

L'HOMOLOGATION DE L'ACCORD DE CONCILIATION PAR LE TRIBUNAL

L'HOMOLOGATION DE L'ACCORD DE CONCILIATION PAR LE TRIBUNAL

ASSOCIATION DES PROFESSIONNELS DU CONTENTIEUX ÉCONOMIQUE ET FINANCIER

2019, Commission présidée par Madame Claire Favre,
Présidente honoraire de la chambre commerciale, financière et économique
de la Cour de cassation.

Direction scientifique assurée par Madame Corinne Saint Alary-Houin,
Professeur émérite à l'Université Toulouse Capitole.

Collection dirigée par Mikhaël Ouaniche, Expert près la Cour d'appel de Paris.

À propos de l'APCEF

L'association des Professionnels du Contentieux Economique et Financier est un think-tank juridique rassemblant les professions concernées par les contentieux économiques et financiers: magistrats, arbitres, responsables juridiques d'entreprises, avocats, experts, administrateurs et mandataires judiciaires et Universitaires. L'APCEF compte parmi ses objectifs:

- **l'organisation d'échanges pluridisciplinaires structurés**, sous forme de commissions, conférences ou séminaires, de forums sur des thèmes répondant à l'objet de l'association ;
- **la promotion de la réflexion sur les bonnes pratiques** professionnelles liées aux contentieux économiques et au droit des affaires, en favorisant les échanges entre les métiers impliqués dans ces problématiques ;
- **le maintien par ses membres de standards éthiques élevés** dans leurs relations professionnelles.

COMPOSITION DE LA COMMISSION

PRÉSIDENT

Claire FAVRE, Présidente honoraire de la Chambre commerciale de la Cour de cassation, Présidente de l'APCEF.

DIRECTRICE SCIENTIFIQUE

Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, Professeur émérite, Université Toulouse 1 Capitole.

RAPPORTEUR GÉNÉRAL

Natalia GAUCHER-MBODJI, doctorante et chargée de cours, Aix-Marseille Université.

MEMBRES

Alain ABERGEL, Expert-près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.

Stephen ALMASEANU, Vice-procureur, Adjoint au chef de la section financière, tribunal de commerce de Paris.

Sonia ARROUAS, Présidente du tribunal de commerce d'Évry.

Joel BOYER, Président de la deuxième chambre de la cour d'appel de Nîmes.

Charles-Henri CARBONI, Administrateur judiciaire.

Emanuel COHEN, Président de chambre procédure collective tribunal de commerce de Créteil.

Marie DANGUY, Mandataire judiciaire.

Christophe DELATTRE, Vice procureur près le tribunal de grande instance de Lille, Section du droit des affaires et de l'entreprise.

Jean-Pierre FARGES, Avocat à la cour, Cabinet Gibson Dunn & Crutcher LLP.

Lou FLECHARD, Administrateur judiciaire stagiaire.

Maurice Antoine LAFORTUNE, Avocat général honoraire à la Cour de cassation.

Denis LAMBREY DE SOUZA, Président honoraire du tribunal de commerce de Versailles.

Corinne MASCALA, Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole.

Marie-Hélène MONTRAVERS, Mandataire judiciaire.

Mikaël OUANICHE, Expert près la cour d'appel de Paris, Secrétaire général de l'APCEF, Président du cabinet ORGANISATION, CONSEIL, AUDIT (OCA).

Charles PEUGNET, Avocat à la cour, Cabinet Gibson Dunn & Crutcher LLP.

Marc ROUCHAYROLE, Avocat général, Cour d'appel de Paris.

Daniel TRICOT, Président honoraire de la Chambre Commerciale, économique et financière de la Cour de Cassation, Arbitre et médiateur en affaires.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	9
---------------------------	----------

I. SYNTHÈSE DES PROPOSITIONS DE LA COMMISSION	13
--	-----------

II. PROPOSITIONS D'ÉVOLUTION LÉGISLATIVE RELATIVES AUX DEMANDES D'HOMOLOGATION DE LA PART D'ENTREPRISES RELEVANT DE LA COMPÉTENCE DES TRIBUNAUX DE COMMERCE SPÉCIALISÉS	17
--	-----------

