

Table ronde 1 : l'ordonnance du 18 décembre 2008 **et les autres nouveaux outils**

Yves LELIEVRE
Vice-Président du Tribunal de Commerce de Nanterre

Cette première table ronde de la journée a pour but d'analyser précisément l'ordonnance du 18 décembre 2008 qui vise notamment à encourager la procédure de conciliation. Elle incite également à la procédure de sauvegarde par l'assouplissement de ses conditions d'ouverture et l'extension des prérogatives des chefs d'entreprise. La prévention est ici considérée comme l'alternative souhaitable de la liquidation judiciaire.

Par cette ordonnance, nous devons impulser la culture de l'anticipation. La sauvegarde de l'activité et de l'emploi est prioritaire. Au cours de cette table ronde, nous essaierons donc de régler quelques problèmes qui se posent sur la prévention à l'amiable et les nouveaux outils à disposition.

Pour commencer nos débats, nous abordons maintenant la question de l'encadrement plus strict de la conciliation dans l'ordonnance du 18 décembre 2008. En effet, le délai antérieur de quatre mois et prorogeable d'un mois, est maintenu ; toutefois l'ordonnance précise qu'une demande d'homologation formulée avant l'expiration de ce délai entraîne le prolongement de la mission du conciliateur et de la procédure jusqu'à la décision du tribunal.

En outre, l'ordonnance exclut la possibilité d'ouvrir une nouvelle conciliation dans les trois mois qui suivent la fin de la mission du conciliateur. Les questions que je pose à Monsieur Daudier de Cassini sont donc les suivantes : un tel encadrement de la conciliation est-il souhaitable ? Ne serait-il pas préférable de laisser aux parties plus de souplesse dans le temps ?

Jean-Dominique DAUDIER DE CASSINI
Avocat associé (Weil Gotschal Manges)

L'article trois de l'ordonnance modifie l'article 606 sur la conciliation en en précisant premièrement la durée. L'ancien texte impliquait que l'homologation devait intervenir dans le délai de cinq mois, un laps de temps non maîtrisable ni par le conciliateur, ni par le chef d'entreprise. Nous étions donc régulièrement confrontés à des incertitudes sur le bon déroulement des étapes de l'homologation. Le nouveau texte, en supprimant le premier alinéa de l'article R 611-40, prévoit désormais que le dépôt de l'homologation dans un délai de cinq mois suffit. Cette modification, en assurant une maîtrise plus convenable des temps impartis, permet de maintenir pendant cinq mois des négociations avec les principaux créanciers.

En outre, le nouveau texte interdit l'enchaînement de procédures de conciliation. Le délai entre deux procédures de conciliation, fixé initialement à 12 mois, a finalement été réduit à trois mois. Le projet d'ordonnance indiquait que l'ouverture d'une deuxième conciliation était conditionnée par l'objectif de poursuivre la mission ayant pris fin. Au final, cette précision a été supprimée, ce qui

empêche l'ouverture d'une deuxième conciliation avec un but différent de la première. Pourtant, une procédure à l'amiable implique nécessairement un certain nombre de risques en vue de son homologation. Dans ce cas, la publication de l'homologation peut entraîner des difficultés, notamment auprès des assureurs crédits. J'estime donc que l'annulation de cette partie du texte est préjudiciable aux entreprises, même si cette suppression visait sans doute à limiter les abus.

Certes, il reste la possibilité du mandat *ad hoc* mais celui-ci n'a pas les mêmes atouts que la conciliation. Pour ma part, je considère que l'allongement de la durée de conciliation n'est pas nécessaire, car une absence de solution au bout de cinq mois de négociations est forcément révélatrice d'une situation très grave impliquant une réorientation vers un autre type de procédure.

Par ailleurs, la mention du rythme de la procédure de conciliation dans l'ordonnance amène les partenaires à accepter les contraintes de temps. Or, ces dernières sont beaucoup plus difficiles à accepter dans le cadre d'un mandat *ad hoc*, souvent considéré comme non prioritaire par rapport à d'autres dossiers. Au contraire, la conciliation constitue une procédure forte en raison justement de son encadrement dans le temps, auquel je suis par conséquent favorable, d'autant que les délais restent raisonnables.

