



HAL
open science

Diversification et perfectionnement de l'amiable

Francine Macorig-Venier

► **To cite this version:**

Francine Macorig-Venier. Diversification et perfectionnement de l'amiable. Bulletin Joly Entreprises en difficulté, 2022, n°2, pp.48-52. hal-03632136

HAL Id: hal-03632136

<https://hal.science/hal-03632136>

Submitted on 6 Apr 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



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

Diversification et perfectionnement de l'amiable

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

Diversification et perfectionnement de l'amiable

Bilan et perspectives d'évolution

Par F. Macorig-Venier, Professeur UT1 Capitole, Directrice du CDA (EA 780)

Si les mesures ou procédures amiables tendant à prévenir les difficultés des entreprises ou y remédier sont apparues avant la période des 11 ans écoulés sur laquelle notre regard est invité à se porter, leur « physionomie » au cours de cette période a sensiblement évolué en raison à la fois d'une certaine diversification du dispositif et de son perfectionnement, au fil du temps et des réformes. Les statistiques de l'observatoire économique du CNAJMJ attestent clairement de leur montée en puissance en pratique.

Elles reposent nécessairement sur une démarche du chef d'entreprise¹. Mais précisément encore faut-il qu'il ait une lucidité suffisante sur les difficultés traversées. C'est la raison pour laquelle un dispositif de détection a été mis en place. Son importance a été mise en exergue dans le plan d'action de sortie de crise signé le 1^{er} juin et la circulaire du 6 août en détaillant les modalités de mise en œuvre. On signalera ici, parmi les nombreuses mesures qu'il comprend, l'institution d'un comité national de sortie de crise et de comités départementaux de sortie de crise dont le but est de favoriser un partage d'informations sur la situation économique locale et de mutualiser les initiatives. S'ils sont directement liés à la sortie de crise, leur pérennisation n'est peut-être pas exclue².

La détection est essentielle car elle vise à orienter les chefs d'entreprises vers les mesures appropriées, en particulier vers les mesures amiables et procédures amiables, mandat hoc et conciliation, dont l'immense avantage est de préserver la confiance de leurs partenaires et donc leur « crédit ». C'est sans doute la raison pour laquelle le président du tribunal peut, depuis la toute nouvelle ordonnance, obtenir des informations sur l'entreprise dans la perspective de l'entretien avec son dirigeant avant l'entretien avec le dirigeant.

Pour revenir à l'amiable *stricto sensu*, l'évolution passée, notamment l'ordonnance du 12 mars 2014³, ainsi que l'actualité mettent en évidence un double mouvement de diversification et de perfectionnement, mouvement qui pourrait être encore amplifié à l'avenir.

I. Diversification de l'amiable

Elle procède d'une diversification des mesures amiables elles-mêmes ou des mesures déployées au soutien du dispositif amiable, ainsi que de l'élargissement des frontières de l'amiable et des solutions proposées.

A. Diversification des mesures de soutien à l'amiable ou des mesures « amiables »

Si les 11 ans écoulés n'avaient pas apporté jusqu'à ce jour de bouleversement au paysage des mesures ou procédures amiables et plutôt mis en évidence une volonté d'œuvrer au soutien de ce dispositif, une diversification actuelle s'observe

1. Des mesures amiables diverses renforcées par un dispositif administratif étoffé

La diversité des mesures participant du dispositif amiable est une réalité depuis 2005 : il comprend le mandat ad hoc, procédure de conciliation, règlement amiable « agricole ». Ce dispositif est accompagné d'un dispositif administratif dont les fondements ont été renouvelés depuis 2010 par l'adoption d'une nouvelle circulaire en janvier 2015.

Le dispositif administratif vient exclusivement en appui du dispositif amiable. Si le critère d'intervention est flou (existence de difficultés), de telle sorte que les aides peuvent être octroyées tant en amont qu'en aval de l'état de cessation des paiements, en revanche, il est clairement destiné à l'accompagnement d'entreprises *in bonis*⁴).

¹ Sous réserve du règlement amiable agricole

² B Ghandour, Du rapport Richelme au plan d'action pour les entreprises : quelle réforme pour la détection des difficultés? Rev. Proc. Coll. 2021/4, Etude 13, p. 9

³ Retraccée par M. Jazottes, elle n'est pas rappelée ici

⁴ La circulaire vise les « entreprises in bonis qui en font la demande ».

Il s'est enrichi en 2012 des CRP (un voire 2 par région) rebaptisés depuis « Commissaires aux Restructurations et à la Prévention des difficultés des entreprises ».

