

Nouvelle-Calédonie

Conseil Economique et Social

Nouméa, le 26 octobre 2007

AVIS N°08/2007

concernant le projet de délibération portant mesures de procédure en matière de sauvegarde des entreprises



Le conseil économique et social de la Nouvelle-Calédonie, conformément à l'article 155 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie,

Vu la délibération n°03/CP du 05 novembre 1999 portant organisation et fonctionnement du conseil économique et social de la Nouvelle-Calédonie,

Vu la délibération n° O2-CES/2005 du 19 mai 2005 portant règlement intérieur du conseil économique et social,

Vu la lettre en date du 11 octobre 2007, le président de la Nouvelle-Calédonie a saisi le conseil économique et social de la Nouvelle-Calédonie, selon la procédure d'urgence, *d'un projet de délibération portant mesures de procédure en matière de sauvegarde des entreprises.*

Vu l'avis du Bureau en date du **25 octobre 2007**,

A adopté lors de la séance plénière en date du **26 octobre 2007**, les dispositions dont la teneur suit :

Conformément à l'article 22-18 de la loi organique modifiée n° 99-209 du 19 mars 1999, la Nouvelle-Calédonie est compétente en matière de procédure civile....

C'est dans ce contexte juridique que s'inscrit l'examen du présent projet de délibération.

I – Objet de la saisine

Telle que considérée par les professionnels juridiques, la loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises « crée un nouvel équilibre des pouvoirs » qui réforme en profondeur le droit des entreprises en difficulté. Ces dispositions (codifiées au Livre VI du code du commerce) ont été étendues à la Nouvelle-Calédonie.

Néanmoins les décrets¹ d'application, dont les dispositions sont d'ordre procédural, doivent faire l'objet d'un projet de texte du gouvernement afin que ces dernières entrent en vigueur en Nouvelle-Calédonie. En effet, dans le respect de la compétence détenu par le territoire en matière de procédure civile, il lui appartient de mettre en œuvre ce nouveau dispositif légal.

Tel est l'objet de la présente saisine soumise à l'avis du conseil économique et social de la Nouvelle-Calédonie dont le projet de texte s'inspire très largement des deux décrets cités en référence.

II – Contexte et impact de la loi relative à la sauvegarde des entreprises

Afin d'appréhender ce projet de texte, il est nécessaire d'aborder son contexte et de déterminer l'impact de cette nouvelle procédure en Nouvelle-Calédonie.

A. Qu'est ce-que la procédure de sauvegarde ?

La sauvegarde a été instituée par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005. Il s'agit d'une procédure de traitement des difficultés des entreprises qui se déroule sous le contrôle des tribunaux. Son ouverture peut être demandée par tout débiteur justifiant d'une situation périlleuse, qu'il n'est pas en mesure de surmonter, de nature à le conduire à la cessation des paiements.

Elle entraîne, à compter de son ouverture, l'arrêt des poursuites individuelles des créanciers antérieurs et le gel du paiement de leurs créances. Elle est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif.

¹ - décret n°2005-1677 du 28 décembre 2005 pris en application de la loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises,
- décret n°2006-1709 du 23 décembre 2006 pris en application de la loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises et portant diverses dispositions relatives aux administrateurs judiciaires et aux mandataires judiciaires.

Elle commence par une période d'observation dont l'objet est de dresser un diagnostic et d'organiser une négociation avec les créanciers, en vue de l'élaboration d'un projet de plan de sauvegarde de l'entreprise qui sera soumis au tribunal.

B. En quoi cette procédure est-elle innovante ?

L'objectif principal du législateur de 2005 a été de renforcer les chances effectives de sauvetage de l'entreprise en favorisant l'anticipation des difficultés et leur résolution par la négociation. La procédure de sauvegarde constitue le dispositif phare mis en place pour atteindre cet objectif.

Avant l'institution de cette procédure, le débiteur ne pouvait bénéficier d'un traitement judiciaire de ses difficultés qu'une fois la cessation des paiements survenue. Désormais, la possibilité est offerte au chef d'entreprise d'anticiper la survenance de la cessation des paiements afin d'éviter celle-ci. Ce n'est pas l'imminence de la cessation des paiements qui importe mais l'existence de difficultés qui peuvent conduire à celle-ci.

Le champ de l'anticipation est donc large. Afin que les dirigeants puissent s'engager dans cette voie sans crainte de se voir poursuivre, eux-mêmes ou des membres de leurs familles, par des créanciers, il est prévu que les personnes physiques coobligées ou ayant consenti un cautionnement ou une garantie autonome peuvent se prévaloir des dispositions du plan de sauvegarde.