Yves LELIEVRE

Vice-Président du Tribunal de Commerce de Nanterre

La question suivante porte sur les obligations d'informations des commissaires aux comptes. En effet, l'ordonnance prévoit que le commissaire aux comptes doit désormais informer de l'ouverture d'une conciliation. Cette évolution traduit clairement une volonté d'associer le commissaire aux comptes de manière plus étroite au règlement à l'amiable. Ne faut-il pas élargir la désignation de droit à un mandataire *ad hoc* ? L'existence d'une conciliation aura-t-elle une incidence sur leur mission ?

Cédric COLAERT

Ernst & Young

La procédure d'alerte comporte plusieurs étapes importantes, jugées parfois trop lentes pour répondre efficacement aux difficultés de l'entreprise.

Le commissaire aux comptes, dès qu'il se rend compte des difficultés d'une société, peut ouvrir une procédure d'alerte de niveau un en adressant un courrier aux organes de l'entreprise pour leur demander précisément les projets de redressement envisagés. Le dirigeant d'entreprise dispose ensuite de quinze jours pour répondre. Si à l'issue de ce délai, le commissaire aux comptes n'est pas satisfait des réponses apportées, il demande la réunion du conseil d'administration de l'entreprise pour recueillir la position des administrateurs par rapport aux difficultés rencontrées. Les organes de l'entreprise obtiennent un nouveau délai de quinze jours pour répondre. Le commissaire aux comptes, une fois ce délai écoulé, a la possibilité de faire convoquer une assemblée générale extraordinaire durant laquelle il lira un rapport spécial informant les actionnaires de l'ensemble des difficultés.

Pour aider le commissaire aux comptes dans son travail, l'entreprise peut lui fournir le budget de l'année suivante (année n+1) qui doit comporter des prévisions d'exploitation et de trésorerie. Or, ce travail, qui se rajoute à l'audition des comptes de l'année passée, s'avère particulièrement fastidieux. En outre, l'estimation d'un budget prévisionnel dans le contexte de crise actuelle est une tâche très difficile pour les commissaires aux comptes. Ces derniers sont donc exposés actuellement à plusieurs risques, en raison d'un début de procédure ou d'une réaction tardive.

Par conséquent, la formation des commissaires aux comptes quant à l'ouverture d'une procédure constitue, selon moi, une évolution très satisfaisante. En effet, la transparence de la procédure permet au commissaire aux comptes de travailler en toute confiance, alors que dans le cas contraire, il a tendance à se demander quels éléments lui ont été dissimulés.

Par ailleurs, je voudrais souligner la grande efficacité du mandat *ad hoc* qui garantit la confidentialité et la rapidité d'action. Dans le cas d'un mandat *ad hoc*, il est préférable de prévenir immédiatement le commissaire aux comptes qui, dès lors, accomplira sa mission dans un esprit positif de redressement de la situation d'une entreprise.

Je précise également qu'en cas de conciliation, un travail mené de concert avec les assureurs crédit est indispensable. Si ce n'est pas le cas, les assureurs crédits peuvent revenir sur leurs mesures conservatrices et pratiquer des ponctions de trésors. De la même manière, si une entreprise s'est gardée de travailler en étroite collaboration avec le commissaire aux comptes, celui-ci est enclin à émettre un avis réservé sur la continuité de l'exploitation.

En dehors des évolutions législatives que je viens d'évoquer, une dernière innovation reste à accomplir ; elle concerne la possibilité de suspension d'une procédure d'alerte, afin d'éviter de la reprendre depuis le départ à chaque nouvel arrêt. Je tiens à préciser que nous utilisons largement la procédure d'alerte pour inciter les dirigeants d'entreprise à contacter les magistrats spécialisés dans la prévention au sein des tribunaux de commerce, ce qui évite la révélation publique de leurs difficultés.

Reinhard DAMMANN
Avocat (Clifford Chance)

J'observe que l'article 234-4 traite des effets de la conciliation sur la procédure d'alerte. Le texte stipule que l'ouverture de la conciliation entraîne automatiquement la fermeture de la procédure d'alerte. Cependant, aucune disposition n'est prévue pour le mandat *ad hoc*. Il n'existe donc pas de parallélisme des formes et je pense qu'il faudrait y remédier.

