

Procédures Collectives

Mandat ad hoc, conciliation, sauvegarde, redressement et liquidation après l'ordonnance du 18 décembre 2008 et le Décret du 12 février 2009

1°) Mandat ad hoc.

La souplesse de la procédure a été accentuée. Il sera désormais possible de soumettre au Tribunal le nom du mandataire (Art. L. 611-3 C. com.). L'innovation est positive, qui ne peut à ce stade que donner confiance au débiteur en difficulté. A la vérité, l'innovation est aussi relativement limitée, qui est déjà admise dans la pratique.

2°) Conciliation.

Choix du conciliateur. – Comme dans le cadre de la procédure de mandat *ad hoc*, le nom du conciliateur pourra être proposé par le débiteur : réciproquement, il dispose du droit de récuser le conciliateur qui ne lui conviendrait pas.

Temps disponible pour la négociation. – Afin de laisser le plus de temps possible à la conciliation sans l'amputer du temps nécessaire à la décision portant sur l'homologation, il est prévu que « la mission du conciliateur et la procédure sont prolongées jusqu'à la décision du tribunal » (art. L. 611-6 C. com.). La modification est bien venue, qui évite de sacrifier la négociation sur l'autel de l'homologation. Elle est d'autant mieux venue qu'elle n'entraîne pas un allongement incontrôlé du temps de la procédure. Les délais sont mieux encadrés : le nouvel article L.611-6 du Code de commerce prévoit que la conciliation est ouverte pour une période n'excédant pas quatre mois pouvant être prorogée pour une durée d'un mois sur décision motivée. Toutefois, en l'absence de demande d'homologation susceptible de proroger les délais, la mission du conciliateur et la procédure « prennent fin de plein droit et une nouvelle conciliation ne peut être ouverte dans les trois mois qui suivent ». Il s'agit d'éviter que la conciliation n'empiète sur une procédure collective, c'est-à-dire qu'elle ne fasse échapper l'entreprise à une collocation de l'ensemble des créanciers. Cette articulation est satisfaisante, la conciliation ayant un champ commun avec la sauvegarde et le redressement judiciaire. Le débiteur en difficulté sera en pratique condamné à recourir à une procédure collective de sauvegarde ou de redressement.

Protection du débiteur. – Sur le terrain de la protection du débiteur, il est désormais expressément fait mention de la possibilité de recourir aux articles 1244-1 et suivants du Code civil afin de faire bénéficier le débiteur de délai, ceci dès lors que le débiteur en difficulté a été mis en demeure. De manière générale, d'ailleurs, la protection du débiteur et des garants est largement renforcée par l'extension à l'accord simplement constaté de dispositions jusqu'alors réservées à l'accord homologué. Trois articles méritent ici d'être repris :

- L'article L. 611-10-1 prévoit que « pendant la durée de son exécution, l'accord constaté ou homologué interrompt ou interdit toute action en justice et arrête ou interdit toute poursuite individuelle tant sur les meubles que les immeubles du débiteur dans le but d'obtenir le paiement des créances qui en font l'objet. Il interrompt, pour la même durée, les délais impartis aux créanciers parties à l'accord à peine de déchéance ou de résolution des droits afférents aux créances mentionnées par l'accord» .

Le législateur de 2005 avait souhaité revenir à une procédure plus contractuelle, voici que l'ordonnance accentue fortement le caractère juridictionnel de l'accord. Ce n'est pas tout :

- Selon l'article L. 611-10-2 nouveau « les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir des dispositions de l'accord constaté ou homologué» .

Le renforcement de la protection est considérable : toutes les sûretés personnelles sont concernées, du cautionnement à la garantie autonome en passant par les lettres d'intention. A la vérité, il est bien difficile de savoir ce qui échappera à la qualification : si l'on excepte les figures que le Code civil désigne spécifiquement comme des sûretés personnelles, la notion de sûretés personnelles n'est pas si précise : faudra-t-il y faire entrer les promesses de porte-fort, voire les *gentlemen's agreement*. Par ailleurs, non seulement ces sûretés sont concernées, mais les sûretés réelles le sont également : la fiducie n'y échappe pas, pas plus que la réserve de propriété...

