

Jean-Emmanuel KUNTZ

Avocat à la Cour
Kuntz et Associés

Chloé GOTZORIDES

Avocat à la Cour
Kuntz et Associés

Transaction et procédure collective ^{116f5}

La transaction n'est pas un mécanisme ignoré par le droit des procédures collectives. Cela étant, l'amplitude laissée à cette première dans un contexte de crise n'est pas toujours simple à mesurer. Un équilibre se devrait d'être trouvé, à l'aune de l'intérêt collectif des créanciers, entre la préservation de l'ordre public inhérent au droit de la faillite et la souplesse parfois salvatrice que l'accord négocié est à même de procurer.

Encore récemment, le législateur a témoigné de sa volonté de promouvoir les modes alternatifs de règlement des conflits¹, et notamment la transaction. Celle-ci est définie comme « un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître »². Partant, elle constitue un outil de traitement des différends, une méthode de conciliation d'intérêts à l'origine divergents.

Pareille finalité n'est pas sans rappeler l'une de celles du droit des entreprises en difficulté, terrain de prédilection de la confrontation de parties aux ambitions opposées. Cette dernière matière s'efforce en effet d'orchestrer l'étendue des droits et devoirs des partenaires du débiteur en difficulté, principalement au regard des possibilités de sauvetage de l'entreprise. Le droit des procédures collectives s'analyse ainsi, pour partie, en un droit du compromis et rejoint en ce sens l'essence même de la transaction de droit commun. Il la rejoint également en ce qu'il encourage la recherche de solutions négociées de traitement des difficultés, les dernières réformes ayant confirmé la tendance à la contractualisation de la restructuration et les attraits de celle-ci.

Transactions et procédures collectives tendent à mettre fin à une situation génératrice de conflits ou, à tout le moins, à tempérer l'exposition aux risques afférents à l'application stricte de règles générales au bénéfice de l'une ou l'autre partie. Si l'objectif est commun, les dispositifs légaux sont bien distincts, mais non exclusifs l'un de l'autre. Dès lors, il y a lieu de s'intéresser en premier lieu à l'impact de la procédure collective sur la transaction (I) et, en second lieu, à l'impact de la transaction sur la procédure collective (II).

I. L'impact de la procédure collective sur la transaction

L'ouverture d'une procédure collective entraîne l'application impérative d'un cadre légal spécifique prévu par le livre VI du Code de commerce. Celui-ci a une incidence tant sur les transactions conclues en amont de la procédure collective (A) que sur les modalités de conclusion d'un tel accord en cours de procédure collective (B).

A. La transaction conclue en amont de la procédure collective

Le sort réservé à la transaction conclue en amont de l'ouverture d'une procédure collective est fonction de la typologie de l'accord négocié, les accords de conciliation constatés ou homologués (1) se distinguant des autres transactions (2).

1. La transaction par accord constaté ou homologué

Les accords de conciliation constatés ou homologués³ sont éligibles à la qualification de transaction dès lors que les signataires auront, par des concessions réciproques, terminé une contestation née ou prévenu une contestation à naître.

À leur égard, le Code de commerce est limpide en ce qu'il prévoit que l'ouverture d'une procédure collective met fin de plein droit à l'accord⁴. Toutefois, les engagements pris ne seront pas annihilés dans leur intégralité⁵. Côté débiteur, les sommes qu'il a pu verser en déduction de sa dette ainsi que les mesures de restructuration qu'il a pu mettre en œuvre demeurent

3 Gorins C., « Le protocole de conciliation : un contrat judiciaire », LPA 23 déc. 2014, p. 6.

4 C. com., art. L. 611-12.

5 Pour une étude sur la résolution de l'accord de conciliation : Ravenne S., « La résolution de l'accord de conciliation », Rev. proc. coll. 2009-6, étude 30.