Yves LELIEVRE
Vice-Président du Tribunal de Commerce de Nanterre

La prochaine question concerne les banques et leurs responsabilités. Le principe directeur de la loi de 2005 consistait justement à encourager les banques dans le règlement des difficultés de l'entreprise, sans engagement de leur responsabilité quant à l'octroi de crédits. L'ordonnance de

2008 a conservé ce principe mais en ajoutant quelques précisions sur les garanties. J'aimerais donc recueillir l'opinion des intervenants de cette table ronde sur deux questions. D'une part, le principe de responsabilité des banques a-t-il assoupli l'octroi de financements aux entreprises en difficulté ? D'autre part, cette évolution ne risque-t-elle pas d'amener de nouveaux risques de contentieux pour les banques ?

François-Xavier LUCAS
Professeur à l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne)

Le principe d'immunité du créancier, régi par l'article L 650-1 du Code de commerce, relevait d'une bonne intention au départ mais n'a pas été traduit dans un dispositif satisfaisant. Je ne suis donc pas persuadé que l'assouplissement recherché ait été obtenu.

À la base, le fait de rassurer les banquiers quant à leur participation à des accords à l'amiable était une idée très saine. Auparavant, un banquier qui s'était impliqué dans le redressement de l'entreprise en consentant à un certain nombre de sacrifices, pouvait par la suite se le voir reprocher en cas d'échec et de placement de l'entreprise en liquidation judiciaire. Il était donc possible d'accuser le banquier, pourtant de bonne volonté, d'avoir maintenu artificiellement en vie une entreprise déjà condamnée. Sur ce point, on ne peut que saluer le souci du législateur de remédier à une situation malsaine.

Néanmoins, le dispositif introduit par la loi de sauvegarde en 2005 n'est pas véritablement convaincant. En effet, le principe d'immunité est assorti d'exceptions si complexes à comprendre qu'elles créent au final encore plus d'incertitudes qu'auparavant. Ainsi, le banquier ne maîtrise pas complètement la variable de responsabilité, en raison de trois exceptions sujettes aux interprétations les plus variées. Par exemple, le terme de « fraude », mentionné dans les exceptions à l'immunité, peut s'interpréter de la même manière que le concept de soutien abusif dans l'ancien texte. Le prêt accordé à une entreprise dans une situation irrémédiablement compromise peut très bien être considéré comme une fraude.

En outre, où commence « l'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur » ? En l'absence de jurisprudence sur des textes trop récents, l'incertitude demeure sur le périmètre exact de l'immixtion. En fait, le principe d'immunité censé rassurer les banquiers se retrouve totalement annulé par la mauvaise rédaction du texte.

Il aurait sans doute été préférable de retenir la première version envisagée au cours des débats parlementaires. Un principe beaucoup plus fort était alors proposé, celui d'irresponsabilité totale du banquier qui participe à un mandat *ad hoc* ou à une conciliation au titre des sacrifices consentis dans ce cas. Il est vrai cependant que le principe d'immunité doit s'abstenir de blanchir un comportement du banquier bien antérieur aux négociations et ne méritant pas une telle indulgence. Néanmoins, le législateur a ensuite reculé de manière trop ostensible devant cette perspective en y ajoutant trois exceptions qui, en fin de compte, piétine la bonne intention de départ.

Hélène BOURBOULOUX
Administrateur judiciaire

Je compléterai les propos du professeur Lucas en observant tout de même que cette nouvelle disposition a le mérite de lever quelques objections auxquelles nous étions confrontés dans les négociations ou conciliations. Toutefois, je remarque qu'avant 2005, nous nous servions de l'article 1382 pour les dispositions applicables aux responsabilités bancaires sans nécessité de recours à un titre spécifique de la loi.

Je voudrais m'arrêter sur l'une des trois exceptions, qui n'est pas commentée aujourd'hui dans la jurisprudence concernant les entreprises en difficulté : l'immixtion. Elle se retrouve dans la pratique d'empêchement de gestion de certaines documentations contractuelles de financement. L'immixtion est courante dans un contexte de crise, comme nous pouvons le constater en ce moment avec des sociétés sous LBO dotées de financements disproportionnés compte tenu de leur activité.

L'examen attentif des dossiers contractuels montre que les cas de défaut sont mentionnés dans toute une série de cas détaillés. Or, le cas de défaut constitue pour le financier l'occasion de prononcer l'exigibilité du paiement. Par conséquent, la multiplication des cas de défaut crée, pour le chef d'entreprise, des contraintes tellement importantes qu'il hésite même parfois à engager la négociation. La sophistication exagérée de la documentation contractuelle relève à mon sens de l'immixtion dans la gestion.

