

# **RAPPORT**

Jacqueline **SOCQUET-CLERC LAFONT** et Antoine **DIESBECQ**  
Avocats au barreau de Paris, Membres du Conseil de l'Ordre

**Mission WARSMANN**

**Séance du Conseil de l'Ordre des Avocats de Paris du mardi 12 avril 2011**

**DIFFICULTÉS D'ENTREPRISES**

# I - L'ADMINISTRATION PROVISOIRE DES ENTREPRISES

## SITUATION ACTUELLE

Le mandat ad hoc, à l'origine procédure prétorienne des Tribunaux de Commerce, essentiellement parisienne, a été introduit dans le Code de commerce, le 26 juillet 2005 (article L 611-3 – Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 – article 5).

Son utilité pratique était indiscutable.

L'administration provisoire des entreprises, également une création prétorienne a été alors pratiquement cantonnée au cas du remplacement du dirigeant de l'entreprise décédé : elle n'est pas non plus codifiée ce qui fait que certains Tribunaux, hors Paris, ne l'utilisent pas.

Il s'agit pourtant d'une procédure extrêmement utile et particulièrement souple, dans de nombreux autres cas de figure, comme par exemple :

- absence de fait du dirigeant,
- existence d'organes de gestion, mais fonctionnement irrégulier,
- cogérance difficile,
- démission d'une partie du conseil d'administration,
- existence de groupes rivaux se prétendant également actionnaires, d'où nécessité d'une médiation,
- litiges entre direction et associés (par exemple : soupçons visant le dirigeant),
- nécessité d'empêcher des actionnaires majoritaires de résilier un marché (Cour Paris, 22 mai 1965),
  - appréciation par un Mandataire de Justice indépendant de la situation financière réelle de l'entreprise (endettement, trésorerie, perspectives d'exploitation, etc..)

- et pratiquement toute difficulté affectant ou risquant d'affecter la gestion de l'entreprise.

**L'administration provisoire**, comme son nom l'indique, est déterminée dans le temps et prend fin, lorsqu'elle n'est pas judiciairement renouvelée.

Elle est obtenue par requête (article 875 du Code de Procédure Civile) ou par assignation devant le Juge des Référéés (articles 809 et 873 du Nouveau Code de Procédure Civile), ou encore devant le Juge du fond (par exemple l'article L 143-4 du Code de commerce dispose que lorsqu'un créancier poursuit la vente judiciaire du fonds de commerce «le Tribunal nomme, s'il y a lieu, un Administrateur provisoire du fonds»).

Ce qui est proposé, dans l'intérêt de toutes les entreprises, et pour une meilleure utilisation de cette mesure prétorienne, c'est d'introduire expressément dans la loi, la possibilité d'obtenir l'administration provisoire d'une entreprise, quelle que soit sa taille, cette mesure étant utile aux T.P.E., comme aux grands groupes.

## SOLUTION PROPOSÉE

Introduction d'un deuxième alinéa à l'article L 611-3 du Code de commerce :

**« Le Président du Tribunal de Commerce ou du Tribunal de Grande Instance, sur requête, par ordonnance de référé ou par jugement au fond, peut ordonner l'administration provisoire de l'entreprise, pour une durée qu'il détermine ».**

## **II - OBJET : AMELIORATION À APPORTER À LA LOI SFA** *(Sauvegarde financière accélérée)*

### **SITUATION ACTUELLE**

Par référence à l'article R.626-52 du code de commerce, la loi SFA a vocation à s'appliquer aux seules entreprises dépassant l'un des seuils suivants :

- 150 salariés,
- 20 M€ de chiffre d'affaires.

**A)** – Une fois de plus, la loi écarte les TPE et PME qui sont pourtant le tissu même de l'économie française.

Force est de reconnaître que, dans leur cas, les créanciers financiers sont moins présents, mais il aurait été utile de permettre à toutes les entreprises d'accéder à la SFA, en adaptant, les dispositions relatives à la constitution des Comités facultatifs, dont l'autorisation du Juge-commissaire pourrait être remplacée par la décision du Tribunal à l'ouverture de la SFA.

