

Cas pratique

Cours : Droit des entreprises en difficulté

Énoncé :

La banque LUSURE est en relation commerciale avec la société Truc spécialisée dans la commercialisation de photocopieurs. Face aux difficultés financières naissantes de la société Truc, la banque LUSURE vient vous consulter.

Parties en présence :

La banque LUSURE, la société Truc, Monsieur X dirigeant de la société Truc.

Faits :

La banque LUSURE est créancière de la Société Truc. Monsieur X, son dirigeant, s'est porté caution des dettes de la société Truc envers la banque LUSURE. La société Truc commence à connaître de sérieuses difficultés qui, selon son commissaire aux comptes, ont provoqué sa cessation des paiements depuis plus de dix jours.

Question 1 : La Banque LUSURE envisage d'assigner la société Truc devant le tribunal de commerce aux fins d'ouverture d'une procédure de sauvegarde. Lui conseillez-vous une action en ce sens ?

Réponse 1 : Oui.

Réponse fausse

Commentaire : Deux obstacles s'opposent à toute assignation de la banque LUSURE aux fins d'ouverture d'une procédure de sauvegarde à l'encontre de la société Truc. D'une part, l'ouverture d'une procédure de sauvegarde est réservée au seul débiteur en difficulté ([art. L. 620-1, C. com.](#)). D'autre part, la procédure de sauvegarde est exclusive d'un état de cessation des paiements puisque selon l'article L. 620-1 du C. com. le débiteur doit justifier de difficultés « qu'il n'est pas en mesure de surmonter ». La réponse est donc fausse.

Réponse 2 : Non car une assignation aux fins d'ouverture d'une procédure de conciliation serait plus pertinente.

Réponse fausse

Commentaire : A la différence de la procédure de sauvegarde, la procédure de conciliation peut être ouverte au bénéfice d'un débiteur en état de cessation des paiements depuis moins de 45 jours ([art. L. 611-4, C. com.](#)). Néanmoins, comme la procédure de sauvegarde, la procédure de conciliation n'est ouverte qu'à la seule demande du débiteur qui saisit d'une requête en ce sens le Président du tribunal de commerce ou du tribunal judiciaire selon les cas. La réponse est donc fausse.

Réponse 3 : Non car c'est impossible.

Réponse juste

Commentaire : La banque LUSURE ne peut pas assigner la société TRUC aux fins d'ouverture d'une procédure de sauvegarde car cette procédure ne peut s'ouvrir que sur la demande du débiteur qui doit justifier de difficultés qu'il ne peut surmonter seul. Si l'état de cessation des paiements est d'ores et déjà constaté, une procédure de sauvegarde est par ailleurs impossible ([art. L. 620-1, C. com.](#)). Deux hypothèses sont alors envisageables. Si l'état de cessation des paiements est inférieur à 45 jours, le débiteur peut demander l'ouverture d'une procédure de conciliation ([art. L. 611-4, C. com.](#)). Dans le cas contraire, l'[article L. 631-4 du Code de commerce](#) lui fait obligation de déclarer la cessation des paiements dans les 45 jours de sa survenance aux fins d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire. En cas d'inaction du débiteur, la banque LUSURE pourrait alors assigner la société Truc afin que soit ouverte une procédure de redressement judiciaire à son encontre ([art. L. 631-5 al. 2, C. com.](#)), voire de liquidation judiciaire si le redressement est impossible. La réponse est donc vraie.

Faits supplémentaires : Un conciliateur a été nommé et il est parvenu à trouver un accord avec les principaux créanciers de la société Truc, dont la banque LUSURE.

Question 2 : La Banque LUSURE envisage de demander l'homologation de l'accord au tribunal de commerce, pensez-vous que ce soit une bonne décision ?

Réponse 1 : Oui.