A. Désigner un expert indépendant chargé d'apprécier, sous sa responsabilité, la fiabilité des prévisions financières présentées à l'appui de l'accord de conciliation et le caractère équitable des conditions financières prévues	19
--	----

B. Motiver le jugement d'homologation au regard des trois conditions légalles de l'article L. 611-8, II du Code de commerce	21
--	----

C. Désigner un commissaire à l'exécution de l'accord de conciliation	22
---	----

III. PROPOSITIONS CONCERNANT LA FIDUCIE-SURETÉ	25
---	-----------

Introduction: Le développement de la fiducie-sureté dans les accords de conciliation en l'absence de régime spécifique	27
---	----

A. Définir un régime du recours à la fiducie-sureté s'inscrit dans les objectifs de l'Union Européenne en matière d'insolvabilité	28
--	----

B. Encadrer le recours à la fiducie-sureté dans les procédures de conciliation	29
---	----

INTRODUCTION

Le développement des procédures de conciliation a largement contribué à améliorer le traitement des entreprises en difficultés en France.

Ces procédures ont pour but, selon la loi *«de favoriser la conclusion entre le débiteur et ses principaux créanciers ainsi que, le cas échéant, ses cocontractants habituels, d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise»*.

La procédure de conciliation est l'une des deux procédures dites préventives amiables insérées aux articles L. 611-1 et suivants du Code de commerce, par laquelle une entreprise rencontrant des difficultés juridiques, économiques ou financières, avérées ou possibles, peut chercher un accord avec ses créanciers.

Cette procédure peut être ouverte par le président du tribunal sur demande du débiteur tant que ce dernier n'est pas en état de cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours¹.

Si les parties parviennent à un accord, le débiteur a la faculté de demander au tribunal l'homologation de cet accord, ce qui aura pour effet d'en sécuriser l'exécution. L'homologation est accordée si trois conditions légales sont réunies :

«[...] à la demande du débiteur, le tribunal homologue l'accord obtenu si les conditions suivantes sont réunies² :

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.»

Il faut souligner la simplicité de cette procédure de conciliation, simplicité voulue par le législateur, car elle garantit l'utilisation du processus par toutes les entreprises quelle que soit leur taille faisant face à des difficultés.

1. Code de commerce, article L. 611-4.

2. Code de commerce, article L. 611-8, II.

Le Code de commerce prévoit que ces accords doivent permettre d'assurer :

- la « *pérennité de l'activité de l'entreprise* »,
- le traitement équitable de l'ensemble des parties prenantes, en veillant en particulier à « *ne pas porter atteinte aux intérêts des créanciers non signataires* ».

Dans les faits, la vérification du respect de ces conditions par le tribunal, préalable à l'homologation, n'est pas chose aisée.

On déplore en effet chaque année, des liquidations judiciaires retentissantes relatives à des sociétés ayant pourtant bénéficié préalablement d'un, voire de plusieurs accords de conciliation homologués. Si la réussite d'un accord de conciliation dépend naturellement de facteurs conjoncturels non prévisibles, on observe toutefois la conclusion d'accords de conciliation inéquitables et/ou fondés sur des prévisions financières irréalistes.

De tels accords, en rendant possibles la poursuite de l'activité déficitaire et l'aggravation du passif, retardent le déclenchement de la procédure de redressement judiciaire, réduisent significativement les chances de parvenir à un plan de continuation et le cas échéant réduisent les possibilités de recouvrement des créanciers en phase de liquidation judiciaire.

Ce que relèvent à juste titre les travaux du Conseil de l'Europe relatifs au projet de directive « *insolvabilité* », en cours d'adoption³ : « *lorsqu'un débiteur en difficulté financière n'est pas économiquement viable ou lorsque sa viabilité économique ne peut être aisément rétablie, les efforts de restructuration sont susceptibles d'entraîner une accélération et une accumulation des pertes préjudiciable pour les créanciers, les employés et d'autres parties prenantes ainsi que pour l'économie dans son ensemble*⁴ » .