- L'article L. 611-10-3 du Code de commerce étend à l'accord constaté les dispositions relatives à l'inexécution, et supprime le caractère automatique des déchéances : désormais « le président du tribunal ou le tribunal qui décide la résolution de l'accord *peut* aussi prononcer la déchéance de tout délai de paiement accordé dans le cadre de la procédure »

La procédure de sauvegarde fait également l'objet d'importantes modifications.

3°) Sauvegarde.

Applicabilité. - Selon le nouvel article L.620-1 du Code de commerce, « il est institué une procédure de sauvegarde ouverte sur demande d'un débiteur mentionné à l'article L.620-2, qui sans être en cessation de paiements, justifie de difficulté qu'il n'est pas en mesure de surmonter ». Jusqu'à présent, le débiteur devait justifier « de difficultés, qu'il n'est pas en mesure de surmonter, de nature à le conduire à la cessation des paiements ».

La nouvelle formule devrait éviter quelques difficultés, dont beaucoup étaient assez théoriques. Ainsi certains auteurs se sont-ils interrogés sur la question de savoir s'il convenait que le débiteur justifie de plusieurs « difficultés », le texte étant originellement au pluriel... L'utilisation du singulier devrait les rassurer. Cette interrogation curieuse atteste de ce que la doctrine a du mal à s'acclimater à cette révolution copernicienne du droit des procédures collectives qu'a opérée la loi du 26 juillet 2005. La procédure collective n'est désormais plus nécessairement liée à la cessation des paiements.

L'Ordonnance en tire définitivement les conséquences : il n'est plus fait référence à des difficultés de nature à conduire à la cessation des paiements. Il y a là un aboutissement de la logique initiée en 2005, ainsi qu'un allègement de la charge de la preuve pour le débiteur.

Selon le Rapport présenté au Président de la République, la disparition de l'évocation de la cessation des paiements tendrait à « préserver l'image de la sauvegarde par rapport à celle du redressement judiciaire ». Il y a là sans doute davantage. On plaisantera tant que l'on voudra, mais dès lors qu'elle est réservée à l'initiative du débiteur et que ses conditions sont des plus légères, la sauvegarde est incontestablement une procédure susceptible d'être utilisée dans le cadre d'une politique de gestion de l'entreprise. En termes de politique juridique, l'on peut se demander s'il était bien temps de l'affirmer si clairement.

Protection du débiteur. - Le renforcement de l'attractivité de la sauvegarde passe ici, comme pour le mandat *ad hoc* et la sauvegarde, par la faculté dont dispose le débiteur de proposer au tribunal la désignation d'un administrateur judiciaire (art. L. 621-4 C. com.). Ceci s'inscrit d'ailleurs dans un contexte de renforcement des pouvoirs du débiteur. Il pourra ainsi procéder lui-même à l'inventaire de ses biens, à condition toutefois que cet inventaire soit certifié par un commissaire aux comptes. Il ne sera donc plus nécessaire de désigner un commissaire-priseur judiciaire, un huissier, un notaire ou un courtier en marchandises assermenté. Parallèlement, les compétences concurrentes de l'administrateur sont rognées : seul le débiteur pourra désormais

solliciter du juge-commissaire l'autorisation de procéder à des actes de disposition étrangers à la gestion courante de son entreprise durant la période d'observation (art. L. 622-7-II), ou proposer aux créanciers des substitutions de garanties (art. L.622-8) ou encore saisir le tribunal afin qu'il ordonne une cession partielle de l'entreprise (art. L.622-10).

