

# LOI DU 26 JUILLET 2005

## RÉFORME DE LA RÉFORME



**Bruno  
Berger-Perrin**

Ancien bâtonnier de  
l'Ordre des avocats  
du barreau des  
Hauts-de-Seine

Directeur du  
département  
règlement des  
contentieux  
**Cabinet FIDAL**

L'échec de la nouvelle  
procédure de sauvegarde  
a conduit le président de la  
République à en demander  
la réforme, moins de trois  
ans après sa création.

L'avant-projet d'ordonnance  
du 8 avril 2008 prend en  
considération les attentes  
des dirigeants d'entreprise  
sur ce sujet ; mais il doit  
être complété avec des  
dispositions plus favorables  
aux créanciers.

Lors de son intervention du 6 septembre 2007 au tribunal de commerce de Paris, le président de la République a qualifié la nouvelle procédure de sauvegarde de "demi-mesure qui n'est même pas à moitié appliquée". Et d'ajouter : "J'ai demandé à Christine Lagarde et à Rachida Dati d'élaborer un projet de loi qui donnera aux entrepreneurs qui estiment cette aide nécessaire un accès facilité à la procédure".

L'objectif poursuivi est d'élargir l'accès à la procédure de sauvegarde afin d'en accroître le nombre de manière très significative. Cela en laissant au juge la prérogative de cette ouverture et en conservant le principe de l'anticipation du traitement des difficultés des entreprises. Il faut dire qu'avec 500 procédures ouvertes

par an depuis l'entrée en vigueur de la loi – et au regard des quelque 50 000 procédures d'insolvabilité ouvertes annuellement pendant la même période –, on peut effectivement parler d'échec malgré les lots de consolation que constituent les affaires emblématiques Eurotunnel ou Libération. Le constat s'aggrave d'ailleurs encore lorsque l'on sait que, sur 100 procédures de sauvegarde ouvertes, 45 sont converties tôt ou tard en redressement ou en liquidation judiciaire.

### UN ÉCHEC ANNONCÉ

Mais on peut aussi parler d'un échec annoncé, dont les raisons avaient été largement soulignées lors de l'élaboration de la loi.

La première de ces causes est l'utilisation d'une procédure collective – avec tous ses avantages, mais aussi tous ses inconvénients – pour traiter les difficultés d'une entreprise qui, par définition, n'est pas en état de cessation des paiements. Malgré toutes les mesures attrayantes que le législateur a introduites dans cette nouvelle procédure pour inciter les chefs d'entreprise à y recourir (missions minimales de l'administrateur judiciaire, préservation de la rémunération du dirigeant, liberté de cession des actions, sort favorable donné aux cautions - personnes physiques), celles-ci ne sont la plupart du temps pas jugées suffisantes pour compenser le très lourd handicap que constituent le gel du passif et l'arrêt

des poursuites individuelles, tant à l'égard des clients que des fournisseurs de l'entreprise.

A contrario, le fait d'ouvrir une procédure collective avec ces mêmes caractéristiques constitue un coup de tonnerre pour les créanciers qui, par hypothèse, ne l'auront pas vu venir puisque leur débiteur ne présentait aucun signe apparent de cessation des paiements et se trouvent ainsi piégés après avoir traité en toute confiance avec ce débiteur.

Les mêmes créanciers ont ensuite du mal à admettre qu'un débiteur qui, au départ, n'était pas en état de cessation des paiements, obtienne judiciairement jusqu'à dix ans de délais pour faire face à ses obligations.

C'est bien pourquoi l'accent avait été mis, dès l'origine, sur le rôle essentiel du juge dans l'appréciation de la situation qui lui est soumise, pour éviter deux écueils contradictoires : ouvrir une procédure de sauvegarde alors que l'entreprise est en réalité déjà en état de cessation des paiements, ouvrir une procédure de sauvegarde alors que les difficultés de l'entreprise ne justifient pas une mesure aussi extrême.

### L'AVANT-PROJET D'ORDONNANCE EN DATE DU 8 AVRIL 2008

En pratique, il faut rendre hommage aux juridictions qui, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2006, ont fait dans l'ensemble une application extrêmement raisonnable de la loi, même si certains

exemples, comme le dossier Photoservice, sont pour le moins discutables. Il est d'ailleurs symptomatique que la Cour de cassation ait dû mettre un terme à sa jurisprudence traditionnelle en matière de date à laquelle la situation d'une entreprise doit s'apprécier (date d'ouverture de la procédure par le premier juge et non plus date à laquelle la juridiction saisie d'un recours statue), ceci pour ne pas donner le coup de grâce à une procédure de sauvegarde déjà mal en point. Mais il n'est pas sûr que ce coup de pouce de la Cour suprême soit vraiment conforme aux intérêts en présence ni, tout simplement, à la justice. En tout état de cause, il n'a pas été suffisant pour donner une existence réelle à cette procédure de sauvegarde, ce que le président de la République n'a fait que constater.

