



ASSOCIATION DES AVOCATS CONSEILS D'ENTREPRISES

Séminaire franco-allemand
– **Avocats conseils d'entreprise (ACE)** –
Toulouse 2004

LA REFORME DU DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTE

A PROPOS DE L'AVANT PROJET DE LOI PERBEN

Christophe Léguevaques
Avocat au barreau de Paris
Président de la commission
« *Entreprise en difficulté* »
de l'ACE



INTRODUCTION

Mesdames, Messieurs, mes chers confrères,

Lorsque notre gentil organisateur, Nicolas Morvilliers, m'a demandé d'intervenir pour présenter le projet de réforme du droit des entreprises en difficultés en préparation, je ne savais pas encore ce qui m'attendait.

Autant le dire tout de suite, ce sujet est particulièrement complexe et évolutif.

Evolutif, parce que le texte dont je vais vous parler n'est pas le texte de loi définitif. Et pour cause, le parlement ne s'est pas encore prononcé. Pour l'heure, l'avant projet est le résultat d'une consultation organisée par le Ministère de la justice auprès des professionnels. Cet avant projet devrait être encore modifié après son passage au Conseil d'Etat, puis présenté, le 6 mai 2004, au Conseil des ministres, pour finir par être discuté, amendé et modifié lors de la discussion parlementaire que l'on se plait à nous annoncer pour une première lecture avant l'été.



Complexe, parce que le droit de la « faillite » (je me permets cet anachronisme pour parler plus court) est un droit impérialiste qui remet en cause les certitudes acquises, les situations que l'on croyait pérenne. C'est un droit économique mais c'est un droit qui gère une double ressource rare : l'argent et le temps. C'est un droit qui corrode tous les droits ou plus précisément qui les transforme. C'est un droit de fusion et de confusion. C'est un droit qui met en perspective et qui est également un excellent révélateur des rapports de force dans une société : est-il favorable aux créanciers ou aux débiteurs ? est-il judiciaire ou contractuel ?

Si l'on en croit le doyen PERCEROU, dans les temps anciens, il existait une opposition entre la tradition latine et la tradition germanique.

La tradition latine était tournée plutôt vers la personne du commerçant, dont les créanciers prenaient collectivement le contrôle au sens propre comme figuré. Rappelez vous que la loi des XII Tables

La tradition germanique tendait plutôt à une appréhension individuelle d'un bien particulier, à une reconnaissance de privilèges sur les actifs du débiteur.

Dans les villes lombardes, lieu de rencontre et d'échanges, ces deux traditions se sont agrégées pour donner naissance à une



procédure collective de paiement destinée à sanctionner le débiteur censée être dangereux pour le crédit. De cette époque, datent la mauvaise réputation du failli et le caractère fortement pénal de cette matière. De cette tradition, résulte également la volonté de confier la gestion non pas au débiteur mais à un mandataire judiciaire.

Nous sommes loin la tradition pragmatique chère aux anglo-saxons et notamment aux américains du « nouveau départ ». Dans une conception réellement libérale, « *il faut uniquement sauvegarder les entreprises viables et qui sont sources d'emplois et de richesse* », tout en confiant à un juge professionnel nommé par l'Etat le soin de trancher les litiges entre le débiteur qui est laissé en possession et les créanciers. Quant aux autres entreprises, la grande majorité des entreprises sans avenir, le débiteur abandonne ses actifs à ses créanciers, obtient une rémission du passif restant dû et peut, très vite, repartir pour de nouvelles aventures s'il est de bonne foi.

Par ce simple rappel de sociologie juridique, on comprend mieux pourquoi il a fallu plus de quarante ans pour que l'Union européenne accouche au forceps d'un règlement sur l'Insolvabilité qui ne traite pas du droit substantiel. Mais je laisse à mon confrère WORTHWALTER le soin de traiter cette question.



Pour autant, il convient de constater que le droit français et le droit allemand se sont rapprochés à la fin du XX^{ème} siècle, souvent en s'influçant l'un l'autre, puis en adoptant la distinction, chère au Doyen Houin, de l'homme et de l'entreprise, enfin en créant un véritable droit de l'entreprise en difficulté et en lui permettant de se redresser, quitte pour cela de sacrifier les créanciers.

Cette lente évolution du droit est le reflet du contexte économique et des principes directeurs du gouvernement. Ainsi, lorsque la loi BADINTER est entrée en application en 1986, nous étions à l'apogée d'une économie où l'interventionnisme de l'Etat était fort, ce qui a permis de protéger le débiteur au détriment des créanciers. En effet, à cette époque, le « *créancier, fisc ou banque, n'était autre que l'Etat lui-même, débiteur de la protection sur laquelle tout reposait* ». Ce qui fait dire au professeur SOINNE que l'approche française « *est opposée à la logique libérale. Il faut avant tout panser les blessures et calmer les souffrances* ».

Par ailleurs, nous retrouvons une autre grande différence entre le droit allemand et le droit français dans la relative continuité allemande et l'effervescence législative française. Aucun texte sur les faillites entre 1877 et 1994 en Allemagne, mais pas moins de six interventions législatives sur la même période en France (1889, 1935, 1955, 1967, 1985 et 1994).



Pourquoi un tel activisme législatif français ? Pas seulement parce que les alternances politiques influent sur la matière, quoique ; non, plus certainement, parce que le législateur a toujours la prétention que la loi permette de trouver une « *solution juridique à des problèmes économiques* ».