1 L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016, de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

2 C. civ., art. 2044.

acquises⁶. Côté créanciers, toute remise de dette ou échéancier de paiement accordé est immédiatement remis en cause. Ils retrouvent l'intégralité de leurs créances et sûretés, déduction faite des sommes perçues antérieurement à l'ouverture de la procédure collective. Est également prévu, le cas échéant, le privilège de *new money* de l'article L. 611-11, alinéa 1, du Code de commerce, lequel bénéficie aux apporteurs de trésorerie ou fournisseurs de nouveaux biens ou services dans le cadre d'un accord de conciliation homologué, tandis que les sûretés ayant pu être mises en place dans le cadre d'un tel accord auraient vocation à se maintenir.

La rétroactivité attachée à la fin de l'accord constaté ou homologué n'est donc que partielle et le retour au *statu quo ante* ainsi habilement aménagé.

2. La transaction par accord ni constaté ni homologué

Deux situations sont à distinguer, selon que la transaction aura ou non pleinement déployé ses effets avant le jugement d'ouverture de la procédure collective⁷.

Dans le premier cas, la situation juridique résultant de l'accord est figée. Ce qui a été convenu et réalisé a vocation à perdurer, le droit des procédures collectives n'ayant en principe aucune emprise spécifique sur pareil accord. Pour autant, le droit commun trouvera application, ce qui signifie que la transaction conclue en amont de la procédure collective pourra être altérée par des règles générales du droit des contrats telles celles relatives à la nullité des conventions⁸. Dans le second cas, la transaction s'apparente à un contrat en cours qui ne saurait en conséquence être résilié ou résolu du simple fait de l'ouverture de la procédure collective⁹. Du reste, le créancier ne peut se prévaloir d'un défaut d'exécution antérieur au jugement d'ouverture pour faire échec à l'exécution d'obligations lui incombant¹⁰. La transaction est alors poursuivie ou non, à la discrétion du débiteur ou de l'organe de la procédure s'y substituant¹¹. Le maintien de la transaction impose toutefois une exécution ultérieure conforme aux termes contractuels et au droit commun des contrats, l'exception d'inexécution nouvelle

formule retrouvant notamment pleinement application¹².

Que l'accord soit constaté, homologué ou ni constaté ni homologué, la transaction – si c'en est une – est donc très généralement affectée par l'ouverture d'une procédure collective. Une hypothèse supplémentaire d'impact de la procédure collective sur la transaction conclue en amont de l'ouverture de celle-ci est également à envisager. Il s'agit des possibles remises en cause sur le fondement des nullités de la période suspecte dont le régime est prévu aux articles L. 632-1 et suivants du Code de commerce. Toute transaction conclue entre la date de cessation des paiements et le jugement d'ouverture de la procédure, à des conditions considérées comme anormales au regard des textes précités, pourra se voir frappée de nullité, en application du droit spécial¹³. Échapperont cependant à ce risque les transactions homologuées, la date de cessation des paiements ne pouvant, sauf fraude, être reportée en amont de la date du jugement d'homologation¹⁴.

B. La transaction conclue au cours de la procédure collective

Expressément visée par les textes (1), la conclusion d'un tel accord est soumise à un formalisme spécifique (2).

1. Le périmètre de la transaction en procédure collective

Le législateur a envisagé le recours à la transaction au cours de la procédure collective, tant en période d'observation qu'en phase liquidative.

En matière de sauvegarde et redressement judiciaire, il est simplement prévu qu'il est possible de transiger¹⁵. En matière de liquidation judiciaire, est autorisée toute transaction sur les contestations qui intéressent collectivement les créanciers, même relatives à des droits et actions immobiliers¹⁶. En réalité, le champ des possibles n'a pas été restreint. Le caractère d'ordre public du droit des procédures collectives n'est donc pas un obstacle insurmontable puisqu'il est expressément prévu que la transaction a sa place dans un contexte de crise. Partant, tout sujet de contestation né ou à naître devrait pouvoir, au cours de la procédure collective, faire l'objet d'une transaction dès lors qu'interviendront des concessions réciproques.

6 Tout ce qui a valablement été effectué a vocation à perdurer.

7 Sur ce thème : Thullier B., « Accord de conciliation – accords ni constatés ni homologués ; remise en cause des accords », Rev. proc. coll. 2014-1, dossier 12.