C'est dans ce contexte qu'après une large concertation et la publication d'un premier document de travail par le ministère de l'Économie en date du 25 janvier 2008, le ministère de la Justice a mis en circulation un avant-projet d'ordonnance en date du 8 avril 2008. En effet, la réforme de la Loi de sauvegarde des entreprises est prévue par voie d'ordonnance, ce qui nous privera d'un débat parlementaire et ce qui rend d'autant plus nécessaire un examen critique du projet avant que le Gouvernement ne soit autorisé à légiférer par cette voie.

### UNE PROCÉDURE PLUS EFFICACE POUR LES DIRIGEANTS D'ENTREPRISE

Comme on l'a vu, cette réforme voulue par le président de la République avait pour objectif affiché de rendre la procédure de sauvegarde elle-même plus attrayante et plus efficace. C'est dans ce but que la quasi-totalité des propositions contenues dans le projet d'ordonnance vise à enlever aux dirigeants d'entreprise les craintes qu'ils pouvaient entre-

tenir au vu de la rédaction de la loi du 26 juillet 2005 :

- la nouvelle procédure de sauvegarde serait désormais ouverte sur la demande d'un débiteur qui, sans être en cessation des paiements, justifierait de difficultés qu'il ne serait pas en mesure de surmonter ;

- cette procédure ne pourrait plus être étendue à d'autres personnes en cas de confusion de patrimoines ou de "fictivité" de la personne morale ;

- l'administrateur désigné dans le cadre d'une procédure de sauvegarde pourrait toujours se voir confier une mission de simple surveillance ou d'assistance, mais cette dernière ne pourrait être décidée qu'à la demande du débiteur ou du Ministère public ;

- ce serait désormais les personnes physiques, co-obligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou réelle, qui pourraient se prévaloir de l'arrêt du cours des intérêts légaux et de la suspension des poursuites pendant la période d'observation, et qui pourraient ensuite se prévaloir des dispositions du plan de sauvegarde ;

- le plan de sauvegarde pourrait désormais prévoir la cession totale de l'activité, soumise comme les cessions partielles à l'intégralité des dispositions applicables à la cession de l'entreprise en liquidation judiciaire ;

- le projet de plan serait désormais le fait du débiteur lui-même, avec le concours de l'administrateur ;

- seraient supprimées toutes les dispositions permettant de subordonner l'adoption du plan de sauvegarde, à la demande du Ministère public, au remplacement des dirigeants ou à l'incessibilité ou à la cession forcée de leurs actions ;

- le constat de la cessation des paiements du débiteur au cours de l'exécution du plan de sauvegarde et sa résolution entraîneraient l'ouverture

d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, selon que les conditions de l'une ou l'autre sont réunies ;

- le comité des établissements financiers (les établissements de crédit et assimilés) verrait sa composition déterminée au vu des créances existant à la date du jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde, et comprendrait tout créancier titulaire d'une créance détenue à l'origine par l'un d'eux.

**“ Il serait possible d'améliorer la procédure de sauvegarde en éliminant ce qui la rapproche d'une procédure collective et que rien ne justifie, s'agissant d'une entreprise qui n'est pas en état de cessation des paiements. ”**

### POUR SUIVRE LA RÉFORME EN FAVEUR DES CRÉANCIERS

Mais aucune des mesures proposées ne vise à enlever à l'actuelle procédure de sauvegarde tout ce qui la rend rébarbative, voire intolérable, pour les créanciers de l'entreprise. Or il serait possible d'améliorer considérablement cette procédure de sauvegarde en éliminant tout ce qui la rapproche d'une procédure collective et que rien ne justifie, s'agissant d'une entreprise qui n'est pas en état de cessation des paiements.

C'est ainsi qu'ont été suggérées :

- l'exclusion du gel du passif de toutes les dettes circulantes ;

- la réunion obligatoire de tous les créanciers concernés en comités ;

- la suppression de la vérification du passif ;

- l'impossibilité pour le tribunal d'imposer un plan en l'absence d'accord de tous les comités de créanciers.

Faute de prendre ces suggestions en considération, la réforme envisagée risque de n'avoir aucun résultat concret. Enfin, il est dommage de ne pas profiter de cette réforme pour utiliser la notion européenne de centre des intérêts principaux en permettant à un tribunal d'ouvrir des procédures séparées à l'égard de sociétés d'un même groupe, même si elles ont leur siège dans des ressorts différents et même lorsqu'il n'y a pas confusion des patrimoines ni "fictivité" des personnes morales. ■