Fallait-il ainsi priver de l'administrateur de ses compétences ? Cet étranglement des pouvoirs de l'administrateur laisse curieusement entendre que ses intérêts sont antagoniques de ceux du débiteur. Voilà qui est d'autant plus étonnant que le débiteur peut solliciter sa désignation du tribunal. Le débiteur se voit quoi qu'il en soit confié un rôle plus central dans la procédure : il lui revient ainsi d'élaborer le projet de plan de sauvegarde avec le concours de l'administrateur. L'économie est ici inverse de celle qui prévaut encore (V. art. L.623-1 : « L'administrateur, avec le concours du débiteur et l'assistance éventuelle d'un ou plusieurs experts, est chargé de dresser dans un rapport le bilan économique et social de l'entreprise (...) Au vu de ce bilan, l'administrateur propose un plan de sauvegarde... »). L'abrogation de l'article L.626-4 du Code de commerce et l'impossibilité de subordonner l'adoption du plan de sauvegarde à l'éviction des dirigeants ou à l'incessibilité ou la cession forcée des titres suscitent des remarques identiques : l'incitation à recourir à la procédure mérite-t-elle de priver le juge de ces pouvoirs ?

Droit des sûretés. - Le droit des sûretés est également utilisé pour renforcer l'attractivité de la procédure. Certes, certaines mesures tendent seulement à acclimater le droit des sûretés à celui des entreprises en difficulté : par exemple en prenant en compte, en matière de revendications, les biens meubles transférés à l'occasion d'une fiducie et dont le débiteur a conservé l'usage ou la jouissance (L.622-14). De même, la composition des comités de créancier est modifiée, afin de tenir compte des fiduciaires : leur droit de vote est calculé pour les seules créances non garanties.

De nombreuses adaptations se font au détriment des créanciers. L'article L.622-28 du Code de commerce est ainsi rectifié « le jugement d'ouverture arrête le cours des intérêts légaux et conventionnels, ainsi que de tous intérêts de retard et majorations, à moins qu'il ne s'agisse des intérêts résultant de contrats de prêt conclus pour une durée égale ou supérieure à un an ou de contrats assortis d'un paiement différé d'un an ou plus. Les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garanti du présent alinéa peuvent se prévaloir des dispositions du présent alinéa». Il s'agit classiquement de ne pas dissuader les chefs d'entreprise qui se sont portés garants – ou dont les proches se sont portés garants – de déposer le bilan. Les garants se savent ainsi préservés des recours que les créanciers seraient tentés d'exercer à leur égard en raison de la suspension des poursuites dont bénéficie le débiteur. L'on peut toutefois se demander si cette disposition n'est pas exagérément large, dès lors que la notion de sûreté personnelle est incertaine et que l'article porte jusqu'aux sûretés réelles !!

Inopposabilité du droit de rétention attaché au gage sans dépossession. – L'article L.622-7 du Code de commerce est également profondément remanié. Cette disposition prévoit, comme c'est classique, que le jugement d'ouverture emporte interdiction des paiements des créances antérieures au jugement, à l'exception du paiement par compensation des créances connexes. De manière plus neuve, il est cependant prévu que le jugement d'ouverture « emporte, de plein droit, inopposabilité du droit de rétention conféré par le 4^o de l'article 2286 du code civil pendant la période d'observation et l'exécution du plan, sauf si le bien objet du gage est compris dans une cession d'activité décidée en application de l'article L. 626-1 ». Une telle disposition condamne certainement le gage sans dépossession. Inséré par l'article 79 de la loi n°2008-776 du 4 août 2008 dite « LME », l'article 2286 4^o du Code civil reconnaît un « droit de rétention sur la chose : (...) à Celui qui bénéficie d'un gage sans dépossession ». Cette disposition pouvait être prise pour un encouragement au développement du gage sans dépossession. Le gage sans dépossession souffrait en effet jusqu'à cette disposition d'une grave infirmité, dépourvue qu'il était du droit de rétention. Si les droits des créanciers gagistes sont fortement entamés par l'ouverture de la procédure collective et l'interdiction des paiements ou de l'attribution du bien, le bénéfice du droit de rétention constitue une prérogative décisive. En effet, le créancier conserve son droit de

