

Le projet de réforme n'est pas un *Chapter 11* à la française

Le *Chapter 11* du droit américain n'a que partiellement inspiré l'avant-projet de loi. Cette importation sous une forme incomplète et disloquée risque de ne pas produire les mêmes effets vertueux qu'aux États-Unis.



PHILIPPE MÉTAIS
Avocat associé
White & Case

L'INEFFICACITÉ DES PROCÉDURES collectives françaises en leur formule actuelle est pour le moins patente : 90 % des entreprises en dépôt de bilan sont immédiatement liquidées, les autres faisant l'objet d'un plan de redressement qui porte bien mal son nom, puisque dans la moitié des cas, il échoue en moins de trois ans.

À côté de ces piètres résultats, la procédure prévue par le Chapitre 11 du *Bankruptcy Code* américain, qui conduit seulement 27 % des entreprises placées sous sa protection à la liquidation, semble faire figure de modèle. Le garde des Sceaux a ouvertement exprimé son intérêt pour cette formule, allant jusqu'à se rendre aux États-Unis pour en étudier les modalités d'application.

Cependant, une analyse attentive des dispositions de l'avant-projet de loi présenté le 14 octobre 2003 permet de constater que la parenté avec le *Chapter 11* n'est pas si étroite que l'on a bien voulu nous le présenter. Deux des dispositifs instaurés par le projet de Dominique Perben sont, certes, inspirés du droit américain des faillites, mais on est encore loin du « Chapitre 11 à la Française » souhaité par la Fédération bancaire française. Amputé de certaines des dispositions clés du droit américain, le dispositif n'est guère assuré de produire les mêmes effets qu'outre-Atlantique. Pis, les éléments empruntés au droit américain sont disséminés au sein

de deux procédures distinctes, le redressement amiable et le redressement judiciaire anticipé, si bien qu'aucune des deux ne reproduit la cohérence globale du *Chapter 11*.

L'INSPIRATION DU CHAPTER 11

L'inspiration du *Chapter 11* est la plus perceptible au sein du redressement amiable, nouvelle procédure issue du règlement amiable.

Tout d'abord, le redressement amiable est ouvert à « toute entreprise commerciale ou artisanale qui éprouve une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, de nature à compromettre la continuité de son exploitation, ou des besoins ne pouvant être couverts par un financement adapté à ses possibilités, ou qui se trouve, depuis moins d'un mois, en état de cessation des paiements »¹. Par cette longue définition, le législateur entend accorder le bénéfice de la nouvelle procédure aux entreprises « en difficulté », sans exiger qu'elles aient atteint le stade fatidique de la cessation des paiements. Les critères ainsi retenus sont assez proches de ceux du *Chapter 11*, qui s'applique aux entreprises « insolubles » au sens strict, c'est-à-dire qui risquent de se trouver dans l'incapacité de régler leurs dettes à court ou moyen terme.

Une fois saisi par le débiteur, le Président du tribunal de commerce désigne un conciliateur dont la mission est « de

L'auteur tient à remercier vivement Alix Choppin de Janvry pour son aide à la rédaction de cet article.

1 Article L 611-3 II modifié du Code de commerce.
2 Article L 611-3-1 nouveau du Code de commerce.
3 Article L 611-4-1 nouveau du Code de commerce.
4 Article L 621-1 modifié du Code de commerce.
5 Article L 621-40 modifié du Code de commerce.
6 11 US Code § 1104.

surveiller les opérations de gestion de l'entreprise et de négocier la conclusion d'un accord avec les créanciers de celle-ci »². On retrouve dans cette disposition le souci du *Chapter 11* d'associer activement les créanciers au redressement de l'entreprise. Enfin, la marge de manœuvre accordée au débiteur pendant la période de conciliation est directement empruntée au droit américain : s'il reste en charge de la gestion quotidienne, il ne peut « faire des actes étrangers à la gestion courante de l'entreprise sans l'autorisation du Président du tribunal »³. La procédure est close par l'homologation de l'accord ainsi conclu, étape qui semble calquée sur la « confirmation » effectuée par le juge américain.

Le *Chapter 11* a également inspiré au législateur français l'instauration du redressement judiciaire anticipé, c'est-à-dire ouvert aux entreprises justifiant de « de difficultés avérées ou prévisibles, susceptibles d'entraîner à bref délai la cessation des paiements »⁴. L'ouverture de cette procédure emportera, comme en droit américain, l'arrêt des poursuites des créanciers⁵.

Cependant il serait excessif de voir dans le texte présenté par Dominique Perben la transposition du *Chapter 11* en droit français. Le droit américain n'a guère joué d'autre rôle que celui de source d'inspiration partielle, et de nombreuses divergences entre les deux dispositifs subsistent.