8 C. civ., art. 1178 et s.

9 Pour une illustration récente et remarquée : Cass. 1^{re} civ., 10 sept. 2015, n° 14-20917, F-PB.

10 C. com., art. L. 622-13.

11 En présence d'un administrateur judiciaire, ce dernier a seule compétence pour exercer l'option, étant rappelé que celle-ci relève du pouvoir discrétionnaire du seul liquidateur judiciaire en phase liquidative.

12 C. civ., art. 1219 et C. civ., art. 1220 tels que modifiés par Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016.

13 Pour une étude sur la notion de transaction au regard des nullités de la période suspecte : Neuville S., « La transaction suspecte », D. 2000, p. 571.

14 C. com., art. L. 631-8 et C. com., art. L. 641-1, IV.

15 C. com., art. L. 621-24, al. 2.

16 C. com., art. L. 642-24.

Pour autant, plusieurs décisions de la Cour de cassation conduisent à une conclusion plus réservée. Il a en effet pu être jugé que la transaction en matière de responsabilité pour insuffisance d'actif n'était possible que **postérieurement à la délivrance d'une assignation**¹⁷ et **antérieurement au prononcé d'un jugement de condamnation**¹⁸ et il est par ailleurs interdit de transiger en matière de sanctions personnelles. Dans un autre registre, ont pu être interdites i) la **transaction accordant à un créancier chirographaire des droits supérieurs à celui d'un créancier privilégié**¹⁹ ii) ou celle par laquelle le liquidateur renonçait à l'extinction d'une créance faute de déclaration dans les délais légaux sous l'empire de la législation antérieure à la loi de sauvegarde²⁰. Faute de décision en sens contraire, ces solutions semblent demeurer d'actualité.

Il apparaît ainsi que la **spécificité du droit des procédures collectives** peut avoir pour effet de **réduire le champ transactionnel**, que ce soit au regard de son objet, des modalités de sa mise en œuvre ou de ses effets. Cette liste n'est pas exhaustive et ce n'est qu'au fil des décisions de justice que le périmètre de la transaction autorisée en procédure collective a vocation à être précisé. Toutefois, à ce jour, les transactions ayant été jugées prohibées sont d'une extrême rareté. Si les textes du droit des procédures collectives afférents à la transaction sont empreints de souplesse, celle-ci est source d'insécurité juridique. À leur lecture, il n'est en effet pas possible de distinguer avec certitude les transactions autorisées de celles condamnées.

2. Le formalisme de la transaction en procédure collective

S'il est possible de transiger au cours d'une procédure collective, un formalisme spécifique est requis pour conférer force exécutoire à l'accord.

En premier lieu, selon le degré de dessaisissement du débiteur, lequel est principalement fonction du type de procédure, les personnes ayant qualité pour transiger ne seront pas les mêmes. Alors que le débiteur est seul compétent en sauvegarde²¹ et en redressement judiciaire en l'absence d'administrateur, il aura une compétence concurrente si ce dernier dispose d'une mission d'assistance. En revanche, l'administrateur sera le seul organe habilité à transiger s'il s'est vu confier une mission de représentation²². En liquida-

tion judiciaire, c'est le liquidateur²³ qui disposera des pleins pouvoirs²⁴.

En second lieu, des formalités spécifiques seront à accomplir, à peine de nullité de l'accord conclu au cours d'une procédure collective. Aux termes de l'article L. 622-7, II, du Code de commerce²⁵, le juge-commissaire devra autoriser la transaction avant que celle-ci soit conclue²⁶. En cas de liquidation judiciaire, l'article L. 642-24, alinéa 2, impose en outre²⁷ l'homologation par le tribunal ayant ouvert la procédure, si et seulement si la transaction est d'une valeur indéterminée ou excède la compétence en dernier ressort de ladite juridiction. Une transaction peut donc intervenir **postérieurement** à l'ouverture d'une procédure collective mais sa conclusion est soumise au **contrôle** du juge, lequel vise à garantir le respect d'un certain équilibre des concessions réciproques accordées au regard des impératifs existants dans un contexte de crise.

Il est ainsi acquis que l'ouverture d'une procédure collective impacte la transaction, que celle-ci ait été conclue en amont du jugement d'ouverture ou qu'elle soit envisagée au cours de la procédure collective. Si le droit des entreprises en difficulté influence la transaction, cette dernière est également à même d'influencer ce premier.