Pourquoi le législateur a-t-il décidé d'intervenir. Je vois trois raisons à cette volonté de réforme : les modifications socio-économiques intervenues depuis 20 ans ; un a priori idéologique assumé et la nécessité d'améliorer la loi de 1985.

La **raison économique** est simple à comprendre. En 20 ans, nous sommes passées d'une économie financée par l'impôt à une économie financée par l'épargne. Autrement dit, avec la mondialisation, les dérégulations et la financiarisation de l'économie, nous assistons à un retour de la propriété individuelle contre la propriété collective. L'une des meilleures confirmations de cette affirmation réside dans le « gloubi bouлга » des privilèges. Chaque créancier cherche à se voir consentir un avantage, un privilège, ce qui crée un maelström d'intérêts antagonistes qui pèsent sur la détermination de l'intérêt général et sur les chances de redressement ou de réorganisation de l'entreprise.



Plutôt qu'une nouvelle réforme française du droit des procédures collectives, le législateur serait mieux avisé de prévoir une mise à plat – et rêvons un peu, une mise au plat, au niveau européen– des sûretés personnelles et réelles, des privilèges et autres droits de rétention qui viennent perturber l'affirmation du droit de l'entreprise *au* redressement, sort de nouveau droit subjectif qui serait reconnu à ce presque sujet de droit qu'est l'entreprise... Pour l'heure, on est loin d'une telle ambition. Le législateur se contente de gérer les intérêts antagonistes.

Cet abstentionnisme du législateur sur les sujets qui fâchent, de même que le retournement de la perspective législative en faveur des créanciers est la marque de fabrique d'**un *a priori* idéologique assumé**. L'avant projet est volontairement libéral, mais attention libéral au sens français du terme. Il s'inscrit dans la politique menée par le gouvernement Raffarin d'aide à la création d'entreprise et à la nécessaire protection de l'entrepreneur. Il existe une certaine continuité de ce texte avec la loi Borloo du 1^{er} août 2003 instaurant une faillite civile baptisée 'rétablissement personnel' et la loi Dutreil du 1^{er} août 2003 relative à l'initiative économique. Il faut permettre au chômeur de créer son emploi, donc son entreprise ; et dans le même temps, il faut se montrer clément si jamais sa prise de risque ne portait pas ses fruits.



Quant aux **nécessaires améliorations techniques**, elles sont tellement nombreuses qu'il serait fastidieux de toutes les énumérer ici. Elles visent principalement à accélérer la procédure, à assurer une plus grande transparence, voire à moraliser certaines pratiques. Citons, parce qu'elle est importante, la délimitation du champ d'application du privilège de l'article L. 621-38 (ancien article 40). Jusqu'à présent, une créance née régulièrement après l'ouverture de la procédure collective bénéficiait de ce privilège. Le nouveau texte prévoit qu'outre cette double condition de naissance postérieure et régulière, il faut en ajouter une troisième la créance est née « *pour les besoins de son activité* ». Cette précision vise à réduire le montant des créances privilégiées en cherchant l'effet utile.

L'avant projet comptant 150 articles, il affecte tout le droit des entreprises en difficulté. Ce n'est plus un re-platrage mais une refondation. Comme il s'agit d'un projet ambitieux, je me dois d'**exclure de mon étude des pans entiers**.

- Ainsi, nous n'aurons pas le temps d'aborder la question des voies de recours qui s'ouvrent un peu plus aux créanciers.
- De même, la transformation des contrôleurs en organe de la procédure avec faculté de substitution au représentant des créanciers en cas de carence de ce dernier devrait faire l'objet de plus d'une étude savante.



- Enfin, citons encore que l'avant projet allège les sanctions patrimoniales et professionnelles à l'égard du débiteur défaillant. Ainsi, la loi supprime d'une part, l'extension sanction contre le dirigeant et, d'autre part, l'ouverture de plein droit de la procédure collective d'une société en nom collectif ou de toutes sociétés dans lesquelles les associés sont solidairement et indéfiniment responsables du passif social. Cette mesure accessoire emporte de très nombreuses conséquences, notamment dans les montages de défiscalisation.

Avant de présenter rapidement, l'architecture générale du projet, je souhaiterais attirer votre attention sur quatre idées fortes :

La première idée consiste à relever que le terme de « débiteur » remplace de plus en plus souvent celui d'« entreprise ». Certains auteurs veulent voir dans ce changement sémantique un retour de l'ancienne opposition entre le débiteur défaillant et les créanciers.

La deuxième idée correspond à un combat de l'ACE et nous sommes heureux que la Chancellerie nous ait entendu. En effet, après l'agriculteur, le commerçant et l'artisan, le professionnel libéral exerçant à titre individuel pourra bénéficier de la protection de la loi. Les ordres professionnels sont appelés à intervenir.



La troisième idée à retenir est un constat. La définition légale de la cessation des paiements n'est pas modifiée. Ainsi, une entreprise est en état de cessation des paiements lorsqu'elle est « *dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible* ». Je ne reviendrai pas ici sur le débat doctrinal et pratique entre « passif exigible » et « passif exigible et exigé ». Constatons simplement que le législateur a préféré une voie plus tortueuse en ouvrant la procédure de conciliation (ancien règlement amiable) à une entreprise déjà en cessation des paiements mais depuis moins d'un mois ! Il n'est pas certain que cette solution soit heureuse lorsqu'on connaît les difficultés liées à la détermination de la date de la cessation des paiements, notamment dans les entreprises d'une certaine importance.

