



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

*L'efficacité des "clause d'anticipation"*

MACORIG-VENIER FRANCINE

Référence de publication : MACORIG-VENIER (F.), « L'efficacité des "clause d'anticipation" », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, 2019, n° 1, p. 40-42.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications, contacter [portail-publi@ut-capitole.fr](mailto:portail-publi@ut-capitole.fr)

## L'efficacité des "clause d'anticipation"

Cet article a été publié dans le cadre du dossier « - Contrat(s) et entreprises en difficulté - Toulouse, 12 octobre 2018 » du Bulletin Joly Entreprises en difficulté.

Les clauses contractuelles par lesquelles le cocontractant tente d'anticiper l'ouverture de procédure pour en déjouer les pièges se sont multipliées. Tandis que les clauses défavorables au débiteur sont largement réduites à l'inefficacité et ce, tant dans les procédures judiciaires qu'amiabes, un doute plane encore sur l'alignement du sort des clauses faisant échec à la poursuite même du contrat.

Les liens entre les contrats et le droit des entreprises en difficulté sont riches. S'il est plus usuel de mettre l'accent sur la soumission des contrats à la « loi » des procédures collectives, l'utilisation du contrat pour échapper aux sujétions de ce droit et anticiper l'ouverture des procédures ne doit pas être négligée. C'est cette question que le professeur Gérard Jazottes m'a demandé d'examiner aujourd'hui.

Il ne s'agit donc pas de faire l'inventaire de toutes les questions au « croisement » du contrat et des procédures d'anticipation mais de se pencher sur l'anticipation des difficultés, et plus exactement sur l'ouverture des procédures auxquelles ces difficultés sont susceptibles de conduire, par les contractants au moyen de clauses contractuelles. Le sujet concerne l'ensemble des procédures du livre VI dans lesquelles il convient de mesurer l'efficacité des clauses d'anticipation.

L'utilisation du contrat pour déjouer le piège de la procédure et anticiper son ouverture est un phénomène qui, certes n'est pas nouveau, mais a pris de l'ampleur ces dernières années. Ont fleuri dans les contrats des clauses variées permettant d'échapper aux vicissitudes de la procédure ou de compenser les désavantages qui en résultent sur le plan financier. Ces « clauses d'anticipation » ont été à leur tour rattrapées par le droit, la loi ou même la jurisprudence s'efforçant d'en annihiler ou réduire l'efficacité. Les textes en cause sont, pour les procédures judiciaires, l'article L. 622-13, I, alinéa 1er, et L. 641-11, I et, pour le mandat ad hoc et la conciliation, l'article L. 611-16 introduit par l'ordonnance du 12 mars 2014. Si ces textes ne sont pas rigoureusement identiques, on constate que jurisprudence et doctrine s'emploient à les rendre symétriques.

La réaction légale et jurisprudentielle ne concerne plus seulement les procédures collectives, où certaines clauses se trouvaient déjà paralysées. Elle est présente dans les procédures amiables où le contrat pourtant déployait jusqu'il y a peu ses pleins effets, ce qui est tout à fait remarquable et traduit une certaine perméabilité des frontières entre l'amiable et le judiciaire.

Il apparaît que deux séries de clauses sont visées : d'une part, les clauses défavorables au débiteur, modifiant les conditions de poursuite de la relation contractuelle, ou mettant à sa charge certaines charges financières – ce sont celles qui ont retenu plus récemment l'attention à la fois du législateur et de la jurisprudence – et, d'autre part, les clauses destinées à faire purement et simplement échec à la poursuite de la relation contractuelle, clauses fulminées de plus longue date.

Si l'inefficacité des clauses défavorables au débiteur peut être largement affirmée, celle des clauses faisant échec à la poursuite du contrat paraît plus nuancée.

## I – Inefficacité large des clauses contractuelles défavorables au débiteur

Deux types de clauses sont visés : les clauses faisant supporter au débiteur la totalité du coût de la « prévention » pour le créancier et les clauses ayant pour effet de rendre défavorable au débiteur l'exécution d'un contrat<sup>1</sup>.

### *A – Inefficacité limitée des clauses mettant certains coûts à la charge du débiteur dans les procédures amiables*

En 2014, afin de ne pas dissuader le débiteur de recourir aux mesures amiables, le législateur a partiellement limité l'efficacité de certaines clauses mettant à la charge du débiteur les honoraires des conseils des créanciers participant à la négociation.

L'article L. 611-16 en son alinéa 2 dispose ainsi : « Est réputée non écrite toute clause mettant à la charge du débiteur, du seul fait de la désignation d'un mandataire ad hoc en application de l'article L. 611-3 ou de l'ouverture d'une procédure de conciliation en application de l'article L. 611-6, les honoraires du conseil auquel le créancier a fait appel dans le cadre de ces procédures pour la quote-part excédant la proportion fixée par arrêté du garde des Sceaux, ministre de la Justice ».