Réponse fausse

Commentaire : L'homologation de l'accord de conciliation est susceptible de procurer un certain nombre d'avantages aux créanciers. Le Code de commerce est toutefois très ferme. L'[article L. 611-8, II du Code de commerce](#) dispose qu'à « la demande du débiteur, le tribunal homologue l'accord obtenu ». La banque LUSURE ne peut donc, en aucun cas, demander elle-même l'homologation de l'accord de conciliation au tribunal. Elle peut simplement subordonner certains de ses efforts financiers à l'égard de la société Truc à la condition que cette dernière s'engage à demander l'homologation. La réponse est donc fausse.

Réponse 2 : Non.

Réponse juste

Commentaire : La demande d'homologation de l'accord de conciliation appartient au seul débiteur ([article L. 611-8, II du Code de commerce](#)). La banque LUSURE ne peut donc entamer aucune initiative en ce sens. Elle ne peut que subordonner sa participation à l'accord à une demande d'homologation par la société Truc. La réponse est donc vraie.

Question 3 : La Banque LUSURE a consenti des délais de paiement à la société Truc. Elle compte toutefois agir dans les délais normalement prévus à l'encontre de M. X, qui s'est porté caution des dettes de l'entreprise. Est-ce possible ?

Réponse 1 : Oui.

Réponse fausse

Commentaire : Par définition le cautionnement est un engagement accessoire à un contrat principal dont il suit le régime. Or, la procédure de conciliation a un caractère essentiellement conventionnel entre le débiteur et les créanciers acceptant d'y participer. Ces derniers ne sont jamais obligés de consentir des remises de dettes ou des délais de paiement au débiteur. Le tribunal peut simplement leur imposer des délais de paiement sur le fondement du droit commun de l'[article 1343-5 du Code civil](#) et encore avant la conclusion de l'accord pour favoriser sa conclusion. Il ne peut plus les imposer dans l'accord lui-même. Si les créanciers décident d'octroyer volontairement des délais de paiement ou des remises de dettes au débiteur, ces mesures ont vocation à profiter à la caution. Son engagement suit en effet le régime de celui du débiteur principal. C'était déjà vrai avant l'adoption de l'ordonnance du 18 décembre 2008 sur le fondement du droit commun car les délais ou remises de dettes ont une nature conventionnelle ([Cass. com., 5 mai 2004, n° 01-03.873, Bull. civ. IV, n° 84](#)). Selon cet arrêt, « les remises ou délais accordés par un créancier dans le cadre de la procédure de règlement amiable [...] bénéficient à la caution ». C'est encore plus vrai depuis : l'[article L. 611-10-2](#) prévoit que les coobligés et les personnes ayant consenti un cautionnement ou une garantie autonome ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir des dispositions de l'accord constaté ou homologué. La banque LASURE ne peut donc agir à l'encontre de Monsieur X après avoir consenti des délais de paiement à la société Truc. La réponse est donc fausse.

Réponse 2 : Non, mais seulement dans l'hypothèse où l'accord a été homologué par le tribunal de commerce.

Réponse fausse

Commentaire : La réponse est également partiellement fausse. La loi du 26 juillet 2005 n'avait permis aux garants de se prévaloir des délais et remises prévus dans l'accord que s'il était homologué. Désormais depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, cette opposabilité a été étendue à l'accord constaté.

Réponse 3 : Non, que l'accord ait été homologué par le tribunal de commerce ou simplement constaté.

Réponse juste

Commentaire : L'[article L. 611-10-2 du Code de commerce](#) prévoit que les coobligés et les personnes ayant consenti une sûreté personnelle (cautionnement, garantie autonome, lettre d'intention) peuvent