Paradoxalement, la transposition en droit français de la directive européenne relative aux « *cadres de restructuration préventifs* » *n'aura très vraisemblablement pas d'incidence sur les procédures de prévention amiable françaises : l'article 64 du projet de loi PACTE n'habilite en effet pas le Gouvernement à intervenir dans*

3. Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative aux cadres de restructuration préventifs, à la seconde chance et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et d'apurement et modifiant la directive 2012/30/UE, 22 nov. 2016. – Cette directive est en cours d'adoption formelle ; la dernière version du texte date du 17 décembre 2018 : *Proposal for a directive of the European parliament and of the council on preventive restructuring frameworks, second chance and measures to increase the efficiency of restructuring, insolvency and discharge procedures, Com (2016) 723 final - 2016/0359*, 17 déc. 2018.

4. Dossier interinstitutionnel, 1er oct. 2018, Orientation générale, p. 8 : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_12536_2018_INIT&from=EN

le cadre des procédures préventives de conciliation⁵ (l'alinéa 7° du I limite explicitement le champ d'application de la transposition aux «procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire»).

Pourtant, les objectifs poursuivis par le projet de directive européenne⁶ sont de même nature que ceux qui président à la mise en œuvre des procédures de conciliation.

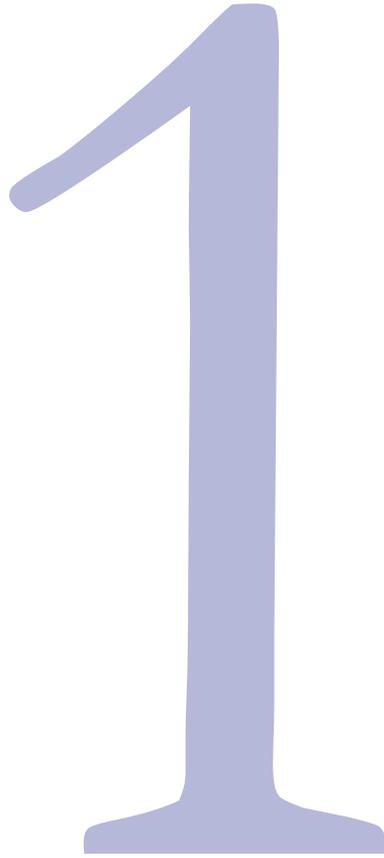
Les propositions formulées par la Commission dans le cadre du présent rapport s'inscrivent donc dans la lignée des orientations de cette directive «*insolvabilité*», en cours de traduction et d'adoption formelle, dont la dernière version date du 17 décembre 2018⁷.

La Commission considère en effet qu'un certain nombre d'orientations inspirées du projet de directive pourrait utilement s'appliquer aux procédures de conciliation afin d'accroître leur efficacité et d'éviter que certaines dérives ne nuisent à leur attractivité.

5. Projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises, texte n° 179 adopté en 1ère lecture par l'Assemblée nationale le 9 octobre 2018.

6. Proposition de Directive modifiant la directive 2012/30/UE, Exposé des motifs (augmenter le nombre d'entreprises sauvées et leur viabilité à long terme, et plus généralement, d'assurer la sécurité juridique pour les investisseurs et d'encourager une action en temps utile pour l'entreprise rencontrant des difficultés).

7. *Proposal for a directive preventive restructuring frameworks*, 17 déc. 2018, précitée.



SYNTHÈSE DES PROPOSITIONS DE LA COMMISSION



La Commission relève que le tribunal ne dispose pas toujours des informations suffisantes sur l'accord soumis à l'homologation.

En effet,

- 1) tous les créanciers ne sont pas parties à la procédure de conciliation ;
- 2) les accords de conciliation se fondent souvent sur des prévisions financières établies par des experts privés imposés par les créanciers « initiés ».

Le tribunal, lié par trois conditions légales d'homologation, doit donc être en mesure d'identifier :

- d'une part les accords fondés sur des prévisions irréalistes, méconnaissant la condition selon laquelle l'accord, pour être homologué, doit être de nature à assurer la pérennité de l'activité de l'entreprise⁸ ;
- d'autre part les accords de conciliation inéquitable portant atteinte à l'intérêt de créanciers tiers, méconnaissant la condition selon laquelle l'accord, pour être homologué, ne doit pas porter atteinte aux intérêts des créanciers non signataires⁹.