UN TRAITEMENT EN DROIT FRANÇAIS ÉLOIGNÉ DES DISPOSITIONS DU CHAPTER 11

L'objectif du *Chapter 11* étant d'offrir aux entreprises en difficulté un cadre sécurisé pour opérer une restructuration efficace, l'entreprise débitrice en est l'acteur principal. Elle conserve tout d'abord la propriété de ses actifs, devenant ainsi le *debtor-in-possession*. Corrélativement, l'ouverture de la procédure est sans effet sur la gestion quotidienne, qui reste entre les mains des dirigeants antérieurs. La nomination par le juge des faillites d'un *trustee* chargé de surveiller les opérations du débiteur n'est possible qu'en cas de fraude, incompétence ou erreur de gestion caractérisée⁶, et reste marginale en pratique. ●●●

Le *debtor-in-possession* dispose en outre d'une période d'exclusivité de 120 jours à compter de l'ouverture de la procédure, au cours de laquelle il est le seul à pouvoir présenter un plan de restructuration. Enfin, le droit américain lui accorde le privilège de sélectionner, parmi les contrats auxquels il est partie, ceux qu'il souhaite poursuivre. En France, un droit similaire existe dans le cadre du redressement judiciaire, mais au bénéfice exclusif de l'administrateur judiciaire.

D'une manière générale, le droit français semble se méfier des dirigeants de l'entreprise en difficulté, et confère des pouvoirs étendus aux mandataires de justice nommés par le tribunal de commerce. Lorsque l'entreprise est en cessation des paiements, la mission de l'administrateur consiste entre autres à assister le débiteur pour la gestion de l'entreprise, voire à s'y substituer entièrement⁷, à procéder à l'inventaire du

“D'une manière générale, le droit français semble se méfier des dirigeants de l'entreprise en difficulté, et confère des pouvoirs étendus aux mandataires de justice.”

patrimoine, à établir un bilan économique et social auquel le débiteur ne fait que concourir⁸. Dans le cadre du redressement judiciaire anticipé, ces prérogatives ne sont que faiblement

allégées : l'administrateur ne peut assurer seul la gestion de l'entreprise. Cette véritable mise sous tutelle du débiteur, très éloignée des dispositions du *Chapter 11*, n'est donc guère modifiée par l'avant-projet de loi.

Une autre divergence majeure demeure quant au rôle dévolu aux créanciers, notamment dans l'élaboration du plan de redressement. Dans le *Bankruptcy Code* américain, les créanciers sont convoqués par le juge des faillites, dès l'ouverture de la procédure, à une réunion où le débiteur est interrogé sous serment. Le plan de restructuration est ensuite établi par négociation avec les différentes classes de créanciers, définies en fonction de la nature des créances. Son acceptation dépend du vote de chaque classe : une classe est considérée comme ayant approuvé le plan si les créanciers qui détiennent les

deux tiers des intérêts de la catégorie ont voté pour à la majorité simple. Si toutes les classes acceptent le plan, celui-ci est présenté au juge pour la confirmation. Dans le cas contraire, le juge a le pouvoir de l'imposer aux classes récalcitrantes, à condition que ses dispositions soient équitables et n'accordent pas aux créanciers un traitement moins avantageux que celui qui résulterait de la liquidation de l'entreprise.

UN DISPOSITIF MOINS EFFICACE

En France, l'avant-projet de loi prévoit un processus de négociation entre le débiteur et ses créanciers, dans le cadre du redressement amiable. Cependant il y a fort à parier que ce dispositif ne sera pas aussi efficace que le *Chapter 11*, dans la mesure où l'ouverture de la procédure n'emportera pas la suspension des poursuites. En outre, le juge ne disposera d'aucun pouvoir de décision quant au contenu de l'accord, et l'exigence d'unanimité des créanciers pour l'acceptation de l'accord est maintenue. Enfin, la négociation reste absente du redressement judiciaire : l'administrateur propose des délais et remises au représentant des créanciers, qui se charge de recueillir l'accord de ceux-ci. L'état des réponses est adressé à l'administrateur en vue de l'établissement de son rapport. Le débiteur et le représentant des créanciers sont certes consultés sur ce rapport⁹, mais le choix des dispositions de l'éventuel plan de redressement appartient en dernier ressort au tribunal. Le sort de l'entreprise repose donc de bout en bout entre les mains de personnes qui n'y sont pas directement intéressées.

Les similitudes entre le droit français des procédures collectives, tel qu'il résulterait de l'adoption de l'avant-projet de loi Perben, et le *Chapter 11* du *Bankruptcy Code* américain ne l'emportent donc pas encore sur les divergences. D'aucuns se réjouiront sans doute de cette résistance à l'impérialisme du droit américain, mais il faut surtout déplorer l'importation du *Chapter 11* sous une forme incomplète et disloquée qui, ne pouvant produire les mêmes effets vertueux qu'aux États-Unis, risque avant tout d'ajouter à la complexité du dispositif français. ■

7 Article L 621-22 modifié du Code de commerce.

8 Article L 621-54 du Code de commerce.

9 Articles L 620-60 et L 620-61 du Code de commerce.