

LES APPORTS DE LA LOI PACTE AU DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

Depuis près de 15 ans, la prévention et le traitement des difficultés des entreprises font l'objet de réformes profondes¹ ou d'aménagements parfois plus mineurs ou très ciblés². Les modifications des dispositions du Livre VI du Code de commerce qui en résultent font du droit des entreprises en difficulté une matière en constante évolution, dont l'appréhension, de ce seul fait, est parfois délicate.

Après son adoption définitive par l'Assemblée Nationale le 11 avril 2019, la Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite Loi PACTE, a été publiée au Journal Officiel du 23 mai 2019.

La Loi PACTE est une nouvelle fois l'occasion de procéder à des aménagements du droit des entreprises en difficulté, mais également d'annoncer de véritables réformes qui devraient intervenir dans les deux ans à venir.

Ainsi, la section 3 de la Loi intitulée « *Faciliter le rebond des entrepreneurs et des entreprises* » vient de manière hétéroclite, mais souvent judicieuse, adapter ou corriger certaines dispositions du droit actuel des entreprises en difficulté (I).

Par ailleurs, la Loi PACTE habilite le Gouvernement à procéder par voie d'ordonnances afin de réformer le droit des sûretés et de transposer en droit national la directive européenne dite « restructuration et insolvabilité »³ (II).

I. « FACILITER LE REBOND DES ENTREPRENEURS ET DES ENTREPRISES »

Diverses dispositions de la Loi PACTE viennent modestement impacter le droit des entreprises en difficulté. Nous pouvons notamment relever parmi ces nouvelles mesures :

- la possibilité pour le débiteur, sauf avis contraire du ministère public, de proposer en redressement judiciaire le nom d'un ou de plusieurs administra-



Manuel WINGERT



Philippe DUMEZ

teurs (cette possibilité n'était jusqu'à présent réservée qu'aux hypothèses de demande d'ouverture d'une procédure de sauvegarde)⁴ ;

- l'application obligatoire du régime de la liquidation judiciaire simplifiée⁵ aux débiteurs réunissant les trois conditions suivantes :

- ne pas détenir d'actif immobilier,
- ne pas avoir employé plus de cinq salariés au cours des 6 mois précédant l'ouverture de la liquidation,
- ne pas réaliser un chiffre d'affaires supérieur à 750.000 € HT.

- la systématisation de l'examen par le tribunal saisi d'une demande de liquidation judiciaire, des conditions

du rétablissement professionnel du débiteur, sans pour autant rendre cette procédure obligatoire.

- la possibilité pour les personnes morales qui exercent une activité agricole définie à l'article L. 311-1 du Code rural et de la pêche maritime⁶ de bénéficier d'un plan de sauvegarde ou de redressement d'une durée de 15 ans, alors que cette faculté n'était réservée jusqu'à la Loi PACTE qu'aux agriculteurs personnes physiques⁷.

- l'aménagement des règles et du régime applicable à la publicité du privilège du Trésor Public.

D'autres mesures nous paraissent devoir davantage retenir l'attention dès lors qu'elles marquent :

- (a) soit une évolution attendue envers une moins grande défiance de la procédure à l'égard du chef d'entreprise, en posant un principe de maintien de la rémunération du dirigeant,
- (b) soit le rétablissement d'un certain équilibre entre créanciers en plan de cession, en plus de supprimer ce qui pouvait constituer un obstacle ou un frein à une reprise d'activité, en réputant non écrites les clauses de « solidarité inversées » contenues dans les baux commerciaux.

I.a. La rémunération du dirigeant

Depuis la Loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 de Sauvegarde des Entreprises, qui a notamment créé la procédure de sauvegarde, un mouvement a été engagé afin de tenter de limiter les appréhensions des dirigeants à s'engager dans une procédure collective.

L'objectif était de pouvoir anticiper le plus possible, en amont d'un état de cessation des paiements, la protection de l'entreprise et d'assurer la mise en œuvre d'actions de retournement.

Parmi les mesures destinées à inciter les chefs d'entreprises à recourir à la procédure de sauvegarde se trouvaient notamment la possibilité pour le diri-

1 - Loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 de Sauvegarde des Entreprises ; Ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives

2 - Ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008, Loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière.

3 - Directive UE 2017/1132, « Restructuration et Insolvabilité » du 6 juin 2019.

4 - Article L.631-9 du Code de commerce

5 - Article L.641-2 du Code de commerce

6 - Articles L.626-12 et L.631-19 du Code de commerce.