Dans les affaires relevant des tribunaux de commerce spécialisés, pour lesquelles ces questions se posent avec une acuité particulière pour le tissu économique et l'emploi, l'identification par la juridiction de ces situations soulève des difficultés auxquelles la Commission entend répondre par des propositions tendant à une meilleure information du tribunal saisi.

Concrètement, lorsque la demande d'homologation concerne les entreprises employant au moins 250 salariés et réalisant un chiffre d'affaires minimum de 20 millions d'euros, la Commission propose d'inscrire dans les textes l'obligation, préalablement à l'homologation, pour le tribunal saisi d'une telle demande :

- de désigner un expert indépendant (II.A) chargé d'apprécier, sous sa responsabilité, la fiabilité des prévisions financières présentées à l'appui de l'accord de conciliation ;

⁸ Code de commerce, article L. 611-8, II, 2°.

⁹ Code de commerce, article L. 611-8, II, 3°.

- de motiver son jugement d'homologation au regard des trois conditions légales de l'article L. 611-8, II du Code de commerce (II.B) ;

- de désigner un commissaire à l'exécution de l'accord de conciliation (II.C).

Par ailleurs, la Commission s'est intéressée au recours de plus en plus répandu aux fiducies-sûretés pour garantir les créanciers parties à l'accord de conciliation (III).

Afin d'une part de sécuriser cette pratique et d'autre part d'éviter que celle-ci n'enfreigne le principe d'équité prévu par les textes, la Commission préconise d'encadrer le recours aux fiducies-sûretés, plébiscitées mais sans régime spécifique à la prévention des difficultés des entreprises ; la Commission invite, dans le même sens, à exclure la constitution de fiducies-sûretés pour garantir des dettes antérieures à l'accord de conciliation.

2

**PROPOSITIONS D'ÉVOLUTION LÉGISLATIVE RELATIVES
AUX DEMANDES D'HOMOLOGATION DE LA PART
D'ENTREPRISES RELEVANT DE LA COMPÉTENCE
DES TRIBUNAUX DE COMMERCE SPÉCIALISÉS**

A. DÉSIGNER UN EXPERT INDÉPENDANT CHARGÉ D'APPRÉCIER, SOUS SA RESPONSABILITÉ, LA FIABILITÉ DES PRÉVISIONS FINANCIÈRES PRÉSENTÉES À L'APPUI DE L'ACCORD DE CONCILIATION ET LE CARACTÈRE ÉQUITABLE DES CONDITIONS FINANCIÈRES PRÉVUES.

- S'agissant du critère de pérennité

L'article 10.3 du projet de directive européenne prévoit que « *les États membres veillent à ce que les autorités judiciaires ou administratives puissent refuser de valider un plan de restructuration lorsque ce dernier n'offre pas une perspective raisonnable d'éviter l'insolvabilité du débiteur et de garantir la viabilité de l'entreprise* »¹⁰.

Les travaux du Conseil de l'Union européenne relatifs à ce projet de directive envisagent la nécessité de faire procéder à des tests de viabilité, afin d'exclure du dispositif les sociétés non viables, vouées à la liquidation :

« *Les États membres pourraient introduire un test de viabilité qui constituerait une condition d'accès à la procédure de restructuration prévue par la présente directive.* »¹¹ »

Identifier un accord qui soit « *de nature à assurer la pérennité de l'activité de l'entreprise* » s'avère très complexe dans les affaires d'un certain montant financier.

De plus, le Code de commerce ne fournit pas de critère d'évaluation de la pérennité de l'accord, pourtant condition de son homologation.

- S'agissant du critère du « *caractère équitable* »

L'article 13 du projet de directive européenne prévoit que « *lorsqu'un plan de restructuration est contesté au motif qu'il est prétendument non conforme au critère du respect des intérêts des créanciers [...], les États membres veillent à ce que des experts dûment qualifiés soient désignés pour assister l'autorité judiciaire ou administrative, lorsque cela est nécessaire et approprié, aux fins*

10. Cette formulation est conservée dans la dernière version du projet, adoptée le 17 décembre 2018 (Art. 10.3 : « *Member States shall ensure that judicial or administrative authorities are able to refuse to confirm a restructuring plan where that plan would not have a reasonable prospect of preventing the insolvency of the debtor or ensuring the viability of the business* »).

