

# ORDONNANCE DU 12 MARS 2014 : LA FRANCE EST-ELLE EN AVANCE OU DÉJÀ EN RETARD ?

par **Bernard Cheysson**,  
avocat au barreau de Paris, Cheysson Marchadier & Associés

## La coïncidence des calendriers va-t-elle se transformer en cauchemar pour les débiteurs et leurs conseils ?



Bernard Cheysson

**E**N effet, le jour de la signature de l'ordonnance portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives (ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014), la Commission européenne a publié une recommandation « *relative à une nouvelle approche en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises* » (recommandation n° 2014/135/UE du 12 mars 2014, JOUE du 14 mars 2014, L.74/65).

L'objectif de cette recommandation est de permettre aux entreprises qui se trouvent dans l'Union européenne de se restructurer à un stade précoce afin de prévenir leur insolvabilité et d'optimiser ainsi leur valeur totale pour les créanciers, les travailleurs, les propriétaires et, plus généralement, l'économie.

Cette recommandation vise également à offrir une « *seconde chance* » aux entrepreneurs honnêtes ayant connu la faillite.

La finalité de cette recommandation est claire : il convient de promouvoir l'esprit d'entreprise, l'investissement et l'emploi et de contribuer à réduire ainsi les obstacles au bon fonctionnement du marché intérieur.

La Commission souhaite, à travers cette recommandation, encourager les États de l'Union à harmoniser leurs règles de fond en matière d'insolvabilité.

En effet, le règlement CE n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 (en cours de révision) porte plus spécifiquement sur les questions de

compétence, de reconnaissance ou d'exécution des décisions.

Les États membres sont donc invités à mettre en œuvre les principes présentés par la recommandation dans les douze mois soit avant le 14 mars 2015<sup>1</sup>.

La Commission évaluera ensuite la mise en œuvre de sa recommandation et, si nécessaire, proposera des mesures supplémentaires en vue de consolider l'approche horizontale décrite dans cette recommandation.

Au rythme des modifications législatives et réglementaires affectant le droit français des procédures collectives depuis 2005, il paraît utile de s'interroger sur l'impact qu'une telle recommandation peut avoir non seulement sur les praticiens, mais également sur les débiteurs.

En d'autres termes, doit-on s'attendre à de nouveaux bouleversements et dans l'affirmative ne faut-il pas – paradoxalement – s'en inquiéter ?

### DES AVANCÉES NOTABLES

Avec l'ordonnance du 12 mars 2014, le droit français des procédures collectives a fait à l'évidence un pas en avant en favorisant encore plus le recours et le fonctionnement des procédures de prévention et de règlement amiable des difficultés des entreprises<sup>2</sup>.

L'ordonnance de 2014 permet au débiteur de conserver la maîtrise de son activité, tout en



Il est vain de penser que la multiplication et l'accélération des dispositifs législatifs et réglementaires qui prétendent faciliter le redressement, la sauvegarde ou encore le rebond du débiteur conduisent au résultat attendu.

lui offrant un certain nombre d'outils facilitant la prévention.

Le droit français va d'ailleurs bien plus loin que les préconisations formulées par la Commission puisque l'ordonnance du 12 mars 2014 élargit les possibilités de suspension des poursuites dès la conciliation (aux créanciers non parties à l'accord) et la sauvegarde (voir par ex. l'article L.611-10-1 al. 2 du Code de commerce qui constitue sans doute le principal apport de l'ordonnance à la procédure de conciliation).

De même, le souci de la célérité des procédures (et donc la limitation de la destruction de

valeur) est marqué par l'adoption de la sauvegarde accélérée qui permet de faire homologuer dans des délais très rapides (entre quelques jours et quelques semaines) un plan d'apurement du passif par tout ou partie des créanciers (articles L.628-1 à L.628-8 du Code de commerce).

En favorisant la présentation de plans par les créanciers, la France amorce également un mouvement qui tend à contrebalancer le poids du débiteur (article L.626-30-2 du Code de commerce)

Au même titre, la procédure de rétablissement personnel, favorisée par l'ordonnance du

12 mars 2014, est en phase, pour ne pas dire en avance, sur la recommandation de la Commission qui préconise une telle mesure pour les débiteurs « honnêtes ».

Finalement, avec l'ordonnance du 12 mars 2014, la France peut être considérée comme en avance sur d'autres législations et assurément sur certaines dispositions de la recommandation de la Commission.