réétention à condition de mentionner l'existence de la sûreté dans la déclaration de créance (*Comp. Cass. com., 8 juin 1999 : JCP E 1999, 1243, rapp. Réméry ; JCP E 2000, 130, obs. crit. M. Cabrillac*). L'article L.622-7 II du Code de commerce ajoute par ailleurs que « le juge-commissaire peut aussi autoriser [le chef d'entreprise ou l'administrateur] à payer des créances antérieures au jugement, pour retirer le gage ou une chose légitimement retenue, lorsque ce retrait est justifié par la poursuite de l'activité ». L'on ne peut donc que regretter que le gage sans dépossession n'ait pas été aligné sur ce modèle, ceci malgré l'article 2286 4° du Code civil. Au prétexte de préserver l'activité du débiteur, en lui permettant de disposer du stock gagé par exemple, voici que le gage sans dépossession est privé de toute efficacité. Il donne lieu à un droit de rétention hémipléique, et devient inopposable au moment précis où il devient crucial au créancier...

L'appréhension de la fiducie par l'Ordonnance suscite des remarques du même ordre. Outre que les personnes physiques ayant « affecté ou cédé des biens en garantie » seront épargnées par les poursuites, l'Ordonnance veille à atténuer les conséquences liées à l'existence d'un patrimoine d'affectation. L'article L. 622-23-1 du Code de commerce dispose en outre « lorsque des biens ou droits présents dans un patrimoine fiduciaire font l'objet d'une convention en exécution de laquelle le débiteur constituant en conserve l'usage ou la jouissance, aucune cession ou aucun transfert de ces biens ou droits ne peut intervenir au profit du fiduciaire ou d'un tiers du seul fait de l'ouverture de la procédure, de l'arrêté du plan ou encore d'un défaut de paiement d'une créance née antérieurement ». Cette disposition est sanctionnée par la nullité du transfert ou de la cession. La volonté de ne pas priver le débiteur de la jouissance d'un tel bien se comprend, mais n'atténue-t-elle pas singulièrement les lignes de force de la fiducie ?

Cohérence – à défaut d'unité – des procédures. - Sur un autre plan, la conversion de la procédure de sauvegarde en redressement a été facilitée : « cette hypothèse de conversion sera très utile lorsque la cession totale de l'entreprise apparaîtra au débiteur comme la seule possibilité de poursuivre l'activité. En effet, cette cession pourra être envisagée sans que le débiteur soit contraint de demander la clôture de la procédure de sauvegarde puis d'attendre la survenue de la cessation des paiements pour bénéficier de l'ouverture d'un redressement judiciaire. Une telle discontinuité était préjudiciable tant au débiteur qu'aux créanciers ». L'on ne saurait mieux dire : à ceci près qu'il aurait sans doute été plus simple de faire de la sauvegarde, comme il fut un temps envisagé, une procédure de redressement anticipée. Le plan du Code de commerce lui-même atteste que ces deux procédures auraient pu être réunies en une seules plutôt que déchirées.

Poursuite de l'activité. – L'Ordonnance propose une nouvelle rédaction –encore – de l'article L.622-13 du Code de commerce – le bon vieil article 37 de la loi du 25 janvier 1985. De manière opportune, la nouvelle formulation commerce par formuler le principe avant d'en examiner les modalités : lisons-le !

« Art. L. 622-13. _ I. – 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 d'une procédure de sauvegarde.

Le cocontractant doit remplir ses obligations malgré le défaut d'exécution par le débiteur d'engagements antérieurs au jugement d'ouverture. Le défaut d'exécution de ces engagements n'ouvre droit au profit des créanciers qu'à déclaration au passif.

II. – L'administrateur a seul la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours en fournissant la prestation promise au cocontractant du débiteur.