La quatrième et dernière idée qui retiendra notre attention consiste à retrouver la complexité de la matière. En effet, le droit des entreprises en difficulté est réorganisé, ce sont pas moins de SIX procédures qui sont à présent proposées et que l'on peut classer en trois grandes familles :

Première famille, les soins préventifs, ce que le professeur SOINNE appelle « *la thérapeutique légère* », le législateur maintient le mandat ad hoc, qui sera le plus souvent un préalable à une conciliation qui remplace le règlement amiable. Là encore, le poids des mots est important : concilier les intérêts en présence, ce n'est pas régler les créanciers.

Deuxième famille, les soins curatifs, nous passons à la



chirurgie qui se veut « rapide et efficace ». Ici, le législateur innove avec la création d'une procédure de sauvegarde qui permet à un débiteur, sans être en état de cessation des paiements, d'anticiper un dépôt de bilan de se placer, sous la protection de la loi (c'est le fameux 'chapter eleven' à la française...). Nous verrons qu'il s'agit d'un ersatz de redressement judiciaire comprenant suspension provisoire des poursuites de plein droit, obligation de déclarer les créances, élaboration d'un plan limité à la continuation de l'entreprise. Mais, la grande innovation réside dans le fait qu'il s'agit d'un redressement judiciaire anticipé, sans cessation des paiements. Parallèlement, nous assistons à un dépérissement du redressement judiciaire qui perd sa dynamique et qui semble dépecée

- soit, au profit de la procédure de sauvegarde ;
- soit au profit de la liquidation judiciaire, qui se voit, ainsi, transférer le plan de cession.

Enfin, **troisième famille, les soins palliatifs**. On accompagne alors l'entreprise moribonde dans la tombe. La liquidation judiciaire prend son autonomie et redevient une véritable procédure collective de paiement des créanciers. Par ailleurs, elle se dédouble en une procédure normale et une procédure simplifiée.



On peut regretter cette profusion de procédures. Pour essayer de comprendre ce qui se cache derrière chacune de ces procédures, je vous propose de les étudier, tour à tour.

I. LA CONFIDENTIALITE DE LA PREVENTION EST SACRIFIEE SUR L'AUTEL DE LA SECURITE JURIDIQUE DE L'ACCORD HOMOLOGUE

La pratique de la prévention avait révélé certaines carences des textes, notamment en cas de survenance d'une procédure collective postérieurement à l'homologation de l'accord portant règlement amiable. Ainsi, la Cour de cassation avait considéré dans son arrêt Icolo de 2002 que le règlement amiable n'était pas « waterproof », il ne résistait pas aux nullités de la période suspecte. Malgré l'homologation de l'accord amiable par le président du Tribunal, il était toujours possible de faire remonter la date de cessation des paiements antérieurement à l'ordonnance d'homologation. Afin d'assurer la sécurité juridique des négociations menées par un débiteur et ses créanciers, le législateur modifie l'équilibre du règlement



amiable, par définition contractuelle, pour le transformer en véritable procédure¹ (B).

Au passage, le législateur prévoit de retoucher la prévention et le mandat ad hoc (A).

A. MAINTIEN DU MANDAT AD HOC

Le projet de loi n'innove pas en ce qui concerne le mandat ad hoc (2). En revanche, il tente d'améliorer le transfert de l'information au tribunal afin de favoriser la prévention (1).

1°) L'information clef du succès de la prévention

Afin de renforcer la détection des difficultés, le projet prévoit plusieurs séries de mesures. Faute de temps, j'insisterai simplement sur le fait que si le chef d'entreprise ne dépose pas les comptes annuels de la société, c'est un signal d'alarme fort des difficultés de l'entreprise.

L'avant projet de loi prévoit d'abord de renforcer la coopération entre le greffier et le président du Tribunal de commerce.

Ensuite, l'avant projet investit le président du tribunal d'un pouvoir d'injonction à l'encontre du chef d'entreprise afin de lui permettre de régulariser la situation, en déposant ses comptes sociaux sous un mois. Si cette injonction est inefficace, l'avant projet autorise

¹ même si l'exposé des motifs dit exactement le contraire... (p. 6)



Christophe Lèguevaques, 2004 – Copyleft : Liberté d'accès ; Liberté de copier ; Liberté de diffuser ; Liberté de transformer ; Obligation de conserver ces quatre libertés, à condition que, (i) il n'en soit pas fait une utilisation commerciale, (ii) l'œuvre dérivée soit publiée selon les mêmes termes et que (iii) l'auteur original soit cité.

le président à convoquer le chef d'entreprise et à lancer une enquête sur la bonne santé de l'entreprise.

De même, l'avant projet prévoit la publicité obligatoire lorsque les retard de paiement des dettes fiscales dépassent 12.200 € au dernier jour du trimestre civil.

2°) Maintien du mandat ad hoc.

Le mandat ad hoc peut être demandé par le « représentant de l'entreprise » et lui seul. En cas de querelles entre associés, il faut éviter le dévoiement parfois constaté qui permettait à un associé de solliciter un mandat ad hoc pour faire face aux difficultés de l'entreprise qu'il avait lui-même générées. Ce genre de difficultés se gère autrement, notamment par la désignation d'un administrateur provisoire par le juge des référés.

L'avant projet se borne à rappeler que le président détermine la mission du mandataire ad hoc, ce qui laisse la place à beaucoup de souplesse. De même, la loi ne limite pas le durée du mandat ad hoc, par opposition à la conciliation.

