

PIERRE-MARIE DURADE-REPLAT, Avocat Associé SELARL DELSOL & Associés.

Faut-il croire dans la nouvelle loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 ?

Parce que la déconfiture d'un homme dans ses affaires a longtemps été considérée comme la fille illégitime et honteuse du commerce, le droit de la faillite est né dans la douleur.

La nature même de ce droit et les intérêts contradictoires qu'il touche, ont fait que son évolution vers sa mutation au profit d'un droit de l'entreprise en difficulté s'est réalisée, souvent, au travers de partis pris idéologiques.

Du "faillir", dont le comportement honteux à l'égard de ses créanciers justifiait un traitement d'une exemplaire sévérité, jusqu'à la loi du 25 janvier 1985, prônant coûte que coûte le "tout redressement judiciaire" au détriment de l'intérêt des créanciers, le droit des procédures collectives a manifesté ses tâtonnements et ses excès, axés autour de cette insurmontable rivalité entre les deux frères ennemis historiques : le débiteur et ses créanciers.

Si des lois intermédiaires sont venues, ici et là, corriger les excès commis en un sens ou dans l'autre, le même constat s'imposait, année après année, aux yeux des différents intervenants : l'échec patent des outils juridiques mis en place autour du droit de l'entreprise en difficulté, incapables de sauver des entreprises confrontées à des difficultés financières, à sauvegarder des emplois et à garantir les intérêts des créanciers.

Cet échec, né de la funeste rivalité entre l'intérêt du débiteur et l'intérêt de ses créanciers, a, pendant longtemps, faussé le mécanisme juridique dont on cherchait à doter un droit en perpétuelle quête d'une efficacité jamais atteinte.

Jusqu'à ce qu'émerge cette question fondamentale : et si les intérêts de ces frères ennemis historiques n'étaient pas divergents et contradictoires, mais au contraire commandés par le même impératif : préserver l'entreprise des vicissitudes et difficultés qui jalonnent son parcours, sortir du gué pour mieux continuer ensemble dans une même perspective de développement et de pérennité ?

Faisant fi des partis pris idéologiques du passé, le Législateur de 2005 s'inscrit dans une démarche radicalement nouvelle : mettre enfin, et efficacement, le droit au service de l'économie.

Révolutionnaire, la loi du 26 juillet 2005 l'est, bien au-delà des nouvelles techniques juridiques qu'elle propose, par une approche qui se veut pragmatique : on a dit et redit que l'échec de la loi de 1985 s'expliquait

par le fait que les procédures s'ouvraient toujours trop tard, à un moment où la situation du débiteur se trouvait irrémédiablement compromise.

La réforme du droit des procédures collectives invite aujourd'hui à un changement radical du mode d'appréhension du traitement des difficultés des entreprises.

Le débiteur est désormais invité à sortir du tabou dans lequel l'entretien, soit la honte générée par les difficultés de son entreprise, soit la peur d'un mécanisme juridique qui aujourd'hui, dans la majeure partie des cas, conduit à son expropriation.

La loi nouvelle propose en effet désormais, à celui qui saura parler des premières difficultés qu'il rencontre, ou qu'il pressent, de trouver un arsenal de solutions permettant de gérer, en concertation avec ses créanciers, une situation de crise qui peut n'être que passagère, et ce dans l'intérêt de tous : lui-même, ses employés, ses créanciers..., et d'une façon générale l'ordre public économique : la conciliation (nouvelle dénomination du règlement amiable) est largement améliorée, notamment par l'institution du privilège de "new money", dont la vocation est d'inciter les créanciers à consentir au débiteur des avantages sous forme d'avance en trésorerie ou de fourniture d'un bien ou service destinés à favoriser la poursuite d'activité de l'entreprise.

L'innovation la plus importante de la loi du 26 juillet 2005 - et ce n'est pas un hasard si la loi est à cet égard éponyme - porte sur la création d'une nouvelle procédure, la sauvegarde, dont on a dit et redit qu'elle était une libre inspiration du "chapter eleven" de la législation américaine.

