

Auteurs : Serge Pelletier & Philippe Brunswick

Objet : Principaux éléments du projet de modification de la Loi de Sauvegarde

La Loi de Sauvegarde a diversifié les procédures collectives. Les pouvoirs publics les trouvant toujours insuffisamment utilisées, l'objet de la réforme est de les rendre plus attractives, notamment les procédures de traitement précoce. Les procédures de mandat *ad hoc* et de conciliation emportent en effet l'adhésion d'entreprises de plus en plus nombreuses et de leurs créanciers, puisqu'elles sont confidentielles, sauf exception procédurale (en cas d'homologation de l'accord), et surtout, elles procèdent d'un processus purement contractuel.

Dans le prolongement de la Loi de Sauvegarde, les modifications prévues tendent, notamment, à rendre ces procédures encore plus attractives avec, parfois, des précisions qui peuvent apparaître contreproductives par rapport à l'objectif poursuivi.

Les principales précisions et innovations apportées par le projet de réforme sont, selon les procédures instituées par le Livre VI du Code de commerce, les suivantes.

1.1 - Mandat ad hoc :

Le texte officialise la pratique qui consiste, pour le débiteur, à proposer le nom du mandataire désigné par le Président du Tribunal.

1.2 - Conciliation :

De même que pour le Mandat *ad hoc*, le débiteur peut proposer le nom du conciliateur.

Le Président peut faire appel à un expert après l'ouverture.

L'arrivée du terme n'emporte pas de plein droit la fin de la procédure dès lors que le Tribunal est saisi d'une demande d'homologation de l'accord.

Il ne sera pas possible d'ouvrir successivement deux procédures de conciliation dans une même période de 3 mois.

Les deux types d'accords pouvant intervenir dans le cadre de la conciliation (homologués et constatés) auront les mêmes effets (à quelques ajustements près) et, notamment, l'arrêt des poursuites individuelles (dont profitent les cautions, garants, coobligés).

Le juge de l'homologation ne pourra pas imposer des délais de grâce (1244 et suivant du Code civil) aux créanciers récalcitrants après conclusion de l'accord : seul le juge qui a ouvert la procédure le pourra.

La décision ouvrant la procédure de conciliation est communiquée au ministère public et, le cas échéant, aux commissaires aux comptes.

Le projet affine les voies de recours. :

- L'appel et le pourvoi seront possibles à la demande du Ministère public contre l'ordonnance d'ouverture

- le jugement d'homologation n'est susceptible que d'un appel et d'un pourvoi de la part du Ministère public et de la part des parties à l'accord en cas de contestation relative au privilège de « *New Money* ».

1.3 - La sauvegarde :

Une des innovations envisagées consiste à modifier le critère d'ouverture en supprimant, dans la nature des difficultés que l'entreprise n'est pas en mesure de surmonter, la référence à la cessation des paiements : « *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 des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter* ».

Ensuite, le projet tente d'éliminer certaines dispositions ressenties comme vexatoires pour le dirigeant :

- la possibilité de l'évincer pour l'adoption du plan est supprimée ;
- la mission d'assistance de l'administrateur n'existera qu'à la demande expresse du débiteur ou du Ministère public.

La solution du plan de cession totale sera désormais acceptée en sauvegarde.

Les effets de la résolution du plan de sauvegarde seront atténués : plutôt qu'une liquidation judiciaire directe, on permettra l'ouverture d'un redressement judiciaire.

1.4 - Dispositions communes à la sauvegarde et au redressement judiciaire :

Les comités de créanciers :

- le projet tient compte de la circulation des créances : les établissements de crédit et assimilés, ainsi que tout titulaire d'une créance qu'il a acquise auprès d'un tel établissement, seront membres de plein droit du comité des établissements de crédit. La faculté d'en faire partie deviendrait un accessoire de la créance ;
- chaque fournisseur est membre de droit du comité des fournisseurs lorsque ses créances représentent au moins 3 % du total des créances des fournisseurs ;
- les décisions des comités sont prises à la majorité des deux tiers du montant des créances détenues ;
- les obligataires étrangers seront soumis à la loi française quelle que soit la loi applicable au projet d'émission.

Pour les créanciers qui n'ont pas déclaré leur créance, le projet prévoit une réponse favorable au débiteur. Ainsi, le créancier négligent verra sa créance inopposable au débiteur en cours de procédure, puis pendant l'exécution du plan. Dans sa rédaction actuelle, le texte prévoit que cette inopposabilité est maintenue après l'exécution du plan, en cas de parfaite exécution des engagements qui y sont compris.

En matière de contrats en cours, le projet prévoit :

- la possibilité au cours de la période d'observation de lever l'option d'achat du crédit bail ;
- que les règles relatives aux contrats en cours généralement et celles du bail sont cumulatives (résiliation de plein droit en l'absence de réponse dans le délai d'un mois à compter de la mise en demeure) ;
- qu'il y ait ou pas poursuite d'activité, les règles relatives aux contrats en cours s'appliquent à la liquidation judiciaire ;
- éventuellement la possibilité, pour le mandataire de justice, d'imposer la résiliation du contrat.

Certaines innovations touchent la nomination des mandataires de justice. Le projet prévoit que :

- le tribunal doit motiver sa décision s'il ne suit pas la proposition du Ministère public relativement à sa proposition de nomination (ce qui peut sembler contreproductif au regard de l'attractivité de la sauvegarde notamment) ;
- le Ministère Public peut s'opposer à ce qu'un Mandataire *ad hoc* ou un conciliateur soit désigné en qualité d'administrateur judiciaire ou de liquidateur.

Le droit de rétention accordé au gagiste sans dépossession qui existait déjà pour le véhicule automobile a été généralisé par l'article 2286 nouveau du Code civil. Le projet d'ordonnance en tient compte : il sera possible de payer le créancier contre la libération du bien et son gage se reportera sur le prix de cession. L'intérêt est notamment d'être en mesure de vendre un bien au cours de la période d'observation pour déboucler un contrat avec un client.

Le projet se préoccupe également de la fiducie, notamment de la fiducie-sûreté. Il prévoit que :

- Le juge-commissaire peut autoriser un paiement pour obtenir le retour des biens et droits transférés à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire, lorsque ce retrait ou ce retour est justifié par la poursuite de l'activité.
- Les effets de la fiducie sont paralysés pendant la période d'observation ou le plan de sauvegarde ou de redressement. Le bien reste dans le patrimoine fiduciaire (d'autant que le contrat de fiducie échappe aux règles du contrat en cours). Le bien ne peut donc pas être affecté au bénéficiaire.
- Le contrat de mise à disposition du bien transféré dans un patrimoine fiduciaire est soumis aux règles des contrats en cours et peut donc être poursuivi par l'administrateur judiciaire

En revanche, en cas d'inexécution du plan à son égard, le fiduciaire pourra s'approprier le bien objet de la fiducie. De même le créancier fiduciaire est protégé contre les effets indésirables de la procédure collective, notamment en cas de cession :

- il est exclu des comités de créanciers ;
- la convention de mise à disposition ne peut pas être cédée au cessionnaire ;
- les biens entrant dans le patrimoine fiduciaire ne peuvent pas être cédés dans le cadre du plan de cession.

* * *
* *