

23 novembre 2015

Droit au refus et droit à la confidentialité, à propos de l'arrêt du 22 septembre 2015 rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation.

Nicolas Morelli, *Avocat à la Cour, docteur en droit*

Comme toutes les personnes appelées à la procédure amiable, le mandataire ad hoc est tenu à l'obligation de confidentialité prescrite par l'article L. 611-15 du Code de commerce. C'est donc à bon droit qu'une cour d'appel écarte des débats une attestation remise à la caution de la société débitrice par le mandataire ad hoc de celle-ci, dans laquelle il stigmatisait l'attitude de la banque lors des négociations. Par ailleurs, le créancier ayant participé à des négociations dans le cadre d'une procédure de mandat ad hoc n'est pas tenu d'accepter les propositions du mandataire ad hoc, son refus n'étant pas constitutif d'une faute.

1. D'aucuns pourraient le regretter mais le fait est que la menace entre incontestablement dans l'arsenal des moyens au service des parties prenantes à une phase de traitement amiable des difficultés. La particularité du droit français, celle qui dérouté encore les investisseurs étrangers, tient précisément en ce que cette menace n'est pas la chose exclusive du créancier.

On le sait, depuis 2005, elle est également intégrée dans le vocabulaire du débiteur en sorte qu'au risque d'une « accélération » de la dette pour reprendre l'anglicisme d'usage, celui-ci brandit aujourd'hui sans fléchir la menace d'une sauvegarde, celle d'un « 1244-1 »ⁱ autrement qualifié de « demande de délai de grâce », voire la très classique menace d'une action en responsabilité contre le prêteur récalcitrant.

Sans doute, cette dernière menace a-t-elle perdu de sa superbe depuis l'avènement de l'article L. 650-1 du Code de commerce et la présomption de non-responsabilité du prêteur à raison du crédit consenti que le texte institueⁱⁱ. Elle est toutefois

périodiquement servie par certaines études de mandataires de justice désignées en qualité de mandataire ad hoc ou conciliateur.

2. Il reste qu'à force d'user du procédé, on en finirait presque par oublier une idée simple : l'efficacité de la menace est proportionnelle à la capacité de celui qui s'en prévaut de la mettre effectivement à exécution. A cet égard, on ne saurait jamais perdre de vue que les procédures amiables sont gouvernées par un principe fondamental du droit privé : celui de la liberté contractuelle, dont la déclinaison la plus immédiate est celle de contracter mais aussi de ne pas contracterⁱⁱⁱ. C'est dire si la menace d'une action en responsabilité parce qu'un créancier refuse de signer ce qu'on lui présente, constitue, par essence, une arme factice.

C'est ce que rappelle très exactement la Cour de cassation dans un arrêt du 22 septembre 2015^{iv} (**I**), également instructif en matière d'étendue et de portée de l'obligation de confidentialité prévue en matière amiable^v (**II**).

I. LE DROIT AU REFUS

3. Dans l'affaire examinée, le dirigeant caution faisait grief à une banque, au bénéfice de laquelle il avait donné sa garantie, d'avoir refusé de signer un protocole de restructuration négocié sous l'égide d'un mandataire ad hoc, ce qui – selon lui – avait précipité l'échec du mandat et contraint la société débitrice à déclarer la cessation de ses paiements.

Actionnée par la banque, la caution souhaitait par là obtenir la compensation entre les sommes dues au titre de son engagement de garantie et sa créance de dommages-intérêts à l'égard du banquier, responsable à ses yeux du dépôt de bilan de la débitrice.

L'argument est écarté par les juges du fond et le dirigeant forme un pourvoi. Aux termes de celui-ci il fait, en particulier, grief à l'arrêt d'avoir écarté la responsabilité du prêteur alors, selon lui, qu'en « *l'état de la proposition du mandataire ad hoc d'apurer le passif bancaire de la société [...] par un premier acompte de 50 % de la créance assorti d'un moratoire sur le solde* », il aurait appartenu à la cour d'appel de vérifier si « *la [banque] n'avait pas fait dégénérer en abus son droit de refuser la renégociation du crédit consenti à la société cautionnée [...] dès lors que les 17 autres créanciers de la société [...] y avaient donné leur accord, en l'absence de tout abandon de créance* ».