se prévaloir des dispositions de l'accord constaté ou homologué. Cette disposition est particulièrement utile pour les codébiteurs solidaires ou des garants autonomes. A la différence de la caution, ils n'ont en effet, en principe, pas vocation à bénéficier des efforts librement consentis par le créancier en faveur de son débiteur, leurs engagements étant indépendants de celui du débiteur. L'article L. 611-10-2 du Code de commerce énonce donc à leur égard une règle d'exception d'autant plus importante qu'elle s'applique aussi aux accords constatés (Pour ce qui est du cautionnement, la nature conventionnelle des remises de dettes ou des délais de paiements consentis par les créanciers suffit à ce que ces mesures se répercutent sur l'engagement de la caution, qui suit le régime de l'obligation principale. Peu importe alors que l'accord de conciliation ait fait l'objet d'une homologation ou n'ait été que simplement constaté. C'est la nature conventionnelle de l'effort consenti par le créancier qui dicte la solution). Il faut observer que l'ordonnance du 18 décembre 2008 fait bénéficier de cette disposition les personnes qui ont affecté ou cédé un bien en garantie : fiducie ou cautionnement réel afin d'encourager les dirigeants qui ont procédé à de telles affectations à tenter une procédure de conciliation...

Faits supplémentaires : Un plan de conciliation a été adopté et a fait l'objet de l'homologation du tribunal. Hélas, après quelques mois de mise en œuvre, la société Truc n'a plus été en mesure de respecter les termes de l'accord conclu avec ses créanciers. Il s'est avéré que la société Truc était en état de cessation des paiements et que son redressement était manifestement impossible, ce qui a conduit à l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire.

Question 4 : La banque LUSURE doit-elle craindre que certains accords passés avec la société Truc pour les besoins de la procédure de conciliation soient remis en cause par le jeu de nullités de la période suspecte ?

Réponse 1 : Oui.

Réponse fausse

Commentaire : Une telle crainte pouvait se justifier sous l'empire de l'ancienne procédure de règlement amiable. L'appréciation de la date de cessation des paiements par le tribunal saisi de la procédure collective étaient en effet souveraine (Cass. com., 14 mai 2002, n° 98-22.446, Bull. civ. IV, n° 87 énonçant que « ni l'ordonnance ouvrant le règlement amiable, ni l'ordonnance suspendant les poursuites, ni l'ordonnance homologuant l'accord n'ont autorité de la chose jugée quant à la date de la cessation des paiements »). Alors même qu'une procédure collective succédait à une procédure de règlement amiable, le juge était donc théoriquement libre de faire remonter la date de cessation des paiements à un moment concomitant ou même antérieur à l'accord amiable. Les créanciers qui avaient participé à l'accord amiable courraient donc le risque de voir les engagements qu'ils avaient pu prendre dans le cadre de la procédure amiable tomber sous le coup des nullités de la période suspecte. Désormais, l'accord homologué, à l'exclusion de l'accord simplement constaté, fait obstacle à la remise en cause des actes qui ont été passés en vue de sa conclusion au motif que le débiteur était en état de cessation des paiements au moment de la conciliation, sauf en cas de fraude. Les nullités de la période suspecte sont donc inapplicables aux actes préparatoires à l'accord, si par la suite l'entreprise fait l'objet d'une procédure collective (art. L. 631-8, C. com.). La réponse est donc fausse.

Réponse 2 : Non.

Réponse juste

Commentaire : Depuis la loi de sauvegarde des entreprises en difficulté du 26 juillet 2005, l'accord de conciliation homologué, mais non l'accord seulement constaté, s'oppose à toute remise en cause des actes qui ont été passés en vue de sa conclusion au motif que le débiteur était en état de cessation des paiements au moment de la conciliation, sauf en cas de fraude. Les nullités de la période suspecte sont donc inapplicables aux actes préparatoires à l'accord, si par la suite l'entreprise fait l'objet d'une procédure collective (art. L. 631-8, C. com.). Avant la loi de sauvegarde, le tribunal saisi d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires disposait d'un pouvoir souverain quant à la détermination de la date de cessation des paiements ([Cass. com., 14 mai 2002, n° 98-22.446, Bull. civ. IV, n° 87](#) énonçant que « ni l'ordonnance ouvrant le règlement amiable, ni l'ordonnance suspendant les poursuites, ni l'ordonnance homologuant l'accord n'ont autorisé de la chose jugée quant à la date de la cessation des paiements »). Le tribunal pouvait donc théoriquement, même si en pratique les risques étaient très limités, faire remonter la date de cessation des paiements jusqu'à une date englobant des actes pris pour les besoins de la procédure de règlement amiable. Les créanciers n'étaient donc guère incités à s'engager en faveur du débiteur puisqu'ils couraient le risque de voir les actes pris tomber sous le coup des nullités de la période suspecte. La loi du 26 juillet 2005 met fin à toutes difficultés de ce type. L'homologation de l'accord de conciliation offre une sécurité bienvenue aux créanciers. La réponse est donc vraie.