Je rappelle pour nos amis allemands que cette procédure n'est pas contradictoire. Elle se fait dans le silence du cabinet du juge dans un tête-à-tête entre le chef d'entreprise et le juge.



Cette discrétion propre à une procédure gracieuse constitue un atout indéniable pour la réussite de ces mesures de restructurations conventionnelles. Les avocats savent bien qu'elle est la difficulté psychologique à surmonter. Pour le chef d'entreprise, le juge est d'abord celui qui punit. Il faut arriver à le convaincre qu'il va voir le juge qui soigne. Ainsi, le caractère confidentiel est un trait essentiel de cette procédure.

Si la confidentialité est l'un des maillons forts de la prévention, il est à craindre que cette confidentialité soit mise à mal dans le cadre de la conciliation.

Je ne pense pas à l'obligation de communiquer au procureur de la République l'ouverture d'une procédure de mandat ad hoc ou de conciliation. Le procureur est le garant de l'ordre public économique, il est normal qu'il soit informé de situations qui peuvent mettre en péril des emplois ou l'activité de toute une région. La remise en cause de la confidentialité à laquelle je pense est beaucoup plus grave. Il s'agit de celle prévue par les nouvelles dispositions relatives à la conciliation qui prévoit nous allons le voir à présent une publicité de l'accord amiable homologué.



B. LE REGLEMENT AMIABLE DEVIENT LA CONCILIATION

L'avant projet prévoit l'ouverture d'une procédure de conciliation pour l'entreprise « *qui éprouve des difficultés juridique, économique ou financière avérée ou prévisible* ». Jusque là, tout va bien, on se place dans la perspective d'anticiper les difficultés. Mais, le texte ajoute que cette procédure peut être ouverte également à toute entreprise « *qui se trouve en état de cessation des paiements depuis moins d'un mois* ».

S'en est fini de la *summa divisio* du droit des entreprises en difficulté dont le centre de gravité était l'état de cessation des paiements. Jusqu'à présent tant que l'entreprise n'était pas en cessation des paiements, elle pouvait faire l'objet d'un règlement amiable ; si elle était en état de cessation de paiements, la loi imposait de déposer le bilan dans les 15 jours de la constatation de cet état.

Quand on connaît la difficulté de déterminer cet état hors les évidents arrêts de caisse, on peut craindre un risque de confusion dans l'esprit du chef d'entreprise entre une procédure amiable et gracieuse et une procédure réellement judiciaire et contentieuse. Il n'est pas certain que la sécurité juridique soit mieux assurée.



La durée de la mission du conciliateur est strictement limitée dans le temps à quatre mois, avec une prorogation possible d'un mois.

L'avant-projet précise la mission du conciliateur : il s'agit de « *rechercher la conclusion d'un accord avec les créanciers de l'entreprise* ». En aucun cas, le conciliateur n'est un administrateur provisoire.

Le chef d'entreprise reste à la tête de son affaire. Toutefois, l'avant projet prévoit d'interdire « *au débiteur de faire des actes étrangers à la gestion courante de l'entreprise sans l'autorisation du président du tribunal. Toute cession d'actif est faite sous la condition suspensive de l'homologation de l'accord* »

Le conciliateur est un mandataire judiciaire, il doit rendre compte au tribunal de sa mission. La loi innove en permettant au débiteur de récuser le conciliateur.

Mais les innovations les plus importantes résident dans l'homologation de l'accord intervenu entre le débiteur et ses créanciers et dans la reconnaissance d'un nouveau privilège aux créanciers ayant financé la période de conciliation. Notons immédiatement, que la conciliation n'est assorti d'aucune suspension provisoire des poursuites individuelles.

L'avant projet soumet l'accord à l'homologation non pas du



président du Tribunal comme cela était le cas jusqu'à présent mais à celle du Tribunal. Comme le tribunal statue et rend un jugement, l'avant projet prévoit une mesure de publicité –à nos yeux inadéquates- et autorise l'exercice de recours contre le jugement d'homologation (appel du débiteur, en cas de refus ; tierce opposition, notamment de tout créancier intéressé en cas d'homologation).

Ce dépôt au greffe du tribunal de commerce du jugement d'homologation rompt la confidentialité qui était une marque de fabrique du règlement amiable jusqu'à présent. Rappelons pour mémoire que toutes les personnes intervenant au règlement amiable étaient soumises au respect du secret professionnel pénalement sanctionné, ce qui permettait de refuser à un créancier non partie à l'accord d'avoir accès à cet accord et de le produire en justice. L'avant projet supprime la référence au secret professionnel et à la sanction prévue par le code pénal pour la remplacer par une simple « confidentialité » dépourvue de sanctions pénales.



Pour être homologué par le tribunal, l'accord doit présenter les trois conditions suivantes, d'après la rédaction de l'avant projet, ces trois conditions paraissent cumulatives :

- 1^{ère} condition : « *le débiteur n'est pas en cessation des paiements ou l'accord conclu y met fin* » ;
- 2^{ème} condition, « *les termes de l'accord sont de nature à assurer la pérennité de l'activité de l'entreprise* » ;
- 3^{ème} condition, « *l'accord ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers non signataires, sans préjudice de l'application des article 1244-1 à 1244-3 du Code civil* ».



Deuxième grande innovation dans la conciliation, l'instauration d'un privilège, déjà qualifié par certains auteurs de « quasi-super-privilège », défini dans les termes suivants

« Les personnes qui consentent dans cet accord

un crédit,

une avance,

un délai de paiement

au débiteur en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise et sa pérennité sont payées par privilège à toutes créances nées avant l'ouverture de la conciliation dans les conditions prévues à l'article L. 621-32 ».