La loi nouvelle allège le régime des sanctions et structure la liquidation judiciaire beaucoup plus qu'elle ne l'était jusqu'à présent.

Elle s'ouvre enfin aux professions libérales (sujet non traité dans la présente étude).

1- LA CONCILIATION :

La conciliation est le nouveau nom donné au règlement amiable qui était directement issu de la loi du 1er mars 1984.

Les résultats prometteurs mais encore insuffisants du mandat ad hoc et du règlement amiable, ont en effet conduit le législateur à favoriser ce traitement préventif des difficultés en faisant, avec la procédure de sauvegarde, l'épine dorsale de la loi nouvelle.

Si le mandat ad hoc n'a fait l'objet d'aucune réglementation détaillée, hormis l'article L 611-3 nouveau du Code de Commerce qui dispose : "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", la conciliation fait, quant à elle, l'objet de nombreuses dispositions (L 611-4 à L 611-15).

Afin d'accentuer le caractère préventif de cette procédure de traitement des difficultés des entreprises, les conditions d'ouverture sont très élargies puisque l'article L 611-4 dispose : "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 cessation des paiements depuis plus de 45 jours."

La double innovation porte donc d'une part sur la nature de la difficulté rencontrée qui peut désormais n'être que prévisible, et non plus seulement avérée, et surtout sur la possibilité de bénéficier de cette procédure alors même que le débiteur se trouve en état de cessation des paiements, depuis une durée inférieure ou égale à 45 jours.

On notera que cette disposition législative rejoint d'une certaine façon la pratique des Tribunaux de Commerce de Paris qui souvent retenaient, dans le cadre du règlement amiable, la jurisprudence de la Cour de Cassation s'agissant de créances exigibles mais non exigées, pour écarter la cessation des paiements.

Élément primordial : c'est le débiteur lui-même qui prend l'initiative de cette procédure par requête présentée au Président du Tribunal qui choisit le conciliateur, éventuellement sur suggestion des débiteurs.

Afin de mettre un terme à certaines dérives, la loi prévoit désormais un cadre strict dans les conditions de désignation du conciliateur (comme d'ailleurs le mandataire ad hoc) : l'article L 611-13 nouveau du Code de Commerce prévoit ainsi : "Les missions de mandataire ad hoc ou de conciliateur 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 intéressé, de tout créancier du débiteur ou d'une personne qui en détiennent 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."

La demande d'ouverture de la procédure, qui n'est soumise à aucun recours, est transmise pour information au Ministère Public.

Il est à noter que parallèlement à cette saisine unilatérale par le débiteur, le Président du Tribunal de Commerce détient toujours les pouvoirs de se faire communiquer par les Commissaires aux Comptes, les membres ou représentants du personnel, l'administration publique ou organismes de sécurité ou protection sociale, ainsi que les services chargés de la centralisation des risques bancaires et des incidents de paiement, tout renseignement de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière du débiteur, dont il aurait eu connaissance dès difficultés.

Afin de favoriser la réussite de cette procédure de conciliation, la mission du conciliateur est allongée par rapport à celle du règlement amiable puisqu'il dispose désormais d'une durée de 4 mois avec possibilité de prorogation de 1 mois sup-

plémentaire à la seule demande du conciliateur (3 mois dans le règlement amiable).

Au sens de l'article L 611-7 nouveau du Code de Commerce, "le conciliateur a pour mission de favoriser la conclusion entre le débiteur et ses principaux créanciers ainsi que, le cas échéant, ses cocontractants habituels, un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise. Il peut également présenter toutes propositions se rapportant à la sauvegarde de l'entreprise, à la poursuite de l'activité économique et au maintien de l'emploi."