Lorsque la prestation porte sur le paiement d'une somme d'argent, celui-ci doit se faire au comptant, sauf pour l'administrateur à obtenir l'acceptation, par le cocontractant du débiteur, de délais de paiement. Au vu des documents prévisionnels dont il dispose, l'administrateur s'assure, au moment où il demande l'exécution, qu'il disposera des fonds nécessaires à cet effet. S'il s'agit

d'un contrat à exécution ou paiement échelonnés dans le temps, l'administrateur y met fin s'il lui apparaît qu'il ne disposera pas des fonds nécessaires pour remplir les obligations du terme suivant.

III. – Le contrat en cours est résilié de plein droit :

1o Après une mise en demeure de prendre parti sur la poursuite du contrat adressée par le cocontractant à l'administrateur et restée plus d'un mois sans réponse. Avant l'expiration de ce délai, le juge-commissaire peut impartir à l'administrateur un délai plus court ou lui accorder une prolongation, qui ne peut excéder deux mois, pour se prononcer ;

2o A défaut de paiement dans les conditions définies au II et d'accord du cocontractant pour poursuivre les relations contractuelles. En ce cas, le ministère public, l'administrateur, le mandataire judiciaire ou un contrôleur peut saisir le tribunal aux fins de mettre fin à la période d'observation.

IV. – A la demande de l'administrateur, la résiliation est prononcée par le juge-commissaire si elle est nécessaire à la sauvegarde du débiteur et ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts du cocontractant.

V. – Si l'administrateur n'utilise pas de la faculté de poursuivre le contrat ou y met fin dans les conditions du II ou encore si la résiliation est prononcée en application du IV, l'inexécution peut donner lieu à des dommages et intérêts au profit du cocontractant, dont le montant doit être déclaré au passif. Le cocontractant peut néanmoins différer la restitution des sommes versées en excédent par le débiteur en exécution du contrat jusqu'à ce qu'il ait été statué sur les dommages et intérêts.

« VI. – Les dispositions du présent article ne concernent pas les contrats de travail. Elles ne concernent pas non plus le contrat de fiducie, à l'exception de la convention en exécution de laquelle le débiteur conserve l'usage ou la jouissance de biens ou droits transférés dans un patrimoine fiduciaire ».

Si elle n'est pas révolutionnaire, cette nouvelle rédaction est opportune. Plus claire et mieux articulée, elle conduit à davantage de souplesse : il est désormais permis à l'administrateur de demander au juge-commissaire de prononcer la résiliation du contrat en cours si la sauvegarde du débiteur le requiert et si la rupture ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts du cocontractant. Tout sera ici affaire d'appréciation souveraine. Dans le même ordre d'idée, l'article L. 622-14, relatif à la poursuite du bail, a été réécrit – une fois de plus, lui aussi – afin de le rendre plus lisible et de résoudre une bonne fois pour toutes les difficultés liées à son articulation avec l'article L. 622-13.

Déclaration du passif. – L'article L.622-26 dispose « les créances non déclarées régulièrement dans ces délais sont inopposables au débiteur pendant l'exécution du plan et après cette exécution lorsque les engagements énoncés dans le plan ou décidés par le tribunal ont été tenus. Pendant l'exécution du plan, elles sont également inopposables aux personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie ». Cet article comble un vide, mais de manière bien curieuse : la créance n'étant plus éteinte en cas de défaut de déclaration, ceci depuis la réforme du 26 juillet 2005, les garants pouvaient théoriquement – et pratiquement aussi, d'ailleurs – être poursuivis par les créanciers lors même qu'ils n'avaient pas procédé à la déclaration. Le sort du débiteur et du garant sont une nouvelle fois distingués : le débiteur bénéficie de l'inopposabilité de la créance pendant et après l'exécution du plan, pour peu qu'il soit correctement exécuté. La créance existe mais – curieusement... – elle est définitivement inopposable. Au moins, cela permet d'expliquer que la créance survive à l'égard du garant, et qu'elle lui soit opposable après l'exécution du plan !! Il est regrettable que ce dispositif aboutisse, le cas échéant, à faire peser la charge de la dette sur les épaules du garant. A

moins que l'interprétation de ce texte soit suffisamment restrictive pour conduire à admettre que l'inopposabilité ne s'exerce qu'à l'égard du créancier

4°) Redressement judiciaire.

