

RAPPORT

Jacqueline SOCQUET-CLERC LAFONT
et
Antoine DIESBECQ

Avocats au barreau de Paris, Membres du Conseil de l'Ordre

sur MISSION WARSMANN



Séance du Conseil de l'Ordre des Avocats de Paris
du mardi 24 mai 2011

DIFFICULTÉS D'ENTREPRISES

I – DIFFICULTÉS D'ENTREPRISES

Clauses de résiliation ou de résolution d'un contrat pour cause d'ouverture d'une procédure amiable.

SITUATION ACTUELLE

Nous avons pu constater qu'il existait des clauses prévoyant la résiliation ou la résolution d'un contrat pour cause d'ouverture d'une procédure amiable. Ce type de clause peut faire obstacle au succès de la conciliation voire être un frein à son ouverture.

Il serait opportun d'insérer une disposition qui énoncerait que les clauses prévoyant une déchéance du terme, résiliation ou résolution d'un contrat ou tout mécanisme ayant pour objet de rendre une créance exigible pour cause d'ouverture d'un mandat ad hoc ou d'une conciliation, sont réputées non écrites.

SOLUTION PROPOSÉE

Article L611-3 al 3: «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 mandat ad hoc ».

Article Loi.611-7 al 6: «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 conciliation ».

L'alinéa 6 devient l'alinéa 7.

II- DIFFICULTÉS D'ENTREPRISES

Requête en constatation de l'accord de conciliation.

SITUATION ACTUELLE

L'article L.611-8 prévoit que la demande aux fins de constatation d'un accord de conciliation par voie d'ordonnance du président du tribunal est formulée par requête conjointe des parties.

Ce texte en prévoyant que le Président du tribunal est saisi par requête conjointe n'offre pas la possibilité à l'une des parties sans le consentement de l'autre de faire constater cet accord. Or, en droit commun, l'article 1441-4 du code de procédure civile permet à cette partie de s'adresser au Président du tribunal de grande instance par requête pour qu'il confère force exécutoire à l'acte qu'il lui est ainsi présenté.

Il y a donc une différence entre le Président du TGI et le Président du TC et cette différence n'a, me semble-t-il, pas lieu d'être maintenue.

Il faudrait donc que l'une quelconque des parties à l'accord puisse pouvoir saisir seule le Président du tribunal d'une demande en constatation de cet accord.

Pour des raisons pratiques, cette faculté devrait être étendue au conciliateur lui-même.

SOLUTION PROPOSÉE

L'article L. 611-8 I pourrait donc être rédigé ainsi : *"Le Président du tribunal saisit sur requête par l'une des parties à l'accord, ou par le conciliateur, constate l'accord et donne à celui-ci force exécutoire. Il statue au vu d'une déclaration certifiée du débiteur attestant qu'il ne se trouvait pas en cessation des paiements lors de la conclusion de l'accord, ou que ce dernier y met fin. La décision constatant l'accord n'est pas soumise à publication et n'est pas susceptible de recours. Elle met fin à la procédure de conciliation ».*

III- DIFFICULTÉS D'ENTREPRISES

Le délai de 6 mois donné aux comités de créanciers pour se prononcer sur un projet de plan

SITUATION ACTUELLE

L'article L.626-34 du Code de Commerce dispose que « *lorsque l'un des comités et le cas échéant l'assemblée des obligataires ne se sont pas prononcés sur un projet de plan dans un délai de six mois à compter du jugement d'ouverture de la procédure que l'un d'eux a refusé les propositions faites par le débiteur ou que le tribunal n'a pas arrêté le plan en application de l'article L626-31, la procédure est reprise pour préparer un plan dans les conditions prévues aux articles L626-5 à L626-7* ».

Cette limite de six mois n'est pas opportune. En effet, cette date limite peut être un obstacle dans l'adoption du plan pour un dossier qui nécessiterait des négociations qui excéderaient une période de 6 mois.

Il est anormal de faire dépendre l'issue d'une négociation dans l'un quelconque des comités de créanciers au sens large (y compris l'assemblée des obligataires) du résultat du vote des autres comités de créanciers.

Dès lors qu'un accord a été obtenu, dans l'un quelconque de ces comités, il doit pouvoir être maintenu. Le sort des créanciers composant les autres comités de créanciers étant alors réglé suivant le droit commun, c'est-à-dire comme celui des créanciers qui ne font pas partie des comités de créanciers.

SOLUTION PROPOSÉE

Article L. 626-33 est complété d'un troisième alinéa :

"Lorsque le projet de plan n'a pas été adopté par l'un quelconque des comités de créanciers ou de l'assemblée des obligataires, les membres de ce comité ou de l'assemblée des obligataires ayant refusé le projet de plan sont consultés suivant les dispositions des articles L. 626-5 à L. 626-6. Les dispositions du plan applicables à ces créanciers sont arrêtées selon les dispositions des articles L. 626-12 et L. 626-18 à L. 626-20".

Article L.626-34 : « *Lorsque l'un ou l'autre des comités et, le cas échéant, l'assemblée des obligataires ne se sont pas prononcés sur un projet de plan dans un délai d'un an à compter du jugement d'ouverture de la procédure, ou que le tribunal n'a pas arrêté le plan en application de l'article L.626-31, la procédure est reprise pour préparer un plan dans les conditions prévues aux articles L.626-5 à L.626-7 afin qu'il soit arrêté selon les dispositions des articles L.626-12 et L.626-18 à L.626-20*».

