

SAUVEGARDE DES ENTREPRISES

> La sécurisation des accords de conciliation constatés ou homologués

par Reinhard Dammann, *Avocat au barreau de Paris, Associé, Dammann Avocat, Professeur affilié à Sciences-Po*
et Arij Hamouda, *Dammann Avocat*

2

La jurisprudence de la Cour de cassation du 25 septembre 2019, qui fragilise l'efficacité des accords de conciliation constatés ou homologués, a fait couler beaucoup d'encre¹. Interprétant l'article L. 611-12 du code de commerce, la Cour a considéré que l'ouverture d'une procédure collective rendait caduc l'accord de conciliation homologué, entraînant ainsi de plein droit la caducité des sûretés supplémentaires obtenues en contrepartie des délais de paiement et des remises de dettes consentis dans le cadre de son exécution².

Dans le cadre de l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021, le législateur a inséré un nouvel article L. 611-10-4 au code de commerce qui prévoit que « 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 ».

Comment faut-il interpréter cette disposition ? S'agit-il de briser la jurisprudence du 25 septembre 2019 ou de permettre aux parties d'aménager contractuellement les effets de la caducité d'un accord de conciliation ?

Une première réponse intéressante est fournie par un arrêt rendu le 26 octobre 2022 par la Cour de cassation³. Dans cette affaire, la question était de savoir si une caution consentie dans le cadre d'un accord de conciliation homologué pour garantir une nouvelle avance est affectée par la caducité de l'accord.

Comme on pouvait s'y attendre, la Cour de cassation répond par la négative, tout en réaffirmant sa jurisprudence du 25 septembre 2019.

I – Le raisonnement de la Cour

Se pose d'abord la question de l'articulation de la solution apportée par l'arrêt du 25 septembre 2019 avec le nouvel article L. 611-10-4. Selon Jocelyne Vallansan et Laurence Caroline Henry, un revirement de la jurisprudence ne s'imposait pas. Au contraire, le législateur conforte implicitement le principe de caducité de l'accord de conciliation en cas d'ouverture d'une procédure collective, en prévoyant expressément la possibilité pour les parties d'aménager contractuellement ses effets⁴. Ainsi, se trouve confirmé le raisonnement de pur droit civil du conseiller doyen de la chambre commerciale, Jean-Pierre Rémy, fondé sur les articles 1186 et 1187 du code civil⁵. Étant la contrepartie de l'octroi de délais de paiement et d'abandons de créances, les nouvelles sûretés consenties, qui font partie d'un tout indissociable, sont nécessairement affectées par la caducité de l'accord de conciliation.

Ensuite, la Cour précise la portée de cette jurisprudence. Elle opère une distinction entre les remises de dettes et les délais de paiement, d'une part, et les avances d'argent frais pouvant être garanties par de nouvelles sûretés, d'autre part.

En l'espèce, une société a conclu un protocole de conciliation homologué avec un établissement bancaire qui lui a accordé des avances complémentaires garanties par un cautionnement solidaire du dirigeant de la société. La société ayant été mise en redressement, puis en liquidation judiciaire, la banque a alors appelé la caution. Pour la Cour de cassation, « le créancier, qui a consenti, pour les besoins de l'accord, une avance donnant naissance à une nouvelle créance,

(1) Com. 25 sept. 2019, n° 18-15.655, Bull. civ. IV, n° 748 ; D. 2019. 1886, 2100, point de vue R. Dammann et A. Alle, 2020. 1857, obs. F.-X. Lucas, et 1917, obs. J.-J. Ansault ; AJ contrat 2019. 498, obs. D. Houtcieff ; Rev. sociétés 2019. 779, obs. L. C. Henry ; RTD com. 2020. 456, obs. F. Macorig-Venier, et 708, obs. A. Martin-Serf ; DP diff. entr., Veille permanente, 30 sept. 2019, obs. J.-P. Rémy ; RDBF 2019, n° 189, obs. D. Legeais ; BJE 11/2019. 1, note F. Pérochon, et 1-2/2020. 12, note H. Bourbouloux, C. Fort et T. Fornacciarì. (2) *Ibid.* (3) V. Com. 26 oct. 2022, n° 21-12.085, D. 2022. 1901, et 2320, chron. S. Barbot ; Rev. sociétés 2022. 704, obs. L. C. Henry. (4) V. rapp. J. Vallansan et avis L. C. Henry. (5) J.-P. Rémy, *op. cit.*

garantie par un cautionnement, est en mesure de demander l'exécution par la caution de cet engagement, en dépit de la caducité de l'accord ».

Ce faisant, la Cour a été sensible à l'argumentation de la doctrine qui a fait observer que le privilège de *new money* survivait à la caducité du protocole de conciliation. Il n'existe donc aucune raison de réserver un traitement différent aux éventuelles sûretés complémentaires garantissant les avances nouvelles⁶.

Quelles sont les conséquences pratiques de cette jurisprudence à l'aune de l'ordonnance du 15 septembre 2021 ?