**B)** – Par ailleurs et pour les seules entreprises actuellement éligibles à cette nouvelle procédure, tous les spécialistes s'accordent à dire qu'il serait plus efficient de **remplacer le critère de 20 M€ de Chiffre d'affaires par un montant de 10 M€ de « total Bilan », critère connu et lisible.**

## SOLUTION PROPOSÉE

L'article R626-52 du code de commerce sera rédigé comme suit :

« Les seuils fixés en application de l'article L. 626-29 sont de 150 salariés et de **10 millions d'euros de total de bilan.**

Ils sont définis conformément aux dispositions du deuxième et du troisième alinéa de l'article R. 621-11».

L'article L.628-1 du code de commerce devra être complété comme suit :

**«Il est institué une procédure de sauvegarde financière accélérée, soumise aux règles applicables à la procédure de sauvegarde sous réserve des dispositions du présent chapitre».**

La procédure de sauvegarde accélérée est ouverte sur demande d'un débiteur, engagé dans une procédure de conciliation en cours et satisfaisant aux critères mentionnés au premier alinéa des articles [L. 620-1](#) et [L. 626-29](#), qui justifie avoir élaboré un projet de plan visant à assurer la pérennité de l'entreprise et susceptible de recueillir un soutien suffisamment large de la part des créanciers mentionnés à l'alinéa suivant pour rendre vraisemblable son adoption dans le délai prévu à l'article L. 628-6.

**« A la demande du débiteur ou de l'administrateur, le tribunal peut décider qu'il en soit fait application en deçà de ce seuil. »**

L'ouverture de la procédure n'a d'effet qu'à l'égard des créanciers mentionnés à l'article [L. 626-30](#) comme ayant la qualité de membres du comité des établissements de crédit et, s'il y a lieu, de ceux mentionnés à l'article [L. 626-32](#).

### **III - OBJET : PRÊTS BANCAIRES**

#### **SITUATION ACTUELLE**

Il apparaît que certaines banques ou établissements financiers font figurer, dans leurs contrats de prêts aux entreprises, une clause augmentant les intérêts du prêt à rembourser, d'intérêts contractuels majorés, lorsque l'entreprise est sous mandat ad hoc ou procédure de sauvegarde.

#### **SOLUTION PROPOSÉE**

Cette innovation destructrice des petites et moyennes entreprises et fort dommageable aux grandes, ne devrait pas être tolérée.

Une interdiction formelle de telles pratiques doit être prévue par la création d'un article 610-2 du Code de Commerce qui pourrait être ainsi rédigé :

#### **ART 610 – 2**

**« Toute clause contractuelle augmentant les engagements du débiteur à raison du recours à l'une des mesures ou procédures prévues par le présent livre, est réputée non écrite ».**

### **IV - OBJET : LA COMPETENCE TERRITORIALE**

#### **SITUATION ACTUELLE**

Dans le domaine des procédures de prévention et de traitement des difficultés des entreprises organisées par les dispositions du Livre VI du Code de commerce, la compétence territoriale est gouvernée par l'article R 600-1 du Code de commerce qui dispose que :

*Sans préjudice des dispositions de l'article R. 662-7, le tribunal territorialement compétent pour connaître des procédures prévues par le livre VI de la partie législative du présent Code est celui dans le ressort duquel le débiteur, personne morale, a son siège ou le débiteur, personne physique, a déclaré l'adresse de son entreprise ou de son activité. A défaut de siège en territoire français, le tribunal compétent est celui dans le ressort duquel le débiteur a le centre principal de ses intérêts en France.*

*Toutefois, en cas de changement de siège de la personne morale dans les six mois ayant précédé la saisine du tribunal, le tribunal dans le ressort duquel se trouvait le siège initial demeure seul compétent. Ce délai court à compter de l'inscription modificative au registre du commerce et des sociétés du siège initial.*

Il arrive cependant, en cas de pluralité d'entreprises liées, et constituant un groupe,

- soit du fait de leurs relations économiques,
- soit à raison de leur organisation juridique,

que les difficultés qu'elles rencontrent supposent un traitement global, sinon uniforme, pour qu'il y soit apporté une solution cohérente, alors que leurs sièges sociaux sont situés dans des ressorts territoriaux différents.