La circulaire 9 janvier 2015 s'emploie à mieux coordonner l'action des CRP ou des CODEFI avec celle des mandataires ad hoc ou du conciliateur. Les missions du CODEFI sont ainsi précisées : « le CODEFI étendra sa capacité de détection des entreprises en difficulté par des échanges avec d'autres détenteurs institutionnels d'informations, dont les tribunaux de commerce » ; à propos du diagnostic « le CODEFI ou le CRP agit en concertation avec l'entreprise et ne doit pas se substituer au chef d'entreprise ni au mandataire ad hoc ou au conciliateur » ; « quelles que soient les difficultés rencontrées, le secrétaire permanent du CODEFI ou le CRP doit jouer un rôle de médiateur, en appui éventuel aux mandataires de justice désignés par le tribunal de commerce dans le cadre d'un mandat ad hoc ou d'une conciliation, pour dégager une solution collective de redressement...»

Cette coordination est au cœur du dispositif post-crise et des fameux comités de crise.

2. Diversification temporaire : le mandat ad hoc de sortie de crise

Le Plan d'action sur l'accompagnement des entreprises en sortie de crise et la Circulaire prévoient la mise en place d'un mandat ad hoc de sortie de crise, procédure amiable simplifiée, pour faciliter la renégociation des dettes des petites entreprises, sans qu'aucune modification du livre VI du code de commerce n'ait été opérée.

Réservé aux petites entreprises employant jusqu'à 10 salariés rencontrant des difficultés financières en raison de la crise sanitaire, sa durée est de 3 mois et son coût plafonné.

Il n'est applicable que « 18 mois à compter de la signature du plan d'action » ; toutefois, un bilan de la mise en œuvre du plan d'action doit être effectué par le comité national de sortie de crise qui doit s'interroger sur l'opportunité d'une reconduction du dispositif pour une période ultérieure. Nul n'ignore que le provisoire devient parfois définitif.

La diversification de l'amiable procède par ailleurs d'une certaine extension de ses frontières et des solutions mises en œuvre.

B. Diversification par l'extension des frontières de l'amiable et des solutions amiables

1. Elargissement du champ de l'amiable

Alors que le judiciaire a gagné du terrain dans le domaine de la prévention avec l'institution de la procédure de sauvegarde, l'amiable a étendu ses frontières au-delà de la cessation des paiements : la procédure conciliation peut en effet être ouverte en cas de cessation des paiements de moins de 45 jours. Toutefois, un débat existe toujours aujourd'hui quant à la possibilité de désigner un mandataire ad hoc dans les mêmes circonstances, les textes étant demeurés inchangés sur ce point. Dans les faits cependant, certaines juridictions l'admettent.

L'élargissement du champ de l'amiable résulte par ailleurs indirectement mais certainement, de la paralysie remarquable par l'ordonnance de 2014 des clauses dissuadant le chef d'entreprise de tout recours au dispositif amiable. L'article L. 611-16 al 1^{er} répute non écrites les clauses modifiant les conditions de poursuite d'un contrat en cours en diminuant les droits ou 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 ou d'une demande formée à cette fin.

2. Contenu diversifié des solutions amiables

Les solutions amiables, exclusivement destinées à la poursuite de l'activité de l'entreprise, peuvent permettre également depuis 2014 la cession de l'entreprise : *le prepack cession* constitue à cet égard une innovation remarquable. Sur demande exclusive du débiteur et après avis des créanciers, il peut être confié au conciliateur une mission tendant à la cession de l'entreprise pouvant être finalisée, soit à ce stade, soit dans une procédure judiciaire de redressement. Cette mission peut également être confiée à un mandataire ad hoc.

L'amiable s'est ainsi diversifié, dans le même temps il s'est perfectionné.

II. Perfectionnement de l'amiable

Le perfectionnement de l'amiable tient au renforcement général de son attractivité (A) et à la sécurité accrue offerte à l'ensemble des parties prenantes (B)

A. Perfectionnement résultant du renforcement général de l'attractivité de l'amiable

L'attractivité de l'amiable est renforcé par un traitement unifié auprès d'une même juridiction pour les entités d'un même groupe, une attractivité plus grande pour le débiteur (2) et les créanciers (3)

1. Traitement « unifié » des difficultés des « groupes » grâce aux règles de compétence

Sous quelques réserves encore, les entités d'une même « groupe » de sociétés peuvent relever de la même juridiction en dépit de leur différence de nature, civile ou commerciale, et de leur éloignement géographique.

Depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, il peut être fait application au mandat ad hoc et à la procédure de conciliation des dispositions permettant de « délocaliser » l'affaire devant une autre juridiction (du même ressort ou d'un autre ressort de C. Appel), « lorsque les intérêts en présence le justifient » (Art. L. 662-2) dans les conditions prévues à l'art. R. 662-7 C. Com⁵. La décision de renvoi devant une juridiction ainsi désignée emporte prorogation de compétence au profit de la même juridiction pour connaître d'une procédure judiciaire qui s'en suivrait directement.

En revanche, les règles spéciales de compétence⁶, édictées pour unifier la compétence pour les « groupes » de sociétés au sens strict⁷ par la loi du 6 août 2015, sans passer par une demande de renvoi, s'appliquent à la procédure de conciliation, mais pas au mandat ad hoc⁸ pour lesquels aucune compétence spécialisée n'est davantage prévue. Ainsi, en vertu de l'article L. 662-8 du code de commerce, le tribunal qui a ouvert une procédure à l'égard d'une société d'un groupe (mère ou filiale)⁹ est compétent pour connaître de la procédure (distincte) applicable à l'égard des autres sociétés du groupe (société-mère ou filiale)¹⁰.

Au-delà de règles de compétence globalement plus pertinentes, l'attractivité de l'amiable a été renforcé à la fois pour le débiteur et les créanciers.

2. Attractivité accrue pour le débiteur

Deux séries de mesures sont à évoquer : elles concernent le coût des procédures et le sort des garants.

Le **coût de l'amiable**, non tarifé, étant susceptible de constituer pour les débiteurs une entrave au recours à ces mesures, l'ordonnance de 2014 s'est efforcée d'encadrer la rémunération du mandataire ad hoc ou du conciliateur, d'une part (en imposant notamment la fixation d'un montant maximal et en excluant certaines pratiques antérieures, comme

⁵ Le renvoi peut être décidé par le tribunal d'office (Art. R. 662-7 Al. 1^{er}) ou demandé, par requête motivée du débiteur, du créancier poursuivant et du ministère public (Art. R. 662-7 Al. 2).

⁶ À combiner avec les règles sur les juridictions spécialisées.

⁷ Il s'agit plus exactement d'une société détenue ou contrôlée au sens des articles L. 233-1 et L. 233-3 du Code de commerce.

⁸ F. M-V, Incidence de la loi Macron en matière de traitement amiable des difficultés des entreprises sur la compétence, RTDCom. 2016, p. 192.

⁹ Il s'agit d'une société détenue ou contrôlée au sens des articles L. 233-1 et L. 233-3 du Code de commerce.

¹⁰ Toutefois, il est dérogé à cette règle lorsque la seconde procédure est ouverte à l'égard d'une société relevant d'un TCS, auquel est renvoyé la première procédure ouverte contre la société détenue ou contrôlée (Art. R. 662-18 C. Com). S'agissant de la procédure de conciliation, la compétence des juridictions spécialisées est fondée sur l'article L. 721-8 4^o C. Com. Elle concerne les mêmes entreprises que celles relevant des TCS pour les procédures judiciaires. La compétence de la juridiction spécialisée n'est pas de droit. La saisine de la juridiction spécialisée pour connaître de la procédure de conciliation peut émaner directement du débiteur ou résulter d'une demande en ce sens du Procureur de la République ou d'une décision du président du tribunal de commerce. Certains estiment qu'à défaut le président du tribunal non spécialisé saisi par le débiteur serait compétent

l'exigence d'un forfait)¹¹ et, d'autre part, de limiter, fût-ce modestement la répercussion du coût des conseils des créanciers sur le débiteur (à 75% selon un arrêté ministériel¹²).

Ces règles n'ont pas paru suffisantes pour les plus petites entités. Le Plan d'action sur l'accompagnement de sortie de crise prévoit que le coût du mandat ad hoc de sortie de crise soit plafonné à 1500€ pour les entreprises de moins de 5 salariés et 3000€ pour les entreprises de 5 à 10 salariés.

Dans le plongement du plan d'action (Art. 18) qui prescrit la transparence sur les coûts répercutés par les créanciers sur le débiteur, le décret du 23 septembre 2021 ajoutant une nouvelle disposition au code de commerce impose au débiteur de déposer un état de l'intégralité des frais mis à sa charge, dépôt dont le président du tribunal ou le tribunal doivent s'assurer avant de constater ou homologuer l'accord¹³.