La procédure de sauvegarde est un outil mis à la disposition des dirigeants prévoyants et non un traitement judiciaire imposé. C'est pourquoi les dirigeants y jouent un rôle prédominant. Ils sont les seuls à pouvoir demander l'ouverture de cette procédure et assurent l'administration de l'entreprise pendant la période d'observation. En outre, ils ont vocation à conserver leurs fonctions à l'issue de la procédure.

C. L'impact de cette procédure en Nouvelle-Calédonie

Sous sa présentation simplifiée, la procédure de sauvegarde s'adresse aux petites et moyennes entreprises qui sont les plus représentées en Nouvelle-Calédonie. Son impact est triple, en effet :

1. L'impact social :

Selon les chiffres recueillis auprès du tribunal mixte de commerce de Nouméa, le nombre de procédures ouvertes chaque année depuis 2005 s'établit comme suit :

	2005	2006	Sept 2007
Redressements judiciaires	48	46	36
Liquidations judiciaires directes	102	73	71
Liquidations judiciaires après redressement infructueux	52	49	32

Il est à noter que, selon le tribunal mixte de commerce, parmi ces procédures, près des $\frac{3}{4}$ auraient pu bénéficier des mesures nouvelles plus favorables. Atténuant ainsi des cessations d'activités qui génèrent trop souvent des drames humains et sociaux.

2. L'impact juridique :

Il reste à déplorer que cette mesure entre en vigueur aussi tardivement en Nouvelle-Calédonie. En effet, pour de telles dispositions, lorsque le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie est consulté et rend son avis, il est essentiel que les textes d'application nécessaires à sa mise en œuvre soient pris dans un délai raisonnable. Dans le cas d'espèce, deux ans se seront écoulés avant que la Nouvelle-Calédonie puisse offrir à ses entreprises l'accès à cette nouvelle procédure.

Néanmoins, il est nécessaire de souligner que la Nouvelle-Calédonie compte un nombre restreint de mandataires liquidateurs. Compte tenu de l'impossibilité pour cette dernière, à défaut de texte, de faire prendre en charge par le Trésor Public l'intégralité des émoluments des mandataires de justice dans les procédures impécunieuses, il est proposé que ces mandataires soient, dans certains cas, dispensés du ministère d'avocat ce qui évitera, comme il a été maintes fois constaté, leur absence devant les juridictions, préjudiciable à la bonne administration de la justice. (*cf article 333 du projet de délibération*).

3. L'impact financier :

Le nouveau dispositif ne devrait engendrer aucun impact budgétaire pour la Nouvelle-Calédonie, à charge pour l'Etat de mesurer l'accroissement de cette procédure au niveau des services de justice et de prévoir l'engagement de personnel supplémentaire au greffe du tribunal mixte de commerce de Nouméa.

III – Observations et propositions du conseil économique et social

Le conseil économique et social s'est attaché à examiner l'ensemble du contenu de la saisine, article par article, et a formulé des observations et des propositions d'ordre général ainsi que des remarques touchant à la forme du projet de délibération.

A. Observations et propositions d'ordre général

Bien que ce projet de délibération portant mesures de procédure en matière de sauvegarde permette à terme de diminuer le nombre de redressements ou de liquidations, il n'en reste pas moins que son impact auprès des chefs d'entreprises est suspendu à sa publication et à la communication nécessaire dans ce domaine. De fait, **le conseil économique et social recommande** vivement la réalisation d'une campagne d'information touchant les chefs d'entreprises ainsi que les artisans.

Dans le cadre de la problématique posée par le règlement des dossiers impécunieux, **le conseil économique et social propose** que les mandataires bénéficient du fonds de financement des dossiers impécunieux existant en Métropole².