Or l'arrêté adopté le 25 juillet 2014 a fixé la quote-part incombant au débiteur au-dessus de laquelle est réputée non écrite, pour la proportion l'excédant, toute clause visée à l'article L. 611-16, à trois quarts des honoraires des conseils auquel le créancier a fait appel ! Il peut donc être mis trois quarts des honoraires à la charge du débiteur. Ce montant élevé a finalement été retenu en raison de la menace exercée par les créanciers qui avaient indiqué ne plus être disposés à négocier si le seuil était fixé trop bas.

Au contraire, les clauses modifiant l'exécution d'un contrat en défaveur du débiteur sont totalement paralysées et l'inefficacité qui les frappe est générale.

### *B – Inefficacité généralisée des clauses modifiant l'exécution d'un contrat en défaveur du débiteur*

Les clauses modifiant l'exécution d'un contrat en défaveur du débiteur ne sont visées expressément que par les dispositions du titre Ier sur la prévention. Néanmoins, la jurisprudence a fait preuve d'audace et en a imposé la paralysie dans les procédures collectives.

Selon l'article L. 611-16, alinéa 1er, « Est réputée non écrite toute clause qui modifie les conditions de poursuite d'un contrat en cours en diminuant les droits ou en aggravant les obligations du débiteur du seul fait de la désignation d'un mandataire ad hoc en application de l'article L. 611-3 ou de l'ouverture d'une procédure de conciliation en application de l'article L. 611-6 ou d'une demande formée à cette fin. Sont concernées les clauses de majoration d'intérêt, de frais de recouvrement, le plus souvent prévues dans des contrats de financement ».

Rien de semblable n'est prévu à l'article L. 622-13 du Code de commerce. Toutefois, la jurisprudence a, à deux reprises, une première fois peu avant l'adoption de l'article L. 611-16, puis plus récemment, considéré que ces clauses tombaient sous le coup de cet article.

Au visa de celui-ci, dans un arrêt de sa chambre commerciale du 14 janvier 2014<sup>2</sup>, la haute juridiction

énonçait solennellement : « Attendu qu'il résulte de ces textes qu'est interdite toute clause qui modifie les conditions de poursuite d'un contrat en cours en diminuant les droits ou en aggravant les obligations du débiteur du seul fait de sa mise en redressement judiciaire ». Il est remarquable de constater que c'est cette même formule qu'a repris l'ordonnance du 12 mars 2014 pour l'inclure à l'article L. 611-16. Dans cette affaire, il s'agissait d'une clause d'exclusion de garantie contenue dans un contrat d'assurance en cas de réalisation d'un sinistre après l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire. Le liquidateur avait demandé le versement de l'indemnité due en cas de perte de la valeur du fonds causée par ces sinistres. Les juges du fond avaient écarté ce versement, estimant que la clause demeurait efficace, observant qu'elle ne permettait pas à l'assureur de résilier le contrat, seule hypothèse dans laquelle elle devait être paralysée. Leur décision avait néanmoins été cassée par la Cour de cassation.

La solution a été non seulement reprise, mais également renforcée par un arrêt de la même formation du 22 février 2017<sup>3</sup>. Était en cause la clause d'un contrat de prêt prévoyant une indemnité de 5 % dans le cas où la banque serait obligée de recouvrer sa créance par voie judiciaire ou extrajudiciaire ou de produire celle-ci à un ordre judiciaire quelconque, notamment en cas de redressement judiciaire. Les juges du fond avaient rejeté la demande d'admission de la banque au titre de cette indemnité de recouvrement. La banque considérait au contraire que la clause était efficace car elle ne visait pas le seul cas d'ouverture d'une procédure. Son pourvoi est néanmoins rejeté. La Cour de cassation approuve les juges du fond pour avoir « exactement déduit qu'en l'espèce, une telle clause aggravait les obligations de la débitrice en mettant à sa charge des frais supplémentaires du seul fait de sa mise en sauvegarde ». La Cour de cassation élargit la portée de l'arrêt de 2014. Elle ne se réfère plus au contrat en cours ni aux clauses stipulées pour le seul cas d'ouverture d'une procédure collective. Elle réserve cependant l'hypothèse de la faute du débiteur. Il apparaît qu'une grande diversité de clauses est susceptible d'être concernée et menacée d'inefficacité, notamment dans les contrats de prêt bien qu'ils ne soient plus en cours<sup>4</sup>.

## II – Efficacité nuancée des clauses faisant échec à la poursuite du contrat

Depuis la loi du 25 janvier 1985, sont paralysées les clauses de nature à empêcher toute continuation forcée du contrat (et, partant, sa cession). Si les clauses visées sont demeurées inchangées et ne suscitent guère de difficulté, en revanche le domaine d'application de cette mesure est sujet à interrogation.