La conversion en capital par les créanciers d'une partie de leurs dettes est une initiative qui se développe très rapidement en Europe et va certainement toucher bientôt la France. Dans ce cas, les créanciers sont à la fois banquier et actionnaire, cette deuxième fonction se rajoutant leurs compétences traditionnelles. Certains d'entre eux deviendront majoritaires dans le capital des entreprises restructurées et les créanciers pourront alors jouer sur leur double fonction en privilégiant l'aspect actionnaire ou banquier au gré des situations.

Les banquiers, contraints de pratiquer la conversion en capital pour préserver le potentiel de recouvrement de leurs créances d'origine, sont donc très perturbés par la question de l'organisation de la gouvernance afin d'éviter des accusations futures concernant les éventuels abus de cette double fonction.

Reinhard DAMMANN
Avocat (Clifford Chance)

Le nouveau texte prévoit la possibilité de moduler la sanction par le juge, ce qui lui confère un rôle considérable. Cette évolution vers une sanction à la carte vient corriger les excès passés. Je considère qu'il s'agit là d'un grand progrès de la législation mettant un terme à la justice manichéenne.

Yves LELIEVRE
Vice-Président du Tribunal de Commerce de Nanterre

De nombreux commentateurs ont souligné que la conciliation et le mandat *ad hoc* n'ont finalement pas été substantiellement affectés par la réforme de 2008. Mes questions s'adressent à Monsieur Daudier de Cassini : aurait-on atteint un point d'équilibre entre le tout contractuel et le tout judiciaire ? Faut-il encore améliorer le droit de la prévention ?

Jean-Dominique DAUDIER DE CASSINI
Avocat associé (Weil Gotschal Manges)

L'article 74 de la loi de modernisation de l'économie indiquait que l'amélioration du droit des entreprises en difficulté devait porter, dans le cadre de procédures à l'amiable, sur l'incitation à recourir aux procédures de conciliation. En fait, la loi s'est contentée d'effectuer certaines petites modifications et d'entériner des jurisprudences, par exemple sur l'absence d'homologation dans un délai de cinq mois.

De mon point de vue, les procédures amiables fonctionnent correctement. Néanmoins, leur efficacité repose sur la précocité de leur initiative et un diagnostic précis concernant la procédure à suivre. Le risque majeur de l'intervention est en effet de se tromper sur le remède à apporter aux entreprises en difficulté. Dans ce contexte, une bonne maîtrise du temps est indispensable.

J'ajoute qu'un entrepreneur n'est souvent pas complètement lucide sur les difficultés qu'il traverse. Le simple fait de devenir entrepreneur implique un goût du risque incompatible avec l'analyse sereine de ses propres difficultés quand elles surviennent. Dans ce cas, les chefs d'entreprise attachent généralement beaucoup d'importance à la confidentialité et à la dynamique de la procédure. Concernant l'accord financier, je regrette que le problème de la transparence du système AMF pour les sociétés cotées ne soit pas abordé. En outre, je reste circonspect sur l'utilité de l'homologation lorsque celle-ci n'apporte pas de *new money*.

Quant aux créanciers, ils recherchent avant tout un équilibre dans la négociation, qu'ils obtiennent en général grâce à la vigilance des tribunaux à ce sujet. De plus en plus, les créanciers acceptent et favorisent cette procédure. Par exemple, des investisseurs américains ont immédiatement accepté la procédure de mandat *ad hoc* quand ils ont su qu'elle permettait de suspendre l'exigibilité des crédits.

Par ailleurs, je pense que les entretiens de prévention constituent une des démarches les plus efficaces.

Yves LELIEVRE
Vice-Président du Tribunal de Commerce de Nanterre

Je souhaite connaître maintenant la position de Maître Bourbouloux sur le problème de la confidentialité.

Hélène BOURBOULOUX
Administrateur judiciaire

Les procédures de prévention sont peu contraignantes pour les créanciers qui peuvent décider de la phase collective à la place des chefs d'entreprise. Bien entendu, la plupart d'entre eux adhèrent pleinement au dispositif du mandat, même si certaines des règles les poussent parfois à négliger la nécessité de coordination entre les acteurs.

Au sujet de la confidentialité, je souhaite revenir sur la question des sociétés cotées. En effet, l'AMF a indiqué clairement que l'ensemble des informations attendues sur les comptes de l'entreprise doit continuer à être fourni, mais qu'il n'existe en revanche aucune obligation de dévoiler l'ouverture d'une consultation d'un mandat *ad hoc*, sous réserve de la voir portée à la connaissance de deux interlocuteurs dédiés de l'AMF s'engageant à respecter la confidentialité de cette procédure.