Définition de la cessation des paiements. - Les aménagements du redressement judiciaire ne sont pas négligeables. L'article L.631-1 du Code de commerce est en effet complété comme suit : « Le débiteur qui établit que les réserves de crédit ou les moratoires dont il bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face au passif exigible avec son actif disponible n'est pas en cessation des paiements ». Si la jurisprudence n'était pas d'une totale clarté, cette nouvelle disposition semble la contredire (V. par ex. Cass. com. 14 mai 2002, D.2002 A.J. p. 1837, obs. A. Lienhard et la jurisprudence citée). Le législateur tend à retarder l'ouverture de la cessation des paiements. Elle relativise la déconnexion de la sauvegarde et de la cessation des paiements et la volonté de distinguer nettement les deux procédures. L'on comprend en revanche que le législateur ait pris garde de ménager une passerelle plus simple de l'une à l'autre de ces procédures !

Cette définition influe évidemment sur l'étendue de la période suspecte : le champ de la nullité s'épuise. Ceci d'autant que tout est fait pour éviter que les actes accomplis durant la procédure de sauvegarde puissent être atteints par une éventuelle nullité : « Lorsqu'il a été fait application de l'article L. 621-12, le jugement d'ouverture mentionné aux premier et deuxième alinéas est celui de la procédure de sauvegarde et le point de départ du délai mentionné au quatrième alinéa est le jour du jugement ayant converti la procédure de sauvegarde ». Le même souci se retrouve dans le nouvel article L. 632-1 du Code de commerce, qui, suivant l'exposé des motifs, « restreint le champ des nullités affectant les contrats de fiducie et leurs avenants conclus pendant la période suspecte aux fins de garantie, en réservant cette sanction aux hypothèses où les sûretés ont été constituées pour garantir des dettes antérieurement contractées ». Le dispositif est parachevé par la modification de l'article L.650-1 du Code de commerce : la nullité des garanties en cas de disproportion n'est plus de droit, elle devient facultative. Tout est ainsi fait pour atténuer les conséquences de la responsabilité du créancier : peut-être aurait-il été préférable de ne pas fragiliser leurs garanties.

5°) Liquidation.

Généralité. – Quant aux dispositions relatives à la liquidation, suivant la nouvelle logique adoptée en 2005, elles tendent à faciliter les opérations de cession. Elles ne bouleversent guère l'économie de la procédure. Au-delà d'amélioration technique et purement processuelles – par exemple l'adaptation des dispositions relatives à la vente d'immeuble afin de prendre en considération la réforme de la saisie immobilière - elle favorise la liquidation simplifiée, au point de la rendre obligatoire lorsque certains seuils, qui seront définis par décret en Conseil d'Etat, seront atteints. La possibilité de poursuivre les contrats en cours est clairement affirmé, y compris en dehors du maintien provisoire de l'activité, ceci afin de faciliter la poursuite des contrats nécessaires à la préservation puis à la réalisation de l'actif.

Restauration des droits de certains créanciers. - Sur un autre plan, les créances nées en raison d'une prestation fournie au débiteur personne physique pour ses besoins personnels sont réintégrées dans les créances privilégiées. L'ordonnance restaure, un peu, les droits des créanciers en cas de liquidation : C'est qu'il n'est plus temps, à ce stade de la procédure, d'organiser encore la protection du débiteur. Suivant l'article L. 641-11-1 du Code de commerce, les dispositions relatives à la poursuite des contrats « sont également inapplicables au contrat de fiducie et à la convention en exécution de laquelle le débiteur constituant conserve l'usage ou la jouissance de biens ou droits transférés dans un patrimoine fiduciaire ». Surtout, l'article L.642-12 du Code de commerce restitue son effet au droit de rétention « acquis » (sic) sur des biens : le créancier gagiste sans dépossession devrait ici récupérer un peu de ses prérogatives...