### *A – Les clauses concernées*

L'article L. 621-13, I, dispose que : « nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution ne peut résulter du seul fait d'une procédure de sauvegarde<sup>5</sup>. Si sont visées les clauses d'indivisibilité ou clause de résiliation ou résolution des contrats destinées à tenir en échec la continuation forcée des contrats, la jurisprudence a fait une application extensive du texte aux clauses « détournées » visant la cessation des paiements, clauses dites « hypocrites »<sup>6</sup>, la cessation des paiements conduisant en effet inéluctablement à l'ouverture de procédures judiciaires. L'approche compréhensive de la jurisprudence paraît justifiée dans le cadre de ces procédures judiciaires. Elle peut paraître plus discutable dans le cadre des procédures amiables.

### *B – Un domaine d'application sujet à discussion*

Ces clauses ne sont visées que par les dispositions régissant les procédures judiciaires (C. com., art. L. 621-13, I et C. com., art. L. 641-11-1, I) si bien que leur domaine d'application peut paraître sujet à

interrogation en dehors de ces procédures.

Pour les procédures judiciaires, rappelons que l'application à la liquidation judiciaire avait été discutée car la loi n'énonçait pas expressément la règle dans cette procédure et aucun renvoi n'était effectué aux règles du redressement judiciaire la prévoyant. En dépit de cette situation, aucune précision ne fut davantage apportée en ce sens et aucun renvoi effectué à l'article L. 622-13 par la loi de sauvegarde. C'est à la faveur de l'adoption de dispositions régissant de manière autonome le sort des contrats dans la procédure de liquidation par l'ordonnance du 18 décembre 2008 qu'il fut coupé court à toute discussion. Depuis, un article L. 641-11-1, I, contient, de manière symétrique à l'article L. 622-13 dont la rédaction a été entièrement modifiée, un alinéa disposant : « nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution d'un contrat en cours ne peut résulter du seul fait de l'ouverture ou du prononcé de la liquidation judiciaire ».

En mandat ad hoc et procédure de conciliation, l'article L. 611-16, I, dispose : « Est réputée non écrite toute clause qui modifie les conditions de poursuite d'un contrat en cours en diminuant les droits ou aggravant les obligations du débiteur du seul fait de la désignation d'un mandataire ad hoc en application de l'article L. 611-3 ou de l'ouverture d'une procédure de conciliation en application de l'article L. 611-6 ou d'une demande formée à cette fin ». Il n'est donc pas fait référence aux clauses prévoyant la résolution ou résiliation du contrat dans les mêmes conditions.

Pour autant, l'immense majorité des auteurs estime que les clauses résolutoires sont également concernées par la paralysie énoncée par ce texte arguant d'une formulation large du texte (permettant d'appréhender les clauses résolutoires, celles-ci rendant plus difficile l'exécution du contrat), ou de son esprit et la logique de la mesure (la menace représentée par la clause résolutoire est plus forte que celle d'une clause aggravant les obligations du débiteur).

Qu'il soit permis d'être plus circonspect. Il est en effet surprenant que le législateur ait choisi cette rédaction, si différente de celle de l'article L. 622-13, sans y prendre garde. Par ailleurs et, surtout, l'interprétation large de dispositions dérogatoires au droit commun dans un domaine où ce droit commun prévaut, ne s'impose pas avec la force de l'évidence.

### ***Notes de bas de page***

1 –

V. Voinot D., « Les clauses d'augmentation du passif de l'entreprise en difficulté », BJE mars 2017, n° 114j9, p. 143 ; Galokho C., « Les clauses aggravant la situation du fait de l'ouverture d'une procédure préventive ou collective », Rev. proc. coll. 2017/3, étude 11.

2 –

Cass. com., 14 janv. 2014, n° 12-22209, PB : D. 2014, p. 206, Lienhard A. ; D. 2014, Pan., p. 2151, Le Corre P.-M. ; JCP E 2014, 1173, n° 7, Pétel P. ; Act. proc. coll. 2014/4, comm. 53, Roussel Galle Ph. ; BJE mars 2014, n° 110y7, p. 81, Le Mesle L. ; Rev. soc. 2014, p. 200, Henry L.-C. ; Gaz. Pal. 29 juin 2014, n° 184t6, p. 23, Kendérian F. ; LPA 2 mai 2014, p. 14, Stéphanie T.

3 –

Cass. com., 22 févr. 2017, n° 15-15942, PB : Gaz. Pal. 27 juin 2017, n° 297x1, p. 55, Le Corre P.-M. ; BJE mai 2017, n° 114r5, p. 190, Voinot D. ; JCP E 2017, 1460, n° 18, Tehrani A.

4 –

V. infra, Houin-Bressand C. : BJE janv. 2019, n° 116r7.

5 –

Ce texte est applicable par renvoi en redressement judiciaire. La même règle est énoncée par l'article L. 641-11-1, I, dans la liquidation judiciaire.

6 –

Cass. com., 2 mars 1993, n° 90-21849.