La deuxième contrainte pour le chef d'entreprise est le délit d'entrave. Sur ce point, en l'absence de texte, il appartient au chef d'entreprise de définir sa propre politique en fonction de l'avancement de ses discussions avec les créanciers. En cas d'accord au terme de la conciliation ou du mandat *ad hoc*, le comité d'entreprise se contentera de vérifier sa conformité avec les besoins de la société sans avoir besoin de connaître l'existence d'une procédure de prévention. En revanche, si l'accord doit faire l'objet d'un jugement d'homologation, l'avis du comité d'entreprise est alors requis, ce qui signifie de l'avoir tenu au courant en amont. Par conséquent, une communication prématurée au comité d'entreprise risque de susciter l'inquiétude au sein de l'entreprise et perturber les collaborateurs. À l'inverse, une communication trop tardive peut constituer un délit d'entrave. Entre ces deux extrémités, le bon moment d'informer le comité d'entreprise est sans doute celui où le principe de l'accord a été fixé avec les financiers.

Par ailleurs, la loi prévoit la notification de l'ouverture de la conciliation aux débiteurs par lettre recommandée, mais les chefs d'entreprise ouvrent rarement le courrier eux-mêmes. Pour pallier ce défaut pratique de la loi, les greffes remettent en mains propres la notification. Les tribunaux de commerce se chargent aussi de remédier aux modalités d'application des dispositions de l'article 1244 stipulant que l'audience se tient en référé, une situation fortement préjudiciable au principe de confidentialité.

Enfin, je souhaite attirer votre attention sur l'intérêt de certains créanciers dans la défaillance de l'entreprise. Beaucoup de dispositions ont conduit les banques à se couvrir en cas de défaut en recourant à une multitude d'outils, tels les *credit default swap* (CDS), qui se révèlent très dangereux dans l'optique de restructuration d'entreprises en incitant son porteur à la défaillance. En effet, seule l'hypothèse de procédures collectives permet l'indemnisation du porteur qui a donc intérêt à bloquer les négociations. La faillite de Lehman Brothers, porteur de nombreux CDS, avait d'ailleurs révélé avec éclat les limites de ce système.

Yves LELIEVRE
Vice-Président du Tribunal de Commerce de Nanterre

L'article 1244 que vous avez évoqué connaît une évolution dans son application. Ainsi, l'article 611-17 alinéa 5 stipule que si le débiteur, au cours de la procédure, est poursuivi par un créancier, le juge responsable de la procédure peut, après entretien avec le conciliateur, demander l'application des articles 1244 alinéa 1 à 1244 alinéa 3. Je souhaite poser la question suivante à Maître Dammann : cette modification est-elle de nature à faciliter la mise en place d'une solution ? Puis nous nous tournerons vers le Professeur Lucas pour lui demander les motivations réelles de cette évolution.

Reinhard DAMMANN
Avocat (Clifford Chance)

En réalité, le législateur recherche un remède permettant de répondre un créancier très agressif qui ne souhaiterait pas s'asseoir à la table des négociations dans le cadre d'une conciliation. L'article 1244 a justement été conçu comme une sorte d'antidote. La question consiste donc à chercher comment organiser des négociations avec un créancier qui ne le veut pas ; elle vise également à instaurer une position de force pour contraindre des débiteurs à lui réserver une solution dérogatoire. Le seul moyen d'empêcher un tel comportement réside dans l'article 1244 mis en œuvre par le président du tribunal du commerce.

Cette compétence dérogatoire est inscrite dans le nouveau texte. Une mise en demeure est désormais suffisante pour assignation. En clair, la simple constatation d'une volonté de blocage d'un créancier peut déclencher le recours à l'article 1244 avec une sanction à la clef. L'article 1244 comporte donc un effet dissuasif.

Il revient au juge d'apprécier le comportement intentionnel du créancier si celui-ci réclame avec insistance le paiement d'une somme d'argent dans l'imminence d'une procédure, un cas qui n'est normalement pas couvert par l'article 1244 *stricto sensu*. De mon point de vue, l'article 1244 devrait quand même être appliqué. La Cour d'appel de Versailles a d'ailleurs rendu un tel avis, mais la juridiction de Pau a estimé que l'article 1244 ne s'applique qu'en cas de formulation de l'assignation après ouverture de la procédure.