II. L'impact de la transaction sur la procédure collective

Dans un contexte de crise tel que celui d'une procédure collective, la transaction revêt un certain nombre d'intérêts (A). Si les hypothèses d'application concrètes peuvent sembler multiples, la perspective d'un recours élargi à la transaction n'est toutefois pas sans risque (B).

A. L'intérêt de la transaction en procédure collective

Le recours à la transaction en cours de procédure collective peut se révéler particulièrement attrayant compte tenu du fait que le contexte de crise est sans

17 Cass. com., 8 mars 2017, n° 15-16005.

18 Cass. com., 5 nov. 2003, n° 00-11876 ; Cass. com., 24 mars 2009, n° 07-20383.

19 Cass. com., 10 déc. 2002, n° 99-21411.

20 Cass. com., 23 nov. 1999, n° 97-16870.

21 C. com., art. L. 622-7, II, al. 1.

22 C. com., art. L. 621-24, al. 2 et C. com., art. L. 631-14, al. 3.

23 C. com., art. L. 642-24.

24 La Cour de cassation a toutefois jugé que le débiteur disposait d'un droit propre à former un recours contre l'ordonnance du juge-commissaire autorisant le liquidateur à signer une transaction emportant cession d'un actif dépendant de la liquidation (Cass. com., 24 janv. 2018, n° 16-50033, PB : LEDEN mars 2018, n° 3, p. 3, obs. Staes O.)

25 Applicable en redressement judiciaire par l'effet de C. com., art. L. 631-14.

26 Il s'agit d'une condition de validité de l'opération (en ce sens : CA Douai, 28 mars 2013, n° 12/02676).

27 Il a cependant pu être soutenu que le recours à l'autorisation du juge-commissaire pour une transaction visant une action en responsabilité pour insuffisance d'actif était « dénué de fondement et de ce fait totalement inutile », Lambrey de Souza D., « Un cadre légal pour la transaction lors d'une instance en responsabilité pour insuffisance d'actif ? », JCP E 2017, 1594.

conteste un cadre favorable à l'émergence de contestations (1). Il l'est également en ce qu'il peut correspondre à un outil supplémentaire d'aide à l'atteinte des objectifs poursuivis par les différentes procédures judiciaires du livre VI du Code de commerce (2).

1. L'intérêt de la transaction au regard des contraintes des procédures collectives

La rencontre forcée de parties prenantes diversifiées en procédure collective, accompagnée de l'application de législations diverses et parfois complexes, est génératrice de contestations.

Tandis que les créanciers s'attacheront à préserver leurs droits et tenteront de contourner les contraintes du droit des entreprises en difficulté, l'intérêt du débiteur sera de limiter au mieux l'étendue et le déploiement des droits de ses créanciers en vue de clôturer la procédure collective dans des conditions optimales. Les frictions et oppositions de principes seront donc nombreuses. Dès lors que la transaction tend à terminer une contestation née ou à prévenir une contestation à naître, elle se révèle être un outil stratégique en cours de procédure collective puisqu'elle pourra permettre de tempérer les effets des nombreuses situations conflictuelles.

Il pourra s'agir de convaincre un cocontractant incontournable de renoncer à se prévaloir de l'acquisition d'une clause résolutoire en contrepartie du versement d'une indemnité (par exemple, en matière de bail ou en présence d'un contrat d'approvisionnement indispensable à la poursuite d'activité). Pourrait également être envisagée la renonciation du prêteur au bénéfice du transfert de la charge des sûretés²⁸ afin de faciliter la cession d'un bien. Un créancier important pourrait également se laisser convaincre de réduire substantiellement la dette de son débiteur en contrepartie d'un paiement à bref délai. Dans le cadre d'un procès, la pertinence d'une transaction sera principalement fonction du risque auquel s'expose le débiteur en difficulté. La durée et l'issue aléatoire des procédures contentieuses sont de nature à gêner le bon déroulement de la procédure collective, lequel nécessite la meilleure visibilité sur l'étendue des droits et devoirs du débiteur pour mettre en place une solution adaptée.

