

## SAUVEGARDE DES ENTREPRISES

### > La fragilisation des accords de conciliation

par Reinhard Dammann, Avocat au barreau de Paris, Associé, Clifford Chance,  
Professeur affilié à Sciences-Po  
et Anaïs Alle, Stagiaire, Clifford Chance

Une fois n'est pas coutume. Le 25 septembre 2019, la Cour de cassation a rendu un arrêt très important mais qui ne mérite pas approbation<sup>1</sup>. En effet, la décision remet en cause la survie des sûretés constituées dans le cadre d'un accord de conciliation, lorsqu'en cas d'ouverture d'une procédure collective, le tribunal met fin de plein droit à l'accord constaté ou homologué, en application de l'article L. 611-12 du code de commerce. Ouvrant la boîte de Pandore, cette décision fragilise considérablement les accords de conciliation.

Pourtant, la Cour avait pris des précautions. Immédiatement après la mise en ligne de la décision, le conseiller doyen de la chambre commerciale, Jean-Pierre Rémery, a publié, le 30 septembre 2019, un commentaire dans la veille du Dictionnaire permanent des difficultés des entreprises, destiné à faciliter la lecture de la décision<sup>2</sup>. Rien n'y fait. Le raisonnement de pur droit civil méconnaît malheureusement la réalité financière du monde des restructurations.

Comme le souligne Françoise Pérochon, les sûretés mises en place pour garantir l'exécution de l'accord doivent continuer à s'appliquer en cas d'échec de la conciliation, c'est-à-dire en cas d'ouverture d'une procédure collective<sup>3</sup>. C'est le rôle et la raison d'être d'une sûreté.

En effet, l'attractivité de la conciliation repose sur la sécurité juridique de l'accord homologué. La participation même des créanciers à cette procédure préventive, et donc ses chances de succès, dépendent de la garantie absolue que les sûretés prises et les remboursements obtenus ne pourront pas être remis en cause en cas d'ouverture d'une procédure collective.

Quelles sont les conséquences pratiques et les précautions à prendre pour les rédacteurs d'actes à la suite de l'arrêt commenté? Avant de répondre à cette question, il est utile d'exposer le raisonnement de la Cour.

#### I – Le raisonnement de la Cour de cassation

Au cœur de la problématique se trouve l'article L. 611-12 du code de commerce qui prévoit que « l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire, ou de liquidation judiciaire met fin de plein droit à l'accord constaté ou homologué ».

La Cour de cassation reprend l'analyse de la doctrine majoritaire: l'accord devient caduc<sup>4</sup> et cesse de produire ses effets pour l'avenir, sans rétroactivité<sup>5</sup>. Les créanciers recourent l'intégralité de leurs créances et sûretés, qui, en quelque sorte, se trouvent « ressuscitées ». En revanche, les créanciers conservent les sommes déjà perçues. De même, survit également le privilège de *new money* de l'article L. 611-11 du code de commerce.

*Quid de la survie des sûretés supplémentaires prises dans le cadre de l'accord? Doivent-elles bénéficier, par analogie – solution préconisée à juste titre par Françoise Pérochon –, du régime prévu pour le privilège de la conciliation ?*

Dans l'arrêt controversé du 25 septembre 2019, la Cour de cassation répond par la négative. Ainsi, « le créancier qui a consenti [au débiteur] des délais de paiement ou des remises

(1) V. Com. 25 sept. 2019, n° 18-15.655, D. 2019. 1886. (2) DP diff. entr., Bull. n° 417/418, sept.-oct. 2019. (3) V. F. Pérochon, Entreprises en difficulté, LDGJ, 10<sup>e</sup> éd., 2014, n° 198. (4) V. P.-M. Le Corre, Droit et pratique des procédures collectives, Dalloz Action, 10<sup>e</sup> éd., 2019/2020, n° 145.221, A. Lienhard, Procédures collectives, Delmas, 8<sup>e</sup> éd., 2019/2020, n° 22.49; contra C. Saint-Alary-Houin et M.-H. Monsérié-Bon, Prévention des difficultés des entreprises, Lextenso, 2018, n° 626 (résolution). (5) V. P. Malaury, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, Droit des obligations, Deffrénois, 8<sup>e</sup> éd., 2016, n° 668. Mais la question de l'absence de rétroactivité est discutée et le législateur n'a pas souhaité trancher ce débat dans le cadre de la réforme du droit des obligations, V. J.-B. Seube, J.-Cl. Civ., art. 1186 et 1187, n° 79.

de dettes dans le cadre d'un accord de conciliation recouvre l'intégralité de ses créances et des sûretés qui les garantissent, il ne conserve pas le bénéfice des nouvelles sûretés obtenues dans le cadre de l'accord ».

En l'espèce, un établissement bancaire avait consenti divers concours financiers à une société dont le dirigeant s'était porté caution, mais seulement dans une certaine limite. Dans le cadre d'un accord de conciliation homologué, la banque avait accepté des abandons partiels de créances et des délais de paiement. La banque avait alors obtenu, par acte séparé, trois cautionnements complémentaires du 15 juin 2008, en prenant la précaution d'insérer une clause contractuelle selon laquelle le cautionnement s'ajoutait aux garanties existantes ou futures.