François-Xavier LUCAS
Professeur à l'Université Paris I (Panthéon – Sorbonne)

Le nouvel article L 611-7 alinéa 5, qui permet de solliciter les dispositions de droit commun, était destiné à devenir une pièce essentielle du nouveau dispositif de conciliation. Au final, le résultat tempère pourtant quelque peu l'optimisme de départ sur ce projet. Certes, nous constatons une réelle amélioration du dispositif, notamment grâce à la possibilité d'imposer des délais aux créanciers dès la mise en demeure du débiteur.

Néanmoins, le texte vise seulement les créanciers qui poursuivent le débiteur. Si le créancier n'a pris aucune initiative pour réclamer les paiements du débiteur, les dispositions de l'article 1244-1 ne lui sont pas opposables, ce qui limite considérablement la portée du dispositif. Il se contente de paralyser les poursuites mais ne reporte pas le terme.

En cas de poursuite du débiteur, on pourrait imaginer un gel immédiat des créances sur la base de l'article 1244-1. Ainsi, le débiteur redevenant *in bonis* serait à nouveau en position de solliciter une sauvegarde. Toutefois, une telle procédure peut se révéler difficile à mettre en place concrètement. En effet, la créance reste exigible même si l'article 1244-1 autorise le report des échéances. Une série de conséquences peut découler de cet état de fait : la compensation de la créance ou encore la poursuite des intérêts moratoires convenus. La créance exigible peut-elle alors caractériser la cessation de paiement du débiteur qui ne dispose pas d'un actif disponible suffisant ? Il existe une véritable interrogation sur ce point qu'aucune jurisprudence ne vient éclaircir.

Je pensais *a priori* que cette situation revenait à une cessation de paiement. Pourtant, je me suis finalement ravisé car la cessation se définit selon trois critères, dont l'un stipule que l'actif disponible soit insuffisant pour « faire face » à la dette exigible. Or, dans le cas soulevé précédemment, le débiteur n'a plus à y « faire face » en raison précisément de l'article 1244-1 et de l'intervention du président du tribunal de commerce. Il ne se trouve donc pas en situation de cessation de paiement.

Yves LELIEVRE
Vice-Président du Tribunal de Commerce de Nanterre

Je souhaite maintenant aborder la question de la prévention judiciaire. Certes, on ne peut remettre en cause l'utilité de la sauvegarde, mais est-elle réservée aux grandes entreprises ? Constitue-t-elle un palliatif à la conciliation ou au mandat *ad hoc* ? Quelle est la réalité de cette sauvegarde pour le chef d'entreprise d'aujourd'hui ?

Hélène BOURBOULOUX
Administrateur judiciaire

Certains profanes ont tendance à pointer l'inefficacité de la sauvegarde qui ne concerne qu'une centaine de dossiers par an. Pourtant, une analyse des statistiques suffit à tempérer cette opinion quelque peu exagérée. En effet, l'AGS traite deux fois moins de dossiers de licenciements économiques que de prise en charge de salaires. Cela signifie que 50 % de l'emploi de l'entreprise en difficulté dans la procédure collective est préservé. Nous devons donc apprécier l'efficacité du dispositif de traitement des entreprises défaillantes à l'aune de ce chiffre.

La procédure de sauvegarde est un outil complémentaire dont nous pouvons nous féliciter. Une amélioration majeure de la sauvegarde réside dans son inscription en aval de la conciliation qui favorise les dossiers pré-négociés et permet ainsi de gagner un temps précieux. Par ailleurs, je vous signale qu'il est désormais possible de convertir la sauvegarde en redressement judiciaire, même s'il n'existe pas de situation de cessation de paiement. Auparavant, le passif était gelé par la procédure de sauvegarde.

La procédure de sauvegarde a longtemps été décriée comme une pratique abusive anticoncurrentielle. Cependant, je n'ai identifié pour le moment aucun abus, bien que je ne nie pas les débats suscités par certains dossiers. La grande responsabilité des tribunaux de commerce consiste justement à s'assurer que la sauvegarde constitue la dernière solution envisageable. Par exemple, dans le cas de tutelle d'ordre financier, le juge devra alors vérifier que les négociations avec les créanciers ont débouché sur une impasse.

D'un point de vue général, je soulignerais que l'efficacité de la procédure de sauvegarde peut encore bénéficier de l'apport d'outils récents.