2. L'intérêt de la transaction au regard des objectifs des procédures collectives

Le législateur a créé un corps de règles spéciales et adaptées aux difficultés du débiteur placé en procédure collective, qui peuvent toutefois avoir des effets néfastes sur le déroulement de la procédure ou amoindrir les chances de succès de cette dernière.

²⁸ C. com., art. L. 642-12.

En sauvegarde et redressement judiciaire, l'objectif est de parvenir *in fine* à la poursuite pérenne de l'activité²⁹. En liquidation judiciaire, le but est plutôt l'optimisation du désintéressement des créanciers³⁰. Or, l'application stricte du droit des procédures collectives voire du droit commun en cours de procédure freine parfois l'atteinte de ces objectifs ou *a minima*, ne constitue pas l'outil optimum de traitement des difficultés. La transaction peut alors jouer un rôle important et correspondre à un véritable levier, à un moyen supplémentaire visant à mettre fin à la situation de crise qui caractérise le débiteur en difficulté. La transaction peut par exemple être envisagée en vue d'aboutir à une réduction de la durée de la procédure, à une limitation de l'aggravation du passif, ou encore en vue de favoriser une entrée rapide de liquidités. Elle peut aussi être à même de permettre l'éviction d'un créancier qui compromettrait les chances de succès de la procédure, d'assurer la conservation d'un actif essentiel à l'activité ou d'en faciliter les conditions de cession mais aussi de mettre fin à un contrat à des conditions moins onéreuses ou de convaincre un cocontractant incontournable de ne pas mettre fin à son partenariat. La liste n'est à l'évidence pas exhaustive mais elle témoigne du fait que l'accord négocié peut constituer, pour le débiteur, une alternative très intéressante à l'application stricte d'un régime juridique spécifique.

B. L'utilisation de la transaction en procédure collective

La transaction en procédure collective est délicate à appréhender (1). Si son attractivité ne fait nul doute, son champ d'application demeure source d'incertitudes (2).

1. La limite propre à la transaction en procédure collective

Le recours à la transaction en cours de procédure collective présente assurément un certain nombre d'attraits. Encore faut-il qu'elle puisse valablement être mise en place.

Le contexte de procédure collective n'enlevant rien aux conditions de validité de droit commun attachées à la transaction, faute de concessions réciproques, l'accord sera entaché de nullité. La principale difficulté réside dans la détermination des concessions que le débiteur en difficulté est ou non en mesure d'accorder. Plus pré-

²⁹ Ces procédures sont destinées à « faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif » (C. com., art. L. 620-1 et C. com., art. L. 631-1).

³⁰ C. com., art. L. 640-1, al. 2 : « La procédure de liquidation judiciaire est destinée à mettre fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits et de ses biens ».

cisément, la concession du débiteur en procédure collective peut-elle avoir pour objet ou pour effet de faire échec à une règle essentielle du droit des entreprises en difficulté ? En d'autres termes, une transaction permet-elle au débiteur de renoncer au bénéfice d'une règle impérative telle que celle, par exemple, de l'interdiction du paiement des créances antérieures ? Une réponse négative réduirait à l'évidence le champ transactionnel en cours de procédure collective. Une réponse affirmative serait à l'inverse susceptible de désorganiser toute discipline collective. Le doute demeure permis et ce d'autant plus que ce principe d'interdiction des paiements des créances antérieures connaît des exceptions légales expresses, ce qui témoigne de la volonté du législateur d'encadrer le mécanisme. On pense notamment au paiement autorisé en vue de faire échec au jeu d'une clause de réserve de propriété³¹, en vue du retrait d'un bien gagé³² ou encore en vue de bénéficier d'une levée d'option d'achat³³.

