

Petites affiches

La Loi ■ Le Quotidien Juridique

Édition quotidienne des Journaux Judiciaires Associés : Petites affiches • Le Quotidien Juridique • La Loi - Archives Commerciales de la France

395^e année - 17 FEVRIER 2006 - N° 35 - 10 euros

**Numéro
SPÉCIAL**

ACTUALITÉ LÉGISLATIVE

Regards croisés de praticiens sur la loi de sauvegarde

Numéro réalisé avec le concours
du réseau d'avocats cLé

www.petites-affiches.com

ÉDITION
QUOTIDIENNE
DES JOURNAUX
JUDICIAIRES
ASSOCIÉS

Petites  affiches

2, rue Montesquieu - 75041 Paris Cedex 01
Tél. : 01 42 61 56 14 - Fax : 01 47 03 92 02

Le Quotidien Juridique

12, rue de la Chaussée d'Antin - 75009 Paris
Tél. : 01 49 49 06 49 - Fax : 01 49 49 06 50

LA LOI
ARCHIVES COMMERCIALES

33, rue des Jeûneurs - 75002 Paris
Tél. : 01 42 34 52 34 - Fax : 01 46 34 19 70

Directeur de la publication :
Bruno Vergé
 Rédactrice en chef :
Emmanuelle Filiberti
 Comité de rédaction :
Pierre Bézard, président honoraire de la chambre commerciale de la Cour de cassation
Éric Bonnet, directeur de la rédaction de la Gazette du Palais
Jean-Pierre Camby, conseiller des services de l'Assemblée nationale
Jean-Marie Coulon, premier président honoraire de la Cour d'appel de Paris
Alain Couret, professeur à l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne)
Maurice Cozian, professeur émérite à l'Université de Bourgogne
Fernand Derrida, professeur honoraire à la faculté de droit de l'Université d'Alger
Michel Grimaldi, professeur à l'Université Paris II (Panthéon-Assas)
Jean-François Guillemin, secrétaire général, groupe Bouygues
Paul Le Cannu, professeur à l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne)
Jacques Massip, conseiller doyen honoraire à la Cour de cassation
Denis Mazeaud, professeur à l'Université Paris II (Panthéon-Assas)
Nicolas Molfessis, professeur à l'Université Paris II (Panthéon-Assas)
Jacqueline Morand-Deville, professeur à l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne)
Bernard Reynis, notaire, président honoraire de la Chambre des notaires de Paris
Alain Sauret, avocat conseil en droit social, J. Barthélémy et Associés.

Rédaction : 2, rue Montesquieu,
 75041 Paris Cedex 01
 Tél. : 01 42 61 87 87
 Fax : 01 42 86 09 37
 E-mail : redaction@petites-affiches.com

Tout projet d'article, accompagné de sa disquette, doit être adressé à Emmanuelle Filiberti, à l'adresse ci-dessus.

Diffusion
 Tél. : 01 42 61 88 00
 Fax : 01 42 92 03 91
 E-mail : diffusion@petites-affiches.com

Rédaction (p. 1 à 128)
 Publicité légale : Annonces pour les départements 75, 92, 93, 94 (p. 129 à 156)

A B O N N E M E N T S

1 an France (TTC)	
Journal seul	125 €
Journal + Lextenso.fr	189 €
1 an Étranger (HT)	
CEE	330 €
Hors CEE	640 €

Pour tarifs particuliers (enseignants, étudiants, ...) nous consulter

Direction Artistique :
 Groupe Poly Print/Bâton Rouge Agence

SOMMAIRE

Corinne SAINT-ALARY-HOUIN.....	4
Présentation générale de la réforme	
Patrick CANET	9
Petit tableau synoptique de la loi du 26 juillet 2005, au soutien du praticien en difficulté	
Jacques RAIBAUT.....	12
Loi nouvelle, nouvelle pratique : le point de vue d'un magistrat consulaire	
Christophe THÉVENOT.....	14
Mandat ad hoc et conciliation : de nouveaux outils pour une meilleure prévention	
Georges TEBOUL.....	20
La procédure de sauvegarde : la boîte à outils	
Christian CAVIGLIOLI et Christophe LÉGUEVAQUES	22
Aperçu de la procédure de sauvegarde à l'usage du chef d'entreprise	
Bernard LAGARDE	28
La discrimination de la déductibilité fiscale des abandons de créances	
Corinne PEROT-REBOUL.....	30
Les plans dans la loi de sauvegarde des entreprises	
Philippe PEYRAMAURE.....	36
Vers un droit de la restructuration des entreprises en difficulté	
Yannick SALA.....	38
Contrat d'assurance et principe de continuation des contrats en cours : la fin d'une regrettable exception	
Philippe de LANNOY.....	41
La conversion des créances en capital : un oubli dans la loi de sauvegarde ?	
Magali DELTEIL et Laurence LAUTRETTE.....	42
Le sort des contrats de travail dans la loi de sauvegarde des entreprises	
Thierry METEYE.....	48
Loi de sauvegarde des entreprises : le point de vue de l'AGS	

Éric LACASSAGNE.....	50
Les cautions à l'épreuve de la loi de sauvegarde : cautionnera bien qui préviendra le premier...	
Charles VINCENTI	52
Le sort des associés indéfiniment responsables des dettes sociales	
Béatrice FAVAREL-VEIDIG.....	53
La procédure de revendication après l'adoption de la loi de sauvegarde des entreprises	
Joëlle SIMON et Arnaud REYGRABELLET	56
Vers une approche plus économique des procédures collectives ? Le point de vue du Medef	
Arnaud REYGRABELLET	58
Brefs propos sur la décision du Conseil constitutionnel rejetant les recours contre la loi de sauvegarde	
Christophe LÉGUEVAQUES.....	63
Le sort des créanciers après la loi de sauvegarde des entreprises : entre renforcement des droits et allègements des devoirs ?	
Barbara GEROSA.....	94
Un nouveau rôle pour le banquier face aux entreprises en difficulté	
Stéphane GORRIAS.....	96
Panorama rapide de la liquidation judiciaire dans la loi de sauvegarde	
Evelyne GALL-HENG.....	109
La clarification des missions ou la reconnaissance des métiers ?	
Nathalie PATUREAU	111
Obligations et responsabilités du dirigeant dans la loi de sauvegarde des entreprises	
Yannick SALA.....	121
Rôle et pouvoirs du ministère public, sanctions pénales et loi de sauvegarde des entreprises	

PRÉSENTATION GÉNÉRALE DE LA RÉFORME

1 « La sauvegarde des entreprises est un enjeu majeur pour notre économie et les hommes qui la développent ». C'est ainsi que le garde des Sceaux justifie, dans l'exposé des motifs, l'adoption de la loi n° 2005 du 26 juillet 2005 de « sauvegarde des entreprises » (1). Ce texte, très attendu, vient prolonger et compléter notre droit positif axé, depuis les lois du 1^{er} mars 1984 et du 25 janvier 1985, sur le sauvetage des entreprises en difficulté en ajoutant aux mesures de prévention et de redressement judiciaire, la possibilité de saisir le tribunal de l'ouverture de la procédure de sauvegarde avant que l'entreprise ne soit en état de cessation des paiements. Il comporte, en outre, de nombreuses dispositions améliorant le déroulement des procédures antérieures et, en particulier, celle de la liquidation judiciaire qui peut être simplifiée afin d'accélérer les opérations de réalisation de l'actif.

2 La loi nouvelle, longuement préparée par la Chancellerie (2), mais rapidement débattue au Parlement (3), à la suite d'une déclaration d'urgence qui a empêché une navette, est rentrée pour l'essentiel en vigueur le 1^{er} janvier 2006. Mais elle comporte des dispositions de droit transitoire. Certaines règles sont applicables depuis le 27 juillet 2005, date de publication de la loi au Journal officiel. D'autres s'appliquent aux procès en cours au 1^{er} janvier 2006 (4). Enfin, certains articles du texte antérieur, malgré leur abrogation, continueront à être mis en œuvre dans les instances en cours. Bien évidemment, l'entrée en vigueur de nombreuses règles a été suspendue à la publication du décret d'application intervenu le 28 décembre 2005 et qui comprend plus de 350 articles (5).

3 En la forme, la loi de sauvegarde bouleverse le livre VI du Code de commerce qui comportait deux titres consacrés respectivement à la prévention et au règlement amiable et au redressement et à la liquidation judiciaires. Désormais, la réglementation « des difficultés des entreprises » se décline en sept titres :

Titre I : De la prévention des difficultés des entreprises.

Titre II : De la sauvegarde.

Titre III : Du redressement judiciaire.

Titre IV : De la liquidation judiciaire.

Titre V : Des responsabilités et des sanctions.

Titre VI : Des dispositions générales de procédure.

Titre VII : Dispositions dérogatoires particulières aux départements de la Moselle, du Bas-Rhin et du Haut-Rhin.

Cette restructuration du livre VI a été accompagnée d'une nouvelle numérotation des articles du Code de commerce à laquelle les praticiens devront se familiariser. Elle ne se traduit cependant pas par une véritable « codification de la matière », faute de réécriture globale et d'ossature générale (6). « La loi nouvelle est d'un maniement difficile... car il a fallu... multiplier les modifications, les adjonctions, abrogations et nouvelles rédactions » (7).

4 Sur le fond, la procédure de sauvegarde devient la procédure de référence car y figurent les règles générales de toute procédure judiciaire. Le redressement et la liquidation judiciaires sont, pour l'essentiel, organisés par renvoi à la procédure de sauvegarde ce qui est assez malcommode car il convient constamment de se reporter à cette procédure de référence. Une véritable codification aurait supposé de dégager le « tronc commun » des procédures judiciaires avant d'exposer leur diversification technique. Mais, la loi est animée de préoccupations diverses et parfois contradictoires. Elle souhaite, par exemple, assurer le sauvetage des entreprises, mais régleme avec soin la liquidation judiciaire. Elle est présentée comme étant une loi « pour l'emploi » et ne comporte pratiquement pas de dispositions sociales. Elle s'intitule « loi de sauvegarde des entreprises » et n'évoque l'entreprise, que rarement, préférant traiter du « débiteur » et de ses créanciers. Elle fait confiance aux tribunaux de commerce pour appliquer la procédure de sauvegarde, mais leur retire le droit de se saisir d'office de l'application des sanctions et transfère certaines de leurs prérogatives au ministère public...

5 Au-delà de ce sentiment de confusion, apparaît, d'emblée, le caractère expansionniste du droit des entreprises en difficulté dont le périmètre est considérablement élargi par la loi nouvelle. Celle-ci s'applique aux personnes morales de droit privé et à « tout commerçant, toute personne immatriculée au répertoire des métiers, à tout agriculteur », comme par le passé, mais aussi « à toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé ». N'y échappent

(1) *Projet de loi sauvegarde des entreprises n° 1596, doc. Ass. nat., mai 2004, p. 3 ; v. sur ce projet, La loi du 25 janvier 1985 a vingt ans, entre bilan et réforme, supplément à la revue Lamy Droit des affaires, n° 80, mars 2003 et Droit in situ ; A. Liénhard, La réforme des procédures collectives, D. 2003, Le point sur..., p. 2554 ; C. Saint-Alary-Houin, Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises : continuité, rupture ou retour en arrière ?, Dr. et patr., n° 133, janvier 2005, p. 24.*

(2) *Un document préparatoire à la réforme avait circulé, dès 1998, alors que Élisabeth Guigou était garde des Sceaux [sur lequel, v. C. Saint-Alary-Houin, Les intentions de réforme des lois du 1^{er} mars 1984 et du 25 janvier 1985, LPA 2000, n° 178, p. 67]. Il a inspiré le projet de loi n° 1596 de sauvegarde des entreprises qui a néanmoins plus d'ampleur.*

(3) *V. sur les différentes étapes des débats préparatoires, Ph. Roussel Galle, La loi de sauvegarde des entreprises est promulguée, LPA 2005, n° 150, p. 3.*

(4) *V. articles 192 et s. de la loi du 26 juillet 2005.*

(5) *V. sur le texte, notamment, Ph. Roussel Galle, Réforme du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, Litec, 2005 ; Ph. Pétel, Procédures collectives, Cours Dalloz, 4^e éd. 2005 ; La sauvegarde des entreprises, colloque de Toulouse du 23 septembre 2005, Rev. proc. coll., décembre 2005, n° 4, p. 342 et s. ; P.-M. Le Corre, Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises, D. 2005, p. 2297 ; G. Teboul, LPA 2005.*

(6) *Contra, Y. Chaput, Une nouvelle architecture du français des procédures dites collectives ?, JCP G 2005, p. 2097.*

(7) *D. Tricot, Préface à l'ouvrage précité de Ph. Roussel Galle, p. VIII ; v. aussi, M.-F. Bonneau, Propos impertinents sur les nouvelles méthodes législatives, À propos de la loi de sauvegarde des entreprises, Rev. proc. coll. 2005, p. 179.*

que les salariés et les fonctionnaires. Les techniques du droit commercial « grignotent » le droit civil... pour bâtir un droit de la défaillance des professionnels que ces derniers appelaient de leurs vœux (8).

6 En revanche, les procédures judiciaires reculent, à certains égards, puisqu'elles ne peuvent plus être prononcées à titre de sanction. Leur ouverture à titre personnel contre un dirigeant d'une entreprise en difficulté ou contre les associés tenus indéfiniment et solidairement du passif, par exemple, est supprimée (9). La loi de sauvegarde marque ainsi l'aboutissement de la distinction du sort de l'homme et de l'entreprise dérogée par la loi du 13 juillet 1967.

7 Cet aboutissement constituera l'armature de cette brève présentation des axes généraux de la réforme qui se traduit, en effet, pour l'essentiel, par une diversification des mesures applicables à l'entreprise (I) et par un adoucissement des dispositions concernant le débiteur (II).

I. La diversification des procédures

8 La loi du 26 juillet 2005 se veut, avant tout, une « loi de sauvegarde des entreprises ». Il en résulte une diversification et un affinement des techniques de sauvetage (A). Mais, malgré son intitulé, le nouveau texte ne néglige pas la liquidation judiciaire dont il définit la finalité et surtout, qu'il soumet à une dualité de régime juridique (B).

A. Diversification des procédures de sauvetage

9 La volonté de tout mettre en œuvre pour sauver les entreprises se traduit par la faveur du législateur pour les procédés de conciliation et surtout d'anticipation des difficultés grâce à l'institution de la procédure de sauvegarde.

10 Alors que la loi ne comporte pas de réelles innovations en ce qui concerne la détection des difficultés — l'information du tribunal sur le déclenchement de l'alerte, la publicité des privilèges des organismes financiers et sociaux ou l'injonction de déposer les comptes sociaux, bien que précisés, existant déjà —, la procédure de règlement amiable est remplacée par une procédure de conciliation qui certes lui ressemble, mais dont le domaine est plus large et l'efficacité plus grande.

En effet, elle a, d'une part, le même champ d'application quant aux personnes, que la loi elle-même, ce qui permet à des professionnels libéraux d'en bénéficier et, d'autre part, les difficultés rencontrées justifiant la demande de conciliation sont entendues de manière compréhensive, s'agissant d'une entreprise invoquant une « difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, et ne se trouvant pas en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours » (10). La cessation des paiements, dont la définition n'est pas modifiée, ne fait plus obstacle à un accord amiable ce qui est une nouveauté considérable.

Par ailleurs, la procédure de conciliation est sécurisée, de manière à rassurer les créanciers, parties à l'accord. En toute hypothèse, ils ne sont pas responsables des préjudices causés par les concours consentis sauf fraude, immixtion fautive ou disproportion des garanties prises (11). Et, lorsque l'accord est homologué, les créanciers qui consentent dans l'accord un apport nouveau au débiteur ou lui fournissent un nouveau bien ou service pour assurer la pérennité de l'activité bénéficient du nouveau privilège, dit de « *new money* » (12). De surcroît, si par la suite, une procédure de redressement ou de liquidation est ouverte, la date de cessation des paiements ne peut être reportée, sauf en cas de fraude, à une date antérieure à la conclusion de l'accord (13).

Si l'on ajoute que l'homologation de l'accord rétablit le débiteur dans son droit d'émettre des chèques (14) et que les coobligés et les personnes ayant consenti un cautionnement ou une garantie autonome auront le droit de se prévaloir des délais et remises prévues dans l'accord homologué (15), le dispositif mis en place est attractif et de nature à convaincre le chef d'entreprise de demander la désignation d'un conciliateur au président du tribunal.

Mais, il peut aussi préférer bénéficier de la contrainte de la procédure judiciaire en sollicitant, par anticipation, l'ouverture de la procédure de sauvegarde.

11 L'anticipation est à la base de la nouvelle procédure qui peut être ouverte par le tribunal alors que l'entreprise n'est pas en état de cessation des paiements, mais lorsque le débiteur « justifie de difficultés, qu'il n'est pas en mesure de surmonter, de nature à le conduire à la cessation des paiements » (16).

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 », la procédure de sauvegarde ressemble

(8) V. S. Rétif, *Professions libérales et procédures collectives*, Thèse dactyl. Toulouse, 2003.

(9) Les procédures déjà ouvertes sur ce fondement continuent à être jugées selon la loi ancienne.

(10) C. com., art. L. 611-4.

(11) C. com., art. L. 650-1, applicable à toutes les procédures.

(12) C. com., art. L. 611-11.

(13) C. com., art. L. 631-8.

(14) C. com., art. L. 611-10.

(15) C. com., art. L. 611-10.

(16) C. com., art. L. 620-1.

étrangement à la procédure de redressement judiciaire qui, pour autant, ne disparaît pas et permet l'élaboration d'un plan de continuation lorsque l'entreprise est en état de cessation des paiements.

La procédure de sauvegarde comporte, en effet, aussi une période d'observation et elle peut, aussi, se terminer par un plan... de « sauvegarde ». Certes, il sera possible de réunir dans certains cas des comités de créanciers — des établissements de crédit et des fournisseurs — afin qu'ils votent le projet de plan, mais ils sont aussi envisageables dans la procédure de redressement judiciaire.

En outre, les règles de fond applicables aux deux procédures sont, pour l'essentiel, les mêmes qu'il s'agisse du sort des créanciers : arrêt des poursuites, du cours des intérêts pour les crédits de moins d'un an, des inscriptions de sûretés et de droits réels, de l'obligation de déclarer les créances ou du sort des salariés : régime des licenciements et intervention de l'AGS (17).

Il aurait donc été possible de faire l'économie d'une dualité de procédures en prévoyant la possibilité d'un redressement judiciaire anticipé auquel auraient été attachées les mesures incitatives de la sauvegarde et, notamment, celles qui concernent la situation des coobligés, personnes physiques, et la suppression des sanctions contre les dirigeants.

Le législateur a préféré une sophistication des procédures de sauvegarde rendant la matière encore plus compliquée ce que le régime des liquidations n'améliore pas...

B. Dualité des liquidations judiciaires

12 La liquidation judiciaire a désormais une place propre et une finalité affichée : mettre fin à l'activité de l'entreprise ou réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits et de ses biens (18). Mais, comme les procédures de sauvetage, elle est diversifiée, en procédure ordinaire ou simplifiée, en cession totale ou séparée des biens.

13 L'adoption d'une liquidation simplifiée est, sans aucun doute une avancée du droit positif. Réservée aux entreprises ne comportant pas plus de trois salariés et réalisant un chiffre d'affaires de moins de 450.000 €, qui n'ont pas d'actifs immobiliers et qui réalisent un chiffre d'affaires faible, elle permettra de clôturer dans un délai d'un an ou de quinze mois au plus ces « petites procédures ».

La simplification est réelle : le liquidateur pourra vendre de gré à gré les biens de l'entreprise dans un délai de trois mois à dater du jugement d'ouverture. Le surplus des actifs sera vendu aux enchères publiques. Les créances seront vérifiées, mais dans la seule mesure où elles viendront en rang utile.

La loi est pragmatique, même si elle entérine l'échec de la liquidation comme mode de désintéressement des créanciers. Elle permet

au débiteur d'être débarrassé de son passif et de pouvoir recommencer une activité tout en échappant aux poursuites des créanciers... si sa précédente liquidation ne date pas de moins de cinq ans. L'efficacité économique l'emporte, à cet égard, sur la morale des affaires...

14 Les opérations de liquidation, dans la procédure ordinaire, comme simplifiée, semble-t-il, sont également assez transformées.

La cession des biens isolément est évidemment toujours possible. Elle se fera, comme d'habitude, en principe, aux enchères publiques, selon les formes de la saisie immobilière pour les immeubles, et en salle des ventes pour les meubles. Il sera toujours envisageable de les céder par adjudication amiable devant notaire, ou de gré à gré, avec l'autorisation du juge-commissaire.

Mais, l'innovation majeure de la loi tient à la suppression de la cession d'unités de production et à la réalisation de la cession d'entreprise selon un plan dans le cadre de la liquidation.

L'article L. 642-1 prévoit, en effet, que la cession peut être totale ou partielle et que, dans ce dernier cas, elle porte sur un ensemble d'éléments d'exploitation qui forment une ou plusieurs branches autonomes d'activité.

Le plan de cession peut être préparé dans le redressement judiciaire et même dans le cadre de la sauvegarde, mais la réalisation de la cession se fait comme dans la liquidation judiciaire (19).

Certes, il permet la permanence de l'entreprise entre les mains d'un tiers, mais l'accent est mis sur la liquidation, c'est-à-dire sur la transformation des actifs en argent.

Le caractère financier de la procédure l'emporte sur la notion d'entreprise. De même, le chef d'entreprise est, avant tout, appréhendé comme un débiteur.

II. L'amélioration du sort du débiteur

15 Dans un souci de clarté, l'entreprise n'étant pas personnifiée, le législateur a préféré évoquer « le débiteur » plutôt que le « chef d'entreprise », même dans les procédures, comme la sauvegarde, où, par hypothèse, la personne soumise à la procédure n'a pas cessé ces paiements. Ce vocabulaire un peu passéiste est assez en contradiction avec le but affiché de traiter de la « sauvegarde des entreprises » car il oriente la matière vers un droit de la dette.

Quoi qu'il en soit, la loi du 26 juillet 2005 contribue à faire reculer le caractère infamant de « la faillite » en dédramatisant l'ouverture de la procédure collective, se situant ainsi, dans le prolongement des textes précédents (A) et en allégeant les sanctions frappant les chefs d'entreprise et dirigeants de manière sensible (B).

(17) C'est pourquoi notre collègue Ph. Pétel traite simultanément des deux procédures, v. *Procédures collectives*, Dalloz, 4^e éd. 2005, p. 110 et s.

(18) C. com., art. L. 640-1.

(19) V. sur ce point, Ph. Froehlich, *L'ambivalence du plan de cession totale dans la loi de sauvegarde des entreprises*, D. 2005, p. 2878.

A. Dédramatisation de la situation du débiteur

16 Dans le but d'inciter le chef d'entreprise à traiter les difficultés qu'il rencontre avant qu'il ne soit trop tard, le principe est qu'il demeure à la tête de ses affaires dans les procédures de sauvetage. Mais, même dans les procédures de liquidation, lui sont reconnus des pouvoirs propres.

17 Dans la procédure de conciliation, il est naturel que le débiteur ne soit pas dessaisi de ses pouvoirs de gestion. La règle est la même en cas d'ouverture de la sauvegarde et du redressement judiciaire. Il est même posé en principe par l'article L. 622-1 que « l'administration de l'entreprise est assurée par son dirigeant ».

Cependant, dans l'une et l'autre procédure, au-delà de certains seuils : 20 salariés et 3.000.000 € de chiffre d'affaires, un administrateur doit être nommé (art. 53 du décret du 28 décembre 2005).

Il peut également être désigné en dessous de ces seuils jusqu'à la décision d'arrêt du plan, à la demande du débiteur, du mandataire judiciaire ou du ministère public.

Mais, alors que dans la procédure de sauvegarde, l'administrateur ne peut être investi que de pouvoirs de surveillance et d'assistance, il peut assister ou représenter le débiteur dans le redressement judiciaire. Apparemment, la procédure de sauvegarde met le chef d'entreprise à l'abri du dessaisissement.

Ce n'est pas totalement vrai car dans les deux procédures, l'arrêt du plan peut être subordonné au remplacement des dirigeants — sauf si le débiteur exerce une activité professionnelle soumise à un statut législatif ou réglementaire — et la cession forcée de leurs parts sociales, titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital peut être ordonnée par le tribunal (20).

Il en résulte que, malgré ce qui était annoncé, les dirigeants de sociétés sont susceptibles d'être remplacés et évincés de la société dirigée. Le maintien de cette mesure, même si elle est moralement fondée s'accorde mal avec une loi volontariste désireuse d'encourager le placement spontané sous la sauvegarde de la justice.

18 Dans la procédure de liquidation judiciaire, le dessaisissement est maintenu pour tous les actes d'administration et de disposition faits par le débiteur. Toutefois, cette mesure n'a plus le caractère général qu'elle avait autrefois.

En effet, outre la possibilité de se constituer partie civile, « le débiteur accomplit également les actes et exerce les droits qui ne sont pas compris dans la mission du liquidateur ou de l'administrateur lorsqu'il en a été désigné » (21). Est-ce à dire que le tribunal doit énumérer les actes relevant de la compétence du liquidateur ? Probablement pas, puisqu'en principe, le débiteur est dessaisi et remplacé par le liquidateur.

Cette disposition montre simplement que le débiteur peut exercer les droits qui ne lui sont pas retirés, ce qui laisse la porte ouverte à la reconnaissance de pouvoirs propres. L'apport de la jurisprudence est ici implicitement consacré et le prononcé de la liquidation judiciaire, partiellement dédramatisé. Ce mouvement est renforcé par l'allègement notable des sanctions.

B. L'allègement des sanctions

19 Tout en voulant responsabiliser le débiteur qui peut avoir la maîtrise du déclenchement de la procédure, le législateur a affaibli les sanctions qu'il encourt tant patrimoniales que personnelles.

20 Les sanctions patrimoniales, tout d'abord, sont cantonnées aux hypothèses d'inexécution du plan et de liquidation judiciaire. Le chef d'entreprise échappe à toute action en responsabilité pour insuffisance d'actif et à l'obligation aux dettes sociales, dans la procédure de sauvegarde et dans le redressement judiciaire, tant au cours de la période d'observation que pendant la phase d'exécution du plan (22).

En outre, la procédure collective ne peut plus être ouverte à titre personnel contre le dirigeant qui, dans les cas les plus graves énumérés par l'article L. 652-1, sera simplement condamné à payer tout ou partie du passif social.

Les deux actions ne seront exercées que par le mandataire judiciaire ou le liquidateur et le ministère public. Le tribunal n'est plus recevable à s'en saisir d'office. En revanche, dans l'intérêt collectif des créanciers, le tribunal pourra être saisi par la majorité des créanciers nommés contrôleurs lorsque le mandataire de justice ne les aura pas mises en œuvre malgré une mise en demeure de le faire.

Il n'est pas certain, en effet, que les mandataires s'empresseront d'agir en comblement ou pour obtenir le paiement des dettes sociales car le point de départ des actions étant retardé à la résolution du plan ou à la liquidation, la preuve des fautes sera parfois difficile à rapporter.

Indirectement, il en résultera vraisemblablement une raréfaction des actions contre les dirigeants.

21 Quant aux sanctions personnelles, elles sont moins effrayantes qu'autrefois. La faillite personnelle assortie de l'interdiction de gérer n'entraîne plus de déchéances si ce n'est, de manière facultative, l'interdiction d'exercer une fonction publique élective. De surcroît, sa durée maximale est de quinze ans et le droit pour le tribunal de se saisir d'office est supprimé. Enfin, à s'en tenir à l'essentiel, elle ne peut être prononcée contre une personne exerçant une activité professionnelle indépendante et soumise à ce titre à des règles disciplinaires. Ce n'est donc pas le tribunal qui ordonnera l'interdiction

[20] C. com., art. L. 626-4.

[21] C. com., art. L. 641-9.

[22] C. com., art. L. 651-1 et s.

de gérer mais la structure professionnelle intéressée... dans la mesure où elle est compétente pour le faire.

Si l'on ajoute à ces dispositions que le relèvement du débiteur est facilité et, notamment, lorsqu'il présente des garanties démontrant sa capacité de diriger, c'est un recul considérable des sanctions civiles qui se constate, le délit de banqueroute, étant, par contre, peu modifié, mais exclu dans la procédure de sauvegarde.

*
* *

Tels sont les axes principaux de cette réforme qui se veut ambitieuse et dont les différents articles très concrets qui suivent exposeront les avancées, mais aussi les imperfections et les contradictions.

Malgré l'enthousiasme de ses auteurs, elle est accueillie avec scepticisme par les praticiens qui savent pertinemment que « les faits sont têtus »... L'anticipation ne se décrète pas et il faut maintenant

convaincre les chefs d'entreprise — ou plus exactement les « débiteurs », pour utiliser la terminologie légale — qu'ils ont intérêt à saisir la juridiction consulaire en amont de la cessation des paiements.

Le succès de la réforme dépend des relations que sauront créer les tribunaux et particulièrement leurs présidents, avec les entrepreneurs en difficulté et les instances qui les représentent. Cela relève de la pédagogie, de la sociologie, de la psychologie... et guère de la légistique.

Mais, en cas d'échec, il n'y aura pas lieu d'imputer à ce législateur, pas plus qu'aux précédents, le nombre de liquidations judiciaires. Les meilleures lois ne peuvent lutter contre l'inconsistance des patrimoines.

Corinne SAINT-ALARY-HOUIN

Professeur à l'Université des sciences sociales de Toulouse

Petites affiches

Conçus comme de véritables dossiers, nos "numéros spéciaux" regroupent les contributions des meilleurs spécialistes sur un sujet d'actualité.



- La société européenne (05/2004) 10 €
- La réforme des procédures collectives (06/2004) 10 €
- Rencontres Petites Affiches : La personne dans tous ses états (07/2004) 10 €
- La réforme du droit des propriétés publiques (07/2004) 10 €
- Vivre et faire vivre le Code civil (10/2004) 10 €

- La date de naissance des créances (11/2004) 10 €
- Un an d'actualité du droit de la concurrence (12/2004) 10 €
- Analyse économique du droit : Quelques points d'accroche (05/2005) 10 €
- Les "class actions" devant le juge français "rêve ou cauchemar" (06/2005) 10 €
- Pratiques dans la distribution : La réforme impossible (07/2005) 10 €
- Fiscalité comptabilité IAS (09/2005) 10 €
- La réforme des valeurs mobilières, un an après (09/2005) 10 €

Les Journaux Judiciaires Associés 2, rue Montesquieu 75041 Paris cedex 01 / Tél. 01 42 61 88 00 / Fax : 01 42 92 03 91
 Email : diffusion@petites-affiches.com

PETIT TABLEAU SYNOPTIQUE DE LA LOI DU 26 JUILLET 2005, AU SOUTIEN DU PRATICIEN EN DIFFICULTÉ

Au lendemain de la publication de la loi du 26 juillet 2005 au Journal officiel, le praticien-type des procédures collectives avait pris ses congés du mois d'août, moment de ralentissement de l'activité judiciaire et de la vie économique française. Sa rentrée en fut alourdie.

D'une part, il découvrait des dispositions d'application immédiate et une nouvelle numérotation des articles du Code de commerce. D'autre part, des auteurs aux vacances plus courtes ou plus studieuses commençaient à abonder les revues juridiques de leurs articles ; des colloques s'annonçaient...

Nombreux sont ceux qui ayant fait l'effort de lire la nouvelle loi et les premiers commentaires, restaient en quête d'une vision synthétique et rapide de procédures applicables aux premiers jours de 2006. Mais pour beaucoup d'aspects, il fallait attendre le décret d'application. Or la France parlementaire et réglementaire impose régulièrement au monde judiciaire un exercice acrobatique et donc périlleux : l'application sur le champ d'un décret d'application ; même s'il est composé de 364 articles... Il est ici modestement proposé un

tableau synoptique (*) qui peut faciliter le travail d'approfondissement. Il peut même l'encourager. Un seul exemple : le lecteur perspicace s'interrogera sur la « cession de l'entreprise » qui détrône le plan de cession. Le nouveau livre VI du Code de commerce maintient pourtant en survivance, mais seulement partiellement, l'expression « plan de cession », entretenant la confusion. Beaucoup d'auteurs l'emploient toujours alors que les subdivisions du Code de commerce et du nouveau décret se vouent à la « cession de l'entreprise ». Il existe désormais deux plans : le plan de sauvegarde et le plan de redressement, héritier du plan de continuation. Le plan de redressement par cession est mort. Le législateur n'a d'ailleurs procédé qu'à l'enterrement : la jurisprudence s'accommodait de l'absence parfois totale d'apurement du passif, c'est-à-dire de paiement des créanciers demandé par l'article L. 621-87 de l'ancien livre VI.

Patrick CANET

Mandataire judiciaire

Professeur associé à l'Université de Cergy-Pontoise

Thèmes	Procédures	Conciliation	Sauvegarde	Redressement judiciaire	Liquidation judiciaire
Nouvelles entreprises éligibles aux procédures		Personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante	Personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante	Personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante	Personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante
Conditions de l'ouverture		Cessation des paiements depuis moins de 46 jours et difficulté juridique, économique ou financière avérée ou prévisible	- Absence de cessation des paiements et difficultés insurmontables de nature à conduire à la cessation des paiements - Absence de sauvegarde ou de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire	Cessation des paiements	Cessation des paiements, et redressement manifestement impossible
Initiative de l'ouverture		Débiteur	Débiteur	- Débiteur (dans les 45 jours) - Saisine d'office - Saisine sur requête du ministère public - Créancier	- Débiteur (dans les 45 jours) - Saisine d'office - Saisine sur requête du ministère public - Créancier
Arrêt des poursuites		C. civ., art. 1244-1 à 1244-3. Facultatif et par créancier qui poursuit	Oui	Oui	Oui
Déroulement		Recherche d'un accord amiable 4 mois + 1 mois à la demande du conciliateur	Période d'observation 6 mois + 6 mois + possibilité exceptionnelle de prolongation à la demande du ministère public pour une durée maximale de 6 mois	Période d'observation 2 mois + poursuite de 4 mois si capacités de financement suffisantes + 6 mois + possibilité exceptionnelle de prolongation à la demande du ministère public pour une durée maximale de 6 mois	- Liquidation judiciaire - Liquidation judiciaire simplifiée (≤ 15 mois)
Issues principales		- Accord avec les principaux créanciers et cocontractants, constaté par le président du tribunal, ainsi que l'absence de cessation des paiements - Homologation facultative avec publicité	- Créanciers hors comités : plan de sauvegarde ≤ 10 ans (agriculteur : durée de 15 ans non modifiée) - Créanciers des comités : durée libre du plan de sauvegarde - Arrêt, adjonction ou cession d'une ou plusieurs activités	- Plan de redressement ≤ 10 ans (agriculteur : durée de 15 ans non modifiée) - Plan de redressement et s'il y a lieu, arrêt, adjonction ou cession d'une ou plusieurs activités	- Arrêt de l'activité et vente de l'actif - Maintien de l'activité (3 mois + 3 mois à la demande du ministère public) et cession de l'entreprise

(*) Tableau établi avec la collaboration de Isabelle Fosset-Lefebvre, examen d'aptitude professionnelle de syndic judiciaire, chargée d'enseignement à l'Université Cergy-Pontoise.

Thèmes	Procédures	Conciliation	Sauvegarde	Redressement judiciaire	Liquidation judiciaire
Issues alternatives		En cas d'impossibilité d'accord, fin de mission du conciliateur	- Cessation partielle de l'activité - Conversion en redressement judiciaire - Prononcé de la liquidation judiciaire - Clôture de la sauvegarde si disparition des difficultés	- Cessation partielle de l'activité - Prononcé de la liquidation judiciaire - Clôture anticipée si la trésorerie permet de désintéresser tous les créanciers - Cession totale de l'entreprise et prononcé de la liquidation judiciaire	Clôture pour extinction du passif
Avantages		1. Remises de dettes y compris fiscales et sociales, sauf impôts indirects et cotisations sociales salariales 2. Période suspecte d'une future procédure de redressement judiciaire ou liquidation judiciaire, ne peut remonter antérieurement à la décision d'homologation de l'accord amiable, sauf fraude 3. En cas d'accord homologué, suspension de toute action en justice et de toute poursuite individuelle tant sur les meubles que sur les immeubles du débiteur	1. <i>Idem</i> (voir conciliation) 2. Les deux premières annuités du plan peuvent être inférieures à 5 % du passif admis, sauf exploitation agricole (liberté du montant des annuités pour les créanciers des comités)	1. <i>Idem</i> (voir conciliation) 2. Cession de l'entreprise : éventuelle purge des dettes	Éventuelle purge des dettes
Financement de l'AGS		Non	Oui	Oui	Oui
Licenciement		Droit commun	- Droit commun - Cessions d'activités : règles de la cession de l'entreprise	- Ordonnance du juge-commissaire - Jugement arrêtant le plan de redressement avec ou sans cession partielle de l'entreprise - Jugement arrêtant la cession totale de l'entreprise	- Liquidateur - Jugement arrêtant la cession de l'entreprise
Personnes physiques coobligées, cautions, garanties autonomes		Peuvent se prévaloir de l'accord homologué (y compris les personnes morales)	- Suspension des poursuites pendant la période d'observation - Peuvent se prévaloir du plan	- Suspension des poursuites pendant la période d'observation - Ne peuvent se prévaloir du plan	Poursuites
Privilèges		Privilège de la « <i>new money</i> » ou privilège de conciliation C. com., art. L. 611-11 - Apport en trésorerie - Fourniture d'un nouveau bien ou service Si accord homologué, paiement par privilège avant toutes créances nées antérieurement à l'ouverture de la conciliation et avant toutes créances nées postérieurement à l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire	Privilège de l'ancien article L. 40 C. com., art. L. 622-17 Resserrement de la notion de créance née régulièrement (« ... pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur, pour son activité professionnelle, pendant cette période... »)	Privilège de l'ancien article L. 40 C. com., art. L. 631-14 Application de l'article L. 622-17 à la procédure de redressement judiciaire	Privilège de l'ancien article L. 40 C. com., art. L. 641-13 Resserrement de la notion de créance née régulièrement (« Les créances nées régulièrement après le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire ou, dans ce dernier cas, après le jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire qui l'a précédée, pour les besoins du déroulement de la procédure, pour les besoins, le cas échéant, de la période d'observation antérieure, ou en raison d'une prestation fournie au débiteur, pour son activité professionnelle postérieure à l'un de ces jugements, sont payés à leur échéance »).
Inexécution		1. Résolution de l'accord par le tribunal 2. Caducité de l'accord si sauvegarde, redressement judiciaire, liquidation judiciaire	Résolution du plan et prononcé de la liquidation judiciaire.	Résolution du plan et prononcé de la liquidation judiciaire	
Inconvénients ou particularités		En cas d'accord non homologué, pas d'arrêt général des poursuites	Absence de cessation des paiements	Règles des nullités de la période suspecte	Règles des nullités de la période suspecte

Thèmes	Procédures	Conciliation	Sauvegarde	Redressement judiciaire	Liquidation judiciaire
Modalités particulières		L'accord ne doit pas porter atteinte aux intérêts des créanciers non signataires	« Grandes entreprises » (plus de 150 salariés et CA HT > 20 millions d'euros) : 2 comités de créanciers : - comité des établissements de crédit - comité des principaux fournisseurs de biens et services - Décisions prises à la majorité des membres représentant au moins les 2/3 du montant des créances du comité - Si désaccord des comités, application de la procédure classique et écrite de consultation des créanciers	<i>Idem</i> (v. procédure de sauvegarde relative aux deux comités)	Liquidation judiciaire simplifiée (≤ 15 mois) - Conditions C. com., art. L. 641-2 : - Absence de bien immobilier - Nombre de salariés ≤ 5 - CA HT ≤ 750.000 €
Sanctions		Non	Non	- Sanctions professionnelles - Banqueroute et autres infractions pénales	- Action en responsabilité pour insuffisance d'actif - Action en obligation aux dettes sociales - Sanctions professionnelles - Banqueroute et autres infractions pénales

Application de la loi de sauvegarde à l'outre-mer

Pour l'essentiel, on se reportera au rapport de la commission des lois du Sénat qui permet de rendre accessible cette importante question de manière aussi agréable qu'une promenade dans un *jardi botanico*.

Pour les départements d'outre-mer, à savoir (la Guadeloupe, la Guyane, la Martinique et la Réunion), le principe de l'identité législative rend la loi de sauvegarde applicable à ces territoires.

Pour les collectivités d'outre-mer (COM), la loi de sauvegarde détaille les conditions de son application et précise les quelques dispositions non applicables en raison des statuts particuliers de ces différentes collectivités :

— Saint-Pierre-et-Miquelon, Mayotte, Nouvelle-Calédonie, Wallis et Futuna figurent au nombre des pays et territoires d'outre-mer (PTOM) qui sont associés à la Communauté européenne mais ne font pas partie de son territoire. « Le droit communautaire dérivé n'y est donc pas applicable » (1). En conséquence, l'article L. 643-11 du Code de commerce ne peut pas s'appliquer au PTOM, car il fait application du règlement (CE) n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité ;

— certaines dispositions fiscales sont écartées pour Saint-Pierre-et-Miquelon afin de tenir compte des compétences attribuées par la loi au conseil général (2) ;

— pour Mayotte, de manière générale, les dispositions dont l'application est écartée visent des domaines relevant de la compétence de la collectivité de Mayotte (droit des assurances et du travail, fiscalité) (3) ;

— dans l'attente d'un transfert de l'État à la Nouvelle-Calédonie pour fixer les règles concernant le droit commercial (4), l'État conserve sa compétence à conditions que les textes comportent une mention expresse d'extension. Tel est bien le cas de la loi de sauvegarde,

sous la réserve des dispositions en matière de douanes, de fiscalité, de droit du travail et du droit des assurances qui relèvent de la compétence du congrès de la Nouvelle-Calédonie ;

— comme pour la Nouvelle-Calédonie, la loi de sauvegarde est applicable au territoire de Wallis et Futuna sous les mêmes réserves des compétences propres à ce territoire (5). Cette précision est d'importance lorsque l'on sait que les îles Wallis et Futuna sont devenues un lieu d'élection pour de nombreux propriétaires de navires. En effet, le cumul des avantages du pavillon et de la fiscalité exotique attire les propriétaires ou les exploitants de navire. Pour les créanciers, notamment ceux ayant inscrit une hypothèque maritime, l'application directe de la loi de sauvegarde est plutôt une bonne chose.

À l'opposé, en application de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 (6), la loi de sauvegarde NE s'applique PAS, encore, à la Polynésie française. En effet, l'Assemblée de la Polynésie française doit transposer dans son droit local la loi de sauvegarde pour rendre applicable cette loi à ce territoire. À notre connaissance, au 1^{er} janvier 2006, l'État central n'a pas pris l'initiative d'une telle transposition par voie d'ordonnance (il est vrai que les matières civile et commerciale connaissent un retard certain) et l'Assemblée de la Polynésie française ne semble s'être encore saisie de cette question.

Christophe Léguevaques

Docteur en droit

Avocat au Barreau de Paris

cLé réseau d'avocats (Paris et Toulouse)

(1) J.-J. Hyest, *Rapport de la commission des lois du Sénat*, n° 335, p. 579 et s.

(2) Article 22 de la loi n° 85-595 du 11 juin 1985.

(3) Article 3-II de la loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001.

(4) Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999.

(5) Article 4 de la loi n° 61-814 du 29 juillet 1961.

(6) JO du 2 mars 2004, p. 4183 et s.

LOI NOUVELLE, NOUVELLE PRATIQUE : LE POINT DE VUE D'UN MAGISTRAT CONSULAIRE

La loi du 26 juillet 2005 est plus qu'une simple réforme du droit des procédures collectives : elle instaure un nouveau régime juridique des entreprises en difficultés. En effet, l'apparition d'une procédure judiciaire dont le fondement n'est plus la cessation des paiements de l'entreprise mais la déclaration par le dirigeant que son entreprise connaît des « difficultés susceptibles de [la] conduire à la cessation des paiements » est une rupture radicale dans notre droit avec un passé multi séculaire et la place réservée à cette procédure dans le texte de loi, auquel elle donne son titre, met en évidence la volonté du législateur de transformer profondément l'approche du traitement des entreprises en difficultés.

On peut regretter cependant qu'il ne soit pas allé jusqu'au bout de cette volonté de transformation. Subsiste, en effet aujourd'hui, un « mille-feuilles juridique » avec sept procédures : mandat ad hoc, conciliation avec constat, conciliation avec homologation, sauvegarde, redressement judiciaire, liquidation judiciaire, liquidation judiciaire simplifiée ! En réalité deux grandes procédures suffiraient : celle inspirée par l'idée de prévention avant cessation de paiement et celle fondée sur l'idée d'insolvabilité après cessation des paiements. Outre une lisibilité, voire une pédagogie, plus forte pour le monde économique, nous rapprocherions ainsi notre architecture juridique de notre environnement européen et mondial, ce qui n'est peut-être pas aujourd'hui tout à fait inutile.

Mesure centrale de la loi du 26 juillet 2005, la procédure de sauvegarde instituée par l'article L. 620-1 du Code de commerce ouvre aux tribunaux de commerce un nouveau champ jurisprudentiel dont les contours conditionneront largement le succès des nouvelles dispositions. Nul doute que la connaissance pratique du monde économique et du monde de l'entreprise en particulier, des magistrats consulaires n'apporte à ces dispositions très novatrices le sceau de la sagesse pragmatique. Bien des questions se posent mais afin de ne pas alourdir ce bref exposé nous nous limiterons à l'évocation de trois d'entre elles parmi les plus importantes.

Quelle place dans l'organisation de leur rôle les tribunaux vont réserver à cette procédure ? La question ici est de savoir si l'on considère la nouvelle procédure comme une procédure collective supplémentaire traitée par les chambres de procédure collective ou comme le prolongement des procédures de prévention traitée par les magistrats chargés de la prévention. La question n'est pas gratuite tant les habitudes conceptuelles nées de la notion de cessation de paiement peuvent rendre floues la frontière entre la cessation des paiements et les « difficultés susceptibles de conduire à la cessation des paiements ». Pour le Tribunal de commerce de Toulouse nous nous orientons vers la gestion de cette procédure par la chambre de prévention afin, d'une part, de renforcer auprès des dirigeants d'entreprise l'idée d'anticiper les difficultés majeures et, d'autre part, d'installer une pratique procédurale nouvelle vis-à-vis des administrateurs et mandataires de justice. Tous les tribunaux de commerce ne disposent pas d'une chambre de prévention ou de magistrats spécialisés mais la plupart ont suffisamment de magistrats pour ne pas confondre dans une même matrice les procédures de prévention et les procédures collectives. À ces arguments s'ajoutent ceux que l'on

peut tirer de l'impartialité nécessaire dans le traitement des procédures collectives : il n'est pas souhaitable que les mêmes magistrats traitent un même débiteur dans un cadre de prévention, dénué de toute sanction, et éventuellement dans un cadre de procédure collective se prolongant éventuellement par des sanctions.

Quelle jurisprudence élaborer sur « les difficultés susceptibles de conduire à la cessation des paiements » ? À l'évidence l'appréciation de ce nouveau critère sera le fruit d'une étroite réflexion commune entre le parquet, les auxiliaires de justice et les magistrats mais *in fine* ce sont eux qui trancheront. La difficulté de l'exercice sera d'élaborer une approche qui ne soit ni trop extensive ni trop restrictive. Présentée ainsi notre remarque peut paraître banale mais en réalité derrière ces choix ce sont des enjeux sociaux qui seront posés : l'éligibilité des créances salariales à l'AGS et la légitimation de licenciements économiques par une procédure judiciaire nouvelle, en franchise des procédures des plans sociaux (?), donneront certainement à cette procédure de sauvegarde une physionomie originale...

Quelle jurisprudence les juges commissaires devront-ils élaborer lorsque l'AGS conformément à l'article L. 625-9 nouveau, contestera devant lui la réalité de « l'insuffisance des fonds », sachant que dans la plupart des cas le refus de prise en charge ruinera l'espoir d'élaboration d'un plan que les comités de créanciers auront accepté sous cette réserve expresse ? Ces ajustements d'approche devront s'opérer, nous semble-t-il, sous l'autorité de magistrats rompus à l'esprit des procédures de prévention si l'on veut que cette procédure de sauvegarde ne soit pas qu'un avatar des procédures collectives.

Bien d'autres dispositions nouvelles de la loi de sauvegarde méritent d'être commentées mais sans doute les décrets d'application répondront utilement à beaucoup d'entre elles. Toutefois deux points de cette construction suscitent des réserves que le monde consulaire ne saurait passer sous silence.

La pratique de la prévention (mandat ad hoc et conciliation), largement « inventée » par les tribunaux de commerce, se voit offrir un cadre juridique précis dont on peut se demander s'il était nécessaire dans toutes ses dispositions et notamment la distinction entre constat de la conciliation par le président du tribunal de commerce et homologation par le tribunal. Si la loi précise les effets de l'homologation, elle ne dit mot des effets du constat dont on peut supposer qu'il n'ajoute rien à l'effet relatif de droit commun mais alors pourquoi le constat par le président du tribunal ? La force exécutoire que l'article L. 611-8 nouveau lui accorde signifie-t-il qu'il acquiert un effet supérieur au droit commun notamment vis-à-vis des tiers ? L'incertitude juridique risque de stériliser cette voie au bénéfice de l'homologation. Mais celle-ci met à néant l'exigence de confidentialité inhérente à l'attrait pour les opérateurs économiques de ces modes de prévention. La longue expérience de ces procédures nous conduit à penser que l'on prend par ces choix nouveaux un risque de désaffection au moment même où le traitement des difficultés par la prévention a fait ses preuves.

Enfin, les dispositions éparpillées dans le texte nouveau, retirant la possibilité de saisine d'office du tribunal de commerce sur des points essentiels de sa compétence nous paraissent peu justifiées car elles

n'ont jamais fait l'objet d'une critique raisonnée de l'action des tribunaux de commerce. Il en est ainsi de la disparition de la saisine d'office en matière de sanctions (articles L. 653-7 et L. 653-8 nouveaux) et en matière de responsabilité en cas d'insuffisance d'actif (article L. 651-3 nouveau), mais aussi pour le renouvellement de la période d'observation (article L. 621-3 nouveau), pour la modification de la mission de l'administrateur judiciaire dans la procédure de sauvegarde (article L. 622-1 nouveau), pour le remplacement d'un dirigeant comme condition du plan (article L. 626-4 nouveau). Enfin, situation comparable, le juge commissaire se voit retirer son pouvoir de saisine du tribunal pour révoquer un contrôleur (article L. 621-10 nouveau).

Sur les mesures personnelles et l'action en comblement de passif, la suppression de la saisine d'office du tribunal est surprenante. La moralisation du commerce est l'une des racines séculaires du bloc de légitimité des tribunaux de commerce et ils ne manquent pas d'exercer cette fonction. Dans la plupart des tribunaux de commerce, les sanctions sont essentiellement prononcées plus sur saisine d'office que sur saisine du parquet. Le sauvetage des entreprises qui est l'objectif premier de la loi ne doit pas faire oublier les exigences de la moralisation de la vie des affaires et le tribunal en est un garant efficace dans la mesure où il a une vision globale de la procédure ce qui n'est le cas ni du parquet ni des mandataires ou liquidateurs

désormais seuls initiateurs de ces procédures. Le règne du « pas vu-pas pris » risque de s'étendre au détriment de la transparence.

Sur les autres points, la réduction de compétence des tribunaux de commerce est encore plus étonnante car elle vise l'apport essentiel des magistrats consulaires à l'œuvre de justice : leur connaissance approfondie de la vie des affaires et leur expérience. Remplacer un dirigeant, révoquer un contrôleur, prolonger une période d'observation, modifier une mission d'administrateur judiciaire supposent une vision globale de la procédure et une bonne connaissance des mécanismes de gestion interne à l'entreprise, ni le parquet, ni les organes de la procédure n'ont cette compétence à l'égal des magistrats consulaires.

On ne peut s'empêcher de penser que l'ensemble de ces dispositions, qui trouve sa cohérence dans une restriction de la compétence des magistrats consulaires opère une réforme silencieuse des tribunaux de commerce, rejetée hier, et réintroduite aujourd'hui sans débat.

Cette observation, un peu désabusée, ne doit toutefois pas occulter la très réelle modernité de ce texte et sans doute sa pertinence que la pratique devrait mettre rapidement en évidence.

Jacques RAIBAUT

Président du Tribunal de commerce de Toulouse

- CIVIL
- COMMERCIAL
- TRAVAIL
- SOCIÉTÉS
- FISCAL
- FAMILLE
- CONSTRUCTION
- INTERNATIONAL
- BOURSE
- CONCURRENCE
- PUBLIC
- IMMOBILIER
- ASSURANCE
- MÉDIAS
- TRANSPORTS
- EUROPE



4 numéros/an
d'environ 300 pages
format 24 X 15

Découvrez la 1^{re} Revue transversale en droit des contrats

COMITÉ DE RÉDACTION

- Denis MAZEAUD
Directeur scientifique
- Thierry REVET
Directeur éditorial
- Emmanuelle FILIBERTI
Rédactrice en chef

AU SOMMAIRE

- Chroniques
- Pratiques
- Recherches
- Débats

L.G.D.J

Bénéficiez, avec votre abonnement, d'une invitation gratuite au prochain colloque annuel
RENSEIGNEMENTS AU 01 56 54 16 22 - www.revuedescontrats.com

MANDAT AD HOC ET CONCILIATION : DE NOUVEAUX OUTILS POUR UNE MEILLEURE PRÉVENTION

Incontestablement les grandes gagnantes de la loi de sauvegarde des entreprises, les procédures de mandat ad hoc et de conciliation se sont vues dotées d'arguments de poids pour convaincre les débiteurs et leurs créanciers de s'entendre en amont des procédures collectives que sont la nouvelle procédure de sauvegarde, le redressement judiciaire et la liquidation judiciaire.

Cela n'est pas surprenant, car l'anticipation des difficultés est bien la meilleure solution pour les surmonter, comme le montrent les 60 à 70 % de réussite des procédures de mandat ad hoc et de conciliation ouvertes par le Tribunal de commerce de Paris depuis de nombreuses années. Comme le montrent aussi les 50 à 70 % de plans de redressement adoptés après l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, au niveau national cette fois, ce taux augmentant avec la taille des entreprises (1).

Dans les deux cas, le dirigeant doit être prêt, avant qu'il ne soit trop tard, à utiliser la procédure la plus adaptée pour éviter la disparition de son entreprise en liquidation judiciaire.

Mais alors que les ouvertures de redressement judiciaire représentent environ 15.000 (30 %) des 50.000 défaillances d'entreprises enregistrées chaque année, les mandats ad hoc et règlements amiables en concernent seulement un petit millier (2).

Sans s'attendre à un glissement spectaculaire du nombre de redressements judiciaires vers les procédures nouvelles de sauvegarde et de conciliation, nul doute que leurs attraits sauront séduire les chefs d'entreprises et leurs conseils.

Nous allons, pour les procédures amiables, tâcher ici de dévoiler une à une les excellentes dispositions dans lesquelles la loi nouvelle nous accueille.

I. Champ d'application

L'article L. 611-5 étend le bénéfice de la procédure de conciliation « aux personnes morales de droit privée et aux personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé ».

Ainsi, tous ceux qui exercent une activité commerciale, artisanale, indépendante ou libérale, sont désormais inclus dans le champ d'application des mesures de prévention instituées par le Code de commerce.

La procédure de conciliation n'est pas applicable aux agriculteurs qui bénéficient de la procédure prévue aux articles L. 351-1 à L. 351-7 du Code rural.

On se rappellera que le règlement amiable agricole s'applique à toute personne physique ou morale de droit privé exerçant une activité agricole. Cependant les sociétés commerciales exerçant une activité agricole demeurent soumises au règlement amiable de la loi

du 1^{er} mars 1985, demain aux dispositions des articles L. 611-4 et suivants du Code de commerce.

On notera que la décision d'ouverture d'une procédure de conciliation est communiquée, le cas échéant, à l'ordre professionnel ou à l'autorité compétente dont relève le débiteur.

II. Prévention-détection : des pouvoirs élargis du président

A. L'entretien

Le président du tribunal disposait déjà, à l'issue de l'entretien prévu à l'article L. 611-2 du Code de commerce du pouvoir d'obtenir des commissaires aux comptes, membres et représentants du personnel, administration publique, organismes de prévoyance sociale, banque de France, des renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière du débiteur.

Encore fallait-il que l'entretien se tienne, c'est-à-dire que le débiteur se rende à la convocation reçue.

Il dispose maintenant de ce pouvoir, même si le dirigeant ne s'est pas rendu à sa convocation. (« L. 611-2 deuxième alinéa : À l'issue de cet entretien, ou si les dirigeants ne se sont pas rendus à sa convocation... »).

La prévention détection en est grandement renforcée, car désormais le seul formalisme requis pour obtenir ces informations sera l'envoi d'une convocation. Les chefs d'entreprises ne pourront plus faire l'autruche en se réfugiant, pour certains d'entre eux peut-être, derrière le poids accablant de leurs tâches quotidiennes (lequel comme chacun sait s'accroît avec les difficultés de l'entreprise).

B. Non-dépôt des comptes annuels

Lorsque les dirigeants d'une société commerciale ne procèdent pas au dépôt des comptes annuels dans les délais prévus par les textes applicables, le président du tribunal peut leur adresser une injonction de le faire à bref délai sous astreinte.

Si cette injonction n'est pas suivie d'effet dans un délai fixé par décret, le président du tribunal peut également faire application à leur égard des dispositions du deuxième alinéa du I de l'article L. 611-2, c'est-à-dire user des pouvoirs dont il dispose si le dirigeant ne se rend pas à sa convocation.

Le législateur a manifestement tiré les conséquences de la corrélation relevée entre le non-dépôt des comptes annuels et les difficultés des entreprises.

(1) L'entreprise en difficulté en France, prévention - reprise, Deloitte & Touche, décembre 2003.

(2) De source infogreffe, seuls 1.041 mandats ad hoc et 231 conciliations ont été ouvertes en 2002, cité dans L'entreprise en difficulté en France, prévention - reprise, Deloitte & Touche, décembre 2003.

C. Alerte des commissaires aux comptes

L'article L. 612-3 a précisé et accéléré quelque peu la chronologie des actes du commissaire aux comptes lorsqu'il relève des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation.

Le président du tribunal de grande instance est destinataire de la copie du courrier du commissaire aux comptes invitant le dirigeant à réunir l'organe collégial, ce qui est nouveau, puis, comme auparavant, de la délibération de cet organe.

En cas de non réunion de l'organe collégial ou si la continuité de l'exploitation demeure compromise, une assemblée générale sera désormais convoquée dans des conditions et délais fixés par le décret d'application, à l'occasion de laquelle le commissaire aux comptes présentera son rapport spécial. L'ancienne rédaction indiquait que le commissaire aux comptes établissait un rapport spécial qui était présenté à la prochaine assemblée générale, sans fixer de délais pour la tenue de celle-ci.

Les dispositions prévues par le texte à l'issue de cette assemblée demeurent inchangées.

Nouveauté de la loi, les phases d'alertes ne sont pas applicables lorsqu'une procédure de conciliation ou de sauvegarde a été engagée par les dirigeants en application des articles L. 611-6 et L. 620-1.

III. Prévention-traitement

A. Une confidentialité généralisée

L. 611-15 : « Toute personne qui est appelée à la procédure de conciliation ou à un mandat ad hoc ou qui, par ses fonctions, en a connaissance est tenue à la confidentialité ».

L'article L. 611-6 actuel du Code de commerce prévoit que « Toute personne qui est appelée au règlement amiable ou qui, par ses fonctions, en a connaissance est tenue au secret professionnel, dans les conditions prévues aux articles 226-13 et 226-14 du Code pénal ».

Le secret professionnel, assorti de ses sanctions pénales, pour être dissuasif n'en était pas moins considéré comme trop lourd par bon nombre de participants aux règlements amiables.

La loi nouvelle lui a préféré la notion de confidentialité, ouvrant donc la voie en cas de non-respect à des procédures en demande de dommages pour réparation du préjudice. Il n'en reste pas moins que le droit commun continue de s'appliquer aux professionnels impliqués par mandat dans la conciliation (avocats, commissaires aux comptes, administrateur judiciaire désigné mandataire ad hoc) et qui restent tenus au secret professionnel, sous la sanction de l'article L. 226-13 du Code pénal.

L'obligation de confidentialité est désormais étendue par la loi aux procédures de mandat ad hoc, renforçant ainsi, sur ce sujet, leur attrait.

B. Le mandat ad hoc nouveau

De procédure accessoire dans la rédaction de l'article L. 611-3 actuel « sans préjudice du pouvoir du président du tribunal de commerce de désigner un mandataire ad hoc dont il détermine la mission, il est institué une procédure de règlement amiable (...) », le mandat ad hoc est instauré par le nouvel article L. 611-3 : « le président du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance peut, à la demande du représentant de l'entreprise, désigner un mandataire ad hoc dont il détermine la mission ».

Cet article est exclusivement consacré au mandat ad hoc, il est également le seul de la nouvelle loi à le définir.

Le mandat ad hoc conserve donc toute la souplesse qui fait son succès. Le président du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance doit cependant respecter deux impératifs :

– il ne peut se saisir d'office pour désigner un mandataire ad hoc sous le visa de l'article L. 611-3, mais doit répondre, positivement ou négativement, à une demande des représentants de l'entreprise.

Le mandat ad hoc « forcé » n'existe donc pas, pas plus que la conciliation « imposée » qui restent deux procédures à la seule initiative du débiteur, et ne se confondent pas avec les mesures d'informations très efficaces et renforcées dont dispose le président de la juridiction (et lui seul) par l'application de l'article L. 611-2 commenté ci-dessus.

– il doit déterminer la mission du mandataire ad hoc.

On notera qu'à l'inverse de la procédure de conciliation, l'ordonnance du président n'est pas communiquée au ministère public mais, en cas d'ouverture ultérieure d'une procédure de sauvegarde, « le tribunal peut, d'office ou à la demande du ministère public, obtenir communication des pièces et actes relatifs au mandat ad hoc ou à la conciliation nonobstant les dispositions de l'article L. 611-15 » (L. 621-1).

De même, « l'ouverture d'une procédure de sauvegarde à l'égard d'un débiteur qui bénéficie ou a bénéficié d'un mandat ad hoc ou d'une procédure de conciliation dans les dix-huit mois qui précèdent doit être examinée en présence du ministère public » (L. 621-1).

Il faut conclure de ces dispositions que le ministère public a connaissance des procédures de mandat ad hoc seulement si une procédure de sauvegarde est ouverte dans les dix-huit mois qui suivent.

Il n'est pas prévu dans la loi qu'il en ait connaissance s'il y a ouverture ultérieure d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire dans les dix-huit mois.

C. La conciliation

1. Conditions d'ouverture (L. 611-6)

Les conditions requises pour bénéficier de la conciliation ont évolué par rapport au règlement amiable. Il était auparavant nécessaire de démontrer que, sans être en état de cessation des paiements, les difficultés juridiques, économiques ou financières ne pouvaient être couvertes par un financement adapté. Il suffit maintenant que ces

mêmes difficultés soient avérées ou prévisibles, et que l'entreprise ne soit pas en état de cessation des paiements depuis plus de quarante cinq jours.

Véritable révolution, il est désormais admis que l'entreprise en cessation des paiements puisse faire appel à une procédure amiable pour surmonter ses difficultés. Cette liberté d'action, dont il faut saluer le réalisme économique est encadré par une limite : la cessation des paiements ne doit pas remonter à plus de quarante cinq jours.

Les débats et décisions sur la notion de cessation des paiements, et sur la date à laquelle celle-ci intervient, doivent donc garder toute leur valeur dans l'esprit des praticiens.

2. Forme (L. 611-6)

Comme par le passé, c'est par une requête du débiteur que le président du tribunal est saisi. Y est exposé la situation économique, sociale et financière, les besoins de financement ainsi que les moyens d'y faire face.

Le texte précise que le débiteur peut proposer le nom d'un conciliateur au président. Logiquement, il peut également le récuser dans des conditions et délais qui sont fixés par le décret.

La décision ouvrant la procédure de conciliation n'est pas susceptible de recours.

Le président dispose toujours des pouvoirs de charger un expert de son choix d'établir un rapport sur la situation économique, sociale et financière du débiteur et obtenir des établissements bancaires et financiers tout renseignement de nature à donner une exacte information sur la situation économique et financière de celui-ci.

3. Durée de la mission

Allongée d'un mois, la procédure est désormais ouverte pour une durée de quatre mois, qui peut être prorogée d'un mois à la demande motivée du débiteur.

Dans bien des cas, il sera opportun de faire précéder la conciliation d'un mandat ad hoc afin de préparer l'accord sans être contraint par une date limite qui arrive souvent très vite. Ce d'autant que l'article L. 611-6 précise qu'à l'expiration de la période, la mission du conciliateur et la procédure prennent fin de plein droit.

Le décret d'application indique pour sa part que l'homologation de l'accord doit intervenir avant le terme de la procédure (article 33). Il nous paraît dangereux d'enfermer le jugement d'homologation dans le terme de la procédure de conciliation même rallongée d'un mois. « à l'issue de la procédure » serait une formulation laissant plus de souplesse pour bien des cas compliqués, lorsque l'accord signé, mais non encore homologué, est soumis à des conditions suspensives par exemple.

4. Contenu de la mission

Le contenu de la mission du conciliateur est précisé par l'article L. 611-7 : il « a pour mission de favoriser la conclusion entre le débiteur et ses principaux créanciers, ainsi que, le cas échéant, ses

cocontractants habituels, d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise ».

Le contenu de cette mission n'est donc plus déterminé par le président du tribunal, elle est fixée par la loi.

Elle inclut non seulement les créanciers, mais aussi les cocontractants habituels.

Le conciliateur n'a pas seulement un rôle de « facilitateur » d'un accord, la loi lui permet d'être actif car « il peut également présenter toute proposition se rapportant à la sauvegarde de l'entreprise, à la poursuite de l'activité économique et au maintien de l'emploi ». Ce qu'il faisait déjà en pratique.

5. Moyens d'actions

a) Délais de paiements en cours de procédure

S'il perd la faculté de demander la suspension provisoire des poursuites, qui disparaît du mécanisme de la conciliation, le conciliateur gagne une arme précieuse à l'égard des créanciers exigeant d'être réglés : « si, au cours de la procédure, le débiteur est poursuivi par un créancier, le juge qui a ouvert cette procédure peut, à la demande du débiteur et après avoir été éclairé par le conciliateur, faire application des articles 1244-1 à 1244-3 du Code civil » (L. 611-7).

Le recours aux dispositions de l'article 1244-1 était possible dans le règlement amiable, mais seulement au moment de l'homologation de l'accord, pas au cours de la procédure. On a ainsi pu voir certains créanciers exercer une pression exagérée en début de procédure amiable, sous la menace de voies d'exécutions que seule une suspension provisoire des poursuites, elle-même disproportionnée et à l'encontre des intérêts de l'entreprise, pouvait éventuellement arrêter.

b) Remises de dettes de la part des créanciers publics

Révolution de la réforme du 26 juillet 2005, les créanciers publics peuvent accorder des remises sous certaines conditions, pour favoriser la sauvegarde des entreprises.

Le troisième alinéa de l'article L. 611-7 indique que « les administrations financières, les organismes de sécurité sociale, les institutions gérant le régime d'assurance chômage prévu par les articles L. 351-3 et suivants du Code du travail et les institutions régies par le livre IX du Code de la sécurité sociale peuvent consentir des remises de dettes dans les conditions fixées à l'article L. 626-6 du présent Code », c'est-à-dire dans les conditions fixées dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaires.

Il faut donc énumérer ici quelles sont les dispositions de l'article L. 626-6, applicables aux procédures de sauvegarde et de redressement judiciaires :

L. 626-6 : « Les administrations financières, les organismes de sécurité sociale, les institutions gérant le régime d'assurance chômage prévu par les articles L. 351-3 et suivants du Code du travail et les institutions régies par le livre IX du Code de la sécurité sociale peuvent accepter, concomitamment à l'effort consenti par d'autres créanciers, de remettre tout ou partie de ses dettes au débiteur dans des

conditions similaires à celles que lui octroierait, dans des conditions normales de marché, un opérateur économique privé placé dans la même situation.

Dans ce cadre, les administrations financières peuvent remettre l'ensemble des impôts directs perçus au profit de l'État et des collectivités territoriales ainsi que des produits divers du budget de l'État dus par le débiteur. S'agissant des impôts indirects perçus au profit de l'État et des collectivités territoriales, seuls les intérêts de retard, majoration, pénalités ou amendes peuvent faire l'objet d'une remise.

Les conditions de la remise de la dette sont fixées par décret en Conseil d'État.

Les créanciers visés au premier alinéa peuvent également décider des cessions de rang de privilège ou d'hypothèque ou de l'abandon de ces sûretés ».

Les remises peuvent ainsi porter sur tout ou partie du principal des créances, mais, en ce qui concerne le Trésor, il ne peut s'agir que des impôts directs. Les impôts indirects, notamment la TVA, sont exclus du mécanisme de remise. La faculté de remise des pénalités, intérêts de retard et majorations existait déjà depuis 1994, elle est maintenue.

D. Accord obtenu

1. Formes

Le projet de loi prévoyait la seule homologation de l'accord par un jugement du tribunal, prononcée après audition en chambre du conseil du débiteur et des représentants du personnel notamment. Cette mesure, rompant *de facto* la confidentialité attachée à la procédure et à son contenu par la publication du jugement d'homologation, pouvait paraître contraire à l'objectif du législateur de favoriser la prévention des difficultés.

L'Assemblée nationale, sous l'impulsion du président de la commission des lois de l'époque, l'actuel garde des Sceaux, Pascal Clément, avait introduit une deuxième forme d'homologation, en fait un constat judiciaire, maintenant la confidentialité de la procédure et ce au choix du débiteur.

Cette construction très intéressante devrait se révéler un outil précieux pour les entreprises, qui peuvent ainsi moduler, à leur convenance, les effets de l'accord obtenu.

Il faut souligner que seul le débiteur a l'initiative de la demande d'homologation, celle-ci ne peut être requise par les créanciers ou par le mandataire ad hoc.

La demande de constat pour sa part est émise par une requête conjointe des parties à l'accord.

a) Constat (L. 611-8-I)

Le président, constatant l'accord des parties, lui donne force exécutoire par la voie d'une ordonnance du président.

Ce dernier doit statuer « au vu d'une déclaration certifiée du débiteur attestant qu'il ne se trouvait pas en cessation des paiements lors de la conclusion de l'accord, ou que ce dernier y met fin ».

Le magistrat est donc lié par l'accord, dont il n'a pas les pouvoirs d'apprécier le bien-fondé.

b) Homologation (L. 611-8-II)

Les conditions requises pour l'homologation par le tribunal sont les suivantes :

- « 1. Le débiteur n'est pas en état de cessation des paiements ou l'accord conclu y met fin ;
2. Les termes de l'accord sont de nature à assurer la pérennité de l'activité de l'entreprise ;
3. L'accord ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers non signataires, sans préjudice de l'application qui peut être faite des articles 1244-1 à 1244-3 du Code civil ».

Au contraire du constat de l'accord, le tribunal doit ici vérifier que les conditions énumérées par la loi sont réunies.

Si la première condition paraît, *a priori*, la plus simple à vérifier, les deux suivantes donneront vraisemblablement lieu à des débats nourris... et donc matière à contentieux.

Encore faudra-t-il que les voies de recours émanant des tiers soient réalisées dans les délais courts imposés par le texte, de dix jours à compter de la publicité du jugement par voie de tierce opposition (L. 611-10).

c) Auditions (L. 611-9)

Pour statuer sur l'homologation, le tribunal devra au préalable entendre ou dûment appeler en chambre du conseil le débiteur, les créanciers parties à l'accord, les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel, le conciliateur et le ministère public.

L'ordre professionnel ou l'autorité compétente dont relève, le cas échéant, le débiteur qui exerce une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, est entendu ou appelé dans les mêmes conditions.

Le tribunal peut entendre toute autre personne dont l'audition lui paraît utile.

2. Effets

a) Constat

Les effets tirés du constat de l'accord par le président du tribunal sont ceux découlant de l'ancienne homologation du règlement amiable. L'ordonnance présidentielle confère une force exécutoire à l'accord intervenu.

Elle ne fait l'objet d'aucune publication et n'est pas susceptible de recours.

Elle met fin à la procédure de conciliation.

b) Homologation

Les effets de l'homologation par le tribunal sont, eux, considérables et constituent le cœur du dispositif de la nouvelle conciliation.

Tout d'abord en permettant aux cautions et coobligés de se prévaloir des dispositions de l'accord homologué, selon le troisième alinéa de l'article L. 611-10, ce qui est l'application du droit commun, mais en étendant cette faculté à ceux qui ont consenti une garantie autonome, les établissements financiers ou les holdings par exemple, ce qui est nouveau.

« L'accord homologué suspend, pendant la durée de son exécution, toute action en justice et toute poursuite individuelle tant sur les meubles que les immeubles du débiteur dans le but d'obtenir le paiement des créances qui en font l'objet. Il suspend, pour la même durée, les délais impartis aux créanciers parties à l'accord à peine de déchéance ou de résolution des droits afférents aux créances mentionnées par l'accord. Les coobligés et les personnes ayant consentis un cautionnement ou une garantie autonome peuvent se prévaloir des dispositions de l'accord homologué ».

Ensuite en accordant un privilège nouveau pour les créanciers parties à l'accord, selon les dispositions de l'article L. 611-11 :

« En cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire subséquente, les personnes qui avaient consenti, dans l'accord homologué mentionné au II de l'article L. 611-8, un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité sont payées, pour le montant de cet apport, par privilège avant toutes créances nées antérieurement à l'ouverture de la conciliation, selon le rang prévu au II de l'article L. 622-17 et au II de l'article L. 641-13. Dans les mêmes conditions, les personnes qui fournissent, dans l'accord homologué, un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité sont payées, pour le prix de ce bien ou de ce service, par privilège avant toutes créances nées avant l'ouverture de la conciliation.

Cette disposition ne s'applique pas aux apports consentis par les actionnaires et associés du débiteur dans le cadre d'une augmentation de capital.

Les créanciers signataires de l'accord ne peuvent bénéficier directement ou indirectement de cette disposition au titre de leurs concours antérieurs à l'ouverture de la conciliation. »

Ainsi en cas d'ouverture ultérieure d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, l'article 622-17 prévoit que ces créanciers sont payés avant les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture, mais après celles garanties par le privilège établi aux articles L. 143-10, L. 143-11, L. 742-6 et L. 751-15 du Code du travail, et celles garanties par le privilège des frais de justice.

De même, l'article L. 641-13 prévoit que ces créanciers sont payés avant les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture, mais après celles garanties par le privilège établi aux articles L. 143-10, L. 143-11, L. 742-6 et L. 751-15 du Code du travail, et celles garanties par le privilège des frais de justice.

On notera la formulation, précise, qui permet aux créanciers de bénéficier de ce privilège : il faut que l'apport en trésorerie, le nouveau bien ou service, soient consentis dans l'accord homologué. Il ne peut être antérieur ou postérieur à cet accord et doit donc y être expressément visé.

En sécurisant la période suspecte puisque désormais, selon les dispositions de l'article L. 631-8 : « Sauf cas de fraude, elle ne peut être reportée à une date antérieure à la décision définitive ayant homologué un accord amiable en application du II de l'article L. 611-8 ».

Enfin, en éliminant tout risque de responsabilité pour soutien abusif, grâce aux dispositions de l'article L. 650-1 qui prévoit : « Les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci ».

Il faut se reporter aux débats parlementaires pour bien comprendre l'étendue de cet article. Pour le rapporteur de la commission des lois du Sénat, Jean Jacques Hyest, « Un certain nombre de créanciers redoutent le soutien abusif, d'autant que la jurisprudence est très évolutive et n'est pas toujours cohérente, au point que certains refusent d'apporter un concours financier en arguant que leur responsabilité risquerait d'être mise en jeu pour soutien abusif.

Désormais, la situation sera plus claire puisque trois cas de mise en jeu de la responsabilité des créanciers sont définis : la fraude, l'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou la prise de garanties disproportionnées par rapport aux concours consentis. Voilà qui constitue une très bonne définition du soutien abusif, et il faut s'en tenir là ».

Pour le garde des Sceaux, Pascal Clément, « La mise en jeu de la responsabilité des créanciers pour soutien abusif est enfin encadrée » (séance du 30 juin 2005).

Il est intéressant de noter que cet article L. 650-1 n'est pas spécifique à l'apport de fonds de la procédure de conciliation, mais à une portée beaucoup plus générale.

IV. Statut du mandataire ad hoc, du conciliateur

A. Indépendance

L'indépendance du mandataire ad hoc et du conciliateur est renforcée. L'article L. 611-13 prévoit en effet que ces missions ne peuvent être exercées :

- par une personne ayant au cours des 24 mois précédents, perçu, à quelque titre que ce soit, directement ou indirectement, une rémunération ou un paiement de la part du débiteur ou d'une personne qui en détient le contrôle ou est contrôlée par lui au sens de l'article L. 233-16, sauf s'il s'agit d'une rémunération perçue au titre d'un mandat ad hoc ou d'une mission de règlement amiable ou de conciliation réalisée pour le même débiteur ou le même créancier.
- par un juge consulaire en fonction ou ayant quitté ses fonctions depuis moins de cinq ans.

B. Rémunération du mandataire ou du conciliateur

Celle-ci se trouve plus encadrée par le texte, puisque l'article L. 611-14 prévoit un double système de contrôle.

Avec l'accord du débiteur, le président du tribunal fixe les conditions de la rémunération lors de la désignation de l'intéressé, en fonction des diligences nécessaires à l'accomplissement de la mission.

La rémunération définitive est ensuite arrêtée par ordonnance du président à l'issue de la mission.

Le décret (article 40) indique pour sa part que les conditions de la rémunération comprennent les critères sur la base desquels elle sera arrêtée, son montant maximal — qu'il aurait été judicieux de remplacer par un montant estimé, d'autant que l'article 42 du décret organise la fixation de nouveaux montants, si les premiers semblent insuffisants — et le montant des provisions.

Christophe THÉVENOT
Administrateur judiciaire

Petites affiches

La Loi ■ Le Quotidien Juridique

RECEVEZ LE JOURNAL

> 5 FOIS PAR SEMAINE

- la doctrine, les notes et les chroniques rédigées par des universitaires de renom et les meilleurs praticiens du droit,
- l'actualité professionnelle et législative,
- les informations légales pour suivre la vie juridique des sociétés,

> les numéros spéciaux
> les dossiers de l'Europe

CONSULTEZ LES ARCHIVES EN LIGNE sur Lextenso.fr

- Menez vos recherches par mot-clé, date ou auteur directement en ligne, en bénéficiant d'un fonds documentaire réactualisé en permanence.
- Accédez sans limite aux 10 dernières années de fonds documentaire des Petites affiches et consultez les résultats de vos recherches dans nos 6 bases partenaires de référence :
 - > Gazette du Palais
 - > Répertoire Defrénois
 - > Bulletin Joly Bourse
 - > Bulletin Joly Sociétés
 - > Revue des Contrats
 - > Revue Générale du droit des Assurances.