Toutefois, ces avancées ne cachent-elles pas certains retards ? Dans l'affirmative, faut-il vraiment les combler ?

### LE RETARD DOIT-IL ÊTRE RATTRAPÉ ?

À y regarder de plus près, il convient de s'inquiéter toutefois du fait que si l'exercice auquel s'est livré la France avec cette ordonnance est louable mais insuffisant, il accentue les inégalités de traitement.

#### UN RETARD CERTAIN

La Commission exprime le souhait que les législations nationales prévoient que les débiteurs puissent être en mesure de lancer un processus de restructuration de leurs activités « sans devoir passer par une procédure judiciaire formelle » (§8 de la recommandation).

Et d'ajouter qu'au lieu d'être obligatoire, la désignation d'un médiateur ou d'un superviseur par la juridiction compétente « ne devrait intervenir qu'au cas par cas, lorsque la dite juridiction estime qu'une telle désignation est nécessaire », soit pour aider le débiteur et les créanciers à assurer le bon déroulement des négociations entourant un plan de restructuration (cas du médiateur), soit pour superviser l'activité du débiteur et des créanciers et prendre les mesures nécessaires de sauvegarde des intérêts légitimes d'un ou de plusieurs créanciers ou d'une autre partie intéressée (cas du superviseur).

Ainsi, la commission fait le choix de procédures amiables sans mandataire ce qui constituerait pour la France une évolution notable loin de la tradition faillitiste. Mais ce serait alors un certain pas vers la contractualisation des procédures collectives.

La recommandation entend également favoriser la possibilité d'adopter des plans de restructuration à l'égard de certains créanciers ou certains types ou certaines catégories de créanciers seulement (§20 de la recommandation). Si la SFA permet d'ores et déjà une forme de plan à « étages » la Commission ne précise pas à quelle catégorie de créancier elle souhaite réserver ces plans. On pourrait donc imaginer que d'autres catégories justifient une adaptation de la loi.

On relève également l'invitation de la Commission à



*Deux écueils quettent les praticiens et les débiteurs :*

*l'accélération et la multiplication des normes d'une part et le développement d'un traitement inégalitaire d'autre part. »*

plus d'égalité de traitement des créanciers « quel que soit le lieu où ils sont établis ». Sur ce point, la Commission promeut le recours à des moyens de consultation électronique que la France n'a pas encore mis en œuvre.

De même, et sans être exhaustif, on notera avec intérêt que la recommandation propose d'ouvrir le droit d'appel aux créanciers à l'encontre du plan de restructuration. Certes l'appel ne serait pas suspensif mais il s'agirait d'une véritable brèche dans le droit français (§24 de la recommandation).

Le rattrapage auquel s'est livré la France risque ainsi d'apparaître comme insuffisant aux yeux de la Commission sans doute en raison de ce que la confiance dans la capacité du débiteur à rebondir tout comme la protection des intérêts des créanciers ne sont pas suffisamment pris en compte.

Faut-il pour autant de nouveau compléter l'arsenal législatif ?

#### LE RISQUE DE RUPTURE

Il est vain de penser que la multiplication et l'accélération des dispositifs législatifs et réglementaires qui prétendent faciliter le redressement, la sauvegarde ou encore le rebond du débiteur conduisent au résultat attendu.

En effet, il n'est pas besoin d'être grand clerc pour constater que l'accélération des modifications législatives est inversement proportionnelle à l'amélioration de l'activité.

C'est un peu comme si une course-poursuite s'était établie entre les défaillances toujours plus douloureuses des entreprises et le législateur qui tente d'y remédier, sous couvert de sauvegarde de l'emploi et, accessoirement, de l'entreprise.



« Il n'est donc pas certain que l'accélération des réformes du droit des procédures collectives soit une source de redressement pour la France. »

La loi du 26 juillet 2005 était présentée comme une « boîte à outils » qui devait permettre aux débiteurs et aux créanciers de trouver un équilibre favorisant la sauvegarde de l'entreprise et, finalement, le développement économique.

Cette boîte à outils s'est d'abord transformée en une véritable quincaillerie et tend à devenir un bric-à-brac, dans lequel aussi bien les praticiens que les débiteurs vont avoir, si ce n'est déjà le cas, de plus en plus de mal à trouver la bonne solution tant les équilibres économiques nécessaires à l'entreprise sont passés sous silence.