7 - Cass.Com. 29 nov. 2017, n° 16-21.032

geant caution à titre personnel des dettes de la personne morale de se prévaloir des dispositions du plan de sauvegarde, la limitation de son dessaisissement dans la gestion de l'entreprise, ou encore le maintien de sa rémunération⁸.

La Loi PACTE vient partiellement supprimer les scories d'un passé pas si lointain où l'ouverture d'une procédure collective revêtait pour le dirigeant un caractère infamant et où la diminution, voire la suppression de sa rémunération par le juge-commissaire, pouvait dans certains cas davantage procéder d'une logique de sanction, que d'une approche strictement économique⁹.

La nouvelle rédaction de l'article L.631-11 du Code de commerce issue de la Loi PACTE pose désormais pour principe le maintien en l'état de la rémunération des dirigeants, à moins que le juge-commissaire, saisi par l'administrateur (à défaut par le mandataire judiciaire) ou par le Parquet n'en décide autrement.

Nous ne pouvons que nous réjouir de cette évolution du traitement du dirigeant dont l'entreprise a fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire.

Toutefois, cette nouvelle rédaction du texte n'est pas sans susciter des interrogations sur son application, notamment quant à l'élément déclencheur de la saisine du juge-commissaire ? Faudra-t-il que la rémunération du dirigeant soit manifestement disproportionnée au regard des facultés de l'entreprise et dans ce cas où sera placé le curseur ?

I.b. Clause de solidarité des baux commerciaux

La Cour de cassation en matière de plan de cession (en redressement ou en liquidation judiciaire avec poursuite d'activité) a posé pour principe que le cessionnaire désigné par le tribunal n'est pas l'ayant cause à titre universel du débiteur. En dehors de certaines exceptions légales (ex : levée d'option

du contrat de crédit-bail cédé, transfert des charges de sûretés¹¹), le repreneur ne peut donc se voir imposer d'autres charges que les engagements qu'il a souscrits aux termes de son offre¹².

En plan de cession, le tribunal sur le fondement de l'article L.642-7 du Code de commerce peut notamment ordonner le transfert au cessionnaire des « *contrats de crédit-bail, de location ou de fourniture de biens ou services nécessaires au maintien de l'activité* ». S'agissant de la cession du bail, le Code de commerce précise : « *toute clause imposant au cédant des dispositions solidaires avec le cessionnaire est réputée non écrite* »¹³.

Or, cette disposition ne vient aucunement « paralyser » le jeu d'une clause de « solidarité inversée » aux termes de laquelle les preneurs successifs sont tenus solidairement avec les preneurs antérieurs de la parfaite exécution des termes du bail et par voie de conséquence du paiement des éventuels loyers ou charges antérieurs demeurés impayés¹⁴.

L'article 64 de la Loi PACTE modifie le troisième alinéa de l'article L. 642-7 du Code de commerce en le complétant en ces termes : « *Par dérogation, toute clause imposant au cessionnaire d'un bail des dispositions solidaires avec le cédant est réputée non écrite.* »

Cette modification était très attendue des praticiens des procédures collectives. En effet, dans certaines affaires, l'importance des arriérés de loyers (notamment en présence d'un réseau de points de vente) pouvait dissuader des candidats à la reprise. En outre, l'application de ces clauses créait une disparité de traitement entre les créanciers.

II. LES BOULEVERSEMENTS PLUS PROFONDS ATTENDUS

II.a. La réforme du droit des sûretés¹⁵

Le Législateur, après avoir notamment fait divers constats tenant soit au caractère disparate du droit des sûretés dont

les dispositions sont contenues principalement dans le Code civil, mais sont également issues de différents textes spéciaux codifiés¹⁶ ou non¹⁷, soit au fait que la réforme du droit des sûretés intervenue en 2006¹⁸ n'avait pas intégré le cautionnement et les privilèges, soit encore que ce droit présente certaines lacunes en terme d'efficacité et de modernité, a habilité le Gouvernement à prendre par voie d'ordonnance les mesures nécessaires pour clarifier et améliorer la lisibilité du droit des sûretés et renforcer son efficacité « *tout en assurant un équilibre entre les intérêts des créanciers, titulaires ou non de sûretés, et ceux des débiteurs et des garants* ». Cette réforme ambitieuse portera largement sur le cautionnement, les privilèges mobiliers et sûretés mobilières spéciales et contiendra également un volet spécifique relatif aux procédures collectives¹⁹.