RECHERCHER SUR LE CÉDÉROM ANNUEL

- Accédez instantanément à l'ensemble du rédactionnel des Petites affiches publié depuis 1994 de chez vous, lors de vos déplacements, sans connexion internet.
- Un mode de recherche "full-text" et une ergonomie soignée offrent un accès facile et une exploitation pratique des informations publiées.



Petites affiches - Service Diffusion 2, rue Montesquieu 75041 Paris CEDEX 01
TÉL.: 01 42 61 88 00 - FAX : 01 42 92 03 91
Email : diffusion@petites-affiches.com

1994-148 - 01/2006 ARTI DRAPH

LA PROCÉDURE DE SAUVEGARDE : LA BOÎTE À OUTILS

Une première question vient à l'esprit, à la lecture du texte : pourquoi demander la procédure de sauvegarde, alors que la conciliation est plus discrète, plus souple, dès lors qu'elle est ouverte à l'entreprise qui est en cessation des paiements comme à l'entreprise qui n'y est pas ?

Pourquoi choisir la procédure de sauvegarde, lourde, formaliste, soumise à la surveillance de contrôleurs, alors que le mandat ad hoc n'est toujours pas assorti de délais, et alors que la conciliation est protégée par la confidentialité ?

La sauvegarde pourra-t-elle être conseillée ?

Il faut éviter la langue de bois : l'entreprise qui demande l'ouverture d'une procédure de sauvegarde aura bien un passif échu et exigible : elle aura un passif social et fiscal, susceptible d'être réduit en principal par les créanciers dits « publics » ; son passif sera « gelé » par la suspension des poursuites. C'est cette suspension des poursuites qui est l'atout majeur de la sauvegarde. En outre, les comités de créanciers (organismes financiers et fournisseurs) prendront leurs décisions à la majorité, alors qu'une unanimité reste nécessaire en conciliation, même si le tribunal conserve la possibilité d'utiliser l'octroi des délais prévus par les articles 1244 et suivants du Code civil.

Comment articuler la procédure de conciliation avec la procédure de sauvegarde ?

En principe, cela n'est pas possible, lorsqu'un accord a été homologué. La procédure de sauvegarde met fin de plein droit à l'accord, qu'il ait été constaté ou homologué (article L. 611-12). Mais, pour autant, la sauvegarde peut être ouverte après un mandat ad hoc ou une conciliation. L'article L. 621-1 prévoit en effet que dans cette hypothèse, si la prévention a été ouverte moins de 18 mois auparavant, la présence du ministère public sera obligatoire.

Il faut donc penser que la sauvegarde reste possible dans l'hypothèse où l'accord aura été exécuté, ou s'il est en cours d'exécution, avant la constatation de son échec.

Dans ce second cas, l'accord prendra fin, et une renégociation devrait être possible. Il faudrait imaginer une dégradation de la situation de l'entreprise et/ou de la conjoncture, et en tout cas un événement nouveau qui obère la capacité de remboursement prévue, sans pour autant affecter la pérennité de l'entreprise.

Comment l'État va-t-il être amené à consentir des abandons de créance en principal ?

Le dirigeant va sans doute s'imaginer — surtout lorsque son passif social et fiscal est élevé — que la sauvegarde est un outil destiné à éliminer son passif, en l'adaptant à sa capacité de remboursement prévisionnelle. La situation réelle sera sans doute plus complexe.

L'article L. 626-6 prévoit certes une remise de tout ou partie de ses dettes au débiteur. Mais que se passera-t-il lorsque l'État sera l'unique créancier significatif ? Cela peut se produire. Dans ce cas, comment l'État pourra-t-il prendre une décision « concomitamment à l'effort consenti par d'autres créanciers » ?

Il suffira sans doute que quelques créanciers chirographaires prennent la décision de consentir un abandon de créance. D'autre part, l'effort des créanciers « étatiques » devra être consenti « dans des conditions similaires à celles que lui octroierait, dans des conditions normales de marché, un opérateur économique privé placé dans la même situation ».

La loi n'exige aucun seuil significatif au niveau du nombre des créanciers privés ou sur la proportion ou la valeur des créances qu'ils détiennent. Il est en effet préférable d'éviter des règles trop contraignantes sur ce point, car la souplesse doit prévaloir devant des entreprises qui se trouvent dans des situations nécessairement très différentes.

Ainsi, devant un exemple d'abandon de créance par un créancier privé, l'État devrait pouvoir accepter un abandon de créance. Mais, si l'État disposera de la faculté de le faire, il n'en aura pas l'obligation. Il est permis de penser que la capacité de remboursement devra être validée et significative, l'abandon partiel de créance étant motivé par le renforcement des chances de percevoir le solde de la créance.

La préservation de l'emploi, l'intérêt économique et la place de l'entreprise sur le marché, la préservation d'intérêts français joueront sans doute un rôle. Les affaires Sanofi / Aventis et Danone / Pepsico montrent des exemples de l'attitude du gouvernement français, même si celle-ci peut parfois paraître étonnante dans un contexte de liberté organisée...

Le non-respect des engagements prévus au plan sonne-t-il le glas du plan de sauvegarde ?

Pas obligatoirement. En effet, l'article L. 626-27 prévoit expressément l'hypothèse selon laquelle le débiteur ne paye pas les dividendes, alors que le tribunal n'a pas prononcé la résolution du plan. De surcroît, le tribunal a la faculté, en cas de non-respect des engagements prévus au plan, de ne pas en décider la résolution. Dans ce cas, le commissaire à l'exécution du plan va procéder au recouvrement des dividendes.

La loi permet donc ce non-paiement, l'octroi de délais de fait, et elle permet de considérer que ce non-paiement de dividendes peut ne pas constituer un état de cessation des paiements. Lorsque cette dernière est constatée, il n'y a pas d'autre issue que la liquidation judiciaire.

Il serait donc possible d'envisager une hypothèse selon laquelle le tribunal ne prononcerait pas la résolution, le commissaire à l'exécution du plan engageant une procédure pour recouvrer les dividendes, ce qui revient à laisser une nouvelle chance au débiteur de faire face à ses engagements.

Il paraît probable qu'un débat va s'ouvrir, sur la possibilité de permettre une procédure de redressement judiciaire, lorsque les engagements prévus au plan sont respectés, dans l'hypothèse de la création d'un nouveau passif. En l'état, il apparaît clairement que la

résolution du plan (article L. 626-27) signifie la liquidation judiciaire (article 159 du décret du 28 décembre 2005).

Il sera en outre envisagé la possibilité de demander l'ouverture d'une procédure de sauvegarde lorsque les prévisions feront apparaître une impasse de trésorerie qui permettra le paiement du passif courant, mais non de celui qui aura été moratorisé par les accords.

La place nous manque ici pour développer ces hypothèses, mais il paraît raisonnable de parier que ces questions seront soumises à l'examen des juges.

Pour notre part, la souplesse et le réalisme nous semblent nécessaires, et le législateur a tracé un cadre que le décret du 28 décembre 2005, pourtant copieux (364 articles), n'a pas rigidifié à l'excès.

Les situations des entreprises sont diverses, et il importe que les acteurs crédibles de la procédure de sauvegarde disposent d'une marge de manœuvre et d'outils efficaces.

Georges TBOUL
Avocat à la Cour



www.lextenso.fr

La mémoire
des
Petites Affiches

Vous êtes abonné aux Petites Affiches ?

Bonne nouvelle ! A partir d'aujourd'hui, plus besoin de plonger dans les tables du journal pour retrouver l'information que vous recherchez.

LEXTENSO vous permet d'appeler à l'écran **toutes les informations publiées** dans les Petites Affiches depuis janvier 1995.

Il vous suffit de saisir le mot-clé de votre recherche et **la liste des solutions** s'affiche instantanément pour les Petites Affiches et toutes les autres publications associées à LEXTENSO : le Bulletin Joly, la Gazette

du Palais, le Répertoire Defrénois, la Revue des Contrats et la Revue Générale du droit des Assurances.

Pour en savoir plus, cliquez et visualisez les thèmes des articles de votre sélection.

Pour tout savoir, choisissez sur le site un accès au texte intégral des articles, sur abonnement (48 € HT annuel pour la base Petites Affiches) ou en consultation au document.

A très bientôt sur
www.lextenso.fr !



APERÇU DE LA PROCÉDURE DE SAUVEGARDE À L'USAGE DU CHEF D'ENTREPRISE

Procédure « hybride », originale car elle constitue une « procédure de prévention judiciaire », la procédure de sauvegarde des entreprises est la principale innovation de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005.

Que change-t-elle pour le chef d'entreprise ? Pourquoi et comment recourir à la sauvegarde plutôt qu'à la conciliation ou au redressement judiciaire ? Autant de questions pratiques abordées dans cet article destiné avant tout au chef d'entreprise.

Empruntant les techniques du redressement judiciaire, la procédure de sauvegarde n'en demeure pas moins un **redressement judiciaire sans cessation des paiements**. L'intérêt de cette procédure réside dans son caractère préventif marqué. Elle est destinée à faire comprendre au chef d'entreprise que le tribunal n'est pas seulement un lieu de sanction mais peut être aussi un lien de prévention.

Elle tente d'établir un nouveau rapport de forces entre un débiteur et ses créanciers, en plaçant le débiteur, à son initiative, sous la protection du tribunal et de son bras armé, l'administrateur judiciaire. C'est à ce dernier qu'il appartient de 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.

Dans le cadre de la présente étude, nous avons essayé d'aborder les principales questions qui peuvent se poser à un chef d'entreprise désirant recourir à la procédure de la sauvegarde. Il s'agit donc d'une analyse orientée qui ne prétend pas à l'exhaustivité. Il est recommandé de compléter cette lecture par celle de l'article consacré au sort des créanciers.

I. Ouverture de la procédure

A. Qui peut se placer sous sauvegarde ?

1. Condition portant sur la qualité professionnelle

L'article L. 620-1 reprend, pour l'essentiel, l'ancien article 2 de la loi du 25 janvier 1985 qui s'appliquait au redressement judiciaire. Toutefois, la loi de sauvegarde innove en étendant la possibilité de recourir à une telle procédure à des personnes qui n'étaient pas concernées jusqu'à présent. Ainsi, la loi ouvre-t-elle la procédure de sauvegarde (comme celle de redressement ou de liquidation judiciaire), à « toute personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé ».

Sont donc concernés :

- les agriculteurs ;
- les commerçants exerçant à titre individuel ;
- toutes les personnes morales de droit privé que l'activité soit civile (SCI, SCP) ou commerciale (SA, SARL, SAS, etc.), y compris les SEM (société d'économie mixte) ou les associations dès lors qu'elles exercent une activité professionnelle indépendante ;

— toute personne immatriculée au répertoire des métiers.

La condition concernant la qualité professionnelle du débiteur n'a plus besoin d'être respectée dans l'hypothèse d'une extension de la procédure en cas de confusion des patrimoines ou de fictivité de la personne morale (1).

2. Virginité procédurale et successions de procédures

L'alinéa 2 de l'article L. 620-2 interdit l'ouverture d'une procédure de sauvegarde tant qu'un plan (de sauvegarde, de continuation ou de cession) n'est pas terminé ou tant qu'une procédure de liquidation n'a pas été clôturée.

En revanche, il n'est pas interdit d'ouvrir une procédure de sauvegarde après un mandat ad hoc, voire après une conciliation.

Dans la phase de préparation du plan de sauvegarde et compte tenu tout à la fois de la technicité de la négociation et des délais très courts, il est prévisible qu'une procédure de sauvegarde sera souvent précédée par un mandat ad hoc.

À la lecture des textes et sous réserve des pouvoirs d'appréciation des tribunaux de commerce, il est possible qu'une entreprise se place sous mandat ad hoc pendant six mois, puis en conciliation pendant quatre mois, puis, en raison de difficultés rencontrées dans l'exécution de l'accord homologué, décide de solliciter une procédure de sauvegarde qui bout à bout peut durer au maximum 18 mois. Ainsi, une entreprise, à condition de ne pas être en cessation des paiements, peut-elle se placer en « apnée » financière pendant plus de 28 mois, sous réserve que ses partenaires aient encore confiance dans ses facultés de restructuration ou de redressement.

B. Quand se placer en sauvegarde ?

1. Lorsque l'on n'est pas en état de cessation

La procédure de sauvegarde est souvent présentée comme une procédure de redressement judiciaire anticipée. En effet, si le tribunal décide d'ouvrir une telle procédure, le jugement d'ouverture entraîne les mêmes conséquences qu'en présence d'un redressement judiciaire : interdiction des paiements des créances antérieures au

(1) C. com., art. L. 621-2.

jugement d'ouverture (2), suspension des poursuites individuelles (3), continuation des contrats en cours (4), élaboration d'un plan non plus de redressement mais de sauvegarde destiné « à faciliter la réorganisation de l'entreprise », etc.

Les principales différences résident dans la répartition des pouvoirs entre le débiteur et l'administrateur judiciaire durant la période d'observation, la sauvegarde ne prévoyant pas à proprement parler un dessaisissement ; et dans le rôle limité du tribunal lors de l'approbation du plan de sauvegarde, les comités des créanciers étant appelés à jouer un rôle déterminant dans l'élaboration et l'adoption du plan.

Toute la difficulté réside toujours dans la difficile question : être ou ne pas être en état de cessation des paiements. En effet, la première condition négative que le tribunal devra vérifier sera que le débiteur n'est pas en état de cessation des paiements. C'est ce qui explique les nombreux documents comptables et financiers que l'article 50 du décret du 28 décembre 2005 prévoit de joindre à la demande d'ouverture : comptes annuels du dernier exercice, situation de trésorerie datant de moins de huit jours, compte de résultat prévisionnel, état chiffré des créances et des dettes et identification des créanciers, état actif et passif des sûretés et des engagements hors bilan.

Ces divers documents doivent permettre ensuite au tribunal de vérifier si les conditions fixées par l'article L. 620-1 du Code de commerce sont respectées. En effet, la procédure est ouverte sur demande du débiteur (cf. D 1) qui « justifie de difficultés, qu'il n'est pas en mesure de surmonter, de nature à le conduire à la cessation des paiements ».

Outre la condition négative, il y a donc trois conditions positives :

- la justification de difficultés (a) ;
- l'impossibilité de les surmonter (b) ;
- ce qui devrait le conduire à la cessation des paiements (c).

Compte tenu de la nature particulière de cette procédure et des effets anticoncurrentiels qu'elle peut générer, l'article L. 622-12 prévoit que « lorsque les difficultés qui ont justifié l'ouverture de la procédure ont disparu, le tribunal y met fin à la demande du débiteur ». La loi ne prévoit aucune sanction pour le débiteur qui tarderait à tirer toutes les conséquences de la disparition des difficultés. Ce risque peut paraître théorique tellement les délais de prise de décisions sont courts.

2. Lorsque l'entreprise justifie « des difficultés »

a) Nature des difficultés

Contrairement à l'article L. 611-4 du Code de commerce, l'article L. 620-1 ne précise pas quelles sont les difficultés susceptibles d'être

prises en compte par le juge. On ne peut qu'approuver l'analyse du professeur Voinot qui considère que ce critère légal est « assez vague » voire « mystérieux ». Les travaux parlementaires sont peu éclairants à ce sujet (lors de la séance du 30 juin 2005, le sénateur Jean-Jacques Hysté évoqua la perte du principal client d'une entreprise).

Il convient de souligner que le législateur a usé d'un pluriel qui permet d'opposer la procédure de sauvegarde à la conciliation. Autrement dit, si l'entreprise n'éprouve qu'une difficulté, elle devrait plutôt recourir à la conciliation, mais si elle justifie de plusieurs difficultés, la procédure de sauvegarde pourrait lui être ouverte.

On peut d'ores et déjà s'inspirer de la liste figurant pour la conciliation, pour considérer que les difficultés « juridiques, économiques ou financières » peuvent entrer en ligne de compte dès lors qu'elles peuvent avoir un impact sur les intérêts patrimoniaux du débiteur. Dans le dossier Eurotunnel, il est de notoriété publique que la société ne devrait pas pouvoir faire face aux échéances de ces prêts à l'horizon de juin 2006. Ces difficultés financières (endettement excessif et exploitation à réorganiser) devraient permettre le cas échéant de recourir à la procédure de sauvegarde. Mais les dirigeants actuels y veilleront à deux fois car la loi de sauvegarde autorise le tribunal, à la demande du ministère public, à remplacer les dirigeants « lorsque la sauvegarde de l'entreprise le requiert » (5).

On doit pouvoir compléter cette énumération notamment par des difficultés sociales ou environnementales. Les grèves de la SNCF devraient constituer des difficultés sociales pouvant conduire à la cessation des paiements. Mais rien n'empêchera un tribunal de considérer que la direction de l'entreprise ne veut pas négocier et cherche à enliser le conflit social pour mieux se placer sous protection judiciaire. Quant aux difficultés environnementales, il pourrait être facile — voire tentant — pour une entreprise responsable d'un sinistre environnemental (déversement de produits toxiques dans une rivière...) ou anticipant sur des coûts structurels importants (nécessité de changer les équipements d'une centrale nucléaire lorsque EDF sera complètement privatisée) de recourir à la procédure de sauvegarde. Dans sa grande sagesse, le législateur a prévu de limiter le recours à la sauvegarde à une entreprise qui est « dans l'impossibilité de surmonter ses difficultés » (cf. *infra*).

Toutefois, il n'en reste pas moins vrai que les tribunaux devront prendre garde de ne pas faire supporter à la collectivité la charge pesant sur l'entreprise que ce soit un plan social présenté comme indispensable à sa survie ou le coût environnemental d'une remise en état après une catastrophe industrielle (AZF, Érika ou autres).

Enfin, notamment le risque d'un procès ruineux peut être source de difficultés financières, cela s'est déjà vu aux États-Unis dans le cadre

[2] C. com., art. L. 622-7.

[3] C. com., art. L. 622-28.

[4] C. com., art. L. 622-13.

[5] C. com., art. L. 626-4.

des procès en indemnisation des victimes de l'amiante (6) et cela pourrait se voir, sous réserve de l'application des règles spécifiques aux compagnies d'assurance, dans le cadre du dossier Aviva (7). Là encore, il conviendra de pondérer les difficultés par l'impossibilité de les surmonter.

b) Distinction entre la sauvegarde et la conciliation

La première distinction est évidente : dans la conciliation, la procédure peut être ouverte alors même que le débiteur est en cessation des paiements depuis moins de 45 jours (8). En revanche, dans le cadre de la sauvegarde, la procédure ne peut être ouverte que si le débiteur démontre qu'il n'est pas en état de cessation des paiements et qu'il le demeure durant toute la procédure (9).

Par ailleurs, l'article L. 611-4 précise que la conciliation peut être ouverte si le débiteur « **éprouve** une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible ». En revanche, l'article L. 620-1 réserve la sauvegarde au débiteur « qui **justifie** de difficultés, qu'il n'est pas en mesure de surmonter, de nature à le conduire à la cessation des paiements ». Les verbes ont ici toute leur importance. Selon nous, la sauvegarde doit intervenir en amont de la conciliation. En effet, dans la conciliation, les difficultés sont actuelles (et parfois ont déjà conduit à la cessation des paiements), c'est le sens qu'il faut donner au verbe « éprouver » (10). Dans la sauvegarde, il suffit de justifier des difficultés, « faire qu'une chose soit légitime, fondée en raison » (Littre). C'est-à-dire qu'il s'agit d'une anticipation, d'une analyse d'événements futurs qui sur la base d'un raisonnement permet de légitimer ou non la protection judiciaire. C'est la raison pour laquelle la comptabilité joue un grand rôle pour la sauvegarde. Le juge qui ouvre la procédure doit vérifier sur des documents probants que les difficultés sont susceptibles d'exister et de conduire le débiteur à la cessation des paiements. Si les éléments communiqués sont insuffisants, le tribunal peut également désigner un juge enquêteur.

3. Impossibilité de surmonter « les difficultés »

Les avantages de la procédure de sauvegarde sont nombreux tant pour l'entreprise que pour ses cautions. La simple existence de difficultés ne peut suffire pour justifier ces avantages, notamment eu égard aux effets anticoncurrentiels qu'ils génèrent (on se souvient des commentaires des compagnies aériennes européennes qui, dans les années 1980, devaient subir la concurrence de la PAN AM, placée sous « *chapter eleven* » lui permettant de ne pas payer ses créanciers antérieurs et de proposer des prix bradés pour se relancer).

C'est pourquoi, la commission des lois du Sénat insiste en précisant qu'« il semble indispensable que le débiteur soit, à tout le moins, dans une situation suffisamment difficile pour que, si aucune mesure de protection judiciaire n'était prise, il se trouve rapidement face à une panne de trésorerie qui caractérise la cessation des paiements ». Là encore, il appartiendra au tribunal d'apprécier cette situation au vu des documents comptables et financiers que le débiteur doit joindre à sa demande. Il est à craindre des disparités d'appréciation entre les différentes juridictions consulaires. Pour éviter des situations trop divergentes entre les tribunaux, il pourrait être proposé que la Conférence générale des tribunaux de commerce unifie son point de vue. Par exemple, le caractère insurmontable des difficultés serait avéré lorsque l'état de cessation des paiements ne pourrait pas être surmonté aux termes de la période d'observation suivant l'ouverture de la procédure, soit six mois.

4. Risque de survenance de la cessation des paiements

L'existence de difficultés et l'impossibilité de les surmonter ne sont pas suffisantes. De manière surabondante, la législateur a souhaité qu'il existe un risque de survenance de la cessation des paiements. À l'initiative de la commission des lois du Sénat, l'expression « difficultés susceptibles de conduire à la cessation des paiements » a été remplacée par « de nature à le conduire ». Cette expression est destinée à éviter les « effets d'aubaine » et place le tribunal dans l'obligation d'apprécier objectivement la situation. Cela permettra encore une fois de trier entre les entreprises.

C. Pourquoi se placer sous sauvegarde ?

L'influence américaine du « *chapter eleven* » est ici encore évidente. La procédure vise la « *reorganization* » de l'entreprise. Il s'agit de profiter de la procédure pour restructurer l'entreprise, abandonner les activités non stratégiques ou non rentables, se concentrer sur le « *bard-core* » (le cœur de métier) ou se rapprocher d'autres entreprises.

La loi maintient que la finalité de la réorganisation demeure, comme pour le redressement judiciaire, la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi, et l'apurement du passif.

L'avantage pour le chef d'entreprise est double : réorganiser son entreprise en accord avec ses principaux créanciers et avec la bénédiction du tribunal et protéger son patrimoine personnel car, en sa qualité de caution, il pourra se prévaloir des dispositions du plan de sauvegarde (ce qu'il ne pourrait pas faire en présence d'un plan

(6) M. Tanger, *La faillite en droit fédéral des États-Unis*, Économica, 2002, préf. J. Larrieu, p. 101.

(7) A. Phalippou, *L'incroyable bévue des assurances Aviva*, Capital, décembre 2005, p. 42 : un septuagénaire a placé 1 million d'euros en 1987 et il pourrait toucher 1 milliard d'euros (!) en raison d'une « clause d'arbitrage à cours connus » contenue dans les contrats.

(8) Art. L. 611-4 in fine.

(9) X. de Roux, p. 190 « La sauvegarde ne peut, a contrario, être demandée, et maintenue, que pour autant que n'est pas apparue une cessation des paiements, faute de quoi elle est automatiquement convertie par le tribunal en redressement, avec ses spécificités ».

(10) C'est le sens 6° (ressentir) et 7° (subir) du Littré.

de continuation). Au surplus, si la sauvegarde réussit, il ne peut plus faire l'objet de poursuites personnelles.

Ainsi, le législateur a souhaité que la procédure la plus en amont possible de la cessation des paiements bénéficie à tous les partenaires de l'entreprise.

D. Saisine du tribunal

1. Principe : droit réservé au débiteur

L'article L. 620-1 semble limiter la possibilité de saisine au seul « débiteur mentionné à l'article L. 620-2 » et au dirigeant social de ce dernier s'il s'agit d'une personne morale.

La doctrine est unanime sur l'interprétation à donner : la sauvegarde est une procédure volontaire pour ne pas dire volontariste. Le chef d'entreprise est « appâté » par les avantages dont il peut bénéficier notamment en ce qui concerne ses engagements de caution.

2. Proposition pour un aménagement jurisprudentiel du principe

Pour autant, des événements récents (les affaires Metaleurop ou Charles Jourdain) démontrent qu'il peut exister un hiatus entre l'intérêt de la personne morale et celui de son actionnaire majoritaire ou de ses dirigeants.

Ainsi, sans que cela soit pour autant constitutif d'un abus de biens sociaux ou d'un détournement d'actifs, des partenaires du « débiteur » peuvent avoir l'impression qu'ils sont un peu facilement sacrifiés. On pense bien évidemment aux salariés mais également à certains créanciers.

Ne pourrait-on pas imaginer qu'à la demande des salariés ou d'un créancier important, qui souhaitent sauvegarder l'entreprise, un tiers intéressé saisisse le président du tribunal de commerce en référé afin qu'il désigne un administrateur ad hoc chargé de protéger l'intérêt social contre l'intérêt des majoritaires et/ou des dirigeants. Cet administrateur ad hoc aurait également pour mission de vérifier l'opportunité de se placer sous procédure de sauvegarde.

On peut citer un arrêt de la Cour d'appel de Paris (11) en faveur d'une telle analyse. La Cour d'appel avait considéré que « la désignation d'un administrateur provisoire à l'initiative d'un créancier de la société en commandite simple est possible lorsque le non-remboursement du crédit-relais par le dirigeant social entraîne des obligations à la charge de cette société susceptibles d'être aggravées et de mettre ses intérêts en péril sans le contrôle des agissements de son dirigeant et ce au-delà du seul intérêt personnel du créancier à préserver ses droits ».

Cette solution serait d'autant plus la bienvenue, qu'elle respecte le principe du contradictoire : le dirigeant peut justifier sa position au moment de la désignation de l'administrateur ad hoc et le tribunal

reste libre d'accepter ou pas la demande d'ouverture d'une procédure de sauvegarde. À charge pour les juridictions consulaires de concilier la protection de l'intérêt général et le principe général de non-immixtion dans la gestion d'une entreprise.

II. Le déroulement de la procédure

Le législateur a prévu un savant mélange entre les techniques contractuelles issues de la pratique du mandat ad hoc, au travers de la création des comités des créanciers et des techniques plus classiques issues du redressement judiciaire en tenant compte de la spécificité de cette procédure : l'entreprise n'est pas en état de cessation des paiements.

La durée de la période d'observation est fixée à six mois, cette période pouvant être renouvelée une fois par décision motivée, à la demande de l'administrateur judiciaire, du dirigeant ou du ministère public. Elle peut être exceptionnellement prolongée pour une durée maximale de six mois à la demande du procureur de la République (12). On peut s'étonner de la durée de la période d'observation lorsqu'on la compare aux délais laissés aux comités des créanciers pour examiner le plan.

A. La répartition des pouvoirs entre le dirigeant et l'administrateur judiciaire

L'entreprise n'étant pas en cessation des paiements, la loi prévoit que le dirigeant ne peut être dessaisi de ses pouvoirs de gestion et elle l'affirme dans l'article L. 622-1. « L'administration de l'entreprise est assurée par son dirigeant ».

L'alinéa 2 du même article prévoit que l'administrateur se verra confier une mission de surveillance ou d'assistance du dirigeant. La loi ne prévoit aucune mission de représentation qui aurait eu pour conséquence de dessaisir le chef d'entreprise comme c'est, parfois, le cas dans le cadre du redressement judiciaire. Les autres dispositions de la loi rappellent que les actes de gestion courante qu'accomplit seul le débiteur sont réputés valables à l'égard des tiers de bonne foi (article L. 622-3) et précisent dans les articles L. 622-13 à L. 622-15, les conditions dans lesquelles l'administrateur judiciaire peut rompre un contrat en cours et le sort des indemnités de rupture.

L'innovation de la loi est le rôle prépondérant accordé à l'administrateur judiciaire dans la convocation et la consultation des comités de créanciers, ce point sera évoqué ultérieurement.

L'administrateur judiciaire doit dresser un bilan économique, social et environnemental avec le concours du dirigeant et l'assistance éventuelle d'experts (art. L. 623-1).

C'est au vu de ce bilan que l'administrateur judiciaire propose un plan de sauvegarde.

(11) CA Paris, 1^{er} ch. sect. urg., 28 mai 1993, Société en commandite simple Léo Rozentalis et Cie c/ Banque La Hélin, Bull. Joly, 1993, § 329, p. 1119, note P. Le Cannu.

(12) Art. L. 621-3 et 64 du décret.

B. La préparation du plan

C'est dans la préparation du plan que va s'exprimer pleinement la finalité de la loi de sauvegarde : c'est une loi destinée à prévenir les difficultés et à les résoudre avant l'arrivée de l'état de cessation de paiements.

Pour atteindre ce but, la loi organise, favorise et renforce les techniques de négociation par l'instauration des comités de créanciers.

Les articles L. 626-29 du Code de commerce et 162 du décret déterminent les seuils d'application de ces comités de créanciers à savoir cent cinquante salariés et vingt millions d'euros de chiffre d'affaires.

En deçà de ces seuils ces comités peuvent être réunis, à la demande du dirigeant ou de l'administrateur judiciaire, sur autorisation du juge-commissaire (art. L. 626-29).

La loi prévoit dans l'article L. 626-30 deux comités de créanciers : un pour les établissements de crédits et un pour les principaux fournisseurs.

La procédure de création et de consultation de ces comités est rapide ce qui induira l'élaboration, quasiment dès l'ouverture du redressement judiciaire, du projet de plan de redressement qui sera soumis aux créanciers.

L'article L. 626-30 prévoit que l'administrateur judiciaire réunit ces deux comités dans un délai de trente jours à compter du jugement d'ouverture de la procédure.

Les propositions en vue de l'élaboration du projet de plan doivent être présentées par l'administrateur judiciaire ou le dirigeant dans un délai de deux mois à partir de leur constitution.

Ce délai peut être renouvelé une fois par le juge-commissaire.

Les comités, après négociations, doivent se prononcer au plus tard dans un délai de trente jours à compter de la transmission des propositions à la majorité des deux tiers de leurs membres.

Un des intérêts majeurs de la procédure de sauvegarde réside dans le fait que les accords obtenus avec les comités ne sont pas soumis à la limitation de dix ans pour la durée des plans de remboursement ni aux dispositions régissant le montant minimal de chaque échéance tel que prévu à l'article L. 626-18.

De même, nouvelle innovation importante, l'article L. 626-6 permet aux organismes sociaux et fiscaux de consentir soit des remises de dettes, soit des abandons d'intérêts de retard, majorations, pénalités ou amendes. Il est également prévu la possibilité de cession de rang de privilèges ou d'hypothèques ou l'abandon de ces sûretés (13).

La loi a instauré un garde-fou pour protéger les intérêts des créanciers qui ne font pas partie des comités de créanciers en prévoyant dans l'article L. 626-31 un contrôle pour le tribunal.

La rapidité voulue par le législateur renvoie aux délais très courts également prévus dans l'autre technique de prévention des difficultés que constitue la conciliation.

L'on peut donc s'interroger sur l'utilité, pour la préparation et le choix de la meilleure technique de prévention et résolution des difficultés des entreprises, de considérer la procédure de mandat ad hoc comme un tronc commun aux deux procédures de prévention que sont la conciliation et la loi de sauvegarde.

Pourquoi en effet ne pas déclencher préalablement, à condition que l'entreprise ne soit pas en état de cessation des paiements, un mandat ad hoc qui permettra de diagnostiquer l'origine des difficultés et des conditions nécessaires à leur résolution ?

Cette première phase permettrait, en fonction des délais d'apurement nécessaires, de choisir, de façon plus éclairée, la meilleure technique possible d'homologation d'un accord, la conciliation ou la loi de sauvegarde.

Le projet de plan ainsi soumis aux créanciers ne peut être qu'un plan de continuation qui comporte, s'il y a lieu adjonction ou cession d'une ou plusieurs activités (14).

L'article L. 626-18 détermine, à minima, le montant des échéances du plan en précisant qu'au-delà de la deuxième année le montant de chaque annuité ne peut être inférieur à 5 % du passif admis (sauf pour les exploitations agricoles).

C. L'homologation du plan et ses conséquences

Les techniques d'homologation du plan sont les mêmes que dans le cadre d'un redressement judiciaire.

L'homologation se fera par un jugement qui « arrête » les dispositions du plan.

La loi précise (15) que les débats devront avoir lieu en présence du ministère public pour les entreprises réalisant un chiffre d'affaires hors taxes de 3.000.000 euros et dont le nombre de salariés est de vingt.

Une des nouveautés importantes pour les chefs d'entreprise est que les personnes physiques coobligées ayant consenti un cautionnement ou une garantie autonome peuvent se prévaloir des dispositions du plan (art. L. 626-11).

Le tribunal va donner acte aux créanciers des remises consenties et des délais accordés tout en rappelant que pour les autres créanciers

[13] Toutefois, le décret du 28 décembre 2005 est muet sur l'application de cet article. Il faut attendre la publication du décret en cours de rédaction à Bercy. Une publication au premier semestre 2006 est annoncée.

[14] Art. L. 626-1 et L. 626-2.

[15] C. com., art. L. 626-9 et 135 du décret.

le plan doit prévoir, au-delà de la deuxième annuité, que les échéances annuelles ne pourront être inférieures à 5 % du passif admis (art. L. 628-18).

De même la loi prévoit que le tribunal fixe les modalités du paiement des dividendes arrêtés par le plan.

Afin de fixer les modalités pratiques de règlement, l'article L. 626-21 prévoit que les dividendes soient payés entre les mains du commissaire à l'exécution du plan qui procède à leur répartition.

Le tribunal peut charger l'administrateur d'effectuer les actes nécessaires à la mise en œuvre du plan.

Une disposition de la loi devra attirer l'attention des dirigeants, même si elle a vocation à n'être utilisée que de façon exceptionnelle, c'est celle qui est prévue à l'article L. 626-4. Cet article donne le pouvoir au ministère public lors de l'adoption du plan et lorsque la sauvegarde de l'entreprise le requiert, de solliciter la cession des parts sociales, titre de capital ou valeur mobilière donnant accès au capital détenu par les dirigeants.

Cette disposition, qui ne s'applique pas aux professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire, réintroduit dans le plan de sauvegarde l'équivalent du plan de cession prévu autrefois dans le redressement judiciaire, avec la particularité de permettre également l'apurement du passif de la société à travers le plan de sauvegarde homologué.

La loi tente de régler l'épineux problème du délai dans lequel les dettes nées de la période d'observation peuvent conserver leur privilège en instaurant dans l'article L. 622-17 alinéa IV un délai d'un an, à compter de la fin de la période d'observation, pour porter à la connaissance des organes de la procédure l'existence de ces dettes. Au-delà de ce délai ces créances perdent leur privilège.

D. L'échec du plan

Le dirigeant devra avoir présent à l'esprit, lors de l'élaboration du plan de sauvegarde, que son échec pourra avoir des conséquences graves pour l'entreprise.

La loi a prévu toutefois que le non-paiement des dividendes, à condition que le tribunal n'ait pas prononcé la résolution du plan, donnera pouvoir au commissaire à l'exécution du plan de procéder à leur recouvrement.

À défaut de régularisation, lorsque le tribunal constatera la cessation de paiement de l'entreprise, il prononcera la résolution du plan et l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire.

En guise de conclusion

Si la procédure de sauvegarde constitue bel et bien une procédure préventive très en amont de l'état de cessation des paiements, l'inexécution du plan n'ouvre pas droit à une « seconde chance ». En effet, l'échec conduira à la liquidation judiciaire sans passer par un redressement judiciaire (16).

En l'état actuel des textes, la loi de sauvegarde entre-t-elle dans les procédures d'insolvabilité instaurant une reconnaissance de plein droit dans tous les États de l'Union européenne (sauf le Danemark) en application du règlement insolvabilité (17) ? Rien n'est moins sûr. En effet, l'article 1.1 du règlement insolvabilité énonce que « le présent règlement s'applique aux procédures collectives fondées sur l'insolvabilité du débiteur qui entraînent le dessaisissement partiel ou total de ce débiteur ainsi que la désignation d'un syndic ». Or dans le cadre d'une procédure de sauvegarde, l'insolvabilité du débiteur n'est pas avérée car il n'est pas, par hypothèse, en état de cessation des paiements. De plus, il n'est prévu aucun dessaisissement partiel ou total du débiteur tant il est vrai que « l'administration de l'entreprise est assurée par son dirigeant ». Toutefois, l'article 2 du règlement fait référence à une liste des procédures applicables en annexe du règlement. Cette liste peut être modifiée par les États signataires. Or il convient de relever que figurent dans cette liste des procédures préventives qui semblent reprendre certaines dispositions de la loi de sauvegarde. Des voix se sont donc élevées pour réclamer l'inscription de la loi de sauvegarde dans l'annexe A du règlement afin d'éviter le *forum shopping* bénéficiant notamment aux juridictions britanniques (18) (cf. l'affaire Rover SA).

La procédure de sauvegarde est une procédure d'une grande technicité qui ne trouvera son point d'équilibre que lorsque la jurisprudence aura répondu aux nombreuses questions que ce texte complexe ne manquera pas de soulever dans la pratique.

Mais, le chef d'entreprise doit garder à l'esprit que la procédure de sauvegarde s'intègre dans un mécanisme cohérent de prévention et trouvera toute sa place entre le mandat ad hoc et la conciliation.

Christian CAVIGLIOLI
Administrateur judiciaire (Toulouse)

Christophe LÉGUEVAQUES
Docteur en droit
Avocat au Barreau de Paris
cLé réseau d'avocats

[16] C. com., art. L. 626-271.

[17] Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, JO n° L. 160 du 30 juin 2000, p. 1.

[18] G. Brémond, Règlement européen sur l'insolvabilité : l'inscription à l'annexe B (procédures secondaires) du redressement judiciaire permettrait de lutter contre le forum shopping, LPA 2005, n° 247.

LA DISCRIMINATION DE LA DÉDUCTIBILITÉ FISCALE DES ABANDONS DE CRÉANCES

Constatant que si la prévention et la conciliation deviennent des outils adaptés à la sauvegarde des entreprises et, partant de l'idée que la procédure judiciaire n'est pas le seul moyen de traitement des difficultés des entreprises, dans la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 (JO du 27 juillet 2005), le législateur a compris que c'est le débiteur qui est à même d'apprécier la procédure adaptée à sa situation plutôt que tel organe judiciaire ou juridictionnel. Si la philosophie générale du nouveau texte est de renvoyer à leur responsabilité le débiteur et ses créanciers afin d'éviter une judiciarisation accrue des procédures collectives, il devenait indispensable d'intégrer des ingrédients économiques et fiscaux favorisant le traitement de la ou des difficulté(s) des entreprises. Or nous constatons que si le législateur a pris une mesure de droit pour la déductibilité fiscale des abandons de créances, il paraît avoir fait une distinction, d'une part, entre les abandons de créances à caractère commercial et ceux à caractère financier et, d'autre part, entre la procédure de conciliation et celle de sauvegarde ou de redressement judiciaire.

Le législateur a inséré au 1 de l'article 39 du Code général des impôts qui énumère les charges déductibles pour la détermination du bénéfice net de l'entreprise, un alinéa complémentaire qui admet en tant que charges : « Les abandons de créances à caractère commercial consentis ou supportés dans le cadre d'un plan de sauvegarde ou de redressement ».

À la lecture de cet alinéa, nous regrettons que le législateur ait exclu, de plein droit, les abandons de créances « à caractère financier », lesquels sont habituellement consentis par la holding financière de l'entreprise ainsi que par les établissements financiers. Nous regrettons également qu'il ait limité le périmètre des procédures au plan de sauvegarde ou de redressement, alors que le gouvernement a exprimé hautement et clairement que par la loi de sauvegarde, les chefs d'entreprises vont pouvoir exercer les choix qui leur sont désormais ouverts.

Lorsqu'une remise de dette, un abandon de créance ou une aide, est consentie dans un intérêt commercial, sur le plan fiscal, la perte résultant pour le créancier est déductible de ses résultats imposables, si cet acte relève d'une gestion normale. De nombreux arrêts du Conseil d'État se sont prononcés sur cette question et le caractère commercial est reconnu lorsque l'aide, la subvention ou l'abandon, a pour but de sauvegarder un marché ou la continuation d'une opération conditionnant une part importante du chiffre d'affaires (1) (2). Sous l'empire d'une instruction administrative du 22 août 1983 (3), il demeurait admis que les remises concordataires constituaient des abandons de créances déductibles chez le créancier (loi du 13 juillet 1967).

Ce principe est resté applicable sous la loi du 25 janvier 1985 et la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 consacre la déductibilité des abandons de créances consentis ou supportés dans le cadre d'un plan de sauvegarde ou de redressement (art. 39-I-8° du CGI). Le fait que le créancier qui consent l'abandon de créance soit une banque ou un établissement financier ne modifie pas la nature éventuellement commerciale de l'aide et cette aide allouée à une tierce entreprise doit être analysée dans un intérêt commercial, même si celui-ci est étroitement lié aux opérations financières. La question de la déductibilité de l'aide consentie par le créancier bancaire ne souffre plus de difficulté lorsque l'entreprise présente un plan de sauvegarde ou de redressement avec un paiement partiel de son passif déclaré.

La question paraît être autre lorsqu'il s'agit d'un abandon de créance consenti à l'entreprise dans le cadre d'une procédure de règlement amiable (loi du 1^{er} mars 1984), devenu la procédure de conciliation par la loi du 26 juillet 2005. La déductibilité de l'abandon de créances qu'il soit à caractère commercial ou financier n'est pas régie par l'article 39-I-8° du CGI et elle doit être appréciée, dès lors, pour chaque cas d'espèce.

Une aide peut être considérée comme financière lorsqu'elle a pour but d'éviter une action en comblement de passif ou de maintenir la valeur des titres de participation détenus sur une filiale. Comme l'a rappelé le Conseil d'État (4), le fait de consentir des avances sans intérêts à un tiers constitue un acte étranger à une gestion commerciale et financière, sauf s'il est établi l'existence d'une contrepartie. En revanche, l'abandon de créances consenti par une société mère pour permettre la reprise d'une filiale en difficulté dont la liquidation aurait pu altérer ses propres relations avec ses fournisseurs et ses banquiers, ne saurait être qualifié d'acte anormal de gestion, quand bien même les conséquences auraient été identiques si la filiale avait été en liquidation (5). Si les remises d'intérêts ou les abandons de créances accordés par une entreprise au profit d'un tiers ne relèvent pas, en règle générale, d'une gestion commerciale normale et ce, en application d'une jurisprudence constante (6) (7), ce principe doit être revu au plan économique lorsque l'entreprise, avec le concours d'un conciliateur, entre en procédure de conciliation pour obtenir de ces principaux créanciers un accord amiable destiné à mettre fin à ses difficultés. Le caractère normal ou anormal de l'abandon sera sujet à appréciation sachant que les administrations financières peuvent également consentir des remises de dettes.

Si l'acceptation par les administrations financières d'une remise de dettes donne force à la déductibilité des abandons de créances

(1) CE, 27 novembre 1981, Dr. fisc. 1981, n° 31.

(2) CE, 27 juin 1984, req. n° 35030, RJF 8-9/1994.

(3) BODGI-A-7.83.

(4) CE, 26 février 2003, req. n° 223092, RJF 5/2003, n° 607.

(5) CAA Nancy, 9 février 1995, RJF 5/1995, n° 574.

(6) CE, 29 juin 1988, req. n° 56414, RJF 10/1988, n° 1062.

(7) CE, 26 juin 1992, req. n° 68646, RJF 8-9/1992, n° 1116.

consentis par les autres principaux créanciers, en revanche, leur refus constituera-t-il un des critères pour se prononcer sur l'absence de déductibilité des abandons en tant que charges pour la détermination du bénéfice net chez l'entreprise créancière ? Nombre d'interrogations peuvent se poser en fonction de la nature des créances de l'entreprise, des conditions de la négociation, du secteur d'activité et de l'intérêt local, régional ou national de la pérennité de l'entreprise.

C'est pourquoi, il aurait été souhaitable pour clarifier la situation des remises consenties dans le cadre de la protection judiciaire instaurée par la loi de sauvegarde des entreprises, d'ajouter ou de prévoir à l'article 39-I-8° du CGI la déductibilité pour « les abandons de créan-

ces consentis, tant à caractère commercial que financier, pour les besoins de la poursuite de l'activité d'une entreprise dans le cadre d'une procédure de conciliation, de sauvegarde ou de redressement. ». Gageons que la doctrine administrative et la jurisprudence à naître, préciseront les grands principes du droit à déduction des créances de quelque nature qu'elle soit dans le cadre d'une procédure de conciliation dont la clôture est constatée par un accord amiable par le président du tribunal ou par un jugement d'homologation.

Bernard LAGARDE
Avocat à la Cour

Petites affiches

3 fois par an, un temps de réflexion sur les grands chantiers européens grâce aux **"dossiers de l'Europe"**.

L'Europe sociale
La fiscalité
La propriété industrielle
La recherche
L'environnement

Le commerce international
La concurrence
Le commerce électronique
L'espace judiciaire européen
Les transports

L'élargissement
La responsabilité sociale des entreprises
Le contrôle des concentrations
Une constitution pour l'Europe
L'Euro, un bilan critique

Pour vous procurer un ou plusieurs de ces numéros, il vous suffit d'adresser votre demande à l'adresse figurant au bas de cette page.

Les Journaux Judiciaires Associés 2, rue Montesquieu 75041 Paris cedex 01 / Tél. 01 42 61 88 00 / Fax : 01 42 92 03 91
Email : diffusion@petites-affiches.com

LES PLANS DANS LA LOI DE SAUVEGARDE DES ENTREPRISES

Dans son rapport pour 2004 (1), la Banque mondiale explorait les voies du développement du secteur privé. À cette fin, l'étude embrassait chronologiquement les divers aspects d'une entreprise : ses prémisses, sa croissance et enfin, la cessation d'une activité.

« *Closing a Business* » (2) forme une étude comparée des procédures de traitement des difficultés des entreprises existant en 2003 dans les parties du monde où de tels instruments juridiques existent.

Qu'y apprend-on ? Ses auteurs ont relevé que toutes ces procédures poursuivent des buts qu'ils qualifient « d'universels » et qui seraient au nombre de trois : premièrement, maximaliser tous les effets de la procédure c'est-à-dire réduire tous les « coûts » directs et indirects d'un dépôt de bilan ; deuxièmement, séparer le bon grain de l'ivraie, en favorisant la sauvegarde des entreprises viables ; enfin, respecter autant que possible la sécurité juridique constituée par l'ordre de priorité des créances existant lorsque l'entreprise était encore *in bonis*.

L'analyse comparée — si cela a un sens — des procédures étudiées conduit à des résultats qui feraient des procédures collectives françaises, une exception culturelle peu enviable au regard des résultats obtenus par les autres pays économiquement développés. En effet, il existerait un lien entre l'efficacité d'une procédure collective et la richesse d'une nation, l'efficacité d'une procédure croissant avec le produit intérieur brut.

Précisément, à suivre les auteurs de ce rapport, la France ne parviendrait pas réellement à atteindre les buts recherchés par toute procédure de traitement des difficultés des entreprises et serait ainsi le mouton noir des pays de l'Europe occidentale.

D'une part, en choisissant de privilégier le paiement des créances salariales, le système français ne permet pas de maximaliser la procédure collective ouverte puisque ce choix n'assure pas la sécurité juridique à laquelle pourrait s'attendre légitimement les autres créanciers privilégiés de l'entreprise.

D'autre part, en confiant au seul pouvoir judiciaire le soin de conduire et de contrôler la procédure de traitement des difficultés des entreprises, en dessaisissant le plus souvent le débiteur voire en éliminant définitivement le dirigeant (3) de l'entreprise, le système français (dont sembleraient pâtir également les pays africains héritiers du droit français) faillit encore au regard des critères de performance d'une procédure collective.

Le remède suit le diagnostic. Selon les auteurs du rapport de la Banque mondiale, trois « ingrédients » sont nécessaires pour qu'une

procédure de faillite puisse être efficace. D'abord, choisir des instruments juridiques adaptés, utilisés ensuite par des professionnels formés pour appliquer correctement ces procédures ; enfin, une véritable procédure collective ne saurait être totalement efficace si le système juridique ne permet pas une implication plus importante de l'ensemble des acteurs de la procédure (créanciers, dirigeants, associés).

S'il est indéniable que la France s'est dotée depuis longtemps d'un arsenal juridique et d'institutions juridiques ayant la faculté d'appliquer les règles de droit positif, jusqu'alors, les procédures collectives existantes étaient placées sous la direction et le contrôle du juge, le dirigeant et les créanciers n'étant pas des acteurs de la procédure.

L'actuel ensemble normatif, issu de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, est-il conforme aux critères retenus par la Banque mondiale ?

S'il n'est pas certain que les préconisations de la Banque mondiale aient été entendues par le législateur hexagonal, l'existence du règlement européen n° 1346/2000 du 29 mai 2000 (4), entré en vigueur le 31 mai 2002, l'incitait à une réflexion nécessaire.

À ce jour, c'est un truisme que d'affirmer que la géographie économique de l'Union européenne révèle une multiplicité de fusions et d'acquisitions de sociétés européennes par d'autres sociétés européennes, de telle sorte que les difficultés d'une société appartenant à un groupe européen n'ont pas seulement d'incidences sur le pays dans lequel elle aurait son siège, mais très certainement des conséquences sur le tissu économique d'un autre pays de l'Union sur le territoire duquel sont implantées d'autres sociétés du groupe.

Afin d'éviter la multiplicité des procédures ouvertes à l'encontre des entreprises en difficulté à dimension européenne, le règlement européen pose le principe selon lequel la compétence, pour ouvrir une procédure « principale » d'insolvabilité, appartient à la juridiction de l'État membre où se trouvent « le centre des intérêts principaux » du débiteur (5).

Le critère du centre des intérêts principaux du débiteur peut-il être différent de celui du siège social ? Il est permis de penser que des juridictions de certains États membres (la Grande-Bretagne par exemple) (6) auront une interprétation extensive de ce critère pour se déclarer compétentes, dès lors qu'elles estimeront que le centre des intérêts principaux de l'entreprise en difficulté est situé dans ledit État membre, même si le siège social est sis dans un État membre autre.

(1) *The World Bank, Doing business in 2004 – Understanding regulation, Vol. 1 of 1 ; doct. 27147 ; octobre 2003.*

(2) *Préc., chron. 6, p. 71 et s.*

(3) *À l'inverse, par exemple, de la Belgique, qui serait « very debtor-friendly », in op. préc., p. 77.*

(4) *Règlement (CE) du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, JO n° L. 160 du 30 juin 2000, p. 1 à 13.*

(5) *Article 3-1 : « Les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur sont compétentes pour ouvrir la procédure d'insolvabilité. Pour les sociétés et les personnes morales, le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve contraire, être le lieu du siège statutaire ».*

(6) *V. par exemple, jugement du Tribunal de commerce de Nanterre, du 19 mai 2005, Société Rover France, aff. n° 2005P00666, inédit, admettant la compétence d'un tribunal britannique pour ouvrir une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'une société mère, dont le siège est en France.*

Ainsi, depuis le 31 mai 2002, nul ne saurait ignorer que les différentes procédures de traitement de l'insolvabilité des entreprises existant au sein de l'Union européenne sont entrées en compétition.

Dès lors, pour être concurrentielle, la France se devait de se doter d'instruments juridiques existant ailleurs au sein de l'Union.

Est-ce chose faite ?

Il est permis d'en douter. La loi de sauvegarde des entreprises se présente comme le produit d'une refonte de la loi antérieure, dont les principales dispositions ont été maintenues, et de dispositions nouvelles.

S'agissant des plans, l'on constate d'abord le maintien du plan de cession mais celui-ci fait l'objet d'une rénovation importante. Son déplacement au sein du Code de commerce et sa filiation affichée à la procédure de liquidation constituent, dans l'esprit du législateur, son innovation essentielle. Une lecture précise des règles applicables au plan de cession révèle également une modification profonde du dispositif (I).

En opposition affichée au plan de cession, présenté comme une solution ultime, le législateur propose des plans de sauvetage, à savoir outre le plan de redressement (ou de continuation), le plan de sauvegarde, et même un « plan » de conciliation.

La difficulté réside essentiellement dans les nombreux points de convergence existant entre les différents plans, lesquels conduisent le débiteur à ne pas véritablement savoir quel plan de sauvetage envisager, d'autant plus que le régime juridique applicable à ces plans — redressement et sauvegarde — notamment est identique (II).

I. Le devenir du plan de cession

La cession de l'entreprise en difficulté peut actuellement prendre deux formes. Soit l'on envisage la cession d'unités de production, soit la cession globale des actifs de l'entreprise.

S'il n'entre pas dans le dessein de cet exposé d'envisager la cession d'éléments « isolés » de l'actif de l'entreprise, la lecture de la nouvelle loi de sauvegarde oblige cependant à envisager, outre le plan de cession proprement dit, les dispositions communes aux types de cession.

Précisément, le nouveau titre IV du livre VI, intitulé : « De la liquidation judiciaire », contient un chapitre II, nommé « De la réalisation de l'actif », découpé en trois sections : une première section « De la cession de l'entreprise » précède la deuxième « De la cession des actifs des débiteurs », puis enfin les « Dispositions communes » aux deux modalités de réalisation de l'actif.

Un constat s'impose. Le nouveau titre IV constitue une illustration de recodification à droit non constant de la loi, mélange subtil de forme et de fond du droit nouveau.

Quel est le but avoué du législateur ? D'une part, cette architecture est la traduction de la volonté de rendre conforme la lettre de la loi à son esprit. D'autre part, les nouvelles dispositions ont l'ambition de conforter la sécurité juridique des diverses étapes du plan de cession.

Ainsi, le dispositif normatif est-il à la fois déplacé (A) et complété (B).

A. Le dispositif normatif est déplacé

Le plan de cession a rejoint les dispositions applicables à la procédure de liquidation (articles L. 642-1 à L. 642-17 nouveaux).

À l'appui du transport des normes au sein du Code de commerce, les arguments invoqués par Xavier de Roux dans son rapport sur le projet de loi sont les suivants : « Le projet de loi unifie le régime des cessions globales en prévoyant que le plan de cession sera désormais adopté en phase de liquidation. Il opère donc une simplification et une clarification des procédures. (...) La possibilité actuelle de cession globale d'une entreprise en redressement judiciaire peut être considérée comme une fiction juridique, puisque ce procédé obéit à une logique de liquidation. Il s'agit bien d'une vente globale des biens du débiteur afin d'apurer le passif, et non d'un redressement de l'entreprise existante, puisque les dirigeants et les propriétaires changent » (7).

Ainsi, le redressement judiciaire exclurait nécessairement un changement dans la direction et dans l'actionnariat majoritaire. Or il n'est pas exclu — hypothèse fréquente en pratique — que l'exécution d'un plan de continuation puisse être exécuté par un débiteur, dont l'actionnariat et la direction ont été totalement renouvelés.

Le critère du maintien des associés et des dirigeants en place avant l'ouverture d'une procédure collective n'est donc pas pertinent si l'on veut justifier que les plans de cession ressortissent davantage à la liquidation qu'à une logique de redressement.

Plusieurs voies sont offertes pour assurer la pérennité d'une entreprise, et ce n'est pas une fiction juridique de penser que le plan de cession globale d'une entreprise en est une, concurrentiellement avec le plan de redressement.

La disparition de la personne morale dans le cadre d'un plan de cession totale des actifs d'une société, règle posée aux termes des dispositions de l'article 1844-7^o du Code civil, ne signifie pas pour autant disparition de l'entreprise. Une fois encore, la confusion entre la société, notion juridique, et l'entreprise, notion économique, est préjudiciable car elle ne légitime en rien le déplacement des dispositions applicables au plan de cession dans le titre IV du livre VI du Code de commerce.

En outre, impuissant sans doute à couper le lien évident entre le plan de cession et la procédure de sauvetage de l'entreprise, dont

(7) X. de Roux, rapport Ass. nat. n° 2095 (24 février 2005), 6464.

il est manifeste qu'il en est une des modalités possibles, le législateur intègre, dans le titre III de la loi relatif au redressement judiciaire, des règles relatives à la seule cession « totale ou partielle de l'entreprise si le débiteur est dans l'impossibilité d'en assurer le redressement » (C. com., article L. 631-22 nouveau).

La justification de cette confusion des genres par le rédacteur de la loi est tout aussi confuse :

« (...) La cession globale de l'entreprise à un repreneur est préparée dans la phase de redressement judiciaire lorsqu'il n'y a pas d'autres issues. (...) Pour tenir compte de cette situation, le projet de loi prévoit explicitement que des offres de reprise peuvent être présentées à l'administrateur dès l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire » (8).

De ce fait, dans le cadre de la nouvelle loi, il appartient encore à l'administrateur d'apprécier si les conditions de la mise en place d'une cession de l'entreprise sont remplies (C. com., art. L. 631-22 nouveau), puisque dès l'ouverture de la procédure, « les tiers sont admis à soumettre à l'administrateur des offres tendant au maintien de l'activité de l'entreprise, par une cession totale ou partielle de celle-ci » (C. com., art. L. 631-13 et art. L. 632-14 nouveau).

Ensuite, c'est sur la base du rapport déposé par l'administrateur, que le tribunal ordonne la cession de l'entreprise. À cette même date, il est mis fin au redressement, et est ouverte une procédure de liquidation judiciaire.

En définitive, le déplacement, au sein du Code, du dispositif applicable au plan de cession, ne trouve pas de justification très convaincante car la distinction entre le plan de cession et le plan de continuation, fondée sur la pérennité de la forme juridique de l'entreprise ou sur l'effacement de ses dirigeants historiques, est tout à fait artificielle.

Mais si le déplacement du dispositif législatif applicable au plan de cession est discutable au fond, il s'accompagne également d'une modification de certaines de ses règles, dont il convient alors de prendre la mesure.

B. Le dispositif normatif est complété

Les nouvelles règles applicables au plan de cession sont l'expression de la volonté du législateur de renforcer la sécurité juridique de la cession de l'entreprise. Elles tendent à organiser la publicité de l'offre, d'une part, et à renforcer le contrôle de la personne du cessionnaire d'autre part.

Premièrement, le législateur consacre une pratique en imposant la publicité systématique des offres de plan de cession : outre, la communication des offres reçues par l'administrateur ou, le cas échéant le liquidateur, à des acteurs de la procédure dénommés, le législa-

teur impose une publicité, par le greffe du tribunal de la procédure collective, des offres recueillies.

En effet, les dispositions antérieures ne prévoyaient pas explicitement une publicité des offres de plans de redressement. L'article L. 621-85 I et III^o ancien du Code de commerce imposaient seulement à l'administrateur d'informer le représentant des créanciers et les contrôleurs du contenu des offres.

Aucune communication à l'égard des tiers n'était obligatoire. Cette absence d'information pouvait être préjudiciable car elle ne favorisait pas la concurrence entre les repreneurs potentiels, et le secret entourant le contenu des offres était de nature à semer le doute sur la pertinence des critères utilisés pour parvenir au choix de tel ou tel plan.

Les nouvelles dispositions, en officialisant des pratiques courantes mais non systématiques des tribunaux, permet la concurrence et moralise les procédures d'adoption du plan.

L'article L. 642-2 IV^o nouveau du Code de commerce oblige donc le liquidateur ou l'administrateur à informer le débiteur, le représentant des salariés (obligations nouvelles) et les contrôleurs du contenu des offres qu'il a reçues. Il sera noté, incidemment, que l'obligation de communiquer la teneur des offres au représentant des créanciers disparaît avec cet organe, puisque c'est l'administrateur qui, peu ou prou, exerce une mission similaire en ce qu'il est chargé de recueillir collectivement ou individuellement l'accord des créanciers dans le cadre de la procédure de sauvegarde comme celle de redressement (C. com., art. L. 626-23 et L. 625-5 à L. 626-7 nouveaux).

L'information communiquée est également plus précise, puisque le financement du plan de cession doit être intégralement explicité. Là où le tribunal pouvait se contenter d'apprécier la qualité d'un projet de cession au regard « du prix de cession et de ses modalités de règlement » (C. com., art. L. 621-85 ancien), la loi impose désormais au repreneur de communiquer, outre le prix proposé et les modalités de règlement, « la qualité des apporteurs de capitaux et, le cas échéant, de leurs garants. Si l'offre propose un recours à l'emprunt, elle doit en préciser les conditions, et en particulier de durée » (C. com., art. L. 642-2 II, 3^o nouveau).

En outre, l'offre de cession sera nécessairement écrite, d'une part, et devra désigner précisément les biens, contrats et droits entrant dans le périmètre de l'offre, d'autre part.

Ces nouvelles dispositions peuvent sembler superflues mais elles ont le mérite de réduire certains conflits pouvant naître sur la détermination du périmètre de l'offre de cession (9).

L'inclusion d'une telle disposition était d'autant plus nécessaire que de même par le passé, le pollicitant ne pourra, devant le tribunal, modifier son offre, « sauf dans un sens plus favorable aux objectifs mentionnés au premier alinéa de l'article L. 642-1 », à savoir assurer

(8) Préc., 6464.

(9) Pour une illustration, Trib. com. Saint-Malo, 20 novembre 2003 et Rennes, 27 janvier 2004, décisions inédites tenues par le cabinet à la disposition des lecteurs qui souhaitent en prendre connaissance.

le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés et d'apurer le passif.

La nouvelle loi conforte la sécurité juridique de l'opération de cession en ne permettant plus au cessionnaire du plan de cession d'être délié de son engagement pour le cas où il est fait appel de la décision arrêtant le plan (C. com., art. L. 642-2, V^o nouveau).

Enfin, de manière quelque peu redondante, le nouvel arsenal législatif prévoit clairement que la cession, soit qu'elle concerne l'entreprise entendue dans sa « globalité », soit un élément isolé de l'actif, devra être obligatoirement précédée d'une mesure de publicité, dont les modalités sont déterminées par le décret d'application, « en fonction de la taille de l'entreprise et de la nature des actifs à vendre » (section 3 — Dispositions communes — C. com., art. L. 642-22 nouveau).

Est-ce à dire que pour ce qui concerne le plan de cession, outre le dépôt des offres auprès du greffe, d'autres mesures de publicité devront être prises, celles-ci variant en fonction, notamment de la « taille » de l'entreprise ? En l'état de la rédaction de la loi, il est difficile de connaître l'étendue et le contenu de la publicité requise.

Deuxièmement, la loi de sauvegarde des entreprises renforce le contrôle de la personne réellement bénéficiaire du plan de cession (C. com., art. L. 642-3 nouveau).

D'une part, la loi élargit le cercle des personnes visées par l'interdiction posée par l'article L. 621-57, alinéa 4 ancien du Code de commerce, en incluant par exemple, avec une certaine ingénuité semble-t-il, non seulement les dirigeants de droit de la personne morale, mais aussi les « dirigeants de fait », sans que l'on sache véritablement comment ni par qui ils ont été identifiés.

D'autre part, il est également interdit aux mêmes personnes, dans les cinq années suivant la cession, d'acquérir non seulement les biens compris dans le plan de cession, mais aussi de devenir associé d'une société qui se porterait acquéreur desdits biens.

La sanction de tels agissements est la nullité des actes passés en violation de l'interdiction, laquelle peut être demandée par le ministère public ou toute personne ayant un intérêt à agir, l'action étant prescrite dans les trois années suivant la conclusion de l'acte interdit.

En définitive, par la mise en place d'un régime plus précis, le législateur a affermi les fondements du plan de cession. Le déplacement des normes applicables à la cession, du champ de la procédure de redressement vers celui de la liquidation, n'est, en revanche, pas justifié, car le plan de continuation, comme le plan de cession, participent également au redressement de l'entreprise.

II. Plan de continuation, plan de sauvegarde ou « plan » de conciliation ?

La loi de sauvegarde des entreprises fait un peu songer à un slogan publicitaire d'un grand magasin parisien fermé depuis peu car l'on trouve toutes sortes de « plans » (10) au sein du nouveau dispositif légal.

Si le plan de cession ne constitue pas, au yeux du législateur une véritable voie de redressement de l'entreprise, le plan de continuation déjà existant, le plan de sauvegarde, et le « plan » de conciliation sont, dans l'esprit du législateur, autant de possibilités d'anticiper voire d'empêcher les dépôts de bilan, ou bien de permettre malgré l'ouverture d'une procédure collective, la poursuite de l'activité. Ces plans constituent donc, dans l'esprit du législateur, des véritables plans de sauvetage des entreprises en difficulté.

Poursuivant au fond le même objectif, les plans présentent entre eux des ressemblances et à cet égard, l'on peut relever de nombreux points de convergence.

Cette approche formelle des plans tendant à assurer la pérennité de l'entreprise démontre que la différence entre les plans, et partant entre les procédures collectives de sauvetage de l'entreprise, est amenuisée par le fait que tant les procédures d'élaboration que les plans eux-mêmes sont soumis au contrôle strict du juge (A).

Une analyse, au fond, des critères de déclenchement des différentes procédures éclaire cette première approche formelle. En effet, la séparation radicale ayant existé entre des procédures amiables de prévention ou des règlements des difficultés des entreprises d'une part, et des procédures de traitement des conséquences de l'état de cessation des paiements d'autre part, s'évanouit. Cette situation nouvelle a de nombreuses conséquences (B).

A. Points de convergence entre les plans de sauvetage de l'entreprise

Les plans de sauvetage sont tous placés sous l'égide d'un tribunal qui exerce un rôle fondamental.

En effet, c'est le tribunal qui est seul compétent pour ouvrir une procédure pouvant déboucher sur la mise en place d'un plan qu'il soit de conciliation (C. com., art. L. 611-6 nouveau), de sauvegarde (C. com., art. L. 621-1 nouveau) ou de redressement (C. com., art. L. 631-1 et s. nouveaux).

La dimension judiciaire de l'ensemble des plans de sauvetage s'exprime également au moment de l'adoption d'un plan de sauvetage, puisque le tribunal a seul le pouvoir d'arrêter ou de refuser le plan proposé, que ce soit en homologuant le plan de conciliation (C. com., art. L. 611-10 nouveau), en arrêtant le plan de sauvegarde (C. com., art. L. 626-28 nouveau) ou de continuation (C. com., art. L. 631-19 nouveau renvoyant au chapitre VI du titre II).

[10] Bien qu'il ne soit pas d'usage de parler de « plan » s'agissant de l'accord amiable né de la procédure de conciliation, force est de constater que l'accord homologué par le tribunal constitue une véritable planification du paiement de la dette du débiteur, dans le cadre d'un moratoire accordé par des créanciers dénommés. Le fait que le plan de conciliation soit partiel ne fait pas obstacle à ce que le mode particulier de rééchelonnement de certaines dettes puisse être qualifié de « plan ». En outre, le « plan » n'est pas un concept juridique, et l'usage qu'en fait le législateur répond à la définition mathématique de ce terme.

Ainsi, contrairement à l'idée assez répandue, le plan de sauvegarde n'est pas une reprise, à la française, du *Chapter 11* du Bankruptcy Code.

Certes, le plan de sauvegarde est conforme à l'objectif poursuivi par les dispositions de droit américain, dans le sens où il devrait permettre de traiter les difficultés des entreprises sans attendre l'état de cessation des paiements.

Précisément, les sociétés de droit américain peuvent, alors qu'elles sont *in bonis*, déposer une requête auprès du tribunal civil de l'État compétent afin d'obtenir immédiatement une suspension des poursuites de l'ensemble des créanciers, quelle que soit la nature de leurs créances.

Au moment où il est saisi, le tribunal ne contrôle pas la légitimité d'une telle demande, l'entreprise devant simplement estimer subir des difficultés financières sévères.

L'élaboration d'un plan est ensuite organisée au sein de comités de créanciers, qui négocient avec le chef d'entreprise maintenu dans ses fonctions — sauf cas rarissime —, les modalités de rééchelonnement de la dette.

La différence majeure entre la procédure américaine et la procédure française réside précisément dans la nature processuelle du plan de sauvegarde.

Contrairement à l'esprit libéral du *Chapter 11*, le plan de sauvegarde est le résultat d'une procédure totalement encadrée par l'organe judiciaire compétent, lequel intervient à tous les stades de la procédure et s'exprime principalement de la manière suivante, par :

— un contrôle *ab initio* de la légitimité de la demande initiale formée par le débiteur, à savoir s'il est ou non *in bonis* (C. com., art. L. 620-1 et art. L. 621-1 nouveaux) ;

— la désignation d'un juge-commissaire chargé de suivre la procédure en veillant à son déroulement rapide et aux intérêts en présence (C. com., art. L. 621-4 et art. L. 621-9 nouveaux) ;

— la désignation de mandataires de justice aux fonctions très précises (C. com., art. L. 622-1 et art. L. 622-20 nouveaux), et éventuellement d'un expert (dont il est laissé le soin au juge-commissaire de déterminer la fonction) ;

— le remplacement éventuel des mandataires de justice ainsi que de l'expert ;

— la possibilité de subordonner l'adoption du plan de sauvegarde au remplacement du dirigeant de l'entreprise (sous réserve des dispositions applicables au débiteur exerçant une profession libérale, C. com., art. L. 626-4 nouveau) ;

— ordonner, dans le cadre du jugement arrêtant le plan, l'inaliénabilité de certains biens qu'il estime nécessaire à l'exécution du plan de sauvegarde (C. com., art. L. 626-14 nouveau).

En outre, l'omniprésence du ministère public, garant de l'ordre juridique économique, renforce la nature judiciaire de la procédure de sauvegarde devant conduire à l'adoption du plan.

L'attraction du plan de sauvegarde dans la sphère judiciaire, au détriment d'un règlement contractuel des difficultés des entreprises, illustre le fait que les nouvelles dispositions restent conformes à la tradition juridique française selon laquelle le droit n'est pas un instrument au service des seuls intérêts économiques, mais que l'économie doit être encadrée par le droit.

Les critères d'efficacité des procédures collectives retenus par la Banque mondiale ne sont pas, en l'espèce remplis. Faut-il s'en plaindre ou s'en réjouir ?

Il est clair que les dispositions américaines du *Chapter 11* sont l'expression des valeurs propres au système économique, lequel tente toujours d'échapper à une réglementation extérieure au profit d'une autorégulation.

À l'instar du phénomène de déréglementation ou de « dérégulation », la contractualisation du règlement des conflits d'intérêts pouvant naître des difficultés rencontrées par une entreprise, voire le recours à l'arbitrage, sont des manifestations diverses d'un système d'auto-régulation préféré à un système judiciaire.

Les termes du rapport de la Banque mondiale (11) expriment parfaitement les valeurs du marché qui permettent son équilibre et l'emploi desdits termes est révélateur : les procédures collectives poursuivent des finalités « universelle » : « *maximizing value* », « *rescuing a viable business* », « *keeping the order of claims stable* » (12).

Il est évident que dans ce cadre précis, il est préféré un droit d'essence contractuelle à une réglementation étatique qui suppose une réponse judiciaire et non transactionnelle. L'effacement du juge est évidemment préconisé, celui-ci n'intervenant que pour faciliter l'adoption d'un plan de sauvegarde.

B. Le flou des critères de distinction des procédures

Les plans de sauvetage supposent tous que le débiteur se prévale de « difficultés ».

D'une part, l'ouverture d'une procédure de conciliation est possible pour le cas où une entreprise « éprouve une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible (...) et ne se trouve pas en état de cessation des paiements depuis plus de quarante cinq jours » (C. com., art. L. 611-4 nouveau).

D'autre part, l'ouverture d'une procédure de sauvegarde est possible pour le cas où une entreprise qui « justifie de difficultés, qu'elle n'est pas en mesure de surmonter, de nature à [la] conduire à la cessation des paiements » (C. com., art. L. 620-1 nouveau).

[11] Sur la question du rôle, dans l'économie mondiale joué par la Banque mondiale, v. M. Chmillier-Gendreau, *Pour une éthique de l'économie ; le droit, élément de frein ou de progrès*, Publication de l'Unesco 2003.

[12] *Préc.*, p. 72-76.

Enfin, l'ouverture d'une procédure de redressement suppose l'existence de difficultés consistant dans le fait de ne pouvoir faire face à son passif exigible à l'aide de son actif disponible (C. com., art. L. 631-1 nouveau).

Cet exposé suscite deux observations.

Premièrement, il n'y a pas de définition précise des « difficultés » exigées par la loi.

Les « difficultés juridique, économique ou financière » visées par l'article L. 611-4 du Code de commerce sont si vagues qu'il n'est pas possible de déterminer objectivement les faits qui, *a contrario*, ne seront jamais considérés comme étant des difficultés. Ou bien si l'on envisage la question différemment, quelle autorité peut être habilitée à valider en tant que « difficultés » tel ou tel fait ? La question est d'ailleurs plus complexe puisqu'un fait isolé (par exemple l'insolvabilité d'un débiteur de l'entreprise) peut ou ne pas constituer une « difficulté » mais ajouté à un autre fait (la demande de remboursement d'un compte-courant d'un associé) créer une véritable difficulté, en l'espèce financière.

L'appréciation de telles difficultés est d'autant plus difficile que s'agissant de la procédure de conciliation, il n'est pas nécessaire que cette difficulté existe au jour où la demande est présentée devant le tribunal, il suffit que cette difficulté soit prévisible. Dans le cadre de la recherche d'un plan de sauvegarde, la difficulté est telle que le débiteur n'est pas en mesure de la « surmonter » et que cette difficulté est de « nature à conduire à la cessation des paiements ».

En l'état actuel de la loi, il n'est pas possible de distinguer les cas d'ouverture de ces deux procédures sur le seul critère de la « difficulté », puisque toute difficulté peut déboucher sur un état de cessation des paiements.

En ce cas, le critère de l'état de cessation des paiements permet-il de distinguer les procédures de sauvetage ? Pas davantage.

En effet, dès lors qu'elle n'est pas en état de cessation des paiements depuis plus de quarante cinq jours, une entreprise pourra choisir entre deux plans de sauvetage, la conciliation ou le plan de continuation.

En outre, s'il estime que son entreprise n'est pas en état de cessation des paiements, le dirigeant pourra choisir entre deux plans de sauvetage, la conciliation ou le plan de sauvegarde.

En réalité, la question du choix de la procédure réside non en la détermination des difficultés — sans cela comment justifier qu'une

entreprise puisse recourir à ces procédures ? —, mais dans la question cruciale de la détermination de l'état de cessation des paiements.

S'il existe une définition légale de l'état de cessation des paiements, nul n'ignore que l'appréciation de cette situation n'est que très rarement objective, et qu'il s'agit d'une notion plus économique que juridique, surtout lorsqu'il s'agit de déterminer sa date de naissance.

En définitive, aucun des critères posés par la loi de sauvegarde déterminant l'ouverture de telle ou telle procédure de sauvetage n'est véritablement pertinent et l'appréciation de l'existence de tels critères est empreinte d'une relative subjectivité.

Dans ces conditions, est-il pensable de soutenir que le dirigeant dispose d'un véritable choix et ne peut-on penser que ce choix lui sera davantage dicté par ses créanciers ?

L'on songe évidemment aux nouvelles règles posées par l'article L. 611-11 nouveau du Code de commerce, qui vont permettre à certains créanciers (principalement les établissements de crédit) d'être assurés d'être payés, par privilège avant toute créance née antérieurement à l'ouverture de la conciliation, pour le cas où la procédure de conciliation est impossible et de l'ouverture d'une procédure soit de sauvegarde (hypothèse rarissime), de redressement ou de liquidation judiciaire.

Sans disposer d'un don divinatoire, l'on peut penser qu'afin d'éviter le grief de soutien abusif, et sous réserve de la fraude, les sociétés et organismes dispensateurs de crédit pourraient être enclins à imposer, à leur cocontractant, l'ouverture d'une procédure de conciliation, préalablement à la remise des fonds indispensables à l'effacement des « difficultés ».

En définitive, les dispositions nouvelles portent l'empreinte du conservatisme du législateur : il n'a pas permis à la procédure de sauvegarde de s'émanciper du régime applicable au redressement judiciaire. Il n'est pas parvenu davantage à distinguer clairement les procédures en fonction de leurs objectifs, en raison du fait que les plans demeurent tous des solutions judiciaires apportées aux diverses difficultés des entreprises.

Corinne PEROT-REBOUL

*Docteur en droit
Avocat au Barreau de Paris
cLé réseau d'avocats*

VERS UN DROIT DE LA RESTRUCTURATION DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

Depuis les lois de 1984 et 1985, la France vivait un paradoxe : nos procédures dites préventives, règlement amiable et mandat ad hoc, ont largement fait preuve de leur efficacité pour permettre aux entreprises dont la situation n'est pas irrémédiablement compromise, de négocier avec leurs créanciers, notamment bancaires, les moratoires destinés à éviter le dépôt de bilan.

C'est ainsi que se reprofilent les passifs d'un certain nombre d'entreprises dont les moyens financiers ne permettent plus de couvrir leurs besoins en fonds de roulement.

Mais le redressement de l'entreprise nécessite souvent des opérations de restructurations qui, aujourd'hui, sont trop rarement conduites dans le cadre des mandats ad hoc ou des règlements amiables.

Or c'est à ce stade qu'elles seraient le plus efficaces, et non après le dépôt de bilan.

Il en est ainsi des restructurations rendues impératives par les besoins du redressement.

Redresser une entreprise, c'est mobiliser le personnel et les énergies, c'est étaler le règlement des passifs et cela peut effectivement se faire aujourd'hui, dans le cadre du mandat ad hoc ou du règlement amiable, en évitant les effets économiques souvent lourds et aggravant des difficultés qu'est le règlement judiciaire.

Mais d'autres mesures sont souvent impératives pour conduire le redressement : recentrage sur le métier, élagage de sources de déficit, amélioration des performances, redéfinition des produits, réorganisation des outils, etc. toutes mesures indispensables au redressement tout en conservant les atouts de l'entreprise : savoir-faire, réseaux commerciaux, sous-traitants, partenariats...

I Une évolution du règlement amiable était donc souhaitable. Elle vient combler un vide entre une technique purement contractuelle (le mandat ad hoc) et les procédures dites « collectives ».

Les deux types de procédure correspondent à des finalités différentes : partant du constat que l'on ne peut rien faire d'économiquement efficace sans l'accord des créanciers, il faut créer un instrument juridique adéquat, et l'accord homologué peut être le véhicule de cette évolution.

Lorsque l'accord des créanciers n'est pas possible, c'est le caractère collectif qui doit être utilisé.

Chacun de ces instruments correspond à des besoins parfaitement identifiés.

Les enjeux économiques et sociaux justifiaient que le législateur ne laisse pas cette demande sans réponse. L'œuvre n'était pas gigantesque, mais certaines modifications se heurtaient aux réticences de beaucoup.

D'importantes mesures allant dans ce sens ont été intégrées dans la nouvelle législation.

Ainsi en est-il en cas d'accord amiable homologué, et sauf fraude, des sanctions de nullité de la période suspecte, qui précède de

18 mois l'ouverture d'une procédure collective, et qui ne seront pas applicables. Elles permettaient en effet de remettre en cause des opérations indispensables aux restructurations (redéfinition des périmètres d'exploitation, réalisation de biens, mise en place de sûretés, etc.) qui sont autant d'obstacles à la mise en œuvre du plan de redressement.

La réponse apportée par la nouvelle loi est un grand progrès.

La relativisation de l'effet de cessation des paiements est également une innovation intéressante puisque désormais on pourra bénéficier d'une procédure de conciliation si l'on n'est pas en état de cessation des paiements depuis plus de 45 jours.

Le législateur a également revu le concept de soutien abusif. La jurisprudence, pourtant assez modérée dans ses applications les plus récentes, fonctionnait comme un épouvantail et il n'était pas normal que l'on ne puisse pas, sur ce type d'incertitude, mobiliser ses créances ou ses stocks ou financer des mesures d'économie.

Enfin, l'apporteur de fonds pendant cette période bénéficiera d'un privilège important en cas de procédure collective ultérieure.

Mais il fallait aussi faciliter l'adaptation sociale, et donc la sauvegarde de l'emploi : on ne peut pas ignorer qu'aujourd'hui les procédures de licenciement, trop longues, poussent parfois à laisser aller l'entreprise au dépôt de bilan alors qu'un plan social eut pu l'éviter... et sauver davantage d'emplois.

Bien entendu, on ne pouvait réformer à ce titre, subrepticement, l'ensemble du dispositif actuel. Mais les nouvelles procédures auraient pu bénéficier des mêmes textes en cette matière que les procédures de redressement judiciaire, qui n'ont pas donné lieu à contestation.

Si, de plus, l'AGS qui gère le Fonds national de garantie des salaires (FNGS) intervenait au stade de la conciliation, elle réaliserait sans doute de substantielles économies que les cotisants apprécieraient vraisemblablement. Cela n'a pas été retenu.

Les réponses comprises dans le nouveau texte vont certes souvent dans le bon sens.

Mais elles paraissent pour certaines, mal orientées. Citons comme exemples :

— Le mandat ad hoc qui devrait rester une procédure contractuelle : la communication du dossier au parquet, l'intervention du greffe, introduisent une judiciarisation regrettable de cette procédure.

— La publicité donnée à l'homologation de l'accord amiable.

Il faudra être attentif à ses effets, afin que la confiance ne soit pas détruite. Or l'homologation est indispensable pour éviter la nullité des actes de la période suspecte ou pour bénéficier du privilège de l'apporteur de fonds.

II Nous pouvons en second lieu nous interroger sur l'apport, en matière de restructuration, de la nouvelle procédure de sauvegarde.

Quatre aspects méritent d'être mis en exergue :

1) l'incitation à l'anticipation : s'il est vrai que l'anticipation est souvent un élément du succès du retournement, ce nouveau texte constitue une forte incitation, puisque pour bénéficier de cette procédure, il ne faudra pas être en état de cessation des paiements ;

2) le second élément est tiré du caractère collectif de la procédure : le blocage du passif notamment, et la possibilité à travers les comités de créanciers de bénéficier du phénomène majoritaire pour imposer certaines mesures ;

3) le troisième élément est lié à la possibilité de faire financer les coûts sociaux par l'AGS, et ainsi de conserver pour le financement d'autres mesures la trésorerie correspondante ;

4) enfin, la reconfiguration des périmètres de l'exploitation sera possible par la cession — ou l'adjonction — de certains secteurs de l'entreprise. La limite à ces opportunités est liée à la solution de la procédure, qui sera obligatoirement un plan interne de redressement. Cela nécessitera la conservation et l'amélioration des capacités d'excess *cash flow* pour apurer le « poids du passé » en termes de règlement du passif.

L'approche est intéressante car la nouvelle procédure de sauvegarde offre un outil supplémentaire qui s'intercale entre les procédures collectives « lourdes » et les procédures dites amiables.

Malheureusement, comme pour la conciliation, l'aspect social n'a pas suffisamment été pris en compte, victime d'une sorte de « théologie » qui, trop souvent, se retourne contre ceux qu'elle est censée protéger.

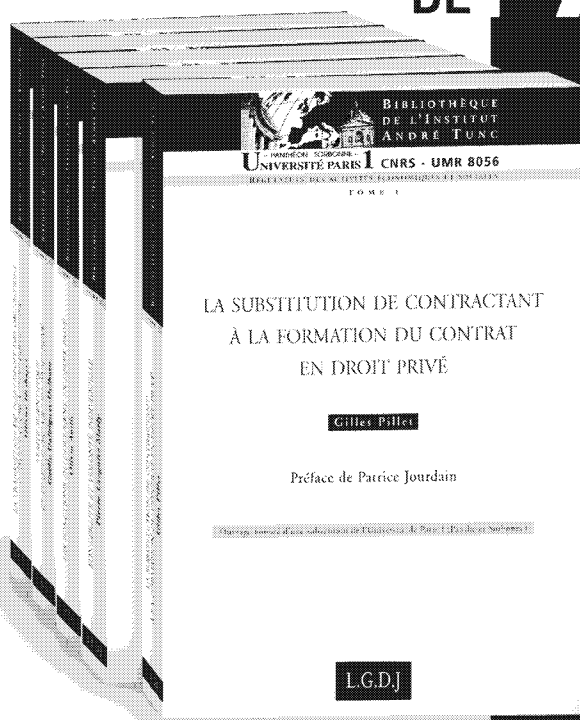
L'évolution entreprise n'est cependant pas négligeable. La conception des nouveaux textes permet de privilégier les aspects économiques, ce qui est une saine approche, car l'instrument juridique, en cette matière particulièrement, ne se suffit pas à lui-même.

L'efficacité économique des textes va dépendre désormais, essentiellement, de ce qu'en feront les acteurs.

Philippe PEYRAMAURE

*Avocat, ancien vice-président du Conseil national des barreaux
Président d'honneur de l'Association française des avocats conseils d'entreprises*

VIENT DE PARAITRE



BIBLIOTHÈQUE DE L'INSTITUT ANDRÉ TUNC

Dirigée par Thierry Revet

CODE CIVIL ET MODÈLES - DES MODÈLES DU CODE AU CODE COMME MODÈLE

LA TRANSMISSION DE PLEIN DROIT DES OBLIGATIONS À L'AYANT CAUSE À TITRE PARTICULIER

FONGIBILITÉ ET VOLONTÉ INDIVIDUELLE - ÉTUDE SUR LA QUALIFICATION JURIDIQUE DES BIENS

VÉRITÉ SCIENTIFIQUE ET VÉRITÉ JUDICIAIRE EN DROIT PRIVÉ

LA SUBSTITUTION DE CONTRACTANT À LA FORMATION DU CONTRAT EN DROIT PRIVÉ

REPENSER LE DROIT DES SÛRETÉS MOBILIÈRES

Disponible sur **librairie Lgdj.fr**

CONTRAT D'ASSURANCE ET PRINCIPE DE CONTINUATION DES CONTRATS EN COURS : LA FIN D'UNE REGRETTABLE EXCEPTION

Le premier alinéa de l'article L. 113-6 du Code des assurances donnait la faculté de résilier un contrat d'assurance pendant un délai de trois mois à compter de la date du jugement de redressement ou de liquidation judiciaire, non seulement à l'administrateur, au débiteur autorisé par le juge-commissaire, au liquidateur, selon le cas, mais aussi à l'assureur. Cette disposition permettait donc au contrat d'assurance d'échapper au régime général prévu par l'ancien article L. 621-28 (1) du Code de commerce (devenu article L. 622-13 du Code de commerce). La loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 met enfin un terme à cette exception en supprimant purement et simplement le premier alinéa de l'article L. 113-6 du Code des assurances (2).

Dans le cadre des dernières réformes des procédures collectives annoncées par le gouvernement, les documents préparatoires proposaient d'une part, de supprimer la faculté, pour l'assureur, de résilier le contrat d'assurance le liant à un débiteur à l'encontre duquel était prononcé un redressement ou une liquidation judiciaire et d'autre part, de soumettre les contrats d'assurance au droit commun (3), c'est-à-dire à l'ancien article L. 621-28 du Code de commerce (devenu article L. 622-13 du Code de commerce).

L'avant-projet de loi de sauvegarde des entreprises présenté par le ministère de la Justice en octobre 2003, ne faisant pas exception à la règle, proposait l'abrogation du premier alinéa de l'article L. 113-6 du Code des assurances, en son article 133. Le projet de loi de sauvegarde des entreprises, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 12 mai 2004, proposait, quant à lui, la suppression de ce premier alinéa, en son article 186.

La loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 consacre définitivement cette suppression en mettant un terme à la faculté qui était offerte à l'assureur de résilier le contrat d'assurance dans les conditions ci-avant mentionnées. Cette réforme attendue (I) permettra de maintenir l'activité de l'entreprise et de donner une réelle chance de la sauvegarder (II).

I. Une réforme attendue

L'article L. 113-6 du Code des assurances prévoyait en son premier alinéa : « l'assurance subsiste en cas de redressement ou de liquidation judiciaire de l'assuré. L'administrateur ou le débiteur autorisé par le juge commissaire ou le liquidateur selon le cas et l'assureur conservent le droit de résilier le contrat pendant le délai de trois mois à compter de la date du jugement de redressement ou de

liquidation judiciaire. La portion de prime afférente au temps pendant lequel l'assureur ne couvre plus le risque est restituée au débiteur ».

L'article L. 113-6 du Code des assurances prévoyait une continuation automatique du contrat d'assurance dans l'hypothèse d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire de l'assuré. Or cette règle semblait assurer la continuation automatique, règle d'importance en matière de procédures collectives (4), était un trompe l'œil.

En effet, à la lecture complète de l'article L. 113-6 du Code des assurances, il était aisé de saisir toute la précarité de la règle au regard de la faculté de résiliation du contrat, faculté offerte non seulement à l'administrateur, au débiteur autorisé par le juge-commissaire, au liquidateur, selon le cas, mais aussi à l'assureur.

À cet égard, l'article L. 113-6 du Code des assurances constituait une véritable exception au régime général prévu par l'ancien article L. 621-28 du Code de commerce (devenu article L. 622-13 du Code de commerce) : le droit discrétionnaire de résiliation de l'assureur ne pouvait être mis en échec par la faculté générale de l'administrateur d'exiger la continuation d'un contrat en cours (5).

Cette exception posée par l'article L. 113-6 du Code des assurances n'était pas sans engendrer, en pratique, de grandes difficultés. En effet, outre le jugement d'ouverture, les entreprises pouvaient voir, dans une période de grande fragilité, leur contrat d'assurance résilié sans qu'aucune condition supplémentaire ne soit exigée (6).

Cette résiliation pouvait se révéler catastrophique pour l'entreprise (7), notamment en la mettant dans l'impossibilité de poursuivre son

(1) Le principe de la continuation des contrats en cours se déduit de la rédaction de cet article qui permet à l'administrateur d'exiger l'exécution des contrats en cours en fournissant la prestation promise au cocontractant.

(2) Article 176 de la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005.

(3) C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, Domat Montchrestien, 3^e éd., 1999, p. 350, note 393.

(4) En effet, les auteurs considèrent que cette règle traduit deux préoccupations : celle traditionnelle, visant à ne pas priver brutalement de couverture le patrimoine de l'assuré, gage de ses créanciers, mais aussi celle ayant pour objectif de favoriser la réussite d'un plan éventuel. V. en ce sens : Picard et Besson, *Les assurances terrestres*, T. 1, 5^e éd., n° 259 ; G. Parléani, *Le redressement judiciaire de l'assuré*, RGAT 1986, T. 57, p. 501.

(5) V. notamment en ce sens : Cass. com., 24 novembre 1995, D. 1996, p. 172, note Barbiéri ; Cass. civ., 1^{er} avril 2003, pourvoi n° 99-21.362.

(6) L'assureur avait une totale liberté en la matière, son droit de résilier étant discrétionnaire. La seule et unique contrainte résidait dans le délai imparti pour exercer ce droit.

(7) Il est constant que certains assureurs n'hésitaient pas, dans ces circonstances, à proposer de nouveaux contrats d'assurance en imposant de nouvelles conditions, notamment tarifaires.

activité (8). Les effets de la résiliation intempestive de l'assureur ne faisaient alors qu'aggraver la situation de l'entreprise déjà en difficulté en mettant souvent un terme définitif à toute chance de redressement.

Cet état du droit semblait dommageable à plus d'un titre. Bien plus, il contrevenait à l'esprit de la loi du 25 janvier 1985 (9) qui tendait à la sauvegarde de l'entreprise en difficulté (10).

À cet égard, certains ont pu souligner le caractère pernicieux et anachronique de l'article L. 113-6 du Code des assurances (11).

La règle prévue par celui-ci, ne trouvant aucune justification (12), portait atteinte, sans raison, au principe de continuation des contrats en cours et était, sans nul doute possible, préjudiciable au redressement de l'entreprise.

Dès lors, une réforme, par abrogation de l'article L. 113-6 du Code des assurances, est apparue plus que souhaitable (13), abrogation permettant que le contrat d'assurance soit soumis aux dispositions de l'ancien article L. 621-28 du Code de commerce (devenu article L. 622-13 du Code de commerce).

Dans son rapport, Jean-Jacques Hysté résumait alors parfaitement la situation en indiquant : « ce dispositif fait l'objet de critiques de la part des praticiens. Outre qu'il accorde un avantage exorbitant aux sociétés d'assurance, il est également susceptible de compromettre la situation de l'entreprise » (14).

Cette réforme tant attendue est enfin consacrée par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 qui vient supprimer le premier alinéa de l'article L. 113-6 du Code des assurances (15).

II. Une réforme permettant réellement, à l'avenir, de maintenir l'activité et de sauvegarder l'entreprise

La loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, en supprimant le premier alinéa de l'article L. 113-6 du Code des assurances, dénote un véritable choix du législateur.

En revenant sur une exception acquise depuis plusieurs décennies par les assureurs, le législateur a voulu adresser un signal fort et manifester une réelle volonté d'efficacité des procédures mises en place pour maintenir l'activité de l'entreprise et, à terme, la sauvegarder.

En effet, le législateur a souhaité soumettre le contrat d'assurance au régime de droit commun des contrats en cours, c'est-à-dire aux dispositions de l'ancien article L. 621-28 du Code de commerce (devenu article L. 622-13 du Code de commerce).

L'administrateur aura donc la faculté d'exiger l'exécution du contrat d'assurance en cours, à condition, bien entendu, que le débiteur remplisse ses obligations à l'égard de l'assureur (16).

Dès lors, l'assureur, une fois la procédure ouverte, ne pourra plus résilier discrétionnairement et unilatéralement le contrat d'assurance le liant au débiteur (17).

Le législateur vient bien mettre fin à cette dérogation en faveur des assureurs qui créait, en pratique « *les conditions d'une incertitude majeure sur la capacité de l'entreprise à poursuivre son activité une fois la procédure ouverte* » (18).

Cette réforme est d'autant plus appréciable que l'exercice de plus en plus d'activités est subordonné à l'existence d'une assurance professionnelle spécifique (19).

[8] Certaines activités ne peuvent se poursuivre en l'absence de contrat d'assurance notamment dans le secteur médical, de la construction et de l'aviation.

[9] L'article 1^{er} de la loi du 25 janvier 1985, codifié à l'article L. 620-1 du Code de commerce, abrogé par la loi du 26 juillet 2005, prévoyait : « 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 ». V. en ce sens : R. Badinter, *Les ambitions du législateur, in Les innovations de la procédure de redressement judiciaire*, RTD com., n° spécial, 1986, p. 1 ; J.-Cl. May, *La triple finalité de la loi sur le redressement et la liquidation judiciaires*, LPA 1987, n° 141, p. 15.

[10] Cette même volonté transparaît dans la loi du 26 juillet 2005.

[11] G. Parléani, *Le redressement judiciaire de l'assuré*, RGAT 1986, T. 57, p. 501 ; M.-H. Monsérié, *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, Litec, mai 1994, n° 47, p. 53 ; P. Roussel Galle, *Revue des procédures collectives*, chron. p. 238, n° 5.

[12] M.-H. Monsérié, *préc.*, considère que l'on ne peut trouver de justification dans la nature juridique particulière du contrat d'assurance, ni dans les règles le régissant ; P. Roussel Galle, *préc.*, considère que cette faveur accordée à l'assureur est injustifiée puisque le caractère intuitu personae de ce contrat ne saurait faire obstacle à l'application du Code de commerce (ancien), art. L. 621-28.

[13] V. notamment en ce sens : F. Pérochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, 5^e éd., 2001, n° 203 ; P. Roussel Galle, *Revue des procédures collectives*, chron. p. 238, n° 5.

[14] Rapport n° 335 de Jean-Jacques Hysté sur le projet de loi de sauvegarde des entreprises (sous l'article 186), enregistré à la présidence du Sénat le 11 mai 2005.

[15] Article 176 de la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005.

[16] Et notamment le paiement des échéances postérieures au jugement d'ouverture.

[17] Toutefois, il pourrait être mis fin au contrat si l'administrateur estimait que le débiteur est dans l'incapacité de faire face aux échéances nouvelles postérieures au jugement d'ouverture. Par ailleurs, le contrat serait résilié de plein droit après une mise en demeure adressée à l'administrateur par l'assureur qui serait restée plus d'un mois sans réponse.

[18] Rapport n° 2095 de Xavier de Roux sur le projet de loi de sauvegarde des entreprises (sous l'art. 186) enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 11 février 2005.

[19] Et notamment à titre d'exemple nombre de professions libérales.

En outre, Xavier de Roux, dans son rapport, précise avec raison que « dans tous les cas, l'assurance de la responsabilité civile de l'entreprise constitue une condition nécessaire de son activité, pour tout chef d'entreprise économiquement responsable, dans un contexte de judiciarisation progressive des relations économiques et de recherche systématique des responsabilités en cas de difficulté ou d'accident » (20).

La suppression du premier alinéa de l'article L. 113-6 du Code des assurances est donc une réelle avancée au profit du maintien de l'activité des entreprises en difficulté permettant ainsi d'envisager sereinement la possibilité de les sauvegarder.

Néanmoins, bien que le contrat d'assurance soit désormais soumis au droit d'option prévu par l'ancien article L. 621-28 du Code de commerce (devenu article L. 622-13 du Code de commerce), il

convient de remarquer que cette réforme ne saurait priver l'assureur de son droit à se prévaloir des dispositions de l'article L. 113-4 du Code des assurances qui prévoit dans son premier alinéa que « en cas d'aggravation du risque en cours de contrat, telle que, si les circonstances nouvelles avaient été déclarées lors de la conclusion ou du renouvellement du contrat, l'assureur n'aurait pas contracté ou ne l'aurait fait que moyennant une prime plus élevée, l'assureur a la faculté soit de dénoncer le contrat, soit de proposer un nouveau montant de prime » ; encore faudra-t-il que cet assureur prouve la dite aggravation des risques.

Yannick SALA

*Avocat au Barreau de Paris
cLé réseau d'avocats*

(20) Rapport préc.

VIENT DE PARAITRE

COLLECTION DROIT & ÉCONOMIE
Dirigée par Marie-Anne Frison-Roche



LE POUVOIR DE L'INVESTISSEUR
PROFESSIONNEL DANS LA SOCIÉTÉ COTÉE
LE DROIT DES OBLIGATIONS
DANS L'INTERMÉDIATION FINANCIÈRE
DROIT ET ÉCONOMIE DE LA PROPRIÉTÉ
INTELLECTUELLE
LA RESPONSABILITÉ CIVILE À L'ÉPREUVE
DE L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT

Disponible sur **librairie Lgdj.fr**

LA CONVERSION DES CRÉANCES EN CAPITAL : UN OUBLI DANS LA LOI DE SAUVEGARDE ?

La loi de sauvegarde des entreprises promulguée le 26 juillet 2005 et qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2006 apporte des éléments intéressants dans l'optique d'une anticipation des difficultés et d'une meilleure prise en compte des créanciers, lesquels ayant intérêt dans la majorité des cas à ce qu'un plan d'apurement de dettes soit adopté afin d'éviter de tout perdre.

L'une des explications des difficultés des entreprises réside dans la lourdeur de leur endettement : il est essentiel de réduire l'endettement quand il est trop important, afin de libérer les fonds destinés au développement de l'entreprise.

Ainsi, vis-à-vis des créanciers, le désendettement des entreprises en difficulté s'appréhende-t-il généralement de deux manières :

- le moratoire ou étalement, ou encore rééchelonnement ;
- l'abandon de créance.

En ce qui concerne le rééchelonnement, la loi de sauvegarde n'apporte pas de grande nouveauté, excepté bien entendu le fait que cet étalement peut être obtenu plus tôt, avant qu'il ne soit trop tard, au cours de la période de sauvegarde.

Quant à l'abandon de créance, qui se plaindra du progrès accompli par la nouvelle loi, grâce à la possibilité désormais donnée aux institutions sociales et fiscales d'abandonner tout ou partie de leurs créances ?

La loi de sauvegarde est cependant muette sur une troisième voie : la conversion des créances en capital.

Cette possibilité, si elle n'est pas interdite, est ni réglementée, ni encouragée.

Pourtant, elle a bien des avantages pour toutes les parties concernées, le débiteur comme les créanciers, les actionnaires comme les salariés. Par cette technique en effet, la dette diminue, les fonds propres augmentent et l'actif reste constant ; si tout va mal, les autres créanciers recevront plus que si la conversion n'avait pas eu lieu (du fait de la diminution de l'assiette des remboursements) et si tout va bien, ils seront de toute manière remboursés.

Mais cette possibilité se heurte également à des difficultés liées notamment à la valorisation de l'apport en capital né de la conversion

des créances, compte tenu essentiellement de la difficulté à valoriser une entreprise en difficulté (que vaut une entreprise « surendettée » ?).

Quoi qu'il en soit, la société se retrouve désendettée avec un niveau de fonds propres plus important et donc plus apte à trouver des investisseurs pour améliorer lesdits fonds propres, voire à trouver des prêteurs en cas de besoin.

Aujourd'hui, la conversion des créances en capital se heurte également au principe d'égalité des créanciers : comment en effet accepter une conversion pour un créancier, laquelle s'apparente à un remboursement total immédiat de sa créance (c'est le cas fiscalement) avec comme contrepartie une participation au capital de la société débitrice (avec toutes les difficultés de valorisation évoquées plus haut), alors que les autres créanciers subiront les délais prévus par le plan ?

Pourtant, même si la loi de sauvegarde prévoit que le projet de plan soumis aux comités des créanciers ne suppose aucune contrainte (il doit néanmoins être adopté par la majorité des membres représentant au moins les 2/3 des créances), elle est muette sur la possibilité de conversion de tout ou partie des créances en capital.

Or le fait de prévoir précisément cette possibilité, tant pour les banques (ou leur structure d'investissement via une cession de créance par exemple) que pour les principaux fournisseurs, aurait pu faciliter sa mise en œuvre et l'intérêt des investisseurs pour renflouer la société en fonds propres (le fameux « capital retournement »).

Mais plus que prévoir cette possibilité, la loi aurait pu l'encourager — dans le cadre des procédures collectives — notamment par des incitations fiscales (au regard par exemple de l'imposition née du remboursement de la créance du fait de sa conversion, ou de la plus-value éventuelle sur la cession de titres issus de la conversion).

Est-ce pour la prochaine fois ?

Philippe de LANNOY

*Associé
Remedial*

LE SORT DES CONTRATS DE TRAVAIL DANS LA LOI DE SAUVEGARDE DES ENTREPRISES

Les salariés sont concernés au premier chef lorsque leur entreprise connaît des difficultés. En effet, bien souvent « difficultés » rime avec « licenciement ». La loi du 26 juillet 2005 ne modifie que peu le sort des salariés confrontés à une procédure collective. Les dispositions concernant les contrats de travail sont disséminées au détour des articles du Code de commerce. Le volet social de la loi de sauvegarde des entreprises que certains appelaient de leurs vœux n'a pas vu le jour (1). La procédure de sauvegarde, mesure phare de cette loi, permettra-t-elle réellement de limiter les liquidations et donc les suppressions d'emplois ? L'avenir nous le dira.

Le lecteur averti percevra néanmoins quelques évolutions dont certaines ne sont pas sans importance. Nous pouvons ainsi évoquer la fin du difficile combat judiciaire des salariés d'une entreprise en liquidation judiciaire, licenciés à titre préventif, dont le contrat de travail est finalement transféré à un autre employeur. De même, les accords de méthode consacrés par la loi de cohésion sociale verront peut-être dans la procédure de sauvegarde le terreau idéal pour s'implanter.

À l'heure de la réforme qu'en est-il des contrats de travail ? Trois situations peuvent se présenter selon que le contrat fait l'objet d'une poursuite (I), d'une rupture (II) ou d'un transfert (III). Quels sont donc, dans chacune de ces situations, les recours dont disposent les salariés (IV) ?

I. La poursuite des contrats de travail

Dans la perspective d'une procédure collective, les contrats de travail ne sont pas des contrats comme les autres, c'est ce que rappelle l'article L. 622-13 du Code de commerce. En effet, contrairement à ce qui est prévu pour les autres contrats en cours lors de l'ouverture d'une procédure collective, l'administrateur ne peut librement exiger l'exécution des contrats de travail, ou renoncer à leur continuation. Entreprise en difficulté ou non, les contrats de travail sont maintenus. Ce n'est qu'à titre exceptionnel, et sous le contrôle du tribunal de la procédure, que l'administrateur peut mettre fin aux contrats de travail en prononçant des licenciements pour motif économique (2).

Il suffit de se référer à la jurisprudence de la Cour de cassation :

— « l'ouverture d'une procédure collective n'est pas une cause de rupture du contrat de travail » (3) ;

— l'ouverture d'une procédure ne constitue pas la force majeure qui permettrait de mettre fin à un contrat à durée déterminée (4).

C'est clair, l'ouverture d'une procédure collective est sans effet sur le contrat de travail des salariés.

Par cette position catégorique, la chambre sociale de la Cour de cassation affirme que l'objet des procédures collectives est avant tout de permettre le maintien de l'activité économique et donc, des emplois. Et la loi du 26 juillet 2005 nous le rappelle, la procédure de sauvegarde, comme la procédure de redressement judiciaire sont destinées « à la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif » (5).

Le paiement des salaires doit alors intervenir à l'échéance et de façon privilégiée à toutes les autres créances (6). Toutefois, ces créances ne sont pas garanties par l'AGS en cas de non paiement par l'entreprise. Cette dernière est en effet présumée pouvoir faire face à ses charges sociales.

Néanmoins la pratique nous révèle que c'est loin d'être systématiquement le cas. C'est pourquoi ces créances peuvent tout de même être garanties par l'AGS lorsque la liquidation judiciaire de l'entreprise est finalement prononcée par le tribunal.

En cas de non paiement de leurs salaires, les salariés peuvent saisir le juge des référés. Toutefois, même si la juridiction fait droit à leurs demandes, la décision risque d'être privée d'effet si l'entreprise ne dispose pas des fonds suffisants pour faire face à ces créances. C'est pourquoi les salariés peuvent préférer prendre acte de la rupture du contrat de travail aux torts de l'employeur en application de la désormais célèbre jurisprudence Mocka (7) et saisir le conseil de prud'hommes aux fins d'obtenir des dommages et intérêts pour rupture abusive ainsi que le paiement de leurs salaires.

L'ouverture d'une procédure collective n'a en conséquence, en principe, pas d'incidence sur les contrats de travail. Cependant la situation de l'entreprise peut imposer la mise en œuvre de licenciements.

II. La rupture du contrat de travail

Des licenciements économiques peuvent être mis en œuvre dans des conditions différentes selon la situation de l'entreprise.

A. La procédure de sauvegarde : une procédure de licenciement de droit commun

Contrairement aux procédures de redressement ou de liquidation judiciaire, la procédure de sauvegarde, grande nouveauté de la loi du 26 juillet 2005, ne bénéficie pas d'un traitement particulier au regard du droit du travail.

(1) *Le maintien de l'emploi en cas de transfert de l'entreprise en difficulté. 1985 - 2005 : un bilan ; une réforme ?*, A. Mazeaud, *Lamy Dr. Aff.*, mars 2005, n° 80.

(2) *Les licenciements pour motif personnel demeurent possibles dès lors qu'ils reposent sur une cause réelle et sérieuse.*

(3) *Cass. soc.*, 5 octobre 1999, *Bouteloup c/ Canet*, ès qualité de liquidateur de la société *Fonderies Fontaine Despas*, pourvoi n° 96-40.746.

(4) *Cass. soc.*, 6 mai 1998, *Parsy et a. c/ Football Club de Tours*, pourvoi n° 96-40.867.

(5) *C. com.*, art. L. 620-1 et L. 631-1.

(6) *C. com.*, art. L. 622-17.

(7) *Cass. soc.*, 26 septembre 2002, *Mocka c/ association sportive de Boyardville*.

La procédure de sauvegarde est ouverte aux entreprises qui rencontrent des difficultés, mais qui ne sont pas encore en état de cessation des paiements. Dès lors, les licenciements — que ce soit pour motif personnel ou pour motif économique — qui interviendraient pendant cette période sont soumis au droit commun tant en ce qui concerne la procédure que la motivation du licenciement.

La commission des lois de l'Assemblée nationale a bien tenté d'autoriser et de faciliter la mise en œuvre de licenciements pour motif économique dans le cadre de la procédure de sauvegarde. L'amendement défendu par Xavier de Roux tendait à inciter à la négociation d'accords de méthode à défaut desquels se seraient appliqués les délais de consultation des représentants du personnel de l'article L. 321-9 du Code du travail.

Sans succès. Cet amendement a été retiré en cours de discussion, notamment du fait de l'opposition du gouvernement qui estimait que le but de la réforme était précisément d'anticiper les difficultés pour éviter les suppressions d'emplois (8).

Cet amendement ayant été rejeté, le texte ne prévoit aucune règle particulière en ce qui concerne la mise en œuvre de licenciements pour motif économique dans le cadre de la procédure de sauvegarde. Dès lors, si le chef d'entreprise souhaite procéder à des licenciements, il lui appartiendra tant de justifier la nécessité de supprimer des postes que de caractériser les difficultés économiques rencontrées (9).

Il n'en demeure pas moins que les accords de méthode prévus par l'article L. 320-3 du Code du travail tel qu'il résulte de la loi du 18 janvier 2005 pourraient trouver ici un terrain fertile pour se développer.

En effet, les partenaires sociaux peuvent dorénavant conclure des accords au niveau de l'entreprise, du groupe ou de la branche ayant pour objet de fixer les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise applicables en cas de licenciements collectifs, voire de déterminer les conditions dans lesquelles l'établissement du plan de sauvegarde de l'emploi fera l'objet d'un accord et même anticiper le contenu de celui-ci.

Les chefs d'entreprise peuvent en conséquence y voir une opportunité de déterminer à froid des modalités de consultation du comité d'entreprise plus rapides que celles prévues par les livres III et IV du Code du travail, voire déjà de poser les grandes lignes d'un plan de sauvegarde de l'emploi, lorsque l'entreprise fait l'objet d'une procédure de sauvegarde.

La pratique nous dira si les entrepreneurs saisiront cette opportunité. Les PME, qui représentent le plus gros volant d'entreprises en difficulté, bien souvent privées de représentation syndicale, pourront également être concernées par ces accords si des négociations interviennent au niveau des branches professionnelles.

Le Code de commerce dispose que lorsque le plan de sauvegarde prévoit des licenciements pour motif économique, il rappelle les mesures déjà intervenues et définit les actions à entreprendre en vue de faciliter le reclassement et l'indemnisation des salariés dont l'emploi est menacé (10).

Cette disposition paraît redondante avec la nécessité d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi. Elle semble simplement destinée au tribunal qui devra prendre en compte la situation de l'emploi avant d'arrêter un plan de sauvegarde.

Il sera néanmoins souligné que le plan de sauvegarde peut prévoir la cession d'une ou de plusieurs activités de l'entreprise (11). Ces cessions sont soumises aux dispositions de la section 1 du chapitre II du titre IV de la loi développées *infra*. Des licenciements peuvent s'inscrire dans le cadre de ces cessions et sont alors soumis aux dispositions dérogatoires des articles L. 321-8 et L. 321-9 du Code du travail.

B. Le redressement et la liquidation judiciaires : une procédure de licenciement exceptionnelle

Les licenciements prononcés dans le cadre d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire — pendant la période d'observation ou dans le cadre du plan de redressement ou de liquidation — doivent être autorisés par le tribunal de la procédure.

La période d'observation est une période d'analyse. Elle ne doit en principe avoir aucune incidence sur l'exécution des contrats de travail. Comme la loi de 1985, la loi du 26 juillet 2005 n'autorise que de façon restrictive le recours aux licenciements pour motif économique pendant la période d'observation.

Les licenciements doivent présenter un « caractère urgent, inévitable et indispensable » et être autorisés par le juge-commissaire (12).

L'autorisation du juge-commissaire est impérative. Le licenciement pour motif économique qui serait prononcé en l'absence d'autorisation du juge-commissaire est dépourvu de cause économique (13).

Quant au redressement et à la liquidation de l'entreprise, ce sont les phases de décisions quant à l'éventuelle poursuite de l'activité de l'entreprise et ses modalités.

[8] La procédure de sauvegarde française se distingue ainsi de la procédure de sauvegarde américaine qui a pour objet d'apurer le passif et autorise à cet effet le chef d'entreprise à négocier une réduction de leur rémunération avec ses salariés ou à procéder à des licenciements.

[9] Certains (DP *Difficultés des entreprises*, Bull. 263 du 20 septembre 2005, p. 5027) suggèrent, par analogie avec la jurisprudence développée en matière de redressement ou de liquidation judiciaire que la simple référence au plan de sauvegarde pourrait être suffisante au regard des exigences de motivation du licenciement. Il ne nous paraît pas prudent de se contenter de cette référence. En effet, contrairement au plan de redressement, le plan de sauvegarde n'autorise pas le chef d'entreprise à procéder à des licenciements. C'est pourquoi il nous semble que la lettre de licenciement doit être motivée selon les exigences habituelles des juridictions sociales.

[10] C. com., art. L. 626-2.

[11] C. com., art. L. 626-1.

[12] C. com., art. L. 631-16.

[13] Cass. soc., 3 mai 2001, pourvoi n° 99-41.813.

Il n'est pas rare que la mise en œuvre de licenciements économiques paraisse nécessaire, non seulement dans le cadre de la liquidation de l'entreprise, mais également dans le cadre d'un plan de redressement.

Ces licenciements sont impérativement autorisés par le tribunal de la procédure. Là encore, le tribunal doit prendre en compte le niveau d'emploi et les perspectives de reclassement avant de prendre sa décision (14).

Les licenciements doivent être prononcés rapidement. Pour être autorisés dans le cadre de la période d'observation, les licenciements doivent présenter un caractère urgent.

Quant aux licenciements intervenant dans le cadre d'un plan de redressement ou de liquidation, ils doivent intervenir dans des délais extrêmement brefs définis par le Code de commerce : un mois en cas de redressement judiciaire ou de plan de cession, quinze jours en cas de liquidation. À défaut, les licenciements sont valables, mais l'AGS ne garantit pas les indemnités dues aux salariés. La responsabilité de l'administrateur ou du liquidateur peut être mise en jeu s'il a licencié les salariés hors de ces délais.

Il est bien évident que l'urgence dans laquelle se trouve l'administrateur judiciaire est freinée par la lourdeur de respecter les différentes procédures du licenciement économique.

En effet, dès lors que plusieurs licenciements sont envisagés, l'administrateur doit informer et consulter les institutions représentatives du personnel dans les conditions du livre III et du livre IV du Code du travail.

C'est ainsi qu'en cas de licenciement collectif, un plan de sauvegarde de l'emploi doit être élaboré. Il a été rappelé que même dans le cadre d'une liquidation judiciaire, l'administrateur a l'obligation de mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi (15). Toutefois la Cour de cassation fait preuve de pragmatisme et considère que « la pertinence du plan de sauvegarde de l'emploi doit être appréciée en fonction des moyens dont dispose l'entreprise » (16). Dans le cadre d'un plan de liquidation, ce seront bien évidemment les solutions de reclassement externe qui devront être privilégiées.

L'administrateur ou le liquidateur doit dès lors avoir consulté les institutions représentatives du personnel et défini avec elles un plan de sauvegarde de l'emploi avant de solliciter l'autorisation du juge-commissaire afin d'être en mesure de prononcer les licenciements dès que le tribunal les aura autorisés.

L'article L. 321-9 du Code du travail déroge aux dispositions de l'article L. 321-3 du Code du travail en autorisant, dans le cadre d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire (17), la tenue d'une seule réunion du comité d'entreprise ou des délégués du personnel le cas échéant. La question des délais reste néanmoins épineuse.

Dans ces conditions, les administrateurs judiciaires sont bien souvent contraints de choisir entre respecter les délais au risque de voir l'AGS refuser d'apporter sa garantie aux indemnités de fins de contrat ou faire vite au risque de voir la procédure de licenciement invalidée, voire annulée.

Généralement le choix fait est celui de la rapidité afin de préserver les intérêts des salariés. C'est alors à la collectivité des employeurs, par l'intermédiaire de l'AGS, qu'incombe l'indemnisation des irrégularités de procédure éventuellement commises.

En revanche, la motivation du licenciement est simplifiée. Il n'est pas besoin de rappeler dans la lettre de licenciement les difficultés économiques rencontrées et les incidences de ces difficultés sur l'emploi du salarié concerné. Il suffit que la lettre fasse référence à l'ordonnance du juge-commissaire autorisant les licenciements (18). Toutefois, la lettre doit impérativement faire mention de l'ordonnance du juge-commissaire autorisant les licenciements et ne peut se contenter de viser l'autorisation du juge-commissaire sans préciser sa nature, ni sa date (19).

Par ailleurs, l'autorisation du juge-commissaire ne dispense pas l'administrateur de toute diligence. Bien au contraire.

Dès lors que plusieurs licenciements sont envisagés, l'administrateur ou le liquidateur doit définir et respecter les critères fixant l'ordre des licenciements, ce qui peut être parfois délicat.

En effet, bien souvent en cas de cession, le repreneur a tendance à dresser une liste des salariés qu'il entend voir transférer. Le mandataire ne peut se contenter de viser cette liste sans violer l'article L. 321-1-1 du Code du travail. Il peut en conséquence être conduit à définir des critères conduisant à imposer au repreneur des salariés qu'il n'entendait pas reprendre (20).

L'administrateur ou le liquidateur doit par ailleurs s'assurer qu'aucun reclassement n'est possible (21). En effet, il sera rappelé que l'article L. 321-1 du Code du travail autorise le recours au licenciement seulement lorsque aucun reclassement n'a pu être proposé au salarié. À défaut, le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse

[14] Cf. notamment, C. com., art. L. 642-2 et L. 642-5.

[15] CA Lyon, 26 février 1998, BVO / Estier et autres.

[16] Cass. soc., 12 novembre 1997, pourvoi n° 95-16.947.

[17] Cet article concerne également les licenciements prononcés au cours de la période d'observation.

[18] Cass. Ass. plén., 24 janvier 2003, pourvoi n° 00-41.741 ; Cass. soc., 5 mai 1998, pourvoi n° 95-40.171. A contrario, Cass. soc., 12 mars 1997, pourvoi n° 95-40.514, mais cet arrêt semble devoir être regardé comme un arrêt d'espèce car il s'agissait d'un salarié bénéficiant de la protection applicable aux victimes d'accident du travail.

[19] Cass. Ass. plén., 24 janvier 2003, pourvoi n° 00-41.741.

[20] V. par exemple Cass. soc., 27 octobre 1998, pourvoi n° 95-42.220.

[21] C. com., art. L. 631-17.

(22). La lettre de licenciement doit dès lors préciser les tentatives infructueuses de reclassement auxquelles a procédé l'administrateur.

III. Le transfert des contrats de travail

Enfin, les contrats de travail peuvent être poursuivis, mais auprès d'un nouvel employeur. En effet, les procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire peuvent donner lieu à cession d'une partie ou de la totalité de l'activité de l'entreprise.

Les dispositions relatives à la cession de l'entreprise sont désormais insérées aux articles L. 642-1 à L. 642-17 du Code de commerce appartenant au titre IV de la loi relatif à la liquidation. Ces dispositions sont applicables à la cession de tout ou partie de l'entreprise dans le cadre d'un plan de redressement ou de sauvegarde.

Le législateur met ainsi fin à la distinction entre cession redressement et cession liquidation et ses effets en ce qui concerne la poursuite du contrat de travail.

A. Rappel de la jurisprudence antérieure

La loi de 1985 distinguait le plan de cession dans le cadre d'un redressement judiciaire et la cession d'éléments d'exploitation s'inscrivant dans le cadre de la liquidation d'une entreprise (23).

Cette intrusion du Code de commerce dans le champ d'application de l'article L. 122-12 deuxième alinéa du Code du travail autorisait certaines dérogations à cet article d'ordre public en ce qui concerne les plans de cession s'inscrivant dans une procédure de redressement judiciaire.

En effet, en cas de cession d'une entreprise, l'article L. 122-12, alinéa 2 du Code du travail impose le transfert de l'ensemble des contrats de travail au repreneur. Les licenciements prononcés avant la cession sont nuls. Pourtant, il était possible dans le cadre du plan de cession de prévoir un apurement des contrats de travail par la mise en œuvre de licenciements.

Le tribunal de commerce pouvait ainsi autoriser certains licenciements économiques dans le cadre du plan de redressement. Cette solution qui s'éloignait de la stricte orthodoxie de l'article L. 122-12, alinéa 2 du Code du travail était conforme à l'article L. 621-64 ancien du Code de commerce aux termes duquel le plan de redressement arrêtaient le nombre de licenciements à intervenir et la catégorie des salariés visés.

C'est ainsi que selon l'expression du conseiller doyen Philippe Waquet, ces licenciements « échappaient au régime de l'article L. 122-

12 » (24). Cette solution dérogatoire au droit commun s'imposait s'agissant de la survie d'une entreprise en difficulté.

Au contraire, aucune dérogation à l'article L. 122-12, alinéa 2 du Code du travail n'était autorisée dans le cadre d'une cession d'unités d'exploitation s'inscrivant dans une procédure de liquidation judiciaire. La Cour de cassation faisait une stricte application de l'article L. 122-12, alinéa 2 du Code du travail (25).

L'offre de reprise ne pouvait en conséquence être soumise à la mise en œuvre de licenciements ce qui a pu être critiqué comme contraire à l'objectif de maintien des emplois. Il était en effet avancé que la recherche d'un repreneur était rendue malaisée par le fait que ce dernier devait assumer la charge de l'ensemble des contrats de travail ou d'éventuels licenciements lui paraissant nécessaires.

Quoi qu'il en soit la Cour de cassation n'est pas revenue sur sa position et a dû se prononcer sur le sort des salariés licenciés par précaution avant la cession des unités de production.

Rappelons que dans le cadre d'une liquidation judiciaire, le liquidateur doit procéder à la notification des licenciements des salariés dans les 15 jours du jugement prononçant la liquidation de l'entreprise. À défaut, les créances salariales ne sont pas garanties par l'AGS et la responsabilité de l'administrateur peut être mise en jeu.

Il était par conséquent fréquent que le liquidateur ait notifié les licenciements avant que le tribunal ne se soit prononcé sur la cession éventuelle d'unités d'exploitation. Dès lors, en cas de cession ultérieure, il apparaissait que les salariés affectés à l'unité cédée auraient dû être transférés.

Aux termes des décisions de la Cour de cassation, les licenciements prononcés avant la cession se trouvaient privés d'effet.

Dès lors que le repreneur entendait effectivement reprendre les contrats de travail de ces salariés, leur situation ne posait guère de difficultés. Mais lorsque le repreneur ne se manifestait pas, contre qui les salariés pouvaient-ils se retourner ? Le repreneur ou l'auteur du licenciement ?

Les deux a tranché la Cour de cassation après quelques hésitations (26). Cette difficulté est désormais supprimée du fait de l'intégration du plan de cession dans la liquidation judiciaire.

B. La situation actuelle

Le plan de cession est désormais intégré dans le processus de liquidation. Il n'existe plus de différence entre le plan de cession et la cession d'unités d'exploitation dans le cadre de la liquidation d'une entreprise. Toute cession intervient dans le cadre d'un plan de cession et est en conséquence inscrite dans un processus judiciaire fort.

[22] Cass. soc., 8 juin 1999, pourvoi n° 96-44.811.

[23] C. com., anciens art. L. 621-62 et L. 621-83.

[24] Ph. Waquet, rapport sous l'arrêt Guernonprez, Cass. soc., 20 janvier 1998, pourvoi n° 95-40.812, JCP E. 1998, p. 565.

[25] Cass. soc., 27 octobre 1999, Josselin c/ sociétés L'Esquimaux et la Dunoise, pourvoi n° 97-43.194.

[26] Cass. soc., 20 janvier 1998, Guernonprez, Dr. soc. 1998, p. 297, obs. R. Vatinet ; 20 mars 2002, Maldonado, Dr. soc. 2002, p. 519 ; 11 mars 2003, Voisin, Dr. soc. 2003, p. 480.

Le juge-commissaire peut désormais, même en cas de liquidation de l'entreprise, autoriser des licenciements qui ne seront pas remis en cause par le transfert d'entreprise. Ces licenciements sont expressément autorisés par le nouvel article L. 642-5 du Code de commerce en ce qui concerne la liquidation judiciaire, comme ils le sont par l'article L. 631-19 du Code de commerce en ce qui concerne le redressement judiciaire.

Le sort des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise est dorénavant unifié dans le cadre du redressement judiciaire ou de la liquidation judiciaire, et même de la procédure de sauvegarde.

En cas d'adoption d'un plan de cession, le liquidateur doit procéder aux licenciements prévus par le plan et autorisés par le juge-commissaire dans un délai d'un mois à compter de l'adoption du plan (articles L. 642-5 du Code de commerce et L. 143-11-1 du Code du travail applicable à compter du 1^{er} janvier 2006).

C'est la procédure de licenciement des articles L. 321-8 et L. 321-9 du Code du travail qui doit être respectée.

Il sera souligné que ces dispositions sont également applicables aux cessions d'activité dans le cadre d'un plan de sauvegarde. Par conséquent, au contraire des autres licenciements prononcés lors d'une procédure de sauvegarde, les procédures de licenciements mises en œuvre à l'occasion de la cession d'une partie de l'activité de l'entreprise prévue par un plan de sauvegarde sont soumises aux dispositions des articles L. 321-8 et L. 321-9 du Code du travail.

IV. Les recours des salariés

L'ouverture d'une procédure collective peut en conséquence avoir des incidences en termes de paiement des salaires, de licenciement, de transfert des contrats de travail, toutes situations susceptibles de donner lieu à contestation de la part des salariés concernés.

Lorsque le licenciement économique s'inscrit dans le cadre d'une procédure collective, l'action dont le salarié dispose pour contester les motifs de son licenciement devant le conseil de prud'hommes perd beaucoup de son intérêt. Les organisations syndicales peuvent en conséquence prendre le relais. Elles ont en effet la possibilité de contester le cas échéant le plan de sauvegarde de l'emploi, voire de critiquer le plan arrêté par le tribunal.

A. La contestation du licenciement

En cas de redressement ou de liquidation, le contrôle du motif des licenciements est transféré du juge prud'homal au juge de la procédure collective. En effet, dès lors que le licenciement est autorisé par ordonnance du juge-commissaire, les salariés ne peuvent plus contester devant le conseil de prud'hommes, ni la suppression d'emploi, ni les difficultés économiques (27).

L'intervention du juge-commissaire prive ainsi le juge prud'homal de tout contrôle sur le motif économique du licenciement (28). Il ne peut en être autrement que si le salarié établit que l'ordonnance du juge-commissaire a été obtenue par fraude, notamment en prouvant que des embauches ont été faites postérieurement aux licenciements (29).

La loi du 26 juillet 2005 est muette sur la possibilité de contester l'ordonnance du juge-commissaire. Les décrets n'évoquent pas plus la question. Il semble toutefois difficilement envisageable que les salariés ne puissent pas former appel de cette décision alors qu'elle ne peut être contestée devant le juge prud'homal (30).

Le conseil de prud'hommes reste néanmoins compétent pour apprécier la motivation de la lettre de licenciement, le respect des critères d'ordre, de l'obligation de reclassement, de la procédure de licenciement...

B. La contestation du plan de sauvegarde de l'emploi

Les organisations syndicales ou les représentants du personnel peuvent par ailleurs contester la validité du plan de sauvegarde de l'emploi devant le juge judiciaire. Cette solution classique dans le droit commun des licenciements pour motif économique s'applique également aux licenciements économiques prononcés dans le cadre d'une procédure collective (31). Ce recours est également ouvert aux salariés concernés par les licenciements.

Ce recours est loin d'être dénué d'intérêt. En effet, dès lors que le plan de sauvegarde de l'emploi est insuffisant, ou inexistant, ou résulte d'une procédure irrégulière, il est entaché de nullité et invalide les licenciements qui en résultent (32). Les salariés dont le licenciement a été prononcé à la suite de ce plan doivent être réintégrés ce qui n'est pas sans poser de nombreuses difficultés notamment lorsque l'entreprise a disparu du fait d'une liquidation (33).

[27] Cass. soc., 2 mai 2000, *Dudkiewicz c/ Michel* ès qualité d'administrateur judiciaire de la société Meubles Kuom, pourvoi n° 97-41.974 ; 9 juillet, 1996, *Dudkiewicz c/ Michel* es qualité d'administrateur judiciaire de la société Meubles Kuom, pourvoi n° 93-41.877.

[28] Cass. soc., 9 juillet 1996, pourvoi n° 93-41.877.

[29] Cass. soc., 2 juin 2004, *RJS* 8-9/04, n° 899, Cass. soc., 27 octobre 1998, pourvoi n° 95-42.221.

[30] Ce recours était prévu par l'article 25, alinéa 3 du décret du 27 décembre 1985.

[31] Cass. soc., 14 octobre 1997, *Bull. civ. V*, n° 312.

[32] Cass. soc., 13 février 1997, pourvois n° 96-41.874 et n° 95-16.648.

[33] Ainsi, *Cons. prud'h. Soissons, Volber*, 5 novembre 2004, le Conseil de prud'hommes de Soissons avait imposé la réintégration de salariés alors que le site qui les employait avait été fermé.

C'est pourquoi une exception au principe de la réintégration a été intégrée à l'article L. 122-14-4 du Code du travail par la loi du 18 janvier 2005 : lorsque la réintégration est devenue impossible, notamment du fait de la fermeture de l'établissement ou du site ou de l'absence d'emploi disponible de nature à permettre la réintégration du salarié, le salarié ne peut prétendre qu'à une indemnité minimale de douze mois de salaires.

C. La contestation du plan de sauvegarde, redressement, cession ou liquidation

Enfin, les représentants du personnel qui contesteraient certaines mesures de licenciements peuvent contester les décisions statuant sur la liquidation judiciaire de l'entreprise ou arrêtant ou rejetant le plan de sauvegarde ou le plan de redressement devant la Cour d'appel (34).

Cette possibilité est également ouverte au représentant des salariés en l'absence de comité d'entreprise ou de délégués du personnel afin de préserver ces possibilités de recours dans les PME très souvent dépourvues de représentation syndicale.

Conclusion

Le droit collectif du travail propose des outils variés et intéressants. Cependant, lorsqu'une entreprise est impécunieuse, ces outils deviennent plutôt des freins, des entraves, des coûts. Toute la difficulté du droit du travail dans le cadre des procédures collectives est de maintenir un formalisme permettant le respect des droits des salariés, la souplesse en ce qui concerne les nécessités économiques de l'entreprise et la couverture de la responsabilité des administrateurs.

De toute évidence, la loi du 26 juillet 2005 n'a pas réglé le problème des juristes en droit social. Le licenciement reste un casse-tête. Cette loi a néanmoins le mérite d'unifier le régime des cessions d'une ou plusieurs activités de l'entreprise et par voie de conséquence la situation des salariés dont le contrat de travail est transféré.

Magali DELTEIL

Laurence LAUTRETTE

Associés

Avocats au Barreau de Paris

Clé réseau d'avocats

(34) C. com., art. L. 661-1.

Petites affiches
La Loi ■ Le Quotidien Juridique

RECEVEZ LE JOURNAL

➤ **5 FOIS PAR SEMAINE**

- la doctrine, les notes et les chroniques rédigées par des universitaires de renom et les meilleurs praticiens du droit,
- l'actualité professionnelle et législative,
- les informations légales pour suivre la vie juridique des sociétés,

➤ les numéros spéciaux
➤ les dossiers de l'Europe

RECHERCHER SUR LE CD-ROM ANNUEL

- Accédez instantanément à l'ensemble du rédactionnel des Petites affiches publié depuis 1994 de chez vous, lors de vos déplacements, sans connexion internet.
- Un mode de recherche "full-text" et une ergonomie soignée offrent un accès facile et une exploitation pratique des informations publiées.

CONSULTEZ LES ARCHIVES EN LIGNE sur Lextenso.fr

- Menez vos recherches par mot-clé, date ou auteur directement en ligne, en bénéficiant d'un fonds documentaire réactualisé en permanence.
- Accédez sans limite aux 10 dernières années de fonds documentaire des Petites affiches et consultez les résultats de vos recherches dans nos 6 bases partenaires de référence :

➤ Gazette du Palais	➤ Répertoire Defrénois
➤ Bulletin Joly Bourse	➤ Bulletin Joly Sociétés
➤ Revue des Contrats	➤ Revue Générale du droit des Assurances.

Petites affiches - Service Diffusion
2, rue Montesquieu 75041 Paris CEDEX 01
TÉL. : 01 42 61 88 00 - FAX : 01 42 92 03 91
Email : diffusion@petites-affiches.com

1054745 - 01/2006 ARTI 024978

LOI DE SAUVEGARDE DES ENTREPRISES : LE POINT DE VUE DE L'AGS

La loi de sauvegarde des entreprises portant réforme du droit des procédures collectives, a été publiée au JO du 27 juillet 2005 et est entrée en application depuis le 1^{er} janvier 2006. Le décret d'application daté du 28 décembre 2005 est également paru.

Cette étape constitue l'aboutissement d'un long processus de concertation entre les pouvoirs Publics, les professionnels des procédures collectives et l'ensemble des partenaires, pour élaborer un texte adapté aux besoins des entreprises rencontrant des difficultés et facilitant leur redressement durable.

L'enjeu est de taille puisqu'il s'agit de réagir au poids excessif des liquidations judiciaires, entraînant la disparition de nombreuses entreprises et la suppression corrélative des emplois.

Dans le contexte économique actuel, tous les facteurs conduisant à un accroissement du chômage ne peuvent pas laisser indifférents les pouvoirs publics et les acteurs économiques.

La délégation Unédic AGS, dont la mission consiste à procéder à l'avance de fonds pour le règlement des créances impayées, résultant de l'exécution du contrat de travail, a participé activement à la réflexion sur l'introduction de mécanismes permettant d'atteindre les objectifs recherchés. La démarche de la délégation Unédic AGS s'inscrit dans le cadre du mandat de gestion qu'elle tient de l'AGS (Association pour la gestion du régime de garantie des salaires).

Ces échanges se sont concentrés sur la conception innovante de la procédure de sauvegarde avec toutes ses implications. L'idée d'origine a été empruntée au dispositif des faillites américain (le célèbre chapitre 11), mais il a fallu l'adapter aux spécificités du droit français ainsi qu'aux particularités de l'économie française.

En conséquence, la procédure de sauvegarde s'inscrit pleinement dans la logique du traitement préventif des difficultés des entreprises et il est très vite apparu que le succès de la procédure de sauvegarde était largement subordonné à l'intervention du régime de garantie (AGS). Ce point a néanmoins suscité un vif débat entre les représentants de l'AGS et les pouvoirs public, dès lors qu'il était exclu que le recours à la garantie en procédure de sauvegarde soit purement et simplement calqué sur le régime juridique existant pour les redressements et liquidations judiciaires, puisque l'entreprise n'est pas en cessation des paiements. La première version des textes présentés par les pouvoirs publics le laissait effectivement penser.

La présente note développera successivement les points suivants :

- la spécificité de la procédure de sauvegarde et ses conséquences pour l'AGS ;
- les modalités de l'intervention de l'AGS ;
- la situation de l'AGS en qualité de créancière ;
- la mise en cause de l'AGS dans les contentieux prud'homaux.

I. Les conséquences de la procédure de sauvegarde pour l'AGS

La procédure de sauvegarde est conçue comme une nouvelle procédure collective et a vocation à faciliter le traitement préventif des

difficultés des entreprises. Le chef d'entreprise prend ainsi l'initiative de solliciter auprès de la juridiction compétente l'ouverture de la procédure de sauvegarde, alors qu'il ne se trouve pas en état de cessation des paiements.

Cette situation représente une rupture avec les conditions juridiques posées par les redressements ou liquidations judiciaires. À ce stade, il est important que la juridiction saisie s'assure de la réalité des difficultés invoquées, lesquelles pourraient conduire à un état de cessation des paiements (C. com., art. L. 620-1).

Le risque serait effectivement que certains chefs d'entreprise utilisent abusivement le bénéfice de la procédure de sauvegarde, en provoquant une distorsion dans les règles de la concurrence.

La délégation Unédic AGS a identifié cette difficulté depuis l'origine et a fait valoir à ses interlocuteurs la nécessité de prévoir un contrôle renforcé des conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde.

L'attente des représentants de l'AGS consistait à faire préciser dans le texte de loi, le caractère dérogoire de la procédure de sauvegarde du point de vue de la mise en œuvre de la garantie. En effet, le chef d'entreprise est confirmé dans ses prérogatives et continue à assumer la gestion de l'entreprise avec le concours des mandataires de justice. La poursuite de l'activité reste donc de la responsabilité du dirigeant et il doit en être tenu compte.

II. Les modalités de l'intervention de l'AGS

La rédaction de l'article L. 143-11-1, alinéa 2 1^o du Code du travail a ainsi été revue pour exclure toute prise en charge des sommes éventuellement dues au jour du jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde (salaires ou autres).

En théorie, il ne devrait pas exister de salaires impayés à la date du jugement d'ouverture (s'il en existe, la trésorerie de l'entreprise doit être suffisante pour assumer cette charge courante, en l'absence de toute possibilité de faire appel à l'intervention de l'AGS).

Il appartient alors à l'entreprise et aux mandataires de justice de trouver les solutions pour faire face à un passif salarial éventuel.

À l'inverse, l'intervention du régime de garantie est effectivement possible pendant la période d'observation, mais elle reste strictement encadrée et répond à des critères très précis, tenant à la nature des créances garanties : il s'agit des seules indemnités de rupture consécutives aux licenciements pour motif économique prononcés pendant la période d'observation ou dans le mois suivant l'arrêt du plan de sauvegarde.

L'intervention de l'AGS s'insère complément dans les mesures de réorganisation de l'entreprise décidées pendant la période d'observation, et les licenciements pour motif économique s'inscrivent dans ce cadre.

La loi mentionne également que la garantie de l'AGS s'exerce en procédure de sauvegarde dans les limites des plafonds de garantie de l'article D. 143-2 du Code du travail (plafonds 4-5 et 6).

Le législateur a prévu un renforcement du contrôle de subsidiarité dans l'intervention de l'AGS (L. 143-11-7, alinéa 7 du Code du travail). En dépit, de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, l'AGS sera à même de s'assurer de la réalité des difficultés de l'entreprise à assumer le coût financier des licenciements réalisés par le dirigeant avec le concours des mandataires de justice.

L'AGS est donc investie par la loi d'un droit autonome (C. com., art. L. 625-9) à discuter les conditions de son intervention au cas où les justificatifs fournis ne mettraient en évidence ni l'insuffisance des fonds dont dispose l'entreprise, ni la réalité des difficultés rencontrées par l'entreprise pour supporter le coût des licenciements de la période d'observation ou ceux consécutifs à l'adoption du plan de sauvegarde.

En conséquence, il n'existe pas d'automatisme entre l'ouverture d'une procédure de sauvegarde et la prise en charge des indemnités de rupture par l'AGS.

III. La situation de l'AGS en qualité de créancière

L'AGS ne fait pas partie des comités des créanciers, créés à l'ouverture de la procédure de sauvegarde. Cette situation pouvait soulever au départ des interrogations quant au sort des créances de l'AGS, lesquelles ne figuraient pas dans les prévisions du plan de sauvegarde.

Pour répondre à cette légitime préoccupation de l'AGS, le législateur (article 178 de la loi modifiant l'article L. 143-11-9 du Code du travail) a prévu que l'AGS était subrogée dans les droits des salariés pour l'ensemble des créances avancées quelle que soit la nature de la créance.

D'autre part, il est précisé qu'il s'agit de créances nées postérieurement au jugement d'ouverture et qu'elles relèvent à ce titre des dispositions de l'article L. 621-32 du Code de commerce (article L. 622-17 du nouveau Code de commerce).

Il était logique que le législateur se préoccupe du sort des créances de l'AGS puisque celle-ci est conduite à assumer une charge supplémentaire à travers son intervention financière dès le stade de la procédure de sauvegarde, alors que l'entreprise ne se trouve pas en état de cessation des paiements.

Il est désormais attendu de l'administrateur judiciaire et du chef d'entreprise la prise en compte du remboursement des créances de l'AGS, hors plan de sauvegarde.

IV. La mise en cause de l'AGS dans les contentieux prud'homaux

Dans le cadre de la procédure de sauvegarde, la mise en cause de l'AGS n'est plus systématique dans les contentieux prud'homaux. En effet, l'entreprise poursuit son activité et le dirigeant est pleinement responsable du fonctionnement de l'entreprise, y compris des litiges salariaux.

Il en ressort plusieurs conséquences :

— la non-mise en cause de l'AGS dans les contentieux en cours à la date du jugement d'ouverture est supprimée ;

— l'AGS n'est pas mise en cause non plus dans les contentieux nés pendant la période d'observation en procédure de sauvegarde lorsqu'ils portent notamment sur les circonstances des licenciements et leurs suites ;

— enfin, la mise en cause de l'AGS reste en vigueur dans les litiges nés d'un refus d'avance de la part de l'AGS au profit de créances entrant dans le champ de la garantie.

Le législateur a ainsi réaffirmé le droit propre de l'AGS à contester les conditions de son intervention. La classification opérée semble cohérente avec les caractéristiques de la procédure de sauvegarde, qui maintient le dirigeant à la tête de son entreprise.

En conclusion, le détail de la procédure de sauvegarde est désormais connu et il reste à mesurer les effets pratiques de sa prochaine application.

D'une manière générale, les praticiens des procédures collectives en attendent une amélioration rapide et significative du traitement préventif des difficultés des entreprises. L'AGS y apportera sa contribution en facilitant la réorganisation de l'entreprise, par la prise en charge des indemnités de rupture. Le succès de la procédure de sauvegarde dépendra également de l'amélioration de l'environnement économique général.

À terme, il est possible d'espérer une diminution des suppressions d'emploi liées à la disparition des entreprises liquidées. La sagesse des différents acteurs impliqués devra empêcher que le système ne soit dévoyé.

Thierry METEYE

Directeur de la délégation Unédic AGS

LES CAUTIONS À L'ÉPREUVE DE LA LOI DE SAUVEGARDE : CAUTIONNERA BIEN QUI PRÉVIENDRA LE PREMIER...

Héritière sur ce point de la loi n° 94-475 du 10 juin 1994, la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005, dite « de sauvegarde des entreprises », se livre à un périlleux exercice d'équilibriste consistant à redonner, dans certains cas, de l'importance aux créanciers tout en responsabilisant le chef d'entreprise et en protégeant par là même les intérêts des cautions, des coobligés et des personnes ayant donné une garantie autonome.

Si cette nouvelle loi conserve toujours la notion de cessation des paiements, elle institue différentes mesures de sauvegarde qui ont pour vocation à s'appliquer aux différents stades des difficultés de l'entreprise et ce en privilégiant la prévention.

L'objectif est en effet clairement exprimé : permettre aux chefs d'entreprises d'anticiper leurs difficultés économiques et financières et privilégier ainsi la conclusion d'un accord amiable entre le débiteur et ses créanciers.

Le dirigeant, qui s'est souvent porté personnellement caution avec des membres de sa famille, sera d'autant plus disposé à déclarer rapidement les difficultés de son entreprise, qu'il aura la certitude qu'en tant que garant, il profitera de l'accord amiable.

C'est ce qu'a voulu le législateur dans la rédaction de l'article L. 611-10 du Code de commerce qui prévoit désormais que « les coobligés et les personnes ayant consenti un cautionnement ou une garantie autonome peuvent se prévaloir des dispositions de l'accord homologué par le tribunal ».

De la même manière, l'article L. 626-11 du Code de commerce stipule que « à l'exception des personnes morales, les coobligés et les personnes ayant consenti un cautionnement ou une garantie autonome peuvent se prévaloir du plan de sauvegarde ».

À l'inverse, l'article L. 631-20 du Code de commerce prévoit que « par dérogation aux dispositions de l'article L. 626-11, les coobligés et les personnes ayant consenti un cautionnement ou une garantie autonome ne peuvent se prévaloir des dispositions du plan ».

La combinaison de ces trois textes fait apparaître clairement que le redressement judiciaire et son plan de continuation sont sacrifiés sur l'autel de la prévention et ce au grand bénéfice de la conciliation et de la sauvegarde et par là même des cautions, des coobligés et des personnes ayant donné une garantie autonome.

I. Les cautions et les coobligés peuvent se prévaloir de l'accord de conciliation

Les cautions, les coobligés et les personnes ayant consenti une garantie autonome peuvent se prévaloir des dispositions de l'accord homologué.

Une solution identique avait déjà été adoptée en matière de règlement amiable par la Cour de cassation (1).

Cette règle se comprend aisément si l'on veut inciter le chef d'entreprise, qui s'est généralement porté caution, à déclarer rapidement ses difficultés et bénéficier ainsi de l'accord homologué en tant que garant.

Elle évite aussi que les créanciers ne soient tentés d'accorder dans le cadre d'un accord amiable, des remises ou des délais trop importants tout en sachant qu'ils pourraient en même temps se retourner contre le garant pour l'intégralité de leur créance.

Il convient de noter que ce sont toutes les personnes ayant consenti un cautionnement ou une garantie autonome qui sont concernées par cet article L. 611-10, sans distinction entre les personnes physiques ou morales, de droit privé ou de droit public.

L'objectif étant d'inciter également les groupes de sociétés, dont les sociétés mères sont souvent garantes de leurs filiales, à déclarer au plus vite les difficultés rencontrées par ces dernières.

Une prime est ainsi donnée à la transparence et à la prévention dans des situations où opacité et tardiveté ont par le passé souvent rendu toute restructuration impossible.

Les garanties à première demande étant également visées, il est fort à parier que les établissements de crédit inciteront fortement les entreprises qu'elles ont garanti à agir préventivement afin de pouvoir bénéficier d'accords homologués.

Peut-être assisterons-nous alors aux prémices d'un véritable rôle de conseil de la part des établissements de crédit au niveau de la prévention, ces derniers ne se contentant plus d'un simple rôle de dispensateur de crédit.

Ces nouvelles règles risquent en revanche de réduire considérablement la portée et l'efficacité de ce type de garanties autonomes qui désormais pourront être mises en échec par le jeu d'un accord amiable homologué.

Les cocontractants, nous n'en doutons pas, tenteront vraisemblablement d'insérer des clauses de renonciation à ce texte dans leurs conditions générales, afin d'éviter que la banque leur oppose les dispositions de l'accord homologué.

Se posera alors le problème de la validité d'une telle clause dans la mesure où cette disposition de la loi de sauvegarde a vocation à être d'ordre public.

II. Les cautions et les coobligés peuvent se prévaloir du plan de sauvegarde

Dans le cadre de la procédure de sauvegarde, les personnes morales s'étant portées cautions ou garantes autonomes, ne peuvent pas se prévaloir des dispositions du plan de sauvegarde, qui ne concernent que les personnes physiques.

(1) Cass. com., 5 mai 2004, Bull. civ. IV, n° 84.

Cette règle vient limiter la critique précédente et évitera que la société mère qui s'est portée garante de sa filiale ne puisse se prévaloir du plan de sauvegarde.

Il ne restera plus à la société mère en pareil cas qu'à négocier directement avec le créancier concerné.

En outre l'ouverture d'une procédure de sauvegarde entraîne des conséquences à l'égard des cautions.

En effet, l'article L. 622-28 du Code de commerce prévoit que le jugement d'ouverture arrête le cours des intérêts légaux et conventionnels, ainsi que de tous intérêts de retard et majorations, à moins qu'il ne s'agisse des intérêts résultant de contrats de prêt conclus pour une durée égale ou supérieure à un an ou de contrats assortis d'un paiement différé d'un an ou plus.

Ce texte permet aux personnes physiques cautions, coobligés ou ayant donné une garantie autonome de se prévaloir, pendant la période d'observation de l'arrêt du cours des intérêts pour certains contrats prévus à l'alinéa 1^{er} de l'article L. 621-28.

Il en est de même en ce qui concerne l'alinéa trois de ce texte qui concerne tant la sauvegarde que le redressement judiciaire.

III. Les cautions et coobligés ne peuvent pas se prévaloir du plan de redressement judiciaire

La Cour de cassation avait considéré qu'en vertu des dispositions de l'article L. 621-65 du Code de commerce, les cautions non solidaires pouvaient se prévaloir des dispositions du plan de redressement judiciaire.

Il y avait donc une différence entre le cautionnement simple, qui pouvait se prévaloir du plan de redressement, et le cautionnement solidaire qui ne pouvait pas s'en prévaloir.

Désormais l'article L. 631-20 du Code de commerce stipule que tous les coobligés, les cautions et les garants à première demande ne peuvent se prévaloir des dispositions du plan.

Cette solution apparaît logique si on veut privilégier dans le cadre de la sauvegarde le fort aspect conventionnel des remises ou délais consentis par les créanciers : ces derniers ne doivent pas pouvoir récupérer auprès des garants ce qu'ils ont accordé dans le cadre de l'accord homologué.

Dans le cadre du redressement, les remises ou délais sont consentis judiciairement, donc imposés, et il est donc logique que les garants ne puissent pas en bénéficier.

IV. Conséquences pour les cautions de la suppression, de l'extinction des créances non ou mal déclarées

L'article L. 622-26 du Code de commerce prévoit qu'à défaut de déclaration, les créanciers ne sont pas admis dans les répartitions et les dividendes, à moins d'un relevé de forclusion sous certaines conditions.

Ce nouveau texte modifie les solutions existant en matière de cautionnement et vient renforcer les droits du créancier.

Jusqu'en 1984, la Cour de cassation décidait que l'absence de production de la créance n'avait aucune influence sur l'engagement de la caution.

Postérieurement à cette date, la Cour suprême opéra un revirement et décida que les créances non produites étaient éteintes, la caution pouvant dès lors opposer cette exception aux créanciers.

Cette solution avait été reprise par la loi du 25 janvier 1985 (C. com., art. L. 621-46, al. 4).

Désormais, la solution est claire : le créancier qui n'a pas déclaré sa créance est simplement privé du droit d'être admis aux répartitions et dividendes.

Sa créance subsiste et il en va de même du cautionnement.

Éric LACASSAGNE

*Avocat au Barreau de Toulouse
cLé réseau d'avocats*

LE SORT DES ASSOCIÉS INDÉFINIMENT RESPONSABLES DES DETTES SOCIALES

L'article L. 624-1 du Code de commerce a été abrogé par la loi du 26 juillet 2005 : lorsqu'il prononce l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire d'une société dont les associés sont indéfiniment responsables du passif social, le tribunal ne doit plus, dans le même temps, ouvrir le redressement judiciaire ou la liquidation judiciaire de chacun de ces associés.

Cette mesure prend effet à compter du 1^{er} janvier 2006 mais les procédures ouvertes en application de cet articles L. 624-1 du Code de commerce, avant cette date, ne sont pas affectés par la nouvelle loi (article 192 de la loi). Les très nombreux associés des sociétés civiles professionnelles, de professionnels libéraux, par exemple, ne vont donc plus être mis d'office en redressement judiciaire ou liquidation judiciaire en même temps que leur société.

Seront-ils de ce fait soumis immédiatement aux poursuites des créanciers de leur société ? Si un accord de conciliation est homologué par le tribunal, comme tous les coobligés, ils bénéficieront personnellement des remises et délais consentis par les créanciers à la société, ce qui les incitera à exiger l'homologation (C. com., art. L. 611-10).

Dans l'hypothèse de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde de leur société, les poursuites sont suspendues à leur égard jusqu'au jugement arrêtant le plan, prononçant la liquidation judiciaire à condition qu'il s'agisse de personnes physiques (ce n'est pas le cas des sociétés associées d'une société en nom collectif par exemple...) le jugement d'ouverture de la sauvegarde arrête à leur égard « les intérêts légaux et conventionnels, tous intérêts de retard et majorations » hormis les intérêts résultant d'un contrat de prêt d'une durée égale à un an ou plus, ou d'un contrat assorti d'un paiement différé d'un an ou plus (C. com., art. L. 622-28).

Pourront-ils faire l'objet de mesures conservatoires ? Le texte de l'article L. 622-28 précise que « les créanciers bénéficiaires de ces garanties peuvent prendre des mesures conservatoires ». L'actuel article L. 621-48 le prévoyait uniquement à l'encontre des cautions. Doit-on considérer que cette obligation sans limite aux dettes sociales est une garantie ? Sans doute... Les créanciers pourront donc prendre sur leur patrimoine toutes mesures conservatoires, ce qu'ils ne peuvent faire aujourd'hui puisqu'ils sont mis immédiatement en redressement judiciaire ou liquidation judiciaire. Pour les créanciers, ce sera le prix de la course !...

Si le tribunal ouvre une procédure de redressement judiciaire, ces associés ne bénéficient pas de l'arrêt du cours des intérêts mais uniquement de la suspension des poursuites pendant la période d'observation (C. com., art. L. 631-14).

Ils bénéficieront des remises et délais inclus dans le plan de sauvegarde (C. com., art. L. 626-11) mais pas de ceux inclus dans le plan de redressement (art. L. 631-20) si le plan de sauvegarde est résilié, la société sera mise en liquidation judiciaire et ils seront bien sûr poursuivis en paiement des dettes sociales comme après l'arrêt du plan dans un redressement judiciaire.

Pourront-ils tenter de négocier pour eux-mêmes un accord par l'intermédiaire d'un mandataire ad hoc ? Le texte de l'article L. 611-3 du Code de commerce ne paraît pas le prévoir, cette mesure devant être sollicitée par le représentant de l'entreprise, or ces associés ne sont pas une entreprise. Mais cette procédure étant de création prétorienne, rien n'empêche que toute personne quelle qu'elle soit puisse y recourir, notamment auprès du président du tribunal de grande instance.

Pourront-ils solliciter l'ouverture d'une procédure de conciliation, de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, les articles L. 611-5, L. 620-2, L. 631-2 et L. 640-2 précisant tous que ces procédures sont ouvertes « à tout commerçant, toute personne immatriculée au répertoire des métiers, tout agriculteur ou toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire dont le titre est protégé » ?

Si depuis longtemps, l'associé en nom collectif est considéré comme commerçant et si l'on imagine difficilement qu'une personne physique ne répondant pas aux qualifications précitées puisse être membre d'un GIE, la situation de très nombreux membres des sociétés civiles professionnelles ne semble pas avoir été prise en compte par le législateur : c'est la société qui exerce l'activité libérale réglementée et non pas ses membres.

En l'état du texte, il semble bien que ceux-ci n'aient d'autres ressources qu'un moratoire négocié éventuellement par un mandataire ad hoc, ce qui ne sera sans doute pas suffisant dans toutes les hypothèses ou par la poursuite de l'activité libérale de la société, ils n'auront pas pu mettre en place un accord de conciliation homologué, ni un plan de sauvegarde.

Les procédures de surendettement des particuliers quelles qu'elles soient ne peuvent leur être d'aucun secours puisqu'elles excluent les dettes d'origine professionnelle. Dès lors, ils pourront être poursuivis toute leur vie durant et ne bénéficieront jamais de l'effet extinctif des dettes résultant de l'article L. 643-11 du Code de commerce en cas de liquidation judiciaire clôturée pour insuffisance d'actif.

C'est pour eux une catastrophe : il semble bien que le législateur n'ait pas mesuré complètement la portée de la suppression de l'article L. 624-1 du Code de commerce, il a considéré qu'il ne fallait pas provoquer immédiatement et systématiquement la mise en place d'une procédure de sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaire de l'associé indéfiniment responsable des dettes sociales, mais il est peu vraisemblable qu'il ait voulu le priver de toute possibilité de demander l'ouverture de ces procédures à son profit si nécessaire.

Il appartiendra à la jurisprudence de pallier les lacunes de la loi et de leur offrir ces solutions.

Charles VINCENTI

Avocat au Barreau de Toulouse

LA PROCÉDURE DE REVENDICATION APRÈS L'ADOPTION DE LA LOI DE SAUVEGARDE DES ENTREPRISES

Si le sujet global traité dans ce numéro porte sur la réforme du droit et des procédures collectives, le point précis que nous développerons ici aborde la notion du patrimoine du débiteur.

La question de la procédure de revendication est abordée, dans la section 3 intitulée « Des droits du vendeur de meubles, des revendications et des restitutions, » du chapitre IV, « De la détermination du patrimoine du débiteur » du nouveau livre VI du Code de commerce.

La loi qui nous intéresse est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006 (1), et si elle apporte de nombreuses modifications au droit des procédures collectives en général, la pratique des revendications en particulier semble elle, avoir été oubliée.

Peut-être cela s'explique-t-il par la réforme dont elle avait déjà fait l'objet en 1994, et qui avait pour objectif de la rendre plus aisée à ceux qui voulaient la mettre en œuvre.

En effet, nous verrons que la loi de 2005, reprend l'essentiel des modifications qui avaient été apportées par la réforme de 1994, et notamment la règle selon laquelle la revendication entraîne demande en restitution.

On relèvera d'ailleurs, que l'intitulé de la nouvelle section 3, comprend désormais l'expression « restitutions ».

On a laissé entendre, avant que la réforme ne soit publiée au grand jour, que diverses modifications seraient apportées à la procédure de revendication.

Il était en effet question de ramener à deux mois le délai de revendication, à compter de la publication du jugement d'ouverture au *Bodacc* ou encore de réduire en cas de liquidation judiciaire simplifiée ce même délai à un mois.

Mais ces « rumeurs », comme nous le verrons n'ont nullement été confirmées.

Ainsi, notre étude pour être la plus complète possible eu égard au peu de nouveautés existantes, s'attachera à présenter en premier lieu les règles générales de la revendication, et dans un second temps à présenter la procédure en pratique, telle qu'elle devra s'effectuer à compter de l'entrée en vigueur du texte, et qui ne diffère quasiment pas de la procédure actuelle.

I. Les principes généraux de l'action en revendication

Il sera question dans ce premier point de préciser la notion d'action en revendication, c'est-à-dire aussi bien de la définir, que d'en préciser son domaine, et ses conditions de fond.

A. Sa nature juridique

L'article L. 624-9, tel que stipulé dans la nouvelle nomenclature du livre VI, ne définit pas davantage que ce que le faisait l'ancien article L. 621-115 du Code de commerce, la notion de revendication.

On peut noter toutefois qu'il ne distingue plus procédure de redressement judiciaire et procédure de liquidation.

En revanche, l'ancien article L. 621-16, devenu aujourd'hui L. 624-10, qui dispense le propriétaire titulaire d'un contrat publié, de faire reconnaître son droit de propriété, permet de préciser que l'action en revendication est une action tendant à la reconnaissance du droit de propriété.

Le nouvel article renvoie quant à la détermination des conditions de restitution au décret du Conseil d'État.

La nature juridique de la revendication pouvait sous l'empire de l'ancien Code et au vu de la jurisprudence rendue à l'époque, être définie comme une action en reconnaissance du droit de propriété, aux fins d'opposabilité à la procédure collective, c'est-à-dire à leur créancier et à leur représentant.

Les nouvelles dispositions ne permettent pas de la remettre en cause.

B. Son domaine d'application

L'ancien article L. 621-115 tout comme le nouveau L. 624-9 se contente de viser la « revendication des meubles », intitulé d'ailleurs de la section que nous étudions.

La jurisprudence a pourtant précisé en 1997, cette notion, en l'étendant au louage et au prêt à usage.

La Cour dans son arrêt a en effet retenu que la revendication « (...) s'applique à tout propriétaire de meubles qui veut faire reconnaître son droit de propriété, quelle que soit la cause ou le titre juridique fondant sa propriété » (2).

Il n'y a pas à distinguer selon que le meuble est corporel ou incorporel.

La Cour de cassation a appliqué l'article L. 621-115 à un fonds de commerce vendu avec une clause de réserve de propriété (3).

La jurisprudence a également admis que la revendication pouvait porter sur une somme d'argent, considérée dès lors comme un meuble, mais à condition que le revendiquant soit bien propriétaire des deniers, non pas seulement créancier (4).

(1) À l'exception de plusieurs dispositions applicables aux procédures et situation en cours dès sa publication. Pour la liste exhaustive de ces dispositions il conviendra de se reporter à la publication de la loi (textes comparés) de l'ASPAJ.

(2) Cass. com., 28 janvier 1997, Dr. sociétés 1997, n° 46, obs. Y. Chaput.

(3) Cass. com., 29 février 2000, RJD 2000/5, n° 572.

(4) Cass. com., 10 mai 2000, D. 2000, AJ, p. 277, obs. A. Lienhard.

C. Ses conditions de fond

1. La première condition que l'on doit ici présenter, est expressément évoquée dans les anciens articles L. 621-118 et L. 621-122 nouvellement L. 624-12 et L. 624-16 du Code de commerce.

Il s'agit de la notion d'existence de la marchandise en nature, que ce soit en matière de revendication des marchandises dont la vente est résolue (5), ou en matière de marchandises consignées au débiteur, soit à titre de dépôt, soit pour être vendue pour le compte du propriétaire (6), ou de marchandises vendues avec une clause de réserve de propriété (7).

Il convient de noter l'une des nouveautés du texte, à savoir que l'article L. 624-16, alinéa 3, soumet dorénavant, le paiement du prix de la marchandise à autorisation du juge-commissaire. Cela signifie que le débiteur ne pourra plus spontanément régler sa dette au créancier.

On peut penser que cette mesure s'inscrit dans la lignée de la notion de sauvegarde de l'entreprise voulue par la loi, dans la mesure où elle évite que le débiteur ne choisisse de désintéresser tel ou tel créancier au détriment de sa trésorerie, le juge-commissaire ayant un rôle de « garde-fou ».

La notion de marchandise s'entend comme tout bien meuble (8).

Quant à la condition d'existence en nature, elle s'apprécie à la date du jugement d'ouverture (9), la charge en incombant au revendiquant, qui depuis la loi du 10 juin 1994 peut s'aider de l'inventaire rendu obligatoire.

2. Le second point que nous pouvons développer ici porte sur les éventuelles modifications affectant le bien, qui ont pour conséquence d'interdire toute revendication.

On le comprend d'autant plus que ces transformations entraîneront la perte de la nature du bien, ce qui sous-entend que les modifications doivent porter sur les caractères et propriétés du bien.

Pareillement, l'incorporation de ce bien entraînera la perte de possibilité de toute revendication.

3. Le sinistre subi par le bien, aura les mêmes conséquences que précédemment, à savoir que celui-ci ne pourra plus donner lieu à revendication.

4. La revente du bien, qui devra toujours exister en nature, soulève le problème de la revendication du prix de celui-ci. Cette demande devra être dirigée contre le débiteur et contre le sous-acquéreur ; ce dernier ne pouvant se libérer qu'entre les mains du propriétaire, n'aura à s'exécuter que si la revendication est acceptée par le mandataire de justice ou à défaut par le juge-commissaire.

Cependant, la revendication du prix devra porter, en cas d'absence de caractérisation de la mauvaise foi du sous-acquéreur, sur le prix ou la fraction du prix qui n'a pas encore été payée au vendeur. C'est-à-dire qu'il va s'agir du prix de vente initial, non pas du prix de revente en pratique supérieur.

En outre, et comme le stipule le nouvel article L. 624-18, pour que la revendication puisse avoir lieu, il s'agira que le prix de vente n'ait pas été payé au débiteur, ni réglé en valeur, ni compensé en compte courant.

5. Pour pouvoir être revendiqué le bien doit pouvoir être identifié. Cette condition n'appelle aucune remarque particulière, sinon la précision que cette condition est applicable aux biens en cours de livraison, et que tout moyen d'identification est recevable.

Une fois ces règles générales de la revendication énoncées, nous allons pouvoir exposer leur mise en œuvre, c'est-à-dire présenter les modalités procédurales de la revendication.

II. La pratique des revendications

Ses modalités ont fait l'objet d'une réforme importante et avisée dans la loi du 10 juin 1994, ce qui explique sans doute qu'elles n'aient pas été grandement modifiées par le nouveau texte.

A. La demande en acquiescement de revendication

Depuis la loi de 1994, un créancier souhaitant revendiquer les biens lui appartenant et restés entre les mains de son débiteur sous le coup d'une procédure collective, devait, dès lors qu'il avait connaissance du jugement ouvrant cette procédure, adresser dans les trois mois suivant la publication de ce jugement sa demande à l'organe compétent.

— Le délai dans lequel cette demande doit être effectuée n'est pas modifié par la nouvelle loi.

L'article L. 624-9 reprend les termes de l'ancien article L. 621-115, à savoir « dans le délai de trois mois à compter du jugement ouvrant la procédure », puisque le nouvel article ne distingue plus redressement judiciaire et liquidation.

Sous le coup des anciens articles, on distinguait le point de départ de ce délai ; si le contrat était toujours en cours au jour du jugement d'ouverture, la demande en revendication n'avait pas lieu d'être, tant que le terme ou la résiliation du contrat n'était pas intervenus. En revanche, si le contrat n'était plus en cours ou que l'on était en présence d'une procédure de redressement judiciaire, le délai de trois mois courrait à compter de la date de publication du jugement d'ouverture au Bodacc.

[5] art. L. 621-118 et L. 624-12.

[6] Art. L. 621-122 et L. 624-16, al. 1^{er}.

[7] Art. L. 621-122 et L. 624-16, al. 2.

[8] Cass. com., 13 mars 1985, Bull. civ. IV, n° 99.

[9] Cass. com., 15 décembre 1992, Bull. civ. IV, n° 412.

Ces distinctions semblent avoir été maintenues, au détail près que la nouvelle loi ne distingue plus redressement et liquidation judiciaire.

Ce délai est un délai préfixe, qui ne permet pas de relevé de forclusion.

— L'ancien article L. 621-123, stipulait que l'acquiescement à cette demande, s'il pouvait être donné par l'administrateur ou le représentant des créanciers ou encore le liquidateur selon la procédure en cours, devait nécessairement être donné avec l'accord du débiteur.

Le nouvel article L. 624-17, diffère en ce qu'il prévoit que l'acquiescement peut être donné par l'administrateur ou le débiteur, après accord du mandataire, et avec l'accord du débiteur (sous-entendu si ce n'est pas lui qui procède à l'acquiescement).

En pratique, l'accord du débiteur sera requis par écrit et en recommandé, la prudence imposant que sa réponse en soit de même.

L'accord du mandataire pourra être obtenu de la même façon.

L'acquiescement peut dans la pratique être implicite, dès lors que les marchandises faisant l'objet de la procédure sont spontanément restituées dans le délai de l'action. Cette demande d'acquiescement est une phase obligatoire de la procédure de revendication.

B. La requête en revendication

Une fois la demande déposée, l'organe compétent dispose d'un délai d'un mois à compter de sa réception, pour acquiescer à cette demande.

Dans l'hypothèse d'une réponse négative ou d'absence de réponse dans le délai imparti, ce qui équivaut à une réponse négative, le demandeur à l'action doit présenter une requête au juge-commissaire, dans le délai d'un mois à compter de la fin du délai d'un mois déjà imparti à l'organe compétent pour répondre à la demande.

C'est en effet ce qu'il ressort aussi bien de l'ancien article L. 621-123 aussi bien que du nouvel article L. 624-17 qui prévoient qu'en cas de désaccord ou de contestation (v. *infra*) de la réponse donnée, la demande est portée devant le juge-commissaire.

C. Les voies de recours possibles contre la décision rendue

Si la décision est rendue par le juge-commissaire, les parties devront ouvrir dans un délai de huit jours de la notification qui leur est faite, une opposition, dans les formes classiques applicables aux procédures collectives.

Les tiers, quant à eux, formeront tierce opposition dans un délai de huit jours à compter du dépôt au greffe de l'ordonnance.

La décision est en revanche rendue par le tribunal, si le juge-commissaire n'a pas statué dans le délai qui lui est imparti, et c'est la voie de l'appel qui sera ouverte, dans les dix jours à compter de la signification, aussi bien pour les parties que pour les tierces oppositions.

Pour clore notre étude, nous préciserons encore quelques points.

L'un des effets principaux de l'action en revendication, étant la restitution du bien, le législateur a rendu cette action inutile, dès lors que la restitution ne peut avoir lieu, alors que le contrat est en cours.

Dans la mesure où la revendication est acceptée mais que le bien a disparu, la décision permettra au propriétaire d'appréhender le bien dès lors qu'il aura pu le localiser.

Nous envisagerons enfin, le cas d'absence de toute revendication dans les délais, ou de refus de la revendication.

Dans ces deux hypothèses, le droit de propriété du demandeur, devient inopposable à la procédure collective, sans pour autant que s'opère un transfert de propriété au profit du débiteur.

Si malgré tout le propriétaire a récupéré son bien sans revendication, il devra le restituer au mandataire de justice, de même pour le prix, si le bien a été vendu.

Ainsi donc, la loi du 26 juillet 2005, même si elle n'apporte pas de modifications notables de l'ancien texte en matière d'action en revendication, nous a permis, de faire un point sur cette action.

Béatrice FAVAREL-VEIDIG
Avocate au Barreau de Marseille
cLé réseau d'avocats

VERS UNE APPROCHE PLUS ÉCONOMIQUE DES PROCÉDURES COLLECTIVES ? LE POINT DE VUE DU MEDEF

Le Medef et avant lui le CNPF ont toujours accordé une attention particulière à la législation et à la pratique des procédures collectives en raison de leur impact sur l'ensemble des acteurs économiques qu'ils soient débiteurs, créanciers chirographaires ou munis de sûretés.

Plus de dix ans après ses propositions de 1992 (1), que le législateur de 1994 avait reprises très largement, le Medef a engagé en 2003 une nouvelle réflexion sur ce sujet.

Celle-ci l'a conduit à identifier deux axes de réforme majeurs : l'anticipation dans le traitement des difficultés afin de permettre à des entreprises qui traversent une phase difficile de bénéficier d'une procédure rapide, peu coûteuse et accessible aux PME d'une part et une juste sanction de comportements préjudiciables aux autres opérateurs économiques afin de ne pas décourager l'initiative économique d'autre part (2).

La loi de sauvegarde des entreprises adoptée par le Parlement le 13 juillet dernier et qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006 permettra-t-elle de réaliser ce double objectif ?

Il est indéniable que cette réforme, fruit d'une large concertation, a pris en compte l'expérience de nombreux praticiens. La loi nouvelle reflète de ce fait un souci de rendre les procédures plus efficaces, plus transparentes et dans certains cas plus rapides : la reconnaissance législative de la liquidation judiciaire simplifiée déjà pratiquée par certains tribunaux en est une illustration et devrait certainement représenter un progrès pour les entreprises.

Mieux anticiper

Tout d'abord, le législateur a eu la sagesse de ne pas toucher au mandat ad hoc, instrument essentiellement contractuel qui a fait la preuve de son efficacité. Il appartiendra aux praticiens de faire le nécessaire pour le rendre accessible aux PME, certains mandataires font d'ailleurs déjà des efforts en ce sens.

Ensuite, le législateur a mis un terme à la cessation des paiements « couperet », obstacle à l'ouverture d'un règlement amiable et véritable épée de Damoclès sur les accords conclus en prévention.

De plus, la loi dispose que des accords passés dans le cadre de la prévention ne pourront être remis en cause en cas d'ouverture ultérieure d'une procédure collective, grâce à la possibilité donnée au débiteur d'en demander l'homologation par le tribunal.

En outre, un privilège de paiement est donné aux créanciers qui accorderont, dans le cadre de l'accord homologué par jugement, de nouveaux apports en trésorerie ou qui fourniront un nouveau bien ou nouveau service : privilège de l'argent frais. Ces différentes améliorations répondent à des demandes du Medef.

Mais l'innovation majeure de cette loi est sans conteste la procédure de sauvegarde d'inspiration partiellement américaine (chapitre 11).

C'est à ce sujet que l'on peut formuler quelque regret vis-à-vis de la conception de cette procédure d'une part et vis-à-vis de son intégration dans le dispositif actuel d'autre part. La simple lecture des textes atteste de la très grande proximité de cette procédure avec le redressement judiciaire. Il s'agit en fait d'un redressement judiciaire anticipé. Or le redressement judiciaire fait peur au chef d'entreprise qui le perçoit comme une « machine à broyer » dont on ne sort pas indemne.

Le Medef avait suggéré une procédure plus contractuelle, plus souple et centrée autour des comités des créanciers. Le législateur a préféré limiter la constitution des comités des créanciers aux entreprises d'une certaine taille. Nous avons suggéré que le décret retienne des seuils relativement bas (10 salariés et 3 millions d'euros de chiffres d'affaires), afin qu'un maximum d'entreprises puissent en bénéficier, ce qui n'a pas été retenu finalement, le décret du 28 décembre 2005 ayant fixé ces seuils respectivement à 150 salariés et 20 millions d'euros.

Par ailleurs, le législateur a, fort heureusement, fini par adapter et encadrer l'intervention potentielle de l'AGS à cette nouvelle procédure afin d'éviter certains abus.

Il faut mentionner également et même si les dispositions ne vont pas aussi loin qu'on aurait pu l'espérer, une plus grande implication des créanciers publics dans l'effort de prévention.

Enfin, il eut été préférable de refondre les procédures plutôt que d'en ajouter une nouvelle, brouillant ainsi la visibilité des chefs d'entreprise qui auront quelque mal à comprendre les subtilités d'un système où l'on peut demander l'ouverture d'une procédure de conciliation en étant en état de cessation des paiements et d'une procédure de sauvegarde sans l'être.

Ne pas décourager l'initiative économique

Le système actuel de sanctions ne permet pas de distinguer entre le débiteur de bonne foi et celui de mauvaise foi, et frappe indifféremment celui qui a pu être victime d'un retournement de marché et celui qui utilise à son profit les procédures collectives. Le Medef note avec satisfaction que le législateur a repris bon nombre de ses propositions en ce domaine afin de permettre de mieux proportionner les sanctions à la gravité des comportements :

— suppression du délai plancher de cinq ans pour l'interdiction de gérer et fixation d'un plafond à quinze ans (le Medef avait suggéré dix ans) ;

(1) « Propositions relatives à la prévention et traitement des difficultés des entreprises », CNPF-AFB, mai 1992.

(2) « Encourager l'initiative économique grâce à une politique raisonnée de la sanction en cas d'échec : la réforme des sanctions dans les procédures collectives », Medef, mars 2003, « Quel traitement pour les entreprises en difficulté ? Propositions pour améliorer la prévention », Medef, septembre 2003.

— légère amélioration des dispositions relatives à l'action en comblement d'insuffisance d'actif, par un renforcement du lien entre la faute et l'aggravation du passif ;

— suppression des extensions de procédures collectives/sanctions.

Enfin, la loi limite la responsabilité pour soutien abusif ce qui devrait inciter les créanciers à consentir plus facilement des crédits puisque le risque de voir leur responsabilité engagée sera circonscrit à des cas limités.

*
* *

En conclusion, il appartiendra à l'ensemble des organisations professionnelles de faire un effort important de pédagogie à destination des chefs d'entreprise afin de contribuer à l'efficacité, et donc à la réussite de la réforme.

Il est essentiel de recréer un climat de confiance chez les chefs d'entreprise en difficulté et chez leurs créanciers.

On peut regretter cependant que le décret du 30 décembre 2005 fixant la liste des tribunaux de commerce compétents pour juger du contentieux des procédures collectives n'ait pas opté pour une concentration de ces contentieux sur un nombre plus limité de tribunaux.

Joëlle SIMON

*Docteur d'État en droit
Directrice des affaires juridiques
Medef*

Arnaud REYGROBELLET

*Maître de conférences
à l'Université Paris X-Nanterre*



www.lextenso.fr

La mémoire des Petites Affiches

Vous êtes abonné aux Petites Affiches ?

Bonne nouvelle ! A partir d'aujourd'hui, plus besoin de plonger dans les tables du journal pour retrouver l'information que vous recherchez.

LEXTENSO vous permet d'appeler à l'écran **toutes les informations publiées** dans les Petites Affiches depuis janvier 1995.

Il vous suffit de saisir le mot-clé de votre recherche et **la liste des solutions** s'affiche instantanément pour les Petites Affiches et toutes les autres publications associées à LEXTENSO : le Bulletin Joly, la Gazette

du Palais, le Répertoire Defrénois, la Revue des Contrats et la Revue Générale du droit des Assurances.

Pour en savoir plus, cliquez et visualisez les thèmes des articles de votre sélection.

Pour tout savoir, choisissez sur le site un accès au texte intégral des articles, sur abonnement (48 € HT annuel pour la base Petites Affiches) ou en consultation au document.

A très bientôt sur www.lextenso.fr !



BREFS PROPOS SUR LA DÉCISION DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL REJETANT LES RECOURS CONTRE LA LOI DE SAUVEGARDE

1 Dans sa décision n° 2005-522 du 22 juillet 2005, le Conseil constitutionnel a rejeté les deux recours dont il avait été saisi contre la loi de sauvegarde et admis en conséquence la constitutionnalité de l'intégralité des dispositions de celle-ci ; ce, sans recourir, comme cela arrive parfois, à la technique des réserves d'interprétation, ni même se saisir d'office d'autres dispositions que celles visées dans les recours. Qui a suivi même de loin les débats parlementaires et les critiques nourries formulées à l'encontre du texte par l'opposition, singulièrement celles développées par le député Arnaud Montebourg, ne s'étonnera pas qu'un tel recours ait été introduit.

On remarquera toutefois que, si la version originelle de la loi n° 95-98 avait été pareillement déférée devant le Conseil constitutionnel (1), il n'en avait pas été ainsi de la première grande réforme dont elle fut l'objet avec la loi du 10 juin 1994. Ceci n'est sans doute pas indifférent si l'on se rappelle que l'un des objectifs de la loi de 1994 visait à rétablir les droits des créanciers titulaires de sûretés, notamment les créanciers bancaires. De sorte que, rétablissant ces droits, le législateur introduisait un traitement inégalitaire à l'égard des autres créanciers. Or, précisément, l'une des critiques principales adressées au texte de 2005 par les auteurs de la saisine portait sur la rupture d'égalité à travers la mise en place d'un privilège de *new money* au bénéfice de certains créanciers. Le traitement inégalitaire introduit par la réforme de 1994 était sans doute, en lui-même, insuffisant pour invalider l'argument déféré au Conseil constitutionnel (2), mais devait avoir nécessairement pour effet d'en atténuer la portée. Une autre série de griefs adressés à la loi de sauvegarde, plus incisifs à notre sens, a visé les dispositions accordant à certains créanciers une exonération partielle de responsabilité du fait de concours accordés à l'entreprise.

Notre propos, qui n'a d'autre ambition que d'explicitier les éléments principaux de la décision du 22 juillet 2005, reprendra donc les deux grandes idées sur lesquelles le recours a été construit.

I. Violation du principe d'égalité des créanciers

2 Trois articles de la loi de sauvegarde sont déférés au regard de ce principe à l'examen : les articles 8, 33 et 108 de la loi. La critique porte principalement sur le premier d'entre eux en ce qu'il modifie l'article L. 611-11 du Code de commerce. Le texte, dans sa version nouvelle, prévoit un privilège de « *new money* » en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires, au bénéfice des créanciers ayant consenti au débiteur « un nouvel apport en trésorerie » ou fourni « un nouveau bien ou

service », lorsque cette avance ou cette fourniture interviennent en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité et sont consignées dans l'accord homologué au terme de la procédure de conciliation. Le jugement, après homologation, l'accord conclu dans le cadre de la conciliation, doit d'ailleurs préciser « les montants garantis par le privilège » (3). Sont toutefois exclus de ce privilège les actionnaires et associés du débiteur dans le cadre d'une augmentation de capital ainsi que les créanciers même signataires de l'accord au titre de leurs concours antérieurs à l'ouverture de la conciliation.

Quant aux articles 33 et 108, ils s'inscrivent dans le prolongement de la règle nouvelle dont ils tirent les conséquences : ils modifient respectivement les articles L. 622-17 et L. 641-13 du Code de commerce, en précisant le classement du privilège reconnu aux créanciers concernés. Ces derniers se voient accorder un rang particulièrement intéressant puisqu'ils arrivent en troisième ligne après les créances salariales (4) et les frais de justice.

3 Cette remise en cause du principe d'égalité constitue-t-elle une erreur manifeste d'appréciation ? Caractérise-t-elle un manquement à un principe constitutionnel ?

A. Une erreur manifeste d'appréciation ?

4 On peut être assez rapide sur le premier motif de l'argumentation développée par les auteurs du recours. Selon eux, par ces dispositions, le législateur aurait commis une erreur manifeste d'appréciation ayant abouti à créer une atteinte disproportionnée et non objective au principe d'égalité devant la loi.

Le raisonnement fait référence à deux dispositions légales, qui, combinées avec celle soumise à réformation, rompraient « de manière manifestement disproportionnée » l'égalité entre les créanciers (5). Sont ainsi visées à la fois la règle, examinée plus loin, restreignant la possibilité de mettre en cause la responsabilité des établissements de crédit et les nouvelles dispositions en matière d'usure issues de la loi du 1^{er} août 2003, dont la prohibition ne joue plus pour les crédits consentis à des personnes (physiques ou morales) exerçant une activité économique (6). Ce faisant et contrairement aux autres créanciers, les banques seraient gagnantes sur tous les tableaux : elles pourront non seulement facturer le risque sous forme de taux d'intérêt élevés et se voir protéger contre la réalisation de ce risque.

5 La référence à l'erreur manifeste d'appréciation dont le législateur se serait rendu coupable est fréquemment présente dans les argumentaires développés devant le Conseil constitutionnel. Assez

(1) Cons. const., 18 janvier 1985, déc. n° 84-183 DC, JO du 20 janvier 1985, p. 820. Un autre texte modifiant le droit du redressement judiciaire fut aussi passé au crible du contrôle et d'ailleurs partiellement censuré, mais sa portée était moindre puisqu'il s'agissait de déterminer la compétence respective de la loi et du règlement pour fixer différents délais en relation avec la période d'observation [Cons. const., 23 février 1988, déc. n° 88-153 L, JO du 25 février 1988, p. 2647].

(2) Dès lors en effet que la régularité au regard de la Constitution des termes d'une loi déjà promulguée peut être utilement contestée à l'occasion de l'examen par le Conseil constitutionnel de dispositions législatives qui affectent son domaine, la complètent ou, même sans en changer la portée, la modifient : Cons. const., 23 juillet 1999, déc. n° 99-416 DC [loi portant création d'une couverture maladie universelle], cons. 37.

(3) Décret n° 2005-1677 du 28 décembre 2005, article 33.

(4) En tant qu'elles sont garanties par le privilège établi aux articles L. 143-10, L. 143-11, L. 742-6 et L. 751-15 du Code du travail.

(5) Référence à l'idée d'effet cumulatif emprunté à la jurisprudence du Conseil constitutionnel : v. par exemple, Cons. const., 2 juillet 1986, loi relative à l'élection des députés et autorisant le gouvernement à délimiter par ordonnance les circonscriptions électorales, déc. n° 86-208 DC, cons. 24.

(6) C. cons., art. L. 313-3 ; C. mon. et fin., art. L. 313-5 et s.

logiquement toutefois, il est exceptionnel que l'argument soit reçu car il n'appartient pas, en principe, au Conseil de substituer sa propre appréciation à celle du législateur. Un comptage, nullement exhaustif, des décisions rendues par le Conseil constitutionnel depuis 1980 laisse apparaître que le grief figure dans quarante et un recours qui se sont traduits par autant de rejets. Il est du reste curieux de relever que les décisions invoquées par les auteurs de la présente saisine visent des décisions qui ont toutes écarté l'argument comme non pertinent (7).

Aussi bien ne s'étonnera-t-on pas que, pour le Conseil constitutionnel, les éléments invoqués dans le recours ne sont pas de nature à entacher d'erreur manifeste l'appréciation à laquelle s'est livré le législateur en instaurant le privilège contesté (cons. 6).

6 Le rejet s'imposait d'autant plus sûrement que les conditions d'octroi du privilège se trouvent objectivement déterminées : créanciers ayant fourni des ressources en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise et sa pérennité, lorsque ces concours sont postérieurs à l'ouverture de la conciliation ; privilège ne pouvant être invoqué que dans le cadre d'une procédure subséquente de sauvegarde, de redressement ou liquidation judiciaires ; et surtout concours compris dans un accord homologué. Or l'homologation implique l'absence de cessation des paiements du débiteur ou, si la cessation des paiements existait, qu'il y soit mis fin en assurant la pérennité de l'entreprise (8) ; autrement dit, elle suppose que les créanciers non signataires aient toutes les chances d'être normalement payés et que leurs droits se trouvent ainsi préservés.

7 Ceci étant, si aucune erreur manifeste d'appréciation ne pouvait être invoquée, la règle nouvelle qui confère aux fournisseurs de crédits un rang prioritaire ne heurte-t-elle pas le principe constitutionnel d'égalité devant la loi ?

B. Un manquement à un principe constitutionnel ?

8 Le grief majeur réside ici, selon les auteurs de la saisine, de ce que les dispositions déferées régleraient de façon différente des situations objectivement semblables au regard de l'objet de la loi et de l'intérêt général (l'aide aux entreprises en difficulté). Les rédacteurs du recours s'appuient notamment, dans leur discussion, sur la décision déjà évoquée n° 84-183 du Conseil constitutionnel en date du 18 janvier 1985. Ils soulignent ainsi que si, aux termes de la décision précitée, il est possible de déroger à la règle d'égalité, c'est à la condition que la dérogation se trouve justifiée par des motifs d'intérêt général et qu'elle ait pour effet de soumettre « à des règles différentes des créanciers placés dans des situations différentes au regard de l'objectif poursuivi » (9). Les articles critiqués ne respec-

teraient pas ces exigences essentielles. Ceux-ci organiseraient, au contraire, un traitement discriminatoire à l'avantage des banques et au détriment des créanciers « publics » (État, organismes de sécurité sociale, etc.), alors pourtant que les uns et les autres contribuent pareillement et directement à l'objectif de sauvegarde des entreprises.

9 L'argument avait sans doute plus de substance, même si, là encore, la référence à la décision n° 84-183 n'était pas des plus heureuses. En effet, à propos de ce qui fut originellement l'article 40 de la loi du 25 janvier 1985, codifié sous l'article L. 621-32 et désormais transposé à l'article L. 641-13, le Conseil constitutionnel avait considéré que la priorité de paiement des créanciers « postérieurs » ne méconnaissait nullement le principe d'égalité devant la loi et les charges publiques, la loi ayant pu, « sans être astreinte à prévoir quelque indemnisation que ce soit, modifier le rang des créances assorties de sûretés réelles à l'avantage de créanciers qui, depuis l'ouverture de la procédure, ont concouru à la réalisation de l'objectif d'intérêt général de redressement des entreprises en difficulté » (cons. n° 5). Il est vrai toutefois que la méconnaissance de ce principe — traiter différemment des personnes placées dans des conditions identiques (ou quasiment identiques) — a déjà conduit à des décisions de censure (10).

10 Au cas particulier, le reproche ne pouvait prospérer. D'abord parce que les créanciers bénéficiaires du privilège ne sont pas dans la même situation que d'autres créanciers du débiteur appelés eux aussi à contribuer, en accordant des délais et/ou des remises, au redressement de l'entreprise mais qui ont traité à un moment où l'entreprise était ou, du moins, paraissait saine (11). Les premiers assument en connaissance de cause un risque spécifique, en faisant crédit à un débiteur en difficulté ; les seconds ne courent que le risque ordinaire auquel est exposé tout créancier d'un paiement partiel ou retardé (cons. 6). Il est, dès lors, cohérent avec la finalité du dispositif légal, d'accorder aux créanciers visé à l'article L. 611-11 du Code de commerce un traitement préférentiel. Là encore le parallèle avec la situation des créanciers « postérieurs » s'impose.

Ensuite, l'avantage accordé est défini objectivement sur des bases non discriminatoires. Il bénéficiera certes, sans doute même principalement, aux établissements de crédit mais pas seulement. En effet, en visant tout « nouvel apport en trésorerie », la loi permet aussi aux associés, considérés alors en leur qualité de créanciers de la société lorsqu'ils déposent des sommes en « compte courant », de revendiquer le bénéfice du privilège. Plus encore, le privilège concerne également et dans les mêmes conditions, les fournisseurs

[7] Cons. const., 9 avril 1996, loi de finances, déc. n° 96-375 DC ; 16 janvier 1982, loi de nationalisation, déc. n° 81-132 DC ; 3 juillet 1986, loi de finances, déc. n° 86-209 DC.

[8] C. com., art. L. 611-8, I.

[9] Pour une autre illustration récente du raisonnement fréquemment utilisé par le Conseil, v. Cons. const., 7 juillet 2005, loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique, déc. n° 2005-516 DC, JO du 14 juillet 2005, p. 11589, cons. 16 : « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ».

[10] Par exemple, Cons. const., 3 juillet 1986, loi de finances rectificative pour 1986, déc. n° 86-209 DC, cons. 26 censurant une disposition qui aboutissait à traiter différemment au regard de l'exercice par l'administration fiscale de son droit de reprise des contribuables placés dans des conditions quasiment identiques.

[11] En ce sens également J.-É. Schoettl, La loi de sauvegarde des entreprises devant le Conseil constitutionnel, LPA du 4 août 2005, p. 16.

de biens ou services nouveaux. Seuls en sont exclus les associés ayant réalisé des apports, au sens précis que donne à ce terme le droit des sociétés (12) ; exclusion s'imposant à l'évidence en raison de la définition même de la notion d'associé, qui s'engage par construction à contribuer aux pertes (13) (14).

11 Au résultat, la loi consacre et le Conseil constitutionnel valide une nouvelle entorse à la règle traditionnelle du droit de la faillite « d'égalité entre les créanciers », dont il est peu contestable qu'elle se trouve globalement en déclin depuis l'entrée en vigueur de la loi de 1985 (15). Mais ce principe ne se trouvait-il pas remis en cause d'une autre manière, celle-là plus difficilement défendable, à travers la disposition portant exonération partielle de responsabilité pour certains créanciers au regard des préjudices causés par le fait des concours consentis au débiteur ?

II. Méconnaissance du principe de responsabilité

12 Ce n'est pourtant pas sous cet angle de rupture de l'égalité que l'article L. 650-1 du Code de commerce est critiqué. Rappelons que le texte, inscrit en tête du titre V consacré aux responsabilités et aux sanctions, prévoit que les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf certaines hypothèses limitativement énumérées (fraude, im-mixtion caractérisée dans la gestion du débiteur, garanties prises en contrepartie de ces concours disproportionnées à ceux-ci).

13 Les auteurs du recours formulent un double reproche à l'encontre de la règle nouvelle. Elle méconnaîtrait le principe de responsabilité déduit de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 ; elle porterait atteinte au droit au recours dont doit disposer quiconque et qui s'infère de l'article 16 de la Déclaration (« Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution »). Ce second grief qui n'est, en fait, qu'une conséquence logique du premier ne sera pas spécialement examiné dans les lignes qui suivent, le Conseil lui-même se contentant de l'écarter dans un considérant lapidaire et non motivé (cons. 14).

Quant au premier argument, il est lui aussi jugé non pertinent, dès lors que la disposition soumise à censure opère, selon le Conseil, une clarification qui « satisfaisait à un objectif d'intérêt général suffisant ». On explicitera la formule du Conseil constitutionnel, avant d'en proposer une lecture critique.

A. Une clarification satisfaisant à un objectif d'intérêt général suffisant

14 Techniquement, le grief est construit à partir de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, selon lequel « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui... ». Au-delà de cette référence, les auteurs de la saisine s'appuient notamment sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui a, d'une certaine façon, constitutionnalisé les principes inscrits dans l'article 1382 du Code civil : « Nul n'ayant le droit de nuire à autrui, tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage... » (16). Observant la relative rareté des condamnations pour soutien abusif, ils font également état d'une analyse développée par le premier président Guy Canivet, s'interrogeant sur le point de savoir si la jurisprudence en la matière était « réellement de nature à restreindre le crédit bancaire, et donc à nuire à l'intérêt général ou si, au contraire, elle est de nature à en améliorer la répartition » (17).

15 La problématique liée à la constitutionnalité des lois portant limitation ou exonération de responsabilité civile, voire pénale, a suscité une jurisprudence assez nourrie. De celle-ci, il ressort que, si le législateur a bien sûr la possibilité de mettre en place des régimes spéciaux de limitation de responsabilité, c'est à la condition que le dispositif satisfasse à deux conditions : d'une part, la responsabilité doit être limitée, atténuée et non se trouver, en fait ou en droit, supprimée privant ainsi les victimes de comportements fautifs de tout droit à réparation (18) ; d'autre part, la limitation de responsabilité, objectivement définie sur la base de critères non discriminatoires (selon les règles qui prévalent pour le principe d'égalité), doit être justifiée par des motifs d'intérêt général (19).

[12] C. com., art. L. 611-11, al. 2.

[13] C. civ., art. 1832, al. 3.

[14] Ceci n'interdit évidemment pas de réserver aux associés qui réaliseraient des apports après ouverture de la conciliation un traitement préférentiel par rapport aux autres associés, par exemple en émettant des parts privilégiées ou des actions de préférence, mais la stipulation ne concernera que les relations des associés entre eux.

[15] V. toutefois l'analyse plus nuancée récemment proposée par un auteur Y. Viala, *Le principe de l'égalité entre les créanciers dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, thèse Toulouse I, décembre 2001.

[16] Par exemple, Cons. const., 9 novembre 1999, loi relative au pacte civil de solidarité, déc. n° 99-419 DC, cons. 70, à propos de l'article 515-7, dernier alinéa, prévoyant que, « à défaut d'accord, le juge statue sur les conséquences patrimoniales de la rupture, sans préjudice de la réparation du dommage éventuellement subi ». Le Conseil y voit la mise en œuvre de l'exigence constitutionnelle posée par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, dont il résulte que tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.

[17] G. Canivet et M.-A. Frison-Roche, *Droit, économie et justice dans le secteur bancaire*, LPA 2005, n° 107, p. 3.

[18] Exigence non satisfaite par la disposition de la loi du 22 octobre 1982 [loi relative au développement des institutions représentatives du personnel, qui prévoyait qu'aucune action ne puisse être intentée à l'encontre de salariés (ou représentants du personnel) en réparation des dommages causés par un conflit collectif de travail (hormis celle en réparation du dommage causé par une infraction pénale)]. Disposition jugée contraire à la Constitution comme déniait, dans son principe même, le droit des victimes d'actes fautifs — le cas échéant de salariés, observe le Conseil — à réparation (cons. 9).

[19] Qui n'existaient pas, notamment, dans la loi relative à l'immunité parlementaire : Cons. const., 7 novembre 1989, déc. n° 89-262 DC, cons. 9 : « la loi déferée en exonérant de façon absolue de toute responsabilité pénale et civile un parlementaire pour des actes distincts de ceux accomplis par lui dans l'exercice de ses fonctions, méconnaît le principe constitutionnel d'égalité devant la loi et est par suite contraire à la Constitution ».

16 Le Conseil constitutionnel estime que ces deux exigences sont satisfaites en l'occurrence (cons. 11 et 12), mais avec une argumentation qui ne convainc pas entièrement. En effet, le Conseil considère que puisque trois séries d'hypothèses — assez exceptionnelles, il faut bien le dire —, de mise en cause de la responsabilité des créanciers sont expressément réservées par l'article L. 611-11, le législateur n'a pas effacé toute responsabilité, donc pas porté atteinte à l'exigence constitutionnelle déduite de l'article 4 de la Déclaration.

De là, le juge constitutionnel déduit que, dans la mesure où la loi elle-même prévoit que la responsabilité des créanciers puisse être engagée du fait des concours consentis, le cadre juridique de la limitation de responsabilité se trouve clarifié ; clarification qui serait de nature à lever un obstacle à l'octroi des apports financiers nécessaires à la pérennité des entreprises en difficulté. En quoi la dérogation satisferait ainsi à un « objectif d'intérêt général suffisant ».

Le caractère par trop lapidaire de la décision ne répond pas, à notre sens, à l'objection selon laquelle le texte analysé pourrait induire un risque de discrimination injustifié entre créanciers.

B. Un risque de discrimination

17 Plusieurs objections peuvent être adressées au raisonnement développé dans la décision du 22 juillet 2005.

18 D'abord, on a quelque difficulté à déceler l'objectif d'intérêt général qui conduit à porter atteinte à une règle aussi importante de notre droit privé que celle énoncée à l'article 1382 du Code civil (20). Il n'était pas scientifiquement démontré que la jurisprudence développée par la Cour de cassation en matière de soutien abusif induisait un effet pervers de restriction du crédit ; et il est peu vraisemblable que l'existence d'une limitation légale de responsabilité conduite désormais les établissements de crédit à financer des entreprises auxquelles, hier, elles auraient refusé d'accorder tout crédit. Pas plus que la loi Badinter du 5 juillet 1985 et son principe de droit à l'indemnisation n'a conduit — contrairement aux prédictions de certains — les usagers de la route à se départir de toute prudence, pas plus la disposition commentée n'aura-t-elle pour effet de modifier l'analyse économique du risque auquel procède toute banque avant d'accorder (ou de refuser d'accorder...) un concours financier. Au résultat, le texte conduit à une regrettable mise à distance du juge.

19 Au surplus, quoi qu'en dise le Conseil, l'exonération de responsabilité qu'instaure la disposition commentée est quasi-totale et la place donnée à l'article L. 650-1 du Code de commerce dans l'ordonnancement législatif signale bien la portée très générale que les rédacteurs ont entendu lui conférer. Ni plus ni moins, le législateur retire au juge toute faculté d'apprécier la régularité du comportement de la banque dans la plupart des situations rencontrées en jurisprudence : les créanciers « ne peuvent être tenus pour responsables ».

À ce titre est particulièrement intéressant un rapprochement avec une autre disposition législative récemment introduite en droit français (non déferée au Conseil constitutionnel) par la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 « pour la confiance et la modernisation de l'économie » et aménageant pareillement un système de limitation de responsabilité. L'article L. 412-1, I, alinéa 2, du Code monétaire et financier, qui définit les obligations d'information en cas d'appel public à l'épargne (note d'information + résumé), prévoit qu'« aucune action en responsabilité civile ne peut être intentée sur le fondement du seul résumé ou de sa traduction, sauf si le contenu du résumé ou de sa traduction est trompeur, inexact ou contradictoire... ». La règle est directement transposée de la directive n° 2003/71/CE du 4 novembre 2003, dite « Prospectus » (article 5, 2, d) ; ce qui d'évidence ne garantit nullement sa conformité constitutionnelle. Pour autant, on note qu'à la différence de l'article L. 650-1, la mise en cause de la responsabilité demeure possible à condition de n'être pas uniquement articulée sur le contenu du résumé en question. Il y a là une différence considérable entre les deux textes. C'est d'ailleurs en considération de ses effets d'atténuation et non d'éviction de responsabilité que fut déclaré conforme à la constitution l'article 22 de la loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public, qui prévoit, s'agissant des représentants des salariés, membre du conseil d'administration ou de surveillance, que « lorsque leur responsabilité d'administrateur est mise en cause, elle s'apprécie en tenant compte du caractère gratuit de leur mandat » (21).

Subsistent, il est vrai, prévues à l'article L. 650-1 des configurations où le droit de la responsabilité devrait retrouver son empire, mais soit leur champ d'application est fort restreint (fraude, qui vise sans doute principalement l'hypothèse d'une infraction pénale dont le banquier serait complice ou coauteur), soit il est curieusement défini (prise de garantie disproportionnée non au regard des biens et revenus du garant comme le prévoit par exemple l'article L. 341-4 du Code de la consommation en matière de cautionnement, mais au regard des concours consentis), soit enfin leur probabilité d'occurrence est faible (immixtion, qui fait référence à la notion de dirigeant de fait très rarement appliquée aux banques).

20 Enfin, à la différence de l'article L. 611-11 précédemment examiné, la disposition litigieuse ne concerne qu'une catégorie particulière de créanciers, les établissements bancaires. Du moins est-ce l'intention du législateur qui vise uniquement les fautes commises « du fait des concours consentis ». Et l'on sait que la règle nouvelle a eu précisément pour objet de remettre en cause la jurisprudence développée par la Cour de cassation, en matière d'octroi ou de maintien abusif de crédit, dont les conditions de mise en œuvre demeuraient « incertaines » ; ce qui aurait induit une insécurité juridique et conduit en fin de compte les créanciers à réduire ou refuser leurs concours financiers aux entreprises en difficulté. Si tel est le

[20] *Contra*, L'analyse de R. Routier, *Le cantonnement de la responsabilité pour soutien abusif*, *Gaz. Pal. des 9-10 septembre 2005, spéc.*, p. 94, n° 8.

[21] *Cons. const.*, 20 juillet 1983, loi relative à la démocratisation du secteur public, *déc. n° 83-162 DC, cons. 72 et 73.*

bien le motif d'intérêt général visé, que le Conseil se garde de mentionner, à supposer même qu'on admette la pertinence du raisonnement, pourquoi n'en avoir pas ouvert le bénéfice à d'autres créanciers, notamment aux fournisseurs de biens et de services ?

21 Certes la Cour de cassation n'avait pas hésité à condamner pour soutien abusif d'autres agents économiques que les banques : une société mère, personne interposée dans le cas d'un financement délivré par une banque (22), un cocontractant, souvent le concédant à l'égard de son concessionnaire (23), voire, dans une décision très commentée, une caisse de mutualité sociale agricole (24). On pourrait donc penser que, dans la perspective ainsi tracée par la Cour de cassation, appliquée alors à rebours, tout créancier puisse se prévaloir de l'exonération partielle même au titre d'un simple crédit interentreprises.

Mais, précisément, un « concours » est-il la même chose qu'un « crédit » ? Admettre que des délais de paiements abusivement consentis à un débiteur puissent s'analyser comme un crédit artificiel est aisé-

ment concevable ; le même raisonnement extensif est beaucoup moins certain au regard de la notion de concours, qui paraît d'ailleurs faire implicitement référence à l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier encadrant les conditions dans lesquelles un « concours » consenti par un établissement de crédit à une entreprise peut être interrompu.

22 En définitive, comme souvent, en cherchant à simplifier, la réforme ouvre de nouvelles incertitudes sur des bases constitutionnelles qui demeurent discutables. Après tout dans une économie libérale reposant sur le principe de liberté du commerce et de l'industrie, chaque opérateur économique ne doit-il pas assumer le risque des décisions qu'il prend dans les conditions, égales pour tous, prévues par le droit commun de la responsabilité civile ?

Arnaud REYGROBELLET

Maître de conférences à l'Université Paris X-Nanterre

(22) Cass. com., 25 mars 2003, Bull. civ. IV, n° 50, p. 58, D. 2003, AJ, p. 1291.

(23) Cass. com., 9 mai 1995, pourvoi n° 93-16.211, RJDA 11/1995, n° 1288 ; 7 janvier 2003, pourvoi n° 99-13.425, RJDA 6/2003, n° 622.

(24) Cass. com., 10 décembre 2003, Bull. civ. IV, n° 199, D. 2004, AJ, p. 136, obs. X. Delpech, Bull. Joly 2004, p. 491, note F.-X. Lucas, RTD com. 2004, p. 139, obs. D. Legeais.

librairie Lgdj.fr
la librairie juridique de référence

@chetez
tous vos livres
de droit
sur... www.lgdj.fr

LE SORT DES CRÉANCIERS APRÈS LA LOI DE SAUVEGARDE DES ENTREPRISES : ENTRE RENFORCEMENT DES DROITS ET ALLÈGEMENTS DES DEVOIRS ?

Si l'on en croit Pascal Clément, ci-devant président de la commission des lois (1) de l'Assemblée nationale et actuel ministre de la Justice et garde des Sceaux, « un principe guide le projet de loi de sauvegarde des entreprises : la simplification » (2). Il a également précisé, lors du colloque organisé par la Chambre de commerce et d'industrie de Paris le 13 septembre 2005, que cette loi était « révolutionnaire car à l'écoute des entreprises (3) ». Si l'on se place du côté des créanciers, il sera relativement aisé de contredire le ministre en ce que ce texte ne simplifie pas (4) — loin s'en faut ! — le droit déjà extrêmement complexe de la défaillance d'une entreprise. En revanche, il est possible d'être d'accord avec le garde des Sceaux si l'on retient comme définition de la révolution, celle proposée par le Littré, à savoir « le retour d'un astre au point d'où il est parti ». En effet, la loi de sauvegarde des entreprises s'apparente, notamment dans sa phase liquidative, à un retour à un véritable droit des procédures collectives de règlement des créanciers (5) au détriment d'un droit de l'entreprise en difficulté (6), pour ne pas écrire, comme certains, à un retour au concordat amiable et autres procédures bien connues depuis « César Biroteau » (7).

Pour les créanciers, ces « exclus, [ces] mal-aimés » (8), c'est plutôt une bonne nouvelle car la loi déplace son centre de gravité et tient compte de leur intérêt. Mieux, ils sont appelés à jouer un rôle important dans la préparation et l'élaboration d'un plan (de conciliation, de sauvegarde ou de continuation) destiné à permettre la restructuration d'une entreprise en difficulté.

Enfin, diront certains, car nous sommes tous des créanciers ! Tel pourrait être, en effet, le cri de ralliement de toutes les entreprises qui permettrait d'expliquer la situation paradoxale du droit des

« faillites » : si l'on est débiteur, on souhaite que la loi rétablisse le rapport de force avec ses créanciers, on a tendance à se présenter comme une victime (9) ; si l'on est créancier, on ne souhaite pas être « contaminé » par les difficultés de son débiteur et l'on souhaite que les sûretés souscrites soient efficaces.

Le rôle du législateur est alors particulièrement difficile et il doit trouver un équilibre entre les demandes des créanciers et les attentes des débiteurs, tout en tenant compte d'intérêts qui peuvent varier en fonction des époques : assainissement du commerce à la fin de la Deuxième guerre mondiale, distinction de l'homme et de l'entreprise en 1967, lutte contre le chômage dans les années 1980 et aujourd'hui, résistance aux délocalisations.

En 1985, le législateur avait remplacé la notion de débiteur par celle d'entreprise et avait élaboré une procédure volontariste et dynamique (10) quitte pour cela à sacrifier les intérêts des créanciers (11).

On se souvient, en effet, que l'article 1^{er} de la loi du 25 janvier 1985 prévoyait qu'il était 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 doctrine avait démontré (12) — et la jurisprudence approuvait le fait — que cet article établissait l'ordre des priorités du législateur (13). La simple lecture de ce texte démontrait le peu de cas qui était fait des créanciers qui arrivaient en troisième et dernière position. De plus, la loi les privait de l'espoir d'un règlement de leurs créances pour les laisser face un simple « apurement ».

Avec la loi de sauvegarde, la première révolution consiste à moduler les priorités en fonction de la procédure choisie.

(1) Et à ce titre, auteur du rapport d'information de l'Assemblée nationale n° 2094 sur la réforme du droit des sociétés - traitement des entreprises en difficultés. Ce rapport synthétise la vingtaine d'auditions menées par la commission des lois.

(2) P. Clément, Entretien, L'Hémicycle du 29 juin 2005, p. 12-13.

(3) Notes personnelles de l'auteur.

(4) F. Pérochon, Les créanciers postérieurs et la réforme du 26 juillet 2005, Gaz. Pal. des 7-8 septembre 2005, p. 57 : la loi nouvelle dégage « une impression de complexité ».

(5) F. Pérochon et R. Bonhomme, Entreprises en difficulté - Instruments de crédit et de paiement, LGDJ, 4^e éd., 1999, n° 3, c'est « l'organisation d'une procédure collective de vente des biens du débiteur, à l'initiative et au profit de ses créanciers, sous le contrôle d'une autorité publique ».

(6) C. Saint-Alary-Houin, Droit des entreprises en difficulté, Domat-Montchrestien, 4^e éd., n°s 35 et s.

(7) F.-X. Lucas, La réforme à la lumière de l'histoire, RJ com 2004, hors série « Entreprises en difficulté : nouvel essai du droit des procédures collectives », p. 7

(8) C. Saint-Alary-Houin, Présentation générale de l'évolution de la situation des créanciers, in La situation des créanciers d'une entreprise en difficulté, colloque du DJCE, Montchrestien, 1998, p. 1.

(9) F.-X. Lucas, Propos introductifs, Journal des sociétés, n° 24, septembre 2005, p. 28 : « La loi du 26 juillet 2005 abandonne la conception périmée, fondée sur la posture [l'imposture parfois...] de victime d'un débiteur caricaturé [...] le sauvetage de l'entreprise ne justifie pas de mortifier les créanciers ».

(10) C. Saint-Alary-Houin, Droit des entreprises en difficulté, Domat-Montchrestien, 4^e éd., n°s 45 et s.

(11) J. Devèze, Le paiement des créanciers, in « La situation des créanciers d'une entreprise en difficulté », colloque du DJCE, Montchrestien, 1998, p. 39. « Qu'il serait reposant pour évacuer le rôle ou conclure au non-lieu d'un sujet dont l'ampleur épouvante, de se contenter d'observer qu'au bilan de la situation générale des créanciers, au poste paiement, le plus souvent, il n'y a rien ». Ph. Sayag, L'application du droit des faillites, éléments pour un bilan, CREDA, 1984, p. 285 et s. Il a été démontré que, sous l'empire de la loi de 1967, 85 % des procédures se terminaient en liquidation de biens et dans cette liquidation, les créanciers chirographaires ne recevaient aucun remboursement dans 95 % des procédures et lorsqu'ils étaient payés, recevaient au mieux 10 % de leurs créances. Ce montant pouvait grimper jusqu'à 30 à 40 % pour les créanciers titulaires de sûretés.

(12) C. Saint-Alary-Houin, Rapport introductif, colloque du CDA-Toulouse, 21 janvier 2005, Rev. Lamy Droit des aff., supplément, mars 2005, p. 9. Le texte et la vidéo du colloque sont accessibles sur CD-Rom auprès de Droit-in-situ, www.droit-in-situ.net.

(13) E. Jouffin, Le sort des créanciers antérieurs dans la loi de sauvegarde, Journal des sociétés, n° 24, septembre 2005, p. 37 : « Malgré les sacrifices exigés des créanciers qu'ils soient chirographaires ou privilégiés, la loi de 1985 n'a pas su remplir son objectif prioritaire de préservation de l'entreprise ».

Tableau n° 1 : Comparatif des finalités entre les différentes procédures : du droit des entreprises en difficulté au droit des procédures d'exécution collectives

Finalité de la conciliation (article L. 611-7) le conciliateur a pour mission « de favoriser la conclusion entre le débiteur et ses principaux créanciers ainsi que, le cas échéant, ses cocontractants habituels, d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise ».

Finalité de la sauvegarde (article L. 620-1) procédure « destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre de poursuivre l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif ».

Finalité (limitée ?) du redressement judiciaire (article L. 631-1, alinéa 2) « La procédure de redressement judiciaire est destinée à permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif ».

Finalité (extensive ?) de la liquidation judiciaire (article L. 640.1, alinéa 2) « La procédure de liquidation judiciaire est 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 ».

Il est possible que cette loi soit une étape dans l'édification d'un droit des procédures collectives semblable à celui décrit par le président Ribaut (14), à savoir un droit qui opposerait une véritable prévention, d'essence contractuelle et destinée à sauvegarder l'entreprise, à une véritable liquidation dans l'intérêt exclusif des créanciers dans le cadre d'une procédure collective de paiement (15).

La deuxième révolution réside dans la disparition de la *summa divisio* qui prévalait entre créanciers antérieurs au jugement d'ouverture et créanciers postérieurs. À présent, le seul fait de voir sa créance naître régulièrement après le jugement d'ouverture ne suffit plus pour bénéficier de la priorité des paiements prévue par « l'article 40 » (devenu L. 621-32, lui-même re-numéroté et éclaté en plusieurs articles). De la même façon, certaines créances antérieures se voient reconnaître un véritable privilège opposable y compris aux créanciers hypothécaires dans le cadre d'une liquidation judiciaire, voire à certains créanciers postérieurs.

La troisième révolution se situe dans le rôle central des créanciers tant dans la nouvelle conciliation que dans les différentes procédures collectives. Ils sont pleinement « associés à l'élaboration du plan

destiné à faire sortir le débiteur de ses difficultés » (16). Même si certains craignent que l'apparition de ces comités ait un effet perturbateur : « aujourd'hui, le tribunal décide souverainement du sort de l'entreprise. Demain, sa marge de manœuvre sera réduite lorsque les comités auront voté » (17). L'expérience étrangère, notamment américaine semble démontrer le contraire, mais il est vrai que nos alliés d'outre-Atlantique sont prompts à accepter, voire à faciliter, un « nouveau départ » (18).

La quatrième révolution est cachée au détour de l'article L. 622-24 du Code de commerce qui ne prévoit plus la terrible sanction de l'extinction de la créance non ou mal déclarée. Cette disposition est l'une de celles qui illustrent les faveurs accordées par le législateur aux créanciers au détriment du débiteur et de ses garants (19). Elle risque de permettre la mise en place des stratégies de « gel de créances » dans l'attente de jour meilleur (20), ce qui pourrait perturber une entreprise redevenue *in bonis* par l'effet de son plan de restructuration mais qui n'aurait pas tenu compte de certains créanciers volontairement silencieux.

(14) Cf. le point de vue de Jacques Raibaut, président du Tribunal de commerce de Toulouse, ce numéro, p. 12 et 13.

(15) Rappelons pour mémoire que c'est la technique qui prévaut pour les établissements de crédit et les compagnies d'assurance, tant en droit interne qu'en droit européen. Sur ces questions, voir par exemple, JOCE n° L/125 du 5 mai 2001, p. 15 et s. ; L. Idot, Chroniques de jurisprudence, marché intérieur, services financiers, procédures collectives, Europe, 2001, n° 6, p. 11 ; J.-P. Deguée, La directive 2001/24/CE sur l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit : une solution au défaut de confiance bancaires internationales ?, Euredia, 2001-2002/2, Bruylant, p. 241 et s. ; C. Légevaques, Les apports des nouvelles règles spécifiques sur les faillites des établissements de crédit, LPA 2003, n° 248.

(16) J.-J. Hyst, Rapport de la commission des lois du Sénat, n° 335, p. 292.

(17) F.-X. Lucas, Du plan de continuation au plan de sauvegarde, la restructuration de l'entreprise, Rev. Lamy droit des aff., supplément, mars 2005, p. 940.

(18) M. Tanger, La Faillite en droit fédéral des États-Unis, Économica, 2002, préf. J. Larrieu, « Pour la société civile américaine attachée aux valeurs du « laissez-faire », la faillite n'est que le revers indissociable d'une politique économique, financière et commerciale audacieuse qui profite à tous. Il est donc de l'intérêt du débiteur, comme de ses créanciers, de se concerter pour rechercher les solutions propres à augmenter les rendements de la procédure, à assurer une meilleure ventilation des pertes économiques et à faciliter le redémarrage d'un partenaire économique. Dans ce contexte, le droit fédéral sur la faillite ne paraît avoir d'autre but que d'offrir aux agents économiques un cadre juridique souple, à l'intérieur duquel ils doivent renégocier leurs multiples engagements. Ils peuvent ainsi contribuer au rétablissement de la fluidité des affaires qui est constitutive de la dynamique collective des États-Unis ».

(19) C. Saint-Alary-Houin, Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises : continuité, rupture ou retour en arrière, Dr. et patr., janvier 2005, n° 133 ; p. 24.

(20) Zola, L'argent, LGF, Livre de poche, p. 52, « Bush s'occupait particulièrement de l'achat des créances (...). Dans cette mer de débiteurs disparus ou insolubles, il fallait faire un choix, pour ne pas trop éparpillé son effort. En principe, il professait que toute créance, même la plus compromise peut redevenir bonne (...). Parmi les insolubles, il suivait naturellement de plus près ceux qu'il sentait avoir des chances de fortune prochaine (...). Pendant des années souvent, il laissait ainsi mûrir un homme pour l'étrangler au premier succès ».

La cinquième révolution réside, enfin, dans le principe « d'irresponsabilité » du créancier ayant consenti des concours au débiteur tempéré par quelques exceptions. Ce dernier principe, nous le verrons, a fait l'objet des plus vives critiques (21) et a été la cause principale de la saisine du Conseil constitutionnel (22), en raison de l'atteinte au principe de l'égalité entre les créanciers (23) dont la loi de sauvegarde marque un nouveau recul.

À ce stade de la démonstration, il serait tentant de considérer que cette loi est une loi de sauvegarde non des entreprises mais des créanciers. Ce serait aller un peu vite et oublier par exemple que le maître de la procédure de conciliation ou de sauvegarde demeure le débiteur qui a, seul, la qualité pour agir, pour saisir le tribunal et pour se placer sous la protection de la justice (24). Et c'est ici que réside la sixième révolution qui profite indiscutablement au débiteur et à ses garants. En effet, la loi prévoit que, notamment, les cautions peuvent se prévaloir, sous certaines conditions, de l'accord de conciliation comme du plan de sauvegarde (25). Cette disposition s'inscrit dans la volonté de favoriser l'anticipation maximale des difficultés en favorisant le débiteur (ou plutôt le chef d'entreprise-caution qui saura anticiper, pour lui permettre ainsi de mieux profiter à titre personnel de la restructuration opérée à temps).

À cela s'ajoute, que les droits des créanciers sont encore altérés par la loi de sauvegarde en ce qui concerne les deux nouveaux cas de nullité suspecte (26). En effet, l'article L. 632-1 du Code de commerce ajoute une huitième hypothèse de nullité de droit en visant « Toute autorisation, levée et revente d'options définies aux articles L. 225-177 et suivants du présent Code », c'est l'hypothèse de levée de stock-options attribués aux dirigeants ou aux principaux cadres d'une entreprise en difficulté. De la même manière, l'article L. 632-2, alinéa 2 du Code de commerce prévoit-il un nouveau cas de nullité facultative pour tout avis à tiers détenteur, toute saisie attribution ou toute opposition « lorsqu'il a été délivré ou pratiqué par un créancier après la date de cessation des paiements et en connaissance de celle-ci ». La principale difficulté d'application de ce texte sera d'une part, d'apporter la preuve de la date exacte de cessation des paie-

ments ou de la connaissance de cet état par le créancier poursuivant et, d'autre part, de déterminer à quel moment la saisie-attribution ou l'avis à tiers détenteur peut être remis en cause (mandat d'agir donné à l'huissier, signification de l'exploit d'huissier, dénonciation au débiteur ?). Tout comme le professeur Arrighi, il semble préférable de se situer à la date de la signification de l'exploit d'huissier. En effet, c'est à cet instant que l'article 43 de la loi du 9 juillet 1991 transfère la créance saisie du patrimoine du débiteur à celui de son créancier (27). Par ailleurs, l'article L. 632, alinéa 2 vise expressément la mesure d'exécution délivrée ou pratiquée.

Si l'on écarte ces hypothèses dans lesquelles les droits des créanciers sont altérés, on peut alors démontrer que la loi de sauvegarde s'articule autour d'un renforcement des droits des créanciers (I) et d'un allègement ou, pour le moins, d'un aménagement de leurs devoirs (II).

I. Droits renforcés des créanciers

Que ce soit dans le cadre général concernant toutes les procédures (A) ou procédure par procédure (B), les droits des créanciers ont été renforcés ou favorisés par la loi de sauvegarde. Le législateur a su faire preuve d'imagination car il utilise tout un panel de technique juridique : accroissement du contrôle au bénéfice des créanciers, cantonnement de la responsabilité des dispensateurs de crédit, amélioration de la sécurité juridique des accords de conciliation, nouveau privilège dit de conciliation ou de « *new money* », place centrale des comités de créanciers dans l'élaboration des plans de sauvegarde et de continuation, et diverses améliorations techniques qui profitent aux créanciers d'un débiteur en liquidation judiciaire. Devant l'étendue des moyens mis à leur disposition, les créanciers devront élaborer des stratégies (28) pour préserver leurs droits au mieux de leurs intérêts : ils devront notamment choisir entre l'attractivité de l'accord de conciliation protégé par une homologation-jugement et les avantages du plan de sauvegarde résultant de la consultation des comités de créanciers.

[21] A. Montebourg, *Assemblée nationale, compte rendu analytique officiel, commission mixte paritaire du 13 juillet 2005*, « Tout système d'administration de la faillite dévoile des choix : vous avez fait celui de sauvegarder les intérêts des créanciers bancaires en organisant leur protection au détriment de l'emploi et de l'intérêt général. C'est votre responsabilité. Le texte octroie la quasi-totalité des nouvelles protections aux organismes de crédit, créanciers bancaires de l'entreprise en difficulté. En clair, cette loi n'est pas une loi de sauvegarde des entreprises, mais un dispositif de sauvegarde des intérêts des banques ».

[22] R. Routier, *De l'irresponsabilité du prêteur dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises*, *Dalloz*, n° 22, p. 1478 et s. ; du même auteur, *Le cantonnement de la responsabilité pour soutien abusif*, *Gaz. Pal.* des 9-10 septembre 2005, p. 33 et s. Cf. Arnaud Reygrobellet, *ce numéro*, p. 58.

[23] M. Cabrillac, *Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers*, in *Mélanges en hommage à A. Breton et F. Derrida*, *Dalloz* 1991 ; J.-L. Coudert, *Dans les procédures collectives, l'égalité des créanciers est-elle un mythe ou une réalité ?*, *LPA* du 26 août 1992, p. 12 ; C. Léguevaques, *L'égalité des créanciers et le traitement des « faillites » bancaires et financières : un principe « peau de chagrin »* : *Dr. et patr.*, avril 2000, du même auteur, *L'égalité des créanciers dans les procédures collectives : flux et reflux* : *Gaz. Pal.* des 27-29 janvier 2002, *doctr.*, p. 18.

[24] Cf. *Le tableau synoptique de Patrick Canet particulièrement éloquent sur le rôle central du débiteur dans la loi de sauvegarde*, *cf. ce numéro*, p. 9.

[25] *Sur le détail de cette mesure*, cf. *Éric Lacassagne*, *ce numéro*, p. 50.

[26] J.-P. Arrighi, *Les nouveaux cas de nullités de la période suspecte*, *Gaz. Pal.* des 9-10 septembre 2005, p. 9.

[27] Article 43 : « L'acte de saisie emporte, à concurrence des sommes pour lesquelles elle est pratiquée, attribution immédiate au profit du saisissant de la créance saisie disponible entre les mains du tiers ainsi que de tous ses accessoires. Il rend le tiers personnellement débiteur des causes de la saisie dans la limite de son obligation ».

[28] R. Damman, *La situation des banques titulaires de sûretés, après la loi de sauvegarde des entreprises*, *Banque & Droit*, n° 103, septembre-octobre 2005, p. 16 et s.

A. Régime commun à toutes les procédures

Quelles que soient les procédures, le législateur a prévu deux améliorations sensibles du sort des créanciers tant en ce qui concerne le rôle accru des contrôleurs (1.) que la création d'un principe général de cantonnement de la responsabilité des créanciers qui apportent leur concours financiers au débiteur (2.).

1. Le rôle accru des contrôleurs

Après la réforme issue de la loi du 10 juin 1994, le professeur Marie-Anne Frison-Roche avait défini les contrôleurs comme étant « une personne identifiée, désintéressée en ce qu'elle n'est pas personnellement partie au litige, en charge pour d'une mission concourant à l'exercice de la justice et dotée à ce titre de prérogatives adéquates » (29). Tous les auteurs insistaient, jusqu'à présent, sur le fait que les contrôleurs ne pouvaient être considérés ni comme des organes

de la procédure collective (30) ni des parties à la procédure (31) car ils n'étaient pas investis d'un « quelconque droit de représentation de l'intérêt collectif des créanciers » (32).

Si les modes de désignation ne présentent pas d'innovations saisissantes (cf. tableau n° 2 : Qui peut être contrôleur ?), si ce n'est la présence d'un contrôleur de plein droit en la personne de l'ordre professionnel ou de l'autorité compétente d'une profession réglementée (33), il convient d'étudier les « nouveaux pouvoirs » (34) des contrôleurs (a). Par ailleurs, il conviendra de souligner que si les prérogatives des contrôleurs ont été étendues, leur statut a été précisé notamment en ce qui concerne les incompatibilités et leur responsabilité (b). Enfin, nous essaierons de préciser si l'ensemble de ces nouveaux droits peut permettre aux contrôleurs de revendiquer la qualité de partie dans la procédure (c).

Tableau n° 2 : Qui peut être contrôleur ?

Conditions de désignation

Tout créancier qui en fait la demande au juge-commissaire peut être contrôleur.

La loi est venue préciser que le contrôleur peut se faire représenter par l'un de ses préposés ou par ministère d'avocat.

De même, la loi a ajouté que tout créancier nommé contrôleur peut être révoqué par le tribunal à la demande du ministère public.

Nombre et qualité des contrôleurs

Il ne peut pas y avoir plus de CINQ contrôleurs.

Le juge-commissaire veille à ce qu'au moins l'un d'entre eux soit choisi parmi les créanciers titulaires de sûretés et qu'un autre soit choisi parmi les créanciers chirographaires.

Révocation

À l'exception du contrôleur de droit instauré par la loi, seul le parquet peut demander au tribunal la révocation d'un contrôleur-créancier.

Cas particulier des professions réglementées (avocat, expert-comptable, etc.)

L'ordre professionnel ou l'autorité compétente dont, le cas échéant, il relève est d'office contrôleur. Dans ce cas, le juge-commissaire ne peut désigner plus de quatre contrôleurs.

Les pouvoirs de ce contrôleur d'office sont alors limités par rapport à ceux du contrôleur créancier.

[29] M.-A. Frison-Roche, *Le contrôleur*, LPA du 14 juin 1995, numéro spécial, p. 8, n° 12.

[30] Carpentier et Charveriat, *Les contrôleurs*, Gaz. Pal. du 4 mars 1995, doct. B. Soinne, *Traité théorique et pratique des procédures collectives*, Litec 1995, n° 978 ; A. Sorensen, *Réforme des procédures collectives, les contrôleurs : un toilettage d'une institution oubliée*, LPA 1995, n° 102, p. 5 et s. Le Cannu, Luchaux, Pitron, et Sénéchal, *Entreprise en difficulté*, GLN Joly, n° 726 et s. ; F. Macorig-Venier, *La situation des créanciers antérieurs à la loi du 10 juin 1994*, p. 135 in *Les réformes du droit de l'entreprise*, Montchrestien, 1995.

[31] Dans le cadre de la réforme de la loi du 25 janvier 1985, les sénateurs Larché et Dailly avaient soutenu un amendement modifiant les articles 171 et 174 de la loi ouvrant aux contrôleurs l'appel contre les décisions arrêtant le plan de continuation ou de cession de l'entreprise « si la décision porte une atteinte manifestement excessive aux droits des créanciers ». Afin d'éviter des « appels dilatoires ou de connivence » et par respect pour l'égalité des créanciers, le gouvernement avait refusé de reconnaître aux contrôleurs le droit de relever appel de ces décisions (cf. JO débats Sénat, séance du 12 avril 1994, p. 927 et s.).

[32] C. Légevaques, *Les pouvoirs limités des contrôleurs : surveiller sans punir*, LPA 1997, n° 68.

[33] Il est des professions pour lesquelles la désignation d'un ordre professionnel ou d'une autorité compétente ne pose de difficultés : avocats, commissaires aux comptes, architectes, médecins, etc. Mais qu'en est-il, par exemple, pour les conseils en investissements financiers (CIF) reconnus par l'article L. 541-1, alinéa 1^{er} du Code monétaire et financier. La question se pose, en effet, car depuis la loi n° 2003-706 du 1 août 2003 dite « sécurité financière », l'article L. 541-5 du Code monétaire et financier exige que les CIF soient membres d'une « association professionnelle agréée par l'Autorité des marchés financiers (AMF) ». Si l'association agréée opère une gestion administrative (identification du CIF, délivrance d'un numéro d'enregistrement, nature des opérations exercées par le CIF, etc.), elle n'est investie d'aucun contrôle prudentiel ou disciplinaire sur le CIF. En effet, les poursuites disciplinaires sont réservées à la commission des sanctions de l'AMF en application de l'article L. 621-17 du Code monétaire et financier. Dès lors, en cas de procédure collective d'un CIF, le contrôleur de droit est-il l'association agréée ou l'AMF ? Une réponse en faveur de l'AMF nous paraît préférable compte tenu de la nouveauté de ses associations qui ne peuvent présenter des gages ni de pérennité ni d'expérience suffisante devant un tel sinistre. De plus, l'AMF est le régulateur du secteur financier. Mais, cet exemple, illustre bien les difficultés auxquelles pourront être confrontés les juges-commissaires en présence d'autorité qui revendiqueront la qualité de contrôleur de plein droit.

[34] X. de Roux, *op. cit.*, p. 96

a) Les nouveaux pouvoirs des contrôleurs

Les contrôleurs sont-ils devenus un « organe subsidiaire » (35) de la procédure collective ? À lire, les travaux parlementaires, la réponse semble être « surtout pas ! » (36) pour le rapporteur de l'Assemblée nationale et « pourquoi pas ? » pour celui du Sénat (37). Pour autant, la doctrine la plus autorisée milite en ce sens. Pour essayer d'y voir plus clair, il convient de comparer les « prérogatives traditionnelles des contrôleurs » (38) (α) pour mieux faire apparaître les nouveaux pouvoirs (β), dont le plus important d'entre eux réside dans la possibilité offerte à un contrôleur (seul ou en se regroupant selon les procédures) de se substituer aux carences éventuelles du mandataire judiciaire. Cette disposition vient remettre en cause l'un des principes fondamentaux des procédures collectives, celui du monopole de représentation des créanciers par le mandataire judiciaire

a) Les prérogatives traditionnelles des contrôleurs sont « renouvelées » (39) et approfondies

Reprenant une formulation ancienne, l'article L. 621-11 précise que les contrôleurs « assistent » le mandataire judiciaire dans ses fonctions et le juge-commissaire dans sa mission de surveillance de l'administration de l'entreprise.

Afin de mener à bien cette double mission d'assistance, la loi leur reconnaît le pouvoir de prendre connaissance de tous les documents transmis à l'administrateur et au mandataire judiciaire.

Au fil du Code de commerce, plusieurs articles viennent préciser les conditions de la consultation des contrôleurs au même titre que celle des représentants des salariés ou du parquet, lorsque le tribunal :

- statue sur le plan de sauvegarde (article L. 626-9) ;
- étudie les demandes de modification substantielle du plan (article L. 626-26, alinéa 2 pour la sauvegarde et article L. 631-19 pour le redressement) ;
- évalue l'offre de tout repreneur (article 642-5, alinéa 1) ;
- apprécie l'opportunité de la conclusion d'un contrat de location-gérance (article 642-13, alinéa 2) ;
- autorise la reprise des poursuites individuelles à l'égard d'un ou plusieurs créanciers (article L. 643-11-IV).

Dans le cadre de l'accès à l'information et aux documents, les contrôleurs :

- reçoivent les propositions de règlement de dettes en sauvegarde (article L. 626-5, al. 1.) ou en redressement judiciaire (article L. 631-197) ;
- peuvent faire des observations qui sont recueillies par le juge-commissaire lorsqu'il fixe la mise à prix et les conditions de la vente d'un immeuble dans une liquidation judiciaire (article L. 642-17, alinéa 2) ou avant qu'il n'ordonne la vente aux enchères ou qu'il autorise une vente de gré à gré (article L. 642-19, alinéa 1).

Par ailleurs, la loi renforce les contrôleurs dans leur « rôle d'influence » sur le cours de la procédure :

- chaque contrôleur peut demander au tribunal de mettre fin à tout moment à la période d'observation en sauvegarde (article 622-10, alinéa 1) comme en redressement judiciaire (article L. 631-15 II) ;
- un contrôleur peut demander au tribunal de mettre fin à la période d'observation si, pour un contrat continué, le débiteur n'est pas en mesure d'honorer une échéance, ce qui entraîne, sauf accord contraire du cocontractant, une résiliation de plein droit du contrat dont la continuation est devenue impossible (article L. 622-13, al. 3 pour la sauvegarde et article L. 631-14 pour le redressement judiciaire).

β) Les nouveaux pouvoirs des contrôleurs ou la remise en cause encadrée du monopole du mandataire judiciaire

Selon le rapporteur de la commission des lois de l'Assemblée nationale, « les créanciers nommés contrôleurs sont dotés d'un pouvoir d'action en substitution du représentant collectif des créanciers, pour l'engagement d'actions civiles, comme de sanctions patrimoniales ou professionnelles, à l'exception des actions pénales. Ce choix répond aux souhaits formulés par ceux auxquels l'actuel « représentant des créanciers » a pu opposer un refus d'agir à leur demande, sans qu'il lui soit demandé une justification particulière. Pour autant, il conviendra de veiller à ce que le nouveau pouvoir confié aux créanciers contrôleurs ne donne pas lieu à des comportements critiquables à l'égard du débiteur » (40). Cette phrase confirme — s'il en était besoin — que les nouveaux pouvoirs des contrôleurs sont particulièrement encadrés.

Comme le propose le rapporteur de la commission des lois du Sénat (41), il convient de distinguer le droit général d'action dans l'intérêt collectif des créanciers (1.), du droit particulier d'action en comblement du passif en paiement des dettes sociales contre le

[35] P.-M. Le Corre, *Les créanciers antérieurs dans le projet de sauvegarde des entreprises*, in *La réforme des procédures collectives, colloque Crejefe*, 27 mars 2004, LPA du 10 juin 2004, n° spécial, p. 25 et s.

[36] X. de Roux, *op. cit.*, p. 96.

[37] J.-J. Hyst, *op. cit.*, p. 49.

[38] P. Roussel-Galle, *Les contrôleurs gardiens de l'intérêt collectif*, *Gaz. Pal.* des 9-10 septembre 2005, p. 3 et s.

[39] J.-J. Hyst, *op. cit.*, p. 49-50.

[40] X. de Roux, *op. cit.*, p. 96.

[41] J.-J. Hyst, *op. cit.*, p. 50.

dirigeant de la personne morale (2.) et du droit de saisir le tribunal pour demander le prononcé d'une sanction professionnelle (3.). Enfin, il y aura lieu d'étudier le point commun entre ces trois nouveaux pouvoirs : l'existence d'une « carence du mandataire judiciaire ». Que faut-il attendre par carence ? Comment sera-t-elle établie (4.) ?

1. Droit général d'agir reconnu aux contrôleurs dans l'intérêt des créanciers

L'article L. 622-20 du Code de commerce commence par réaffirmer de manière péremptoire le monopole de représentation de l'intérêt collectif des créanciers par le mandataire judiciaire : « Le mandataire judiciaire désigné par le tribunal a seul qualité pour agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers ». Pour autant, la nouveauté est introduite par le « toutefois » de l'alinéa 2 du même article. Ce texte ouvre une brèche dans le monopole de représentation qui, jusqu'à présent, était absolu (42).

L'article L. 622-20 dispose expressément que « en cas de carence du mandataire judiciaire, tout créancier nommé contrôleur peut agir dans cet intérêt ». Ce texte reconnaît bien que tout contrôleur peut agir dans l'intérêt collectif des créanciers. La loi ne distingue pas en fonction des catégories possibles de créanciers. Il faut donc en conclure qu'un contrôleur créancier chirographaire pourrait tout à fait défendre les intérêts collectifs des créanciers privilégiés. Mais, le libellé même de cet article nous permet d'aller plus loin : le contrôleur ne peut pas détourner ce nouveau pouvoir pour assouvir un intérêt personnel. Dans l'examen de la recevabilité de son action, les tribunaux devront porter une attention particulière à l'existence d'un intérêt collectif pour les créanciers en général ou pour le moins, pour une catégorie d'entre eux (43). À défaut et en cas de faute lourde, le contrôleur engage sa responsabilité civile (C. com., art. L. 621-10 *in fine*).

Par ailleurs, il convient de souligner que l'article L. 622-20 fait référence à « tout créancier nommé contrôleur ». Cela exclut les contrôleurs de droit (ordre professionnel ou autorité compétente) qui se voient ainsi privés d'un pouvoir important reconnu aux « contrôleurs-

créanciers » (44). À cet égard, il y a lieu de préciser que, pour le rapporteur de la commission des lois de l'Assemblée nationale, « puisque l'ordre est nommé contrôleur d'office, il ne peut être désigné contrôleur en tant que créancier, avec les pouvoirs afférents, alors même qu'il peut être l'un des créanciers importants du débiteur libéral, au titre de ses cotisations professionnelles ou sociales » (45).

Quelles sont les actions pour lesquelles chaque contrôleur dispose individuellement du droit d'agir dans l'intérêt collectif ? Il n'existe pas de liste limitative ou énumérative. Chaque fois que la loi reconnaît un droit d'agir au mandataire judiciaire, la question peut se poser.

Notons au passage une imperfection rédactionnelle qui pourrait donner prise à des querelles byzantines. Le représentant des créanciers n'existe plus (46). Il est remplacé par le mandataire judiciaire dont les pouvoirs sont définis par l'article L. 622-20. Pourtant dans plusieurs textes (par exemple, L. 621-28, 622-5, 622-13, 622-18, 624-1, 625-3, 654-12, 661-1, etc.), il est toujours fait référence à l'ancienne dénomination « représentant des créanciers ». Il existe dès lors un risque pour qu'un contrôleur revendique ce titre puisqu'il est investi de la mission de défendre l'intérêt collectif des créanciers. Cette argumentation ne paraît pas convaincante. En revanche, il pourrait être plaidé que lorsque la loi utilise l'expression « représentant des créanciers » c'est pour le distinguer du mandataire judiciaire car les deux missions ne se recoupent pas. Le mandataire judiciaire veille principalement à la réalisation rapide des actifs dans la liquidation judiciaire, il est donc normal qu'il soit placé sous la pression des contrôleurs. En revanche, le représentant des créanciers exerce une mission plus « administrative » dans le sens où, à titre principal, il collecte et vérifie les déclarations de créances. Dès lors, si la loi prévoit que le contrôleur peut suppléer aux carences du mandataire judiciaire, elle n'a rien prévu pour suppléer à celles du représentant des créanciers. En conséquence, les contrôleurs ne devraient pas pouvoir exercer les droits et actions du représentant des créanciers.

[42] De manière constante, la jurisprudence refusait de reconnaître à un créancier le droit d'exercer l'action en réparation d'un préjudice collectif ut singuli, Cass. com., 3 juin 1997, n° 1443 P+B, M. Cousin Laferrière et a. c/ Sté générale et a. : Quot. jur. du 15 juillet 1997, p. 3 ; D. 1997, jur., p. 517, note F. Derrida ; JCP E. 1997. II. 988, note M. Behar-Touchais, JCP 1998, I, n° 277, chron. Cabrillac et Pétel. Certains auteurs estimaient que la question de la recevabilité de l'action ut singuli en cas de carence des organes de la procédure n'était pas encore définitivement tranchée. Cf. M. Behar-Touchais, Les actions en responsabilité civile des créanciers, in La situation des créanciers des entreprises en difficulté, Montchrestien, 1998, p. 11 et s. Si l'action en réparation d'un préjudice collectif ne lui était pas ouverte, le créancier pouvait toujours agir en réparation d'un préjudice personnel. Toutefois, son action est enfermée dans un cadre très strict. En effet, « Le monopole du représentant des créanciers ne concerne que les actions exercées dans l'intérêt collectif » (Ripert et Roblot, Traité de droit commercial, T. 2, n° 2998). Mais la fenêtre ménagée par la jurisprudence pour annihiler la « paralysie processuelle » qui touche les créanciers est étroite. En effet, les créanciers doivent « justifier d'un préjudice spécial et d'un intérêt collectif distinct de celui des autres créanciers » (Cass. com., 31 mars 1978, D. 1978, p. 646, arrêt Chaix). Par un arrêt Astre, rendu sous le régime de la loi de 1967, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation (Ass. plén., 9 juillet 1993, D. 1993, jur., p. 469, note Derrida ; JCP 1993. II, n° 22122, p. 362, note Pollaud-Dulian, JCP E. 1993. I, p. 536, n° 298, obs. Cabrillac) est venue renforcer l'appréciation stricte du préjudice personnel en exigeant qu'il ne « soit pas inhérent à la procédure collective ». La Cour de cassation notait dans le rapport 1994 qu'est « individuel le préjudice qui est propre au créancier intéressé, parce que fondé sur un intérêt distinct de celui des autres. Le préjudice est aussi individuel si la situation du créancier concerné n'est en rien affectée par l'ouverture de la procédure collective » (rapport, p. 323).

[43] Le préjudice collectif est celui qui présente « un lien avec l'ouverture de la procédure collective, soit du fait du retard de cette ouverture, soit au contraire du fait de la précipitation des difficultés du débiteur » Cour de cassation, rapport 1994, p. 323.

[44] J.-J. Hyest, op. cit., p. 451.

[45] X. de Roux, op. cit., p. 209.

[46] J.-J. Hyest, op. cit., p. 451. « Les fonctions du mandataire judiciaire, dont l'appellation se substituerait à celle de « représentant des créanciers » actuellement retenue par le Code de commerce, seraient définies par l'article L. 622-20 du Code de commerce dans des termes quasi-identiques à ceux figurant actuellement à l'article L. 621-39 du même Code. Le mandataire judiciaire aurait ainsi seul qualité pour agir au nom et dans l'intérêt des créanciers du débiteur faisant l'objet de la procédure de sauvegarde ».

Cette argumentation ne paraît guère convaincante non plus car visiblement pour le législateur les deux expressions sont équivalentes. On peut regretter que le législateur n'ait pas su tirer toutes les conséquences de son « évolution sémantique » (47).

2. Droit spécial d'agir pour mettre en jeu les sanctions patrimoniales

L'article L. 651-2 du Code de commerce issu de la loi de sauvegarde rénove, dans l'intérêt du débiteur, le mécanisme des sanctions patrimoniales contre le débiteur ou les dirigeants de fait ou de droit d'une personne morale (48). Retenons simplement que la nouvelle rédaction reprend les grandes lignes de l'action en comblement de l'insuffisance d'actif (existence d'une faute de gestion, lien de causalité entre la faute et l'insuffisance d'actifs, prescription de trois ans à compter du jugement qui prononce la liquidation judiciaire ou la résolution du plan).

La nouveauté est ailleurs. Elle réside dans l'article L. 651-3, alinéa 2 du Code de commerce qui prévoit que « dans l'intérêt collectif des créanciers, le tribunal peut également être saisi par la majorité des créanciers nommés contrôleurs lorsque le mandataire de justice ayant qualité pour agir n'a pas engagé les actions prévues » à l'article L. 651-2 « après une mise en demeure restée sans suite dans un délai et des conditions fixés par décret en Conseil d'État ».

On retrouve ici les deux principales conditions déjà rencontrées pour permettre à un contrôleur de substituer au mandataire judiciaire : la carence de ce dernier et la démonstration que son action s'inscrit dans la recherche de « l'intérêt collectif des créanciers ».

Le texte est ici plus restrictif en ajoutant une troisième condition. L'action générale en substitution du mandataire judiciaire (article L. 622-20) permet à tout contrôleur d'initier individuellement son action. « L'engagement d'actions en sanction doit être exercé collégalement ou du moins à la majorité des contrôleurs pour éviter d'éventuels effets pervers dommageables pour l'entreprise » (49).

La référence expresse à la qualité de « créanciers » exclut le contrôleur d'office (ordre ou autorité compétente) aussi bien du calcul de la majorité que de la participation à l'action.

3. Droit particulier pour les contrôleurs-créanciers de saisir le tribunal afin qu'il statue sur les sanctions professionnelles

Alors que l'enjeu des articles L. 653-3 à 653-6 du Code de commerce réside dans les sanctions professionnelles que le tribunal peut prendre notamment contre le débiteur ou un dirigeant de droit ou de fait

d'une personne morale, la loi maintient l'exclusion du contrôleur d'office de la liste des personnes pouvant saisir le tribunal.

Rappelons pour mémoire que l'article L. 653-3 prévoit le prononcé de la « faillite personnelle », pour avoir poursuivi abusivement une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements ou pour avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de son actif ou frauduleusement augmenté son passif.

L'article L. 653-8 prévoit que le tribunal peut prononcer, à la place de la faillite personnelle, l'interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, soit toute entreprise commerciale ou artisanale, toute exploitation agricole et toute personne morale, soit une ou plusieurs de celles-ci pendant une durée maximale de quinze ans (article L. 653-11). Quant aux articles L. 653-9 et L. 653-10, ils prévoient des peines privatives de droits civiques complémentaires à la peine de faillite personnelle (notamment perte du droit de vote et possibilité de se présenter aux élections).

Si les contrôleurs-créanciers, aux mêmes conditions de majorité, de défense de l'intérêt collectif et de carence du mandataire judiciaire, peuvent saisir le tribunal pour la faillite personnelle (ou des peines équivalentes) du dirigeant ou du chef d'entreprise, la loi ne leur reconnaît pas expressément le droit de solliciter une condamnation accessoire (privation des droits civiques).

4. Démonstration de la carence du mandataire judiciaire

Pour que les contrôleurs puissent agir, ils doivent démontrer la carence du mandataire judiciaire. La charge de la preuve pèse sur eux et il appartiendra à la jurisprudence de préciser les conditions de la « carence » pour que le « filtrage » (50) soit efficace. L'article 93 du décret en Conseil d'État dispose que « l'action d'un créancier nommé contrôleur, dans l'intérêt collectif des créanciers, n'est recevable qu'après une mise en demeure adressée au mandataire judiciaire par lettre recommandée avec demande d'avis de réception restée infructueuse pendant deux mois à compter de la réception de la mise en demeure ». En optant pour un délai de réponse relativement long (2 mois), le décret n'a pas prévu que le mandataire judiciaire pouvait solliciter un délai supplémentaire. Au cours des deux mois d'instruction de la demande du créancier nommé contrôleur, le mandataire judiciaire devra évaluer la pertinence de la sollicitation et vérifier ainsi si le créancier poursuivant ne cherche pas à utiliser ce droit « pour exercer des pressions sur le débiteur » (51).

La notion de « carence » est définie par Le Robert comme « la situation d'une personne qui se dérobe devant ses obligations, manque

[47] X. de Roux, *op. cit.*, p. 96. « c) L'évolution sémantique de la fonction de représentant des créanciers. Compte tenu de certaines critiques formulées à l'encontre du terme de représentant des créanciers par certains créanciers ainsi représentés, ainsi que du fait qu'il a été décidé de conférer aux contrôleurs de la procédure une capacité d'agir en cas de carence de ce représentant, qui conduit donc à partager partiellement le rôle de représentation de l'intérêt collectif des créanciers, le projet propose de remplacer le nom de « représentant des créanciers » par celui de « mandataire judiciaire ».

[48] Cf. l'article de N. Patureau, *ce numéro*, p. 111.

[49] X. de Roux, *op. cit.*, p. 113.

[50] E. Jouffin, *op. cit.*, p. 48.

[51] X. de Roux, *op. cit.*, p. 413.

à sa tâche ». Cela ne pose pas de difficultés pour le mandataire judiciaire indélicat. Mais, que se passe-t-il lorsque l'appréciation du mandataire est, pour le moins, circonspecte à l'égard d'une procédure qui peut paraître aléatoire ou inutile ? La loi réserve au tribunal le soin de trancher le différend, ce qui fait du tribunal une espèce de « chambre des requêtes » de l'action que les contrôleurs souhaitent intenter. Là encore, on cherchera en vain la simplification car il faudra prévoir un procès pour apprécier le bien fondé de l'action à intenter... Et un autre procès pour apprécier le bien-fondé de cette action.

b) Le statut des contrôleurs clarifié

Pour certains auteurs, l'extension des pouvoirs des contrôleurs et les clarifications apportées à leur statut permet de démontrer que l'on est passé d'une « fonction égoïste au statut incertain à une fonction altruiste au statut organisé » (52). Il est exact que la loi de sauvegarde vient préciser le statut des contrôleurs en ce qui concerne les incompatibilités (α), leur obligation à la confidentialité (β), leur mise en cause et leur responsabilité (γ) et leur impossibilité de présenter une offre ou d'acquérir des biens du débiteur (δ).

a) Incompatibilité

Dans un premier temps, la loi reprend les incompatibilités classiques « Aucun parent ou allié jusqu'au quatrième degré inclusivement du chef d'entreprise ou des dirigeants de la personne morale (...) ne peut être nommé contrôleur ou représentant d'une personne morale désignée comme contrôleur ».

Mais la loi innove en ajoutant qu' « aucune personne détenant directement ou indirectement tout ou partie du capital de la personne morale débitrice ou dont le capital est détenu en tout ou partie par cette même personne ». Cette nouvelle incompatibilité se justifie par la volonté de garantir l'indépendance du contrôleur (53). À cet égard, il convient de souligner que la loi rappelle que les fonctions de contrôleur sont gratuites.

β) Du secret professionnel à l'obligation de confidentialité

L'article L. 621-13, alinéa 3 dans sa rédaction antérieure à la loi de sauvegarde prévoyait que les contrôleurs étaient tenus au secret professionnel sous les peines prévues à l'article L. 226-13 du Code pénal. Dans l'article L. 621-10 *in fine* tel qu'il résulte de la rédaction de la loi de sauvegarde, les contrôleurs ne sont plus tenus qu'à l'obligation de confidentialité. Apparemment, la sanction d'une violation de la confidentialité ne serait plus que civile. Dès lors, la

violation de cet engagement légal de confidentialité devrait être tenue pour constitutive d'une faute lourde susceptible d'engager la responsabilité du contrôleur.

γ) Clarification sur la responsabilité des contrôleurs

Le texte ancien précisait que les contrôleurs « ne répond[ai]ent que de leur faute lourde ». L'expression « répondre de ses fautes » était imprécise. Le nouvel article L. 621-10 *in fine* prévoit que « la responsabilité du contrôleur n'est engagée qu'en cas de faute lourde ».

La loi ne précise pas qui peut engager la responsabilité du contrôleur, mais il peut s'agir du débiteur, de l'administrateur judiciaire, du mandataire judiciaire ou même d'un autre contrôleur.

Par faute lourde, il faut, selon nous, entendre toute utilisation abusive des fonctions de contrôleurs dans l'intérêt égoïste du contrôleur poursuivi, comme par exemple, l'utilisation d'informations confidentielles contre un concurrent sous sauvegarde.

Comme la loi ne distingue pas entre le contrôleur-créancier et le contrôleur d'office, il semble que ce dernier pourrait être poursuivi.

δ) Exclusion du contrôleur de la reprise ou de l'acquisition de biens du débiteur contrôlé

Notons enfin que, dans le cadre de la liquidation judiciaire, l'article L. 642-3 étend aux contrôleurs (54) les interdictions de présenter une offre ou d'acquérir des biens du débiteur dans des termes identiques à ceux concernant le débiteur, les dirigeants de droit ou de fait de la personne morale en liquidation judiciaire, les parents ou alliés jusqu'au deuxième degré inclusivement de ces dirigeants ou du débiteur personne physique. Cette précision est bienvenue, tant il est vrai que certains concurrents se faisaient désigner contrôleur d'une entreprise en redressement ou liquidation judiciaire afin d'accéder à des informations voire de se faire attribuer des actifs (55).

Les contrôleurs sont traités de manière plus sévère que les parents et alliés ou que les dirigeants de droit ou de fait de la personne morale en liquidation judiciaire. En effet, l'alinéa 2 de l'article L. 642-3 prévoit que « le tribunal, sur requête du ministère public, peut autoriser la cession à l'une des personnes visées au premier alinéa, à l'exception des contrôleurs, par un jugement spécialement motivé, après avoir demandé l'avis des contrôleurs ».

Enfin, l'article 642-3 *in fine* précise que tout acte passé en violation de cette prohibition est annulé à la demande de tout intéressé ou du ministère public, présentée dans un délai de trois ans à compter de la conclusion de l'acte (ou de la publicité).

[52] E. Jouffin, *op. cit.*, p. 47.

[53] P. Roussel-Galle, *op. cit.*, p. 6, n° 19.

[54] Article L. 642-3 : « Ni le débiteur, ni les dirigeants de droit ou de fait de la personne morale en liquidation judiciaire, ni les parents ou alliés jusqu'au deuxième degré inclusivement de ces dirigeants ou du débiteur personne physique, ni les personnes ayant ou ayant eu la qualité de contrôleur au cours de la procédure ne sont admis, directement ou par personne interposée, à présenter une offre. De même, il est fait interdiction à ces personnes d'acquérir, dans les cinq années suivant la cession, tout ou partie des biens dépendant de la liquidation, directement ou indirectement, ainsi que d'acquérir des parts ou titres de capital de toute société ayant dans son patrimoine, directement ou indirectement, tout ou partie de ces biens, ainsi que des valeurs mobilières donnant accès, dans le même délai, au capital de cette société ».

[55] X. de Roux, *op. cit.*, p. 396, « Le rapport de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris pour 1997 signale ainsi qu'il arrive que certains créanciers demandent à être nommés contrôleurs dans l'unique but d'avoir accès à des informations sur la situation de l'entreprise. Aucune dérogation ne pourra être accordée par le tribunal ; le dispositif est donc beaucoup plus strict que pour les parents et alliés du débiteur ».

c) Les contrôleurs sont-ils « parties » à la procédure

Sauf erreur ou omission de notre part, cette question n'est pas abordée par les travaux parlementaires. Pourtant, dans la pratique, elle est importante : si un contrôleur est partie à la procédure, il devrait pouvoir interjeter appel des décisions du tribunal. S'il n'est pas partie, il peut exercer la voie de la tierce-opposition dans le cadre strictement délimité défini par les articles L. 661-1 et suivants.

Selon la définition de Bruno Kornsprobst « une partie est une personne juridique qui agit en justice dans le but de se faire valoir un droit » (56). On peut tirer de cette définition deux éléments constitutifs à la qualité de partie : la personnalité juridique d'une part, la saisine d'une juridiction et la défense d'un droit d'autre part. La personnalité juridique ne soulève pas de difficulté, un contrôleur a bien une personnalité juridique. En revanche, la deuxième condition qui posait difficulté jusqu'à présent (57) semble être remise en cause. En effet, avec la loi de sauvegarde, sous certaines conditions, le contrôleur peut saisir une juridiction au lieu et place du mandataire judiciaire. De plus, « l'instance est liée dès la saisine de la juridiction à condition que chaque partie développe parallèlement ses prétentions et les moyens qui les soutiennent. La formulation d'une prétention induit la qualité de partie » (58). Or les nouveaux droits reconnus aux contrôleurs leur permettent de formuler des prétentions dans l'intérêt collectif des créanciers. Faut-il en conclure pour autant que les contrôleurs ont la qualité de partie ? L'étude approfondie du décret ne nous permet pas de répondre à cette question. Il appartiendra donc à la jurisprudence de trancher.

En conclusion, les contrôleurs voient leurs prérogatives élargies à telle enseigne que l'on peut considérer aujourd'hui qu'ils détiennent

de véritables droits et qu'ils peuvent être considérés comme un organe de la procédure, certes « subsidiaire ». Pour autant, la loi ne leur reconnaît pas expressément la qualité de « partie » à la procédure.

2. Cantonnement de la responsabilité des créanciers ayant consenti des concours (C. com., art. L. 650-1)

Le projet de loi (59) prévoyait un principe de non-responsabilité pour les apports d'argent frais réalisés dans le cadre d'une conciliation faisant l'objet d'une homologation par le tribunal. L'idée sous-jacente était de briser la réticence psychologique (60) en raison de l'existence d'un risque de soutien abusif (61) si l'accord de conciliation venait à être remis en cause (62).

L'Assemblée nationale (63) a étendu ce principe à toutes les formes de procédure collective. Au final, « c'est une exonération pour tous les concours que le législateur a institué, hormis les cas de fraude, d'immixtion ou de disproportion » (64).

Ce texte a fait l'objet de vives critiques (65) et sa constitutionnalité a été discutée jusqu'à ce que le Conseil constitutionnel rejette la critique (66). Pour autant, selon certains auteurs, la validité de ce texte au regard de la Convention européenne des droits de l'homme et/ou du droit bancaire européen reste encore en suspens (67).

À n'en pas douter, cette question retiendra longtemps les discussions entre plaideurs avant que la jurisprudence ne se fixe. Pour l'heure, retenons que ce texte, qui tend à favoriser les créanciers consentant des concours, recèle une disposition qui peut durablement affecter les garanties obtenues par ces mêmes créanciers (68).

[56] B. Kornsprobst, *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, thèse, Paris 1959, LGDJ, p. 12.

[57] Cf. CA, Paris 20 septembre 1996, LPA 1997, n° 68. « Les contrôleurs bénéficient à ce titre d'un droit d'information et d'un droit à être consultés avant que ne soient prises les décisions aux étapes essentielles de la procédure. Ce double droit leur confère la qualité de « personne intéressée » à la procédure, sans leur donner toutefois celle de « partie au procès » au sens de l'article 546 mentionné ci-dessus avec les droits procéduraux qui y sont attachés. C'est dans le cadre de la mission qui leur est ainsi reconnue par la loi que la banque I., la société T. et Freddy B. ont été entendues ou dûment appelées pour donner un avis au tribunal saisi d'une demande d'homologation de transaction et que la banque I. non plus qu'aucun des contrôleurs ne saurait tirer ni de cet état de personne entendue, ni même de l'initiative, prise par elle-même et la société T., de déposer des conclusions devant le tribunal, la qualité de partie au litige que le législateur n'a pas entendu leur attribuer ».

[58] P. Chevalier, *Parties à l'instance, Jurisclasseur, fasc. 105 Procédure civile*, n° 11.

[59] J.-J. Hyst, *op. cit.*, p. 133.

[60] A. Montebourg, *op. cit.* « Cette concession extraordinaire faite au système bancaire français n'est au reste qu'une protection contre un fantôme, le montant total des indemnités auxquelles les banques ont été condamnées l'année dernière ne dépassant pas 14 millions ».

[61] D. Caramalli, *Réforme du soutien abusif de crédit : le point de vue du praticien*, LPA 2005, n° 76, p. 6.

[62] C. Saint-Alary-Houin, *Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises, continuité, rupture, retour en arrière*, Dr. et patr., n° 133, janvier 2005, p. 30.

[63] C'est un choix de « bon sens » car « psychologiquement utile », X. de Roux, *op. cit.*, p. 168.

[64] R. Routier, *Le cantonnement de la responsabilité pour soutien abusif*, Gaz. Pal. des 9-10 septembre 2005, p. 33 et s.

[65] A. Montebourg, *op. cit.* « Ce n'est, hélas, pas tout : une protection surnaturelle, anticonstitutionnelle, est accordée par l'article 142 bis, qui réduit radicalement les motifs susceptibles d'entraîner la condamnation d'un créancier pour « soutien abusif ». Pourtant, le premier président de la Cour de cassation estimait que, « sur la question du soutien abusif, on peut se demander si la jurisprudence est réellement de nature à restreindre le crédit bancaire, et donc à nuire à l'intérêt général ou si, au contraire, elle est de nature à en améliorer la répartition » [...]. Nul ne peut rétrécir le champ de la mise en jeu de la responsabilité de quiconque sans enfreindre la Constitution. S'agissant de faute civile, l'intentionnalité n'a aucun effet et le caractère « manifeste » de l'action fautive n'a pas de sens. ». Ce à quoi, le rapporteur de la commission des lois de l'Assemblée répliquait « M. Montebourg veut polémique et faire du bruit, mais non du droit, et nous pouvons être tranquilles sur la constitutionnalité de ces dispositions ». Ce qui, compte tenu de la composition actuelle du Conseil constitutionnel, s'est avéré exact : le Conseil a refusé de censurer la loi.

[66] Cf. l'article d'A. Reygrobellet, *ce numéro*, p. 58.

[67] R. Routier, *op. cit.*, p. 37.

[68] Nous partageons l'analyse de notre confrère R. Damman (*op. cit.*, p. 16) qui écrit : « Loin de clarifier le régime actuel, la rédaction de l'article 650-1 du Code de commerce crée une insécurité juridique. L'introduction du concept de proportionnalité des sûretés expose en effet le banquier à un risque de nullité des sûretés prises si elles sont disproportionnées par rapport au montant du crédit ».

Tableau n° 3 : Distinction entre soutien abusif actuel et un soutien manifestement abusif

a) Que pourrait être un soutien manifestement abusif ? On peut penser, en la matière, à :

- la volonté de masquer la situation le temps de se dégager (Cass. com., 5 décembre 1978, pourvoi n° 76-10.054) ;
- la « fuite en avant » (Cass. com., 9 juillet 2002, pourvoi n° 01-01.565) ;
- le crédit qui crée un déséquilibre insupportable (Cass. com., 9 mai 2001, pourvoi n° 98-17.610) ;

b) Parmi les cas reconnus actuellement comme un soutien abusif, pourraient en revanche ne pas être reconnus comme manifestement abusifs, parce qu'un travail de preuve est nécessaire :

- le fait que le banquier ait été imprudent (CA Paris, 15^e ch., sect. A, 15 janvier 2000),
- lorsque, par son montant, sa destination ou ses modalités, le concours est inadapté aux besoins de l'entreprise et la met en conséquence en difficulté :

- l'inadéquation pouvant tenir au montant ou au coût du crédit qui est ruineux (Cass. com., 26 mars 2002, pourvoi n° 99-19.839), qui entraîne une charge excessive (Cass. com., 7 février 1983, pourvoi n° 81-13.993), qui est hors de proportion avec les facultés financières du client (Cass. com., 22 mai 2001, pourvoi n° 97-21.460), qui est trop important par rapport aux fonds propres (Cass. com., 26 janvier 1993, pourvoi n° 91-13.462) ou lorsque l'emploi auquel il est destiné est irrationnel (Cass. com., 2 mai 1983, pourvoi n° 81-14.223), sa durée inadaptée (CA Versailles, 10 décembre 1998), son caractère inopportun (CA Grenoble, 14 mai 1992) ou inconsidéré (CA Versailles, 20 octobre 1991), au caractère manifestement dépourvu de viabilité du projet (Cass. com., 25 avril 2001, pourvoi n° 98-13.677).

(Sources : X. de Roux, rapport AN n° 2095, p. 171)

En effet, l'article L. 650-1 dispose que « Les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci. Pour le cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours sont nulles ». Ce texte appelle les quatre observations suivantes.

Première observation, sont concernés tous les créanciers ayant consenti des concours. Le cantonnement de la responsabilité n'est pas uniquement réservé aux établissements de crédit. Un actionnaire devrait pouvoir en bénéficier. D'ailleurs, le rapporteur du Sénat souligne que ce texte devrait intéresser toutes « les personnes susceptibles d'aider financièrement l'entreprise ». Quand on sait qu'une caisse de retraite avait été reconnue responsable de soutien abusif (69), la question est de déterminer ce que l'on entend par « concours ». Une conception restrictive considérerait qu'il s'agit de la délivrance d'une somme d'argent. Mais, comme la jurisprudence admettait le soutien abusif par le seul jeu du maintien d'un concours existant alors que l'entreprise était dans une situation irrémédiablement compromise (70), il semble plus logique d'interpréter le terme de concours de la manière la plus extensive possible.

Deuxième observation, l'irresponsabilité est limitée aux « préjudice subis du fait des concours consentis ». Il existe donc un lien de

causalité inversé. Un créancier financier qui commettrait une faute indépendante du concours consenti peut toujours voir sa responsabilité engagée à condition que le préjudice subi par le débiteur ne soit pas imputable au concours. Par ailleurs, il y a lieu de retenir que lors des débats parlementaires, l'attention s'est focalisée sur le soutien abusif (71) (cf. tableau n° 3) et sur lui-seul. Ainsi, il semble que les autres causes de responsabilité d'un partenaire financier (rupture abusive des concours par exemple) ne sont pas concernées par le principe de cantonnement édicté par l'article L. 650-1 du Code de commerce.

Troisième observation, la loi ne prévoit que trois hypothèses dans lesquelles la responsabilité du créancier pourrait être retenue. Lors des débats au Sénat, le rapporteur de la commission des lois avait essayé d'introduire une quatrième hypothèse, « la connaissance de la situation irrémédiablement compromise par le créancier », mais cet amendement n'a pas été retenu. De telle sorte que la responsabilité de ce chef est à présent couverte par le principe d'irresponsabilité. Les travaux parlementaires tentent de préciser les trois exceptions.

Par fraude, il faut comprendre notamment la fraude pénale (faux, etc.) et de manière générale tous les « moyens déloyaux destinés à surprendre un consentement, à obtenir un avantage matériel ou moral indu ou fait pour échapper à l'exécution des lois » (72). Par immixtion dans la gestion, la jurisprudence est suffisamment éclairante

[69] Cass. com., 10 décembre 2003, JCP 2004. IV. 1297, Lextenso « chronique de droit des procédures collectives ».

[70] Cass. com., 5 février 1978, JCP 1978. II. 19132, note J. Stoufflet.

[71] J.-J. Hyest, op. cit., p. 133.

[72] X. de Roux, op. cit., p. 168

en la matière (73). Quant au caractère disproportionné des garanties « prise en contrepartie des concours », on retrouve ici une situation bien connue et largement discutée devant les juridictions (74). Toutefois, l'expression « prise en contrepartie des concours suppose que les concours [sont] subordonnés à celle-ci. Les garanties postérieures au concours sont donc exclues dès lors qu'elles ne procèdent pas d'une promesse liée à ces derniers » (75),

Quatrième observation, le législateur semble reprendre d'une main ce qu'il accorde de l'autre. En effet, en présence d'une disproportion entre les garanties et les concours, l'alinéa 2 de l'article L. 650-1 instaure une nouvelle sanction extrêmement efficace, la nullité ! Il convient de rappeler qu'en l'état actuel de la jurisprudence (76), la sanction d'un engagement disproportionnée ne pouvait pas être la nullité de l'engagement. En effet, la caution devait choisir entre l'octroi de dommages et intérêts, qui venaient se compenser avec le paiement réclamé, ou la décharge partielle de la partie disproportionnée de son engagement.

Par ailleurs, et dans le cadre très particulier d'une défaillance bancaire, il convient de signaler que l'article 172 de la loi de sauvegarde des entreprises prévoit expressément que le fonds de garantie des dépôts (77) « ne peut être tenu pour responsable des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf dans les cas limitativement énumérés à l'article L. 650-1 » du Code de commerce.

De manière générale, le sort des créanciers se trouve nettement amélioré par la loi de sauvegarde des entreprises. Cette amélioration se retrouve, par des dispositions adaptées, dans tous les mécanismes de prévention et de traitement des difficultés des entreprises.

B. Faveurs accordées aux créanciers au cours des différentes procédures

1. Conciliation : la confidentialité sacrifiée sur l'autel de la sécurité juridique : distinction entre l'homologation-constat et l'homologation-jugement

Les restructurations opérées dans le cadre de l'ancien règlement amiable (78) souffraient de deux handicaps : d'une part, l'accord entre un débiteur et ses créanciers pouvait être annulé si, dans les dix-huit mois de l'accord, le débiteur devait déposer son bilan, quand bien même cet accord eût été homologué par le président du Tribunal de commerce ; d'autre part, il était difficile d'obtenir de nouveaux concours pour financer la restructuration (79) car en cas de procédure collective ultérieure les créanciers du règlement amiable étaient des créanciers antérieurs à la procédure collective et étaient, dès lors, primés par les créanciers de « l'article 40 » (80).

Afin de remédier à ces contraintes qui pouvaient rendre impossible la conclusion d'un accord, le législateur n'a pas hésité à innover en améliorant la sécurité juridique de certains protocoles de conciliation (a), en accordant un véritable et nouveau privilège de la conciliation (81) (b) et en restreignant le bénéfice (82) du privilège dit de « l'article 40 » (83) (cf. II A 2).

a) Sécurité par l'homologation-jugement

L'article 611-8 prévoit aujourd'hui deux types d'homologation de l'accord entre le débiteur et ses créanciers conclu sous l'égide du conciliateur : soit une homologation-constat ; soit une homologation-jugement.

Dans l'homologation-constat, le président de la juridiction est saisi sur la requête conjointe des parties et il « constate leur accord, ce qui donne à celui-ci force exécutoire » (article L. 611-8-I). Il s'agit de la reprise de la technique ancienne d'homologation par le président

[73] Cass. com., 25 mars 2003, CDR c/ Rambour, pourvoi n° 01-01.690, Bull. civ. IV, n° 50 : une banque s'est manifestement immiscée dans la gestion de son débiteur et lui octroyer un soutien abusif, lorsqu'elle a mis en place un montage financier consistant à octroyer, par personne interposée, un crédit à un débiteur en situation qu'elle savait désespérée.

[74] N. Molfessis, Le principe de proportionnalité en matière de garanties, Banque et Droit, n° 71, mai-juin 2000, p. 4 et s. ; Cass. com., 17 juin 1997, pourvoi n° 95-14105, Bull. civ. IV, 1997, IV, n° 188, p. 165 ; D. 1998, n° 16, p. 208, note J. CASEY ; JCP E. 1997, n° 44, p. 235, note D. Legeais ; RTD civ. 1998, note J. Mestre et p. 157 note P. Crocq, RTD com., 1997, 662, obs. M. Cabrillac, Bull. Joly, 1997, 898, note P. Le Cannu, JCP E. 1998, p. 173, obs. P. Simler ; Cass. com. 8 octobre 2002, Nahoum c/ CGER, pourvoi n° 99-18.619, Bull. civ. IV, n° 136, p. 152, JCP E. 2002, II, 1730, note D. Legeais ; Defrénois, 2003, art. 37961, n° 22, obs. P. Théry ; D. 2003, 414, note C. Koering ; JCP 2003, II, 10017, note Y. Picod ; Defrénois, 2003, 37968, note S. Piedelièvre ; LPA 2003, n° 8, obs. E.C. ; RJ com., juin 2003, p. 45, note D. Pohe. L'article 11-II de la loi Dutreil (n° 2003-721 du 1^{er} août 2003) modifie l'article L. 341-4 du Code de la consommation de façon à interdire à un « créancier professionnel » de « se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation ».

[75] R. Routier, op. cit., p. 35.

[76] Cass. civ. 1^{re}, 6 avril 2004, Caisse de Crédit mutuel de Chateaufort-du-Faou c/ Goubin, Juris-Data n° 2004-023200 ; JCP 2004, IV, 2133 ; RJDA 8-9/2004, n° 1045.

[77] C. Légevaques, Le fonds de garantie des dépôts, la fin d'une exception française ?, Banque et Droit, décembre 1999.

[78] X. de Roux, op. cit., p. 56 et s. Cf. également le point de vue de Philippe Peyramaure, ce numéro, p. 36.

[79] J.-J. Hyst, op. cit., p. 85 et s.

[80] F. Pérochon, Le sort des créanciers postérieurs, LPA 2004, n° 116, p. 16 et s. Ph. Pétel, Pour une relecture de l'article L. 621-32 du Code de commerce, in Mélanges Guyon, 2003, p. 917 et s.

[81] P.-M. Le Corre, Le privilège de la conciliation, Gaz. Pal. des 7-8 septembre 2005. J.-E. Kuntz et V.-P. Merat, L'introduction au bénéfice des investisseurs financiers d'un super-privilège de paiement et d'un principe général d'irresponsabilité civile, Journal des sociétés, septembre 2005, n° 24, p. 50 et s.

[82] P.-M. Le Corre, Les créanciers antérieurs dans le projet de sauvegarde des entreprises, LPA 2004, n° 116, p. 16 et s., n° 9 « naissance postérieure illégitime ».

[83] G. Jazzottes, Le privilège des créanciers postérieurs ? quel périmètre ?, Rev. Lamy dr. des aff., n° spécial, mars 2005, p. 132 et s.

de la juridiction. Nous sommes dans le cadre d'un recours gracieux et le président du tribunal statue « au vu d'une déclaration certifiée du débiteur attestant qu'il ne se trouvait pas en cessation des paiements lors de la conclusion de l'accord, ou que ce dernier y met fin ». La décision constatant l'accord n'est pas soumise à publication et n'est pas susceptible de recours (84). Elle met fin à la procédure de conciliation. Pour autant, elle n'offre aucune sécurité juridique car en cas de procédure collective subséquente, il sera toujours possible de prouver devant le Tribunal que la religion du président a été abusée.

C'est pourquoi, la loi crée une nouvelle forme d'homologation (article L. 611-8 II), qui est soumise à publicité et présente l'avantage d'offrir une sécurité juridique certaine. Cette homologation-jugement ne peut être demandée que par le débiteur. Toutefois, il est probable que le débiteur ne pourra pas la refuser aux créanciers qui consentent des efforts importants (remises, délais, voire nouveaux concours). Dans le cadre de cette procédure contentieuse, le tribunal vérifie que « 1) Le débiteur n'est pas en cessation des paiements ou l'accord conclu y met fin ; 2) Les termes de l'accord sont de nature à assurer la pérennité de l'activité de l'entreprise ; et 3) l'accord ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers non signataires, sans préjudice de l'application qui peut être faite des articles 1244-1 à 1244-3 du Code civil ». Si ces trois conditions cumulatives sont respectées, le tribunal (et non plus simplement le président du tribunal) homologue l'accord.

Dans le cadre de la procédure d'homologation-jugement, l'article L. 611-9 prévoit que le tribunal « statue après avoir entendu ou dûment appelé en chambre du conseil le débiteur, les créanciers parties à l'accord, les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, le conciliateur et le ministère public » (85). Par ailleurs, le tribunal doit appeler ou entendre l'ordre professionnel ou l'autorité compétente dont relève, le cas échéant, le débiteur qui exerce une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé. Enfin, la loi reconnaît au tribunal la faculté d'entendre « toute autre personne dont l'audition lui paraît utile ».

L'article 611-10 détaille les conséquences de l'homologation de l'accord :

— elle met fin à la procédure de conciliation ;

— lorsque le débiteur est soumis au contrôle légal de ses comptes, l'accord homologué est transmis à son commissaire aux comptes ;

— le jugement d'homologation est déposé au greffe où tout intéressé peut en prendre connaissance et fait l'objet d'une mesure de publicité. Il est susceptible de tierce-opposition dans un délai de dix jours à compter de cette publicité ;

— le jugement rejetant l'homologation ne fait pas l'objet d'une publication. Il est susceptible d'appel ;

— l'accord homologué suspend, pendant la durée de son exécution, toute action en justice et toute poursuite individuelle tant sur les meubles que les immeubles du débiteur dans le but d'obtenir le paiement des créances qui en font l'objet. Il suspend, pour la même durée, les délais impartis aux créanciers parties à l'accord à peine de déchéance ou de résolution des droits afférents aux créances mentionnées par l'accord. Les coobligés et les personnes ayant consenti un cautionnement ou une garantie autonome peuvent se prévaloir des dispositions de l'accord homologué (86) ;

— l'accord homologué entraîne la levée de plein droit de toute interdiction d'émettre des chèques conformément à l'article L. 131-73 du Code monétaire et financier, mise en œuvre à l'occasion du rejet d'un chèque émis avant l'ouverture de la procédure de conciliation.

La loi de sauvegarde reconnaît à toutes les parties à l'accord homologué le droit de saisir le tribunal afin qu'il constate l'inexécution des engagements résultant de cet accord, prononce la résolution de celui-ci ainsi que la déchéance de tout délai de paiement accordé. Outre ces nombreuses conséquences, l'homologation jugement ouvre droit à l'obtention d'un nouveau privilège pour certains créanciers.

b) Le nouveau privilège dit de « conciliation » (87)

C'est l'une des avancées de la loi de sauvegarde unanimement saluée par les professionnels (88). En effet, l'article L. 611-11 dispose que « En cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire subséquente, les personnes qui avaient consenti, dans l'accord homologué mentionné au II de l'article L. 611-8, un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité sont payées, pour le montant de cet apport, par privilège avant toutes créances nées antérieurement à l'ouverture de la conciliation, selon le rang prévu au II de l'article L. 622-17 et au II de

(84) Le décret en Conseil d'État précise que la déclaration de non état de cessation de paiements certifiée par le débiteur est annexée à l'accord déposé au greffe. De plus, le projet de décret prévoit que des copies peuvent être délivrées aux parties [et à elles seules]. Ces copies valent titre exécutoire. Est-ce à dire qu'un créancier pourra présenter ce titre au conservateur des hypothèques pour prendre une inscription ou pour saisir des actifs en cas d'inexécution ultérieure de l'accord d'homologation ?

(85) Le décret en Conseil d'État précise que les personnes appelées à l'audience « peuvent prendre connaissance de l'accord au greffe du tribunal ». Est-ce à dire qu'elles ne peuvent pas en obtenir une copie ? De plus, le décret prévoit expressément que « le jugement ne reprend pas les termes de l'accord mais mentionne les garanties et privilèges constitués pour en assurer l'exécution. Il précise les montants garantis » par le « privilège de conciliation » [C. com., art. L. 611-11]. De plus, le projet de décret prévoit l'insertion d'un avis du jugement d'homologation au BODACC et dans un journal d'annonces légales du lieu où le débiteur a son siège social.

(86) Cf. Lacassagne, ce numéro, p. 50.

(87) Baptisé également privilège de la « new money » par le législateur lui-même. X. de Roux, op. cit., p. 389, « le new money, ce qui désigne les crédits ou les avances accordés au débiteur pour assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise dans le cadre d'une procédure de conciliation, en application de l'article L. 611-11. Ce privilège est créé par le projet de loi pour inciter les créanciers à participer à la conciliation ».

(88) Cf. le point de vue de Barbara Gerosa de la Banque Monte Paschi, ce numéro, p. 94.

l'article L. 641-13. Dans les mêmes conditions, les personnes qui fournissent, dans l'accord homologué, un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité sont payées, pour le prix de ce bien ou de ce service, par privilège avant toutes créances nées avant l'ouverture de la conciliation. Cette disposition ne s'applique pas aux apports consentis par les actionnaires et associés du débiteur dans le cadre d'une augmentation de capital. Les créanciers signataires de l'accord ne peuvent bénéficier directement ou indirectement de cette disposition au titre de leurs concours antérieurs à l'ouverture de la conciliation ».

Ce texte appelle les six observations suivantes :

Première observation, pour bénéficier de ce nouveau privilège, il est impératif que l'accord soit homologué dans le cadre d'une homologation-jugement prévue au § II de l'article L. 611-8 du Code de commerce. Le débiteur devra donc choisir entre de nouveaux concours accordés par des créanciers qui exigent de bénéficier de ce nouveau privilège et la publicité inhérente à la procédure d'homologation-jugement. Il est probable que le choix n'appartienne plus au débiteur mais aux créanciers qui, outre l'obtention du privilège, rechercheront la « sacralisation » de la réorganisation opérée dans le cadre de la conciliation par l'homologation-jugement.

Deuxième observation, les concours antérieurs à l'ouverture de la conciliation sont expressément exclus du bénéfice de ce privilège. La loi est ici particulièrement extensive puisqu'elle vise un bénéfice direct ou indirect. La question se posera principalement pour les comptes courants bancaires. Afin d'éviter toute discussion ou toute suspicion, il serait recommandé de clôturer le compte courant dès l'ouverture de la procédure de conciliation afin de bien distinguer entre le solde antérieur, qui ne peut pas bénéficier du privilège, et le solde postérieur qui peut lui en bénéficier.

Troisième observation, le privilège n'est pas réservé aux seuls établissements de crédit (89). En effet, l'article L. 611-11 vise « les personnes qui avaient consenti, dans l'accord homologué mentionné au II de l'article L. 611-8, un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité ». L'expression « les personnes » est très large, elle comprend les personnes physiques ou morales, celles dont le métier est de consentir des prêts mais également toute personne intéressée qui consent un « apport en trésorerie » (90). Il convient de rapprocher ce texte de l'alinéa 2 du même article qui exclut du bénéfice les « apports consentis par les actionnaires et associés du débiteur dans le cadre d'une augmentation de capital ». Le rapprochement de ces deux textes permet d'affirmer que les apports en compte courant d'associé bénéficient du privilège de conciliation, ce qui n'est clairement pas le cas des sommes apportées par un actionnaire (ou un associé) qui

souscrit à une augmentation de capital. Si, quelque temps après l'homologation, l'actionnaire ou l'associé incorpore son compte courant au capital perd-il pour autant son privilège ? Une réponse positive devrait être, selon nous, donnée. En effet, admettre le transfert du privilège sur le capital serait remettre en cause le principe fondamental du droit des sociétés selon lequel le capital social est le gage des créanciers et selon lequel les associés sont des créanciers subordonnés au remboursement de tous les autres créanciers.

Quatrième observation, la loi opère une distinction entre les apports en trésorerie : seuls, ceux consentis « en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité » sont éligibles. D'après nous, cette double condition d'utilisation des fonds pour poursuivre l'activité de l'entreprise et assurer sa pérennité peut donner lieu à un contrôle judiciaire postérieurement à la conclusion de l'accord. Ce n'est pas parce que ces apports en trésorerie semblaient respecter ce double objectif qu'ils l'étaient en réalité. Compte tenu de l'efficacité du privilège ainsi accordé, les juges du fond devraient apprécier avec rigueur cette double condition. Il semble possible pour tout intéressé, notamment d'autres créanciers, de critiquer le moment venu l'existence du privilège pour tel ou tel apport.

Cinquième observation, l'article L. 611-11 étend le bénéfice du privilège aux « personnes qui fournissent, dans l'accord homologué, un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité ». Outre la question de la finalité du bien ou du service consenti dans l'accord, le texte fait apparaître le caractère nouveau de la prestation.

Sixième observation, l'article L. 611-11 instaure un véritable privilège et non une simple priorité de paiement (91). Il s'agit d'un privilège général qui se trouve particulièrement bien placé puisqu'il vient en rang utile juste après le superprivilège des salaires et le privilège des frais de justice mais avant les créances postérieures (cas de la sauvegarde ou du redressement) ou avant les créances garanties par des sûretés immobilières ou par des sûretés mobilières spéciales avec droit de rétention ou constituées en application du chapitre V, du titre II du livre V (92) (en cas de liquidation judiciaire. (cf. I.B.3.).

À noter, pour finir, que l'article 172 de la loi de sauvegarde prévoit que, dans le cadre particulier d'une intervention préventive en faveur d'un établissement de crédit en difficulté, les « sommes versées par le fonds de garantie dans le cadre de l'intervention préventive bénéficient du privilège de l'article L. 611-11 du Code de commerce ». La formulation adoptée laisse penser que le privilège est accordé à ces sommes quand bien même le fonds de garantie des dépôts ne soumettrait pas l'accord à l'homologation jugement. En effet, il suffit

[89] P.-M. Le Corre, *op. cit.*, p. 53.

[90] J.-J. Hyest, *op. cit.*, p. 65 : « Pour garantir l'efficacité des engagements pris par les créanciers et le débiteur dans le cadre de la procédure de conciliation, [l'Assemblée nationale] [...] étendu le privilège de paiement initialement réservé aux avances et crédits consentis dans le cadre de l'accord homologué aux apports en trésorerie, ainsi qu'à la fourniture de biens ou de services destinés à assurer la poursuite d'activité et la pérennité de l'entreprise ».

[91] J.-J. Hyest, *op. cit.*, p. 131.

[92] V. le tableau établi par MM. Monteran et Le Corre, *Gaz. Pal. des 9-10 septembre 2005*, p. 55.

que les sommes soient versées dans le cadre de l'intervention préventive du fonds de garantie (93).

Ainsi, dans le cadre de la conciliation, la loi de sauvegarde a souhaité contractualiser la restructuration de l'entreprise sous le contrôle *ex post* du tribunal. Mais, cette volonté de favoriser la contractualisation de la restructuration se retrouve dans le cadre d'un contrôle *ex ante* pour la procédure de sauvegarde, et dans une moindre mesure, dans celle de redressement judiciaire. L'outil principal de négociation est alors les comités de créanciers instaurés par la loi au détriment des pouvoirs d'appréciation du tribunal.

2. Sauvegarde et redressement, l'importance des comités des créanciers : vers un plan négocié entre le débiteur et ses créanciers ?

La procédure de sauvegarde est devenue la procédure de référence (94). C'est à elle que le redressement et la liquidation judiciaires empruntent certaines des techniques qui étaient, jadis, le lot commun de la procédure de redressement (déclaration de créance, suspension des poursuites, continuation des contrats, interdiction des paiements de créances antérieures au jugement d'ouverture, etc.).

Cette affirmation se confirme également en ce qui concerne la consultation des créanciers. Dans le cadre de la procédure de sauvegarde, comme dans celle du redressement judiciaire par renvoi de l'article L. 631-19-II du Code de commerce, la consultation peut prendre deux formes : d'une part, la consultation dite « normale » (95) prévue par les articles L. 626-5 et suivants et d'autre part, la consultation de certains créanciers réunis dans des comités. Avant d'étudier ce qui est présenté comme « l'une des innovations majeures » (96), il convient de préciser le droit commun de la consultation des créanciers (a) afin de mettre en exergue le fait qu'en présence d'un comité de créanciers (b), la loi a souhaité véritablement associer les créanciers à l'élaboration du plan.

a) Procédure normale de consultation des créanciers

On se souvient que dans le cadre de la préparation d'un plan de continuation, l'article 24 de la loi du 25 janvier 1985 (devenu l'article L. 621-24 du Code de commerce) prévoyait une procédure obligatoire (97) de consultation des créanciers sur d'éventuels délais de paiement ou remises de dettes (98). Le champ d'action de cette consultation était donc limité quant à son objet (délais de paiement ou remises de dettes). La procédure était d'autant plus longue et fastidieuse que l'administrateur devait communiquer au représentant des créanciers, aux contrôleurs et aux représentants du per-

sonnel ses propositions pour le règlement des dettes antérieures du débiteur. Cela était d'autant plus difficile que souvent la connaissance du passif était approximative et évoluait au gré des déclarations de créance. Dès réception des propositions, le représentant des créanciers devait les transmettre à chaque créancier connu ou ayant déclaré sa créance et lui demander de faire connaître sa position. En cas de consultation écrite, le défaut de réponse dans le délai de 30 jours à compter de la lettre recommandée du représentant des créanciers valait acceptation des propositions ainsi émises. À l'échéance du délai de 30 jours, le représentant des créanciers dressait alors la liste des réponses et la transmettait à l'administrateur afin de lui permettre d'établir son rapport. Enfin, lors de l'audience en chambre du conseil, le représentant des créanciers présentait au tribunal le fruit de sa consultation.

Dans la loi de sauvegarde des entreprises, cette procédure de consultation des créanciers jadis réservée à la préparation d'un plan de continuation est, à présent, étendue à la procédure de sauvegarde (article L. 626-5 du Code de commerce). Son étendue et sa procédure ne sont pas sensiblement modifiées si ce n'est que l'administrateur exerce la mission confiée à l'ancien représentant des créanciers. Elle devient la procédure par défaut, celle qui s'applique aux créanciers qui ne sont pas membres des comités, (article L. 626-33) (99) ou encore lorsque l'un ou l'autre des comités ne s'est pas prononcé sur un projet de plan dans les délais fixés, qu'il a refusé les propositions qui lui sont faites par le débiteur ou que le tribunal n'a pas arrêté le plan dans le souci de protéger les intérêts des créanciers non membres des comités ou bien encore, lorsque le débiteur n'a pas présenté ses propositions de plan aux comités dans les délais fixés (article L. 626-34). Dans l'esprit du législateur, l'application de la « consultation normale » s'apparente à une sanction car, nous le verrons, le débiteur et les créanciers membres des comités, perdent alors leur liberté de négocier et redonnent au tribunal un pouvoir de contrôle qu'il tend à perdre si les comités acceptent le projet de plan proposé par le débiteur.

De plus, dans le cadre de la « consultation normale » des créanciers, les délais et remises sont doublement encadrés : d'une part, par l'article L. 626-12 qui précise que la durée du plan ne peut excéder 10 ans (15 ans pour un agriculteur) et d'autre part, par l'article L. 626-18 qui prévoit que « le premier paiement ne peut intervenir au-delà d'un délai d'un an. Au-delà de la deuxième année, le montant de chacune des annuités prévues par le plan ne peut, sauf dans le cas d'une exploitation agricole, être inférieur à 5 % du passif admis ».

[93] C. Légevaques, *Droit des défaillances bancaires*, Économica, 2002.

[94] C. Saint-Alary-Houin, *Propos introductifs, Colloque du Centre de droit des affaires (CDA), Toulouse, le 23 septembre 2005, notes de l'auteur.*

[95] J.-J. Hyst, *op. cit.*, p. 299.

[96] J.-J. Hyst, *op. cit.*, p. 290.

[97] C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.*, n^{os} 475 et s. « Plusieurs cours d'appel ont censuré des jugements arrêtant des plans de continuation, sans avoir veillé au respect de ces procédures de consultation ».

[98] F. Pérochon et R. Bonhomme, *op. cit.*, n^{os} 244 et s.

[99] J.-J. Hyst, *op. cit.*, p. 299.

Par ailleurs, en application de l'article L. 626-18, pour les autres créanciers (qui ne sont ni membres des comités, ni consultés), le tribunal peut imposer des délais uniformes de paiement, sous réserve, en ce qui concerne les créances à terme, des délais supérieurs stipulés par les parties avant l'ouverture de la procédure qui peuvent excéder la durée du plan. De la même façon, l'article L. 626-19 prévoit-il que le plan peut prévoir un choix pour les créanciers comportant un paiement dans des délais uniformes plus brefs mais assortis d'une réduction proportionnelle du montant de la créance. Toutefois, la réduction de créance n'est définitivement acquise qu'après versement, au terme fixé, de la dernière échéance prévue par le plan.

L'article L. 626-20 vient rappeler que certaines créances sont insusceptibles de faire l'objet, par le tribunal, de remises en capital ou de délais de paiement. Il s'agit des créances salariales bénéficiant du « super-privilège » prévu par le Code du travail pour les soixante derniers jours de travail et pour les indemnités de congés payés, et des « créances salariales qui n'ont pas été prises en charge sous forme d'avances par l'AGS, qui bénéficient du privilège prévu par le Code civil, en raison de leur caractère quasi-« alimentaire ». Cette exception tombe en cas de subrogation par l'AGS, du moins s'agissant des créances protégées uniquement par le Code civil » (100) ; et des créances les plus faibles, prises dans l'ordre croissant de leur montant, et dans la limite de 5 % du passif estimé, et sans que chacune puisse excéder un montant fixé par décret (apparemment ce serait 150 €). Cette disposition ne s'applique pas lorsque le montant des créances détenues par une même personne excède un dixième du pourcentage ci-dessus fixé ou lorsqu'une subrogation a été consentie ou un paiement effectué pour autrui (article L. 626-20 II *in fine*).

Ces nouvelles dispositions sont étendues au redressement judiciaire et à la préparation du plan de continuation par l'article L. 631-19-II du Code de commerce. Plus curieusement, la constitution des comités de créanciers est également étendue au redressement judiciaire par l'article L. 631-1 du Code de commerce.

b) Procédure de consultation des créanciers en présence de comités des créanciers

Nombreuses ont été les critiques (101) sur la composition des comités : pourquoi seulement deux comités ? Pourquoi ne pas distinguer entre les chirographaires et les privilégiés (102) ? Pourquoi réserver un comité aux seuls établissements de crédit ou avoir « oublié » les créanciers publics (103) ?

Ces questions, opportunes au moment de la discussion du projet de loi sont à présent dépassées, elles pourront ressurgir dans quelques années lorsque la jurisprudence aura mis en évidence certaines mal-

façons de la loi ou certaines dérives de la pratique. Il sera alors toujours temps de l'adapter. Pour l'heure, il convient d'étudier le droit positif afin de vérifier si la coopération des créanciers et du débiteur peut déboucher sur une restructuration de l'entreprise en difficulté tenant compte des différents intérêts en présence souvent antagonistes.

Pour cela, il convient d'examiner dans un premier temps, la distinction entre les comités obligatoires et ceux facultatifs (α). Ensuite, nous étudierons la composition des comités (β) et nous verrons que la constitution des comités donne un pouvoir considérable à l'administrateur judiciaire (γ). Une fois les comités constitués, il conviendra d'en fixer les règles de fonctionnement (δ). Enfin, nous verrons que la compétence du tribunal de commerce est plus limitée que dans la procédure de consultation normale (ε).

a) Distinction entre comités obligatoires et comités facultatifs

L'article L. 626-29 du Code de commerce prévoit deux conditions pour que soient créés simultanément les deux comités de créanciers prévus par la Section 3, du chapitre VI du titre II du livre VI du Code de commerce.

Seul les débiteurs « dont les comptes ont été certifiés par un commissaire aux comptes ou établis par un expert-comptable et dont le nombre de salariés ou le chiffre d'affaires sont supérieurs à des seuils fixés par décret en Conseil d'État » sont concernés. Si ces deux conditions cumulatives sont réunies alors l'administrateur doit constituer les comités, nous sommes en présence de comités obligatoires. Si les seuils ne sont pas atteints, la loi prévoit, sous certaines conditions, que la constitution des comités peut être autorisée par le juge-commissaire, qui dispose de larges pouvoirs d'appréciation ; les comités sont alors facultatifs.

— Comités obligatoires

La première des deux conditions cumulatives réside dans l'existence de comptes certifiés par un commissaire aux comptes ou établis par un expert-comptable.

Rappelons pour mémoire que la présence de commissaires aux comptes est obligatoire quelle que soit leur envergure économique, pour les sociétés anonymes (C. com., art. L. 225-218) ; les sociétés en commandite par actions (C. com., art. L. 226-6) ; les sociétés par actions simplifiées (C. com., art. L. 227-1).

Par ailleurs, « certaines personnes morales ne doivent faire appel aux services d'un commissaire aux comptes que si l'importance économique du groupement, mesurée à partir de seuils légaux, le justifie » (104). Ainsi conçue, l'obligation de nomination touche : les

[100] X. de Roux, *Rapport Assemblée nationale*, n° 2095, 24 février 2005, p. 318.

[101] B. Soinne, *Réalisme et confusion (à propos du projet de loi réformant le droit des procédures collectives)*, D. 2004, p. 1506.

[102] X. de Roux, *op. cit.*, p. 335.

[103] S. Bienvenu et A. Outin-Adam, *Projet de loi de sauvegarde des entreprises - Réaction de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris (CCIP)*, JCP E, n° 38, 16 septembre 2004, act. 184.

[104] J.-Cl. commercial, fasc. 1085, *commissaires aux comptes*, n°s 9 et s.

sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple et les sociétés à responsabilité limitée, si elles dépassent, à la clôture de l'exercice, deux des trois indicateurs suivants (C. com., art. L. 221-9, al. 2 et art. L. 223-35, al. 2. ; D. n° 67-236, 23 mars 1967, art. 12 et 43) : 1, 5 millions d'euros pour le total du bilan, 3 millions d'euros hors taxes pour le chiffre d'affaires, 50 salariés en moyenne sur l'année ; les groupements d'intérêt économique qui émettent des valeurs mobilières ou qui comptent 100 salariés au minimum à la clôture d'un exercice (C. com., art. L. 251-12) ; les personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique (sociétés civiles, associations) et qui répondent aux critères dimensionnels susvisés pour les sociétés commerciales (C. com., art. L. 612-1).

Enfin, d'autres raisons peuvent imposer ou motiver la nomination de commissaires aux comptes : transparence, appel public à l'épargne ou à la générosité publique ou compte tenu de l'appartenance à un groupe qui doit présenter des comptes consolidés.

Ce critère ne soulève pas de difficultés particulières.

En revanche, la référence à des « comptes établis par un expert-comptable » nécessite quelques développements. En effet, la relation entre une entreprise et son expert-comptable est contractuelle et facultative. De plus, elles peuvent être limitées et ne tendent pas nécessairement à l'exhaustivité. Dans son rapport au Sénat, Jean-Jacques Hyst a tenu à préciser que « le recours du débiteur à un expert-comptable n'entraînera pas nécessairement la constitution de comités de créanciers. (...) C'est donc seulement dans le cas où les comptes du débiteur auront été établis par l'expert-comptable que la constitution de comités de créanciers s'avèrera obligatoire » (105). Le juge-commissaire devra donc vérifier l'étendue de la mission de l'expert-comptable afin de déterminer si cette première condition est respectée. La charge de la preuve pèsera sur le débiteur. Il est possible d'imaginer qu'un juge-commissaire refuse la constitution des comités car l'expert-comptable établissant les comptes n'est pas l'expert-comptable habituel et que son arrivée récente dans l'entreprise ne lui permettrait pas d'avoir une vue complète des difficultés ; à charge pour l'entreprise et l'homme du chiffre de démontrer le contraire.

La seconde condition fixée par l'article L. 626-29 du Code de commerce a trait au dépassement de certains seuils déterminés par décret en Conseil d'État. Lors de son audition par la commission des lois de l'Assemblée nationale, le 3 mai 2005, Dominique Perben, garde des Sceaux, ministre de la Justice, a déclaré que ces seuils devraient être fixés entre 50 et 250 salariés, pour les effectifs de l'entreprise, et entre 3,1 millions et 50 millions d'euros, pour le chiffre d'affaires (106). Afin d'étendre le nombre d'entreprises pouvant

être concernées par cette nouvelle disposition, l'article 53 du décret fixe le chiffre d'affaires à 3 millions d'euros HT et le nombre de salariés à 20, étant précisé que le montant du chiffre d'affaires est défini conformément aux dispositions du cinquième alinéa de l'article 17 du décret n° 83-1020 du 29 novembre 1983. Par ailleurs, le décret énonce que le chiffre d'affaires est apprécié à la date de la clôture du dernier exercice comptable ; le nombre de salariés à prendre en compte est le nombre des salariés employés par le débiteur à la date de la demande d'ouverture de la procédure.

— Comités facultatifs

L'article L. 626-29 *in fine* précise que « à la demande du débiteur ou de l'administrateur, le juge-commissaire peut autoriser qu'il en soit également fait application en deçà de ce seuil ».

Ce texte appelle les observations suivantes.

Première observation, le juge-commissaire ne peut autoriser la création des comités qu'en deçà des seuils. Il ne saurait être question pour un débiteur ne présentant pas des comptes certifiés par un commissaire aux comptes ou établis par un expert-comptable de solliciter de l'administrateur judiciaire qu'il constitue les comités. La raison en est simple : le calcul des majorités se fera en fonction du nombre de créanciers et du montant des créances (107). Il est dès lors indispensable que l'information soit pertinente et évite des discussions sans fin ou des critiques sur les calculs pour déterminer si le projet de plan présenté par le débiteur est ou non approuvé par les comités.

Deuxième observation, le juge-commissaire ne peut pas se saisir d'office de la difficulté (108). La loi est très claire sur ce point, seul le débiteur ou éventuellement l'administrateur peut saisir le juge-commissaire. En cas de carence de l'administrateur, les contrôleurs pourraient-ils faire application de l'article L. 622-20 qui prévoit que « en cas de carence du mandataire judiciaire, tout créancier nommé contrôleur peut agir dans cet intérêt dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État » ? La réponse doit être négative car l'administrateur judiciaire n'est pas plus le mandataire judiciaire qu'il n'était le représentant des créanciers de la loi du 25 janvier 1985. D'ailleurs, l'article L.621-4 distingue bien les deux fonctions qui font l'objet de précisions à l'article L. 622-20 pour le mandataire judiciaire et à l'article L. 622-1 pour l'administrateur judiciaire.

Qu'ils soient facultatifs ou obligatoires, les comités des créanciers sont composés et constitués de la même manière et fonctionnent pareillement.

β) Composition des comités de créanciers

La loi a prévu deux et seulement deux familles de comités de créanciers.

(105) J.-J. Hyst, *op. cit.*, p. 290.

(106) *Bulletin des commissions*, n° 25 (2004-2005), p. 4884.

(107) X. de Roux, *op. cit.*, p. 336 : « Les comités seront constitués sur la base des créances déclarées par le débiteur, au moment de l'inventaire, telles que certifiées par son commissaire aux comptes ». À cet égard, le projet de décret en Conseil d'État précise que « le calcul du montant des créances pris en compte pour déterminer la composition du comité des principaux créanciers est effectué à la date du jugement d'ouverture ».

(108) J.-J. Hyst, *op. cit.*, p. 291.

Le premier comité, celui des établissements de crédit ne soulève pas de difficultés techniques. L'expression « établissements de crédit » regroupe par définition toutes les banques, les sociétés financières spécialisées et, exception française dans le paysage européen, les sociétés de crédit-bail. En effet, l'article L. 511-1 du Code monétaire et financier définit les établissements de crédit comme étant « des personnes morales qui effectuent à titre de profession habituelle des opérations de banque au sens de l'article L. 311-1 ». Or ledit article précise que « les opérations de banque comprennent la réception de fonds du public, les opérations de crédit, ainsi que la mise à la disposition de la clientèle ou la gestion de moyens de paiement ». Notons enfin que l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier énonce que « constitue une opération de crédit tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement, ou une garantie. Sont assimilés à des opérations de crédit le crédit-bail, et, de manière générale, toute opération de location assortie d'une option d'achat ».

La loi ne distingue ni en fonction de l'importance de la créance ni en raison de l'origine nationale de l'établissement de crédit, qu'il soit de nationalité française, qu'il émane d'un État membre de l'Union européenne ou tout autre État, cela ne change apparemment rien. Tout établissement de crédit est membre de droit de ce comité.

Que faut-il penser des organismes non soumis à la « Loi bancaire ». Il s'agit, selon l'article L. 518-1 du Code monétaire et financier du Trésor public, de la Banque de France, de La Poste, dans les conditions définies à l'article L. 518-25 du Code monétaire et financier, de l'Institut d'émission des départements d'outre-mer, de l'Institut d'émission d'outre-mer et, surtout, de la Caisse des dépôts et consignations. Traditionnellement, ces organismes ne sont pas soumis aux dispositions applicables aux établissements de crédit alors qu'ils accomplissent des opérations de banque (109). Dès lors, ils ne doivent pas pouvoir être membres du comité des établissements de crédit, même et y compris pour la Banque de France et la Caisse des dépôts et consignations. Cette exclusion peut paraître logique dans le cadre d'une analyse libérale mais elle connaît ses limites en présence d'un risque systémique. L'expérience acquise lors de la crise de l'immobilier des années 1990 était pourtant riche d'enseignements en permettant la coopération aussi étroite qu'informelle entre l'État, la place et le Tribunal de commerce de Paris (110). En effet, la participation active de la Banque de France et de la Caisse des dépôts et

consignations, voire du Trésor public (111) pris dans sa fonction financière, aurait permis de cumuler une gestion de place, qui reste possible entre les établissements de crédit membres du comité, et une gestion concertée avec les bras armés de l'État en matière financière. Selon nous, la rédaction actuelle ne le permet pas et c'est regrettable. Car même si, depuis 1993, la Banque de France est statutairement indépendante, elle dispose par l'intermédiaire de la Commission bancaire des moyens pour amener à la raison des établissements de crédit minoritaires qui pourrait jouer la carte du blocage. En effet, si un établissement ne détient qu'un pourcentage faible du risque et si ce pourcentage est susceptible d'emporter une majorité en faveur du projet de plan présenté, il pourrait être tenté de « monnayer » son vote auprès des autres établissements de crédit en leur proposant sa créance pour le prix fort. C'est l'une des raisons pour lesquelles, l'adoption de la loi de sauvegarde risque d'entraîner une concentration du risque. Sur un même client, le nombre d'établissements sera limité pour éviter de telles situations. On peut même imaginer, sous réserves des dispositions propres au droit de la concurrence, que les grands établissements de la place se partagent le financement des PME/PMI d'une certaine importance ou des « grands groupes ». De la même façon, dès la connaissance de l'ouverture de la procédure de sauvegarde, on peut imaginer que certains établissements proposeront à leurs confrères de gérer ce risque en créant un « marché gris » des créances. Il est indéniable que cette nouvelle loi offre aux établissements de crédit qui s'en donneront les moyens le pouvoir de négocier avec les débiteurs, notamment d'ailleurs comme l'explique Philippe de Lannoy en transformant tout ou partie de leurs créances en capital (112).

La loi est également muette sur la participation des fonds communs de créances, FCC, qui ont pu être constitués, notamment à l'occasion de certains dossiers (113). Par définition, un FCC (114) est une copropriété sans personnalité morale « qui a pour objet d'acquérir des créances et d'émettre des parts représentatives de ces créances. Il peut émettre des titres de créances ». À ce titre, il n'est pas soumis au statut des établissements de crédit. À première vue, le FCC en tant que tel ne peut pas être membre du comité. Toutefois, l'article L. 214-46 du Code monétaire et financier prévoit que « Le recouvrement des créances cédées continue d'être assuré par l'établissement cédant, dans des conditions définies par une convention passée avec la société de gestion du fonds commun de créances. Toutefois, tout ou partie du recouvrement peut être confié à un établissement de crédit ou à la Caisse des dépôts et consignations, dès lors que le

[109] V. par exemple pour l'application de la « loi bancaire » du 24 janvier 1984, Rives-Lange et Contamine-Raynaud, *Droit bancaire*, Précis Dalloz, 1999, n° 38 ; T. Bonneau, *Droit bancaire*, 6^e éd., n° 287, « les organismes de l'article 518-1 de la loi bancaire peuvent-ils être qualifiés d'établissement de crédit ? La formulation de l'article 518-1 invite à donner une réponse positive [...] on peut hésiter à donner une réponse positive à cette question en raison du rôle de certains organismes, en particulier celui de la Banque de France et du Trésor public qui sont en fait des organes de tutelles des établissements de crédit [...] Or les organismes de l'article 8 ne sont pas agréés et ne revêtent pas aucune de ces qualités : ils ne peuvent donc pas être qualifiés d'établissement de crédit [...] En conclusion, les organismes de l'article 8 ne constituent pas une catégorie d'établissement de crédit. Ce sont pourtant des professionnels du secteur bancaire lorsqu'ils accomplissent des opérations de banque ».

[110] Cf. *Crise de l'immobilier et consensus de place*, *Gaz. Pal.* des 20-22 novembre 1994. V. également C. Légevaques, *Droit des défaillances bancaires*, *Économica*, 2002.

[111] B. Lagarde, *Le trésor public, un créancier comme les autres*, *Gaz. Pal.* des 9-10 septembre 2005, p. 28 et s.

[112] Cf. *Le point de Philippe de Lannoy*, ce numéro, p. 41.

[113] Et portant notamment sur des créances douteuses et litigieuses.

[114] *C. mon. fin.*, art. L. 214-43. V. C. Légevaques, *Droit des défaillances bancaires*, *Économica*, 2002, n°s 459 et s.

débiteur en est informé par lettre simple ». Les rédacteurs des règlements des FCC veilleront à ce que le recouvrement soit assuré par un établissement de crédit de plein exercice (et non pas par la CDC) s'ils ne souhaitent que la société de recouvrement des créances du FCC ne soit reléguée à la « consultation normale » des créanciers prévue par l'article L. 626-5 et suivants du Code de commerce.

Par ailleurs, il convient d'attirer l'attention des administrateurs judiciaires. En effet, selon les travaux parlementaires, « il reviendra donc à l'administrateur de s'assurer que tous les établissements de crédit ont bien été appelés à participer au comité. À défaut, sa responsabilité pourra être engagée par l'établissement de crédit concerné, qui pourra également faire tierce-opposition au jugement d'arrêté du plan, si celui-ci lui fait grief, compte tenu de son absence de participation au comité » (115).

La détermination de la composition du **deuxième comité des créanciers** soulève des difficultés puisqu'il est ouvert aux « **principaux fournisseurs de biens ou de services** ». Comme le remarque, Jean-Jacques Hyst, la loi « laisse à l'administrateur un large pouvoir d'appréciation pour déterminer la composition de ce comité » (116). La loi prévoit expressément une titularisation d'un créancier dès lors que « ses créances représentent plus de 5 % du total des créances des fournisseurs » (117). Mais, il ne s'agit pas d'une notion simplement quantitative. En effet, comme le souligne la commission des lois du Sénat, « il peut être nécessaire de faire participer des fournisseurs qui n'ont pas une créance quantitativement importante mais qui sont essentiels à la vie de l'entreprise ». On pense, par exemple, au bailleur. Souvent la valeur du fonds de commerce dépend du maintien du bail commercial. L'administrateur judiciaire et le débiteur peuvent avoir intérêt à l'impliquer dès le départ dans l'élaboration du plan de sauvegarde ou de continuation alors que le montant des loyers impayés est relativement faible. Et pour cause, le débiteur paye jusqu'au bout son loyer pour protéger son seul véritable actif, son fonds de commerce.

Si un fournisseur n'est pas membre de droit (s'il n'atteint pas le seuil des 5 %), il peut solliciter l'administrateur judiciaire pour intégrer le comité. Si l'administrateur judiciaire refuse, le différend est porté devant le juge-commissaire. En revanche, si l'administrateur demande à un créancier non membre de droit de rejoindre le comité, le créancier est en droit de refuser, sans que le juge-commissaire puisse lui imposer de participer au comité contre son gré (118). La commission des lois du Sénat justifie cette possibilité par le fait que pour un créancier important mais minoritaire (moins de 5 %), « les décisions prises par la majorité des participants s'imposeront donc

à eux alors même qu'elles pourraient leur être plus défavorables » que s'ils étaient consultés en application de la procédure « normale ».

Enfin, certains créanciers sont exclus des comités. Il s'agit pour la plupart des créanciers publics qui ne peuvent être membres d'aucun des comités. La loi le prévoit expressément en ce qui concerne « les collectivités territoriales et leurs établissements publics ne peuvent pas être membres du comité des principaux fournisseurs ». Cela se déduit pour les administrations financières et les organismes de sécurité sociale car ils ne peuvent pas être considérés comme des « fournisseurs ». Enfin, pour la commission des lois du Sénat cela se justifie en raison des « règles spécifiques que doit respecter chaque créancier public pour la remise de ces dettes ». À cet égard, nous verrons que la loi consacre dans l'article L. 626-6 du Code de commerce des dispositions particulières aux remises de dettes émanant des administrations financières, des organismes de sécurité sociale, des institutions gérant le régime d'assurance chômage prévu par les articles L. 351-3 et suivants du Code du travail et des institutions régies par le livre IX du Code de la sécurité sociale.

γ) Constitution des comités

Le rôle de l'administrateur est ici essentiel. C'est à l'administrateur judiciaire qu'il incombe de réunir les deux comités « dans un délai de trente jours à compter du jugement d'ouverture de la procédure » (article L. 626-30, al. 1).

En pratique, cela suppose que le débiteur prépare le terrain ce qui est cohérent avec le caractère préventif et prospectif de la procédure de sauvegarde. Il est probable qu'avant l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, le débiteur prépare le terrain en ayant un recours à une procédure de mandat ad hoc. À partir de la liste des créanciers établis par le débiteur sous le contrôle d'un commissaire aux comptes ou d'un expert-comptable, l'administrateur doit assurer la mise en œuvre rapide des comités.

En cas de dépassement du délai de trente jours, aucune sanction n'est prévue par la loi. Dès lors, ce délai ne devrait pas être considéré comme impératif. Toutefois, si, sans raison ou difficulté particulière, l'administrateur laisse filer le délai, selon nous, il pourrait engager sa responsabilité.

δ) Règle de fonctionnement et procédure

L'article L. 626-30, alinéa 2 prévoit que « le débiteur présente à ces comités, dans un délai de deux mois à partir de leur constitution (...) des propositions en vue d'élaborer le projet de plan » de sauvegarde (ou de continuation). C'est donc au débiteur d'élaborer son plan et de le présenter aux comités. La loi de sauvegarde ne détaille pas les

(115) J.-J. Hyst, *op. cit.*, p. 291.

(116) *Ibidem*, p. 292.

(117) Le projet de décret en Conseil d'État précise que la liste des créanciers établie par le débiteur conformément à l'article L. 622-6 comporte les nom ou dénomination, siège ou domicile, de chaque créancier avec l'indication du montant des sommes dues au jour du jugement d'ouverture, des sommes à échoir et de leur date d'échéance, de la nature de la créance, des sûretés et privilèges dont chaque créance est assortie. Elle comporte également l'objet des principaux contrats en cours. Si le décret détaille autant le contenu de cette liste, c'est en raison de son importance pratique.

(118) Le projet de décret en Conseil d'État prévoit que « l'administrateur peut demander à tout fournisseur dont les créances ne représentent pas plus de 5 % du total des créances des fournisseurs d'être membre du comité des principaux fournisseurs. À défaut d'une acceptation écrite adressée à l'administrateur dans un délai de huit jours à compter de la réception de l'avis, le fournisseur est réputé avoir refusé ».

conditions de présentation et les formes : réunion séparée ou plénière des deux comités, possibilité de créer des sous-comités (par exemple entre les établissements de crédit titulaires de sûretés ou privilèges ou entre ceux qui financent le haut de bilan ou le bas de bilan, ici la porte reste ouverte à l'imagination à partir du moment où elle permet de faciliter la négociation (119) et où au final les règles de consultation fixées par la loi pour le vote soient respectées), présentation orale ou écrite. Il faut déduire de ce silence que le débiteur dispose des plus larges moyens pour présenter ses propositions de plan. On peut prévoir que, dans les dossiers d'une certaine taille, les dirigeants de l'entreprise débitrice procéderont à de véritables « shows » de présentation. Attention, toutefois, de ne pas trop en faire...

Le délai de deux mois à compter de la constitution des comités est un délai impératif qui peut faire l'objet d'un renouvellement et d'un seul « par le juge-commissaire à la demande du débiteur ou de l'administrateur ». Le caractère impératif du délai s'infère de l'article L. 626-34 *in fine* qui prévoit un retour à la « consultation normale » des créanciers « lorsque le débiteur n'a pas présenté ses propositions de plan aux comités dans les délais fixés ».

La loi prévoit expressément une période de discussion entre les créanciers d'une part, et avec les débiteurs et l'administrateur judiciaire d'autre part. Ce droit de discussion reconnu aux créanciers membres des comités est assorti par la loi du droit de modifier et d'amender les propositions du débiteur. Contrairement à la procédure de « consultation normale » qui ne prévoit que des délais et des remises de dettes, le projet de plan soumis aux comités « pourrait en particulier comporter de nouveaux crédits, des avances ou apports ainsi que des conversions de créances » (120). Cette énumération ne présente qu'un caractère illustratif. De plus, le plan devra présenter la réorganisation et les moyens mis en œuvre pour la réaliser (121).

La loi prévoit un laps de temps très court pour la négociation entre les créanciers membres des comités et le débiteur. En effet, l'article L. 626-30, alinéa 3 prévoit que « les comités se prononcent sur ce projet, le cas échéant modifié, au plus tard dans un délai de trente jours après la transmission des propositions du débiteur ». Là encore, ce délai de 30 jours est impératif car l'article L. 626-34, alinéa 1 prévoit le retour à la procédure de « consultation normale » si l'un ou l'autre des comités ne s'est pas prononcé sur le projet de plan. Pour gagner un peu de temps, il est clair que le débiteur devra préparer le terrain avec ses principaux créanciers dès avant le début d'une procédure de sauvegarde. Cela permettrait de ne pas être pris de court et de préparer les esprits, notamment du chef de pool

bancaire (122), à charge pour lui de vérifier auprès des sous-participants s'ils acceptent de donner leur accord. À noter au passage que les sous-participants occultes d'un pool bancaire ne peuvent pas être membres du comité des établissements de crédit. S'ils sont révélés, les conditions contractuelles du crédit syndiqué devront prévoir s'ils participent directement aux négociations ou s'ils laissent le chef de file en première ligne.

Dans leur préparation des propositions à présenter aux créanciers, notamment au comité des établissements de crédit, le débiteur et ses conseils devront intégrer et tenir compte de l'importance des ratios prudentiels tels qu'ils découlent de la réforme de Bale II (123). À titre indicatif et pour sensibiliser les professionnels à cette question aussi délicate que cruciale, il convient de prendre connaissance des passages les plus illustratifs de l'article du professeur Lacoue-Labarthe particulièrement clair et synthétique (124) : « Pour renforcer la stabilité financière, l'ambition de la nouvelle directive est de mieux prendre en compte la complexité accrue de l'activité bancaire, les nouvelles techniques de gestion des risques et de faire dépendre les exigences en fonds propres plus étroitement des risques économiques (risque de crédit, risque de marché, risque opérationnel) (p. 4) (...). Un aspect novateur du premier pilier est la sensibilité au risque de crédit de la dotation en fonds propres qui tient aussi compte de la solvabilité de l'emprunteur et de la qualité des garanties qu'il apporte (p. 6) (...). En fonction des pondérations de risque définies par le Comité de Bâle et de la notation attribuée par les agences de notation (ici, les ratings proposés par Standard & Poor's), une banque devrait couvrir un prêt d'1 million d'euros, accordé à une entreprise notée A (pondération du risque à 50 %), par un montant de fonds propres égal à 40.000 € (8 % de 500.000 € pondérés du risque) (p. 7) (...). Si la notation de la société emprunteuse est inférieure à BB, le crédit doit être pondéré à 150 % et couvert à hauteur de 120.000 € (8 % de 1.500.000 €). Si l'entreprise n'a pas de notation externe, ce qui est le cas des PME, la banque doit appliquer une pondération de 100 % et constituer une couverture de 80.000 € comme c'est le cas dans la réglementation actuellement en vigueur. Toute une série d'autres cas est traitée de façon particulière (p. 8) ». Il est clair qu'une société qui se place sous sauvegarde sera considérée déclassée dans la catégorie du risque de crédit inférieure à BB. Ainsi afin qu'un établissement de crédit consente de nouveaux concours, il devra mobiliser des fonds propres très importants et avec un risque de déperdition plus substantiel. Dès lors, le coût de ce risque se traduira par une augmentation

(119) Dans le dossier Eurotunnel, il pourrait être utile de prévoir des sous-comités en fonction de la nature des financements : senior, mezzanine, subordonné etc.

(120) J.-J. Hyst, *op. cit.* p. 392.

(121) Cf. les articles de Christophe Thévenot et Corinne Perot-Reboul sur le contenu du plan de sauvegarde et le point de vue de Philippe Peyramaure, ce numéro, p. 36.

(122) Y. Zein, *Les pools bancaires, aspects juridiques*, *Économica, Études et recherches*, 1998.

(123) D. Lacoue-Labarthe, *L'évolution de la supervision bancaire et de la réglementation prudentielle (1945-1996)*, *Revue d'économie financière*, n° 73, 3-2003 dossier « Bâle II : genèse et enjeux ». A. Pujal, *De Cooke à Bâle II*, *ibid.* V. également <http://www.banque-france.fr/fr/eurosys/europe/bce/2.htm>, « Nouvel accord de Bâle sur les fonds propres : principales caractéristiques et implications », *Bulletin mensuel de la BDF*, janvier 2005.

(124) D. Lacoue-Labarthe, *Bâle II et IAS 39 : Les nouvelles exigences en fonds propres réglementaires des banques et l'évaluation en juste valeur des instruments financiers*, http://www.courdecassation.fr/manifestations/Cycles-seminaires/2005/bale_II_lacoue_labarthe.pdf.

sensible du taux d'intérêt proposé et corrélativement par une prise de garantie subséquente.

Par ailleurs, l'article L. 626-30, alinéa 4 prévoit une double majorité pour que l'un des comités approuve (ou non) les propositions présentées par le débiteur : d'une part, il convient que la majorité des membres du comité soit favorable aux propositions présentées et d'autre part que cette majorité représente au moins les deux tiers du montant des créances de l'ensemble des membres du comité, tel qu'il a été indiqué par le débiteur et certifié par son ou ses commissaires aux comptes ou établi par son expert-comptable (125).

Outre la liberté dont disposent les créanciers et le débiteur pour restructurer l'endettement (126) ou aménager l'activité et les conditions contractuelles, le projet de plan s'exonère de la double contrainte qui pèse sur les délais et remises résultant de la « consultation normale ». En effet, l'article L. 626-30 *in fine* prévoit expressément que le projet de plan soumis aux comités n'est soumis ni à la durée maximale de 10 ans prévue par l'article L. 626-12 ni à l'obligation de payer des dividendes au-delà d'un délai d'un an, ni à ce que le montant de chaque annuité soit inférieur à 5 % du passif admis (article L. 626-18).

Par ailleurs, tout en tenant compte des impératifs de droit européen qui n'acceptent les aides d'État que sous certaines conditions restrictives (127), l'article L. 626-6 prévoit que les administrations fiscales et sociales « peuvent accepter (...) de remettre tout ou partie de leurs dettes au débiteur dans des conditions similaires à celles que lui octroierait, dans des conditions normales de marché, un opérateur économique privé placé dans la même situation ». La loi insiste sur le caractère concomitant de l'effort des créanciers publics à celui consenti par d'autres créanciers. La loi distingue entre les impôts directs et les impôts indirects. Pour ces derniers, « seuls les intérêts de retard, majorations, pénalités ou amendes peuvent faire l'objet d'une remise ». *A contrario*, il semble que cette restriction ne s'applique pas aux impôts directs. Enfin, l'article L. 626-6 *in fine* précise que les créanciers publics « peuvent également décider des cessions de rang de privilège ou d'hypothèque ou de l'abandon de ces sûretés ».

La négociation entre le débiteur et les différentes catégories de créanciers (les créanciers hors comité, ceux membres des comités et les

créanciers publics) risque d'être « sportive » compte tenu des délais de réaction prévus par la loi, des modes de prises de décisions, des appréciations différentes des risques. Il est évident qu'une telle restructuration ne pourra porter ses fruits qu'après une négociation préalable à l'ouverture de la procédure, notamment dans le cadre d'un mandat ad hoc.

Si le projet de plan est refusé par l'un ou l'autre des comités, la procédure de consultation normale des créanciers est reprise pour les créanciers membres du comité ayant refusé le projet de plan afin de permettre au tribunal de statuer en connaissance de leur intentions.

Si le projet de plan est adopté par l'un ou l'autre des comités, il est transmis au tribunal qui va arrêter le plan de sauvegarde (ou de continuation) proprement dit mais qui ne va pas pouvoir s'immiscer dans les accords scellés entre la majorité des créanciers d'un comité et le débiteur.

ε) La compétence liée du tribunal par la décision des comités

Les pouvoirs d'appréciation du Tribunal de commerce sont bridés. L'article L. 626-31 prévoit simplement que le tribunal s'assure que « les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés ». Malgré les explications de la commission des lois du Sénat (128), cette expression paraît des plus subjectives. Elle ne fait pas référence au principe de l'égalité des créanciers. Comment faut-il comprendre cette expression ? Par rapport au plan de sauvegarde et à la restructuration de l'entreprise ? Par comparaison entre les créanciers d'un même comité ou par opposition entre les créanciers d'un comité et ceux qui sont hors comité ? Autant d'imprécisions qu'une jurisprudence abondante viendra dans les prochaines années tenter de préciser.

Si le tribunal estime que les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés ou non, il ne peut faire qu'une seule chose : approuver le projet de plan ou le rejeter. Bref, le projet de plan approuvé par un comité forme un bloc. Comme le note le rapporteur de la commission des lois de l'Assemblée nationale, les comités de créanciers sont « souverains » (129). Il semble donc que la loi opère un transfert de souveraineté du tribunal vers les comités. Ce

(125) Le décret en Conseil d'État prévoit que « le montant pris en compte pour déterminer la majorité des deux tiers prévue au troisième alinéa de l'article L. 626-30 est arrêté par l'administrateur au vu des indications certifiées du débiteur ou des comptes établis par l'expert comptable, au plus tard huit jours avant la date de vote ». Il semble résulter de cette rédaction que l'assiette du calcul de la majorité est différente de celle du calcul des 5 % qui détermine si un créancier peut ou non appartenir au comité des principaux créanciers. Cette différence se justifie par le fait qu'entre l'ouverture de la procédure et l'adoption du projet de plan, de nouveaux créanciers se seront manifestés venant modifier le nombre de créanciers et le montant des créances à prendre en compte.

(126) À noter que l'article L. 626-6 du Code de commerce prévoit que les administrations financières, les organismes de sécurité sociale et les AGS « peuvent également décider des cessions de rang et de privilège ou hypothèque ou de l'abandon de ces sûretés ».

(127) Communication de la commission : lignes directrices communautaires concernant les aides d'État au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté : JOUE n° C 244, 1^{er} octobre 2004. J.-L. Colson, Les aides aux entreprises en difficulté, in Atelier de la concurrence in Entreprises en difficulté et application du droit de la concurrence, 23 juin 2004, en cours de publication site Minefi et Rev. conc. Cons. L. Idot, Nouvelles lignes directrices sur les aides aux entreprises en difficulté, Europe n° 12, décembre 2004, comm. 423. C. Thévenin, Modification du système des aides d'État et nouvelles attributions des CODEFI dans le traitement des difficultés des entreprises, Droit des sociétés n° 2, février 2005, alerte 9.

(128) J.-J. Hyest, op. cit., p. 297 : « La procédure des comités de créanciers ne doit en effet pas conduire à sacrifier les intérêts des créanciers minoritaires au sein des comités ou ceux des créanciers qui n'en seraient pas membres. Or les dispositions du projet de plan adopté par les comités de créanciers peuvent leur être préjudiciables, car elles peuvent imposer aux minoritaires des efforts disproportionnés à leurs capacités contributives, ou affaiblir le gage des créanciers non membres en prenant des garanties disproportionnées aux efforts consentis ou en avantageant les créanciers membres dans l'exécution du plan ».

(129) X. de Roux, op. cit., p. 111.

qui fait dire à Pascal Clement, en sa qualité de garde des Sceaux et de ministre de la Justice, qu'il faut changer d'état d'esprit, car le succès de la procédure de sauvegarde « dépendra du changement de culture et de la confiance réciproque entre le débiteur et les créanciers » (130). Cette solution nous paraît dangereuse car trop rigide, il aurait été préférable de prévoir une solution négociée. D'autant plus que la rédaction de l'article L. 661-3 semble prohiber la tierce-opposition d'un créancier (ou du comité si on leur reconnaît un jour la personnalité juridique comme pour la masse) contre le jugement refusant le plan de sauvegarde. En effet, en inversant les dispositions applicables sous l'empire de la loi ancienne (131), l'article L. 661-3 du Code de commerce fixe un principe limitatif en ouvrant la tierce-opposition à certaines décisions (« les décisions arrêtant ou modifiant le plan de sauvegarde ou le plan de redressement sont susceptibles de tierce opposition »). Cet article ne vise donc pas l'hypothèse où le tribunal rejette le projet de plan adopté par l'un ou l'autre des comités. Par une interprétation *a contrario*, faut-il en conclure que, comme la loi ne l'autorise pas expressément, ils sont interdits (132) ? Une réponse en faveur de la prohibition peut se justifier en raison de l'inversion du principe. Mais une réponse négative peut également se justifier car tout ce qui n'est pas expressément interdit doit être considéré comme autorisé. Or, la généralité des dispositions de l'article 585 du nouveau Code de procédure civile (133) milite en ce sens. Dans un souci d'efficacité, il nous semble préférable d'autoriser un créancier ou un comité d'exercer une tierce opposition contre le jugement refusant d'arrêter le plan ne serait-ce que pour permettre à une juridiction supérieure de vérifier si l'appréciation relative à la protection des intérêts de tous les créanciers n'a pas été trop restrictive ou trop large par le tribunal de commerce.

Enfin, il convient de souligner, ce qui constitue une preuve supplémentaire de la volonté du législateur de contractualiser le plan de sauvegarde, que par dérogation aux dispositions de l'article L. 626-26, une modification substantielle dans les objectifs ou les moyens du plan arrêté par le tribunal ne peut intervenir qu'en procédant à une nouvelle consultation des comités dans les conditions ci-dessus exposées (article L. 626-31 al. 2).

c) Consultation des créanciers obligataires

Afin de tenir compte de la catégorie particulière des créanciers que sont les obligataires, l'Assemblée nationale sur l'initiative de sa com-

mission des lois avec l'avis favorable du gouvernement, a redéfini les conditions de consultation des créanciers obligataires. Selon l'article L. 213-5 du Code monétaire et financier, les obligations sont des titres négociables qui, dans une même émission, confèrent les mêmes droits de créance pour une même valeur nominale. Les obligataires forment une catégorie à part de créanciers (organisation en une masse dotée de la personnalité morale, dispense de déclaration individuelle des créances, décision sur le plan prise par l'assemblée générale ordinaire de la masse conformément aux dispositions de l'article L. 228-65 du Code de commerce (134)).

Pour tenir compte de ces spécificités, l'article L. 626-32 du Code de commerce prévoit que l'administrateur judiciaire convoque les représentants de la masse, s'il y en a, dans un délai de quinze jours à compter de la transmission aux comités du projet de plan, afin de le leur exposer. « Les obligataires seraient donc informés sur l'ensemble du projet de plan. En revanche, ils seraient consultés sur les seuls efforts qu'ils seraient amenés à consentir dans le cadre du projet de plan » (135). Il appartient ensuite aux représentants de la masse de convoquer une assemblée générale des obligataires dans un délai de quinze jours de la transmission, afin de délibérer sur le projet. L'article L. 626-32 prévoit *in fine* que « La délibération peut porter sur un abandon total ou partiel des créances obligataires ». Cette rédaction nous paraît restrictive tant il est vrai que la créativité financière sait, aujourd'hui transformer des obligations en instruments financiers plus ou moins complexes. Il aurait peut être mieux valu ne rien préciser pour laisser aux obligataires le soin d'apprécier une large gamme de produit de substitution. Cette rédaction semble se justifier par les délais extrêmement courts dans lesquels les obligataires sont appelés à se prononcer. Cette disposition étant d'ordre public, elle s'appliquera quoiqu'il ait été prévu dans le contrat d'émission.

Enfin, l'article L. 626-32 dispose qu'en cas de carence ou d'absence des représentants de la masse dûment constatée par le juge-commissaire, l'administrateur convoque l'assemblée générale des obligataires.

3) Liquidation

Si l'on en croit Stéphane Gorrias (136), la liquidation judiciaire est « une procédure dont le paysage n'est pas bouleversé mais dont le dispositif est enrichi ». En effet, les améliorations techniques s'intègrent dans la nouvelle finalité de la liquidation judiciaire qui est

(130) Colloque de la CCIP, 13 septembre 2005, notes de l'auteur.

(131) Article 172 de la loi du 25 janvier 1985 devenu l'article L. 623-3 du Code de commerce : « Les décisions arrêtant le plan de continuation ne sont passusceptibles de tierce opposition ».

(132) C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, 3^e éd., n° 888, « La voie de l'appel est donc étroite. Celle de la tierce opposition est fermée purement et simplement contre le jugement qui arrête le plan de continuation, mais, par a contrario, paraît recevable en cas de rejet du plan, tout comme l'opposition ne paraît pas expressément exclue ».

(133) NCPC, art. 585 : « Tout jugement est susceptible de tierce opposition si la loi n'en dispose autrement ».

(134) Article L. 228-65 du Code de commerce : « I. L'assemblée générale délibère sur toutes mesures ayant pour objet d'assurer la défense des obligataires et l'exécution du contrat d'emprunt ainsi que sur toute proposition tendant à la modification du contrat. [...] II. L'assemblée générale délibère dans les conditions de quorum prévues au deuxième alinéa de l'article L. 225-98. Elle statue à la majorité des deux tiers des voix dont disposent les porteurs présents ou représentés ».

(135) J.-J. Hyest, *op. cit.*, p. 298.

(136) S. Gorrias, *Panorama rapide de la liquidation judiciaire dans la loi dite de sauvegarde des entreprises*, ce numéro, p. 96.

« 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 ». La loi ne précise pas expressément que les fonds ainsi récupérés doivent être distribués aux créanciers. Pour autant de nombreuses dispositions éparpillées intègrent cette finalité jamais clairement reconnue (137).

Pour les créanciers, la loi de sauvegarde apporte un « nouveau rythme » qui devrait leur permettre de récupérer plus rapidement une partie de leurs créances sur les actifs ainsi réalisés (a). Par ailleurs, la loi modifie les droits de reprise des poursuites individuelles (b) qui donne une nouvelle liberté aux créanciers : déclarer ou non sa créance. Quant à la liquidation judiciaire simplifiée (138), cette procédure ne concerne peu ou pas les créanciers tellement elle semble réservée aux liquidations impécunieuses pour lesquelles les réalisations d'actifs ne couvrent même pas l'intégralité des frais de procédure (139).

a) Une liquidation judiciaire rénovée afin de faciliter les réalisations d'actifs et les distributions de deniers aux créanciers

Selon le rapporteur de l'Assemblée nationale, la durée moyenne des procédures de liquidation judiciaire était de 45,3 mois. S'il est vrai que « l'efficacité et la rapidité des procédures sont cruciales pour permettre au débiteur d'exercer son droit à un nouveau départ, et par conséquent favoriser l'initiative entrepreneuriale en France » (140), l'efficacité et la rapidité de la procédure sont également importantes pour les créanciers. En effet, ces derniers se trouvent parfois impliqués dans des procédures coûteuses alors qu'ils ne cherchent qu'à recouvrer leur droit et à la fin de la procédure collective, les réalisations d'actifs ont été absorbées par les différents professionnels intervenus au cours de la procédure.

En raison du transfert du plan de cession de la procédure de redressement judiciaire vers celle de liquidation judiciaire (141), la loi de sauvegarde modifie l'architecture de la liquidation judiciaire ce

qui emporte des conséquences favorables aux créanciers : la procédure connaît un nouveau « rythme » établi par la loi (α), les modalités de règlement des créanciers sont précisées (β).

a) Le nouveau rythme de la procédure établi par la procédure

Dans son article, Stéphane Gorrias détaille ce nouveau tempo. Retenons simplement que le liquidateur établit dans le mois de sa désignation un rapport sur la situation du débiteur, sauf si le tribunal prononce la liquidation judiciaire au cours d'une période d'observation (article L. 641-1, al. 1). Ce rapport servira de rapport d'orientation pour le tribunal (142). Il permettra de décider d'ouvrir une procédure de liquidation judiciaire simplifiée ou « d'opter entre la cession globale des activités de l'entreprise et la cession de ses actifs, puisque la liquidation judiciaire peut désormais aboutir à un plan de cession » (143).

En précisant la mission du liquidateur, l'article L. 641-4 limite son obligation de vérification puisqu'il n'a pas procédé à la vérification des créances chirographaires s'il apparaît que le produit de la réalisation de l'actif sera entièrement absorbé par les frais de justice et les créances privilégiées. Cette disposition permettra aux créanciers chirographaires d'être rapidement fixés sur leur (mauvais) sort, de solliciter des certificats d'irrecouvrabilité leur permettant de récupérer la TVA apparaissant sur les factures impayées et de constater immédiatement la perte.

Dans le cadre de la « liquidation-cession » (144), plusieurs dispositions devraient rassurer les créanciers, citons par exemple, les restrictions des pouvoirs du cessionnaire sur les biens de l'entreprise tant que le prix de cession n'est pas intégralement payé (article L. 642-9) (145) ; maintien de la possibilité pour le tribunal d'assortir la cession d'une clause d'inaliénabilité (article L. 642-10) ; obligation pour le locataire-gérant d'acquiescer l'entreprise au plus tard dans les deux années du jugement qui arrête le plan (article L. 642-15) ; maintien des avantages accordés par la loi du 10 juin 1994 aux créanciers titulaires d'une sûreté spéciale (article 93, alinéa 3 de la loi du 25 janvier 1985, devenu art. L. 621-96 devenu, après la loi de sauvegarde, article L. 642-12).

[137] Et pourtant inhérente à la procédure, cf. F. Pérochon et R. Bonhomme, op. cit., n° 371 « procédure d'exécution patrimoniale, la liquidation consiste schématiquement en la vente des biens du débiteur pour payer ses créanciers ».

[138] Article 641-2, alinéa 2 « La procédure de liquidation judiciaire simplifiée prévue au chapitre IV du présent titre est applicable s'il apparaît que l'actif du débiteur ne comprend pas de bien immobilier, que le nombre de ses salariés au cours des six mois précédant l'ouverture de la procédure et que son chiffre d'affaires hors taxes sont égaux ou inférieurs à des seuils fixés par décret en Conseil d'État ». Selon les informations fournies par la Chancellerie lors des débats au Sénat, ces seuils devraient être fixés entre 1 et 5 salariés pour l'effectif salarié et entre 150.000 et 300.000 € pour le chiffre d'affaires. J.-J. Hyst, op. cit., p. 361.

[139] Les chiffres de l'INSEE, plus de 92 % des entreprises emploient moins de 10 salariés, dont environ 51 % d'entreprises n'ayant aucun salarié (1.280 entreprises) et 41 % d'entreprises comptant entre 1 et 9 salariés (1.028 entreprises) Voir INSEE, Tableaux de l'économie française », édition 2004-2005.

[140] X. de Roux, op. cit., p. 413.

[141] A. Couret, Le plan de cession, mesure de redressement ou de liquidation, Rev. Lamy dr. des aff., mars 2005, n° 80, p. 42 et s.

[142] J.-J. Hyst, op. cit., p. 361 : « Il s'agit d'une innovation du présent projet de loi. Jusqu'à présent, le liquidateur procédait directement aux opérations de liquidation en même temps qu'il vérifiait ou achevait de vérifier les créances ».

[143] X. de Roux, op. cit., p. 378.

[144] J.-J. Hyst, op. cit., p. 352.

[145] X. de Roux, op. cit., p. 401, « cette interdiction protège tout d'abord les créanciers contre une éventuelle dilapidation de leur gage. Elle permet aussi d'éviter certains abus observés par le passé. Par exemple, il arrivait que des repreneurs revendent immédiatement une partie des actifs pour pouvoir le prix de cession ».

Mais, l'innovation la plus intéressante dans le cadre du plan de cession réside dans le nouveau système « dissuasif » (146) de sanctions à l'encontre des repreneurs qui n'exécutent pas leurs obligations nées du plan. En effet, l'article L. 642-11 prévoit toute une gamme de sanctions qui peuvent être demandées par le ministère public, le liquidateur, un créancier tout intéressé, voire prononcées d'office. Dans un premier temps, le tribunal peut prononcer la résolution du plan de cession. Dans cette hypothèse, le tribunal peut encore prononcer la résolution ou la résiliation des actes passés en exécution du plan résolu, le prix payé par le cessionnaire restant acquis à la liquidation judiciaire par dérogation expresse aux principes généraux applicables en cas de résolution d'un contrat. Dans un deuxième temps, le tribunal peut condamner cumulativement le cessionnaire indélicat à payer des dommages et intérêts. L'ensemble de ces mesures est destiné à assurer une plus grande moralité des plans de cession.

Par ailleurs, l'article L. 643-9 prévoit deux innovations : d'une part, dans le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire, le tribunal fixe le délai au terme duquel la clôture de la procédure devra être examinée (147) (article 643-9, alinéa 1). Il appartient donc

au tribunal d'être le chef d'orchestre du concert procédural mené sous la direction du soliste qu'est le liquidateur. Toutefois, par souci de pragmatisme, la loi prévoit que si la clôture ne peut être prononcée au terme de ce délai, le tribunal peut proroger le terme par une décision motivée. D'autre part, à l'expiration d'un délai de deux ans à compter du jugement de liquidation judiciaire, tout créancier peut également saisir le tribunal aux fins de clôture de la procédure (article L. 643-9 *in fine*). Cette dernière disposition devrait satisfaire nombre de créanciers qui se plaignent de la longueur d'une procédure qui leur échappe. À cet égard, la loi innove encore en renforçant les droits de reprise de poursuites individuelles au bénéfice des créanciers.

β) Précisions sur les modalités de règlement des créanciers.

L'article L. 641-13 précise le nouvel ordre des paiements dans le cadre d'une liquidation judiciaire (cf. tableau n° 4). On remarque l'arrivée attendue des sommes bénéficiant du « privilège de conciliation ».

Tableau n° 4 : Ordre de paiement des créances dans le cadre d'une procédure de liquidation judiciaire (article L. 641-13 nouveau du Code de commerce)

Dans le cadre de la procédure de liquidation judiciaire, les créances seraient payées dans l'ordre suivant :

1. Les créances salariales bénéficiant du super-privilège institué par les articles L. 143-10, L. 143-11, L. 742-6 et L. 751-15 du Code du travail ;
2. Les créances de frais de justice antérieures au jugement d'ouverture ;
3. Les créances garanties par le privilège établi par l'article L. 611-11 du Code de commerce [privilège de conciliation] ;
4. Les créances garanties par des sûretés immobilières ou mobilières spéciales assorties d'un droit de rétention ou faisant l'objet d'un nantissement sur matériel et outillage ;
5. Si elles n'ont pas été payées à leur échéance, les créances nées régulièrement après le jugement pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation ou encore une partie d'une prestation fournie au débiteur pour son activité durant cette période, dans l'ordre suivant :
 - les créances salariales non avancées par l'Association pour la gestion du régime de garantie des créances des salariés (AGS) ;

- les créances de frais de justice (frais de greffe, frais et honoraires des mandataires de justice, honoraires des avocats engagés après le jugement d'ouverture) ;
 - les créances résultant de prêts conclus après le jugement d'ouverture avec l'autorisation du juge-commissaire, ainsi que les créances résultant de la continuation des contrats en cours pour lesquels le cocontractant accepte de recevoir un paiement différé ;
 - les créances salariales avancées par l'AGS postérieurement à l'ouverture de la procédure ;
 - les autres créances postérieures selon leur rang, à commencer par les créances assorties de privilèges généraux, puis celles assorties de privilèges spéciaux, puis les créances non privilégiées ;
6. Les créances antérieures au jugement d'ouverture assorties de sûretés générales ou de sûretés spéciales autres que celles visées au 3, selon leur rang ;
 7. Les créances antérieures au jugement d'ouverture non privilégiées.

(Sources, J.-J. Hyst, *Rapport du Sénat*, p. 383).

[146] X. de Roux, *op. cit.*, p. 403.

[147] À noter que cette disposition est d'application immédiate aux procédures en cours. Ainsi, une circulaire (circ. JUS C05 20585C, Civ/15/05) est venue préciser qu'à compter du 27 juillet 2005, toutes les décisions ouvrant ou prononçant une liquidation judiciaire doivent prévoir le délai au terme duquel la clôture de la procédure devra être examinée. La circulaire considère que le délai moyen de 12 mois est raisonnable.

En ce qui concerne le paiement provisionnel des créances privilégiées, on se souvient que la loi du 10 juin 1994 avait instauré un mécanisme de règlement pour les « créances définitivement admises » en contrepartie de la présentation d'une garantie bancaire. La loi de sauvegarde maintient ce mécanisme mais dispense les créanciers publics (148) de l'obligation de présentation d'une garantie bancaire, apparemment selon le principe que l'administration est son propre « banquier ».

b) Une modification du droit de reprise des poursuites individuelles

La loi de sauvegarde modifie le droit de reprise des poursuites individuelles d'une part en adaptant à la liquidation-cession la reprise des poursuites contre un bien pour les créanciers privilégiés (α) et, d'autre part, en prévoyant, à titre exceptionnel, la reprise des poursuites pour des créanciers n'ayant pas déclaré leurs créances (β).

a) Adaptation à la liquidation-cession de la reprise des poursuites contre un bien pour les créanciers privilégiés

L'article L. 643-2, alinéa 1 reprend intégralement l'ancien article L. 623-23 qui dispose que « les créanciers titulaires d'un privilège spécial, d'un nantissement ou d'une hypothèque et le Trésor public pour ses créances privilégiées peuvent, dès lors qu'ils ont déclaré leurs créances même s'ils ne sont pas encore admis, exercer leur droit de poursuite individuelle si le liquidateur n'a pas entrepris la liquidation des biens grevés dans le délai de trois mois à compter du jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire ».

L'alinéa 2 de l'article L. 643-2 tient compte du fait que, désormais, l'entreprise en liquidation judiciaire peut faire l'objet d'une cession totale ou partielle (149) en précisant que « Lorsque le tribunal a fixé un délai en application de l'article L. 642-2, ces créanciers peuvent exercer leur droit de poursuite individuelle à l'expiration de ce délai, si aucune offre incluant ce bien n'a été présentée ».

β) Extension du droit de la reprise des poursuites pour des créanciers

Dans un premier temps, l'article 643-11-I réaffirme le principe selon lequel « Le jugement de clôture de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif ne fait pas recouvrer aux créanciers l'exercice individuel de leurs actions contre le débiteur ». Toutefois, il reprend les exclusions classiques, si la créance résulte d'une condamnation pénale du débiteur ou de droits attachés à la personne du créancier (par exemple, un créance alimentaire). Il en va de même pour la

caution ou le coobligé qui a payé au lieu et place du débiteur qui peut toujours poursuivre celui-ci.

L'alinéa III de l'article L. 643-11 reconnaît que les créanciers recourent leur droit de poursuite individuelle dans les cas suivants : 1) la faillite personnelle du débiteur a été prononcée ; 2) le débiteur a été reconnu coupable de banqueroute ; 3) le débiteur ou une personne morale dont il a été le dirigeant a été soumis à une procédure de liquidation judiciaire antérieure clôturée pour insuffisance d'actif moins de cinq ans avant l'ouverture de celle à laquelle il est soumis ; 4) la procédure a été ouverte en tant que procédure territoriale au sens du paragraphe 2 de l'article 3 du règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité. Là encore, nous sommes en terrain de connaissance et si, ce n'était la référence au Règlement Insolvabilité, les cas de reprise des poursuites individuelles ne sont pas nouveaux et correspondent à la volonté de ne pas favoriser le débiteur récidiviste ou malhonnête. « En revanche, le projet de loi supprime la possibilité de reprendre les poursuites dans le cas où le débiteur aurait subi une interdiction de diriger ou de contrôler une entreprise commerciale ou une personne morale. Cette suppression s'inscrit dans la volonté de distinguer clairement l'interdiction de gérer de la faillite personnelle. L'interdiction de gérer serait sans conséquence patrimoniale et réservée au débiteur qui, sans être malhonnête, n'apparaît pas compétent pour gérer une société » (150).

De même, l'alinéa IV du même article ne crée pas la surprise lorsqu'il prévoit, qu'en cas de fraude, le tribunal autorise la reprise des actions individuelles de tout créancier à l'encontre du débiteur. Le tribunal statue lors de la clôture de la procédure après avoir entendu ou dûment appelé le débiteur, le liquidateur et les contrôleurs.

La véritable innovation résulte de l'alinéa V de l'article L. 643-11 qui prévoit que « les créanciers qui recourent l'exercice individuel de leurs actions en application du présent article peuvent, si leurs créances ont été admises, obtenir un titre exécutoire par ordonnance du président du tribunal ou, si leurs créances n'ont pas été vérifiées, le mettre en œuvre dans les conditions de droit commun ». Le membre de phrase relatif aux créances non vérifiées a été ajouté par la commission des lois du Sénat au motif que « dans la mesure où, dans un souci d'efficacité et d'accélération de la procédure, un nombre plus important de créances ne devrait désormais plus être vérifiées, en particulier dans le cadre d'une procédure de liquidation judiciaire simplifiée, (...) il convient de permettre à ces créanciers de recouvrer leur droit de poursuites individuelles dans les conditions de droit commun ». Le but de la commission des lois est louable mais, on peut s'interroger sur l'effet pervers d'une telle disposition. En effet, en raison de la disparition de l'extinction de la créance mal ou

(148) Article 643-3, alinéa 3 : « Dans le cas où la demande de provision porte sur une créance privilégiée des administrations financières, des organismes de sécurité sociale, des institutions gérant le régime d'assurance chômage prévu par les articles L. 351-3 et suivants du Code du travail et des institutions régies par le livre IX du Code de la sécurité sociale, la garantie prévue au deuxième alinéa n'est pas due ».

(149) J.-J. Hyest, *op. cit.*, p. 422.

(150) J.-J. Hyest, *op. cit.*, p. 427.

non déclarée (cf. II.A.1.), un créancier qui n'a pas déclaré sa créance ne pourrait-il pas recouvrer son droit de poursuite individuelle après la clôture de la procédure pour insuffisance d'actifs? Tant le rapporteur de la commission des lois de l'Assemblée nationale (151) que celui de la Commission des lois du Sénat (152) répondent de manière positive à cette question.

Enfin, l'article L. 643-13 prévoit que si la clôture de la liquidation judiciaire est prononcée pour insuffisance d'actif et qu'il apparaît que des actifs n'ont pas été réalisés ou que des actions dans l'intérêt des créanciers n'ont pas été engagées pendant le cours de la procédure, celle-ci peut être reprise à la demande du liquidateur précédemment désigné ou du ministère public. Le tribunal peut également se saisir d'office. Le texte précise que « tout créancier intéressé » peut saisir le tribunal. Dans cette hypothèse, le créancier doit justifier avoir consigné au greffe du tribunal les fonds nécessaires aux frais des opérations. Le montant des frais consignés lui est remboursé par priorité sur les sommes recouvrées à la suite de la reprise de la procédure.

À ce stade de notre étude, il se confirme que la loi de sauvegarde est une loi qui comprend de très nombreuses dispositions en faveur des créanciers en leur reconnaissant de nouveaux droits. Il convient à présent d'étudier les allègements des devoirs nés de la loi de sauvegarde afin de compléter le tableau.

II. Devoirs allégés

Après avoir renforcé les droits des créanciers, il convient encore une fois de souligner que la loi de sauvegarde n'a pas hésité à les altérer tant en ce qui concerne les nouveaux cas de nullités de la période suspecte qu'en ce qui concerne les nouveaux droits reconnus aux cautions, coobligés et autres garants autonomes. À mi-chemin entre l'altération des droits et l'allègement des devoirs, on trouve les modifications substantielles qui touchent les créanciers dits de « l'article 40 » (devenu article L. 621-32 dans l'ancienne numérotation du Code de commerce) (II-A-2.). Mais, l'allègement le plus flagrant des devoirs des créanciers résulte de la disparition de l'extinction des créances non ou mal déclarées (II-A-1.). Après avoir étudié ces deux modifications, il conviendra de porter un regard critique sur le nouveau dispositif, en s'interrogeant notamment sur l'absence de prise en compte du rapport Grimaldi relatif à la réforme attendue du droit des sûretés (II-B).

A. Devoirs allégés

1. Une obligation de déclaration de créances facilitée et dépourvue de la terrible sanction de l'extinction des créances non ou mal déclarées

Face au « cynisme législatif » qui s'est illustré, selon le professeur Le Corre (153), par l'extinction des créances mal ou non déclarées, la loi de sauvegarde semble opposer le réalisme et la contrainte européenne. On peut se montrer critique ou circonspect quant à la justification de la disparition de l'extinction des créances mal ou non déclarées (c). Pour autant, il convient tout d'abord de préciser les aménagements de la déclaration de créances instaurés par la loi de sauvegarde (a), puis il apparaît nécessaire de détailler les modifications affectant le relevé de forclusion (b).

a) Aménagement de la déclaration de créances

Comme le démontre avec beaucoup de brio le professeur Le Corre, la loi de sauvegarde cherche à assurer une meilleure « protection des créanciers antérieurs ». Le tableau n° 5 présente de manière synthétique les caractéristiques de la nouvelle déclaration de créances (v. tableau page suivante).

Il convient d'attirer l'attention, notamment, sur les points suivants :

— le texte ancien, source de nombreuses controverses jurisprudentielles, précisait que devaient être déclarées les créances dont « l'origine » était antérieure au jugement d'ouverture. La loi de sauvegarde substitue à la notion d'origine celle de « naissance » qui paraît beaucoup plus évidente et devrait éviter des discussions ;

— l'ancien article L. 641-43 prévoyait que « les créanciers titulaires d'une sûreté ayant fait l'objet d'une publication ou d'un contrat de crédit-bail sont avertis personnellement et, s'il y a lieu, à domicile élu ». Le nouvel article L. 622-24, alinéa 1 issu de la loi de sauvegarde étend cette faveur aux créanciers « liés au débiteur par un contrat publié ». Dès lors, son également concerné les contrats de vente assortis d'une clause de réserve de propriété, les contrats portant sur les brevets et les marques qui doivent être publiés à l'INPI, les contrats de location de fonds de commerce, les contrats de louages d'aéronefs ou de navires (154) ; - l'obligation de déclaration concerne également et pour la première fois, les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture mais qui ne sont nées « pour le besoin du déroulement de la procédure ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pour son activité professionnelle » (article L. 622-17-I).

[151] X. de Roux, *op. cit.*, p. 252 : « En revanche, la suppression de l'extinction ne permet pas pour autant la reprise des poursuites individuelles après la liquidation judiciaire, du moins si elle est close pour insuffisance d'actif. Cette reprise n'est possible, comme aujourd'hui, qu'en cas de créance résultant de droits personnels du créancier, ou d'une condamnation pénale du débiteur, ou en cas de fraude à l'égard d'un créancier, d'ouverture de la procédure en tant que procédure territoriale au sens du Règlement de 2000 précité, de faillite personnelle ou de banqueroute, ou encore de « récidive » après une durée inférieure à cinq ans [nouvel article L. 643-11 du Code de commerce, issu de l'article 138 du projet]. Encore faut-il souligner que, si les créances n'ont pas été déclarées, et donc n'ont pas pu être admises, les créanciers ne peuvent obtenir de titre exécutoire délivré sur requête par le président du tribunal ».

[152] J.-J. Hyst, *op. cit.*, p. 216.

[153] P.-M. Le Corre, *Les nouvelles règles de fixation du passif du débiteur*, *Gaz. Pal.* des 9-10 septembre 2005, p. 17 et s.

[154] J.-J. Hyst, *op. cit.*, p. 210.

En revanche, la loi de sauvegarde n'est pas venue modifier les modalités de la déclaration par un préposé ou un mandataire. Il faut donc en conclure que la jurisprudence ancienne devrait se main-

tenir : mandat obligatoire pour toute personne qui n'est pas avocat et possibilité de communiquer le mandat même après la déclaration mais avant la fin de la vérification de la créance.

Tableau n° 5 : Déclaration de créances, quoi de neuf ?

Créances concernées par l'obligation de déclarer

À partir de la publication du jugement (de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire), tous les créanciers dont la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture « adressent la déclaration de leurs créances au représentant des créanciers » (article L. 622-24, alinéa 1).

À cela s'ajoute les sommes avancées par les AGS.

Et grande nouveauté, les créances postérieures qui ne sont pas « pour le besoin du déroulement de la procédure ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pour son activité professionnelle » (article L. 622-17-I).

Enfin, les créances alimentaires à compter de leur date d'exigibilité.

Créances exclues de l'obligation de déclarer

Les créances des salariés (article L. 622-24, alinéa 1)

Les créances des déposants « pour leurs créances entrant pour tout ou partie dans le champ d'intervention du fonds » de garantie des dépôts et autres titres (article L. 613-30 du Code monétaire et financier).

Les créances comprises dans un plan précédant de sauvegarde ou de redressement judiciaire sont admises de plein droit, déduction faite des sommes déjà perçues (article 626-27 III).

Les créances alimentaires antérieures au jugement d'ouverture ce qui confirme la jurisprudence de la Cour de cassation (cf. Cass. com., 8 octobre 2003, et 8 octobre 2003, S. Becqué-Ickowicz, Le créancier alimentaire hors procédure, JCP E 2004. II. 10012).

Cas particuliers

Les créanciers titulaires d'une sûreté publiée ou liés au débiteur par un contrat publié sont avertis personnellement ou, s'il y a lieu, à domicile élu. Le délai de déclaration court à l'égard de ceux-ci à compter de la notification de cet avertissement (article L. 622-24, alinéa 2).

Les créanciers dont les créances résultent d'un contrat à exécution successive déclarent l'intégralité des sommes qui leur sont dues dans des conditions prévues par décret en Conseil d'État (article L. 622-24, alinéa 5).

Montant et contenu de la déclaration

La déclaration des créances doit être faite alors même qu'elles ne sont pas établies par un titre. Celles dont le montant n'est pas encore définitivement fixé sont déclarées sur la base d'une évaluation.

Les créances du Trésor public et des organismes de prévoyance et de sécurité sociale ainsi que les créances recouvrées par les organismes visés à l'article L. 351-21 du Code du travail qui n'ont pas fait l'objet d'un titre exécutoire au moment de leur déclaration sont admises à titre provisionnel pour leur montant déclaré. La déclaration porte le montant de la créance due au jour du jugement d'ouverture avec indication des sommes à échoir et de la date de leurs échéances. Elle précise la nature du privilège ou de la sûreté dont la créance est éventuellement assortie.

Lorsqu'il s'agit de créances en monnaie étrangère, la conversion en euros a lieu selon le cours du change à la date du jugement d'ouverture.

Qui peut déclarer ?

La déclaration des créances peut être faite par le créancier ou par tout préposé ou mandataire de son choix.

Délai de déclaration

L'article 99 du décret maintient à 2 mois à compter de la publication du jugement d'ouverture au BODACC.

Point de départ du délai de déclaration

Pour une partie civile et en ce qui concerne les créances nées d'une infraction pénale, à compter de la date de la décision définitive qui en fixe le montant.

b) Forclusion

La loi de sauvegarde innove en modifiant les cas de relevé de forclusion et les délais pour agir. En revanche, le délai d'action en relevé de forclusion devrait conserver (155) sa nature de délai préfix qui ne peut être ni interrompu ni suspendu (156).

Ainsi, l'article L. 622-26 prévoit-il qu'à défaut de déclaration dans des délais fixés par décret en Conseil d'État (deux mois à compter de la publication du jugement d'ouverture ou de la notification pour les créanciers liés au débiteur par un contrat publiés), les créanciers

ne sont pas admis dans les répartitions et les dividendes à moins que le juge-commissaire ne les relève de leur forclusion « s'ils établissent que leur défaillance n'est pas due à leur fait ou qu'elle est due à une omission volontaire du débiteur lors de l'établissement de la liste prévue au deuxième alinéa de l'article L. 622-6 ».

En visant l'hypothèse du débiteur indélicat qui « a caché au créancier son état de redressement ou de liquidation » (157), on aurait pu penser que cette attitude était constitutive d'une fraude et aurait pu

(155) J.-J. Hyest, *op. cit.*, p. 215.

(156) Cass. com., 1^{er} juillet 1997, Bull. civ. IV, n° 210. V. également CA Paris, 15 février 2005, RG n° 2004-7340, *Chronique Lextenso à propos de la présentation d'un chèque rejeté*.

(157) P.-M. Le Corre, *op. cit.*, Gaz. Pal. des 9-10 septembre 2005, p. 23.

suffire, sans précision législative, au juge-commissaire pour relever de forclusion les créanciers. La jurisprudence a été partagée sur cette question. L'intervention du législateur vient ici apporter une aide précieuse au créancier antérieur victime d'une dissimulation de son débiteur.

Par ailleurs, l'article L. 622-26 dispose que l'action en relevé de forclusion ne peut être exercée que dans le délai de six mois à compter de la publication du jugement d'ouverture (158) ou, pour les institutions mentionnées à l'article L. 143-11-4 du Code du travail, de l'expiration du délai pendant lequel les créances résultant du contrat de travail sont garanties par ces institutions. Pour les créanciers titulaires d'une sûreté publiée ou liée au débiteur par un contrat publié, le délai court à compter de la réception de l'avis qui leur est donné. Par exception, le délai est porté à un an pour les créanciers placés dans l'impossibilité de connaître l'existence de leur créance avant l'expiration du délai de six mois précité (159).

c) La disparition de l'extinction des créances non ou mal déclarées

C'est l'une des avancées les plus importantes de la loi de sauvegarde pour les créanciers. L'article L. 622-26 du Code de commerce substitue à la sanction par extinction de la créance non ou mal déclarée l'impossibilité pour les créanciers non déclarés d'être admis dans les répartitions et les dividendes du plan. Avant de présenter toutes les conséquences découlant de cette nouvelle disposition (B), il n'est pas inutile de remettre en cause le justificatif européen avancé (a).

a) Approche critique du justificatif européen

Le législateur justifie cette innovation par la nécessité de mettre le droit français en conformité avec le règlement n° 1346/2000 du 29 mai 2000 dit « règlement insolvabilité ». Si l'on prend la peine de lire le règlement insolvabilité on a un peu le sentiment que le législateur, comme c'est hélas très fréquent, s'est caché derrière une justification européenne pour ne pas assumer son choix de favoriser les créanciers au lieu et place du débiteur.

En effet, le 25^e considérant du « règlement insolvabilité » précise qu'il est « particulièrement nécessaire de prévoir pour les droits réels un rattachement particulier qui déroge à la loi de l'État d'ouverture, étant donné que ces droits revêtent une importance considérable pour l'octroi de crédits. La justification, la validité et la portée d'un tel droit réel devraient se déterminer dès lors normalement en vertu de la loi du lieu où il est situé et ne pas être affectés par l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Le titulaire du droit réel devrait pou-

voir ainsi continuer de faire valoir son droit de séparer la garantie de la masse ».

Tirant toutes les conséquences de cette position, l'article 4, aliéna 2 du « règlement insolvabilité » pose le principe que « La loi de l'État d'ouverture détermine les conditions d'ouverture, le déroulement et la clôture de la procédure d'insolvabilité. Elle détermine notamment : h) les règles concernant la production, la vérification et l'admission des créances », pour aussitôt le tempérer par l'article 5 relatif aux droits réels des tiers qui énonce que « L'ouverture de la procédure d'insolvabilité n'affecte pas le droit réel d'un créancier ou d'un tiers sur des biens corporels ou incorporels, meubles ou immeubles — à la fois des biens déterminés et des ensembles de biens indéterminés dont la composition est sujette à modification — appartenant au débiteur, et qui se trouvent, au moment de l'ouverture de la procédure, sur le territoire d'un autre État membre ». Une première conclusion s'imposait, même si la créance principale était éteinte au regard du droit français, cela ne privait pas le créancier titulaire d'un droit réel dans un autre pays membre d'exercer son droit réel. C'était en quelque sorte une nouvelle illustration de la primauté du droit communautaire sur le droit national. C'était certes apparemment contradictoire mais il était possible de trouver une justification par le caractère territorial des règles du droit de la « faillite ».

De plus, l'article L. 622-22, alinéa 2 est venu considérablement atténuer l'opposition apparente entre le droit français et le droit communautaire en instaurant une obligation d'information personnalisée pour les « créanciers titulaires d'une sûreté ou liés au débiteur par un contrat, qui ont donné lieu à publicité ». En effet, pour ces créanciers, le délai de déclaration court à compter de la notification de cet avertissement. Tant que ces créanciers titulaires d'un droit réel n'étaient pas personnellement informés, le délai de déclaration et s'ils entendaient faire jouer leur droit réel, il leur restait encore deux mois pour déclarer et éviter l'extinction.

Décidément, les interférences entre le droit français des procédures collectives et le « règlement insolvabilité » ne paraît pas convaincantes.

B) Conséquences pratiques de la disparition de l'extinction des créances mal ou non déclarées

En faisant disparaître la sanction de l'extinction des créances non ou mal déclarées, le législateur ouvre au créancier la possibilité de choisir entre déclarer ou ne pas déclarer sa créance.

Si le créancier déclare sa créance, il pourra notamment être désigné contrôleur, être membre des comités, se substituer au mandataire judiciaire, reprendre les actions interrompues par le jugement d'ouverture (160), exercer son droit de rétention ou sa réserve de propriété,

[158] Débats du 3 mars 2005, 2^e séance, JOAN du 4 mars 2005, p. 1663 : la réduction du délai à six mois est nécessaire afin « d'éviter que les relevés de forclusion tardifs ne remettent en cause le plan de sauvegarde qui aura déjà été arrêté dans un bien inférieur à un an ».

[159] X. de Roux, *op. cit.*, 249 : « Le régime du relevé de forclusion dans l'année suivant le jugement d'ouverture alimentant un volume significatif de contentieux puisque, faute de relevé, la créance se trouve éteinte, il était urgent de le simplifier ».

[160] X. de Roux, *op. cit.*, p. 332 : « De même, le jugement arrête ou interdit de nombreuses actions qui ne pourront être reprises [L. 622-19]. Il interrompt certaines actions qui ne pourront être reprises qu'après une déclaration de créances [L. 622-20] : celle-ci étant précisément soumise au délai de forclusion, il serait donc impossible au créancier négligent de reprendre ses poursuites lorsqu'il aura été constaté que le plan est achevé ».

compenser des créances connexes. Enfin, il pourra concourir à la distribution de dividendes résultant du plan.

Si le créancier ne déclare pas sa créance, il se désinvestit de la procédure collective et laisse aux autres créanciers le soin d'accepter les efforts nécessaires à la restructuration. En revanche, quand bien même il n'aurait pas déclaré :

— ce créancier peut poursuivre la caution, le coobligé ou le garant autonome après la période de suspension des cautions et sous réserve que la caution (et seulement la caution) ne lui oppose la perte du bénéfice de subrogation de l'article 2037 du Code de civil ;

— s'il est crédit-bailleur, il pourrait contraindre le repreneur de payer la totalité de l'arriéré restant dû pour bénéficier de la levée de l'option et opérer le transfert de propriété (161) d'autant que « l'interdiction de paiement découlant, pour le débiteur, de l'ouverture de la procédure collective, ne vaut pas dispense de paiement, selon une jurisprudence maintenant classique de la Cour de cassation, notamment pour exercer la levée de l'option » (162) ;

— ce créancier peut reprendre, sous certaines conditions, les poursuites individuelles à la fin du plan ou en cas de jugement constatant l'insuffisance d'actifs (cf. articles L. 643-11 et suivants).

Avec la nouvelle déclaration de créances, il semble bien que le temps de pièges et de l'aventure pour le créancier soit révolu, au profit d'une nouvelle ère de protection établie par la loi de sauvegarde. De plus, la loi nouvelle ouvre des perspectives nouvelles de stratégie de restructuration de la dette d'un débiteur. Dans le cadre des éléments entrant en ligne de compte dans la détermination d'une stratégie pour le créancier, il convient à présent d'intégrer le nouveau visage de « l'article 40 ».

2. Limitation du privilège de « l'article 40 » aux créances utiles à la procédure ou au redressement

« L'article 40 » (163) est mort, vivent les articles L. 622-17 et L. 641-13 du Code de commerce ! La loi de sauvegarde intègre les principales critiques relatives à l'article 40 et tente d'y remédier. La première critique résidait dans le caractère automatique du bénéfice de cette

disposition. Il suffisait qu'une créance ait une origine régulière après le jugement d'ouverture de la procédure collective pour que le créancier puisse s'en prévaloir. Il n'y avait pas réellement de prise en compte de la volonté du créancier qui souhaitait participer activement au redressement. Par sa généralité, le texte profitait à tous les créanciers qu'ils aient ou non contribué au redressement (164). La deuxième critique résidait dans la difficulté de déterminer le passif « article 40 » (165). Les créanciers n'étant soumis à aucune obligation de déclaration (166), un passif occulte pouvait être généré qui venait, lorsqu'il était révélé, perturber les chances du redressement. Enfin, troisième critique à l'égard de l'ancien texte, le privilège n'en était pas un et avait été dégénéré en « priorité des paiements » (167). Pour chacune de ses critiques, la loi de sauvegarde apporte des solutions innovantes : en redessinant le périmètre des créanciers concernés (a), en établissant une obligation de déclaration (b) et en réaffirmant la plénitude du caractère privilégié (c).

a) Un périmètre rénové et restreint

Le premier paragraphe de l'article L. 622-17 dispose que « I. Les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur, pour son activité professionnelle, pendant cette période, sont payées à leur échéance ».

Le premier paragraphe de l'article L. 641-13 reprend le même principe et l'adapte à la situation de la liquidation judiciaire (168) : « I. Les créances nées régulièrement après le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire ou, dans ce dernier cas, après le jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire qui l'a précédée, pour les besoins du déroulement de la procédure, pour les besoins, le cas échéant, de la période d'observation antérieure, ou en raison d'une prestation fournie au débiteur, pour son activité professionnelle postérieure à l'un de ces jugements, sont payées à leur échéance ».

Dans les deux cas, la loi de sauvegarde ajoute aux deux critères de naissance (169) (et non plus origine) et du caractère régulier de la

[161] P.-M. Le Corre. *Les créanciers antérieurs dans le projet de sauvegarde des entreprises*, in *La réforme des procédures collectives*, LPA du 10 juin 2004.

[162] X. de Roux, *op. cit.*, p. 251.

[163] M. Cabrillac, *L'article 40 de la loi nouvelle et le nouveau privilège de procédure*, *Rev. proc. coll.*, 1986, n° 13, p. 10 et s.

[164] *Rapport de la Cour de cassation 2002, la priorité conférée actuellement à l'ensemble des créances postérieures au jugement d'ouverture est « de nature à rendre plus difficile le redressement de l'entreprise si trop de créanciers peuvent en profiter. Il paraît excessif que la créance fasse ainsi l'objet d'un paiement prioritaire du seul fait qu'elle est née après le jugement d'ouverture ; il serait plus favorable au redressement des entreprises que seules les créances nécessaires à la poursuite de l'activité après le jugement d'ouverture bénéficient d'un tel traitement de faveur ».*

[165] G. Jazottes, *Les créanciers de l'article 40*, LPA 2000, n° 178, p. 36.

[166] *Le décret n° 98-1232 du 29 décembre 1998 prévoyait certes une liste de créances 'article 40' établie par la liquidateur sous sa responsabilité mais sans que l'absence d'une créance sur la liste affecte le privilège.*

[167] C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, Domat-Montchrestien, 4^e éd., n°s 584 et s.

[168] J.-J. Hyst, *op. cit.*, p. 381 : « sa formulation étant toutefois légèrement différente afin de prendre en considération le fait que la procédure de liquidation judiciaire pourrait s'ouvrir immédiatement, sans période d'observation préalable ».

[169] G. Jazottes, *op. cit.*, p. 134 : « cependant, il faut reconnaître qu'il n'est pas facile de déterminer la date de naissance d'une créance et que plusieurs conceptions peuvent être retenues ». À ce sujet, voir notamment, M. Behar-Touchais (sous la dir.), *La date de naissance des créances*, Colloque Paris V-CEDAG, 2004, coll. *Droit-in-situ*, www.droit-in-situ.net, C. Saint-Alary-Houin, *La date de naissance des créances des procédures collectives*, LPA 2004, n° 224, p. 11.

créance un troisième élément que le professeur Françoise Pérochon qualifie de « téléologique » (170). En effet, la loi introduit un troisième critère dit d'utilité qui présente la caractéristique d'être alternatif : les créances sont nées régulièrement après le jugement d'ouverture, soit, « pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation », soit, « en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur, pour son activité professionnelle ». Selon, le rapporteur de la commission des lois de l'Assemblée nationale, « la première catégorie regroupe notamment les frais de justice, les honoraires divers et les frais résultant de l'exécution des contrats en cours, tandis que la seconde recouvre les livraisons de biens ou de services, ou encore la mise à disposition d'une somme d'argent. Ce faisant, les créanciers postérieurs, devenus moins nombreux, devraient bénéficier mécaniquement d'une amélioration de leurs conditions de remboursement » (171). En visant l'activité professionnelle, toutes les créances personnelles (créances alimentaires, dettes du ménage, ...) pouvant naître dans le patrimoine d'une personne physique soumise à une procédure collective sont exclues *de facto*. En effet, le Parlement a réaffirmé à plusieurs reprises son attachement au principe de l'universalité du patrimoine.

b) Obligation de se manifester pour le créancier postérieur

Le quatrième paragraphe de l'article L. 622-17 comme de l'article L. 641-13 prévoit une obligation dont le défaut est sanctionné. En effet, dans le délai d'un an à compter de la fin de la période d'observation (ou, en cas de liquidation judiciaire, dans les six mois de la publication du jugement de liquidation ou, à défaut, dans le délai d'un an à compter de la publication du jugement arrêtant le plan de cession), le créancier doit « porter à la connaissance », selon le cas, du mandataire, de l'administrateur, du commissaire à l'exécution du plan, du liquidateur les créances qui peuvent se prévaloir du privilège. La loi ne précise pas les modalités selon lesquelles ces créances sont portées à la connaissance d'un des organes de la procédure. Une lettre recommandée avec accusé de réception devrait suffire et une assignation (172) aux personnes sus-visées devrait également être efficace.

À défaut, les créances perdent le privilège (173) et seront donc traitées comme des créances chirographaires. Les créanciers devront être d'autant plus diligents qu'il ne semble pas prévu de relevé de forclusion et que le délai semble prefix (174).

c) Rétablissement du privilège

L'article L. 622-17 (tout comme l'article L. 641-13) fixe comme principe que les créances doivent être payées à leur échéance. Si elles ne sont pas réglées, elles bénéficiaient alors d'un « avantage ». Le recours à ce terme neutre s'imposait avant la loi de sauvegarde. En effet, dans un premier temps, la doctrine quasi-unanime considérait que l'article 40 de loi du 25 janvier 1985, (devenu l'article L. 621-32 du Code de commerce) consacrait un privilège général (175). Toutefois, la Cour de cassation avait décidé que, faute d'être fondée sur une qualité de la créance, cette priorité de paiement ne constituait pas un privilège au sens de l'article 2095 du Code civil (176). Cette situation est préjudiciable aux créanciers et au redressement en raison de l'insécurité juridique qu'elle occasionnait pour les créanciers et le professeur Corinne Saint-Alary-Houin (177) avait dénoncé avec raison ce « privilège à éclipse ».

La loi de sauvegarde précise expressément que « lorsqu'elles ne sont pas payées à l'échéance, ces créances sont payées par privilège avant toutes les autres créances, assorties ou non de privilèges ou sûretés, à l'exception ». Dès lors, il est évident que le législateur, en cohérence avec le « privilège de conciliation », a souhaité rétablir un véritable privilège général opposable à tous afin de favoriser les « heureux élus » qui participent effectivement au redressement d'une entreprise en difficulté.

Au final, on peut conclure comme Françoise Pérochon, qu'une conception assez étroite du nouvel « article 40 » en accord avec la lettre et l'esprit de la loi, « entraînerait une contraction soudaine du domaine du régime de faveur des créances postérieures, une sorte de *big crunch* bienvenu, favorisant le crédit au débiteur soumis à une procédure collective » (178).

[170] F. Pérochon, *Les créanciers postérieurs et la réforme du 26 juillet 2005*, *Gaz. Pal.* des 7-8 septembre 2005, p. 59.

[171] X. de Roux, *op. cit.*, p. 235.

[172] L'article L. 622-17 dispose que : « I. Le jugement d'ouverture interrompt ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance n'est pas mentionnée au I de l'article L. 622-17 et tendant 1) À la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ; 2) À la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent. ». Dès lors, par une interprétation a contrario les créanciers de l'article L. 622-17-I ne sont pas concernés par l'interdiction d'agir en justice contre un débiteur.

[173] X. de Roux, *op. cit.*, p. 235. « Cette obligation de déclaration des privilèges devrait permettre d'accélérer les procédures. En effet, le mandataire judiciaire pourra commencer assez rapidement à distribuer les fonds, alors qu'actuellement il est fréquemment retardé par une méconnaissance de l'étendue des créances postérieures et privilégiées, alors que sa responsabilité personnelle peut être mise en jeu s'il règle auparavant un créancier d'un rang inférieur. Cette modification devrait s'avérer particulièrement utile pour les créanciers qui ont accordé des prêts ou des délais de paiement ».

[174] J.-J. Hyest, *op. cit.*, p. 385 : « Il instaurerait une péremption des privilèges prévus par cette disposition. [...] L'absence de déclaration étant sanctionnée par la perte du privilège, les créances concernées seraient alors traitées comme des créances antérieures au jugement d'ouverture et seraient alors payées selon leur nature privilégiée ou chirographaire ».

[175] F. Pérochon, *op. cit.*, n° 45.

[176] *Cass. com.*, 5 février 2002, *Bull. civ. IV*, n° 27 ; *JCP E.* 2002. 807, n° 15, obs. Cabrillac et Pétel, et 1424, n° 19, obs. Delebecque ; *D.* 2002. 805, obs. Lienhard ; *APC* 2002-8, obs. Piédelièvre ; *RTD civ.* 2002. 337, obs. Crocq ; *RTD com.* 2002. 542, obs. Martin-Serf ; *adde F. Derrida*, obs. *D.* 1995, somm. 10.

[177] C. Saint-Alary-Houin, *Rev. proc. coll.* 1995. 297.

[178] F. Pérochon, *op. cit.*, n° 35.

B. Considérations critiques

La loi de sauvegarde est tellement encensée qu'il paraît utile de garder son sens critique afin de mieux préparer les réformes prochaines. Du point de vue des créanciers, les critiques principales ont trait d'une part à la confusion entre caution et garant autonome (1.) et d'autre part, à l'absence de réelle prise en compte du rapport du professeur Michel Grimaldi sur la nécessaire réforme du droit des sûretés (2.).

1. Confusion entre caution, coobligés et garants autonomes

À plusieurs reprises, nous avons déjà évoqué les atteintes aux sûretés personnelles contenues dans la loi de sauvegarde (opposabilité des dispositions des plans par la caution à ses créanciers, introduction du principe de disproportion entre les garanties et les concours sanctionné par une nullité des garanties, etc.). Mais, le plus surprenant réside dans l'assimilation pure et simple entre un garant autonome et une caution. Et l'étonnement est d'autant plus grand quand la justification de protection d'une personne physique disparaît complètement dans le cadre d'une conciliation. En effet, l'article L. 611-10 prévoit que « Les coobligés et les personnes ayant consenti un cautionnement ou une garantie autonome peuvent se prévaloir des dispositions de l'accord homologué ». La loi ne distingue, dans ce cas particulier, entre personne physique et personne morale.

Cela soulève une question de droit et une question de politique législative et économique. En effet, ce texte crée une distorsion légale sur le marché mondial du droit. Autrement dit, ce texte peut constituer un handicap à l'exportation : une entreprise de BTP fait cautionner son engagement en faveur du donneur d'ordre par une banque. L'entreprise est soumise à une conciliation et le donneur d'ordre étranger ne peut pas appeler le garant qui se prévaudra de l'accord de conciliation homologué. Seule solution pour le donneur d'ordre, exiger que les travaux soient réalisés par une filiale immatriculée ailleurs qu'en France et que l'établissement de crédit se porte garant de la filiale. En ces temps de mondialisation de l'économie et de lutte d'influence entre droit continental et la *common law*, le législateur aurait pu être plus pragmatique...

Quant à la question de droit, il s'agit purement et simplement d'une remise en cause législative du caractère autonome de la garantie. Si l'on comprend l'intention du législateur de protéger le chef d'entreprise obligé par ses créanciers de souscrire une rigoureuse « garantie autonome », il existait des techniques juridiques tout aussi favorables aux personnes physiques sans pour autant remettre en cause l'efficacité des garanties autonomes. On peut notamment penser qu'en raison de la réforme du droit français de la sûreté, le législateur aurait pu prévoir un principe général selon lequel une personne physique, sauf circonstance exceptionnelle ou extranéité avérée, ne peut pas s'engager dans les liens d'une garantie autonome ?

2. Absence de prise en compte du rapport Grimaldi sur la réforme des sûretés

Nous avons déjà eu l'occasion de signaler le « gloubi-boulga » (179) du droit des sûretés au prise avec l'impérialisme des procédures collectives. En l'absence de principes directeurs clairs avec des couches législatives successives, les praticiens des procédures collectives et les juges du fond ont du mal à faire en sorte que le droit reste une source de sécurité juridique et de prévisibilité des actions. Or le rapport Grimaldi (180) tente justement de « rendre au droit français des sûretés les qualités de lisibilité et d'accessibilité, et qui sont (...) les conditions de la sécurité juridique nécessaire au développement du crédit » afin de lutter contre les incohérences nées de « la dispersion des textes, l'accumulation de réformes ponctuelles accomplies sans vision d'ensemble, l'intensité d'une activité jurisprudentielle parfois incertaine et fluctuante ».

L'ambition est grande et la technique utilisée paraît à la hauteur de cete ambition. En effet, le rapport du professeur préconise d'ajouter au Code civil un Livre quatrième intitulé « Des sûretés », divisé en deux titres « Des sûretés personnelles » (titre 1) et « Des sûretés réelles » (titre 2), ce qui permettrait de « rapatrier » dans le Code civil le nantissement du compte d'instruments financiers, et, surtout, d'insérer dans le Code civil de principes directeurs du droit des sûretés afin de guider utilement l'interprétation des législations spéciales et favoriser l'harmonisation là où elle est souhaitable, en dehors du Code civil.

De plus, le rapport souhaite inverser le rapport de force entre les sûretés et le droit des procédures d'insolvabilité. « Dans le double souci d'articuler ses dispositions avec celles des lois sur les procédures d'insolvabilité et de souligner que le Code civil constitue le droit commun, un article prévoit que le livre consacré aux sûretés reste applicable en cas d'ouverture d'une telle procédure sauf dans la mesure où la loi organisant cette procédure y déroge expressément (article 2290) » (p. 4). À cet égard, « le groupe suggère que la caution ne puisse se prévaloir ni des délais de paiement, ni de l'extinction totale ou partielle de l'obligation pouvant résulter d'une procédure d'insolvabilité, sauf disposition contraire dans la loi organisant cette procédure (article 2308, alinéa 2). Il est en effet regrettable pour le crédit que l'efficacité de la sûreté soit menacée au moment précis où elle doit remplir sa fonction de garantie » (p. 7). Le rapport Grimaldi recommande l'inverse de ce qui a été retenu par la loi de sauvegarde. Si, ces recommandations devaient faire l'objet d'une application législative, il serait dommageable qu'en 2005, la loi protège les cautions et qu'en 2006, la loi renforce les droits des créanciers contre la caution. Un peu de cohérence serait la bienvenue...

Par ailleurs, le rapport propose de consacrer « propriété-garantie ». En effet, « l'importance économique de la propriété-garantie justifiait que le Code civil en traitât dans un livre dédié aux sûretés, et qu'il

(179) C. Léguévaques, *Rev. Lamy dr. des aff.*, n° spécial, mars 2005, p. 101 et s.

(180) <http://www.justice.gouv.fr/publicat/rapport/rapportgrimaldi.pdf>.

affirmât la liberté des parties de choisir, le cas échéant, entre la constitution d'une sûreté réelle traditionnelle, gage ou nantissement, et celle d'une propriété cédée ou retenue à titre de garantie » (p. 14). En attendant la fiducie..., le rapport préconise la consécration de la propriété cédée à titre de garantie. Cette forme de propriété-garantie disposerait simplement que « la propriété d'un bien mobilier peut être cédée en garantie d'une obligation aux conditions prévues par la loi (article 2379) ». À cet égard, le rapport propose de définir la réserve de propriété comme la « convention par laquelle les parties suspendent l'effet translatif d'un contrat au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie (article 2380) », étant précisé que s'agissant de ses conditions de validité, elle devrait être convenue par écrit, lequel pourrait régir un ensemble d'opérations à venir (article 2381). Le rapport ajoute que s'agissant de ses effets, il serait confirmé qu'elle est l'accessoire de la créance garantie (article 2380, alinéa 2).

En outre, des dispositions novatrices préciseraient les conditions auxquelles elle s'étend à tout ce que le bien produit et à tout ce qui s'y unit (articles 2383 et suivants). Enfin, parce que le choix de la propriété-garantie ne saurait permettre aux contractants d'éluider certaines règles de publicité et de compromettre ainsi la sécurité juridique, et aussi par souci de transparence et de cohérence de la réforme, il serait prévu que la réserve de la propriété d'un meuble corporel d'une valeur excédant une somme fixée par décret ne produira effet à l'égard des ayants cause à titre particulier du débiteur qu'autant qu'elle aura été publiée selon les modalités prévues pour le gage de meubles corporels (article 2382).

Par ailleurs, le rapport propose d'introduire dans le Code civil les nantissements de monnaie scripturale (nouveau) et le nantissement d'instruments financiers. (rapatrié du Code monétaire et financier). Le nantissement de monnaie scripturale serait défini comme la convention par laquelle le constituant affecte en garantie des fonds inscrits sur un compte bloqué ouvert à son nom auprès d'un éta-

blissement habilité à les recevoir (article 2357). L'ouverture d'une procédure d'insolvabilité serait ici sans incidence (article 2364), conformément au règlement insolvabilité.

Il est regrettable que les avancées significatives contenues dans ce rapport n'aient pas eu plus d'influence dans la rédaction de la loi de sauvegarde. Les précisions techniques, qu'il prévoyait, auraient encore renforcé les droits des créanciers soumis à une procédure d'insolvabilité.

*
* *

En conclusion, les créanciers sortent incontestablement renforcés par les dispositions de la loi de sauvegarde des entreprises. Ainsi, François-Xavier Lucas n'hésite-t-il pas à présenter les avantages consentis par le législateur comme des « cadeaux » voire des « aubaines » (181).

Il leur appartient à présent de jouer le jeu et de répondre aux attentes tant du législateur que des entreprises, s'ils ne souhaitent pas essayer dans quelques années les critiques de leur comportement qui pourrait être qualifié selon les cas de frileux, pusillanime ou d'opportuniste.

Si les créanciers, et en premier chef les établissements de crédit, ne participent pas activement à la sauvegarde des entreprises en difficulté et n'utilisent leurs nouveaux droits que pour consolider leur situation antérieure, il est à craindre un retour de balancier dans les vingt ans qui viennent : assisterons-nous alors à la vengeance des débiteurs ou au retour des entreprises ? Seul l'avenir et ce que nous en ferons peut répondre...

Christophe LÉGUEVAQUES

*Docteur en droit
Avocat au Barreau de Paris
cLé réseau d'avocats*

(181) F.-X. Lucas, *op. cit.* p. 30 et 31.

UN NOUVEAU RÔLE POUR LE BANQUIER FACE AUX ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

L'adage populaire selon lequel il vaut mieux prévenir que guérir a trouvé grâce auprès des parlementaires français chargés de réformer le droit des entreprises en difficulté.

La profession bancaire a favorablement accueilli cette réforme qui tire enfin les conséquences du nombre important des déconfitures en France. En effet, pour favoriser l'intervention des banquiers dans les situations difficiles, ce texte, fort des limites de l'actuelle législation, s'attache à supprimer les chausse-trappes et tous les autres pièges tendus aux dispensateurs de crédits.

Pour persuader l'entrepreneur d'agir bien avant l'avènement de la cessation des paiements, le législateur français, à l'instar du droit américain, préconise l'engagement de négociation avec ses partenaires financiers afin de parvenir à un rééchelonnement des dettes de l'entreprise.

En développant tout un arsenal préventif, la loi institutionnalise la discussion entre l'entreprise et ses principaux créanciers pour permettre son rétablissement et assurer sa pérennité ultérieure.

Ce mécanisme sera d'autant plus usité que les acteurs de la conciliation seront payés pour le montant du crédit ou de l'avance consenti par privilège, à toute créance née avant l'ouverture de la conciliation. Cette mesure permettra aux établissements financiers d'être protégés, sauf abus ou fraude, contre les actions en soutien abusif.

I. Mesures favorisant l'octroi des crédits aux entreprises en difficulté

Parmi les mesures favorisant l'octroi des crédits aux entreprises en difficulté il faut absolument rappeler le « superprivilège », les nouvelles règles en matière de forclusion et la redéfinition du soutien abusif

A. Superprivilège

L'article L. 611-11 du Code de commerce nouveau dispose : « En cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire subséquente, les personnes qui avaient consenti, dans l'accord homologué mentionné au II de l'article L. 611-8, un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité sont payées, pour le montant de cet apport, par privilège avant toutes créances nées antérieurement à l'ouverture de la conciliation, selon le rang prévu au II de l'article L. 622-17 et au II de l'article 641-13... ».

Il ressort donc que seuls les apports nouveaux en trésorerie ou en nature, fourniture d'un bien ou d'un service, consentis dans l'accord homologué bénéficient de ce privilège.

Le privilège n'est consenti que si l'accord intervenu a fait l'objet d'un jugement d'homologation.

La sécurité juridique est assurée grâce au jugement d'homologation qui bénéficie de l'autorité de la chose jugée par rapport à l'ordonnance du président du tribunal qui, par nature est gracieuse.

Cette sécurité juridique est un incontestable progrès au regard de la situation actuelle bien que la remise en cause de la date de cessation des paiements après un règlement amiable soit rarissime.

En revanche, il est clair qu'on a sacrifié la confidentialité à la sécurité juridique.

Il faut rajouter que les banques qui consentent un crédit dans l'accord d'homologation vont bénéficier en cas de dépôt de bilan ultérieur du privilège de l'article L. 621-32 (article 40 de la loi du 25 janvier 1985) du Code de commerce de sorte que leurs créances seront payées par préférence à celles qui sont nées avant l'ouverture de la conciliation.

Certains auteurs considèrent que les privilèges consentis aux banquiers sont excessifs et de nature à les inciter à rompre leurs concours pour obtenir des privilèges, plutôt qu'à financer le redressement des entreprises.

C'est peu connaître les principes gouvernant l'attitude des banques dans ces situations ; il convient en effet de ne pas perdre de vue que l'octroi du privilège suppose un rééchelonnement de la dette qui ne va pas sans un manque à gagner ou aggravation du risque de l'établissement.

B. Nouvelles règles du relevé de forclusion

Le législateur a prévu que le juge-commissaire relèvera de la forclusion les créanciers s'ils établissent que leur défaillance est due à une « omission volontaire du débiteur ».

La difficulté résultera de l'exigence de démontrer de la part du débiteur non pas une fraude mais tout de même la volonté de ne pas indiquer l'existence de tel ou tel créancier.

En tout cas, la rédaction du texte fait apparaître que le relevé de forclusion interviendra, soit sur démonstration que la défaillance n'est pas due au fait du créancier, soit sur démonstration d'une omission volontaire du débiteur.

La réforme issue de la loi de sauvegarde modifie le délai et le point de départ de l'action en relevé de forclusion. L'article L. 622-26 du Code de commerce décale le point de départ du délai à la publication au Bodacc du jugement d'ouverture. En outre, le délai est raccourci et est passé d'un an à six mois, l'idée étant d'éviter que les relevés de forclusion tardifs ne remettent en cause le plan de sauvegarde.

La loi de réforme écarte l'extinction de la créance non déclarée dans les délais, le créancier pouvant, s'il se trouve dans un cas de reprise des poursuites, engager une action contre son débiteur. Le créancier pourra ainsi actionner la caution.

II. Nouvelle définition du soutien abusif

« Les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude

d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci ». Deux constats peuvent être tirés du nouvel article L. 650-1 du Code de commerce et de la jurisprudence de la Cour de cassation (22 mars 2005) :

— les risques pour les banques de voir leur responsabilité engagée en participant au sauvetage de l'entreprise dans le cadre d'un accord homologué semblent devenir relativement théoriques,

— le débat jurisprudentiel sur les nullités des garanties consenties dans le cadre de la période suspecte risque de se déplacer vers l'interprétation de la notion de disproportion des garanties prises par les banques sur le fondement de l'article L. 650-1 du Code de commerce.

La loi révèle un régime original de sanction en décidant que si « la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours sont nulles ».

La nullité anéantit rétroactivement la garantie du banquier et l'oblige à restituer, le cas échéant, les sommes déjà perçues. Elle est donc de nature à alimenter le patrimoine du garant. Comme il s'agit le plus souvent du dirigeant, cette restitution peut intéresser la procédure.

III. Mesures défavorables aux établissements bancaires

À côté de ces mesures avantageuses pour les banquiers apparaissent aussi des inconvénients non négligeables notamment : la restriction de l'assiette des garanties et la possibilité pour les dirigeants de disposer librement de leurs parts sociales.

A. Restriction de l'assiette des garanties

Pour convaincre un dirigeant des bienfaits de la procédure de sauvegarde, il est assez judicieux de protéger son patrimoine personnel. C'est pourquoi la réforme contient plusieurs mesures destinées à protéger certaines personnes lorsqu'elles se sont portées garantes du dirigeant. Il est désormais prévu, comme en matière de redressement, que le jugement d'ouverture suspend jusqu'au jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation, toute action contre les personnes physiques coobligées ou ayant consenti un cautionnement ou une garantie autonome. On observe que la solution vaut tant pour les cautions personnelles que réelles. Quant aux garanties autonomes, la règle devrait avoir une portée relative car se sont

généralement des personnes morales qui prennent de tels engagements. Il a ensuite été prévu, contrairement à la règle en vigueur dans le redressement judiciaire, que les cautions et coobligés et garants autonomes personnes physiques peuvent se prévaloir de l'arrêt du cours des intérêts.

B. Liberté de cession

Une autre mesure protectrice a été adoptée à l'égard des dirigeants. Elle concerne la liberté pour ces derniers de disposer de leurs parts sociales, titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital pendant la procédure de sauvegarde. Le dirigeant conserve le droit de céder ses parts, à charge pour lui d'informer le cessionnaire de l'existence d'une procédure de sauvegarde. Il convient d'observer que cette liberté risque d'être de courte durée puisqu'elle sera parfois cantonnée à la période d'observation. En effet, l'adoption du plan de sauvegarde peut être subordonnée à l'incessibilité des titres sociaux détenus par les dirigeants.

En conclusion

Il reste à souhaiter que l'esprit louable mis en place par le législateur permettra d'infléchir la tendance actuelle qui conduit à constater que 90 % des redressements débouchent sur une liquidation. Les nouvelles normes bancaires issues des accords Bâle II contribueront peut-être à y tendre puisqu'elles invitent les entreprises et leurs partenaires à sécuriser la gestion de leurs flux de trésorerie.

Il est, en revanche, erroné de croire que cette réforme incitera les établissements financiers à octroyer plus aisément des crédits ; la prudence demeurera de mise eu égard au maintien d'un risque élevé d'impayés en matière de déconfiture économique.

Effectivement, le banquier ne sait que trop que le maintien d'une conception prétendument moraliste d'un droit des procédures collectives qui prétend viser au redressement de l'entreprise s'est souvent traduit par une spoliation des créanciers, surtout dispensateurs de crédits, et l'enrichissement des repreneurs mais très rarement par la survie et la réorganisation de l'entreprise.

Barbara GEROSA

*Direction juridique
Monte Paschi Banque SA*

PANORAMA RAPIDE DE LA LIQUIDATION JUDICIAIRE DANS LA LOI DE SAUVEGARDE

1 Le titre pourrait paraître antinomique. Est-il encore possible d'évoquer la liquidation judiciaire ? La sauvegarde est la procédure emblématique de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 (1). Elle laisse son nom à la loi. Elle représente la procédure la plus marquante en termes d'innovation.

Dans ce contexte de déplacement du centre de gravité des procédures vers l'amiable, le traitement de la liquidation judiciaire pourrait sembler décalé.

L'heure est à la conciliation. La loi de sauvegarde se tourne philosophiquement vers l'anticipation. L'arsenal mis en place a vocation à prévenir les difficultés pour sauver les emplois.

Mais si la palette des procédures est enrichie, le législateur fait preuve de réalisme en matière de cycle économique. Soixante-cinq articles traitent désormais de la liquidation judiciaire.

2 La finalité de la liquidation judiciaire est clarifiée. Ainsi il n'y a aucun paradoxe dans le titre car si le législateur a souhaité mettre l'accent sur la prévention des difficultés de l'entreprise, il a souhaité réformer la procédure de liquidation judiciaire non pas seulement sur le plan technique mais dans son esprit et ses objectifs. Selon le rapporteur de la commission des lois « la réforme est avant tout culturelle ».

La réforme se doit d'être également une réforme de la pratique. Elle deviendra opérationnelle par la volonté des praticiens des procédures collectives et notamment des liquidateurs et la remise en question de leurs habitudes.

3 La liquidation judiciaire n'est plus une procédure de sanction. Elle obéit à une démarche volontaire d'un dirigeant disposant désormais, dans le cadre de sa gestion des difficultés, de procédures protéiformes. Le législateur de 2005 a affiché la volonté de dédramatiser le recours à la procédure collective et notamment la liquidation judiciaire, de dépassionner le recours au tribunal pour l'entreprise en crise.

Si la frontière entre l'amiable et le judiciaire est poreuse (2), elle devient également fine entre le juridique et l'économique.

4 La nouvelle table des matières du Code de commerce concernant la liquidation judiciaire réforme profondément le plan actuel. L'article 1^{er} de la loi du 26 juillet 2005 approuve une nouvelle structure.

Le nouveau schéma est organisé avec une numérotation logique et facile à retenir.

Titre IV : De la liquidation judiciaire	
Chapitre préliminaire : De l'ouverture et du déroulement de la liquidation judiciaire	
L. 640-1	L. 640-4
L. 640-2	L. 640-5
L. 640-3	L. 640-6
Chapitre I^{er} : Du jugement de liquidation judiciaire	
L. 641-1	L. 641-9
L. 641-2	L. 641-10
L. 641-3	L. 641-11
L. 641-4	L. 641-12
L. 641-5	L. 641-13
L. 641-6	L. 641-14
L. 641-7	L. 641-15
L. 641-8	
Chapitre II : De la réalisation de l'actif	
<i>Section 1 : De la cession de l'entreprise</i>	
L. 642-1	L. 642-10
L. 642-2	L. 642-11
L. 642-3	L. 642-12
L. 642-4	L. 642-13
L. 642-5	L. 642-14
L. 642-6	L. 642-15
L. 642-7	L. 642-16
L. 642-8	L. 642-17
L. 642-9	
<i>Section 2 : De la cession des actifs du débiteur</i>	
L. 642-18	L. 642-20
L. 642-19	L. 642-20-1
<i>Section 3 : Dispositions communes</i>	
L. 642-21	L. 642-23
L. 642-22	L. 642-24
Chapitre III : De l'apurement du passif	
<i>Section 1 : Du règlement des créanciers</i>	
L. 643-1	L. 643-5
L. 643-2	L. 643-6
L. 643-3	L. 643-7
L. 643-4	L. 643-8
<i>Section 2 : De la clôture des opérations de liquidation judiciaire</i>	
L. 643-9	L. 643-12
L. 643-10	L. 643-13
L. 643-11	
Chapitre IV : De la liquidation judiciaire simplifiée	
L. 644-1	L. 644-4
L. 644-2	L. 644-5
L. 644-3	L. 644-6

5 La loi du 25 janvier 1985 a été conçue par ses rédacteurs pour permettre en priorité la sauvegarde de l'entreprise et le maintien de l'activité et de l'emploi (3). L'apurement du passif et la défense de l'intérêt collectif des créanciers n'occupent qu'une place réduite. Après

(1) JO du 27 juillet 2005, p. 12187.

(2) V. F.-X Lucas, L'ouverture de la procédure collective, in La réforme des procédures collectives, colloque du Crajefe du 27 mars 2004, LPA 2004, n° 116, n° spéc., p. 4.

(3) C. com., art. L. 620-1.

vingt ans de pratique (4), le constat est amer. Ainsi lors de la première journée de la discussion du projet de loi de sauvegarde à l'Assemblée nationale, le garde des Sceaux tenait ces propos : « Il y a dans notre pays une faillite toutes les dix minutes » (5). Les chiffres sont éloquents. En 2003, il y eu l'ouverture de 45.000 procédures collectives, 11 % se sont soldées par un plan de redressement, 89 % par des procédures une liquidation judiciaire (6). Dans un contexte de 150.000 suppressions d'emplois par an, le bilan est accablant. Il existait donc une réelle volonté de modifier le droit actuel.

6 Après des siècles de droit de la faillite répressif, il semblerait que le droit de la faillite devienne préventif. La défaillance de l'entreprise est une question aussi ancienne que le commerce et l'industrie (7). Le traitement des difficultés existe déjà dans le droit romain. En 1807, il est instauré une procédure de faillite afin de punir le chef d'entreprise sans réellement permettre un règlement efficace des créanciers. Les lois du 28 mai 1838 et du 4 mars 1889 vont distinguer les commerçants de bonne foi des autres et créer une procédure de liquidation judiciaire. Les procédures sont encore des voies d'exécution collective sur le patrimoine du débiteur. Elles ont un effet réel (8). Les décrets-lois des 8 août 1935 et 30 octobre 1938 vont renforcer le pouvoir des tribunaux et des créanciers. Après la réforme de 1955, les mouvements législatifs sont à la fois plus nombreux et plus riches. La loi du 13 juillet 1967 a réglementé la liquidation de biens. Elle a également créé le délit de banqueroute et mis en place la sanction de faillite personnelle. La réforme de 1985 intervient après de profonds changements économiques et dans un contexte d'alternance politique. La loi du 25 janvier 1985 est orientée vers le maintien des emplois des entreprises en difficulté. La liquidation judiciaire entraîne la cessation pure et simple de l'activité pour permettre la saisie collective du patrimoine du débiteur, préalable indispensable à la réalisation totale et forcée du gage commun des créanciers (9). Mais le paiement des créanciers est mis en retrait : « les créanciers ont été sacrifiés sur l'autel des procédures collectives ». Le cadre général des procédures collectives n'a connu que trois modifications significatives distinctes sur la dernière décennie : la réforme de la loi du 10 juin 1994 qui a tenté de rééquilibrer la place de chacun des intervenants dans la procédure, le règlement communautaire du 29 mai 2000 et la réforme des professions réglementées avec la loi du 3 janvier 2003. Cette réforme du nouveau millénaire permet de consacrer une lente évolution des esprits. Le

chef d'entreprise défaillant ne nécessite pas forcément d'être sanctionné et l'entreprise peut survivre à l'homme qui l'a créée (10).

7 Cette réforme est aussi remarquable car elle est le fruit d'une réflexion longue, concertée et internationale.

Ainsi elle s'inspire en partie du droit allemand pour ce qui est de la cession. En effet la cession est, en droit allemand, une forme particulière de la liquidation. Le prix de cession est utilisé pour satisfaire, dans la mesure du possible, les prétentions des créanciers. Il semble inutile de rappeler également que cette réforme s'inspire, concernant la sauvegarde, du *chapter 11* américain.

La maturation de la réflexion s'est également faite par le travail de différents intervenants de la procédure. Ainsi en décembre 2001, le Parlement, dans le cadre d'un rapport de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation, a présenté des propositions précises dans un rapport appuyé sur une étude réalisée par trois experts indépendants. Dans son rapport annuel pour 2002, la Cour de cassation a rendu publiques diverses propositions d'amélioration juridique des textes en vigueur dont notamment la loi du 25 janvier 1985. Les professionnels concernés ont également produit de nombreuses analyses et études tirées de leur expérience pour améliorer les procédures en vigueur. Le 24 avril 2003, la Chambre de commerce et d'industrie de Paris a déposé un rapport « Relancer la réforme des textes sur la prévention et le traitement des difficultés des entreprises ». Le gouvernement a engagé une réflexion approfondie, qui a donné lieu à deux avant-projets rendus publics à l'automne 2003, et qui en janvier 2004, ont fait l'objet d'une large concertation. Le projet de loi de sauvegarde a été présenté par le garde des Sceaux au conseil des ministres le 12 mai 2004. Le rapport de l'Office parlementaire a complété les propositions formulées par les experts qu'il avait mandatés. Dans le cadre d'une procédure accélérée, le texte a été adopté pour une entrée en vigueur le 27 juillet 2005. En fait, il entrera en application à compter du 1^{er} janvier 2006, sauf les dispositions contenues à l'article 190 (11) de la loi n° 2005-845.

8 Dans l'attente des décrets d'application (12), la nouvelle procédure de liquidation judiciaire trouve une place autonome. Le législateur a toutefois procédé à de nombreux renvois au tronc commun de la procédure qu'est la sauvegarde mais il a donné de l'ampleur à la liquidation. Il s'agit désormais d'une procédure dont le paysage n'est pas bouleversé mais dont le dispositif est enrichi. La procédure

(4) V. Congrès de Toulouse, les 20 ans de la loi du 25 janvier 1985.

(5) D. Perben, discussion AN JOAN, p. 1492.

(6) Rapport Sénat n° 335 de J.-J. Hyst au nom de la commission des lois, p. 25.

(7) Rapport AN, 2095, X. de Roux, février 2005.

(8) Thèse Marc Sénéchal, L'effet réel de la procédure collective, Litec.

(9) Marc Sénéchal, in la liquidation judiciaire simplifiée, Gaz. Pal. des 7-8 septembre 2005.

(10) C. Lebel, Gaz. Pal. des 7-8 septembre 2005.

(11) Ainsi par exemple en matière de liquidation rentre en application immédiate, par référence aux dispositions de l'article L. 643-9 du Code de commerce, le tribunal doit fixer le délai au terme duquel la clôture de la procédure de liquidation judiciaire devra être examinée.

(12) NDLR : Le présent article a été rédigé avant la publication du décret.

est pragmatique. Les remarques essentielles concernant les innovations de la procédure de liquidation judiciaire feront l'objet d'un premier développement particulier. Auparavant elle entraînait la cessation pure et simple de l'activité pour permettre la saisie collective du patrimoine du débiteur, préalable indispensable à la réalisation totale et forcée du gage commun des créanciers. Aujourd'hui, la cessation de l'activité n'est plus automatique car la procédure de liquidation peut avoir comme objectif de céder l'entreprise. Le caractère collectif de la procédure de liquidation judiciaire entraîne cette conséquence qu'il appartient par principe au liquidateur de réaliser les actifs du débiteur. Il manque l'orientation vers le paiement des créanciers. Cet oubli semble logique avec le plan de cession transposé dans la liquidation judiciaire et dont l'objectif n'est pas la distribution. Les nouvelles modalités de cession des actifs feront l'objet d'un deuxième développement. Enfin dans une troisième partie, il sera fait état de la procédure simplifiée de liquidation judiciaire. La procédure simplifiée de redressement judiciaire a pour sa part disparu du nouveau dispositif. Le redressement judiciaire devrait se raréfier. Il n'y a pour s'en convaincre qu'à compter le nombre de dispositifs le concernant. Les développements seront uniquement axés sur les dispositions spécifiques concernant la liquidation judiciaire en relevant les innovations. Il ne s'agira pas de traiter de façon globale la procédure de liquidation judiciaire telle qu'elle résulte de la loi du 26 juillet 2005.

I. Les multiples améliorations ponctuelles de la liquidation

9 La loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 vient procéder à des retouches du tableau de la liquidation judiciaire de 1985. Les paramètres fondamentaux ne sont pas altérés. La réforme remédie à plusieurs lacunes. Les réécritures des textes souvent par toilettage peuvent être commentées selon le nouveau plan. Une vision plus dynamique consiste à tenter de regrouper par pôle. Il se dégage alors cinq thèmes. De l'ouverture à la clôture de la procédure, les innovations sont multiples mais la plus remarquable est l'ouverture des procédures aux professions indépendantes. Le liquidateur a une mission désormais définie et encadrée dans une procédure plus rythmée et contenant des échéances. La réforme des procédures collectives n'a pas fait l'impasse sur la modification des droits propres du débiteur et la représentation de la personne morale.

A. L'ouverture et le déroulement de la procédure

10 La liquidation judiciaire a désormais de nouvelles conditions d'ouverture et un objectif. Pour les conditions, elle concerne un débiteur, y compris un professionnel libéral dont la profession est réglementée ou indépendante (13), en cessation des paiements, dont le redressement est manifestement impossible (14). Il n'est plus fait

mention de la cessation d'activité. En effet la suppression de cette référence était impérative pour concilier la procédure de liquidation judiciaire avec la poursuite de l'activité dans le but de cession de l'entreprise.

La cessation d'activité est une réalité quotidienne pour le praticien des procédures collectives. Il y a souvent des entreprises en déshérence. Dans le cadre de l'abandon des affaires sociales ou simplement de l'arrêt pur et simple de l'activité, il fallait impérativement une procédure. Ainsi la procédure de liquidation judiciaire peut toutefois être ouverte après la cessation d'activité (15). Le texte précise que tout ou partie du passif doit provenir de l'activité professionnelle. Le législateur a vu le risque de fraude. Seul le débiteur en nom personnel est concerné. Mais il est possible de s'interroger sur la notion de tout ou partie ? Il y a toujours l'existence d'un passif non professionnel. La volonté semble être que le passif ne résulte pas du choix d'une gestion privée sans lien avec l'activité principale ?

Dans le cas d'une ouverture de la procédure suite à une cessation d'activité, le tribunal doit être saisi dans le délai d'un an à compter du décès du débiteur par le créancier ou sur requête du ministère public ou d'office. La grande nouveauté résulte de la possibilité de la saisine de la juridiction sans condition de délai par l'héritier. Cette innovation est une sécurité pour l'héritier qui n'a pas encore accepté la succession. Enfin concernant les cas d'ouverture suite à la radiation du registre, la cessation d'activité ou la liquidation amiable des sociétés, il n'y a pas de modification. Le délai est toujours d'un an pour saisir la juridiction.

11 Mais la grande innovation de la « loi de sauvegarde » consiste à définir un objectif. Le principe est que la liquidation judiciaire est 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 ou biens. Cette définition est audacieuse. Elle omet la notion de réalisation du gage commun au profit des créanciers. La finalité de remplir les créanciers de leurs droits ne figure pas en tête de gondole.

12 Le délai de déclaration de cessation des paiements se fait au plus tard dans les quarante-cinq jours qui suivent la cessation des paiements. Le législateur a pris soin de rappeler cette disposition sans effectuer de renvoi. Il confère un véritable caractère autonome à la liquidation judiciaire. L'économie générale du traitement des difficultés des entreprises prévoit que malgré l'état de cessation des paiements, le débiteur personne physique ou le dirigeant de la personne morale puisse solliciter l'ouverture d'une procédure de conciliation. En tout état de cause la cessation des paiements doit être de moins de quarante-cinq jours. C'est dans la liquidation judiciaire un

(13) V. *infra* n° 19.

(14) C. com., art. L. 640-1.

(15) C. com., art. L. 640-3.

des seuls renvois à la procédure de conciliation (16). Enfin cette date de cessation des paiements ne peut toujours pas être reportée à plus de dix-huit mois avant le jugement d'ouverture (17). Toutefois, elle ne peut être antérieure, sauf cas de fraude, à la date de la décision définitive ayant homologué un accord amiable. Encore une fois le souhait est d'encourager un traitement en amont de la défaillance de l'entreprise en limitant les risques ultérieurs.

13 Tout au long du déroulement des nouvelles dispositions, le législateur semble se faire l'écho des différentes critiques de l'ancien régime de la liquidation judiciaire. Il répondra de façon pragmatique et précise aux problèmes soulevés par la pratique ou dans le cadre des contentieux. Ainsi, il prend la peine de rappeler l'adage « faillite sur faillite ne vaut » (18). Il a inséré qu'une nouvelle procédure de liquidation judiciaire ne peut être ouverte à l'encontre d'une personne soumise à une telle procédure tant que celle-ci n'a pas été clôturée (19). Dans le respect des thèses du patrimoine unique de MM. Aubry et Rau, le législateur écarte certains des débats portés devant la Cour de cassation. Il s'agit pourtant d'une évidence.

14 Dans le nouvel arsenal, il existe tout un tronc commun qu'il est inutile de développer ici. Ainsi les dispositions de la liquidation judiciaire renvoient à la procédure de sauvegarde en ce qui concerne l'interdiction de payer les créances antérieures, la possibilité d'annuler les actes, l'impossibilité d'inscription de sûreté, la mise en cause du liquidateur dans les instances en cours, l'interruption des actions, l'interdiction des poursuites, l'arrêt du cours des intérêts, la déclaration de créance, la revendication, les procédures prud'homales... Il faut cependant souligner l'article L. 641-4 du Code de commerce qui renvoie aux dispositions du Code du travail en matière de liquidation judiciaire. Conformément à la volonté politique, la réforme des procédures collectives n'a pas modifié le droit du travail. Le texte répond souvent aux critiques des professionnels. Cependant, concernant le licenciement économique en matière de liquidation judiciaire, les doléances des professionnels notamment s'agissant des délais et du formalisme n'ont pas été entendues. Le traitement social est un volet fondamental de la procédure. L'arsenal du Code du travail face à une entreprise condamnée ou dont la mort est annoncée ne permet pas d'apaiser le climat social. Seuls l'empathie et l'implication du professionnel des procédures collectives peuvent apaiser des situations de crise qui ne nécessitent pas un cadre si strict en matière de délais de licenciement.

15 De façon classique le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire rend exigible les créances non échues (20). Mais le cas de déchéance du terme n'est plus unique. Cette déchéance devient modulable selon le sort de la procédure. En effet, l'article L. 643-1 du Code de commerce rajoute qu'en cas de poursuite d'ac-

tivité, les créances non échues sont exigibles à la date du jugement prononçant la cession. En cas d'absence de plan de cession, il semble donc que la déchéance du terme soit, rétroactivement, ou aurait dû être acquise au jour du prononcé de la liquidation judiciaire. Mais cette disposition peut être la source d'un véritable casse-tête pour le créancier dans la détermination du quantum de sa créance au moment de la déclaration de celle-ci. Notamment, le créancier titulaire d'un privilège spécial sur un bien devra-t-il choisir une stratégie de déclaration c'est-à-dire déclarer avec les sommes résultant de la rupture anticipée du contrat et des clauses pénales associées, ou déclarer uniquement les sommes dues antérieurement au jugement d'ouverture? En tout état de cause, ce créancier, selon les dispositions de l'article L. 643-2 du Code de commerce pourra exercer son droit de poursuite individuelle à l'expiration du délai de poursuite d'activité si aucune offre incluant le bien n'a été présentée (21).

16 La réouverture de la procédure n'a pas été oubliée par le rédacteur. La procédure y afférente est simplifiée en pratique. Le point obscur est la qualité à agir du liquidateur pour solliciter la réouverture alors que sa mission a pris fin. Il peut être constaté une absence de fondement juridique sur la compétence de l'organe après le prononcé de la clôture : le liquidateur précédemment désigné dans le cadre de la procédure peut saisir le tribunal. L'article L. 643-13 reprend les dispositions des cas de réouverture s'agissant des actifs non réalisés ou des actions dans l'intérêt des créanciers non engagés pendant le cours de la procédure. Mais cette solution est pragmatique et sera très utile pour les praticiens des procédures collectives. Cela permettra notamment de mettre un terme à la pratique consistant à trouver un créancier pour le dépôt d'une requête tendant à la réouverture, sous réserve que ce créancier ait un intérêt personnel à agir car venant en rang utile. C'est le professionnel en charge de la procédure qui est souvent informé des cas de réouverture.

17 La reprise des poursuites individuelles, antérieurement prévue à l'article L. 622-52 du Code de commerce, a notamment été complétée en cas de fraude à l'égard d'un ou de plusieurs créanciers. En effet « le tribunal autorise la reprise des actions individuelles de tout créancier à l'encontre du débiteur. Le tribunal statue lors de la clôture de la procédure après avoir entendu ou dûment appelé le débiteur, le liquidateur et les contrôleurs. Il peut statuer postérieurement à celle-ci, à la demande de tout intéressé, dans les mêmes conditions » selon les dispositions de l'article L. 643-11. Les créanciers qui recouvrent l'exercice individuel de leurs actions en application du présent article peuvent, si leurs créances ont été admises, obtenir un titre exécutoire par ordonnance du président du tribunal ou, si leurs

[16] C. com., art. L. 640-4.

[17] C. com., art. L. 641-1.

[18] Rappelé récemment par la jurisprudence.

[19] C. com., art. L. 640-2, alinéa 2.

[20] C. com., art. L. 643-1.

[21] C. com., art. L. 643-2.

créances n'ont pas été vérifiées, le mettre en œuvre dans les conditions de droit commun.

B. La spécificité en liquidation judiciaire de l'intégration des professions libérales

18 Le champ des procédures de liquidation judiciaire est élargi. Auparavant le redressement et la liquidation judiciaires étaient applicables à tout commerçant, à toute personne immatriculée au répertoire des métiers, à tout agriculteur et à toute personne morale de droit privé (22). Désormais la procédure est étendue également à toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé (23). Pourquoi le législateur a-t-il fait un rappel de cet élargissement alors qu'il a procédé dans d'autres parties du texte à de multiples renvois ? L'absence de renvoi est-elle encore la manifestation d'une volonté de démarquer la procédure de liquidation judiciaire de tout autre, de lui conférer un caractère autonome ? En tout état de cause cette innovation est remarquable. Les statistiques des défaillances risquent de profondes modifications (24). Cependant cet élargissement ne fait que réparer une injustice ou un simple oubli du législateur de 1985. Cette intégration peut bouleverser la notion d'entreprise. Elle va en tout état de cause modifier le paysage économique des défaillances.

19 Le législateur a notamment pris soin d'intégrer les professions libérales avec leurs spécificités. Faut-il rappeler que tout au long de la procédure les ordres professionnels seront intégrés ? Ils seront soit associés dans le cadre de l'audition en chambre du conseil, soit consultés. En matière de liquidation judiciaire, le régime particulier des professions libérales concerne tout d'abord le sort des archives du débiteur soumis au secret professionnel (25). Elles connaissent un traitement particulier. Le législateur a transposé le plan de cession en liquidation judiciaire. Toutefois, concernant le débiteur, personne physique, qui exerce une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, la cession ne peut porter que sur des éléments corporels. La cession ne pourrait pas porter sur des éléments incorporels qui n'existent pas et que le législateur ne pouvait pas consacrer dans cette loi sans remettre en cause l'organisation professionnelle. Toutefois il est prévu que le liquidateur peut exercer le droit de présentation du successeur au garde des Sceaux. Peut-on encore parler de maintien d'activité d'exploitation autonome ? Où est la notion de cession d'entreprise ?

C. Une mission encadrée du liquidateur

20 Par certains aspects, il semble exister une certaine défiance du législateur à l'encontre des praticiens des procédures collectives. Soucieux toutefois des problèmes rencontrés sur le terrain, le rédacteur a pris soin de prendre en compte leur métier spécifique tout en recadrant leur activité. L'article L. 641-1 du Code de commerce prévoit les conditions de désignation des professionnels en charge de la procédure collective. Cette disposition est le reflet d'une volonté d'encadrer les modalités de désignation et de renforcer le contrôle des praticiens des procédures collectives. Ainsi ce texte doit être rapproché de l'article L. 662-6 du Code de commerce qui prévoit que les greffes des tribunaux établissent au terme de chaque semestre la liste des professionnels désignés avec notamment l'ensemble des dossiers attribués. Cette disposition est remarquable car elle prévoit la possibilité de désigner plusieurs liquidateurs.

21 De cette volonté d'encadrement, le législateur a modifié la compétence du juge-commissaire. Il dispose de pouvoirs parfois plus larges, d'une information plus précise, d'une autonomie plus grande. C'est un nouveau cadre pour un nouveau contrôle du juge-commissaire. Et cela paraît bien logique. Le liquidateur n'est que le titulaire d'un mandat. La juridiction mandante doit veiller à la bonne exécution de ce mandat par l'intermédiaire du juge-commissaire. Ainsi l'article L. 641-2 du Code de commerce fait un renvoi aux dispositions de l'article 621-9 prévoyant que seul le juge-commissaire peut procéder à la désignation d'un technicien lorsque celle-ci est nécessaire. De même, il convient de relever que le Tribunal, dans le cadre du jugement de liquidation judiciaire (26) désigne la personne chargée de procéder à l'inventaire. Le mandataire de justice gagnera ainsi en indépendance. Il ne saurait plus être le garant de missions qu'il ne confie plus. Il gagne donc en indépendance et en expertise dans ses rapports avec les tiers.

22 La mission du liquidateur est précisée. Ainsi procède-t-il aux opérations de liquidation et en même temps à la vérification des créances (27). En pratique la rapidité dépendra des délais accordés pour déposer les listes des créances. La vérification des créances privilégiées est systématisée par une lecture *a contrario* du texte puisqu'il n'est pas procédé à la vérification des créances chirographaires s'il apparaît que le produit de la réalisation de l'actif sera entièrement absorbé par les frais de justice et les créances privilégiées. Le législateur a également prévu les diligences du liquidateur en matière de conversion de la procédure au cours de la période d'observation (28). Il est prévu que le liquidateur procède aux opérations de liquidation, de vérification des créances et d'établissement de l'ordre des créanciers. Aucune précision n'a été apportée

[22] La procédure était ainsi applicable à une *selafa*, *selarl...*

[23] C. com., art. L. 640-2.

[24] Il y aura ainsi de nouveaux bénéficiaires des AGS mais également de nouveaux cotisants.

[25] C. com., art. L. 642-23.

[26] C. com., art. L. 641-6.

[27] C. com., art. L. 641-4.

[28] C. com., art. L. 641-5.

sur l'ordre des créanciers et la matérialisation concrète de cette obligation en l'état. En effet la liste des créances n'est pas un ordre des créanciers. Le seul ordre entre les créanciers résulte en l'état actuel des procédures de répartition des fonds dont la seule trace est assurée par les états de collocation et à compter du 1^{er} janvier 2006 par les répartitions dans le cadre des procédures de liquidation judiciaire simplifiée.

23 Dans la précision du rôle du liquidateur qui dispose des pouvoirs du mandataire judiciaire, l'article L. 641-5 du Code de commerce surprend dans sa rédaction. En effet il est inséré la précision selon laquelle le liquidateur peut introduire les actions qui relèvent de la compétence du mandataire judiciaire alors que les articles précédents renvoient de façon explicite aux actions dans l'intérêt des créanciers, aux procédures prud'homales... Pourquoi cette répétition? En tout état de cause, il y aura moins de débat sur la qualité à agir du liquidateur.

24 La procédure de liquidation judiciaire a besoin d'être encadrée mais également humanisée. Le traitement reposait souvent sur la seule volonté d'un professionnel des procédures collectives dont la diligence était parfois critiquable. Ainsi il convient de noter que le débiteur est désormais informé tous les trois mois, en même temps que le juge-commissaire et le ministère public du déroulement de la procédure (29). Il conviendra d'attendre le décret pour connaître les modalités et les formes de cette information. En l'état cette démarche de communication vers le débiteur est louable. Elle aurait dû exister naturellement. Aujourd'hui elle prend une forme contraignante pour accompagner le praticien des procédures collectives. L'information du débiteur est portable et non plus quérable. Cette démarche permettra au liquidateur de prendre conscience de ce besoin d'information de la part de son débiteur. Désormais il s'agit d'une obligation. Certes la procédure de liquidation judiciaire se modernise. Mais il faudra attendre le décret pour savoir si le liquidateur pourra tenir informé par le biais d'un site internet le dirigeant de l'entreprise défaillante.

25 Dans cette logique d'humanisation et de modernisation, l'article L. 641-15 reprend l'esprit des dispositions de la loi du 25 janvier 1985 concernant le détournement du courrier. Le juge-commissaire doit l'ordonner. Mais il peut également autoriser l'accès du liquidateur au courrier électronique. Dans l'attente de la mise en œuvre de cette disposition, le praticien peut s'interroger sur les problèmes techniques et de coût qui seront rencontrés. La remise du courrier est exclue dans le cadre d'une activité du débiteur soumise au secret professionnel.

26 Ainsi désormais la procédure de liquidation judiciaire repose sur une véritable collaboration du dirigeant de l'entreprise. Il est

véritablement associé au déroulement de la procédure et peut exercer un rôle actif (30). Le débiteur n'est plus évincé. Il est invité à collaborer notamment par la transmission des informations.

D. Une procédure de liquidation rythmée par un tempo à échéance

27 Le législateur a eu comme souhait de raccourcir les délais de traitement de la procédure collective. Pour augmenter la cadence, il a modifié le tempo. Le nouveau rythme est sensible tout au long de la nouvelle partition. Ainsi l'article L. 641-2 du Code de commerce prévoit que le liquidateur établit dans le délai d'un mois de sa désignation un rapport sur la situation du débiteur sauf cas de conversion d'une procédure. Ce rapport servira notamment de base pour passer le cas échéant dans le régime de la liquidation judiciaire simplifiée. Le décret devra déterminer les seuils du passage en liquidation judiciaire simplifiée. Ce bref délai permettra de déterminer la stratégie du dossier. En pratique, c'est souvent un délai suffisant pour apprécier les obstacles s'opposant à un traitement rapide.

28 Dans le jugement d'ouverture, le tribunal doit fixer le délai au terme duquel la clôture de la procédure devra être examinée (31). Cela obéit à cette volonté de traitement efficace et efficient des procédures. Cet article est d'application immédiate. Le liquidateur et les cocontractants de l'entreprise ont une échéance. Il est possible d'imaginer que cette contrainte supplémentaire qui pèse sur le praticien permettra d'accélérer le traitement à défaut de lui conférer de l'autonomie dans sa gestion de la procédure. Désormais également pèsent de nouvelles obligations sur le juge-commissaire dans sa faculté d'initiative et de contrôle du bon déroulement de la procédure. Une circulaire du garde des Sceaux en date du 22 juillet 2005 évoque comme délai raisonnable au moins une année tout en précisant que l'affaire sera appelée à nouveau au rôle dans des conditions qui seront déterminées par le décret d'application de la loi. L'article 190 de la loi du 26 juillet 2005 prévoit également la saisie à tout moment par le liquidateur, le débiteur ou le ministère public ou par saisine d'office en vue du prononcé de la clôture.

29 Le législateur a ainsi donné les moyens aux intervenants pour que la procédure ne s'éternise pas. Le débiteur qui était relégué au simple rang de spectateur (32) à l'ouverture de la procédure retrouve un rôle d'acteur (33). La procédure de liquidation judiciaire peut être clôturée à tout moment et à la demande du débiteur, du ministère public ou du liquidateur. À l'expiration d'un délai de deux ans à compter du jugement de liquidation judiciaire, tout créancier peut également saisir le tribunal aux fins de clôture de la procédure. Cet article entre en vigueur immédiatement pour répondre au souhait de traitement rapide des procédures de liquidation judiciaire

[29] C. com., art. L. 641-7.

[30] Il a la possibilité de demander la clôture de la procédure par exemple.

[31] C. com., art. L. 643-9.

[32] C. com., art. L. 622-9.

[33] Certes différent du premier rôle qu'il avait quand l'entreprise était in bonis.

même si pour les créanciers l'intérêt est différent de celui du débiteur. L'efficacité devrait donc aussi se mesurer au délai de clôture qui pourrait devenir le nouvel étalon de performance. En cas de plan de cession, le tribunal ne prononce la clôture de la procédure qu'après avoir constaté le respect des engagements par le cessionnaire. La difficulté pourrait résulter d'une durée d'engagement pas nécessairement compatible avec la volonté de clôturer rapidement la procédure de liquidation judiciaire.

30 Dans le souci de procéder à une accélération du traitement des procédures, le juge-commissaire peut d'office ou à la demande du liquidateur ou d'un créancier, ordonner le paiement provisionnel. La saisine d'office est une nouveauté. La demande de n'importe quel créancier est aussi une création. Le rédacteur a eu le souci d'accélérer la distribution du produit des réalisations d'actif. Par une possibilité large de saisine du juge-commissaire, il force le rythme de la procédure de répartition des fonds. Il élargit le principe de la répartition provisionnelle. Mais le législateur a pris soin d'assortir ce paiement de garantie en cas de demande de provision de la part du créancier (34). Il est conscient des risques associés à une libération anticipée des sommes. Cette extension du pouvoir des créanciers à obtenir un paiement provisionnel est louable. En tout état de cause il semble aujourd'hui inutile, compte tenu des garanties associées, de conserver des sommes vouées à être distribuées.

E. Une modification des droits propres du débiteur et de la représentation de la personne morale

31 En une seule disposition, le législateur met fin aux problèmes pratiques résultant du dessaisissement de l'ancien article L. 622-19 et au contentieux abondant de la disparition de la personne morale. L'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire toucherait-elle uniquement le patrimoine du débiteur? Le législateur a eu soin de distinguer le débiteur personne physique de son entreprise, ce qui entraîne la survivance de ses droits propres. Le débiteur n'est pas une abstraction, il n'est pas un concept mais un père de famille. Le principe du dessaisissement est maintenu. Cette mesure de défiance a pour but de protéger les créanciers. La liquidation judiciaire a pour but l'apurement du passif et il faut donc préserver le gage commun. La saisie collective des biens du débiteur interdit les poursuites individuelles et les paiements. Le débiteur dessaisi de l'administration et de la gestion de ses biens ne demeure pas moins un sujet de droit confronté à la vie courante. Le principe souffre quelques limites dont la jurisprudence a précisé les contours mais en fournissant une vision extensive. Il est désormais prévu par le texte que le débiteur accomplit les actes et exerce les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission du liquidateur ou l'administrateur lorsqu'il en a été désigné un dans le cadre de la poursuite (35).

32 Les droits extrapatrimoniaux sont préservés car le chef d'entreprise en nom personnel, c'est-à-dire l'exploitant, ne saurait être privé des droits et libertés reconnus à la personne humaine. Ainsi l'ancien chef d'entreprise peut se livrer librement à une activité professionnelle, exercer les droits attachés à la personne. Désormais ce principe est consacré. L'article L. 641-9, alinéa 3 du Code de commerce précise les activités que peut exercer le débiteur. La lecture *a contrario* du texte encouragera le débiteur à n'exercer que la seule activité de salarié. Pour rappel le 3 juillet 2004 la Cour de cassation déclarait que la reconnaissance de l'existence d'un contrat de travail est un droit exclusivement attaché à la personne de celui qui se prétend salarié.

33 Il y a des biens qui ne vont pas être appréhendés dans le cadre de la procédure. Le nouveau texte de 2005 n'évoque pas ce point et il faut donc se rattacher aux solutions classiques de droit commun. Certains textes déclarent les biens insaisissables au nom de la dignité, voire de la survie du débiteur personne physique : la fraction du salaire, pensions alimentaires, biens mobiliers nécessaires à la vie et au travail du débiteur et de sa famille, la maison d'habitation « protégée » dans le cadre de la loi Dutreil d'août 2003. Le véhicule peut également être insaisissable s'il remplit les deux conditions fixées par la loi du 5 juillet 1972 modifiée en 1991 : un caractère indispensable et limité à la seule activité du saisi. Le débiteur peut effectuer seul des actes conservatoires. Par ailleurs il n'est pas écarté de la procédure de liquidation judiciaire puisque le texte de 1985 lui réservait des avis, actions et audits. Il convient de compléter ce rapide tableau en s'arrêtant sur un arrêt de revirement de la Cour de cassation, le contentieux important ne pouvant être résumé en quelques lignes et la nouvelle loi restant muette sur ce point. Ainsi l'arrêt de la Cour de cassation du 9 novembre 2004 concernant la possibilité pour le liquidateur (36) de demander la levée de la clause d'inaliénabilité (37). Cette décision est intervenue dans l'articulation parfois difficile entre le droit de la famille et le droit des procédures collectives. Les magistrats de la Cour suprême ont décidé que l'action tendant à être autorisé à disposer du bien donné avec clause d'inaliénabilité, subordonnée à des considérations personnelles d'ordre moral ou familial, étant exclusivement attaché à la personne du donataire, ne peut être exercée par la liquidation judiciaire. Cet arrêt confirme la vision extensive de la jurisprudence concernant les droits et actions exclusivement attachés à la personne. Cet arrêt de la Cour de cassation du 9 novembre 2004 vient apporter une solution inverse à la décision du 4 novembre 2000.

34 Il semble inutile de faire un long exposé sur les effets du prononcé de la liquidation judiciaire sur la personne morale et les acquis de l'article 1844-7 du Code civil dans le cadre de l'application de la loi du 25 janvier 1985. En effet, la jurisprudence est intervenue

[34] C. com., art. L. 643-3.

[35] C. com., art. L. 641-9.

[36] Par la voie de l'action oblique.

[37] C. civ., art. 900-1.

de façon régulière pour cerner puis préciser les effets de la liquidation judiciaire. La société prend fin. La dissolution est immédiate, automatique. La personnalité morale ne survit que pour les besoins de la liquidation judiciaire. Ainsi le dirigeant, quelque soit son statut, perdait de sa hauteur. Déchu de ses droits, il ne représentait plus la société. Pour mémoire, le liquidateur ne représente pas non plus la société mais uniquement son patrimoine.

35 La seule limite des effets de la dissolution de la personne morale était contenue dans la circulaire du 17 mars 2003 relative à l'entrée en vigueur du règlement européen, relatif à la procédure d'insolvabilité. Ainsi il est institué un effet limité de la procédure territoriale. Lorsque le débiteur qui a son siège à l'étranger est une personne morale et que la procédure ouverte en France à raison de l'établissement aboutit à une liquidation, l'article 3, § 2 du règlement conduit à écarter l'application des dispositions de l'article 1844-7 du Code civil, selon lesquelles la société prend fin par l'effet du jugement de liquidation judiciaire. Les effets de la procédure française, limités aux biens situés en France, n'affectent pas la personnalité morale d'une société relevant d'un droit étranger, dont les conditions de dissolution restent régies par ce droit.

36 Désormais le texte répond donc à une préoccupation pratique qui avait donné lieu à de nombreux contentieux dans la mise en œuvre de la loi du 25 janvier 1985. « Lorsque le débiteur est une personne morale, les dirigeants sociaux en fonction lors du prononcé du jugement de liquidation judiciaire le demeurent, sauf disposition contraire des statuts ou décision de l'assemblée générale ». Le législateur répond à la préoccupation pratique de la représentation de la personne morale. Cette volonté pragmatique va même jusqu'à prévoir la compétence du liquidateur, du ministère public ou de tout intéressé pour faire désigner un mandataire ad hoc en cas de nécessité. Il conviendra d'attendre la vulgarisation de la loi dans la pratique du droit des affaires et la rédaction des statuts pour apprécier les conseils donnés aux dirigeants dans la permanence de leur fonction nonobstant une procédure collective.

37 Si la dissolution de la société est un fait acquis et la permanence des dirigeants aujourd'hui reconnue, il semble opportun de rappeler que la liquidation judiciaire n'a pas d'effet sur une association. La décision de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 8 juillet 2003 nous rappelle qu'une association ne prend pas

fin par l'effet du jugement qui la place en liquidation judiciaire et qu'en conséquence, elle peut, en vertu de son droit propre, exercer un recours (38).

II. Le nouveau régime des réalisations d'actif

A. La cession de l'entreprise

38 La cession d'entreprise devient un concept inhérent de la liquidation judiciaire. Le législateur a transposé le plan de cession en liquidation judiciaire. Mais le jugement arrêtant le plan de cession ne vaut toujours pas en soi acte de cession. Il a cependant pris en compte les remarques des professionnels sur les problèmes de mise en œuvre. Cette transposition fait l'objet de critiques de la doctrine sur la dénaturation de la réalisation des actifs au profit des créanciers et l'effet réel sur le gage commun des créanciers (39). Certaines remarques doctrinales plaidaient pour la reconnaissance de l'aspect positif du plan de cession (40). Des débats étaient nés sur le caractère inconciliable de la liquidation judiciaire et plan de cession (41). Désormais la cession de l'entreprise, selon les dispositions de l'article L. 642-1 du Code de commerce, a pour 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. La cession peut être totale ou partielle. Désormais c'est uniquement par renvoi que le redressement judiciaire permet le plan de cession. Le plan de cession permet la continuation des activités de l'entreprise. Par réalisme, la cession globale ou partielle de l'entreprise est réintroduite dans le redressement judiciaire par l'article L. 631-22 du Code de commerce mais pour un renvoi à la liquidation judiciaire. Il faut saluer cette suppression de la dualité des cessions d'entreprise, plan de cession et cession d'unité de production. Cette suppression est audacieuse. Elle a le mérite de clarifier la cession d'entreprise et d'unifier des règles différentes dont il était difficile de comprendre le fondement. En réalité, l'aspect liquidatif de la cession se caractérise essentiellement par la situation du débiteur dont l'activité cesse par cession (42).

39 La doctrine ne manquera pas de s'interroger sur la nouvelle nature du plan de cession. Le débat portera également sur la nature de la cession elle-même en dehors de tout débat sur la nature juridique du plan (43). La cession présente un caractère liquidatif indéniable si elle est analysée au regard du patrimoine du débiteur car

[38] Pour mémoire une association n'acquière la capacité d'ester en justice qu'à compter de son enregistrement (Cass. civ., 15 décembre 2004).

[39] V. J.-P. Sénéchal, L'ouverture de la procédure collective, in *La réforme des procédures collectives, colloque du Crajefe du 27 mars 2004*, LPA du 10 juin 2004, n° spéc.

[40] Entre autres C. Saint-Alary-Houin, *Droit et Patrimoine*, janvier 2005, n° 133, p. 24, spéc. p. 36.

[41] P.-M. Le Corre, *Pratique des procédures collectives*, Dalloz référence 2001, n° 447.

[42] F. Pérochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté, instruments de crédit*, Manuel LGDL, 6^e éd., 2003, p. 381, n° 351.

[43] Sur la nature juridique du plan de cession, F. Derrida et A. Amalvy, *Plan de cession de l'entreprise et vices du consentement*, D. 1988, chron. 208 ; C. Saint-Alary-Houin, *Variations sur le plan de cession d'une entreprise en difficulté*, Mélanges Cl. Champaud, D. 1997, p. 539 ; F. Derrida, J.-P. Sortais et P. Godé, avec la collaboration d'A. Honorat, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, Dalloz, 3^e éd., p. 323, n° 449 ; P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz action, n° 54.21 ; C. Saint-Alary-Houin, *ouvr. préc.*, p. 600, n° 917-1.

elle opère la réalisation de l'actif et le prix reçu est censé assurer le paiement partiel des créanciers. Cette même cession, vue du côté du repreneur, consiste dans la poursuite de l'exploitation de l'entreprise (44).

40 La cession peut être précédée d'une poursuite d'activité. Ainsi la cession reste une modalité de la continuation de l'exploitation et bon nombre de dispositions semblent dérogoires de la liquidation judiciaire (45). Le tribunal autorise la poursuite de l'activité (46). En raison des délais nécessairement brefs de cette poursuite, le tribunal fixera le délai de réception des offres de cession. Il n'y aura plus de poursuite « abusive » déficitaire en période d'observation. Le dirigeant n'aura pas le choix du prononcé de la liquidation pour voir son entreprise cédée. Le texte prévoit toutefois la possibilité de déroger au délai de dépôt des offres. Les destinataires des offres sont doubles si un administrateur judiciaire a été désigné. En effet le liquidateur et l'administrateur judiciaire seront les destinataires des offres. Cela risque de poser quelques problèmes en pratique. Tout dépendra en fait des modalités de dépôt des offres et surtout des seuils nécessitant la nomination d'un administrateur judiciaire dans le cadre d'une liquidation judiciaire avec poursuite d'activité.

41 L'esprit des conditions des offres fixées dans le cadre de la cession a été repris et consacre le critère jurisprudentiel relatif aux garanties offertes par le repreneur. Les conditions apparaissent plus précises. Le nouvel article supprime le délai de 15 jours minimum devant séparer la réception de l'offre et l'examen de cette dernière par le tribunal (47). Désormais, l'article L. 642-2 contient huit conditions dont deux sont entièrement nouvelles. Elles correspondent au cahier des charges que le candidat acquéreur devra remplir. Ainsi l'offre devra contenir la désignation précise des biens, des droits et des contrats inclus dans l'offre, les prévisions d'activité et de financement, le prix offert, les modalités de règlement, la qualité des apporteurs de capitaux et, le cas échéant, de leurs garants. Si l'offre propose un recours à l'emprunt, elle doit en préciser les conditions, en particulier de durée. L'offre doit également contenir les indications de la date de réalisation de la cession, du niveau et des perspectives d'emploi justifiées par l'activité considérée, des garanties souscrites en vue d'assurer l'exécution de l'offre, des prévisions de cession d'actifs au cours des deux années suivant la cession, de la durée de chacun des engagements pris par l'auteur de l'offre. Le texte se préoccupe des professions libérales prévoyant la notification de l'offre de reprise à l'ordre professionnel ou à l'autorité compétente dont le débiteur relève. Remarquons que l'offre lie son auteur

jusqu'à la décision du tribunal arrêtant le plan. Et l'offre ne peut pas être retirée. Elle ne peut être modifiée, sans condition de délai, que dans un sens plus favorable aux regards des objectifs de la loi du 26 juillet 2005. Il faut saluer ces retouches ponctuelles qui vont améliorer le traitement des cessions tout en sécurisant les intervenants.

42 Ainsi dans le même esprit la qualité de tiers de l'auteur de l'offre est définie de façon plus approfondie (48). L'article L. 642-3 du Code de commerce exclut les personnes susceptibles de faire une offre dans le cadre du plan de cession. La loi évite aussi les contournements en mettant des conditions de durée en plus des conditions de qualité. Ainsi il est prévu que « ni le débiteur, ni les dirigeants de droit ou de fait de la personne morale en liquidation judiciaire, ni les parents ou alliés jusqu'au deuxième degré inclusivement de ces dirigeants ou du débiteur personne physique, ni les personnes ayant ou ayant eu la qualité de contrôleur au cours de la procédure ne sont admis, directement ou par personne interposée, à présenter une offre. De même, il est fait interdiction à ces personnes d'acquérir, dans les cinq années suivant la cession, tout ou partie des biens dépendant de la liquidation, directement ou indirectement, ainsi que d'acquérir des parts ou titres de capital de toute société ayant dans son patrimoine, directement ou indirectement, tout ou partie de ces biens, ainsi que des valeurs mobilières donnant accès, dans le même délai, au capital de cette société ». Saluons cette volonté de moralisation des plans de cession dans le nouveau dispositif législatif. Ainsi les actes passés en violation des dispositions précédentes sont susceptibles d'être annulés. Le délai de prescription de l'action est de 3 ans à compter de la conclusion de l'acte. La demande appartient à tout intéressé ou au ministère public. Le liquidateur qui n'est plus en fonction, qui a qualité pour demander la réouverture de la procédure, est-il intéressé par le respect des conditions du plan après la fin de sa mission ? Pour le praticien, il serait préférable qu'il ne le soit pas. C'est sur l'administrateur, ou le liquidateur, que repose l'analyse de la qualité de tiers et du caractère sérieux de l'offre (49).

43 Le tribunal retient l'offre qui permet dans les meilleures conditions d'assurer le plus durablement l'emploi attaché à l'ensemble cédé (50), le paiement des créanciers et qui présente les meilleures garanties d'exécution. Cette disposition ne reprend pas l'objectif du plan de cession contenu dans l'article L. 642-1 concernant le maintien d'activité et de façon induite la pérennisation d'un agent économique local disposant d'un savoir-faire. Les critères sont l'emploi, le paiement des créanciers et les garanties d'exécution. La mise en

(44) Exposé des motifs de la loi : « En revanche, la liquidation est destinée à réaliser de la personne concernée, si possible au moyen de la reprise d'entreprise par un tiers capable d'assurer la poursuite de l'exploitation. Par conséquent, les dispositions instituant un plan de cession de l'entreprise ne peuvent demeurer dans le cadre du redressement et ainsi créer une insécurité juridique ».

(45) J.-P. Sénéchal, *La réforme de la liquidation judiciaire, colloque Crajeffe, 27 mars 2004, La réforme des procédures collectives, LPA 2004, n° 116 préc., p. 43, spéc. p. 44.*

(46) C. com., art. L. 642-2.

(47) Il est vrai que ce délai pouvait être aménagé par accord entre les parties.

(48) Un assouplissement subsiste dans le cadre de la cession d'exploitation agricole.

(49) C. com., art. L. 642-4.

(50) C. com., art. L. 642-5.

œuvre du plan dépendra donc de la politique générale des tribunaux sur l'appréciation des critères mais également sur le praticien qui devra, par la plus grande commercialisation, susciter les meilleures offres.

44 Les principales dispositions du plan de cession de l'ancien régime ont été transposées. Pas d'innovation ou de changement dans ce domaine ? La finalité économique de la cession semble se situer à long terme par la sauvegarde des emplois et du savoir-faire. Le financement de cette cession est en revanche assuré par les créanciers de l'entreprise. Les créanciers doivent supporter le poids de la restructuration en augmentant les avances consenties aux salariés. Ainsi le licenciement intervient-il après l'adoption du plan dans le cadre de la liquidation judiciaire et il n'est pas possible de procéder immédiatement à des licenciements en faisant exécuter le préavis quitte ensuite à procéder à une annulation de ces licenciements. L'aspect social l'emporte ainsi sur l'aspect économique.

45 Le plan dans ses objectifs et ses moyens peut être modifié de façon substantielle (51). Une audition large des intervenants à la procédure collective est prévue en cas de modification et le tribunal devra autoriser cette ou ces modifications. Mais le prix ne peut en aucun cas être modifié. Ces dispositions tendent à éviter tout changement d'avis par le cessionnaire postérieurement à son offre ou à l'adoption du plan. En pratique certains acquéreurs se ravisent et tentent ensuite par tous moyens d'échapper aux conditions du plan. La substitution de cessionnaire doit être autorisée par le tribunal. Comme auparavant une clause rendant inaliénable tout ou partie des biens cédés peut être ordonnée. La pratique était friande de cette clause pour éviter les polémiques des années 1980 et les bonnes affaires réalisées au détriment des créanciers. Ainsi il convient de noter la possibilité de demander l'annulation de l'acte dans le délai de trois ans de sa réalisation à la demande de tout intéressé. Lorsque la cession comprend un fonds de commerce (52), aucune surenchère n'est admise. Peut-on lire *a contrario* que la surenchère est possible lorsque la cession ne comporte pas un fonds de commerce c'est-à-dire lorsqu'il s'agit notamment de céder les biens corporels du débiteur personne physique exerçant une activité indépendante ?

46 Enfin selon les dispositions de l'article L. 642-11 du Code de commerce la résolution du plan fait désormais l'objet d'un article spécifique. Un nouveau régime autonome de la résolution du plan permet de conserver ses obligations au cessionnaire tout en prononçant la résolution ou la résiliation des actes de vente. Le prix payé par le cessionnaire reste acquis. Les tiers de l'entreprise seront attentifs au respect des engagements souscrits par le cessionnaire. Ils auront la possibilité de saisir la juridiction si les engagements ne sont pas exécutés. La résolution ne pourra être l'occasion d'entraîner des dommages et intérêts.

47 Notons rapidement qu'aucune modification n'affecte la cession forcée des contrats dans les dispositions de la loi du 26 juillet 2005. La cession des contrats est possible même si cela peut paraître surprenant en présence d'une procédure de liquidation (53). Les nouvelles dispositions respectent davantage la force obligatoire des contrats. Comme auparavant, les contrats cédés sont exécutés aux conditions en vigueur au jour de l'ouverture de la procédure, cependant, le tribunal n'est plus en mesure d'imposer des délais de paiement.

48 L'article L. 642-12 est la transposition de l'article 93-3 de la loi du 25 janvier 1985. Comme dans l'ancien plan de cession, le nouveau régime de la cession met à la charge du cessionnaire les sûretés spéciales garantissant le remboursement d'un crédit ayant financé un bien compris dans la cession. Cela constitue une véritable dérogation à l'effet réel de la procédure collective. Cette victoire du banquier de 1994 est désormais considérée comme un avantage acquis malgré les critiques formulées sur l'absence de respect de l'égalité des créanciers. Enfin une dernière remarque déjà traitée concerne le phénomène nouveau de modularité de la déchéance du terme dans le cadre des nouvelles dispositions. La déchéance du terme intervient soit lors du prononcé de la liquidation judiciaire soit en cas de continuation d'activité lors de l'arrêt du plan de cession. À défaut d'adoption du plan, *quid* de la déchéance du terme ?

49 Pour tenir compte des critiques doctrinales la gestion de l'entreprise n'est plus placée sous la responsabilité de l'administrateur mais elle est placée sous la seule responsabilité du cessionnaire dans l'attente de la signature de l'acte. Le législateur a également souhaité conserver le dispositif du plan concernant la location gérance. En pratique, l'utilisation paraît peu fréquente notamment en raison des risques associés particulièrement pour l'administrateur judiciaire. De plus la pratique des affaires tend aujourd'hui vers le contrat de gérant mandataire. Est-ce une volonté de renouveau du contrat de location-gérance ? Est-ce uniquement une survivance du passé ? Il conviendra d'attendre la pratique pour apprécier la mise en œuvre. Quoi qu'il en soit, il existait peu de contentieux en cette matière dans le cadre de l'application de la loi du 25 janvier 1985.

50 Enfin il y a lieu de constater la disparition du commissaire à l'exécution du plan de cession. Ces fonctions sont exercées par le liquidateur. Il n'y aura plus de problème de qualité à agir par le dispositif de renvoi. L'articulation des pouvoirs des différents organes de la procédure doit cependant attirer l'attention (v. tableau page suivante).

(51) C. com., art. L. 642-6.

(52) C. com., art. L. 642-8.

(53) Ph. Pétel, *La réforme des plans de redressement, colloque Crajeffe, 27 mars 2004, La réforme des procédures collectives, LPA 2004, préc., p. 34, spéc. p. 40, rapport X. de Roux, préc. p. 399.*

	Régimes de cession dans le texte actuel		Régime de cession dans la loi de 2005
	Plan de cession	Cession d'unités de production	
Procédure pendant laquelle la cession a lieu	Le plan est préparé et adopté dans le cadre du redressement judiciaire.	La cession est préparée et réalisée pendant la liquidation judiciaire.	Le plan de cession est adopté en liquidation judiciaire, mais il peut être préparé dès la phase de redressement.
Préparation de la cession	L'administrateur examine les offres et effectue les actes nécessaires à la réalisation de la cession.	Le liquidateur reçoit les offres et effectue les actes réalisant la cession.	L'examen des offres sera effectué par le liquidateur ou, au-delà d'un seuil, par un administrateur. Les actes réalisant la cession seront passés par le liquidateur ou l'administrateur s'il en a été désigné un.
Contenu des offres	<ul style="list-style-type: none"> - prévisions d'activité et de financement - prix de cession - date de la cession - perspectives d'emploi - garanties - prévisions de cessions d'actifs pour les deux années suivantes 	<ul style="list-style-type: none"> - prévisions d'activité et de financement - prix de cession - date de la cession - perspectives d'emploi - garanties 	<ul style="list-style-type: none"> - désignation précise des biens, droits et contrats inclus dans l'offre - prévisions d'activité et de financement - prix de cession - date de la cession - perspectives d'emploi - garanties - prévisions de cessions d'actifs pour les deux années suivantes - ressources utilisées pour payer le prix de cession (emprunt éventuel)
Publicité des offres	Les offres sont confidentielles.	Les offres sont consultables au greffe par tout intéressé.	Les offres sont consultables au greffe par tout intéressé.
Cession des contrats en cours	Le tribunal peut décider la cession des contrats nécessaires au maintien de l'activité.	Le tribunal ne peut pas décider de céder les contrats.	Le tribunal peut décider la cession des contrats nécessaires au maintien de l'activité.
Sort des contrats de travail	Le plan peut prévoir des licenciements économiques, qui sont prononcés par simple notification de l'administrateur et restent à la charge du débiteur.	L'article L. 122-12 du Code du travail s'applique. Il n'y a pas de procédure dérogatoire pour les licenciements une fois la cession prononcée.	Le plan peut prévoir des licenciements économiques, qui sont prononcés sur simple notification dans le délai d'un mois de l'arrêt du plan par le liquidateur ou l'administrateur et restent à la charge du débiteur.
Sort des biens grevés de sûretés	Le paiement du prix de cession emporte purge des sûretés, sauf exception.	Aucune restriction n'est apportée au droit de suite des créanciers titulaires de sûretés. C'est donc à l'acquéreur de procéder à la purge des sûretés, dans les conditions du droit commun.	Le paiement du prix de cession emporte purge des sûretés, sauf exception. Ainsi les sûretés spéciales garantissant le remboursement d'un crédit ayant financé un bien compris dans la cession.
Contrôle postérieur	Le cessionnaire rend compte de l'application du plan au commissaire à l'exécution du plan. S'il ne respecte pas ses engagements, le tribunal peut prononcer la résolution du plan de cession.	Aucune sanction n'est prévue en cas d'inexécution des engagements de l'acquéreur en matière de maintien de l'activité ou d'emploi.	Le cessionnaire rend compte de l'application du plan au liquidateur. S'il ne respecte pas ses engagements, le tribunal peut prononcer la résolution du plan de cession. Il n'existe plus de commissaire à l'exécution du plan de cession. Les fonctions sont exercées par le liquidateur.

B. La cession des actifs du débiteur

51 La section 2 du chapitre concerne la cession des actifs du débiteur. La cession des immeubles n'est pas modifiée dans son économie générale. Il est uniquement précisé désormais que le juge-commissaire détermine la mise à prix dans le cadre d'une ordonnance de vente par adjudication amiable. Cette précision vient pallier un oubli. Concernant la vente des autres biens de l'entreprise, les dispositions sont le reflet d'une volonté de transparence et de sécurité pour les tiers. Ainsi le juge-commissaire autorise (54) la cession après avoir recueilli les observations du débiteur (55) mais également du contrôleur (56), nouvel organe subsidiaire de la procédure. Il faut espérer que cette disposition n'entraîne pas une augmentation du formalisme et donc une baisse de la rapidité de trai-

tement de la procédure de cession. En effet les contrôleurs demandeurs à l'information ne sont pas toujours réactifs sur la durée et il ne faudrait pas que la collecte de leur avis soit source de nouvelles difficultés. Enfin ne faisant qu'entériner la vision pratique et corriger l'oubli du législateur de 1994, le texte contient une disposition de qualité de tiers en matière de cession d'actifs de l'entreprise. Il est procédé par renvoi au plan de cession s'agissant de l'exclusion de certains acquéreurs potentiels et donc de la définition de tiers (57). La volonté de moralisation concerne donc toutes les cessions d'actif.

52 Les dispositions communes sont contenues dans la section 3 du chapitre consacré à la réalisation de l'actif. Désormais la publicité concernant les réalisations d'actif est obligatoire. Le texte renvoie au

(54) Le juge-commissaire n'ordonne pas la vente amiable, il l'autorise. En revanche il ordonne la vente aux enchères.

(55) C. com., art. L. 642-19.

(56) Ce qui était déjà le cas dans le cadre des dispositions de l'article L. 622-18 du Code de commerce.

(57) C. com., art. L. 642-20.

décret pour les modalités d'application. Le but est d'assurer la transparence dans la vente des biens. Le souhait est également de susciter les meilleures offres possibles en diffusant l'information auprès du plus grand nombre. Le rôle du liquidateur devient véritablement un rôle actif de commercialisation des biens. Il conviendra cependant d'attendre les dispositions réglementaires pour apprécier les modalités de la publicité et les modes de financement. Qui assume le risque de la publicité en cas de dossier impécunieux ou d'absence de réalisation des actifs ? Il conviendra également de mettre en place de véritables modes opératoires de diffusion des actifs. La volonté d'un portail commun devrait enfin permettre de devenir opérationnel. L'heure est à internet, à la diffusion de l'information sans aucune opacité (58).

III. La procédure de liquidation judiciaire simplifiée

53 La nouvelle procédure de liquidation simplifiée répond aux critiques fréquemment formulées quant à la longueur des procédures de liquidation judiciaire, source de frais excessifs pour la collectivité des créanciers. Le praticien constate une translation de la procédure simplifiée du redressement judiciaire ancienne formule vers la liquidation judiciaire nouvelle formule. Ce déplacement tient compte de la réalité du tissu économique en procédure collective. Ainsi le rapport d'enquête sur l'organisation et le fonctionnement des tribunaux de commerce, remis en juillet 1998 par l'inspection générale des finances et l'inspection générale des services judiciaires, relevait que 80 % des liquidations judiciaires ne conduisaient à aucune répartition de l'actif entre les créanciers, le produit des actifs étant inférieur à 7.622 €. Le rapport constatait que le produit était intégralement absorbé par les frais de justice. Il fallait remédier aux frais de justice importants résultant d'un travail fastidieux qui ne servait pas au dédommagement des créanciers. Ces procédures de liquidation judiciaire encombrant également les tribunaux souvent inutilement. La loi aménage une procédure accélérée et moins formelle pour les petites entreprises, dont le montant des actifs est faible. Il s'inspire, notamment, de la procédure allemande de radiation administrative. Cette nouvelle procédure française devrait permettre un traitement plus rapide des difficultés des petites entreprises. C'est une véritable réforme qui est contenue au chapitre IV de la loi du 26 juillet 2005 relatif à la liquidation judiciaire simplifiée.

54 Dans ce chapitre IV, il existe un renvoi au tronc commun de la liquidation judiciaire sous réserve des six articles spécifiques de la

procédure de liquidation judiciaire simplifiée. Cette procédure allégée a vocation à s'adresser uniquement aux petites entreprises qui ne disposent que d'un actif mobilier réduit ou inexistant. Les seuils de déclenchement de cette procédure seront fixés par décret en Conseil d'État et fondés sur le nombre de salariés et l'importance du chiffre d'affaires (59). Le tribunal décidera de faire application du régime simplifié au vu du rapport que le liquidateur judiciaire lui aura adressé sur la situation globale de l'entreprise dans le mois de l'ouverture de la procédure collective (60). Cela nécessitera donc peut être un jugement après le jugement d'ouverture car rien n'est dit sur la possibilité d'ouvrir immédiatement une procédure simplifiée. En tout état de cause, le choix du tribunal de prononcer une liquidation judiciaire simplifiée n'est jamais irrémédiable puisque celui-ci peut toujours, à tout moment et par jugement spécialement motivé, décider de revenir au régime général (61).

55 La procédure de réalisation des actifs dans la liquidation judiciaire simplifiée est bouleversée. Seuls des actifs mobiliers de faible valeur vont être appréhendés par la liquidation judiciaire. En pratique le liquidateur abandonne parfois, sur avis du commissaire-priseur (62), les actifs dont la valeur est nulle car les frais de transports et d'entreposage sont plus importants que la valeur vénale des biens. Dans la nouvelle procédure, le législateur dispense le liquidateur de demander, préalablement à leur vente de gré à gré ou aux enchères publiques, l'autorisation du juge-commissaire ou l'avis des contrôleurs et du débiteur (63). Le tribunal dans le jugement « d'ouverture » de la procédure simplifiée déterminera les biens du débiteur pouvant faire l'objet d'une vente de gré à gré. Cette simplification est louable car la rapidité est parfois un facteur déterminant pour valoriser les actifs mobiliers de faible valeur dont les frais de conservation de la chose absorbent souvent le produit de réalisation (64). La rapidité ne doit tout de même pas aller à l'encontre du contrôle nécessaire exercé par le juge-commissaire. L'optimiste n'envisage pas les dérives d'un tel système mais appréhende la disparition de la contrainte procédurale de l'autorisation. En tout état de cause, le tribunal peut réserver un sort particulier au traitement de certains biens (65) ou peut décider qu'il y a lieu d'appliquer le régime général de la liquidation judiciaire (66).

56 Dans ce nouvel aspect simplifié de la liquidation judiciaire, l'esprit s'inspire du régime amincissant. Ainsi la procédure de vérification des créances est allégée. Le liquidateur judiciaire ne vérifiera que les créances susceptibles d'être colloquées sur le produit

(58) Certains professionnels mettent déjà en ligne les actifs de l'entreprise en liquidation.

(59) C. com., art. L. 641-2.

(60) Le liquidateur ne manquera pas de signaler aux magistrats les obstacles qui pourraient s'opposer à l'application du régime simplifié (existence de contentieux en cours ; présence d'un actif immobilier...).

(61) C. com., art. L. 644-6.

(62) Désigné aujourd'hui conformément à l'article L. 621-18 du Code de commerce.

(63) C. com., art. L. 644-2.

(64) C'est le cas notamment des réalisations de véhicule.

(65) Il n'est pas possible d'envisager une vente rapide de droits sociaux par exemple.

(66) C. com., art. L. 644-6.

des réalisations d'actif. Il est possible d'imaginer que seule une partie du passif privilégié fera l'objet d'une vérification. Cet allègement est louable car en pratique le liquidateur procédait à la vérification de créances de façon inutile. Cependant en pratique le liquidateur rencontrera une difficulté à identifier les créances susceptibles de paiement sans vérifier l'ensemble des créances susceptibles de venir en rang utile. Comment déterminer un ordre entre tous les créanciers en ne prenant en compte qu'un petit nombre de créanciers ? Le praticien sait en fait que dans la grande majorité des situations après le remboursement de l'AGS au titre du superprivilège des salaires et le paiement des frais de justice, il ne reste souvent rien.

57 La loi du 26 juillet 2005 innove par une réglementation et un formalisme de la répartition des sommes provenant de la réalisation des actifs mobiliers du débiteur en procédure collective. Il existe désormais une procédure de distribution spécifique (67). Le liquidateur établit un projet de répartition qu'il est chargé de déposer au greffe afin que tout intéressé puisse en prendre connaissance. Cet état de répartition fait l'objet d'une mesure de publicité ouvrant ainsi, toujours à tout intéressé, la possibilité d'exercer une voie de recours.

58 Enfin La clôture de la liquidation judiciaire simplifiée doit, en principe, être prononcée au plus tard un an après l'ouverture de la procédure collective (68). À titre exceptionnel, ce délai peut être prorogé de trois mois supplémentaires par jugement spécialement motivé du tribunal (69). La durée de la liquidation judiciaire simplifiée ne pourra donc excéder quinze mois. Ce délai de principe paraît raisonnable au regard des intérêts en présence. L'existence d'un contentieux prud'homal en cours à l'expiration du délai de

principe d'une année ne devrait pas faire obstacle à la clôture de la liquidation judiciaire simplifiée (70).

59 L'heure est donc à la simplification des procédures. Mais le souhait du législateur est-il réellement mis en œuvre ? La lecture du texte est complexe par la présence de nombreux renvois. Le souci de simplification de la procédure, la volonté de souplesse se heurte à la multiplication des jugements dans le cadre de la procédure de liquidation judiciaire. Le corollaire de cette plus grande intervention de la juridiction est la multiplication des voies de recours, voies de recours dont en outre le spectre a été un peu élargi. Ainsi par exemple le dépôt de l'état de répartition des fonds (71) provenant de la vente des biens mobiliers dans le cadre de la procédure de liquidation judiciaire simplifiée peut faire l'objet d'un recours. Il faudra au moins trois jugements pour traiter une procédure de liquidation judiciaire simplifiée.

La liquidation judiciaire est la procédure de dernier recours dans le nouveau dispositif. La conscience réaliste du législateur lui a donné une place importante dans l'arsenal. La liquidation judiciaire est une étape du cycle de la vie économique. Les praticiens de la procédure collective de liquidation judiciaire disposent désormais d'un outil opérationnel, souple et pragmatique leur permettant de traiter efficacement les procédures. La critique de certains professionnels portait sur le texte. Les rédacteurs ont répondu à de nombreuses attentes. Il ne reste plus désormais qu'à mettre en œuvre.

Stéphane GORRIAS
Mandataire judiciaire

[67] C. com., art. L. 644-4.

[68] C. com., art. L. 644-5, alinéa 1^{er}.

[69] C. com., art. L. 644-5, alinéa 2.

[70] L'article L. 143-11-7 du Code du travail dispose en effet que l'Association pour la gestion du régime d'assurance des salariés (AGS) doit avancer les sommes correspondantes à des créances établies par décision de justice exécutoire, même si les délais de garantie sont expirés. Pour le cas où le représentant des créanciers a cessé ses fonctions, poursuit le texte, le greffier du tribunal ou le commissaire à l'exécution du plan, selon le cas, adresse un relevé complémentaire à l'AGS, à charge pour lui de reverser les sommes aux salariés et organismes créanciers.

[71] Le lecteur pourra s'étonner que cette innovation n'existe pas dans le cadre du régime général de la liquidation judiciaire.

LA CLARIFICATION DES MISSIONS OU LA RECONNAISSANCE DES MÉTIERS ?

La loi du 26 juillet 2005 dite de sauvegarde des entreprises a fait déjà couler beaucoup d'encre sur son approche éminemment économique.

Jusqu'à présent, aucun texte sur les difficultés économiques de l'entreprise n'a inversé le processus à ce point : le recours à la procédure collective n'est plus une infamie ou simplement le constat d'un échec, cela doit être l'occasion pour un entrepreneur de réagir à temps face aux vicissitudes de la vie économique ou de « rebondir » lorsque les difficultés sont insurmontables et amènent à cesser l'activité concernée.

Cette avancée est majeure.

Pour nous, professionnels de la difficulté des entreprises, ce texte a un autre mérite que j'ai souhaité d'ailleurs relayer tout au long du débat parlementaire :

- la clarification des missions (I) ;
- la reconnaissance des métiers et leur impact économique (II).

I. La clarification des missions

Le législateur de 1985, en créant la procédure de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire, a voulu scinder les missions de l'administrateur judiciaire et du mandataire judiciaire.

Il a d'ailleurs en même temps réformé le statut des professionnels de l'époque en charge de ces missions en créant également l'administrateur judiciaire et le mandataire judiciaire.

Il était notamment considéré que le syndic ne pouvait plus continuer à la fois d'assister ou de représenter le chef d'entreprise, et à la fois d'être chargé de l'intérêt des créanciers constitués à l'époque en une masse.

L'administrateur judiciaire avait pour mission d'aider le dirigeant ou l'entrepreneur à redresser son entreprise directement ou par la voie de la cession.

Le mandataire judiciaire avait pour mission de représenter les créanciers du redressement judiciaire et par ailleurs de réaliser également l'actif aux fins de règlement des créanciers, ceci en phase de liquidation judiciaire, avec néanmoins, dès 1985, une mission sociale accrue tout au long de la procédure de redressement judiciaire, puis de liquidation judiciaire (puisque ce n'est qu'en 1994 que la liquidation judiciaire est devenue une procédure autonome).

Le législateur de 1985 n'a toutefois pas été au bout de sa logique :

— par l'effet du régime simplifié des procédures de redressement judiciaire, en l'absence d'administrateur judiciaire désigné par le tribunal, le mandataire judiciaire était indirectement amené à assister le chef d'entreprise, notamment dans l'élaboration d'un plan de redressement aux côtés des conseils habituels de l'entreprise ;

— le commissariat au plan de cession pouvant être indifféremment confié par le tribunal à l'administrateur judiciaire ou au mandataire judiciaire, l'administrateur judiciaire se trouvait amené à réaliser des actifs hors plan, à répartir le prix et les autres éléments réalisés selon les rangs de la liquidation judiciaire.

La loi du 26 juillet 2005 a manifestement souhaité clarifier les missions de ces deux professionnels réunis néanmoins sous la même bannière du mandat de justice qui constitue le socle même du statut professionnel.

Ce statut professionnel commun aux administrateurs judiciaires et aux mandataires judiciaires, a été renforcé et réaffirmé par la loi du 3 janvier 2003.

Il a également été affirmé à cette occasion le caractère exclusif de la profession d'administrateur et de mandataire judiciaire.

Il n'était donc pas anormal que cette affirmation du métier d'administrateur judiciaire et du métier de mandataire judiciaire par le législateur de 2003, ait commandé à l'architecture nouvelle de la loi de sauvegarde des entreprises.

II. La reconnaissance des métiers

À l'exception du mandat ad hoc et de la conciliation qui constituent des missions pouvant être assurées par un administrateur judiciaire ou par un mandataire judiciaire, toutes les autres procédures nouvelles sont l'occasion de recadrer les missions de chaque organe de la procédure.

En procédure de sauvegarde, le chef d'entreprise reste à la tête de son affaire, le professionnel administrateur judiciaire l'assistant dans la recherche de solutions et dans la négociation avec les créanciers.

L'institution des comités de créanciers au sein desquels l'administrateur judiciaire aura l'occasion d'exercer son talent de négociateur et de gestionnaire, est une affirmation du métier d'administrateur judiciaire.

Il en est de même en cas de redressement judiciaire à l'issue duquel l'administrateur judiciaire aura également la mission de négocier la cession de l'entreprise.

Enfin, même en phase liquidative, le législateur a prévu l'intervention de l'administrateur judiciaire selon des seuils qui seront déterminés par les dispositions réglementaires lorsque l'entreprise poursuivra son activité en vue d'être cédée.

Le mandataire judiciaire au redressement judiciaire et à la liquidation judiciaire des entreprises, devenu plus synthétiquement le mandataire judiciaire dans la loi du 26 juillet 2005, a une triple spécialité : la gestion des créanciers et de leur intérêt collectif, la gestion des salariés et la redistribution des actifs et des prix de cession.

Le législateur de 2005 a manifestement tenu compte de ces spécificités.

En sauvegarde, le mandataire judiciaire a une mission de représentation des créanciers dont le décret a néanmoins précisé les contours pour que l'intérêt général soit préservé, certaines catégories de créanciers ne participant pas aux comités.

À cet égard, il est à regretter qu'au cours des débats parlementaires, la présence du mandataire judiciaire au sein des comités de créanciers n'ait pas été retenue.

OBLIGATIONS ET RESPONSABILITÉS DU DIRIGEANT DANS LA LOI DE SAUVEGARDE DES ENTREPRISES

La loi n° 2005-845 adoptée le 26 juillet 2005 dite loi de sauvegarde des entreprises, qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006 poursuit un double objectif de prévention des difficultés des entreprises et de sauvegarde de ces dernières.

La loi de sauvegarde des entreprises crée en effet une nouvelle procédure collective : la procédure de sauvegarde, qui réserve au chef d'entreprise la possibilité d'anticiper l'état de cessation des paiements de la société qu'il dirige.

Ainsi, le chef d'entreprise confronté à des difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter, de nature à conduire la société qu'il dirige à la cessation des paiements se voit reconnaître le droit d'engager une procédure collective en amont de la procédure de redressement judiciaire.

Il appartient donc au débiteur, par l'intermédiaire de son représentant légal, de prendre l'initiative, avant même que la société ne soit en état de cessation des paiements, de se soumettre à une procédure collective dont l'objectif est la poursuite de l'activité, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif.

Il incombe donc au chef d'entreprise, dans un objectif de prévention des difficultés de son entreprise, de déterminer si lesdites difficultés sont seulement passagères ou de nature à conduire à l'état de cessation des paiements et plus généralement d'apprécier l'importance des difficultés et leur incidence éventuelle sur le maintien de l'activité.

En effet, confronté à des difficultés juridiques, économiques ou financières avérées ou prévisibles de son entreprise, le chef d'entreprise peut, dès lors que son entreprise n'est pas en état de cessation des paiements, opter soit pour la procédure de conciliation soit pour la procédure de sauvegarde.

En revanche, si la société ne peut plus faire face à son passif exigible avec son actif disponible, deux solutions s'offrent à elle : soit procéder à la déclaration de son état de cessation des paiements dans un délai de quarante cinq jours, au greffe du tribunal dont elle relève, afin qu'une procédure de redressement judiciaire soit ouverte ; soit, si elle n'est pas en état de cessation des paiements depuis plus de quarante cinq jours, présenter au président du tribunal compétent une requête exposant sa situation économique, sociale et financière, ses besoins de financement ainsi que le cas échéant les moyens d'y faire face, afin de solliciter l'ouverture d'une procédure de conciliation.

La loi de sauvegarde réserve donc au chef d'entreprise un rôle actif à l'occasion même de la mise en œuvre des procédures de prévention des difficultés de son entreprise, dans la mesure où certaines initiatives procédurales lui sont exclusivement réservées et où il est des hypothèses dans lesquelles le dirigeant aura le choix entre plusieurs procédures. Il conviendra à cet égard de s'interroger sur les critères susceptibles de déterminer le choix du chef d'entreprise entre les différentes procédures qui s'ouvrent à lui : conciliation, sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires.

Le choix du dirigeant pourra notamment être motivé par la volonté d'échapper à toutes sanctions.

Toutefois, l'anticipation des difficultés de son entreprise par le dirigeant ne fera pas nécessairement obstacle à la mise en jeu de sa responsabilité.

Ainsi, sa responsabilité pourra être engagée :

— lorsque la résolution d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire ou la liquidation judiciaire fera apparaître une insuffisance d'actif due à une faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif (C. com., art. L. 651-2 nouveau) ;

— au cours d'une procédure de liquidation judiciaire, lorsqu'il est établi à l'encontre du dirigeant que l'une des fautes ci-après a contribué à la cessation des paiements :

a) avoir disposé des biens de la personne morale comme des siens propres ;

b) sous le couvert de la personne morale masquant ses agissements, avoir fait des actes de commerce dans un intérêt personnel ;

c) avoir fait des biens ou du crédit de la personne morale un usage contraire à l'intérêt de celle-ci à des fins personnelles ou pour favoriser une autre personne morale ou entreprise dans laquelle il était intéressé directement ou indirectement ;

d) avoir poursuivi abusivement, dans un intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale ;

e) avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif ou frauduleusement augmenté le passif de la personne morale.

De même, le tribunal pourra prononcer la faillite personnelle du dirigeant ayant (C. com., art. L. 653-5 nouveau) :

a) exercé une activité commerciale, artisanale ou agricole ou une fonction de direction ou d'administration d'une personne morale contrairement à une interdiction prévue par la loi ;

b) dans l'intérêt d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, fait des achats en vue d'une revente en dessous du cours ou employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds ;

c) souscrit, pour le compte d'autrui, sans contrepartie, des engagements jugés trop importants au moment de leur conclusion, eu égard à la situation de l'entreprise ou de la personne morale ; payé ou fait payer, après cessation des paiements et en connaissance de cause de celle-ci, un créancier au préjudice des autres créanciers ;

d) en s'abstenant volontairement de coopérer avec les organes de la procédure, fait obstacle à son bon déroulement ;

e) fait disparaître des documents comptables, ne pas avoir tenu de comptabilité lorsque les textes applicables en font obligation, ou avoir tenu une comptabilité fictive, manifestement incomplète ou irrégulière au regard des dispositions applicables.

Diversifiant les procédures de prévention et de règlement des difficultés des entreprises, la réforme des procédures collectives offre au chef d'entreprise plusieurs solutions dites « anticipées » par rapport à l'état de cessation des paiements prévisible de son entreprise,

de telle sorte que son rôle dans l'initiative et l'orientation de la procédure sera déterminant de l'issue de celle-ci (I).

Le choix du dirigeant pour l'une de ces procédures constitue un acte de gestion susceptible en tant que tel d'engager sa responsabilité, laquelle pourra être mise en cause pour faute de gestion (II).

I. Responsabilité et pouvoir de gestion du chef d'entreprise à l'occasion de l'ouverture de la procédure collective

A. L'ouverture d'une procédure collective à l'initiative du débiteur pris en la personne de son représentant légal

Le dirigeant dont l'entreprise est confrontée à des difficultés avérées ou prévisibles ou de nature à conduire à l'état de cessation des paiements, devra mettre en place les moyens de nature à réorganiser son activité et à en assurer la pérennité.

La loi de sauvegarde des entreprises adoptée le 26 juillet 2005 propose désormais au débiteur en difficultés, diverses procédures qui pourront intervenir de manière préventive, en amont de la cessation des paiements.

La diversification des procédures instaurées ou refondées par la réforme du 26 juillet 2005 tend à anticiper l'état de cessation des paiements des entreprises en difficultés afin d'assurer la poursuite de leur activité, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif (1.).

Toutefois, la question se pose de savoir si la diversification des procédures collectives ne constituera pas une source d'incertitude voire d'insécurité pour le chef d'entreprise confronté à un choix dont il ne maîtrisera pas toutes les incidences (2.).

1. Le caractère protéiforme des difficultés des entreprises et l'anticipation de l'état de cessation des paiements

Aux termes de l'ancien article L. 621-1 du Code de commerce, « la procédure de redressement judiciaire est ouverte à toute entreprise, mentionnée à l'article L. 620-2, qui est dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible. L'ouverture de cette procédure doit être demandée par le débiteur au plus tard dans les quinze jours qui suivent la cessation des paiements définie à l'alinéa précédent ».

Il ressort de la lecture de cette disposition qu'il incombait au dirigeant, dans le cadre de l'exercice de son mandat de gestion de l'entreprise débitrice de déclarer l'état de cessation des paiements de son entreprise dans un délai de quinze jours, dès lors qu'il constatait que son entreprise était dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible.

Sous l'empire de ces dispositions, le chef d'entreprise assumant une mission de gestion et de surveillance de son entreprise devait détecter immédiatement (dans un délai de quinze jours) l'insuffisance de l'actif disponible par rapport au passif échü de l'entreprise.

Il s'agissait là d'une notion comptable aisément détectable par le chef d'entreprise, qui, constatant l'existence de ce critère unique,

avait l'obligation, sous peine de sanction et notamment de faillite personnelle, de déclarer l'état de cessation des paiements de son entreprise.

La loi du 26 juillet 2005, dite de sauvegarde des entreprises, a diversifié les procédures de traitement des difficultés des entreprises, offrant ainsi au dirigeant la possibilité d'anticiper l'état de cessation des paiements de son entreprise, en plaçant celle-ci sous la protection du tribunal.

En effet, l'objectif de la réforme des procédures collectives a été de prévenir les difficultés des entreprises avant même qu'elles ne se trouvent en état de cessation des paiements.

L'innovation consiste en la possibilité offerte au chef d'entreprise de solliciter du tribunal l'ouverture d'une procédure collective avant la cessation des paiements.

Désormais, le chef d'entreprise aura le choix entre des procédures préventives, le mandat ad hoc et la procédure de conciliation et des procédures judiciaires, la sauvegarde ou le redressement judiciaire.

Tant que son entreprise n'est pas en état de cessation des paiements, le chef d'entreprise décidera seul d'opter ou non pour une mesure d'anticipation de cet état.

Si, la notion d'état de cessation des paiements n'a pas disparu, puisqu'elle est toujours le critère de déclenchement d'une procédure de redressement (C. com., art. L. 631-1 nouveau) ou de liquidation judiciaire (C. com., art. L. 640-1 nouveau), en revanche, deux autres notions de difficultés des entreprises ont été introduites par la nouvelle loi de sauvegarde : celle de « difficultés juridiques, économiques ou financières avérées ou prévisibles » (C. com., art. L. 611-4 nouveau) et celle de « difficultés que le débiteur n'est pas en état de surmonter et de nature à le conduire à la cessation des paiements » (C. com., art. L. 620-1 nouveau).

Si la définition même de l'état de cessation des paiements n'a pas évolué à l'occasion de la réforme des procédures collectives résultant de la loi du 26 juillet 2005, les conditions de la déclaration de cessation des paiements ont été assouplies, dans la mesure où l'ouverture de la procédure de redressement (C. com., art. L. 631-4 nouveau) ou de liquidation judiciaire (C. com., art. L. 640-4 nouveau) peut être demandée par le débiteur non plus dans les quinze jours mais « dans les quarante cinq jours qui suivent la cessation des paiements s'il n'a pas, dans ce délai demandé l'ouverture d'une procédure de conciliation ».

S'agissant de la conciliation, le nouvel article L. 611-4 du Code de commerce dispose que « il est institué, devant le tribunal de commerce, une procédure de conciliation dont peuvent bénéficier les personnes exerçant une activité commerciale ou artisanale qui éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, et ne se trouvent pas en état de cessation des paiements depuis plus de quarante cinq jours ».

En outre, aux termes du nouvel article L. 620-1 du Code de commerce, « il est institué une procédure de sauvegarde ouverte sur demande d'un débiteur mentionné à l'article L. 620-2 qui justifie de

difficultés, qu'il n'est pas en mesure de surmonter, de nature à le conduire à la cessation des paiements. Cette procédure 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 ».

Le dirigeant va ainsi être confronté à la question de la qualification des difficultés rencontrées par son entreprise, afin de mettre en œuvre dans les délais impartis, la procédure de traitement adéquate. Or les difficultés susceptibles d'être éprouvées par une entreprise, telles qu'elles sont définies par la loi de sauvegarde, recouvrent des situations protéiformes laissant au dirigeant un pouvoir d'appréciation de l'opportunité de telle ou telle procédure pour traiter les difficultés rencontrées. Le chef d'entreprise assume alors une responsabilité inhérente à son mandat de gestion, dans la mesure où il est amené à opter pour la procédure susceptible d'assurer au mieux la poursuite de l'activité, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif.

Toutefois, la diversification des procédures et des critères de définition des difficultés éprouvées par l'entreprise n'est-elle pas de nature à créer une situation d'insécurité pour le chef d'entreprise qui ne saura pas nécessairement choisir la procédure de traitement des difficultés la plus adaptée à la situation de son entreprise ?

2. La diversification des procédures collectives : source d'insécurité juridique ?

La loi du 26 juillet 2005, dite de sauvegarde des entreprises, a diversifié les procédures de traitement des difficultés des entreprises et ce faisant a instauré des critères d'ouverture quelque peu différents, qui risquent de placer le dirigeant confronté au choix de la procédure, dans une situation d'incertitude, voire d'insécurité juridique.

Il ressort de la lecture combinée des nouveaux articles L. 611-4, L. 620-1 et L. 631-1 du Code de commerce, une gradation des difficultés susceptibles d'être rencontrées par une entreprise au cours de son activité :

— La difficulté que le débiteur n'est pas en mesure de surmonter et de nature à le conduire à la cessation des paiements constitue semble-t-il la première difficulté, la « moins grave », prévue par la réforme. Lorsque le chef d'entreprise rencontre ce type de difficultés, il est recevable à saisir le tribunal compétent afin qu'une procédure de sauvegarde soit ouverte.

Il s'agit d'une difficulté d'une part, qui n'est pas objectivement insurmontable, mais que « le débiteur n'est pas en mesure de la surmonter » et d'autre part, qui est « seulement » de nature à conduire à l'état de cessation des paiements sans que celui-ci soit avéré. Compte tenu de la nature de cette difficulté, potentiellement à l'origine de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, il a semblé qu'une telle initiative devait appartenir exclusivement au chef d'entreprise, seul à même d'apprécier si cette difficulté est ou non de nature à le conduire à la cessation des paiements et de juger si son entreprise est ou non en mesure de surmonter une telle difficulté.

En outre et contrairement à l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, il n'y a aucune obligation de déclaration ou de saisine du tribunal aux fins d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, dès lors que la difficulté susvisée aura été détectée par le chef d'entreprise : il n'y a là qu'une faculté offerte au dirigeant.

— La difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, éprouvée par le débiteur qui ne se trouve pas en état de cessation des paiements depuis plus de quarante cinq jours semble constituer une phase intermédiaire entre d'une part la difficulté que le débiteur n'est pas en mesure de surmonter et qui est de nature à conduire à la cessation des paiements et d'autre part l'état de cessation des paiements avéré.

Cette hypothèse, permettant au seul débiteur de solliciter du tribunal compétent qu'il ouvre une procédure de conciliation, remplaçant l'ancienne procédure de règlement amiable, recouvre en fait deux situations : soit le débiteur rencontre la difficulté telle que définie ci-avant sans être en état de cessation des paiements, soit le débiteur qui éprouve ladite difficulté est en état de cessation des paiements depuis moins de quarante cinq jours.

Dans la première situation envisagée, le débiteur ou son dirigeant aura le choix entre la procédure de sauvegarde (dans la seule mesure où il n'est pas en état de cessation des paiements) et la procédure de conciliation.

Dans la deuxième hypothèse où le débiteur est en cessation des paiements, là encore une option s'offre à lui : soit, initier une procédure de conciliation en saisissant le président du tribunal par une requête exposant sa situation économique, sociale et financière, ses besoins de financement ainsi que, le cas échéant, les moyens d'y faire face (C. com., art. L. 611-6 nouveau) soit, procéder à sa déclaration de cessation des paiements en vue de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire.

— L'état de cessation des paiements avéré relève classiquement de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire.

La loi de sauvegarde a prolongé le délai imparti au débiteur pour demander l'ouverture d'une telle procédure. Désormais, à compter du 1^{er} janvier 2006, la déclaration de cessation des paiements par le débiteur, devra intervenir au plus tard dans les quarante cinq jours qui suivent la cessation des paiements.

Toutefois, le débiteur qui n'aura pas procédé à une telle déclaration sous quarante cinq jours ne sera pas nécessairement fautif si, dans ce délai, il a demandé l'ouverture d'une procédure de conciliation.

L'ouverture d'une procédure de conciliation, suspend donc pendant le temps nécessaire à son exécution, toute éventuelle procédure de redressement judiciaire qui pourrait être sollicitée notamment par un créancier.

En d'autres termes, l'état de cessation des paiements du débiteur depuis moins de quarante cinq jours ne le prive pas de la possibilité de solliciter le bénéfice d'une procédure de conciliation.

Ainsi, à chaque situation envisagée par la loi de sauvegarde, ne correspond pas une seule et unique procédure, de telle sorte que le dirigeant, responsable de la gestion de son entreprise, devra dans un premier temps détecter et qualifier les difficultés éprouvées et dans un deuxième temps, choisir la procédure de traitement de ces difficultés la plus à même d'assurer la poursuite de l'activité, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif, qui sont les objectifs communs des différentes procédures (exceptée évidemment la liquidation judiciaire) créées ou refondées par la loi de sauvegarde.

Le critère unique de la cessation des paiements comme fait générateur de l'ouverture d'une procédure collective s'est donc estompé pour laisser place à des critères encore mal définis, dont les champs d'application respectifs se confondent parfois et que la pratique et la jurisprudence auront à préciser.

Comment le chef d'entreprise distinguera-t-il une difficulté qu'il n'est pas en mesure de surmonter et de nature à le conduire à la cessation des paiements, d'une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible ? Or c'est pourtant sur le fondement de ce critère que le chef d'entreprise devra opter entre une procédure de sauvegarde et une procédure de conciliation, lorsque le débiteur ne sera pas en état de cessation des paiements.

Le chef d'entreprise devra donc recenser les incidences de chacune des procédures afin d'opter pour celle d'entre elles qui est la plus adaptée à la situation économique de son entreprise et la moins risquée pour lui.

B. Les critères de choix du dirigeant

Le dirigeant confronté à des difficultés économiques, juridiques et/ou financières passagères ou prolongées aura le choix dans certains cas (situation *in bonis* ou cessation des paiements de moins de quarante cinq jours) de ne mettre en place aucune des procédures de traitement des difficultés des entreprises, considérant que s'agissant de difficultés passagères, la résolution en est proche.

Mais le dirigeant peut également opter pour une solution préventive ou judiciaire. Comme il l'a été évoqué précédemment, au critère de l'état de cessation des paiements s'en sont adjoints deux autres : « la difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, éprouvée par le débiteur qui ne se trouve pas en état de cessation des paiements depuis plus de quarante cinq jours » et « la difficulté que le débiteur n'est pas en mesure de surmonter et de nature à le conduire à la cessation des paiements ».

La question se pose pour le dirigeant de savoir vers quelle procédure il doit s'orienter dès lors que la situation de son entreprise correspond aux prévisions de plusieurs des procédures instaurées par la loi de sauvegarde.

Les critères objectifs résultant du régime propre à chaque procédure peuvent, dans un premier temps orienter le choix du dirigeant (1.). Toutefois, il conviendra d'alerter celui-ci sur la possibilité pour le tribunal saisi dans le cadre d'une procédure de sauvegarde, d'exclure purement et simplement un ou plusieurs des dirigeants de l'entreprise (2.).

1. Les incidences propres à chaque procédure collective de nature à orienter le choix du dirigeant

Si le critère de la cessation des paiements n'est plus le critère exclusif d'ouverture d'une procédure collective, il n'en demeure pas moins qu'il reste une notion fondamentale du traitement des difficultés des entreprises.

Nous appréhenderons donc successivement la situation du débiteur selon qu'il est ou non en état de cessation des paiements et envisagerons ainsi les différentes procédures qui s'offrent à lui dans chacune de ces hypothèses protéiformes.

a) L'entreprise en état de cessation des paiements

La question du choix de la procédure de traitement des difficultés des entreprises se pose principalement pour le dirigeant dont l'entreprise se trouve en état de cessation des paiements depuis moins de quarante cinq jours.

Il s'agit en effet d'une période floue, pouvant donner lieu à différentes procédures : la conciliation, le redressement judiciaire ou la liquidation judiciaire.

Dans ce dernier cas de liquidation judiciaire, le débiteur n'a pas le choix. Dès lors que l'état de cessation des paiements est constaté et que le redressement est manifestement impossible, le débiteur ne peut opter pour une procédure autre que la liquidation judiciaire.

En revanche, s'il s'avère que l'activité de l'entreprise en état de cessation des paiements depuis moins de quarante cinq jours peut être poursuivie de manière durable, le chef d'entreprise devra choisir une méthode de gestion des difficultés de son entreprise.

Deux procédures s'ouvrent à lui : la conciliation ou le redressement judiciaire.

La procédure de conciliation est engagée à l'initiative du débiteur qui doit saisir le tribunal compétent par requête exposant sa situation économique, sociale et financière, ses besoins de financement ainsi que le cas échéant, les moyens d'y parvenir. Le débiteur peut également proposer un conciliateur à la désignation du président du tribunal.

Dans le cadre d'une procédure de conciliation, le dirigeant conserve tous ses pouvoirs de gestion habituels, le conciliateur ayant pour mission de « favoriser la conclusion entre le débiteur et ses principaux créanciers, ainsi que, le cas échéant, ses cocontractants habituels, d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise. Il peut également présenter toute proposition se rapportant à la sauvegarde de l'entreprise, à la poursuite de l'activité économique et au maintien de l'emploi » (C. com., art. L. 611-7 nouveau).

Toutefois, le conciliateur rend compte au président du tribunal de l'état d'avancement de sa mission et formule toutes observations utiles sur les diligences du débiteur.

S'agissant d'une procédure soumise au contrôle et à l'homologation du juge, la question se pose de savoir si l'ouverture d'une telle procédure, se substituant à la procédure de règlement amiable, suspend ou interdit toutes actions en justice ou voies d'exécution engagées par les créanciers antérieurs.

L'article L. 611-4 ancien du Code de commerce prévoyait notamment que le conciliateur pouvait saisir le président du tribunal s'il estimait qu'une suspension provisoire des poursuites serait de nature à faciliter la conclusion de l'accord.

La procédure de conciliation créée par la loi de sauvegarde ne prévoit aucune suspension provisoire des poursuites dans le but de favoriser la conclusion d'un accord.

En revanche, l'article L. 611-7 nouveau du Code de commerce dispose en son quatrième alinéa, que « si au cours de la procédure, le débiteur est poursuivi par un créancier, le juge qui a ouvert cette procédure peut, à la demande du débiteur et après avoir été éclairé par le conciliateur, faire application des articles 1244-1 à 1244-3 du Code civil ».

Là encore, l'initiative de la demande de délai de grâce est réservée au débiteur.

Une fois l'accord homologué, sur requête conjointe des parties ou à la demande du débiteur, est suspendue pendant la durée de son exécution, toute poursuite individuelle tant sur les meubles que les immeubles du débiteur dans le but d'obtenir le paiement des créances qui font l'objet de l'accord.

En outre, l'accord homologué entraîne la levée de plein droit de toute interdiction d'émettre des chèques mise en œuvre à l'occasion du rejet d'un chèque émis avant l'ouverture de la procédure de conciliation.

Enfin, du point de vue des créanciers, l'article L. 611-11 nouveau du Code de commerce envisageant l'échec d'une telle procédure de conciliation, dispose que « en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire subséquente, les personnes qui avaient consenti, dans l'accord homologué, un nouvel apport de trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité, sont payées, pour le montant de cet apport, par privilège avant toutes les créances nées antérieurement à l'ouverture de la conciliation ». Il en est de même pour « les personnes qui fournissent, dans l'accord homologué, en nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité ».

La procédure de conciliation aboutissant à un accord homologué par le tribunal permet au débiteur d'offrir à ses cocontractants habituels ou nouveaux une garantie de paiement privilégié en cas d'engagement de ces derniers, postérieur à l'ouverture de la conciliation, en faveur de la poursuite de l'activité et de la pérennité de l'entreprise.

Il convient de préciser que cette disposition ne s'applique pas aux apports consentis par les actionnaires et associés du débiteur dans le cadre d'une augmentation de capital.

La procédure de conciliation présente donc plusieurs avantages qui peuvent s'avérer déterminants dans le choix du chef d'entreprise : il conserve ses pouvoirs de gestion habituels ; l'homologation de l'accord par le tribunal suspend, pendant la durée de son exécution, toute action tendant au paiement des créances, objet de l'accord ; il est mis fin à compter de l'homologation de l'accord à toute interdiction d'émettre des chèques ; les créanciers ayant participé à la conclusion de l'accord homologué seront payés, en cas d'échec de cet accord, par privilège avant toutes créances nées antérieurement à l'ouverture de la procédure de conciliation.

En revanche, l'ouverture même de la procédure de conciliation n'a pas pour effet automatique de suspendre toute action ou voie d'exécution tendant au paiement de créances nées antérieurement à l'ouverture de ladite procédure. Si le débiteur devait être actionné en ce sens pendant la procédure de conciliation et avant homologation de l'accord, il lui appartiendrait de saisir le juge ayant ouvert la procédure, pour solliciter des délais de grâce.

b) L'entreprise dont l'état de cessation des paiements n'est pas avéré

L'entreprise dont l'état de cessation des paiements n'est pas avéré n'a aucune obligation de procéder à une quelconque déclaration ou saisine d'un tribunal en vue de l'ouverture de l'une des procédures de traitement des difficultés qui lui sont pourtant ouvertes et notamment, la procédure de conciliation ou de sauvegarde.

La procédure de conciliation peut en effet trouver application lorsque l'état de cessation des paiements n'est pas avéré, dès lors que la société rencontre une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible.

La procédure de sauvegarde, innovation éponyme de la loi du 26 juillet 2005, tend à répondre aux difficultés que le débiteur n'est pas en mesure de surmonter et de nature à conduire à la cessation des paiements, en facilitant la réorganisation de l'entreprise pour permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif.

Toutefois, la détermination de la date exacte de l'état de cessation des paiements soulève des difficultés pratiques évidentes, que le dirigeant aura dû surmonter avant de solliciter le bénéfice d'une procédure de sauvegarde.

En effet, s'il s'avère, après l'ouverture de la procédure de sauvegarde, que le débiteur était déjà en état de cessation des paiements au moment du prononcé du jugement, le tribunal convertit la procédure de sauvegarde en une procédure de redressement judiciaire (C. com., art. L. 621-12 nouveau).

Si le dirigeant a mal apprécié la situation exacte de son entreprise au jour où il demande l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, son entreprise risque de se voir soumise automatiquement à une procédure de redressement judiciaire, la privant ainsi du bénéfice de la procédure de conciliation ouverte à toute société en état de cessation des paiements depuis moins de quarante cinq jours.

Le choix du dirigeant en faveur de la procédure de sauvegarde peut être guidé par plusieurs critères qu'il jugera indispensables à la réorganisation de son entreprise et au maintien de son activité.

Dans le cadre de la procédure de sauvegarde, l'administration de l'entreprise est assurée par son dirigeant. Toutefois, lorsque le tribunal désigne un ou plusieurs administrateurs, il les charge ensemble ou séparément de surveiller le débiteur dans sa gestion ou de l'assister pour tous les actes de gestion ou pour certains d'entre eux.

Le débiteur continue à effectuer sur son patrimoine les actes de disposition et d'administration, ainsi que les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission de l'administrateur.

L'arrêté du plan de sauvegarde par le tribunal entraîne la levée de plein droit de toute interdiction d'émettre des chèques mise en œuvre à l'occasion du rejet d'un chèque émis avant le jugement d'ouverture de la procédure (C. com., art. L. 626-13 nouveau).

Le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture sauf compensation de créances connexes. Il emporte également, de plein droit, interdiction de payer toute créance née après le jugement d'ouverture pour des besoins autres que ceux du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur à une autre fin que son activité professionnelle (C. com., art. L. 622-7 et L. 622-17 nouveaux).

A contrario, toutes créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde pour les besoins de la procédure ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pour son activité professionnelle pendant la période d'observation, seront payées à leur échéance. À défaut, elles seront payées par privilège avant toutes les autres créances assorties ou non de privilèges ou sûretés, exceptées les créances salariales et les frais de justice (C. com., art. L. 622-17 nouveau).

Le privilège ainsi accordé aux créanciers ayant répondu aux besoins de la procédure et/ou de l'activité professionnelle du débiteur sera un argument non négligeable pour le chef d'entreprise en difficulté, tentant de trouver de nouveaux partenaires économiques, pour assurer le maintien de l'activité de son entreprise.

Pour les autres créances, il est instauré une interruption ou une interdiction de toute action en justice et de toute voie d'exécution (C. com., art. L. 622-21 nouveau).

Les créances antérieures au jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde et les créances postérieures autres que celles mentionnées à l'article L. 622-17 du Code de commerce doivent être déclarées auprès du mandataire judiciaire. Le délai de déclaration est fixé par décret en Conseil d'État (art. 96 et s.).

Enfin, deux autres incidences de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde peuvent être relevées : l'arrêt du cours des intérêts légaux et conventionnels et de tous intérêts de retard (C. com., art. L. 622-28 nouveau) et l'interdiction d'inscrire postérieurement au ju-

gement d'ouverture, toute hypothèque, nantissement et privilège (C. com., art. L. 622-30 nouveau).

L'ensemble des incidences susvisées, comparables à celles de l'ancienne procédure de redressement judiciaire, constitue autant de critères permettant au chef d'entreprise d'opter pour une telle procédure de sauvegarde dès lors que son entreprise n'est pas en état de cessation des paiements.

Toutefois, le dirigeant doit être alerté par le fait que pour les besoins de bonne fin du plan de sauvegarde arrêté, il peut être exclu de son entreprise.

2. L'exclusion possible du dirigeant dans le cadre de la procédure de sauvegarde

Considérée comme un acte de bonne gestion, dans la mesure où elle tend à anticiper la cessation des paiements, la procédure de sauvegarde a été présentée par le législateur comme la solution permettant de limiter l'accroissement des procédures de liquidation judiciaire et de faciliter la réorganisation de l'entreprise.

Cette solution d'anticipation a quelque peu évolué depuis le projet de réforme qui prévoyait que tout dirigeant qui opérerait pour une telle procédure dite préventive, serait à l'abri de poursuites et sanctions, en raison du caractère volontariste de la procédure de sauvegarde, qui ne peut être ouverte qu'à la demande du débiteur.

Or, après discussion, il s'est avéré que cette solution permettrait certaines fraudes que la loi ne pourrait cautionner. Le chef d'entreprise devra donc être avisé que son exclusion de la société peut dans certaines circonstances, être prononcée par le tribunal.

En effet, l'article L. 626-4 du Code de commerce nouveau dispose que « lorsque la sauvegarde de l'entreprise le requiert, le tribunal, sur la demande du ministère public, peut subordonner l'adoption du plan au remplacement d'un ou plusieurs dirigeants de l'entreprise, sauf lorsque le débiteur exerce une activité professionnelle libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire. À cette fin et dans les mêmes conditions, le tribunal peut prononcer l'incessibilité des parts sociales, titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital, détenus par un ou plusieurs dirigeants de droit ou de fait et décider que le droit de vote y attaché sera exercé, pour une durée qu'il fixe, par un mandataire de justice désigné à cet effet. De même, il peut ordonner la cession de ces parts sociales, titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital détenu par ces mêmes personnes, le prix de cession étant fixé à dire d'expert ».

Il est pour le moins surprenant que dans la procédure de sauvegarde où l'administration de l'entreprise est assurée par son dirigeant, celui-ci puisse finalement être exclu de l'entreprise pour que le plan soit adopté.

L'initiative d'une telle exclusion appartient exclusivement au ministère public, qui jouit d'une latitude extrêmement large, dans la mesure où l'objectif poursuivi par cette mesure est la sauvegarde de l'entreprise.

L'on peut s'interroger sur le sens même d'une telle disposition dans le cadre d'une procédure de sauvegarde d'une entreprise, dont le

dirigeant aura pris l'initiative, incité pour ce faire par le législateur, qui réserve pourtant au tribunal, sur proposition du ministère public, la possibilité d'exclure ce dirigeant pour les besoins de la sauvegarde.

L'objectif de la procédure de sauvegarde étant notamment la « réorganisation de l'entreprise », le dirigeant devra être informé que, « lorsque la sauvegarde de l'entreprise le requiert », il pourra être évincé de ses fonctions et de la propriété des parts ou actions de la société qu'il gère.

La réorganisation de l'entreprise se fera donc nécessairement sur son initiative mais l'adoption du plan de sauvegarde pourra être subordonnée, dans des hypothèses qu'il appartiendra à la jurisprudence de fixer, au remplacement du dirigeant.

L'on pourrait envisager que les fautes de gestion du dirigeant antérieures à la saisine du tribunal ou constatées au cours de la procédure de sauvegarde, fondent la demande du ministère public en ce sens.

La pratique nous enseignera si cette mesure dont l'initiative appartient exclusivement au ministère public doit être appréhendée comme la sanction d'un éventuel comportement fautif du dirigeant, qu'il conviendra de déterminer.

Outre la responsabilité qu'assume le dirigeant lorsqu'il fait des actes de gestion, parmi lesquels les choix opérés à l'occasion de la survenance de difficultés de son entreprise, le comportement fautif caractérisé du chef d'entreprise peut donner lieu à des sanctions civiles et/ou pénales, dont seules les premières seront présentées à la lumière du nouveau régime de responsabilité et de sanctions du dirigeant, résultant des nouveaux articles L. 650-1 et suivants du Code de commerce.

II. La responsabilité du dirigeant pour faute

La notion d'état de cessation des paiements qui n'est plus le critère exclusif de déclenchement des procédures de traitement des difficultés des entreprises, reste un élément de détermination et d'appréciation de la responsabilité des dirigeants fautifs.

La référence à l'état de cessation des paiements se retrouve à trois reprises dans le titre V du nouveau livre VI du Code de commerce consacré aux responsabilités et sanctions encourues à l'occasion de la mise en œuvre des procédures collectives.

En effet, l'article L. 652-1-4 nouveau du Code de commerce dispose que le dirigeant peut être condamné au paiement des dettes sociales pour « avoir poursuivi abusivement, dans un intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale ».

De même, la faillite personnelle du dirigeant peut être notamment prononcée s'il a « poursuivi abusivement une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements » (C. com., art. L. 653-3-1^o nouveau) ou encore s'il a « payé ou fait payer, après cessation des paiements et en connaissance de cause de celle-

ci, un créancier au préjudice des autres créanciers » (C. com., art. L. 653-5-4^o nouveau).

La loi de sauvegarde prévoit trois sanctions potentiellement applicables aux dirigeants fautifs : la responsabilité du dirigeant d'une personne morale de droit privé soumise à une procédure collective pour insuffisance d'actif, l'obligation aux dettes du dirigeant fautif et la faillite personnelle et autres mesures d'interdiction.

Toutefois, la tendance générale de la réforme des procédures collectives consiste à assouplir les responsabilités encourues par les dirigeants fautifs (A), tout en maintenant ou créant des régimes de responsabilité dont il conviendra d'apprécier s'ils sont réellement favorables aux dirigeants (B).

A. Vers un assouplissement de la responsabilité du dirigeant

L'objectif de la loi est de créer entre les intervenants à la procédure collective, des rapports de confiance, afin d'anticiper et de traiter les difficultés des entreprises.

Pour ce faire, le législateur a privilégié la recherche des causes de responsabilité afin d'en réparer les conséquences, sans nécessairement sanctionner le dirigeant « malchanceux », dès lors qu'il n'a pas commis de faute de gestion de nature à conduire à l'état de cessation des paiements ou à l'aggraver.

Ainsi, parmi les mesures d'assouplissement de la responsabilité du dirigeant d'une personne morale soumise à une procédure collective, l'on peut citer :

- 1) la suppression de la procédure collective-sanction (1.) ;
- 2) l'impossibilité d'engager une action en responsabilité à l'encontre des dirigeants pendant l'exécution d'un plan de sauvegarde ou de redressement (2.) ;
- 3) l'encadrement des conséquences du prononcé de la faillite personnelle (3.) ;
- 4) la suppression de la possibilité pour le tribunal de se saisir d'office pour poursuivre le dirigeant pour faute (4.).

1. La suppression de la procédure collective-sanction

L'ancien article L. 624-1 du Code de commerce disposait que « le jugement qui ouvre le redressement ou la liquidation judiciaire de la personne morale produit ses effets à l'égard de toutes les personnes membres ou associées de la personne morale et indéfiniment et solidairement responsables du passif social ».

Ainsi, les associés de telles sociétés étaient automatiquement soumis à la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire ouverte à l'encontre de la personne morale alors même, qu'ils n'étaient pas eux-mêmes en état de cessation des paiements et qu'ils n'avaient pas nécessairement commis de fautes de gestion de nature à engager leur responsabilité.

C'est précisément cette automaticité des sanctions que la réforme a voulu supprimer, afin que toute action en responsabilité éventuellement engagée n'ait pas pour seule finalité de sanctionner le dirigeant, mais de réparer le préjudice occasionné.

Par ailleurs, l'ancien article L. 624-4 du Code de commerce, désormais abrogé, prévoyait qu'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire pouvait être ouverte à l'encontre du dirigeant qui, ayant été condamné à combler l'insuffisance d'actif, n'exécutait pas sa condamnation.

Dorénavant, le dirigeant condamné dans le cadre d'une action en responsabilité pour insuffisance d'actif, qui ne s'acquitterait pas de cette dette, ne pourrait être soumis à une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, s'il n'est lui-même personnellement en état de cessation des paiements.

Toutefois, l'inexécution d'une telle condamnation par le dirigeant n'est pas laissée sans conséquence, dans la mesure où l'article L. 653-6 nouveau du Code de commerce (C. com., ancien art. L. 625-6) dispose que « le tribunal peut prononcer la faillite du dirigeant de la personne morale qui n'a pas acquitté les dettes de celle-ci mises à sa charge ».

La faillite personnelle, sanction personnelle, qui devrait ainsi être prononcée ne permettrait pas de reconstituer l'actif de la personne morale ni de désintéresser les créanciers.

Pour ce faire, il conviendrait de considérer que le dirigeant ne s'acquittant pas de sa sanction serait en état de cessation des paiements, seul, dans une telle hypothèse, à justifier l'ouverture d'une procédure collective personnelle. Toutefois, cette procédure ne pourra être ouverte que si l'actif disponible du dirigeant ne suffit pas à apurer son passif exigible, ce qui ne sera pas le cas d'un dirigeant simplement de mauvaise foi.

Il est fort probable que l'action en comblement de passif tombe en désuétude en raison de son inefficacité en présence d'un dirigeant de mauvaise foi.

De même, l'ancien article L. 624-5 du Code de commerce, abrogé par la loi nouvelle, disposait que « en cas de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire d'une personne morale, le tribunal peut ouvrir une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire à l'égard de tout dirigeant de droit ou de fait, rémunéré ou non contre lequel peut être relevé un des faits » énumérés par cet article.

Le nouvel article L. 652-1 du Code de commerce, qui ne s'applique qu'« au cours d'une procédure de liquidation judiciaire », prévoit que « le tribunal peut mettre à la charge de l'un des dirigeants de droit ou de fait d'une personne morale la totalité ou une partie des dettes de cette dernière lorsqu'il est établi, à l'encontre de ce dirigeant, que l'une des fautes ci-après a contribué à la cessation des paiements ».

Les cas de responsabilité sont repris excepté deux hypothèses désormais supprimées : d'une part, avoir tenu une comptabilité fictive ou fait disparaître des documents comptables de la personne morale ou s'être abstenu de tenir toute comptabilité conforme aux rè-

gles légales, d'autre part, avoir tenu une comptabilité manifestement incomplète ou irrégulière au regard des dispositions légales.

Là encore, la procédure-sanction est supprimée pour être remplacée par une obligation aux dettes, mise à la charge du dirigeant fautif. L'obligation aux dettes est laissée à l'appréciation du tribunal, qui peut décider de ne pas la prononcer ou dans le cas contraire, d'en adapter l'étendue à la gravité de la faute commise par le dirigeant et à l'incidence réelle de cette faute sur la cessation des paiements.

Le nouveau texte prévoit en effet que le tribunal peut mettre à la charge du dirigeant fautif, la totalité ou une partie des dettes de la personne morale, dès lors que l'une des fautes commises par le dirigeant aura « contribué à la cessation des paiements ».

L'appréciation du tribunal porte non seulement sur l'obligation aux dettes, mais également sur la contribution aux dettes, en cas de pluralité de dirigeants responsables.

La personnalisation des responsabilités et la suppression du caractère automatique des sanctions permet au tribunal de « tenir compte de la faute de chacun pour déterminer la part des dettes sociales mises à sa charge ». De même, par décision motivée, il peut les déclarer solidairement responsables (C. com., art. L. 652-2 nouveau).

Il résulte de ce nouveau régime que le dirigeant ne peut se voir soumis à une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire à titre personnel que s'il est effectivement en état de cessation des paiements.

2. L'impossibilité d'engager une action en responsabilité à l'encontre des dirigeants pendant l'exécution d'un plan de sauvegarde ou de redressement

L'ancien article L. 624-3 du Code de commerce prévoyait qu'en cas de faute du dirigeant ayant contribué à l'insuffisance d'actif, une action pouvait être engagée à son encontre lors même du redressement judiciaire. Il en était de même de la possibilité pour le tribunal d'ouvrir une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire à l'encontre du dirigeant fautif (C. com., ancien art. L. 624-5) ou de prononcer la faillite personnelle de ce dernier (C. com., ancien art. L. 653-1) en cas notamment de redressement de la personne morale.

Il ressort de la lecture combinée des articles L. 651-2, L. 652-1 et L. 653-1 nouveaux du Code de commerce que les actions en responsabilité et/ou les sanctions ne peuvent être engagées que dans les cas suivants :

- lors de la résolution du plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire (responsabilité pour insuffisance d'actif) ;
- au cours de la liquidation judiciaire (responsabilité pour insuffisance d'actif et obligation aux dettes) ;
- lorsqu'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte (faillite personnelle et autres mesures d'interdiction).

A contrario, l'exécution d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire fait obstacle à toute action en responsabilité pour insuffisance d'actif à l'encontre du dirigeant ou tendant à le condamner aux dettes : c'est désormais la sauvegarde ou le redressement du débiteur qui est à ce stade des procédures le seul objectif. Si le plan de sauvegarde réussit, l'éventuelle faute de gestion du dirigeant se trouve effacée.

Si toutefois le plan de sauvegarde ou de redressement devait être résolu, faisant apparaître une insuffisance d'actif imputable à la gestion fautive du dirigeant, celui-ci pourrait voir sa responsabilité engagée.

De même, au cours de la liquidation judiciaire, c'est-à-dire à un moment où par définition le redressement du débiteur n'est plus envisageable, le dirigeant fautif n'est plus à l'abri de voir sa responsabilité engagée, afin que le préjudice occasionné par sa ou ses fautes de gestion soit réparé.

3. L'encadrement du régime et des conséquences du prononcé de la faillite personnelle

La faillite personnelle emporte, et cela n'a pas changé, « interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, toute entreprise commerciale ou artisanale, toute exploitation agricole » ou toute entreprise ayant toute autre activité indépendante et toute personne morale (C. com., art. L. 653-2 nouveau).

Toutefois, les nouvelles dispositions ont amélioré, à plusieurs égards, le sort des dirigeants susceptibles d'être soumis à une mesure de faillite personnelle.

Ainsi, dans le cadre d'une meilleure adaptabilité et donc d'une personnalisation des sanctions, le caractère automatique des incapacités et déchéances a été supprimé.

Désormais, le nouvel article L. 653-10 du Code de commerce notamment, dispose que « le tribunal qui prononce la faillite personnelle peut prononcer l'incapacité d'exercer une fonction publique élective ».

La durée de la sanction a également été modifiée en faveur du dirigeant sanctionné.

Alors que sous l'ancien régime, seul était prévu un minimum de durée en deçà duquel le tribunal ne pouvait descendre, soit cinq ans (ancien art. L. 625-10), le nouvel article L. 653-11 du Code de commerce supprime ce minimum pour ne fixer qu'un maximum, la durée de la mesure ne pouvant être supérieure à quinze ans.

Cette nouvelle disposition aura non seulement un effet sur les procédures engagées à compter du 1^{er} janvier 2006, mais également sur les procédures en cours.

En effet, l'article 190 de la loi prévoit que les dispositions réduisant la durée des interdictions et incapacités résultant de la faillite personnelle ou de l'interdiction de gérer, sont applicables dès sa promulgation. Ainsi, toutes les interdictions supérieures à quinze ans prononcées avant l'entrée en vigueur de la loi, seront automatique-

ment réduites à quinze ans. De même, toutes les interdictions et incapacités prononcées depuis plus de quinze ans au jour de l'entrée en vigueur de la loi prendront fin à la date de publication de la loi.

Enfin, un délai de prescription est désormais prévu par le nouvel article L. 653-1 du Code de commerce, qui dispose que l'action en faillite personnelle se prescrit par trois ans à compter du jugement qui prononce l'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire de la personne morale.

4. La suppression de la possibilité pour le tribunal de se saisir d'office pour poursuivre le dirigeant pour faute

L'article L. 651-3 nouveau du Code de commerce, également applicable à l'action tendant à mettre à la charge du dirigeant les dettes sociales (C. com., nouvel art. L. 652-5) supprime la saisine d'office du tribunal dans le cadre d'une action en responsabilité pour insuffisance d'actif à l'encontre du dirigeant. Les procédures ne peuvent être engagées qu'à l'initiative du mandataire judiciaire, du liquidateur, du ministère public ou des contrôleurs créanciers (C. com., nouvel art. L. 653-7).

Telles sont les modalités d'aménagement du régime des responsabilités et des sanctions applicables au dirigeant fautif.

Toutefois, la procédure de sauvegarde présentée comme la solution pour le débiteur confronté à certaines difficultés et ce avant même que ce dernier soit en état de cessation des paiements, ne comporte-t-elle pas certains risques pour le dirigeant à qui cette procédure aura été présentée comme une simple, mais efficace, solution de prévention de ses difficultés ?

B. Les revers de la procédure de sauvegarde pour le dirigeant

1. L'exclusion du dirigeant

Aux termes de l'article L. 651-2 du Code de commerce, dans le cadre de la procédure de sauvegarde, seule la résolution du plan de sauvegarde, faisant apparaître une insuffisance d'actif, peut éventuellement donner lieu à une action en responsabilité pour insuffisance d'actif à l'encontre du dirigeant fautif.

À la lecture de cette disposition, incluse dans le titre V intitulé « Des responsabilités et des sanctions », le dirigeant est amené à penser qu'aucune action ne pourra être engagée à son encontre, ni aucune sanction prononcée, pendant l'exécution du plan de sauvegarde.

Or aux termes de l'article L. 626-4 du Code de commerce, inclus dans le chapitre VI intitulé « Du plan de sauvegarde », « lorsque la sauvegarde de l'entreprise le requiert, le tribunal, sur la demande du ministère public, peut subordonner l'adoption du plan au remplacement d'un ou plusieurs dirigeants de l'entreprise, sauf lorsque le débiteur exerce une activité professionnelle libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire.

À cette fin et dans les mêmes conditions, le tribunal peut prononcer l'incessibilité des parts sociales, titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital, détenus par un ou plusieurs dirigeants

de droit ou de fait et décider que le droit de vote y attaché sera exercé, pour une durée qu'il fixe, par un mandataire de justice désigné à cet effet. De même, il peut ordonner la cession de ces parts sociales, titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital détenu par ces mêmes personnes, le prix de cession étant fixé à dire d'expert ».

L'exclusion du dirigeant pour les besoins de la sauvegarde de l'entreprise ne constitue-t-elle pas une sanction qui ne porte pas son nom ?

En outre, l'article susvisé ne précise pas les cas dans lesquels la sauvegarde pourrait requérir le remplacement, l'exclusion du dirigeant ou l'incessibilité de ses parts, de telle sorte que le dirigeant pourrait être exclu de la sauvegarde de sa propre entreprise, à la discrétion du tribunal, qui ne peut toutefois pas se saisir d'office de cette question, mais uniquement sur demande du ministère public.

Cette disposition ne figurant pas au chapitre des responsabilités et des sanctions, il n'est pas prévu que le dirigeant devra être fautif. Cette mesure peut être décidée « lorsque la sauvegarde de l'entreprise le requiert ».

Une autre question se pose : l'adoption du plan de sauvegarde pouvant être subordonnée notamment au remplacement ou à l'exclusion du dirigeant, ce dernier a-t-il la possibilité finalement de renoncer à l'adoption du plan, afin d'éviter son éviction ?

Rappelons en effet, que la procédure de sauvegarde ne peut être initiée que par le débiteur, qui justifierait « de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter, de nature à le conduire à la cessation des paiements ».

Dès lors, ayant anticipé l'état de cessation des paiements de son entreprise, le dirigeant qui aurait pris l'initiative de solliciter l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, alors qu'il n'y était aucune-

ment obligé, devrait pouvoir bénéficier de la possibilité de renoncer à cette procédure, si l'adoption du plan de sauvegarde était subordonnée à son éviction.

2. Les conséquences de la résolution du plan de sauvegarde

Il est désormais prévu que « lorsque la résolution d'un plan de sauvegarde (...) d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que les dettes de la personne morale seront supportées, en tout ou partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait ou par certains d'entre eux » (C. com., art. L. 651-2).

La responsabilité pour insuffisance d'actif peut donc également trouver à s'appliquer dans le cadre de la procédure de sauvegarde, en cas de résolution du plan, cette hypothèse étant limitée à la commission d'une faute de gestion imputable au dirigeant.

En outre, si l'inexécution du plan s'accompagne de la cessation des paiements de l'entreprise, le tribunal devra ouvrir une procédure de liquidation judiciaire.

La procédure de sauvegarde, engagée à l'initiative du débiteur souhaitant anticiper ses difficultés, peut ainsi entraîner des conséquences non négligeables pour l'entreprise et son dirigeant.

La nouvelle procédure collective de sauvegarde devra donc être comprise par les dirigeants, qui en ont seuls l'initiative et qui doivent être mis en mesure d'en apprécier toutes les éventuelles conséquences qu'elles leur soient ou non favorables.

Nathalie PATUREAU

*Avocat à la Cour
cLé réseau d'avocats*

RÔLE ET POUVOIRS DU MINISTÈRE PUBLIC, SANCTIONS PÉNALES ET LOI DE SAUVEGARDE DES ENTREPRISES

À l'occasion des différentes réformes du droit des procédures collectives, les pouvoirs du ministère public ont été accrus et son rôle a pris de l'ampleur (1). La loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 ne fait pas exception à la règle ainsi posée en augmentant les pouvoirs et le rôle du ministère public dans le cadre des différentes procédures. Toutefois, cette loi ne prévoit pas une augmentation de son rôle traditionnel en matière répressive. Par ailleurs, il convient de souligner que la loi de sauvegarde des entreprises ne propose aucune réelle réforme des sanctions pénales, alors même que cette réforme aurait pu être légitimement espérée (2).

Le rôle du ministère public, au gré des différentes réformes, s'est sensiblement étendu (3).

Pendant longtemps, le ministère public s'est cantonné à assurer la défense de l'ordre public répressif. Son rôle ne consistait alors qu'à déclencher des actions répressives ou disciplinaires.

Sous le régime de la loi n° 67-563 du 13 juillet 1967, le ministère public n'avait qu'un simple rôle de contrôle de la procédure.

Le décret n° 72-684 du 20 juillet 1972 est venu renforcer les pouvoirs d'information et de contrôle du ministère public (4). Puis, la loi n° 81-927 du 15 octobre 1981 a donné la possibilité au ministère public de saisir directement le tribunal, de demander la nomination d'un administrateur provisoire, le remplacement du syndic, l'éviction de certains dirigeants sociaux. Par ailleurs, le décret n° 82-347 du 9 avril 1982, en modifiant l'article 425 du nouveau Code de procédure civile, lui a conféré un pouvoir de communication important en matière de procédure collective.

La loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 et son décret d'application n° 85-1388 du 27 décembre 1985 ont repris les dispositions ci-avant exposées. Il convient d'ailleurs de souligner qu'aucun pouvoir octroyé au ministère public n'a été retranché. Bien au contraire, son rôle et ses pouvoirs ont été augmentés. Le ministère public a, d'une part, un droit à l'information très étendu, et d'autre part, des pouvoirs de surveillance, d'intervention et d'action très importants dans le cadre des différentes procédures.

Le ministère public est donc devenu un organe à part entière de la procédure (5).

Dans la continuité des réformes précédentes, la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 dite de sauvegarde des entreprises accroît le rôle et les pouvoirs du ministère public (I). Néanmoins, cette augmentation ne va pas de paire avec une réforme substantielle des sanctions pénales. En effet, en cette matière, il n'est possible de souligner que des modifications sous forme de « retouches » parcimonieuses.

Cette absence de réelle réforme des sanctions pénales est d'autant plus surprenante à la lecture de l'exposé des motifs du projet de loi qui indique que ladite loi a pour objectif de réformer le droit des entreprises en difficulté pour mieux l'adapter aux différentes situations, plus ou moins graves, en prévoyant des procédures diversifiées avec une rénovation des régimes de responsabilité et de sanction. Il est même affiché une volonté de bien distinguer le « débiteur malchanceux », du « débiteur maladroit » et du « débiteur malhonnête ». Or force est de constater, dans la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005, une absence de réelles modifications des sanctions pénales (II).

I. Un accroissement sensible du rôle et des pouvoirs du ministère public

Le rôle et les pouvoirs du ministère public, sous l'empire des dispositions de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985, codifiée dans le Code de commerce, sont des plus étendus, notamment par un droit à l'information, des pouvoirs de surveillance, d'action et d'intervention. La loi de sauvegarde des entreprises vient encore ajouter au dispositif existant.

En effet, le ministère public aura vocation à intervenir désormais dans le cadre de procédures non contentieuses (A).

Par ailleurs, le ministère public se voit attribuer un large rôle dans le cadre de la procédure nouvellement instaurée de sauvegarde (B), tout en conservant un rôle important dans le cadre des procédures de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire (C).

Enfin, il ne pourra qu'être constaté que les pouvoirs du ministère public en matière de voies de recours sont en grande partie maintenus (D).

(1) B. Soinne, *Traité des procédures collectives*, Litec, 2^e éd., 1995, p. 541, n° 754.

(2) C. Robaczewski, *La non-réforme des sanctions pénales dans la loi de sauvegarde des entreprises*, *Gaz. Pal.* du 9 septembre 2005, n° 252, p. 48.

(3) Ranlincourt, *Les relations entre le syndic et le parquet sont-elles à sens unique ?*, *JCP G* 1956. I. 1332 ; G. de Lestang, *Commentaire de la loi du 15 octobre 1981 relative au droit d'action du ministère public dans les procédures collectives d'apurement du passif des entreprises*, *Rev. huissiers* 1981, p. 679 ; Coulaud, *Réflexions sur l'intervention du procureur de la République devant le tribunal de commerce*, *Gaz. Pal.* 1982, 2, doct. 659 ; B. Soinne, *L'intervention du ministère public dans les procédures collectives de redressement et de liquidation judiciaires*, *D.* 1983, chron. 11 ; R. Badinter, *Le procureur et le consul*, *Rev. jurisp. com.* 1981, p. 245 ; A. Perdriau, *La communication au ministère public des affaires de faillite*, *JCP G* 1986. I. 3228 ; Renucci, *Le parquet et les faillites*, *Rev. sc. crim.* 1990, p. 235 ; Renucci, *Le rôle du ministère public*, *LPA* du 24 juillet 1991, p. 81 ; A. Thierry, *Le pouvoir du ministère public de demander des sanctions à l'égard des dirigeants*, *LPA* du 23 octobre 1992, p. 10 ; M.-A. Lafortune, *Le ministère public et l'entreprise en difficulté*, *LPA* du 12 janvier 1994, p. 20.

(4) Article 8 du décret.

(5) B. Soinne, *L'intervention du ministère public dans les procédures collectives de redressement et de liquidation judiciaires*, *préc.*

A. L'intervention du ministère public dans le cadre de la procédure de conciliation

L'article L. 611-4 du Code de commerce institue, devant le tribunal de commerce, une procédure de conciliation dont peuvent bénéficier les personnes exerçant une activité commerciale ou artisanale qui éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, et ne se trouvent pas en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours.

L'article L. 611-6 du Code de commerce prévoit que cette procédure de conciliation est ouverte par le président du tribunal qui désigne un conciliateur pour une période n'excédant pas quatre mois avec une possibilité de prorogation d'un mois (6).

Cette décision ouvrant la procédure de conciliation n'est pas susceptible de recours et surtout, est communiquée au ministère public. Il convient de souligner que la loi de sauvegarde des entreprises prévoit une information immédiate du ministère public dans le cadre de la procédure de conciliation alors qu'une telle communication n'était pas requise antérieurement dans le cadre de la procédure de règlement amiable (7).

Lorsqu'un accord est trouvé et que le tribunal doit statuer sur son homologation, l'article L. 611-9 du Code de commerce prévoit que le Tribunal ne peut effectivement statuer qu'après avoir entendu ou dûment appelé en chambre du conseil le débiteur, les créanciers parties à l'accord, les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel, le conciliateur et le ministère public.

La présence et l'intervention du ministère public dans le cadre d'une procédure de conciliation sont d'importance. D'ailleurs, certains auteurs considèrent que ce nouveau rôle le fait devenir « garant de la moralité des opérations » (8).

B. Le ministère public et la procédure de sauvegarde

La loi de sauvegarde des entreprises instaure une nouvelle procédure : la procédure de sauvegarde (9). Il convient donc d'envisager précisément le rôle réservé au ministère public dans celle-ci même s'il est repris, en grande partie, le rôle qui lui était dévolu dans le cadre des anciennes procédures de redressement et liquidation judiciaires.

La procédure de sauvegarde est ouverte sur demande d'un débiteur qui justifie de difficultés, qu'il n'est pas en mesure de surmonter, de nature à le conduire à la cessation des paiements.

L'article L. 620-1 du Code de commerce précise que cette procédure 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. En outre, il est indiqué que cette procédure donne lieu à un plan arrêté par jugement à l'issue d'une période d'observation et, le cas échéant, à la constitution de deux comités de créanciers.

1. L'ouverture de la procédure de sauvegarde et la période d'observation

Le tribunal statue sur l'ouverture de cette procédure après avoir entendu ou dûment appelé en chambre du conseil le débiteur et les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel (10).

De plus, l'article L. 621-1 du Code de commerce précise que l'ouverture d'une procédure de sauvegarde à l'égard d'un débiteur qui bénéficie ou a bénéficié d'un mandat ad hoc ou d'une procédure de conciliation dans les dix-huit mois qui précèdent doit être examinée en présence du ministère public.

Cette présence obligatoire se conçoit bien au regard de son rôle dans le cadre de la procédure de conciliation.

En outre, l'article L. 621-1 du Code de commerce va plus loin encore en indiquant que le tribunal peut, d'office ou à la demande du ministère public, obtenir communication des pièces et actes relatifs au mandat ad hoc ou à la conciliation (11).

Lorsque le tribunal décide de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, commence alors une période d'observation d'une durée maximale de six mois qui peut être renouvelée une fois par décision motivée à la demande de l'administrateur, du débiteur ou du ministère public (12).

Le ministère public a, en conséquence, le pouvoir d'influer sur la durée de la période d'observation. À plus forte raison, il est le seul à pouvoir en obtenir une prolongation exceptionnelle (13).

Dans le jugement ouvrant la procédure de sauvegarde, le tribunal doit désigner deux mandataires de justice qui sont le mandataire judiciaire et l'administrateur judiciaire (14). Le tribunal peut, à la

(6) À la demande du conciliateur et surtout par décision motivée.

(7) C. com., anciens art. L. 611-3 et s.

(8) C. Saint Alary Houin, *Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises : continuité, rupture ou retour en arrière ?*, Droit et patr., n° 133, janvier 2005, p. 24.

(9) C. com., art. L. 620-1 et s.

(10) C. com., art. L. 621-1.

(11) Nonobstant les dispositions du Code de commerce, de l'article L. 611-15 qui dispose que toute personne qui est appelée à la procédure de conciliation ou à un mandat ad hoc ou qui, par ses fonctions, en a connaissance est tenue à la confidentialité.

(12) C. com., art. L. 621-3.

(13) Pour une durée fixée par décret en Conseil d'État.

(14) Leurs fonctions sont définies à l'article L. 622-20 et à l'article L. 622-1 du Code de commerce.

demande du ministère public, désigner plusieurs mandataires judiciaires ou plusieurs administrateurs judiciaires.

Il convient de souligner que le ministère public peut s'opposer à la désignation de la personne antérieurement nommée en tant que mandataire ad hoc ou conciliateur dans le cadre d'un mandat ou d'une procédure concernant le même débiteur (15).

Par ailleurs, dans certaines hypothèses, le tribunal n'est pas tenu de désigner un administrateur (16). Cependant, jusqu'au jugement arrêtant le plan, le tribunal peut, notamment à la demande du ministère public, décider de nommer un administrateur judiciaire.

Le ministère public dispose donc de larges pouvoirs sur la nomination des organes de la procédure dans le cadre de la sauvegarde. Il dispose également de larges pouvoirs en ce qui concerne leur mission, leur remplacement voire même certaines révocations.

En effet, le tribunal peut, soit d'office, soit sur proposition du juge-commissaire ou à la demande du ministère public, procéder au remplacement notamment de l'administrateur ou du mandataire judiciaire (17).

Le tribunal peut aussi, à tout moment, modifier la mission de l'administrateur sur la demande du ministère public (18).

Le ministère public peut également demander au tribunal la révocation de tout créancier nommé contrôleur (19).

Par ailleurs, dans le cadre de la procédure de sauvegarde, le ministère public a un droit d'information. Il est notamment informé par l'administrateur et le mandataire judiciaire du déroulement de la procédure (20).

De plus, il peut, à tout moment, requérir la communication d'actes ou documents relatifs à la procédure.

Enfin, le mandataire judiciaire doit communiquer au ministère public les observations qui lui sont transmises, à tout moment de la procédure, par les contrôleurs (21).

Outre ces pouvoirs importants concernant les organes de la procédure, le ministère public peut faire annuler certains actes ou paiements effectués postérieurement à l'ouverture de la procédure.

Une fois la procédure ouverte, le jugement emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement, à l'exception du paiement par compensation de créances connexes. Il est

également fait interdiction de payer toute créance née après le jugement d'ouverture, non mentionnée au I de l'article L. 622-17 du Code de commerce, à l'exception des créances liées aux besoins de la vie courante du débiteur personne physique et des créances alimentaires.

En outre, un certain nombre d'actes (22) ne peut plus être réalisé sans l'autorisation du juge-commissaire.

À cet égard, le ministère public peut présenter une demande d'annulation de tout paiement ou de tout acte effectué en violation de ces interdictions dans un délai de trois ans à compter de la conclusion de l'acte (23) ou dudit paiement (24).

2. Le plan de sauvegarde et son exécution

Lorsqu'il existe une possibilité pour l'entreprise d'être sauvegardée, le tribunal arrête dans ce but un plan qui met fin à la période d'observation (25).

À cet égard, le ministère public a vocation à intervenir dès l'élaboration du projet de plan.

En effet, l'article L. 626-4 du Code de commerce prévoit que lorsque la sauvegarde de l'entreprise le requiert, le tribunal, sur la demande du ministère public, peut subordonner l'adoption du plan au remplacement d'un ou plusieurs dirigeants de l'entreprise.

Dans les mêmes conditions, le tribunal peut prononcer l'incessibilité des parts sociales, titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital, détenus par un ou plusieurs dirigeants de droit ou de fait et décider que le droit de vote y attaché sera exercé, pour une durée qu'il fixe, par un mandataire de justice désigné à cet effet.

De la même façon, le tribunal peut ordonner la cession de ces parts sociales, titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital, détenus par ces mêmes personnes, le prix étant fixé à dire d'expert.

L'intervention du ministère public n'est pas sans conséquence. Elle est surtout révélatrice de l'étendue de ses pouvoirs. Dans ces circonstances, il peut être à l'initiative du remplacement de dirigeants, mais aussi de leur maintien forcé ou de leur « expropriation ».

(15) Dans cette occurrence, on notera le renvoi aux dispositions du Code de commerce, quatrième alinéa de l'article L. 621-1.

(16) Lorsque la procédure est ouverte au bénéfice d'une personne dont le nombre de salariés et le chiffre d'affaires sont inférieurs à des seuils fixés par décret en Conseil d'État. Le projet de décret, en son article 53 prévoit un seuil de 3.000.000 € hors taxe pour le chiffre d'affaires et un seuil de 20 personnes pour le nombre de salariés.

(17) C. com., art. L. 621-7.

(18) C. com., art. L. 622-1.

(19) C. com., art. L. 621-10.

(20) C. com., art. L. 621-8.

(21) C. com., art. L. 622-20.

(22) Actes de disposition étrangers à la gestion courante de l'entreprise ; consentir une hypothèque ou un nantissement ; compromettre ; transiger.

(23) Toutefois, quand l'acte est soumis à publicité, le délai court à compter de celle-ci.

(24) C. com., art. L. 622-7.

(25) C. com., art. L. 626-1.

Lorsque le tribunal doit arrêter le plan de sauvegarde, il ne peut statuer, au vu du rapport de l'administrateur qu'après avoir recueilli l'avis du ministère public (26).

Toutefois, lorsque la procédure est ouverte au bénéfice d'un débiteur qui emploie un nombre de salariés ou qui justifie d'un chiffre d'affaires hors taxes supérieurs à certains seuils (27), les débats doivent impérativement avoir lieu en présence du ministère public.

Plus l'affaire est d'importance, plus le contrôle du ministère public devient impératif, c'est pourquoi, sa présence est obligatoire lors des débats. Là encore, certains auteurs considèrent que ces dispositions font clairement apparaître le fait que le ministère public devient le « garant de la moralité des opérations » (28).

Afin que le ministère public puisse parfaitement jouer ce rôle, il convient de souligner que lors de l'élaboration du plan de sauvegarde, il reçoit de l'administrateur communication du rapport présentant le bilan économique et social et le projet de plan (29).

Par suite, lorsque le plan a été arrêté par le tribunal, le ministère public dispose de larges pouvoirs pour faire annuler certains actes conclus en violation des dispositions du plan.

Lorsque le tribunal arrête le plan de sauvegarde, il peut décider que certains biens, indispensables à la continuation de l'entreprise, ne pourront être aliénés pendant une certaine durée (30).

Dans ces circonstances, tout acte passé en violation de cette interdiction est annulé à la demande du ministère public. Cette demande devra alors être présentée dans le délai de trois ans à compter de la conclusion de l'acte. Toutefois, lorsque ledit acte est soumis à publicité, le délai court à compter de celle-ci (31).

Par ailleurs, le ministère public se voit attribuer un rôle important lors de l'exécution du plan et doit notamment surveiller et contrôler le bon déroulement de cette exécution. À cet égard, toute défaillance dans cette exécution est communiquée immédiatement au ministère public par le commissaire à l'exécution du plan (32).

En outre, lorsque le plan de sauvegarde est arrêté, le tribunal désigne un ou plusieurs commissaires chargés de veiller à l'exécution

du plan. Il convient de souligner qu'ils peuvent être remplacés par le tribunal à la demande du ministère public (33).

Le ministère public doit, par ailleurs, donner son avis (34) sur toute modification substantielle dans les objectifs ou les moyens du plan soumise au tribunal (35).

Le ministère public doit également donner son avis (36) au Tribunal sur toute résolution du plan dans l'hypothèse où le débiteur n'exécute pas ses engagements dans les délais fixés (37).

Il en va de même lorsque la cessation des paiements est constatée au cours de l'exécution du plan et que le tribunal décide sa résolution et prononce la liquidation judiciaire du débiteur (38).

3. La conversion de la procédure de sauvegarde en une procédure de redressement judiciaire

Les articles L. 621-12 et L. 622-10 du Code de commerce ont vocation à s'appliquer en la matière. Toutefois, il convient de souligner que leur champ d'application est sensiblement différent.

En effet, pour le premier, la conversion de la procédure de sauvegarde en procédure de redressement judiciaire pourra intervenir s'il apparaît, après l'ouverture de la procédure de sauvegarde, que le débiteur était déjà en état de cessation des paiements au moment du prononcé du jugement.

À cet égard, le tribunal devra constater et fixer la date de cessation des paiements après avoir dûment appelé le débiteur.

Dans ces circonstances, le tribunal peut notamment être saisi par le ministère public.

Pour le second, le tribunal peut, notamment à la demande du ministère public, convertir la procédure de sauvegarde en un redressement judiciaire, si les conditions de l'article L. 631-1 du Code de commerce sont réunies, si le débiteur est en état de cessation des paiements (39).

Toutefois, le tribunal ne pourra convertir la procédure de sauvegarde en un redressement judiciaire dans la deuxième occurrence qu'après avoir entendu ou dûment appelé le débiteur, l'administrateur, le mandataire judiciaire, les contrôleurs et les représentants du

[26] C. com., art. L. 626-9.

[27] Fixés par décret en CE. L'article 135 du projet de décret fait un renvoi à l'article 53 (v. note 16).

[28] C. Saint Alary Houin, *Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises : continuité, rupture ou retour en arrière ?*, préc.

[29] C. com., art. L. 626-8.

[30] Qui ne pourra excéder celle du plan. Par ailleurs, une publicité de cette inaliénabilité temporaire devra être effectuée.

[31] C. com., art. L. 626-14.

[32] C. com., art. L. 626-25.

[33] C. com., art. L. 626-25.

[34] C. com., art. L. 626-26.

[35] À la demande du débiteur et sur le rapport du commissaire à l'exécution du plan.

[36] Qui peut l'avoir également saisi sur ce point.

[37] C. com., art. L. 626-27.

[38] C. com., art. L. 626-27.

[39] Lorsque le débiteur se trouve dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible.

comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel et avoir recueilli l'avis du ministère public.

Il convient d'ajouter que le tribunal pourra, dans les mêmes conditions que dans cette dernière hypothèse, prononcer la liquidation judiciaire si le débiteur est en état de cessation des paiements et que son redressement est manifestement impossible (40).

Dans le cadre de la conversion de la procédure de sauvegarde en procédure de redressement judiciaire, voire de liquidation judiciaire, le ministère public joue un rôle important, il peut, tout d'abord, saisir le tribunal de cette conversion et, dans toutes les hypothèses, il ne pourra être statué sur cette conversion qu'après avoir recueilli son avis.

4. La fin de la procédure de sauvegarde

Le ministère public a également un rôle lorsqu'il est mis fin à la procédure de sauvegarde.

En effet, lorsque les difficultés qui ont justifié l'ouverture de la procédure ont disparu, le tribunal y met fin à la demande du débiteur après avoir entendu ou dûment appelé ce dernier, l'administrateur, le mandataire judiciaire, les contrôleurs et les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, et avoir recueilli l'avis du ministère public (41).

À beaucoup d'égards, le ministère public se voit attribuer un rôle et des pouvoirs conséquents dans le cadre de la procédure de sauvegarde, outre bien entendu son droit d'information. Il ne saurait être dénié le rôle central du ministère public qui intervient du commencement de la procédure à sa fin.

C. Le ministère public et la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire

Dans le cadre des procédures collectives, le ministère public a, depuis de nombreuses années, un rôle à jouer tant dans la procédure de redressement judiciaire (1.) que dans celle de liquidation judiciaire (2.).

1. Le rôle du ministère public dans la procédure de redressement judiciaire

Il est constant que le rôle du ministère public dans le cadre de la procédure de redressement judiciaire est sensiblement identique à son rôle dans le cadre de la procédure de sauvegarde. Il convient d'ailleurs de remarquer les renvois qui sont indiqués par les dispositions du titre III du livre VI du Code de commerce (Du redressement judiciaire) aux dispositions du titre II du livre VI du Code de commerce (De la sauvegarde).

Le ministère public conserve essentiellement le rôle qui lui était déjà assigné antérieurement, c'est pourquoi les développements qui suivront seront succincts et ne feront que mettre en lumière certains de ces pouvoirs.

Les pouvoirs du ministère public sont importants lors de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire à l'égard d'un débiteur (42) mais aussi lors de la détermination de la date de cessation des paiements (43).

Comme dans le cadre de la procédure de sauvegarde, le ministère public a de larges pouvoirs sur la nomination des organes de la procédure, la détermination de leur mission mais également leur remplacement.

Il existe également une identité des pouvoirs du ministère public dans la détermination et l'arrêt des plans de redressement avec ceux qui lui sont attribués dans le cadre de la procédure de sauvegarde. À cet égard, renvoi est fait aux dispositions relatives à cette procédure.

Enfin, il convient de souligner, outre les pouvoirs ci-avant envisagés, la possibilité pour le ministère public d'exercer des actions en nullité des actes intervenus depuis la date de cessation des paiements, durant la période suspecte (44).

2. Le rôle du ministère public dans la procédure de liquidation judiciaire

Le rôle du ministère public, dans le cadre de la procédure de liquidation judiciaire, est pour partie commun à son rôle dans le cadre de la procédure de sauvegarde. Il convient d'ailleurs de remarquer les renvois qui sont indiqués par les dispositions du titre IV du livre VI du Code de commerce (De la liquidation judiciaire) aux dispositions du titre II du livre VI du Code de commerce (De la sauvegarde).

De plus, le ministère public, dans le cadre de cette procédure, conserve les pouvoirs étendus qui étaient les siens antérieurement. Nous ne nous attacherons donc qu'à relever les plus significatifs de ces pouvoirs.

Le ministère public joue un rôle important lors de la saisine du tribunal et du prononcé de la liquidation judiciaire à l'encontre d'un débiteur (45).

Le ministère public se voit attribuer, dans cette procédure, de larges pouvoirs sur la nomination des organes de la procédure mais également pour leur remplacement (46).

[40] Conditions prévues à l'article L. 640-1 du Code de commerce.

[41] C. com., art. L. 622-12.

[42] C. com., art. L. 631-5.

[43] C. com., art. L. 631-8.

[44] C. com., art. L. 632-4.

[45] C. com., art. L. 640-5.

[46] C. com., art. L. 641-1.

Dans l'hypothèse d'une cession de l'entreprise, le ministère public a vocation à intervenir et le tribunal se doit de recueillir son avis notamment lorsqu'il doit arrêter un plan de cession (47).

Par ailleurs, si le tribunal devait statuer sur une modification substantielle dans les objectifs et les moyens du plan, il ne pourrait y procéder qu'après avoir, une fois encore, recueilli l'avis du ministère public (48).

D. Les voies de recours du ministère public

Le ministère public jouit de grandes prérogatives en la matière. À cet égard, les pouvoirs qui étaient les siens ont été en grande partie préservés.

Il convient de remarquer que l'appel du ministère public, antérieurement suspensif, le restera en principe. Toutefois, l'appel portant sur les décisions statuant sur l'ouverture de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire ne le sera pas (49).

Par ailleurs, il est désormais donné au ministère public la possibilité d'interjeter appel des décisions qui statuent sur les sanctions civiles (50).

La loi du 26 juillet 2005 dite de sauvegarde des entreprises a non seulement permis au ministère public de conserver le rôle et les pouvoirs qui étaient les siens mais également de les accroître. Cet accroissement est d'importance et vient confirmer l'évolution constante opérée depuis plusieurs années, ce qui a fait dire à certains auteurs que le ministère public était devenu un véritable organe de la procédure (51).

II. Une absence de réelle réforme des sanctions pénales

Le ministère public dispose de l'exercice de l'action publique pour la banqueroute comme pour les autres infractions (52). Dans l'exercice de cette action publique, il retrouve alors son rôle traditionnel. La réforme initiée par la loi du 26 juillet 2005 ne le modifie pas.

La loi du 26 juillet 2005 ne vient d'ailleurs que très peu modifier le dispositif répressif en vigueur antérieurement (A) alors même que l'opportunité était donnée d'en organiser une véritable rénovation (B).

Toutefois, il ne saurait être dénié de subtiles et parcimonieuses modifications outre le juste retour de l'ancien article L. 627-4 du Code

de commerce (devenu article L. 654-15) sous le chapitre IV (De la banqueroute et des autres infractions) (53).

A. Les parcimonieuses modifications du dispositif répressif par la loi de sauvegarde des entreprises

La loi de sauvegarde des entreprises vient tout d'abord étendre le champ d'application de la banqueroute et des infractions commises pendant la période d'observation ou d'exécution d'un plan (54), conséquence automatique de la réforme du champ d'application des procédures collectives initiée par cette même loi.

En effet, le champ d'application de ces infractions ne se limite plus à tout commerçant, agriculteur, personne immatriculée au répertoire des métiers ou dirigeant de personnes morales, et comprend également désormais toute personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé (55).

Les conséquences automatiques de la réforme des procédures collectives initiée par la loi de sauvegarde des entreprises sur les dispositions du système répressif apparaissent également dans la nouvelle rédaction de l'article L. 654-12 du Code de commerce dans lequel il est remplacé « représentant des créanciers » par « mandataire judiciaire ».

Il convient également de remarquer que ces conséquences automatiques apparaissent dans nombre de dispositions du système répressif par le remplacement quasi systématique de « procédure de redressement judiciaire » par « procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire ».

Ces modifications correspondent plus à des ajustements qu'à une quelconque rénovation du dispositif.

Toutefois, on notera que les contrôleurs entrent désormais dans le champ de l'incrimination prévue par l'article L. 654-12 du Code de commerce.

À cet égard, en application de l'ancien article L. 626-12 du Code de commerce, les contrôleurs et des représentants des salariés pouvaient se rendre acquéreurs pour leur compte directement ou indirectement de biens du débiteur ou les utiliser à leur profit.

Il est à constater que la rédaction de l'article L. 654-12 du Code de commerce (ancien article L. 626-12 du Code de commerce), qui

(47) C. com., art. L. 642-5.

(48) C. com., art. L. 642-6.

(49) C. com., art. L. 661-1.

(50) C. com., art. L. 661-11.

(51) B. Soinne, *L'intervention du ministère public dans les procédures collectives de redressement et de liquidation judiciaires*, préc.

(52) C. com., art. L. 654-17.

(53) Article qui était antérieurement sous l'ancien chapitre VII (Dispositions communes) alors qu'il prévoyait une sanction pénale.

(54) Article L. 654-8 du Code de commerce en renvoyant expressément à l'article L. 654-1 du Code de commerce.

(55) C. com., art. L. 654-1.

punit des peines de l'article 314-2 du Code pénal (56) « *le fait, pour tout administrateur, mandataire judiciaire, liquidateur, commissaire à l'exécution du plan ou toute autre personne, à l'exception des représentants des salariés, de se rendre acquéreur pour son compte, directement ou indirectement, de bien du débiteur ou de les utiliser à son profit, ayant participé à un titre quelconque à la procédure* », ne prévoit plus d'exception pour les contrôleurs ce qui se conçoit aisément eu égard à l'augmentation de leurs pouvoirs dans le cadre de la réforme initiée par la loi de sauvegarde des entreprises.

Par ailleurs, il convient de souligner la création d'une incrimination nouvelle dans les dispositions de l'article L. 654-8 du Code de commerce, sanctionnant le fait de procéder à la cession d'un bien rendu inaliénable, dans le cadre d'un plan de cession, en application de l'article L. 642-10 du Code de commerce.

Cependant, il semble que cette création qui vient compléter le dispositif répressif constitue plus la réparation d'une omission antérieure qu'une réelle innovation.

Les sanctions pénales n'ont finalement fait l'objet d'aucune modification en profondeur puisqu'elles restent identiques dans leur nature et dans leur quantum. Il convient néanmoins de souligner que si la réforme proposée par la loi du 26 juillet 2005 ne modifie pas sensiblement les sanctions pénales, elle vient substantiellement changer le régime des sanctions civiles.

Dès lors, les seules retouches que la loi de sauvegarde des entreprises est venue effectuer sur les sanctions pénales n'a eu pour objectif que d'assurer une certaine cohésion entre les différentes sanctions (57).

Toutefois, certains auteurs dénoncent déjà la seule apparence de cohésion en cette matière, qu'il s'agisse du prononcé de certaines sanctions ou de leur exécution (58).

B. La loi du 26 juillet 2005, ou comment ne pas saisir l'opportunité de rénover le dispositif répressif des procédures collectives

Autant le régime des sanctions civiles a été réellement réformé, autant le régime des sanctions pénales n'a fait l'objet que de modifications sans portée, ce qui est véritablement regrettable.

Comment alors ne pas reprendre les mots de Corinne Robaczewski qui évoque cette situation en énonçant : « *Chaque fois, [le législateur] a redoublé de précautions à l'égard du dispositif existant, ne le retouchant qu'avec parcimonie... peut-être par crainte de tirer le fil qui oblige à reconstruire la toile* » (59).

En effet, une occasion était donnée au législateur de provoquer une réelle réforme des sanctions pénales dans les procédures collectives.

Il y a bien eu une réforme de la responsabilité et des sanctions... mais uniquement civiles.

Ce constat est d'autant plus dommageable qu'il aurait été possible au législateur de prendre toute la mesure d'une réforme des sanctions pénales, mais rien n'est finalement intervenu, aucune pénalisation, aucune dépenalisation, et surtout aucune rénovation.

La loi du 26 juillet 2005 n'a même pas réussi à régler les difficultés issues du dispositif répressif actuel et crée, en outre, des difficultés nouvelles.

On notera l'absence de rénovation dans la rédaction de certaines dispositions relatives aux sanctions pénales.

On regrettera également l'absence de correction des inadéquations de certaines incriminations entre elles (60).

En outre, les interventions du législateur sur les différentes infractions et notamment celle de banqueroute auraient été bénéfiques afin d'en préciser certaines conditions (61).

Le législateur a failli à sa mission en ne permettant pas de mettre fin à certaines difficultés, pire encore, il en a créé de nouvelles puisqu'il met en nécessaire concurrence le régime rénové des sanctions civiles et le régime des sanctions pénales (62).

Il est définitivement regrettable que le législateur, dans le cadre de cette réforme, se soit désintéressé du dispositif répressif des procédures collectives. Gageons simplement que cette absence de rénovation ne sera que très temporaire et n'ajoutera pas aux difficultés des, déjà complexes, procédures collectives.

Yannick SALA

*Avocat au Barreau de Paris
cLé réseau d'avocats*

(56) C'est-à-dire sept ans d'emprisonnement et 750.000 € d'amende.

(57) P.-M. Le Corre, *Les sanctions dans l'avant-projet de réforme des entreprises en difficulté*, *Gaz. Pal.* du 19 décembre 2003, p. 7.

(58) V. en ce sens : C. Robaczewski, *La non-réforme des sanctions pénales dans la loi de sauvegarde des entreprises*, *Gaz. Pal.* du 9 septembre 2005, n° 252, p. 48.

(59) Art. préc.

(60) Notamment C. com., art. L. 654-13 et la complicité de banqueroute ; C. com., art. L. 654-8, 3° qui incrimine de façon autonome la complicité des faits incriminés aux 1° et 2° du même article.

(61) De nombreuses interrogations subsistent sur la condition de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire : exigence de fond ou exigence purement procédurale ?

(62) Notamment les sanctions de faillite personnelle et l'interdiction de gérer ; C. Mascala, *Le comportement fautif du chef d'entreprise : de la sanction à la réparation ?*, *Revue Lamy Dr. aff.* n° 80, mars 2005, supplément, p. 71.



“La loi de sauvegarde en pratique”

Mardi 7 mars 2006 de 16h00 à 19h30
Maison du Barreau - 2, rue du Palais - 75001 PARIS

Vous souhaitez bénéficier d'une information pratique et concise sur la loi de sauvegarde des entreprises en difficulté. C'est pourquoi les Petites Affiches vous convient à leurs 10^{es} Rencontres. Trois tables rondes animées par des patriciens spécialistes de la matière exposeront les problématiques posées par l'application de cette loi nouvelle. Ensuite, dans le cadre du cocktail organisé après les débats, vous pourrez échanger avec vos confrères et les intervenants.

Réservez dès maintenant votre fin d'après-midi du 7 mars dans votre agenda !

PROGRAMME

16h30 **Les apports de la loi nouvelle, présentation générale**
par Marc Guillaume, Directeur des affaires civiles et du scea

16h45 **Observations générales sur la loi nouvelle**
par Perrette Rey, Présidente du Tribunal de commerce de Paris

17h00 **Tables rondes**
Animées par Emmanuelle Filiberti avec Philippe Roussel Galle, Maître de conférences à la Faculté de droit de Dijon ; Stéphane Gorrias, mandataire judiciaire ; Régis Valliot, administrateur judiciaire ; Hervé Gendrot, expert-comptable, commissaire aux comptes (BDO); Philippe Saigne, avocat (Saigne et associés) ; Christophe Léguevaques, avocat (cLé) ; Guilhem Brémond, avocat (Veil, Jourde et associés).

1^{ère} table ronde

Le mandat ad hoc et la conciliation : l'efficacité renforcée ?

- La maîtrise des coûts et du déroulement par le débiteur : de la théorie à la pratique.
- Qui peut être mandataire ad hoc ou conciliateur ?
- Homologation ou constatation de l'accord amiable : qui choisit ? Comment choisir ? Quels enjeux ? Quels risques ?

2^{ème} table ronde

De la procédure de sauvegarde au redressement judiciaire

- La procédure de sauvegarde : que des avantages ?
- La procédure de redressement judiciaire : que des inconvénients ?
- De la sauvegarde au redressement judiciaire : causes et effets de la conversion.
- Les comités de créanciers : la liberté de négocier retrouvée dans une procédure judiciaire !
- La cession de l'entreprise en redressement judiciaire.

3^{ème} table ronde

La situation des créanciers : plus de droits, plus de privilèges... et moins de privilègiés

- Le nouveau privilège dit “d'argent frais”, un privilège de plus ?
- Les nouveaux “article 40” (L. 622-17 et L. 641-13) : encore un privilège mais... des critères plus restrictifs.
- Créanciers, devenez contrôleurs, mais gare aux effets pervers.

Rapport de synthèse

par François-Xavier Lucas, professeur à l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne), et Hervé Lécuyer, professeur à l'Université Paris II (Panthéon-Assas).

Cocktail de clôture à partir de 19h30

INVITATION

Réponse attendue le 1^{er} mars 2006 au plus tard.

- Je participerai aux 10^{es} Rencontres des Petites Affiches**, le mardi 7 mars 2006 à la Maison du Barreau à Paris.
- Je suis abonné(e) aux Petites Affiches.** A ce titre, je suis gracieusement invité(e).
- Je ne suis pas abonné(e).** Je règle une participation de 215,28 € TTC (180 € HT) par chèque bancaire à l'ordre des Petites Affiches (photocopier cette annonce s'il y a plusieurs participants).

Code abonné _____

Nom Prénom

Société Fonction

Adresse Code Postal Ville

Téléphone Fax Adresse e-mail

**A retourner au plus tard le 1^{er} mars prochain par FAX : 01 42 92 03 91
ou par courrier : Petites Affiches - 2 rue Montesquieu - 75041 Paris Cedex 01
Informations complémentaires : 01 42 61 88 04 - E-mail : rencontres@petites-affiches.com**