du contrat.

Dans un arrêt récent du 15 mars 2005¹, la Cour de cassation a rappelé que les dispositions, légales, susmentionnées sont applicables tant à l'action en revendication du bien qu'à celle du prix.

La Haute juridiction a précisé plus récemment – le 24 mai 2005² – que cette même procédure devait être transposée à l'action en revendication à l'encontre du sous-acquéreur, qui n'a pas encore payé le prix.

En l'espèce, une entreprise avait vendu du matériel avec clause de réserve de propriété à une autre entreprise, laquelle avait à son tour vendu le bien. Par la suite, le premier acquéreur avait été placé en redressement judiciaire.

Le vendeur initial a alors exercé une action en revendication contre le sous-acquéreur. Il a cependant omis d'adresser, dans le délai légal³ de 3 mois suivant la publication du jugement d'ouverture, sa demande à l'administrateur judiciaire désigné dans le cadre de la procédure collective du revendeur. Il s'est ainsi privé de l'action en revendication.

Ainsi, le propriétaire doit impérativement revendiquer, dans le délai légal, son bien auprès de l'administrateur judiciaire, préalablement à son action contre le sous-acquéreur.

■ L'absence de demande d'attribution judiciaire du créancier gagiste décharge la caution

L'article 2037 du Code civil dispose : « *La caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. Toute clause contraire est réputée non écrite.* »

En 2003, la première chambre civile et la chambre commerciale de la Cour de cassation ont eu à se prononcer sur l'hypothèse suivante : le fait pour un créancier gagiste de ne pas demander l'attribution judiciaire, suite à la mise en liquidation judiciaire du débiteur, est-il constitutif d'une faute susceptible de décharger la caution au sens de l'article susmentionné ?

En effet, dans ce cas, si le créancier perd son droit sur la chose objet du gage, il n'en reste pas moins titulaire d'une créance.

Les deux chambres ont admis des solutions diamétralement opposées, l'une affirmant qu'il s'agissait d'une simple faculté pour le créancier gagiste, et l'autre d'une obligation.

La Cour de cassation s'est donc réunie en Chambre mixte et a affirmé⁴, dans une espèce similaire, que le fait pour un créancier de renoncer au bénéfice de son gage avait pour conséquence de décharger la caution.

A cet égard, le rapport GRIMALDI sur la réforme du droit du cautionnement envisage un nouvel article ainsi rédigé : « *Lorsque la subrogation aux droits du créancier ne peut plus, par le fait de celui-ci s'opérer en sa faveur, la caution est libérée à concurrence du préjudice subi de ce fait. Toute clause contraire est réputée non écrite.* »

Au vu de cette jurisprudence, l'obligation de solliciter l'attribution judiciaire incombe au créancier gagiste lorsqu'il est garanti par une caution.

■ Sur qui pèse la garantie d'éviction ?

L'article 1626 du Code civil emporte pour le vendeur d'un fonds de commerce le devoir de s'abstenir de tout acte de nature à porter atteinte à la possession paisible du fonds cédé.

La Cour de cassation vient de juger dans un arrêt de principe du 24 mai 2005⁵ que la garantie d'éviction qui pèse sur le vendeur personne morale « *pèse non seulement sur elle, mais aussi sur son dirigeant ou sur les personnes qu'il pourrait interposer pour échapper à ses obligations.* »

Dans cette affaire, le dirigeant de la société cédante était également le PDG d'une société tierce qui avait progressivement élargi son activité à la vente de produits similaires à ceux vendus par le cessionnaire au point d'en devenir un concurrent direct.

Au regard du principe de l'effet relatif des contrats, l'obligation de non-concurrence pesant sur la société cédante ne devrait pas s'appliquer à la société tierce.

Mais, la Cour de cassation en a décidé autrement. Elle écarte ce principe et déclare la société tierce responsable des agissements de son dirigeant.

■ Redressement et liquidation du dirigeant

L'article L 624-5 du Code de commerce dispose : « *En cas de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire d'une personne morale, le tribunal peut ouvrir une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire à l'égard de tout dirigeant de droit ou de fait, rémunéré ou non, contre lequel peut être relevé un des faits* » énumérés.

Dans une affaire, qui a donné lieu à un arrêt du 7 juin 2005⁶, l'administrateur et le représentant des créanciers d'une société qui avait fait l'objet d'une procédure collective avaient demandé au tribunal l'ouverture du redressement judiciaire du dirigeant.

Un plan de continuation a finalement été arrêté pour la société, mais une procédure de liquidation judiciaire fut ouverte à l'encontre du dirigeant.

Le dirigeant tirait argument du plan de continuation de la société redevenue in bonis pour voir sa propre mise en liquidation anéantie.

La Cour de cassation n'a pas suivi le dirigeant et a affirmé que la décision arrêtant le plan de redressement d'une personne morale ne faisait pas obstacle à l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire à l'égard du dirigeant contre lequel il est relevé un des faits prévus à l'article L. 624-5 du Code de commerce.

P.D.G.B Société d'Avocats

174, avenue Victor Hugo - 75116 Paris

www.pdgb.com

G. BACHASSON – X. HUGON – Ph. LAYE

A. BEM - B. JARDEL - Ph. JULIEN

A. LE TANNOU – M. MATAALI

¹ Cass. Com., 15.03.2005, pourvoi n°00-12563

² Cass. Com., 24.05.2005, pourvoi n°04-13464

³ Article 621-115 du Code de commerce.

⁴ Cass. Ch. Mixte, 10.06.2005, pourvoi n°02-21296

⁵ Cass. Com., 24.05.2005, pourvoi n°02-19704

⁶ Cass. Com., 07.06.2005, pourvoi n°03611229.