Question 5 : La banque LUSURE se dit sereine face à l'évolution de la situation de la société Truc. Ayant participé à l'accord de conciliation homologué elle pense pouvoir bénéficier du privilège dit de « new money ». Elle a en effet consenti des délais de paiement à la société Truc et lui a accordé un crédit pour financer l'achat d'une machine à café pour le personnel. Pensez-vous que :

Réponse 1 : Le fait d'avoir consenti des délais de paiement à la société Truc ne lui permettra pas de bénéficier de ce privilège. Mais elle en bénéficiera pour les crédits consentis.

Réponse fausse

Commentaire : Selon l'[article L. 611-11 du Code de commerce](#), « les personnes qui consentent dans l'accord homologué un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité, sont payées, pour le montant de cet apport, par privilège à toutes créances nées avant l'ouverture de la conciliation ». En bénéficiant également, « les personnes qui fournissent dans l'accord homologué, un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise et sa pérennité ». En l'espèce, le fait d'octroyer des délais de paiement ne constitue assurément pas un nouvel apport en trésorerie. Quant aux crédits consentis, ils l'ont été pour financer l'achat d'une machine à café pour le personnel. Il ne s'agit pas, à proprement parler, d'un apport en trésorerie en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise et sa pérennité. La banque LUSURE ne pourra donc bénéficier du privilège dans aucune des deux hypothèses. La réponse est donc fausse.

Réponse 2 : Elle peut bénéficier de ce privilège dans les deux cas.

Réponse fausse

Commentaire : L'[article L. 611-11 du Code de commerce](#) réserve l'octroi du privilège dit de « new money » à deux hypothèses. D'une part, dans le cas où un nouvel apport en trésorerie a été consenti

au débiteur en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité. D'autre part, dans le cas où une personne a fourni dans l'accord homologué un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise et sa pérennité. Les créanciers sont alors payés « par privilège à toutes créances nées avant l'ouverture de la conciliation ». Ici, le fait d'avoir consenti à la société TRUC des délais de paiement ne correspond pas à un « apport en trésorerie » et encore moins à la fourniture d'un bien ou d'un service. Quant au financement de la machine à café, celle-ci est destinée au personnel et n'a donc pas pour objet direct d'assurer la poursuite de l'activité et la pérennité de l'entreprise. La réponse est donc fausse.

Réponse 3 : Elle ne peut en aucun cas bénéficier du privilège.

Réponse juste

Commentaire :

Le fait pour la banque LUSURE d'avoir consenti à la société TRUC des délais de paiement et un crédit pour financer l'achat d'une machine à café destinée au personnel n'entre pas dans le champ d'application de l'[article L. 611-11 du Code de commerce](#). Ce texte est destiné à encourager les créanciers dans le cadre d'un plan de conciliation et ne récompense que les créanciers ayant consenti de véritables efforts en ce sens. Il ne faudrait en effet pas hypertrophier le passif privilégié au titre de ce texte au détriment des autres créanciers de l'entreprise. L'article L. 611-11 du Code de commerce réserve donc l'octroi du privilège aux « personnes qui consentent dans l'accord homologué un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité » et à celles « qui fournissent dans l'accord homologué, un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise et sa pérennité ». L'octroi de délais de paiement n'est pas constitutif d'un apport en trésorerie. Quant au financement de l'achat d'une machine à café destinée au personnel, il ne vise pas directement à assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise et sa pérennité. La réponse est donc vraie.