11. Dossier interinstitutionnel, 1er oct. 2018, Orientation générale, cons. 17 bis : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_12536_2018_INIT&from=EN

de la détermination de la valeur de liquidation, notamment lorsqu'un créancier conteste la valeur des sûretés.¹² »

La Commission relève que dans les dossiers significatifs relevant de la compétence d'un tribunal de commerce spécialisé (TCS), la désignation d'un expert indépendant fiabilise l'information dont dispose le tribunal.

Pour les entreprises employant au moins 250 salariés et réalisant un chiffre d'affaires minimum de 20 millions d'euros, la Commission propose de rendre obligatoire, préalablement à l'homologation, la désignation par le tribunal d'un expert indépendant afin de donner un avis sur la fiabilité des prévisions financières sur lesquelles repose l'accord de conciliation.

La désignation obligatoire d'un expert est déjà prévue par les textes dans d'autres types de situations mettant en cause des intérêts contradictoires et/ou susceptibles de léser des tiers : commissariat aux apports¹³, à la fusion¹⁴, attestation d'équité¹⁵ de mission de tiers évaluateur¹⁶, etc.

Eu égard à la taille des entreprises concernées et aux enjeux économiques afférents, le coût de la mesure d'expertise devrait pouvoir être supporté par le débiteur, étant précisé que le tribunal exercera naturellement son pouvoir de contrôle sur le montant des honoraires de l'expert puisqu'il dispose de la faculté :

- de demander à l'expert désigné de communiquer un état prévisionnel de ses frais et honoraires ;
- d'ajuster le montant des honoraires mis à la charge du débiteur en fonction de l'importance et de la qualité du travail effectué, lors du prononcé de l'ordonnance de taxation.

12. Cette mesure est reprise, légèrement modifiée, dans le projet adopté le 17 décembre 2018 (articles 13.1 et 13.3 : « *The judicial or administrative authority shall take a decision on the valuation of the debtor's business only where a restructuring plan is challenged by a dissenting affected party on the grounds of an alleged breach of either : (a) the best-interest-of-creditors test under point (g) of Article 2(1) ; or (b) the conditions for a cross-class cram-down under point (ii) of Article 11(1)(b)3. Member States shall ensure that, for the purpose of taking a decision on a valuation in accordance with paragraph 1, judicial or administrative authorities may appoint or hear properly qualified experts* »).

13. Code de commerce, articles L. 223-9, L. 225-8, L. 225-147 et articles R. 123-107, R. 223-6, R. 225-7 à R. 225-9, R. 225-136.

14. Code de commerce, articles L. 236-1, L. 236-10, L. 236-23, L. 227-1, L. 225-224. – Décret n° 67-236, 23 mars 1967, articles 257 et 258.

15. Règlement général de l'AMF, article 261-1.

16. Code civil, articles 1843-4 et 1592.

Par ailleurs, pour les dossiers ne relevant pas d'un TCS, le Commission invite à sensibiliser les tribunaux et les conciliateurs sur la nécessité de disposer de rapports de prévisions financières datés et signés par leurs auteurs, et formulant une opinion professionnelle assumée sur la fiabilité des prévisions communiquées par le débiteur.

B. MOTIVER LE JUGEMENT D'HOMOLOGATION AU REGARD DES TROIS CONDITIONS LÉGALES DE L'ARTICLE L. 611-8, II DU CODE DE COMMERCE

Parallèlement à ces mesures permettant une meilleure information du tribunal, la Commission relève l'intérêt d'imposer une motivation du jugement statuant sur la demande d'homologation.

À ce jour, les textes ne prévoient pas d'obligation de ce type.

La Commission propose de compléter le décret d'application¹⁷ en imposant la motivation du jugement d'homologation de l'accord de conciliation, au regard du respect des critères prévus par l'article L. 611-8, al. 2 du Code de commerce.

À ce titre, la Commission relève que les magistrats et le ministère public ne disposent pas toujours du niveau d'information requis pour motiver utilement leur position au regard des critères légaux.

Elle constate que faisant face à cette difficulté, certains tribunaux ont institué une pratique rapide et efficace tendant à l'information des magistrats et du ministère public : la tenue d'une réunion, préalablement à l'audience d'homologation.