² Arrêté du 2 février 2007 modifiant, au bénéfice du fonds de financement des dossiers impécunieux, le taux du prélèvement sur les intérêts servis par la Caisse des dépôts et consignations sur les fonds déposés en application des articles L. 622-18, L. 626-25 et L. 641-8 du code de commerce

B. Observations et propositions relatives à la forme du projet de texte

Suite à l'audition des différents intervenants notamment la chambre de commerce et d'industrie, **le conseil économique et social émet** les propositions de rédaction suivantes :

REMARQUES SUR LA FORME	PROPOSITIONS
<p style="text-align: center;">TITRE I^{er} DE LA PRÉVENTION DES DIFFICULTÉS DES ENTREPRISES</p> <p style="text-align: center;">CHAPITRE 1^{ER}</p> <p style="text-align: center;">De la prévention des difficultés des entreprises, du mandat <i>ad hoc</i> et de la procédure de conciliation</p> <p style="text-align: center;">Section 1</p> <p>DE LA DETECTION DES DIFFICULTES DES ENTREPRISES PAR LE PRESIDENT DU TRIBUNAL DE COMMERCE</p>	<p>La commission propose d'intituler le chapitre 1^{er} en chapitre unique afin d'éviter toute confusion puisqu'au chapitre II existe. :</p> <p style="text-align: center;">TITRE I^{er} DE LA PRÉVENTION DES DIFFICULTÉS DES ENTREPRISES</p> <p style="text-align: center;">CHAPITRE UNIQUE</p> <p style="text-align: center;">De la prévention des difficultés des entreprises, du mandat <i>ad hoc</i> et de la procédure de conciliation</p> <p style="text-align: center;">Section 1</p> <p>DE LA DETECTION DES DIFFICULTES DES ENTREPRISES PAR LE PRESIDENT DU TRIBUNAL MIXTE DE COMMERCE</p>
<p><u>art 9 al 2 in fine et art 11</u> : Les références aux juridictions métropolitaines ont été remplacées par les termes « Tribunal de Première Instance » et « Tribunal Mixte de Commerce » à l'exception de ces articles.</p>	<p>Art 9 modifié : ... « Il statue en dernier ressort lorsque le montant de l'astreinte n'excède pas le taux de compétence en dernier ressort du tribunal mixte de commerce ».</p> <p>Art 11 modifié: ... « Elle est adressée ou remise au président du tribunal mixte de commerce ou du tribunal de première instance selon le cas... ».</p>
<p><u>Art 50-4°, art 53 al 2, art 125, art 127, art 170-4° et art 223 al 2</u> : Tout au long de la délibération, il est fait référence à certains textes « susvisés » : or ces textes figurent bien dans les visas du décret métropolitain mais pas dans les visas du projet de délibération.</p>	<p>Il faut donc y faire référence sans préciser « susvisé »</p>
<p><u>Art 120</u> : présente seulement 3 alinéas alors que ce dernier doit en compter 4, puisque le dernier alinéa fait référence au 3^{ème}. Il manque un saut de ligne entre le 1^{er} alinéa et le 2^{ème}.</p>	<p>Art 120 modifié : ...« Il rappelle que le délai de forclusion prévu à l'article L. 625-1 du code de commerce court à compter de la publication prévue au troisième alinéa ci-après. Les salariés dont les créances sont admises sont informés au moment du paiement.</p> <p>Le salarié dont la créance a été omise peut être relevé de la forclusion par le tribunal du travail dans le délai prévu au deuxième alinéa de l'article L. 625-1 du même code.</p>
<p><u>Art 152 - 4° in fine</u>: une référence à l'article L 621-9 est faite, il est noté l'oubli du « - 9 ».</p>	<p>Art 152 - 4° in fine :...« La rémunération des experts et des officiers publics désignés par le tribunal en application du dernier alinéa de l'article L. 621-4 du même code ainsi que des techniciens désignés par le juge-commissaire en application du deuxième alinéa de l'article L. 621-9 »</p>
<p><u>Art 310 in fine</u> : le numéro de l'article en référence n'apparaît pas (oubli de l'art 308)</p>	<p>Art 310 : ...« revêtue de la formule exécutoire visée au dernier alinéa de l'article L. 643-11 du même code est notifiée par le greffier, aux frais du créancier poursuivant, à la Banque de France, accompagnée du relevé des incidents de paiement de chèques mentionné à l'article 308</p>
<p>Il manque un article stipulant la date d'entrée en vigueur du projet de délibération</p>	<p>Art 352 : la présente délibération entre en vigueur le 1^{er} janvier 2008</p>

IV - Conclusion

En premier lieu, **le conseil économique et social déplore** l'utilisation de la procédure d'urgence concernant un texte important en matière de sauvegarde des entreprises et techniquement complexe.

Sous réserve des observations et des propositions sus mentionnées, **le conseil économique et social émet un avis favorable** au projet de délibération portant mesures de procédure en matière de sauvegarde des entreprises.

LE SECRETAIRE

LE PRESIDENT

Paulo SAUME

Robert LAMARQUE