La société ayant été mise en liquidation judiciaire, la banque a poursuivi la caution en paiement au titre des nouveaux cautionnements. Pour la chambre commerciale, « l'échec de cet accord a entraîné la caducité de celui-ci dans son intégralité, qu'il s'agisse des abandons de créances comme des engagements de caution ». Par conséquent, la banque se trouve dans la situation antérieure à la conclusion de l'accord de conciliation homologué et doit se contenter de poursuivre la caution au titre des deux cautionnements initiaux, « sans que la banque puisse opposer les stipulations contraires des engagements du 15 juin 2008, devenus caducs ».

Le raisonnement de la Cour est explicité par son conseiller Jean-Pierre Rémery<sup>6</sup> qui se réfère aux articles 1186 et 1187 du code civil. Ainsi, la mise en place de garanties complémentaires s'analyse comme la contrepartie de l'octroi de délais de paiement et d'abandons de créances. Par conséquent, selon lui, les nouvelles sûretés, qui font partie d'un tout indissociable ou indivisible, sont entraînées dans la chute de l'accord, de sorte qu'elles doivent tomber avec lui.

## II – Les impacts de l'arrêt

L'arrêt commenté concerne la constitution de sûretés nouvelles pour des dettes existantes ayant fait l'objet de délais de paiement et de remises. *Quid* des financements nouveaux ? On sait que le privilège de la conciliation échappe au couperet de la caducité. Pourtant, le traitement du prêt de *new money*, qui fait partie de l'accord de conciliation, est différent. En cas d'ouverture d'une procédure collective, il deviendra caduc et les clauses contractuelles, notamment relatives à la durée du prêt et aux engagements pris par le débiteur cesseront de produire leurs effets.

Cette caducité pourrait-elle remettre en cause les sûretés complémentaires prises en contrepartie des concours nouveaux ? Il semble logique d'aligner leur sort sur celui du privilège de *new money*, garantissant l'obligation de restitution

des sommes empruntées. Cependant, l'arrêt commenté jette le trouble.

Les rédacteurs du protocole de conciliation pourraient-ils stipuler une clause de divisibilité afin d'éviter que la caducité de l'accord n'affecte le prêt de *new money* constitué par acte séparé ? La réponse est incertaine. Les meilleurs auteurs enseignent que l'article 1186 du code civil a un caractère supplétif de volonté<sup>7</sup>. Le prêt de *new money* pourrait-il, conformément à cette doctrine, être stipulé divisible de l'accord de conciliation homologué ? Dans son commentaire, Jean-Pierre Rémery semble n'accepter une telle clause de divisibilité que pour des garanties complémentaires « totalement hors du cadre de l'accord ou en marge de celui-ci »<sup>8</sup>.

Se pose ensuite la question du traitement de la « *reinstated debt* », utilisée en pratique dans le cadre des accords de conciliation. Les termes et conditions de l'endettement existant sont renégociés, impliquant généralement un allongement de la maturité, la constitution de nouvelles garanties, la mise en place de nouveaux engagements du débiteur en matière de ratios financiers, une augmentation des marges, etc.

En application de l'arrêt commenté, les nouvelles sûretés constituées, par exemple sous la forme d'une fiducie-sûreté, censées protéger les prêteurs en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, seront privées d'effet et la validité d'une éventuelle clause de divisibilité sera très incertaine.

Se pose une dernière question. Que se passe-t-il lorsque le débiteur rembourse ses dettes en émettant des titres dans le cadre d'un *debt-to-equity swap* ou à travers l'émission de nouveaux instruments de dettes ? Conformément à l'article L. 611-12 du code de commerce, les créanciers conservent les sommes perçues. Ainsi, en cas d'ouverture d'une procédure collective, les créanciers conserveront les instruments financiers reçus à titre de remboursement. Aussi, rien ne semble interdire que les instruments financiers perçus prennent la forme d'obligations qui peuvent être garanties par des sûretés réelles.

Quoi qu'il en soit, la solution retenue par l'arrêt du 25 septembre 2019 est en contradiction avec le principe dit du « *safe harbour* », un concept central de la directive 2019/1023/UE « Restructuration et Insolvabilité » du 20 juin 2019<sup>9</sup>. L'article 17 de la directive immunise, en effet, les financements nouveaux contre tout risque d'annulation en cas d'insolvabilité ultérieure du débiteur. Aussi, le considérant 66 invite les États membres à adopter une interprétation extensive de la notion de concours financiers, qui vise non seulement la *new money* mais aussi les délais de paiement. La transposition de la directive brisera donc nécessairement la jurisprudence critiquée et rétablira une certaine sécurité juridique des sûretés dans le cadre des procédures collectives.

(6) V. J.-P. Rémery, *op. cit.* (7) V. P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *op. cit.*, n° 439. (8) V. J.-P. Rémery, *op. cit.* (9) JOUE L 172/18, 26 juin 2019; pour un premier commentaire, R. Dammann et A. Alle, Directive « Restructuration et Insolvabilité » : l'introduction des classes de créanciers en droit français, D. 2019. 2047.