En effet, deux écueils guettent les praticiens et les débiteurs : l'accélération et la multiplication des normes d'une part et le développement d'un traitement inégalitaire d'autre part.

On n'écrira jamais assez sur le coût que représente la multiplication des normes pour les entreprises.

En revanche, on s'est moins intéressé aux inconvénients, et plus spécialement à la rupture d'égalité entre les débiteurs que représente l'empilement des nouvelles dispositions au regard du principe de non-rétroactivité des lois de procédure collective.

En effet, le principe généralement admis est que les nouvelles dispositions ne s'appliquent que pour les procédures ouvertes à compter de l'ouverture de la procédure, de telle sorte que les débiteurs qui sont déjà sous la protection de la Loi ne peuvent pas bénéficier des nouvelles dispositions.

L'ordonnance du 12 mars 2014 n'échappe pas à cette règle ancestrale du droit des procédures collectives (voir B. Soinne, *Traité des procédures collectives*, 2<sup>e</sup> éd. n° 330 et s. ; P-M Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, 7<sup>e</sup> éd. §070.09 et s.).

Ainsi l'article 116 de l'ordonnance dispose qu'elle « n'est pas applicable aux procédures en cours au jour de son

entrée en vigueur [i.e. le 1<sup>er</sup> juillet 2014], à l'exception des articles 77 et 80 ». On retrouve comme dans les précédentes modifications législatives (et sauf exception, la plus notable étant celle de 1994) le principe de la non-rétroactivité et l'exception pour les sanctions (qui s'apparente au principe dit de la rétroactivité *in mitius*).

À grand renfort de communications publiques, le législateur fait ainsi naître dans l'esprit des débiteurs soumis à un traitement collectif – qu'il soit amiable ou judiciaire – des espoirs de solutions et dispositifs auxquels ils n'auront pas accès, tout simplement parce qu'ils ont été défaillants un peu trop tôt.

Si le principe de la non-rétroactivité est louable voire nécessaire dans un environnement juridique stable, il l'est beaucoup moins quand celui-ci évolue à un rythme qui dépasse le délai moyen d'une procédure<sup>3</sup>.

Ceci va nécessairement décourager ceux qui essaient de sauver leur entreprise ; mais cela va également entraîner inévitablement une différence de traitement entre des débiteurs qui, placés à quelques jours d'intervalle sous la protection du tribunal (en ce, compris la conciliation et le mandat *ad hoc*, voire la sauvegarde) sous un régime juridique différent, ne profitent pas des mêmes solutions.

Que penser en effet du débiteur qui a bénéficié au début de l'année 2014 d'un mandat *ad hoc* et qui n'a pu céder l'entreprise qu'à travers un plan de cession faisant suite à une procédure de redressement judiciaire alors que six mois plus tard, il aurait pu bénéficier d'une procédure dite de *prepack* ?

Et que dire de celui qui, en sauvegarde, aurait pu bénéficier d'une reprise proposée par les créanciers seulement possible depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2014 ?

Il n'est donc pas certain que l'accélération des réformes du droit des procédures collectives soit une source de redressement pour la France.

1. Les États membres sont également invités à recueillir des statistiques annuelles fiables sur le nombre de procédures de restructuration, la durée des procédures, la taille des débiteurs... (§35 de la recommandation).
2. Le propos n'est pas ici de décrire les nombreuses modifications apportées par l'ordonnance du 12 mars 2014 tant les commentaires sont nombreux.
3. Il s'est écoulé presque dix ans entre la loi du 25 janvier 1985 et la loi du 10 juin 1994 alors que la loi du 26 juillet 2005 a été « retouchée » au moins cinq fois en 2008 (ordonnance du 18 décembre 2008), 2010 (lois du 22 octobre 2010 et du 9 décembre 2010), 2012 (loi du 12 mars 2012) et 2014 (ordonnance du 12 mars 2014), soit depuis 2008 en moyenne tous les deux ans. Si le délai moyen d'une procédure « judiciaire » n'est pas de deux ans plus personne n'ignore qu'un nombre croissant d'entreprises (et pas des moindres) enchaînent les mandats *ad hoc*, la conciliation, la sauvegarde et le redressement judiciaire sur une durée qui dépasse souvent les deux années.