

Fabrice PATRIZIO

Avocat, Archers

et Clément
PHALIPPOU

Avocat, Archers

Cessation des paiements survenue en cours de conciliation : quelle bonne pratique pour le dirigeant ? ^{124W1}

Le dirigeant d'une entreprise dont l'état de cessation des paiements survient alors qu'elle bénéficie déjà d'une procédure de conciliation n'a pas à procéder au dépôt de la déclaration de cessation des paiements dans le délai de 45 jours et n'encourt aucune interdiction de gérer sur le fondement d'un dépôt tardif. Néanmoins, il doit rester particulièrement vigilant et actif pendant toute la conciliation et, en cas d'échec de cette dernière, solliciter sans délai l'ouverture d'une procédure collective.

Le dirigeant d'une entreprise en état de cessation des paiements doit déposer au greffe du tribunal compétent une demande d'ouverture de procédure collective dans les 45 jours qui suivent la cessation des paiements. Cette règle impérative, prévue par l'article L. 631-4 du Code de commerce, se comprend aisément. Plus vite le débiteur se place sous la* protection du tribunal, plus grandes sont les chances de parvenir à un plan de continuation ou un plan de cession à même de garantir la pérennité de l'entreprise et le maintien d'un maximum d'emplois.

Le dirigeant de l'entreprise défaillante doit veiller tout particulièrement au respect de cette règle, sous peine de voir sa responsabilité personnelle engagée. L'absence de dépôt dans les temps d'une demande d'ouverture de redressement judiciaire constitue une faute lourdement sanctionnée par le Code de commerce. L'article L. 653-8 du Code de commerce¹ prévoit en effet que le dirigeant fautif peut être frappé d'une interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler. Pour pallier la carence du dirigeant, le législateur a également offert la possibilité au ministère public et aux créanciers de saisir le tribunal d'une demande d'ouverture de redressement judiciaire (C. com., art. L. 631-5).

L'obligation pour le dirigeant de déclarer la cessation des paiements de son entreprise dans le délai de 45 jours connaît néanmoins une exception majeure. Plutôt que de demander l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, le débiteur en état de cessation des paiements peut solliciter de la part du président du tribunal l'ouverture d'une procédure de conciliation en application de l'article L. 611-4 du Code de commerce, à condition toutefois que son état de cessation des paiements date de moins de 45 jours.

1) C. com., art. L. 653-8, al. 3 : « L'interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler peut également être prononcée à l'encontre de toute personne mentionnée à l'article L. 653-1 qui a omis sciemment de demander l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire dans le délai de quarante-cinq jours à compter de la cessation des paiements, sans avoir, par ailleurs, demandé l'ouverture d'une procédure de conciliation ».

Le dirigeant pourra alors s'abstenir de déclarer l'état de cessation des paiements de son entreprise, et ce, pendant toute la durée de la conciliation, soit 5 mois au maximum, c'est-à-dire bien au-delà du délai de 45 jours. Durant ce laps de temps, le parquet et les créanciers se trouveront privés de la possibilité de saisir le tribunal d'une demande de redressement judiciaire. En outre, le dirigeant n'encourra aucune interdiction de gérer pour ne pas avoir demandé l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire. Pour le dirigeant, la conciliation fait ainsi figure de fait justificatif au sens du droit pénal².

Qu'en est-il lorsque l'entreprise bénéficie déjà d'une procédure de conciliation quand son état de cessation des paiements survient ? La désignation d'un conciliateur neutralise-t-elle l'obligation du dirigeant de procéder au dépôt au greffe du tribunal de la déclaration de cessation des paiements dans le délai de 45 jours ?

Ce cas de figure est loin d'être une hypothèse d'école. En pratique, il n'est pas rare qu'une entreprise en difficulté sollicite l'ouverture d'une procédure de conciliation sans être en état de cessation des paiements et que, postérieurement à la désignation du conciliateur, cette entreprise bascule en état de cessation des paiements en raison, par exemple, d'une décision de justice défavorable, de la dénonciation d'un moratoire par l'un ou l'autre de ses principaux créanciers, ou de la mise en œuvre d'une clause d'exigibilité anticipée figurant dans un contrat de prêt.

Dans pareil cas, le dirigeant devra d'abord veiller à alerter sans délai le conciliateur désigné. Ce dernier ne manquera alors pas de solliciter des moratoires auprès des créanciers de manière à suspendre l'exigibilité des dettes ayant fait basculer le débiteur en état de cessation des paiements. Mais rien n'oblige les créanciers à donner leur accord sur de tels moratoires. Ces derniers pourront même librement introduire des instances judiciaires, au fond ou en référé, aux fins

2) « Redressement et liquidation judiciaires. – Sanctions professionnelles. – Faillite personnelle et autres mesures d'interdiction », JCL Proc. coll., fasc. 2910, § 69.

de recouvrement de leur créance, le principe d'arrêt des poursuites individuelles prévu par l'article L. 622-21, I, du Code de commerce ne s'appliquant pas à la procédure de conciliation.