Ce texte est aussi dangereux que généreux.

Ce nouvel article 40 risque de peser lourd en cas d'échec de la conciliation. En effet, d'une part, la procédure de conciliation doit être une procédure consensuelle fondée sur la confiance des partenaires dans l'avenir de l'entreprise. Il n'est pas besoin de les appâter par ce privilège de 'ré-conciliation'.

Par ailleurs, toute la réserve de crédit qui pouvait exister dans le cadre du redressement judiciaire aura déjà été consommée, rendant très difficile le financement de la période d'observation et conduisant « inéluctablement » et directement à la liquidation.

Enfin, cet « article 40 » de la prévention inverse la logique du



véritable « article 40 », il faudra à présent distinguer entre les créanciers antérieurs de l'accord homologué qui primeront tous les créanciers antérieurs ou postérieurs à la procédure collective ; chirographaires ou privilégiés. Encore une fois, loin de faire le ménage entre les différents privilèges, le législateur prévoit de rajouter une nouvelle strate qui vient perturber tout le droit du crédit...

De plus, il existe bel et bien des effet pervers à ce mécanisme. En effet, l'idée sous-jacente est d'accorder un privilège à la personne qui apportera de la « new money », de la « fresh money ». Soit. Mais pourquoi avoir inclus les « délais de paiement » ? Ce n'est pas à proprement parler de l'argent frais. Et puis de quels délais parlons nous ? est-il normal qu'un délai de paiement de quelques semaines bénéficient d'un avantage aussi exorbitant ?

De la même manière, la référence à la notion 'd'avance' semble renvoyer à l'idée d'avances d'associés. S'il peut être tentant de faire bénéficier les associés du quasi-super-privilège, n'est-ce pas une remise en cause de notre droit des sociétés qui considère que les associés sont certes des créanciers, mais des créanciers subordonnés au remboursement intégral de tous les autres créanciers ? N'est ce pas l'intérêt bien compris des associés d'apporter les fonds nécessaires à la poursuite de l'exploitation ou au financement de la restructuration ? Est-il normal de les 'allécher' par un quasi-super-privilège qui leur permettrait de primer les créanciers hypothécaires, y compris en cas de liquidation judiciaire ?



Par ailleurs, l'avant projet contient une disposition qui est certes générale mais qui vise principalement à protéger les établissements de crédit. Grâce à ce texte, les actions en soutien abusif deviendront moins nombreuses. En effet, l'avant projet dispose :

« Sauf fraude ou comportement manifestement abusif, [les personnes qui consentent dans l'accord amiable un crédit, une avance ou un délai de paiement] ne peuvent être tenues pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis dans le cadre d'un accord homologué ».

L'avantage d'une telle disposition est qu'elle encourage les établissements de crédit à participer activement à signer un accord amiable. L'inconvénient est qu'elle épuise, au moment de la conciliation, les financements propres à assurer le redressement.

Parmi les autres mesures destinées à favoriser l'obtention de l'accord, il convient de relever

- la suppression de l'ordonnance de suspension provisoire des poursuites prévues jadis dans le cadre du règlement amiable mais rarement utilisé dans la pratique en raison de la révélation des difficultés qu'elle occasionnait ;
- la possibilité d'imposer des délais de grâce aux créanciers non partis à l'accord en application de



l'article 1244-1 et suivants du Code civil.

En cas d'ouverture d'une procédure collective, l'accord est résolu. Le texte ne précise pas si cette résolution est de plein droit mais il ajoute que « *les créanciers recouvrent l'intégralité de leurs créances et sûretés, déduction faite des sommes perçues* », sans préjudice du quasi-super-privilège.

En revanche, l'avant projet supprime la disposition selon laquelle la résolution de l'accord amiable entraînait l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire.

Pollution de la conciliation par la cessation des paiements, révélation des difficultés par la publicité du jugement d'homologation, menace, via la tierce opposition du jugement d'homologation, sur l'accord par des créanciers non parties à l'accord, autant d'éléments qui permettent de douter, avec le professeur VALLENS, « *de la pertinence du choix proposé qui peut créer une incertitude chez les tiers, sinon une utilisation délibérée de la conciliation pour éviter les conséquences de l'ouverture d'une procédure judiciaire et pouvoir dans le temps gagné organiser son insolvabilité ou avantager un créancier* ».

On pourrait presque croire que le législateur souhaite le dépérissement du redressement judiciaire au profit de la conciliation ou de la liquidation. Ce sentiment se confirme lorsque l'on étudie la



nouvelle procédure de sauvegarde.

II. L'OBJECTIF DE REORGANISATION DE L'ENTREPRISE REMPLACE CELUI DE REDRESSEMENT

On se souvient de la rédaction de l'article 1^{er} de la loi du 25 janvier 1985 selon lequel « *Il est institué une procédure de redressement judiciaire destinée à permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif* ». La jurisprudence, approuvée par la doctrine, avait considéré cette triple mission était l'ordre des priorités de la loi, faisant des créanciers la dernière roue du carrosse procédural. De la même manière, comme la liquidation judiciaire n'était que la situation extrême du redressement judiciaire dans laquelle aucune solution (plan de continuation ou de cession) n'avait pu voir le jour, on considérait que ces principes s'appliquaient également et dans le même ordre à la procédure de liquidation judiciaire.