Yves LELIEVRE
Vice-Président du Tribunal de Commerce de Nanterre

Je voudrais attirer votre attention sur une nouveauté législative importante qui n'a pas été beaucoup commentée. Elle prévoit que tout créancier membre de comité peut soumettre ses propositions en vue d'élaborer le projet de plan. Cette disposition rappelle la pratique américaine des procédures collectives où les créanciers prennent le contrôle des entreprises en difficulté. Ce dispositif est-il appelé à se développer ?

Reinhard DAMMANN
Avocat (Clifford Chance)

Dans le processus de contractualisation des procédures collectives, il est apparu légitime que le débiteur en sauvegarde propose un plan. Il arrive parfois que ce dernier n'adopte pas une attitude raisonnable susceptible de recueillir le consentement de ses créanciers. Dans ce cas, le droit américain autorise, après un délai de six mois, les créanciers à formuler des contre-propositions qui sont ensuite mises au vote. Il est donc possible d'imposer un plan de sauvegarde préparé par les créanciers et approuvé à la majorité.

Le droit français a introduit pour la première fois la possibilité pour les créanciers de proposer un contre-plan. Toutefois, le débiteur reste en position de décideur et se prononce sur les propositions des créanciers. En revanche, en cas de redressement judiciaire, l'administrateur prépare le plan avec le concours du débiteur, lequel ne possède plus le dernier mot sur le dossier.

En fait, la grande problématique législative consiste à savoir quel type de plan va être imposé par le tribunal. La règle des 5 % remboursés aux créanciers à partir de la fin de la deuxième année représente un des critères de choix du plan de sauvegarde. La sauvegarde doit être approuvée par la majorité des deux tiers des créanciers, mais cette question demeure très problématique à l'heure actuelle, notamment dans les dossiers financiers où la protection des actionnaires prime sur les intérêts d'une entreprise opérationnelle.

Yves LELIEVRE
Vice-Président du Tribunal de Commerce de Nanterre

Professeur Lucas, pourriez-vous nous donner quelques éclairages sur les nouveaux outils et la fiducie ?

François-Xavier LUCAS
Professeur à l'Université Paris I (Panthéon – Sorbonne)

Votre question revient à se demander si les progrès de la protection des créanciers introduits par le législateur ne menacent pas le sauvetage des entreprises. En effet, il est impossible de jouer sur ces deux tableaux, car le sauvetage d'une entreprise ne peut se réaliser qu'au prix de certains sacrifices imposés aux créanciers. Les excès de sûreté cherchant à préserver absolument l'intégralité des droits des créanciers compromettent forcément l'efficacité de la procédure de sauvetage.

L'ingéniosité de l'ordonnance de 2008 réside justement dans l'adoption d'un droit des sûretés à géométrie variable. Désormais, les faveurs dont bénéficient les créanciers (la fiducie et le gage sans dépossession assortis d'un droit de rétention) sont neutralisées le temps du sauvetage de l'entreprise ou tant qu'une solution de redressement reste exécutable. Dans une logique de liquidation ou de cession partielle, le droit de sûreté retrouve son bien-fondé ; le créancier peut alors pleinement y avoir recours car l'objectif de sauvetage de l'entreprise est définitivement abandonné.

Je considère que cette conciliation de deux objectifs apparemment opposés est une évolution très satisfaisante et pourrait même être étendue à d'autres mécanismes de garantie, telles les clauses de réserve de propriété.

Yves LELIEVRE
Vice-Président du Tribunal de Commerce de Nanterre

Dans le prolongement de toutes ces mesures, les conditions de remise des créances publiques ont été réformées en février 2009. Maître Bourbouloux, quel est selon vous le principal apport de cette réforme ?

Hélène BOURBOULOUX
Administrateur judiciaire

Dans le dispositif de prévention, l'attente reste très forte concernant la question de traitement du groupe. En effet, les saisies de justice s'effectuent à l'endroit du siège social, alors que la société mère se situe parfois dans une autre juridiction. Pour remédier à cette situation, le créancier public regroupe désormais sur une CCSF unique l'intégralité des dossiers concernés au sein d'un groupe. On note donc une adaptation salutaire au besoin pratique des entreprises. Durant la période de sauvetage, une compétence unifiée des tribunaux de commerce avec une gestion du dossier au

niveau du groupe s'impose. En revanche, en cas d'échec, la gestion du dossier doit séparer chaque entité du groupe.