Le dirigeant de l'entreprise dispose, quant à lui, de la possibilité de saisir en la forme des référés le président du tribunal pour solliciter de sa part l'octroi de délais de grâce, en application des articles L. 611-7, alinéa 5, du Code de commerce³ et 1343-5 du Code civil⁴. Après avoir entendu les parties et recueilli les observations du conciliateur, le président pourra prononcer en faveur du débiteur le gel ou l'étalement du remboursement des sommes ayant fait l'objet d'une mise en demeure.

Mais, lorsque ces démarches ne permettent pas de sortir de l'état de cessation des paiements dans le délai de 45 jours, l'entreprise peut-elle continuer de bénéficier de la conciliation ou bien son dirigeant doit-il solliciter la clôture de la procédure de la conciliation et demander l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ? Le livre VI du Code de commerce ne répond pas directement à cette question.

La réponse est claire en matière de mandat ad hoc. La nomination d'un mandataire ad hoc par le président du tribunal ne dispense pas le dirigeant de déclarer la cessation des paiements dans le délai de 45 jours et ne le met pas à l'abri de poursuites pour ne pas y avoir procédé ou pour l'avoir fait tardivement⁵.

La solution est moins évidente en matière de conciliation. Si l'article L. 611-4 du Code de commerce autorise l'ouverture d'une procédure de conciliation au bénéfice d'une entreprise qui n'est pas en état de cessation des paiements, il ne précise pas, en revanche, si la procédure de conciliation peut se poursuivre dans l'hypothèse où cette entreprise bascule en état de cessation des paiements au cours de la conciliation.

Mais, même dans le silence des textes, plusieurs éléments permettent de dire que le dirigeant n'a pas l'obligation de procéder à la déclaration de cessation des paiements dans le délai de 45 jours lorsque l'état de cessation des paiements se manifeste en cours de conciliation et

qu'il ne sera pas frappé d'une quelconque interdiction de gérer sur le fondement du dépassement de ce délai.

Tout d'abord, il serait difficilement compréhensible qu'une entreprise se trouvant en état de cessation des paiements avant l'ouverture de la conciliation (mais depuis moins de 45 jours) puisse bénéficier de la conciliation pendant une durée pouvant aller jusqu'à 5 mois et que celle dont l'état de cessation des paiements surviendrait postérieurement à l'ouverture de la conciliation doive au contraire faire une demande d'ouverture de redressement judiciaire dans le délai de 45 jours. Il y aurait, en quelque sorte, une rupture d'égalité entre les débiteurs en difficulté.

En outre, lorsqu'une entreprise sollicite l'ouverture d'une procédure de conciliation, il est en pratique nettement préférable qu'elle joigne à sa requête une situation de trésorerie actuelle et prévisionnelle, en sus des pièces visées à l'article R. 611-22 du Code de commerce⁶. Pour ce faire, le dirigeant pourra d'ailleurs faire appel à un auditeur extérieur, ce qui constituera un gage de fiabilité des chiffres et des hypothèses retenus de nature à rassurer la juridiction saisie. Or, cette situation de trésorerie prévisionnelle peut parfaitement faire apparaître que l'entreprise se trouvera au cours de la procédure de conciliation en impasse de trésorerie et donc en état de cessation des paiements. Cela n'empêchera pourtant pas le président du tribunal non seulement d'ordonner la désignation d'un conciliateur mais aussi de fixer un terme à sa mission postérieur à la date de cessation des

6) C. com., art. R. 611-22 : « La requête aux fins d'ouverture d'une procédure de conciliation adressée ou remise au président du tribunal en application de l'article L. 611-6 est accompagnée, sous réserve des dispositions particulières applicables au débiteur, des pièces suivantes :

1° Un extrait d'immatriculation aux registres et répertoires mentionnés à l'article R. 621-8 ou, le cas échéant, le numéro unique d'identification ;

2° L'état des créances et des dettes accompagné d'un échéancier ainsi que la liste des principaux créanciers ;

3° L'état actif et passif des sûretés ainsi que celui des engagements hors bilan ;

4° Les comptes annuels, le tableau de financement ainsi que la situation de l'actif réalisable et disponible, valeurs d'exploitation exclues, et du passif exigible des trois derniers exercices, si ces documents ont été établis ;

5° Une attestation sur l'honneur certifiant l'absence de procédure de conciliation dans les trois mois précédant la date de la demande ;

6° Une déclaration indiquant, le cas échéant, la prise en charge par un tiers des frais de la procédure demandée.

Le cas échéant, la requête précise la date de cessation des paiements.

Lorsque le débiteur exerce une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, elle précise l'ordre professionnel ou l'autorité dont il relève. Lorsque le débiteur propose un conciliateur à la désignation du président du tribunal, il précise son identité et son adresse ».