La **protection des tiers garants** des dettes du débiteur et coobligés a été étendue au fil des réformes, si bien que le dirigeant social comme l'entrepreneur personne physique n'ont plus à craindre pour eux-mêmes ou leurs proches d'avoir sollicité l'ouverture d'une procédure de conciliation. Ils bénéficient des délais accordés au débiteur pendant la procédure et désormais pendant exécution de l'accord (pour les créances non incluses dans l'accord). Ces règles jouent même au profit des personnes morales.

A cet égard, le basculement du mandat ad hoc en conciliation paraît un passage obligé, aucune mesure particulière de protection n'existant en cas de mandat ad hoc.

3. **Attractivité améliorée pour les créanciers**

Elle résulte des règles applicables au privilège de la *new money* dont le domaine a été étendu et le régime amélioré

Les créances garanties résultent des apports de trésorerie ou fournitures de biens ou services non seulement dans l'accord, mais également pendant la procédure.

Ces créances ont été expressément exclues des délais du plan et peut être souligné un maintien de leur rang de faveur par l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021.

Si l'attractivité générale de l'amiable a ainsi été renforcée, son perfectionnement résulte également de la plus grande sécurité qu'il offre aux parties prenantes.

B. **Perfectionnement de l'amiable en raison d'une sécurité accrue**

La sécurité a été accrue tant pendant le déroulement de la procédure de conciliation qu'en ce qui concerne l'accord de conciliation et son devenir. Le mandat ad hoc n'est concerné ici que par une seule de ces règles, ce qui sans doute constitue une raison supplémentaire du passage d'un mandat ad hoc à une procédure de conciliation.

1. **Sécurisation du déroulement des procédures**

Les négociations sont facilitées tant grâce à la confidentialité dont le respect a été assuré qu'à la possibilité de bloquer les poursuites des créanciers récalcitrants.

La confidentialité, qui s'impose en mandat ad hoc et dans la procédure de conciliation, a été préservée à la fois par le législateur (par la clarification des textes sur la question de l'information des représentants du personnel par ordonnance du 12 mars 2014, à l'égard desquels la confidentialité est préservée au stade de l'ouverture des procédures) et la Cour de cassation (prévalence de la confidentialité sur la liberté de la presse).

En procédure de conciliation, peut être obtenu un **blocage des vellétés de poursuite des créanciers** au prix de l'adoption de règles participant d'un certain dirigisme.

La possibilité pour le débiteur de demander au président du tribunal ayant ouvert la procédure des délais de paiement en cas de poursuite par un créancier, puis seulement de mise en demeure (Ord. 12 03 2014) a été reconnue.

Une quasi « suspension des poursuites » des créanciers, quoique toujours individuelle, a été instaurée par l'ordonnance du 20 mai 2020 adaptant le droit des entreprises en difficulté à la crise. Elle a inspiré les rédacteurs de l'ordonnance du 15 septembre 2021. Désormais de

¹¹ L'accord du débiteur sur les conditions de la rémunération est un préalable à la désignation.

¹² Arrêté 25 juill. 2014, JO 30 juill. 2014, p. 12524

¹³ Art. R. 611-39-1 C. Com.

manière anticipée, pour les créances non échues, il est possible d'obtenir un report ou rééchelonnement de dettes non échues dans la limite de la durée de la mission du conciliateur.

2. Sécurisation de l'accord

Deux mesures adoptées au cours de la période sont de nature à favoriser l'exécution de l'accord. A été instaurée une possibilité de suivi de l'exécution de l'accord avec la désignation depuis l'ordonnance du 12 mars 2014 d'un mandataire à l'exécution de l'accord sur demande du débiteur. Ce dernier peut par ailleurs pendant l'exécution de l'accord obtenir du président du tribunal des délais pour le paiement des créances hors accord, ce qui, à l'évidence, facilitera le respect de l'accord.

L'ordonnance du 15 septembre 2021 permet d'anticiper la caducité de l'accord ou sa résolution par la stipulation de clauses en ce sens dans l'accord. Un nouvel article, l'article L. 611-10-14 est ainsi inséré dans le code de commerce. Il s'agit pour l'essentiel d'organiser le maintien des sûretés consenties dans l'accord, alors que la chambre commerciale de la Cour de cassation avait estimé que la caducité de l'accord emportait celle des sûretés consenties.

Si le succès de l'amiable au cours des 11 années écoulées ne s'est pas démenti, allant même croissant, force est de reconnaître qu'il est également dû au renforcement des liens entre l'amiable et le judiciaire avec l'institution de la sauvegarde accélérée. Cet aspect a été laissé dans l'ombre, car il est traité dans l'intervention suivante. Place à la question de l'articulation de l'amiable et du judiciaire.