Devant un ou plusieurs magistrats distincts du Président du tribunal, en présence du Ministère Public, les parties à l'accord et le conciliateur expliquent l'accord et justifient en quoi cet accord respecte les critères de l'homologation posés à l'article L. 611-8, II du Code de commerce.

17. Code de commerce, article R. 611-40, al. 2, qui dispose à ce jour que « le jugement ne reprend pas les termes de l'accord. Il mentionne les garanties et privilèges constitués pour en assurer l'exécution. Il précise les montants garantis par le privilège institué par l'article L. 611-11 ».

Cette réunion peut avoir lieu dans les 8 jours ouvrés qui précèdent l'audience d'homologation et donner lieu à la rédaction d'un rapport (pendant de l'article R.662-12) permettant de pleinement éclairer la formation devant statuer sur l'homologation.

La Commission s'est interrogée sur l'opportunité de rendre cette procédure obligatoire pour les entreprises relevant du TCS.

Néanmoins, il est apparu à la Commission que l'obligation de motivation des décisions doit suffire à sensibiliser les juridictions et que la mise en œuvre d'une réunion préalable à l'audience doit rester une faculté optionnelle.

C. DÉSIGNER UN COMMISSAIRE À L'EXÉCUTION DE L'ACCORD DE CONCILIATION

Depuis 2014¹⁸, le tribunal peut, au moment de l'homologation, désigner un mandataire à l'exécution de l'accord dont la mission est d'en suivre l'exécution¹⁹.

En l'état du texte,

- le mandataire n'est autre que le conciliateur ayant suivi la conclusion de l'accord ;
- sa désignation n'est pas imposée à l'entreprise, il ne s'agit que d'une possibilité.

Or, des difficultés surviennent régulièrement lors de l'exécution de l'accord.

La Commission relève que la sécurité de l'entreprise et de ses créanciers implique de veiller à son exécution.

Partant, il est problématique que la désignation de ce mandataire soit une simple faculté, s'agissant d'affaires à fort enjeu pour le tissu économique et l'emploi.

18. Ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014, entrée en vigueur le 1er juillet 2014.

19. Code de commerce, articles L. 611-8 III et R. 611-40-1.

Pour les entreprises employant au moins 250 salariés et réalisant un chiffre d'affaires minimum de 20 millions d'euros, la Commission propose donc de rendre obligatoire la désignation d'un mandataire à l'exécution de l'accord.



**PROPOSITIONS CONCERNANT
LA FIDUCIE-SÛRETÉ**

INTRODUCTION : LE DÉVELOPPEMENT DE LA FIDUCIE-SÛRETÉ DANS LES ACCORDS DE CONCILIATION EN L'ABSENCE DE RÉGIME SPÉCIFIQUE

La Commission constate le développement du recours à la fiducie lors des procédures de conciliation avec une entreprise en difficulté.

Si la fiducie est désormais acquise en droit français²⁰, son utilisation se développe, notamment dans le cadre de procédures préventives.

Au sens du droit français, la fiducie est « *l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires* »²¹.

Elle se caractérise par le transfert de la propriété de biens dans un patrimoine d'affectation pendant un délai fixé au terme duquel le bénéficiaire acquiert la propriété de ces biens.

Dans le cas particulier de la fiducie-sûreté, le bénéficiaire (l'entreprise débitrice) se confond avec le constituant : il transfère ses biens au fiduciaire comme sûreté en garantie d'une créance ; le débiteur ayant remboursé sa créance récupère la propriété de ses biens mais dans le cas contraire, la propriété demeure acquise à son créancier²².

Relevant le paradoxe entre d'une part, le développement de la fiducie-sûreté dans les procédures préventives de conciliation, et d'autre part, le silence des textes sur ce point (A), la Commission invite le législateur à sécuriser et encadrer le recours à la fiducie-sûreté (B).

20. L. n° 2007-211, 19 févr. 2007 instituant la fiducie, JORF n° 44, 21 févr. 2007, p. 3052, texte n° 3.

21. Code civil, article 2011.

22. Bénédicte FRANÇOIS, *Répertoire des sociétés*, V° Fiducie-sûreté, Dalloz, 2011 [actualisation sept. 2016], n° 61 et s.