4. La question soumise à la Cour régulatrice se posait donc en des termes simples : dès lors qu'aucun abandon de créance n'est sollicité, un banquier isolé peut-il, sans abuser de son droit de propriété sur sa créance, refuser le projet accepté par une écrasante majorité de ses confrères ? A cette question inédite, la Cour de cassation répond positivement : « **le créancier ayant participé à des négociations dans le cadre d'une procédure de mandat ad hoc n'est pas tenu d'accepter les propositions du**

mandataire ad hoc, son refus n'étant pas constitutif d'une faute. »

Pour être très classique dans la conception restrictive de l'abus de droit qu'il défend^{vi}, l'arrêt permet opportunément de conserver intacte la frontière entre les procédures amiables et judiciaires. Aux premières, l'autonomie de la volonté et ses déclinaisons que sont la force obligatoire du contrat et la liberté contractuelle, d'où il résulte qu'un créancier est fondé à exiger le respect par son débiteur de ses engagements et ne peut se voir imposer aucune modification contractuelle^{vii}. Aux secondes, les comités de créanciers institués par les articles L. 626-29 et suivants du Code de commerce et la règle de la majorité qualifiée qui permet, sous certaines conditions, de contraindre une minorité récalcitrante à supporter le plan soutenu par une majorité. Cette séparation mérite d'autant plus d'être affirmée qu'une passerelle existe précisément entre les deux procédures à travers la sauvegarde accélérée^{viii}, permettant justement de passer outre le refus du banquier dans de telles circonstances, à tout le moins lorsque les conditions d'une telle procédure sont réunies.

II. LE DROIT A LA CONFIDENTIALITE

5. La décision sera instruite également avec intérêt en raison de la seconde critique de l'arrêt d'appel entreprise par le pourvoi, relative cette fois à l'étendue et la portée de l'obligation de confidentialité qui préside aux procédures amiables.

On sait déjà, en cette matière, que la confidentialité du mandat ad hoc ne justifie pas tout, et certainement pas que le débiteur en manipule les effets au détriment de ses prêteurs. La confidentialité d'une procédure de conciliation n'autorise, par exemple, pas un débiteur à procéder sciemment à des déclarations contraires à la réalité en affirmant à plusieurs reprises, à

L'occasion de tirage de fonds, qu'il ne fait l'objet d'aucune procédure de traitement amiable des difficultés, cependant qu'il a sollicité et obtenu la désignation d'un conciliateur^{xix}. Dans une certaine mesure, la problématique soulevée par la présence affaire est à l'exact antipode de ce cas : il n'est pas question ici d'un usage abusif de la confidentialité par le débiteur, mais bien plutôt de la levée intempestive de celle-ci. Et pourtant, dans les deux cas, il s'agit d'interroger les limites de l'obligation de confidentialité.

6. Le demandeur au pourvoi faisait effectivement grief au juge d'appel d'avoir méconnu l'article L. 611-15 du Code de commerce, en écartant des débats une attestation du mandataire ad hoc destinée à établir le comportement prétendument blâmable de la banque récalcitrante. Pour ce faire, la cour d'appel s'était précisément fondée sur le principe de confidentialité institué par ce texte qui énonce que *« toute personne qui est appelée à la procédure de conciliation ou à un mandat ad hoc ou qui, par ses fonctions, en a connaissance est tenue à la confidentialité »*.

Or, selon le dirigeant caution, la confidentialité visée par cette disposition n'étant ni absolue, ni assimilée au secret professionnel, elle pouvait être levée à la demande de la société bénéficiaire ou de sa caution dès lors que l'attestation du mandataire ad hoc permettait d'établir que la banque concernée avait commis une faute lors des négociations et provoqué la déconfiture de la société. On le comprend aisément, la question revêt une incidence pratique tout à fait significative, d'autant plus que la réponse n'était pas évidente.

D'abord, comme le relèvent certains arrêts, la confidentialité dont s'agit est finalisée, en ce sens qu'elle est instituée au bénéfice du débiteur et qu'*« elle peut évidemment être levée par son bénéficiaire qui peut toujours renoncer à s'en prévaloir »*^x. De là à soutenir que profitant à la société débitrice, elle

profite également, par capillarité, à son dirigeant, qui peut donc la lever, il n'y a évidemment qu'un pas, précisément franchi par le pourvoi.

Ensuite, on relèvera que la loi prévoit elle-même différentes hypothèses dans lesquelles cette confidentialité peut s'effacer. Il en va, en particulier, ainsi lorsque le débiteur bénéficie ou a bénéficié d'une procédure de mandat ad hoc ou de conciliation moins de 18 mois avant l'audience d'ouverture^{xi}. En ce cas, le Tribunal peut, d'office, ou à la demande du parquet, se voir communiquer les *« pièces et actes relatifs au mandat ad hoc ou à la conciliation, nonobstant les dispositions de l'article L. 611-15 »* du Code de commerce.

Enfin, il y a lieu de relever que certaines décisions des juges du fond ont également restreint dans le temps les effets de la confidentialité en considérant qu'elle n'est plus nécessairement de mise en cas de procédure collective subséquente à l'échec d'une procédure amiable : c'est ainsi, par exemple, qu'a été jugé dans le cadre d'une demande de sanction initiée contre un dirigeant social que *« la confidentialité [...] n'a de raison d'être que lorsque la procédure de conciliation a abouti, pour préserver le crédit du débiteur qui en bénéficie ; que dès lors que [la société] est en liquidation judiciaire, aucun préjudice ne peut résulter de la divulgation du rapport du conciliateur »*^{xii}.