Il semblerait prudent de faire prévaloir l'intérêt collectif des créanciers³⁴ pour déterminer si une inflexion à une ou plusieurs règles du droit des procédures collectives et, notamment, celle de l'interdiction du paiement des créances antérieures, peut se concevoir dans le cadre d'une transaction. La ligne de partage serait alors la suivante : dès lors que la concession consentie par le débiteur en difficulté tendra à « la protection et à la reconstitution du gage commun », elle devrait être tolérée. À l'inverse, à défaut d'aboutir à un résultat favorable pour le gage accessible à tous les créanciers, la méconnaissance des règles spéciales du droit des procédures collectives dans le cadre d'une transaction ne devrait pas être admise. À noter qu'en matière contentieuse, la concession du débiteur sera *a priori* moins délicate à mettre en œuvre en ce qu'elle consistera généralement en un désistement d'instance et d'action.

2. L'incertitude propre à la transaction en procédure collective

Il peut être recouru, par principe, à la transaction en procédure collective. Comme précédemment exposé, les potentialités d'utilisation d'un accord négocié semblent d'ailleurs multiples en pareille circonstance.

Si le législateur n'a pas expressément circonscrit le champ transactionnel, est-il pour autant raisonnable d'admettre que l'on pourrait transiger sur tout ? Cela risquerait de conduire à vider le droit des procédures collectives de sa substance car cela reviendrait à

admettre que ce corps de règles spéciales peut en tout état de cause être contourné et que le traitement des difficultés pourrait se faire « sur mesure ». Dans ces conditions, la discipline collective normalement imposée serait remise en cause et le principe d'égalité des créanciers deviendrait totalement illusoire, étant d'ores et déjà constant qu'il est déjà appréhendé de façon très souple. Pour autant, si la transaction peut avoir un impact favorable sur le déroulement de la procédure collective, il semblerait dommage de s'en priver. Encore faut-il que pareil impact soit véritable et que les concessions faites par le débiteur soient proportionnées au regard de l'objectif poursuivi. À cet égard, le fait que le périmètre des concessions pouvant être valablement accordées par le débiteur en difficulté demeure assez flou constitue un frein évident à la pratique transactionnelle. Pour l'heure, aucune ligne précise de démarcation ne permet de déterminer avec certitude ce qui est admissible ou non. Le seul garde-fou identifié est le formalisme attaché au processus transactionnel en cas de procédure collective. Le juge-commissaire au travers de l'autorisation et le tribunal au travers de l'homologation apparaissent comme étant les seuls garants de l'équilibre de la transaction³⁵, du respect de l'intérêt collectif des créanciers et de la pertinence des concessions accordées par le débiteur en difficulté. Ce verrou de sécurité semble toutefois perméable et insuffisant pour qu'émerge un régime juridique propre à la transaction conclue en procédure collective.

Si la transaction offre des perspectives intéressantes, son champ d'application demeure teinté d'incertitude. Cela est source d'insécurité juridique puisque le sort d'une transaction conclue en procédure collective reste aléatoire. Encore récemment, la Cour de cassation en a offert une illustration, jugeant qu'une transaction conclue entre le liquidateur et le crédit-bailleur reconnaissant la propriété de ce dernier sur des biens dont la revendication faisait l'objet d'une instance en cours devant le tribunal ne pouvait suffire à rendre opposable le droit ainsi reconnu à l'ensemble des parties à la procédure³⁶.

Si un recours excessif à la transaction pourrait être de nature à désorganiser la cohérence des divers mécanismes du droit des entreprises en difficulté, c'est aussi une souplesse laissée pour trouver des solutions alternatives à des conflits dont la durée est incompatible avec l'urgence de trouver une solution à la procédure collective.

31 C. com., art. L. 624-16.

32 C. com., art. L. 622-7, I, al. 2.

33 C. com., art. L. 641-3.

34 Notion définie par la Cour de cassation (Cass. com., 2 juin 2015, n° 13-24714, PBR).

35 Le débiteur pourra également l'être en ce qu'il lui est reconnu, malgré son dessaisissement, le droit propre de contester une transaction autorisée (Cass. com., 24 janv. 2018, n° 16-50033) tandis qu'un créancier ne pourra y veiller que s'il dispose d'un préjudice personnel et distinct de celui éventuellement subi par la collectivité des créanciers du fait de la transaction, condition de recevabilité de son action à l'encontre d'un accord homologué.

36 Cass. com., 14 mars 2018, n° 16-21785, FD : BJE juill. 2018, n° 116a2, p. 256, note. Laroche M.