L'avant projet modifie complètement cette analyse

- d'une part, en émancipant la liquidation judiciaire « *destinée à mettre fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits et de ses biens.* », les créanciers retrouvent une procédure collective de paiement ;
- d'autre part, en distinguant la procédure de sauvegarde de celle de redressement judiciaire, l'avant projet leur assigne la mission de « **réorganiser** l'entreprise afin de permettre le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif ».

Avec la procédure de sauvegarde, enfant chéri de l'avant projet, c'est le débiteur qui paraît, cette fois, favorisé. En effet, c'est lui et lui seul qui peut prendre l'initiative de se placer sous sauvegarde, à condition de ne pas être en état de cessation des paiements (A).

Dans le cas contraire, il doit déposer le bilan. Le tribunal constate l'état de cessation des paiements et ouvre une procédure de redressement judiciaire, nouveau parent pauvre. En effet, le redressement judiciaire se trouve amputé du plan de cession qui revient à la liquidation judiciaire et la plupart de ses dispositions sont empruntés à la sauvegarde. Réorganisé, amputé et emprunté, on peut se poser la question de savoir si l'on n'assiste pas au chant du cygne du redressement judiciaire au profit de la sauvegarde ou de la liquidation (B) ?



A. CREATION D'UNE PROCEDURE DE SAUVEGARDE OU LE REDRESSEMENT JUDICIAIRE ANTICIPE SANS CESSATION DES PAIEMENTS...

C'est une nouveauté considérable. Il s'agit d'une sorte de redressement judiciaire « Canada dry », elle a la couleur du redressement judiciaire, elle recourt aux mêmes instruments juridiques (2°) mais les conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde sont très particulières (1°) et son attractivité certaine, notamment pour le dirigeant (3°). Quant à sa finalité, le plan de sauvegarde, il présente l'intérêt de pouvoir associer les créanciers à la négociation de ce plan (4°).

1°) Conditions d'ouverture

C'est une procédure ouverte à la demande du débiteur est de lui seul. Le texte ne le précise mais il semble que le tribunal est saisi par voie de requête.

C'est une **procédure exclusive de tout état de cessation des paiements**. Si au cours de la procédure de sauvegarde, la cessation des paiements venait à être constatée, la sauvegarde se convertit en redressement judiciaire.



Pour bénéficier le débiteur doit « *justifier de difficultés susceptibles de conduire à la cessation des paiements* ». Ce texte donnera certainement lieu à de la jurisprudence. En effet, il ne précise pas à quel terme l'état de cessation des paiements pourra être constatée.

Dans le dossier EUROTUNNEL, tout le monde sait qu'il est impossible de faire face aux échéances de juin 2005. Si le texte était applicable, les nouveaux dirigeants d'EUROTUNNEL pourrait il demander l'ouverture d'une procédure de sauvegarde en anticipant d'un an cet état de cessation des paiements ? J'aurai tendance à répondre par l'affirmative.

2°) Modalités de la procédure de sauvegarde

Le tribunal ouvre une période d'observation en vue l'établissement d'une bilan économique et social et de proposition tendant à la continuation de l'entreprise. Nous allons le voir en étudiant le plan de sauvegarde, seul un plan de continuation assurant la restructuration du débiteur est prévu. Le plan de cession est exclu. La durée de cette période d'observation sera fixée par décret et pourra être renouvelée une fois.



Au cours de la période d'observation, nous retrouvons toutes les mesures habituelles du redressement judiciaire :

- interdiction des paiements des créances antérieures, sous réserve de la compensation des dettes connexes ;
- suspension des poursuites individuelles de plein droit et interdiction des voies d'exécution ;
- continuation forcée des contrats en cours ;
- inventaire ;
- arrêt du cours des intérêts,
- déclaration et vérification des créances, étant précisé que la sanction de l'extinction de la créance non déclarée, ou mal déclarée disparaît ;
- etc.

Encore une fois, il s'agit bel et bien d'un *redressement judiciaire sans cessation des paiements*. Mais nous allons voir que le législateur a prévu une série de mesures qui rendent la sauvegarde plus attractive que le redressement judiciaire.



3°) **Attractivité de la procédure de sauvegarde par rapport au redressement judiciaire**

Nous citerons trois mesures importantes

- première mesure, limitation de la mission de l'administrateur judiciaire. L'avant projet commence par affirmer que le principe que « *l'administration de l'entreprise est assurée par son dirigeant* ». C'est un peu notre « debtor-in-possession » cher au Chapter 11. Ensuite, l'avant projet réduit le nombre des missions de l'administrateur judiciaire. On se souvient que dans le cadre du droit positif, le tribunal peut opter entre trois mission : (i) surveillance des opérations de gestion, (ii) assistance du débiteur dans la gestion et (iii) représentation du débiteur ce qui entraîner le dessaisissement du chef d'entreprise. Dans la procédure de sauvegarde, l'administrateur ne peut pas dessaisir le chef d'entreprise, le tribunal ne peut lui octroyer qu'une simple mission de surveillance ou d'assistance. Autrement dit, le chef d'entreprise, qui décide de se mettre sous sauvegarde, reste seul maître à bord...
- deuxième mesure, une poursuite d'exploitation



aménagée. Ainsi, le droit d'option pour la continuation des contrats en cours qui était reconnu à l'administrateur judiciaire dans le cadre du redressement judiciaire est-il transféré au débiteur qui l'exerce seul, sous le contrôle du juge commissaire. Par ailleurs, l'article 621-32 (ancien article 40) est réécrit afin de limiter le privilège des paiements des créances postérieures aux seules créances nées « *pour les besoins de l'activité poursuivie* ». Notons au passage que l'avant projet instaure une obligation de déclaration des créanciers 'article 621-32', ce qui est nouveau. A défaut de se manifester dans l'année qui suit la fin de la période d'observation, les créanciers postérieurs perdent leur privilège.

- troisième mesure, les cautions personnelles et co-obligées peuvent se prévaloir des dispositions du plan de sauvegarde. Pour le dirigeant qui s'est porté caution de son entreprise, c'est certainement l'une des dispositions les plus intéressantes. Elle l'invite à anticiper les difficultés et à se placer sous sauvegarde. En effet, on se souvient qu'en cas d'adoption d'un plan de continuation dans le cadre d'un redressement judiciaire, la loi prévoit les cautions et les coobligés ne peuvent se prévaloir des dispositions du plan. Dans le



cas d'une procédure de sauvegarde, c'est tout le contraire. Les cautions et coobligés peuvent se prévaloir des dispositions du plan.

A première vue, la procédure de sauvegarde paraît particulièrement favorable au débiteur de bonne foi. C'est pourquoi dans le cadre du plan de sauvegarde, on assiste à un renforcement des droits des créanciers par un retour des comités de créancier et par l'instauration de minimum de paiement à respecter dans le cadre du plan.

4°) Le plan de sauvegarde

Le plan de sauvegarde ne peut être qu'un plan de continuation ou un plan de continuation assortie de l'arrêt, de l'adjonction ou de la cession de certaines branches d'activités. L'avant projet de loi exclut expressément un plan de cession pure et simple. D'ailleurs, le législateur considère que ce plan de cession constitue une modalité de la réalisation des actifs et l'a donc transféré à la liquidation judiciaire.

L'avant projet précise que le plan de sauvegarde est arrêté par le tribunal « *lorsqu'il existe des possibilités sérieuses de redressement et de règlement du passif* ». Encore une fois, le poids des mots. On ne parle plus d'*apurement* du passif comme dans l'ancien redressement judiciaire, mais bel et bien de *règlement*.

Autrement dit, le plan de sauvegarde ne doit pas



sacrifier les créanciers pour assurer la survie d'une entreprise.

Pour les entreprises d'une certaine taille, le plan de sauvegarde doit être présenté à deux comités de créanciers instaurés par l'avant projet. Le premier comité réunit les établissements de crédit. Le second réunit les «*principaux fournisseurs de biens ou de services*». Les établissements de crédit ne sont pas des fournisseurs de biens ou de services ? n'aurait-il pas mieux valu prévoir un comité des créanciers chirographaires et un comité des privilégiés ? La rédaction paraît hasardeuse et insuffisamment maîtrisée en l'état. L'inspiration américaine est certaine mais incomplète et cette transposition imparfaite risque de perturber l'acclimatation du «*chapter 11*» à nos contrées.

Pour les «*détails*», l'avant projet renvoie à un décret en Conseil d'Etat en ce qui concerne la composition et la formation des comités, les règles de majorité selon lesquelles les comités se prononcent, etc.

La création de ces comités présentent l'avantage d'instaurer un **dialogue entre le débiteur et ses créanciers dans le cadre de l'élaboration du plan de sauvegarde**. Il ne s'agit plus d'une offre «*à prendre ou à laisser*» mais de propositions présentées par le débiteur et négociées avec les comités dans des délais réduits. En effet, le débiteur dispose de deux mois à compter du jugement d'ouverture pour présenter son plan et les créanciers doivent se prononcer dans les 30 jours de la transmission du projet de plan.



Si le projet de plan est adopté par les comités, le tribunal consulte les créanciers non membres d'un comité et arrête le plan. En cas de désaccord ou si les comités se prononcent hors délais, on revient au droit commun de la consultation des créanciers.

De même, pour les créanciers non membres d'un comité, on revient à la procédure classique de consultation des créanciers telle que nous la connaissons dans le cadre du redressement judiciaire.

Afin de moraliser le plan de sauvegarde, l'avant projet prévoit que le premier paiement du plan ne peut intervenir au-delà d'un délai d'un an. Par ailleurs, au delà de la deuxième année, les annuités prévues au plan ne peuvent être inférieure à 5% du passif admis.

Elément important propre à assurer la réussite du plan de sauvegarde, les administrations fiscales, les organismes de sécurité sociale et les institutions d'assurance chômage peuvent effectuer des remises de créances, des intérêts de retard, des majorations ou des pénalités et amendes fiscales. Par ailleurs, ces créanciers peuvent consentir des cessions de rang de privilège ou l'abandon de sûretés.



L'avant projet contient de nombreuses dispositions plus ou moins bien rédigées permettant de présenter la sauvegarde comme une avancée significative. L'expérience montrera si ces dispositions sont suffisantes pour éviter les dérives et les abus.

5°) En cas d'échec du plan de sauvegarde

L'inexécution du plan n'emporte pas de plein droit ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire. L'avant projet confie au commissaire à l'exécution du plan le soin de récupérer les dividendes.

Ce n'est qu'en cas de cessation des paiements survenue au cours de l'exécution du plan que le tribunal prononce sa résolution et ouvre un procédure de liquidation judiciaire.