Le Gouvernement est ainsi habilité à prendre par ordonnance des mesures portant notamment sur :

- l'adaptation des règles relatives aux sûretés au regard de la nullité de certains actes prévue au chapitre II du titre III du même livre VI,
- l'amélioration de la cohérence des règles applicables aux garants personnes physiques en cas de procédure collective,
- la définition des conditions permettant d'inciter les personnes à consentir un nouvel apport de trésorerie au profit d'un débiteur faisant l'objet d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire avec poursuite d'activité ou bénéficiant d'un plan de sauvegarde ou de redressement arrêté par le tribunal.

II.b. Transposition de la Directive Insolvabilité²⁰

La diversité des procédures d'insolvabilité au sein des membres de l'Union Européenne rend nécessaire une démarche d'harmonisation de ces procédures, ainsi qu'une recherche d'amélioration de leur efficacité.

8 - Articles L.622-1 et L.622-3 du Code de commerce.

9 - Articles L.631-11 et R.631-15 du Code de commerce

10 - Le crédit preneur ne peut lever l'option d'achat qu'en cas de paiement des sommes restant dues dans la limite de la valeur du bien fixée d'un commun accord entre les parties ou, à défaut, par le tribunal à la date de la cession (Article L. 642-7, al. 5 du Code de commerce).

11 - Transfert des charges de sûretés immobilières et mobilières spéciales garantissant le remboursement d'un crédit consenti à l'entreprise pour lui permettre le financement d'un bien sur lequel portent ces sûretés.

12 - Cass. Com. 30 mars 1993, no 91-12.274

13 - Articles L.622-15, L.631-22 et L.641-12 al.5 du Code de commerce.

14 - Cass.Com. 27 septembre 2011, no 10-23.539.

15 - Article 60 de Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 (Loi PACTE)

16 - par exemple : Articles L. 525-1 et s. du Code de commerce en matière de nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement ou articles L.211-20 et s. du Code monétaire et financier en matière de nantissement de comptes-titres.

17 - par exemple : Loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce

18 - Ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés.

19 - Article 60.14° de la Loi n°2019-486 du 22 mai 2019 (Loi PACTE)

20 - Directive UE 2017/1132, « Restructuration et Insolvabilité » du 6 juin 2019

C'est dans ce contexte que la Commission européenne a préparé la proposition de directive dite "insolvabilité" du 22 novembre 2016²¹ relative « aux cadres de restructuration préventifs, à la seconde chance et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et d'apurement en modifiant la directive 2012/30/UE ».

Ce texte qui vient d'être adopté²² vise à « réduire les principaux obstacles à la libre circulation des capitaux découlant des différences entre les cadres de restructuration et d'insolvabilité des États membres et de renforcer la culture du sauvetage dans l'Union européenne ».

Cette proposition de texte vise à "réduire les principaux obstacles à la libre circulation des capitaux découlant des différences entre les cadres de restructuration et d'insolvabilité des

États membres et de renforcer la culture du sauvetage dans l'Union européenne".

Aux termes de l'article 196 de la Loi PACTE, le Gouvernement a ainsi été autorisé à prendre par ordonnances, dans « des conditions favorisant la poursuite de l'activité, la sauvegarde de l'emploi, l'apurement du passif et le rebond des entrepreneurs honnêtes et permettant la réduction des coûts et des délais des procédures, les mesures relevant du domaine de la loi nécessaires pour rendre compatibles les dispositions des livres IV, VI et VIII du code de commerce avec le droit de l'Union européenne ».

Cette ordonnance devrait notamment introduire en droit national la notion de « classes de créanciers » empruntée des droits allemand et américain, qui modifiera les conditions d'adoption des plans de sauvegarde.

***/**

La Loi PACTE procède à des ajustements et à des adaptations techniques du droit des entreprises en difficulté sans entraîner de bouleversement de la matière. Il en ira incontestablement différemment dans les deux ans à venir une fois que le Gouvernement aura, par voie d'ordonnances, réformé le droit des sûretés et transposé en droit français la directive européenne « insolvabilité ». Rendez-vous est pris.

Manuel WINGERT, Avocat of Counsel
Philippe DUMEZ, Avocat Associé



21 - Proposition de directive du 22 novembre 2016 relative à l'insolvabilité des entreprises (COM/2016/0723 final - 2016/0359 (COD)).

22 - Directive UE 2017/1132, « Restructuration et Insolvabilité » du 6 juin 2019.