II – La portée de l'arrêt du 26 octobre 2022

La Cour de cassation procède à une interprétation *a contrario* de l'article L. 611-10-4. Il ne semble dès lors pas possible pour les parties de pouvoir déroger intégralement à la caducité d'un accord de conciliation⁷. Seuls ses effets peuvent faire l'objet d'un aménagement contractuel⁸. De même, il semble impossible de stipuler la survivance des sûretés complémentaires prises en contrepartie des abandons de créances qui sont annulés du fait de la caducité de l'accord. En effet, la caducité de l'accord de conciliation ne doit pas provoquer un « effet d'aubaine » en faveur de créanciers signataires, qui bénéficieraient de sûretés complémentaires, garantissant des créances abandonnées récupérées⁹.

Quels sont les aménagements contractuels possibles ? Est-il possible de prévoir la survie des sûretés nouvellement consenties en cas d'un simple rééchelonnement des dettes ?

Un délai de paiement n'est pas assimilé à une avance d'argent frais. Pourtant, le créancier augmente, dans une perspective financière, ses risques et son coût de refinancement, ce qui reflète d'ailleurs l'augmentation des marges. Il est donc possible de stipuler que les marges additionnelles seront conservées en dépit de la caducité de l'accord de conciliation. Cette solution a été retenue par la cour d'appel de Rennes¹⁰. De même, il est possible de prévoir la survivance des sûretés qui garantissent cette augmentation des marges, et donc l'accroissement de la créance garantie. Comme l'observe Françoise Pérochon, cette interprétation découle de la finalité des sûretés, octroyées en considération des risques supplé-

mentaires d'un nouveau concours *lato sensu*, pris par le créancier¹¹. Elle peut également s'appuyer sur le considérant 66 de la directive 2019/1023/UE « Restructuration et Insolvabilité »¹² qui invite les États membres à adopter une conception large de la notion de « concours financier ».

Se pose ensuite la question de la validité des clauses de divisibilité qui, en principe, sont possibles. Les meilleurs auteurs enseignent que l'article 1186 du code civil n'est en principe pas impératif¹³. Cependant, des réserves doivent être émises quant à la validité des clauses de divisibilité qui conservent la caducité de l'accord de conciliation tout en vidant ses conséquences de toute substance. En effet, si les parties disposent d'une certaine marge de manœuvre, l'application de l'article L. 611-10-4 connaît nécessairement des limites¹⁴. La contrepartie des opérations protégées par une clause de divisibilité doit être justifiée et ne pas déroger au principe d'égalité de traitement des créanciers. De même, les clauses qui seraient manifestement contraires aux intérêts des créanciers non-signataires sont à proscrire.

À cet égard, l'arrêt du 21 octobre 2020 de la Cour de cassation fournit un exemple intéressant¹⁵. Dans cette affaire, les titres d'une société en difficulté ont été cédés à un prix négatif en contrepartie d'un soutien financier. Dans ce cas, une clause de divisibilité prend alors tout son sens pour sanctuariser cet aspect de l'opération.

S'agissant du traitement de la « *reinstated debt* », la validité des clauses de divisibilité était très incertaine¹⁶. L'ordonnance du 15 septembre 2021 change la donne. Il est aujourd'hui possible de stipuler qu'une fiducie-sûreté, visant à protéger les prêteurs en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, conserve son effet. De même, il est fréquent dans la pratique que 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. Il est parfaitement possible d'insérer une clause de divisibilité stipulant que les instruments financiers perçus prennent la forme d'obligations pouvant être garanties par des sûretés réelles qui survivront en cas d'ouverture d'une procédure collective.

En conclusion, la solution de l'arrêt du 26 octobre 2022 mérite approbation. Une lecture combinée de cette jurisprudence et de l'article L. 611-10-4 apporte la sécurité juridique nécessaire pour préserver l'attractivité de la conciliation.

(6) R. Dammann et A. Alle, *op. cit.* ; F.-X. Lucas, *op. cit.* (7) V. F.-X. Lucas, *op. cit.* (8) *Contra* G. Podeur, Comment aménager la caducité des accords de conciliation résultant de l'ouverture d'une procédure collective ?, D. 2022. 802. (9) Cette argumentation de F.-X. Lucas, *op. cit.*, est reprise par L. C. Henry dans son avis. (10) Rennes, 3^e ch. com., 15 oct. 2019, n° 16/07781, D. 2020. 533, obs. R. Dammann. (11) F. Pérochon, *op. cit.* V. aussi L. C. Henry dans son avis. (12) JOUE L 172/18, 26 juin 2019. (13) V. P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, Droit des obligations, LGDJ, coll. Droit civil, 11^e éd., 2020, n° 393. (14) Pour une étude complète V. G. Podeur, *op. cit.* (15) Com. 21 oct. 2020, n° 17-31.663, RTD civ. 2021. 121, obs. H. Barbier ; BJE 1-2/2021. 10, note C. Fort et T. Fornacciari. (16) R. Dammann et A. Alle, *op. cit.*