IV- DIFFICULTÉS D'ENTREPRISES

Les délais de saisine de la Commission des Chefs de Services Financiers

SITUATION ACTUELLE

L'article D626-12 du Code de Commerce dispose que *«En cas d'ouverture d'une procédure de conciliation, le débiteur ou le conciliateur saisit, y compris par voie dématérialisée, la commission mentionnée à l'article D626-14 de la demande de remise de délies. Cette saisine a lieu, sous peine de forclusion, dans un délai de deux mois à compter de la date d'ouverture de la procédure. »*

De même, l'article D626-13 du Code de Commerce dispose que *«En cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, l'administrateur judiciaire ou le mandataire judiciaire saisit, y compris par voie dématérialisée, la commission mentionnée à l'article D626-14 de la demande de remise de dettes. Cette saisine a lieu, sous peine de forclusion, dans un délai de deux mois à compter de la date d'ouverture de la procédure. »*

Dans l'un et l'autre cas, ce délai de forclusion peut être considéré comme trop court. En effet, il est fréquent qu'au terme de cette période de deux mois le sort de l'entreprise ne soit pas encore déterminé.

En effet, l'Administrateur Judiciaire est dans l'incapacité au vu des éléments concrets qui lui auraient été transmis, de connaître les délais et le montant des remises à solliciter.

C'est pourquoi, il serait opportun que ce délai soit allongé et corresponde à la durée de la conciliation en procédure de conciliation, et à celle de la période d'observation, en procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire.

SOLUTION PROPOSÉE

Article D626-12 : *«En cas d'ouverture d'une procédure de conciliation, le débiteur ou le conciliateur saisit, y compris par voie dématérialisée, la commission mentionnée à l'article D626-14 de la demande de remise de dettes. Cette saisine a lieu, sous peine de forclusion, à tout moment durant la période de conciliation »*,

Article D626-13 : *« En cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, l'administrateur Judiciaire ou le mandataire judiciaire saisit, y compris par voie dématérialisée, la commission mentionnée à l'article D626-14 de la demande de remise de dettes. Cette saisine a lieu, sous peine de forclusion, à tout moment durant la période d'observation ».*

V- DIFFICULTÉS D'ENTREPRISES

La saisie attribution des créances à exécution successive

SITUATION ACTUELLE

Par arrêt rendu en date du 22 Novembre 2002 (pourvoi N°99-13935), la Chambre Mixte a jugé que la saisie attribution à exécution successive pratiquée à rencontre de son titulaire avant le jugement prononçant l'ouverture d'une procédure collective, poursuit ses effets sur les sommes échues en vertu de cette créance, après l'ouverture dudit jugement.

Cet arrêt semble contraire à l'intérêt collectif des créanciers. En effet, le créancier ayant signifié et dénoncé la saisie attribution avant l'ouverture d'une procédure collective percevra les sommes dues après jugement d'ouverture, au lieu de se voir imposer les obligations et droits des créanciers dits antérieurs au jugement d'ouverture (interdiction de paiement des sommes antérieures, déclaration au passif de la procédure...).

De plus, cette saisie peut s'avérer néfaste pour la société en procédure collective au niveau de la trésorerie. En effet, les fonds se voient appréhendés par un créancier et non par l'entreprise en difficulté.

C'est pourquoi, il serait opportun qu'un texte énonce que les effets d'une saisie attribution ou toute autre saisie à exécution successive se voit « suspendue » dès l'ouverture d'une procédure collective. Le créancier saisissant sera alors considéré comme un créancier soumis aux dispositions de l'article L622-24 du Code du Commerce.

Il faudrait dès lors modifier l'article L.622-21 II (Ord du 18/12/2008).

SOLUTION PROPOSÉE

Article L.622-21 II : « Il arrête ou interdit également toute procédure de la part de ces créanciers tant sur les meubles que sur les immeubles ainsi que toute procédure de distribution, y compris celle ayant produit un effet attributif avant le jugement d'ouverture ».

VI- DIFFICULTÉS D'ENTREPRISES

Affectation et remise du prix de cession de l'entreprise

SITUATION ACTUELLE

Il est en soi, anormal que l'administrateur judiciaire ne reçoive pas le prix de cession, alors même que l'entreprise est toujours en période d'observation et qu'il,

*a lancé l'appel d'offre, reçu les acomptes et les engagements de garantie des candidats (cautions, etc.), chèques de banque ;

* a été maintenu pour signer les actes, après le jugement arrêtant le plan.

Nous proposons donc une modification de l'article R631-42 alinéa 2.

SOLUTION PROPOSÉE

Article R631-42 al.2 : « Lorsque la cession totale ou partielle de l'entreprise a été ordonnée par le tribunal en application de l'article L631-22, l'administrateur judiciaire reçoit le prix de cession. Après la signature des actes, il remet ce prix au mandataire judiciaire, sous déduction de la provision au titre de ses émoluments, frais et débours ».

VII- DIFFICULTÉS D'ENTREPRISES

La désignation du commissaire à l'exécution du plan

SITUATION ACTUELLE

A l'issue de la période d'observation, le tribunal arrête le plan de sauvegarde ou de continuation préparé par le chef d'entreprise avec l'administrateur judiciaire.

Or, bon nombre de tribunaux désignent le mandataire judiciaire comme commissaire à l'exécution du plan de redressement alors que ce plan a été élaboré par l'administrateur judiciaire qui en connaît parfaitement les tenants et aboutissants sans que le chef d'entreprise n'ait son mot à dire.

Nous proposons donc une modification de l'article L.626-25 pour que le commissaire à l'exécution du plan de redressement puisse être désigné selon la demande du chef d'entreprise.

SOLUTION PROPOSÉE

Article L 626-25 : « Le tribunal nomme, après avoir recueilli l'avis du débiteur, pour la durée fixée à l'article L626-12, l'administrateur ou le mandataire judiciaire en qualité de commissaire chargé de veiller à l'exécution du plan. Le tribunal peut, en cas de nécessité, nommer plusieurs commissaires ».