Une juridiction unique doit pouvoir en connaître et se déclarer a priori compétente alors même que certaines parties n'auraient pas leur siège social dans son ressort.

En l'état du droit, plusieurs tribunaux devront être saisis et chacun ouvrir la procédure adaptée aux circonstances, en général en nommant des mandataires de justice différents ce qui rend la saisine du tribunal d'une part et le suivi des procédures d'autres part anormalement complexe et en contradiction avec les objectifs fixés par la loi.

Le regroupement des procédures est néanmoins possible en application de l'article L.662-2 du code de commerce à charge pour les sociétés débitrices, de mettre en œuvre des procédures peu confidentielles, et qui pour être rapides, doivent être multipliées par le nombre de tribunaux compétents à raison des différents sièges sociaux.

Cet article prévoit en effet :

*Lorsque les intérêts en présence le justifient, la Cour d'Appel peut décider de renvoyer l'affaire devant une autre juridiction de même nature, compétente dans le ressort de la cour, pour connaître du mandat ad hoc, de la procédure de conciliation ou des procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, dans des conditions fixées par décret. La Cour de Cassation, saisie dans les mêmes conditions, peut renvoyer l'affaire devant une juridiction du ressort d'une autre cour d'appel.*

C'est le Président du tribunal initialement saisi qui peut transmettre le dossier d'office au Premier Président de la Cour d'Appel ou de la Cour de Cassation selon que la juridiction qu'il estime compétente est ou non dans le ressort de la même cour d'appel.

Le ministère public peut également saisir directement le Premier Président.

Ainsi, chacune des sociétés appartenant à un groupe d'entreprises en difficulté devra (i) saisir le tribunal dans le ressort duquel elle a son siège pour solliciter la mesure appropriée, (i) puis obtenir qu'une demande de transmission du dossier soit effectuée.

Les procédures de prévention dont la confidentialité est l'essence, et qui appellent que des mesures soient prises sans délai sont particulièrement handicapées par la lourdeur de cette procédure.

La crainte du *forum shopping* est à l'origine de cette disposition, alors qu'un contrôle a posteriori constituerait une protection suffisante et efficace contre d'éventuels abus.

Sauf à établir que « *les intérêts en présence le justifient* », les sociétés en difficultés appartenant à un même groupe doivent être autorisées à saisir le tribunal dans le ressort duquel l'une d'entre elles à son siège social et qui lui semble le mieux à même de suivre la procédure pour l'ensemble du groupe, soit par référence au centre des intérêts principaux, soit pour toute considération objectivement vérifiable : nombre de salariés dans le ressort, centre des affaires, principal établissement, etc.....

Il devrait à cet égard être fait application en droit interne du principe de confiance mutuelle posé par le Règlement 1346/2000 entre les juges des Etats membres de l'Union Européenne, au moins pour les procédures de prévention.

Ce principe de confiance mutuelle entraîne la reconnaissance a priori des décisions de justice, mais il n'interdit pas l'exercice d'un recours qui en l'espèce pourrait être ouvert au ministère public.

Il résulte d'ailleurs du libellé de l'article R.600-1 précité un traitement différencié selon que le débiteur a ou non un siège social en France :

- s'il en a un, le juge saisi est obligatoirement celui du ressort dans lequel le dit siège se trouve, alors même que les intérêts en présence pourraient justifier la saisine d'une autre juridiction.

- à défaut c'est le centre des intérêts principaux qui déterminera le tribunal compétent, selon le critère du Règlement Européen 1346/2000.

D'une manière générale, le centre des intérêts principaux d'une entreprise est à son siège social, et les deux notions se confondent souvent sans engendrer de conflit.