3) C. com., art. L. 611-7, al. 5 : « Au cours de la procédure, le débiteur mis en demeure ou poursuivi par un créancier peut demander au juge qui a ouvert celle-ci de faire application de l'article 1343-5 du Code civil. Le juge statue après avoir recueilli les observations du conciliateur. Il peut subordonner la durée des mesures ainsi prises à la conclusion de l'accord prévu au présent article. Dans ce cas, le créancier intéressé est informé de la décision selon des modalités fixées par décret en Conseil d'État. ».

4) C. civ., art. 1343-5, al. 1^{er} : « Le juge peut, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, reporter ou échelonner, dans la limite de deux années, le paiement des sommes dues ».

5) Cass. com., 10 mai 2005, n° 04-11554 : BRDA 11/05, § 10.

paiements anticipée. Autrement dit, le débiteur peut solliciter l'ouverture d'une procédure de conciliation pour plusieurs mois alors même qu'il sait de manière certaine qu'il se trouvera en état de cessation des paiements seulement quelques jours ou semaines après le début de la conciliation.

Enfin, la survenance de l'état de cessation des paiements ne figure pas parmi les cas de fin de mission du conciliateur visés expressément par le livre VI du Code de commerce. Ce dernier prévoit en effet que la procédure de conciliation ne prend fin qu'en cas d'arrivée du terme, d'homologation d'un accord de conciliation (C. com., art. L. 611-10), de récusation du conciliateur (C. com., art. R. 611-27 à R. 611-34-1), de demande du conciliateur, en cas de rejet par le débiteur de propositions qu'il estime indispensables (C. com., art. R. 611-36) et de demande du débiteur (C. com., art. R. 611-37).

Certes, l'article R. 611-38 du Code de commerce dispose que « l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire met fin de plein droit à la procédure de conciliation », mais cet article n'indique nullement que la procédure de redressement judiciaire doit être ouverte dans le délai de 45 jours suivant la survenance de l'état de cessation des paiements au cours de la période de conciliation. Il se borne seulement à dire que si le débiteur qui bénéficie de la procédure de conciliation décide nonobstant la conciliation de demander l'ouverture de redressement judiciaire et que le tribunal fait droit à sa demande, alors la conciliation prend fin de plein droit.

Ainsi, la survenance d'un état de cessation des paiements ne fait pas courir le délai de 45 jours dès lors qu'une procédure de conciliation est en cours. Le dirigeant n'a donc pas l'obligation de déposer une demande d'ouverture d'un redressement judiciaire.

Le dirigeant devra néanmoins rester particulièrement actif pendant toute la procédure de conciliation. Il devra prendre sérieusement part aux discussions qui se tiendront avec les créanciers sous l'égide du conciliateur et ne pas hésiter à solliciter des délais de grâce sur le fondement des articles L. 611-7, alinéa 5, du Code de commerce et 1343-5 du Code civil dans l'hypothèse où des moratoires ne seraient pas obtenus de manière amiable. Il devra aussi évaluer l'opportunité de mettre fin à la procédure de conciliation en sollicitant l'ouverture d'une

procédure collective, s'il apparaît manifeste que la conciliation ne permettra pas d'aboutir à un accord.

Qu'advient-il, au demeurant, du délai de 45 jours lorsque la conciliation n'a pas permis d'aboutir à un accord avec les créanciers et que le débiteur se trouve toujours en état de cessation des paiements lorsque la mission du conciliateur prend fin ?

L'on sait qu'en cas d'impossibilité de parvenir à un accord et donc d'échec de la conciliation, le conciliateur présente sans délai un rapport au président du tribunal dans lequel il précise si le débiteur est en cessation des paiements. Le président du tribunal met alors fin à sa mission et à la procédure de conciliation. Sa décision est notifiée au débiteur et est communiquée au ministère public (C. com., art. L. 611-7, al. 6).

Il ne fait pas de doute qu'aucun nouveau délai de 45 jours ne court à compter de la fin de la procédure de conciliation. En présence d'une cessation des paiements avérée, l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire doit intervenir dans les plus brefs délais.

Avant l'ordonnance du 12 mars 2014⁷⁾, le tribunal se saisissait d'office. Depuis cette ordonnance, il n'y a plus de saisine d'office. C'est donc au dirigeant de l'entreprise qu'il appartient de procéder avec diligence au dépôt auprès du greffe du tribunal de la demande d'ouverture de redressement judiciaire.

Rappelons, en outre, que dès la fin de la procédure de conciliation, le ministère public et les créanciers retrouvent leurs prérogatives prévues par l'article L. 631-5 du Code de commerce, c'est-à-dire le pouvoir de saisine du tribunal aux fins d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire. Mais un dirigeant avisé n'attendra pas la requête du parquet ou la signification par exploit d'huissier d'une assignation aux fins de redressement judiciaire pour demander lui-même l'ouverture de la procédure collective, sous peine de voir sa responsabilité personnelle engagée pour dépôt tardif sur le fondement de l'article L. 653-8 du Code de commerce. Et, cette fois-ci, la procédure de conciliation ne pourra plus faire figure de fait justificatif.

7) Ord. n° 2014-326, 12 mars 2014, portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives.