

ENTRETIEN

Jean-Emmanuel KUNTZ

Jean-Emmanuel Kuntz est avocat aux barreaux de Paris et de Bruxelles. Il est également membre d'Insol, de l'ARE, de l'IFPPC et de l'Association Droit et commerce.

« La réforme voulue d'ampleur passe sous silence des problématiques pourtant majeures » 111f3

La réforme du 12 mars 2014 était l'occasion entre autres d'approfondir et de systématiser le régime des procédures amiables et d'adapter les procédures judiciaires de traitement des difficultés des entreprises afin notamment d'en réduire le nombre. Pour Jean-Emmanuel Kuntz, avocat du cabinet Kuntz et Associés, si la réforme apporte des améliorations notoires, elle passe malheureusement sous silence des problématiques majeures auxquelles s'ajoute un certain nombre d'imprécisions.

Bulletin Joly Entreprises en difficulté : Votre profession a été consultée avant la publication de l'ordonnance. Aviez-vous des attentes particulières et quels sont les points qui vous paraissent indispensables pour votre profession ?

Jean-Emmanuel Kuntz Cette ordonnance était l'occasion, après la loi de sauvegarde de 2005 et l'ordonnance de 2008, entre autres, d'approfondir et de systématiser le régime des procédures amiables et d'adapter les procédures judiciaires de traitement des difficultés compte tenu des difficultés rencontrées en pratique afin notamment de réduire le nombre de liquidations judiciaires tant d'un point de vue quantitatif que qualitatif, la France portant, en la matière, le bonnet d'âne des grands pays de l'Union européenne.

Ainsi, il avait été souhaité que le groupe de sociétés soit enfin pris en compte dans le cadre de ces procédures, à l'image du projet de réforme du règlement européen n° 1346/2000 objet du projet de la Commission européenne du 12 décembre 2012.

En cas de défaillance d'un bailleur, la création de dispositions spécifiques à l'égard du preneur avait été envisagée eu égard aux difficultés pratiques que génère cette situation.

De même, praticiens et universitaires appelaient de leurs vœux une clarification du traitement du privilège de « *new money* » en cas d'échec de la conciliation ainsi que la création d'une procédure de rétablissement professionnel à l'image du rétablissement personnel.

En outre, certains mécanismes de la période d'observation devaient être modifiés tel que le régime des contrats en cours. L'obligation de paiement comptant des contrats continués dont la prestation porte sur une somme d'argent était en effet vivement critiquée dans le cadre de la sauvegarde car aboutissant à faire perdre au débiteur les délais de paiement contrac-

tuellement prévus et réduisant d'autant sa trésorerie par le seul effet de l'ouverture d'une sauvegarde.

BJE : Quels sont, selon vous, les apports les plus significatifs de l'ordonnance ?

J-EK Le premier apport important de l'ordonnance est l'encadrement de la rémunération du mandataire *ad hoc*, du conciliateur et du nouveau mandataire à l'exécution de l'accord. Celle-ci doit désormais être déterminée en fonction des diligences réalisées et l'avis du ministère public est requis. Un tel encadrement était attendu compte tenu des disparités parfois importantes de rémunérations des mandataires *ad hoc* et conciliateurs en fonction des dossiers.

Dans le même sens, les honoraires des conseils des créanciers ne peuvent pas venir aggraver la situation du débiteur.

Certains dossiers emblématiques ont montré que tant la rémunération des mandataires et/ou conciliateurs que celles des conseils ont obéré de façon irrémédiable la situation du débiteur rendant illusoire toute perspective de redressement.

Le président du tribunal de grande instance est réinvesti de sa mission de prévention ce qui paraissait indispensable compte tenu du nombre de procédures touchant les sociétés civiles immobilières (SCI), le milieu associatif et les professions réglementées.

La détermination légale de l'information des institutions représentatives du personnel au moment de l'homologation de l'accord doit mettre fin aux débats byzantins à ce sujet qui, selon le parti pris, faisaient prévaloir les dispositions du Code du travail et leur sanction, le délit d'entrave, ou les intérêts de la confidentialité attachée aux procédures de prévention.

En outre, avec pour objectif d'adapter le traitement des créanciers, l'ordonnance du 12 mars 2014 a amélioré leur situation notamment en clarifiant le traitement du privilège de « *new money* », en modifiant le régime des déclarations de créances,

lesquelles sont désormais opérées par le débiteur qui, en portant à la connaissance du mandataire judiciaire les créances, est présumé avoir agi pour le compte du créancier, mais également en réformant le régime des relevés de forclusion en clarifiant les délais d'exercice de l'action en relevé de forclusion tout en indiquant désormais expressément l'obligation faite au créancier de déclarer sa créance après avoir été relevé de sa forclusion sans que lui soient opposés les délais de 6 mois ou d'un an.

Le pouvoir juridictionnel du juge commissaire, en matière de vérification des créances, est également clarifié. Consacrant l'analyse de la jurisprudence, le juge commissaire est assimilé au juge de l'évidence et ne peut se prononcer en cas de contentieux contractuel complexe.

Les issues des procédures actuelles sont, par ailleurs, aménagées afin d'offrir la possibilité de préparer une *prepack* cession en conciliation ou encore de permettre aux créanciers de proposer un projet de plan concurrent à celui du débiteur. Une procédure de sauvegarde financière et de rétablissement professionnel viennent également compléter les procédures du livre VI du Code de commerce.

BJE : Que vous évoquent ces changements ?

J-EK En procédant par des réformes successives, souvent de circonstances et alors même qu'une autre est déjà annoncée, la structuration et la cohérence des procédures entre elles sont remises en cause.

La lisibilité et la compréhension pour les entreprises deviennent particulièrement difficiles ce qui ne les motivera pas à franchir le seuil des tribunaux, *a fortiori* si les actionnaires et dirigeants y risquent leur éviction.

Ainsi, devient-il possible d'envisager une cession totale ou partielle en conciliation, certes, dans le texte, à l'instigation du débiteur ; de contraindre un débiteur en sauvegarde à adopter un plan dont il n'aurait pas voulu ; d'ouvrir un redressement judiciaire sur demande du mandataire judiciaire, de l'administrateur judiciaire ou du ministère public en raison du défaut d'adoption d'un plan de sauvegarde et ce en l'absence de tout état de cessation des paiements.

Mais surtout, à la sauvegarde financière accélérée, le pouvoir gouvernementale ajoute une sauvegarde accélérée dont tant la pertinence de la création que son utilité doivent être démontrés. S'il fallait pouvoir étendre la sauvegarde financière accélérée aux fournisseurs, était-il nécessaire d'en créer deux ?

BJE : Aurait-il fallu aller plus loin ? Comment ?

J-EK Cette réforme voulue d'ampleur mais adoptée dans la précipitation des échéances électorales et par le seul Gouvernement sans travail législatif approfondi, passe sous silence des problématiques pourtant majeures.

Ainsi, le groupe de sociétés n'est encore une fois pas pris en compte dans les procédures de traitement des difficultés alors pourtant que l'entreprise ne peut plus être appréhendée hors du groupe auquel elle appartient. *A fortiori*, le traitement des difficultés de l'ensemble du groupe s'avère complexe et source de difficultés procédurales non résolues. Cette appréhension de la restructuration du groupe ne peut pas non plus s'exonérer du danger que présente *a posteriori* la notion de coemploi qui vient totalement anéantir la prévisibilité de la loi de sauvegarde par des considérations de pur droit du travail déconnectées de tout réalisme économique et lié uniquement à un dirigisme anachronique et une volonté de sanction.

De même, les sûretés propriétés ainsi que les prérogatives exorbitantes accordées aux créanciers dans le cadre de la documentation bancaire bloquent régulièrement toute restructuration sans qu'ils aient été pour autant pris en compte par la réforme.

À ces oublis, s'ajoute un certain nombre d'imprécisions découlant des modifications opérées par l'ordonnance.

Ainsi, comment la contestation des créances et le régime des relevés de forclusion s'articuleront-ils avec les modifications apportées au régime des déclarations de créances et à la sauvegarde accélérée ?

De même, alors que l'ordonnance prévoit désormais qu'en cas de reconstitution nécessaire des capitaux propres, un mandataire pourra être désigné aux fins de convoquer une assemblée générale et de prendre part au vote, nulle mention n'est cependant faite quant à l'étendue des pouvoirs du mandataire ni sur la possibilité pour ce dernier de prendre part aux résolutions ne visant pas seulement la reconstitution des capitaux.

“ En procédant par des réformes successives, souvent de circonstances et alors même qu'une autre est déjà annoncée, la structuration et la cohérence des procédures entre elles sont remises en cause ”

De plus, la préparation de la cession par le conciliateur est visée à l'article L. 611-7 mais celle organisée par le mandataire *ad hoc* n'est pas prévue à l'article L. 611-3 bien qu'elle soit mentionnée à l'article L. 642-2 I, alinéa 2.

BJE : Finalement quelle est votre appréciation globale de la réforme ?

J-EK Alors que nombres de problématiques sont passées sous silence, cette réforme, tout en modifiant l'approche des procédures collectives en voulant donner une place plus grande aux créanciers notamment publics ainsi qu'un pouvoir d'ingérence des commis-

saires au redressement productif en méconnaissance de la séparation des pouvoirs, apporte des améliorations notoires dont seul le décret d'application permettra toutefois d'apprécier la réelle portée.

Néanmoins, le 12 mars 2014, la Commission européenne a rendu publique une recommandation ayant trait à une nouvelle approche de l'insolvabilité au sein de l'Union. Celle-ci fait apparaître l'insuffisance de l'ordonnance française du même jour, notamment en matière de

suspension des poursuites pendant les procédures

de prévention, laquelle conduira nécessairement le législateur à réformer de nouveau le droit français des entreprises en difficulté¹.

Certes, une nouvelle réforme est déjà prévue par l'annonce d'une nouvelle ordonnance puisque tout ce qui était prévu concernant la possible éviction des associés ou actionnaires dans le projet d'ordonnance a été retiré pour être réintroduit par la suite, en espérant que les esprits brillants qui, à juste titre, se sont élevés contre l'inconstitutionnalité de telles mesures se seront apaisés.

Il est dommage que, dans sa précipitation, le Gouvernement français n'ait pas pris en compte cette recommandation européenne qui était bien en germe et qui prévoit des délais de mise en conformité des législations nationales de 12 à 18 mois à compter du 14 mars 2014.

Les praticiens vont donc se trouver confrontés à une énième réforme alors même que le texte de 2005 n'a cessé d'être retouché depuis lors et que le diachronisme en résultant tourne à l'anachronisme des valse hésitations de nos gouvernants et législateurs réintroduisant des dispositions disparues des lois de 1967 et 1985.

Propos recueillis par Valérie BOCCARA

¹ V. sur ce point, E.-X. Lucas et R. Dammann, « Faut-il déjà réformer la réforme du 12 mars 2014 ? » : BJE mai 2014, n° 111e7.

“ Cette réforme apporte des améliorations notoires dont seul le décret d'application permettra toutefois d'apprécier la réelle portée ”