En offrant à la juridiction initialement saisie, la possibilité de mettre en œuvre les procédures de prévention et de traitement des difficultés des entreprises, « *lorsque les intérêts en présence le justifient* », alors même que certains des demandeurs n'auraient pas leur siège social dans son ressort, le législateur favoriserait l'élaboration de solutions efficaces et pérennes.

Cette souplesse n'aura à jouer qu'à titre exceptionnel, à raison de circonstances particulières liées à l'existence d'un groupe de sociétés ou d'entreprises dont les sièges sociaux où centres d'activité sont répartis dans le ressort de plusieurs juridictions.

Il serait prévu, dans ce cas précis, et en ce que la décision dérogerait au principe de compétence territoriale et lié au siège social, que la décision désignant un mandataire ad hoc fasse désormais l'objet d'une communication au Ministère Public.

## SOLUTION PROPOSÉE

Par référence à ce principe de confiance mutuelle, il est émis le vœu que les dispositions de **l'article R.600-1 du Code de commerce** soient modifiées par ajout d'un troisième alinéa ainsi rédigé :

*« Par dérogation aux dispositions ci dessus, le président du tribunal, ou le tribunal selon le cas, par une décision motivée, peut désigner un même mandataire ad hoc, ou ouvrir une seule procédure de conciliation ou de sauvegarde pour un ensemble de débiteurs ayant pour certains d'entre eux leur siège social dans un ou plusieurs autres ressorts, dès lors que le centre de leurs intérêts principaux est dans le ressort du tribunal, et lorsque les intérêts en présence le justifient. Dans ce cas la décision nommant un mandataire ad hoc est communiquée au ministère public ».*

**Le contrôle et les aménagements prévus par les articles L.662-2 et R.662-7 du Code de commerce seront dès lors sans objet et supprimés.**

**Afin d'ouvrir le recours du ministère public le I de l'article L.666-1 du Code de commerce doit être complété d'un alinéa 1° bis :**

*1° bis - Les décisions désignant un mandataire ad hoc ou un conciliateur, uniquement du chef de la compétence territoriale, lorsqu'il est fait application de l'article R 600-1 troisième alinéa, de la part du ministère public.*

**Le dernier alinéa de l'article R.661-3 est également complété ;**

*Le délai d'appel du Procureur de la République et du Procureur Général est de dix jours. Ces délais sont comptés à partir de la réception par le procureur de la république de l'avis qui lui est donné de la décision dans les formes prévues, selon le cas, par les articles R.600-1, R.611-25, R.611-41, R.621-7.*

## **V - OBJET : LA JUSTE PLACE DES CREDIT-BAILLEURS**

### **SITUATION ACTUELLE**

La nouvelle procédure SFA (Sauvegarde financière accélérée) est intéressante à plus d'un titre mais ne règle pas parfaitement la situation des crédit-bailleurs, qui demeurent des « créanciers hybrides ».

Cette procédure est limitée aux créanciers financiers.

Le crédit-bailleur, puisqu'il consent un crédit, relève du Comité des établissements de crédit – mais en sa qualité de bailleur, il bénéficie de la poursuite des contrats et des paiements, sans qu'il soit possible de modifier le contrat en question.

C'est ainsi qu'en sa qualité de principal pourvoyeur de financement d'une PME, le banquier qui aura structuré un crédit en prêt à moyen terme, assorti d'un nantissement sur le matériel, pourra voir le prêt réaménagé dans le plan.

En revanche, le banquier qui aura structuré le financement en crédit-bailleur pourra, lui, imposer son contrat au débiteur comme aux autres créanciers.

Cela pénalise particulièrement les PME

## SOLUTION PROPOSÉE

Il apparaît urgent de préciser les termes de la loi sur ce point, en excluant le crédit-bail du champ des contrats en cours.

Il devra être précisé que son fait générateur est la mise à disposition du bien ainsi financé.

Dans ces conditions ainsi précisées, le crédit-bailleur, membre du Comité des établissements de crédit, voterait alors avec les droits calculés sur le montant de la créance restant due.

Dans ce cas également, il pourrait se voir proposer (voire imposer) des modifications contractuelles.

**Une modification de la loi dans ce sens paraît particulièrement utile et juste.**