7. Jusqu'à présent, la Cour de cassation n'avait pas approuvé ce point de vue, sans pour autant le contredire frontalement^{xiii}. Or, c'est très certainement cet espace entrouvert qui a conduit, en l'espèce, le demandeur au pourvoi à tenir son raisonnement. De fait, si un liquidateur judiciaire peut produire le rapport du conciliateur dans le cadre d'une action en sanction contre le dirigeant, pourquoi un dirigeant caution, ne pourrait-il pas produire le rapport d'un mandataire ad hoc décrivant la conduite des parties, en cas d'échec du mandat et d'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire ?

L'argument n'est pas sans logique mais on en comprend rapidement le danger. Derrière la notion de confidentialité, se cachent une multitude d'informations dont le traitement ne saurait être univoque. Et si l'on conçoit que le débiteur peut décider lui-même de lever, à l'égard de telle personne lorsque cela lui semble nécessaire, la confidentialité portant sur l'existence du mandat ad hoc ou de la conciliation, il ne saurait disposer de la même latitude à l'égard du contenu des négociations qui, pour sa part, ne lui appartient pas.

C'est là le paradoxe de la confidentialité qui bénéficie au premier chef au débiteur, mais constitue également un pilier de l'institution du mandat ad hoc et de la conciliation autant qu'elle en garantit son succès^{xiv}. De fait, comment convaincre des parties de participer à une procédure amiable et non contraignante sans leur assurer que le déroulé des négociations demeurera confidentiel, quelle que soit l'issue qui en résulte ? C'est dire autrement qu'autoriser le débiteur, son

dirigeant ou les organes de la procédure à communiquer des éléments relatifs au contenu des négociations, c'est concrètement prendre le risque que certaines parties refusent de participer aux négociations pour ne pas à avoir à s'expliquer rétrospectivement sur leur décision.

Dans ces conditions, on comprend pourquoi la Cour de cassation a entendu exercer son plein contrôle sur la question en vue de rejeter la critique du dirigeant caution, après avoir relevé que « *c'est à bon droit que la cour d'appel a écarté des débats l'attestation remise à la caution de la société débitrice par le mandataire ad hoc de celle-ci, dans laquelle, au mépris de l'obligation de confidentialité qui le liait par application de l'article L. 611-15 du code de commerce, il stigmatisait l'attitude de la banque lors des négociations* ». En préservant la confidentialité, c'est bien l'institution du mandat ad hoc et de la conciliation que la Cour de cassation protège.

ⁱ C. civ., art. 1244-1.

ⁱⁱ En dernier lieu, Cass. com., 16 décembre 2014, pourvoi n° 13-23.748.

ⁱⁱⁱ Sur ce point, voir en particulier J. Mestre et B. Fages, « De la liberté de ne pas contracter », RTD civ. 2004, p. 280, et la jurisprudence citée.

^{iv} Cass. com. 22 septembre 2015, pourvoi n° 14-17.377, P. ; Actualité des procédures collectives civiles et commerciales, n°17, octobre 2015, rep. 263, obs. B. Saintourens ; L'Essentiel Droit bancaire, 1^{er} novembre 2015, n°10, obs. M. Mignot.

^v C. com., article L. 611-15.

^{vi} Sur la tendance de la jurisprudence à rapprocher abus de droit et fraude, v° en particulier, L. Cadet et Ph. Le Tourneau, Rep. Civ. Dalloz, v° *Abus de droit*, juin 2015, spéc. n° 35.

^{vii} F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Droit civil, les obligations, Dalloz, 10^e édition, n° 23 et s.

^{viii} C. com., art. L. 628-1.

^{ix} Cass. com., 7 février 2012, pourvois n° 10-28.815 et 10-28.816.

^x CA Douai, 1^{er} octobre 2013, RG n° 12/06889, Juris Data n°2013-022135.

^{xi} C. com., art. L. 621-1 alinéas 4 et 5, L. 631-7 et L. 641-1.

^{xii} CA Versailles, 1^{er} avril 2010, RG n°09/08068, inédit.

^{xiii} Cass. com., 27 septembre 2011, pourvoi n° 10-20.308, rejetant le pourvoi formé à l'encontre de CA Versailles, 1^{er} avril 2010, préc.

^{xiv} A cet égard, H. Bourbouloux, « Confidentialité et transparence réconciliées pour la prévention et le traitement des difficultés », Bull. Joly entreprises en difficulté, mai 2015, p. 183 § 87.