B. BOULEVERSEMENT DU REDRESSEMENT JUDICIAIRE : LE CHANT DU CYGNE ?

Lorsque Mme le professeur Corinne SAINT-ALARY-HOUIN présentait le redressement judiciaire à ses étudiants dans les années 90, elle insistait sur le caractère « volontariste » de la loi et sur la « dynamique » du redressement judiciaire. Elle insistait notamment sur le fait que la loi de 1985 avait innové en organisant le plan de cession qui était une illustration de cet « ordre public négocié », décrit par le professeur JEANTIN.

Que reste-t-il du redressement judiciaire dans l'avant-projet ? Un fantôme, une ombre.

La conciliation lui a ravi l'efficacité de la priorité des paiements instauré par l'article 621-32 (ex article 40).

Le plan de sauvegarde aura les faveurs des chefs d'entreprise trop heureux de garder le contrôle tout en se lovant sous l'aile protectrice de la justice.

La liquidation judiciaire l'a détroussé du plan de cession, ce qui n'est pas le meilleur gage d'obtenir un bon prix pour les actifs soldés, vendus à forfait dans le cadre d'une liquidation qui n'aura même plus l'excuse de justifier la vilénie du prix par le maintien de l'activité et de l'emploi. Ce transfert du plan de cession à la liquidation judiciaire constitue une erreur grave. Ajoutons à cela que la rédaction des dispositions relatives à la cession est loin d'être parfaite et risque d'être une source intarissable de contentieux.



Avant d'annoncer la disparition du redressement judiciaire, au profit d'un concordat qui ne dit pas son nom et d'une liquidation de biens qui retrouve ses couleurs fanées, il faut encore vérifier comment l'avant projet rénove et renforce la liquidation judiciaire.

III. LA LIQUIDATION JUDICIAIRE FAIT SECESSION ET DEVIENT DUALE.

Par opposition avec la loi de 1985, l'avant projet réaffirme que la finalité de la liquidation judiciaire consiste « *à mettre fin à l'activité de l'entreprise* » en réalisant ses actifs afin de régler les créanciers. Diverses mesures viennent rénover et renforcer la liquidation (A) et l'avant projet prévoit d'instaurer une procédure simplifiée dans certaines hypothèses (B).

A. LA LIQUIDATION JUDICIAIRE EST RENOVEE ET RENFORCEE

La liquidation judiciaire est ouverte au débiteur en état de cessation des paiements « *qui est manifestement dans l'impossibilité d'assurer par élaboration d'un plan de redressement, la continuation de son entreprise* ».



Dans le mois de sa désignation, le liquidateur établit un rapport sur la situation du débiteur permettant au Tribunal d'opter pour la procédure normale ou pour la procédure simplifiée.

Parmi les modalités de réalisation de l'actif, la grande innovation est le transfert intégral (et souvent mal adapté) des dispositions relative à la cession de l'entreprise dans le but « *d'assurer le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés et d'apurer le passif* ».

L'offre de cession devra être plus précise.

Le repreneur doit assurer la charge des sûretés garantissant le remboursement d'un crédit consenti à l'entreprise pour lui permettre le financement d'un bien sur lequel portent ces sûretés. Cette disposition constitue la reprise de l'ancien article 93 alinéa 3 de la loi du 25 janvier 1985.

L'avant projet comprend diverses autres mesures, notamment d'adaptation du règlement Insolvabilité et celles relatives à la reprise des poursuites individuelles.

Mais l'innovation la plus importante réside dans la liquidation judiciaire simplifiée sorte de liquidation des entreprises impécunieuses que connaît déjà le droit allemand.



B. CREATION D'UNE LIQUIDATION JUDICIAIRE SIMPLIFIEE

La liquidation judiciaire simplifiée s'il apparaît au vue du rapport du liquidateur que *« l'actif du débiteur ne comprend pas de bien immobilier, que le nombre des salariés au cours des 6 derniers mois et que son CA HT sont égaux ou inférieurs à des seuils fixés par décret en Conseil d'Etat »*.

Il semble que ces conditions soient cumulatives.

Les modalités de réalisation des actifs mobiliers sont simplifiés. L'avant projet prévoit une cession de gré à gré ou aux enchères publiques dans les 3 mois suivant l'ouverture de la procédure.

Par ailleurs, seules sont vérifiées les créances susceptibles de venir en rang utile dans les répartitions.

La clôture de la liquidation judiciaire doit intervenir dans l'année de l'ouverture de la procédure, sauf prorogation exceptionnelle de trois mois.



CONCLUSION

Alors s'il fallait conclure, peut-on dire qu'il s'agit d'un texte régressif, d'un retour en arrière, d'un texte qui instruit à charge contre l'entreprise en difficulté au seul bénéfice des créanciers ? La critique serait facile mais inexacte. Ce texte est plus nuancé : il contient des avancés incontestables mais aussi un rééquilibrage des droits entre créanciers et débiteur.

En l'état actuel du texte et en guise de conclusion, on pourrait regretter avec le président PEYRAMAURE que la Chancellerie rate une chance historique de réinventer tout le système de la prévention pour présenter un droit de la restructuration des entreprises en difficulté. Mais pour cela, il faudrait sortir de la logique de canalisation des rapports de forces entre débiteur et créanciers (et entre créanciers eux-mêmes) au profit de la préservation de l'outil industriel au bénéfice de tous les partenaires de l'entreprise.

Peut être est-ce la feuille de route de la prochaine réforme, celle qui viendra dans vingt ans, à moins que ce ne soit dans quarante ans, si l'on émet le souhait – soyons fous ! - que les solutions soient trouvées à un niveau européen et pourquoi pas fédéral...