A. DÉFINIR UN RÉGIME DU RECOURS À LA FIDUCIE-SÛRETÉ S'INSCRIT DANS LES OBJECTIFS DE L'UNION EUROPÉENNE EN MATIÈRE D'INSOLVABILITÉ

Lorsqu'un créancier participant à la conciliation concède un nouvel apport en trésorerie à l'entreprise, il favorise l'activité et la pérennité de cette dernière ; ce soutien à la poursuite de l'activité peut aussi consister en l'octroi d'un bien ou en un service²³.

C'est selon ce raisonnement que le législateur de 2008²⁴ a reconnu à ces créanciers un privilège spécial dit «*de conciliation*» ou de «*new money*», dont le régime protecteur a été renforcé par l'ordonnance de 2014²⁵.

Or, aucun régime spécifique ne sécurise aujourd'hui le recours à la fiducie-sûreté dans le cadre d'une procédure préventive de conciliation, alors que ce mécanisme est plébiscité par les créanciers.

Sécuriser et encadrer le recours à la fiducie-sûreté s'inscrit pourtant dans les objectifs de la future directive «*insolvabilité*», qui encourage la sécurisation des nouveaux financements accordés à l'entreprise.

Au sens de l'article 16 de la proposition, «*les États membres veillent à ce que les financements nouveaux ou provisoires soient encouragés et protégés de manière adéquate. En particulier, ces financements ne sont pas déclarés nuls, annulables ou inapplicables en tant qu'actes préjudiciables à la masse des créanciers dans le cadre de procédures d'insolvabilité ultérieures, sauf si ces transactions ont été réalisées de manière frauduleuse ou de mauvaise foi*»²⁶.

23. C. com., art. L. 611-1, al. 1.

24. Ord. n° 2008-1345, 18 déc. 2008.

25. Ord. n° 2014-326, 12 mars 2014, en vigueur au 1er juill. 2014.

26. Ce texte est repris à l'article 16 de la dernière version adoptée le 17 décembre 2018, en cours de traduction et d'adoption formelle par les institutions.

B. ENCADRER LE RECOURS À LA FIDUCIE-SÛRETÉ DANS LES PROCÉDURES DE CONCILIATION

Très intéressant pour le créancier concédant un nouvel apport à l'entreprise lors de la conciliation, le recours à la fiducie-sûreté ne doit toutefois pas porter une atteinte disproportionnée aux intérêts des autres créanciers, en particulier lorsqu'ils ne sont pas parties à l'accord.

Comme le privilège de *new money*, la fiducie-sûreté ne doit être que la contrepartie sécurisante d'un nouvel apport bénéficiant à l'activité de l'entreprise et à la pérennité de cette dernière.

Dès lors, la Commission relève que deux nécessités potentiellement antagonistes doivent être conciliées :

- D'une part, la nécessité de respecter la troisième condition pour l'homologation d'un accord de conciliation selon laquelle « 3° *L'accord ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers non signataires* »²⁷ : le recours à la fiducie peut en effet être préjudiciable aux intérêts des créanciers tiers à l'accord, mécaniquement affectés par la sortie d'actifs du patrimoine de l'entreprise.
- D'autre part, la nécessité de proposer aux apporteurs de fonds les garanties les plus sécurisantes possibles, afin qu'ils continuent de proposer leur soutien matériel au développement et à la pérennité de l'activité de l'entreprise.

La Commission relève que cette double nécessité est déjà prise en compte dans le cadre du régime du privilège de *new money*, lequel exige que le nouvel apport en trésorerie, ou le nouveau bien ou service octroyé, soit concédé au débiteur en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise et sa pérennité²⁸.

27. Code de commerce, article L. 611-8, II.

28. C. com., art. L. 611-11, al. 1.

Afin d'assurer le même équilibre entre les intérêts des créanciers tiers à la conciliation, et l'encouragement des créanciers parties à concéder un nouvel apport à l'entreprise, la Commission propose donc au législateur :

- 1) de ne permettre l'homologation d'accords de conciliation prévoyant une fiducie-sûreté qu'à la condition que le nouvel apport en trésorerie, ou le nouveau bien ou service octroyé, soit concédé au créancier en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise et sa pérennité;
 - 2) d'interdire le recours à la fiducie-sûreté pour garantir des dettes antérieures à l'accord de conciliation.
-