Une fois que le débiteur est parvenu à nouer un accord avec ses principaux créanciers, il a le choix entre la double option suivante :

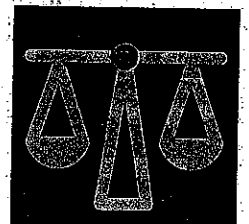
La constatation de l'accord : il s'agit d'un "donné acte" qu'il est demandé au Président du Tribunal de délivrer par l'apposition de la formule exécutoire. Le Président n'a, à ce titre, aucune espèce de latitude, puisqu'il ne peut porter aucun jugement sur le contenu de l'accord, sauf à vérifier l'existence de l'attestation exigée par l'article L 611-8 nouveau du Code de Commerce du débiteur qu'il ne se trouvait pas en cessation des paiements lors de la conclusion de l'accord ou que ce dernier y met fin.

Cette ordonnance, qui met fin à la procédure de conciliation, n'est pas soumise à publication et n'est ainsi pas susceptible de recours.

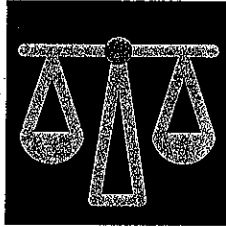
L'homologation, par le Tribunal, de l'accord noué avec les créanciers. Dans ce cas, le Tribunal a un pouvoir d'appréciation puisqu'il n'accordera l'homologation que s'il remplit les conditions suivantes :

- le débiteur n'est pas en cessation des paiements ou l'accord conclu y met fin,
- les termes de l'accord sont de nature à assurer la pérennité de l'activité de l'entreprise,
- l'accord ne porte pas atteinte aux

Afin de mettre un terme à certaines dérives, la loi prévoit désormais un cadre strict dans les conditions de désignation du conciliateur.



Le débiteur ne pourra plus être exposé à des sanctions personnelles ou pécuniaires au titre d'actes de gestion antérieurs au jugement d'homologation de l'accord de conciliation.



intérêts des créanciers non signataires, sans préjudice de l'application qui peut être faite des articles 1244-1 à 1244-3 du Code civil.

APPRECIATION CRITIQUE

En améliorant, de façon notable, l'ancien règlement amiable, le Législateur mise beaucoup sur le succès de la procédure de conciliation.

Pour donner à ce mécanisme de traitement des difficultés des entreprises son envol et ses meilleures chances de succès, le Législateur l'a doté de deux innovations particulièrement importantes :

En premier lieu, l'article 631-8 nouveau du Code de Commerce prévoit l'impossibilité de faire remonter la date de cessation des paiements antérieurement à la date de la décision définitive d'homologation.

En agissant de la sorte, le législateur a voulu sécuriser au maximum les créanciers qui auront accepté de participer à l'accord afin de permettre ainsi à l'entreprise de passer le cap de ses difficultés, avérées ou prévisibles.

Une autre conséquence de cette disposition est que le débiteur ne pourra plus être exposé à des sanctions personnelles ou pécuniaires au titre d'actes de gestion antérieurs au jugement d'homologation de l'accord de conciliation.

Par ailleurs, est institué le privilège dit de "new money" prévu à l'article L 611-11 nouveau du Code de Commerce : "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 et 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. Les créanciers, signataires de l'accord, ne peuvent bénéficier directement ou indirectement de ces dispositions au titre de leur concours antérieurs à l'ouverture de la conciliation."

Ainsi ce privilège aboutit-il à un ordre de priorité extrêmement intéressant pour ces créanciers puis-

qu'ils ne seront primés, en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire subséquentes à une procédure de conciliation, que par le super privilège des salaires et les frais de justice antérieurs.

Il est à noter que cette disposition n'a pas été jugée anticonstitutionnelle puisque sur saisine de l'opposition parlementaire, le Conseil Constitutionnel a relevé que ce privilège ne constituait pas une rupture d'égalité entre les créanciers puisque les catégories des créanciers concernés n'étaient pas les mêmes.

Il faut souligner une innovation particulièrement importante de la nouvelle loi qui prévoit désormais que "les administrations financières, les organismes de sécurité sociale, les institutions gérant le régime d'assurance chômage prévues 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".

Il était temps en effet que le Législateur, pour parfaire la crédibilité de sa démarche d'un traitement très en amont des difficultés des entreprises, contribue dans la plus large mesure à l'atténuation du fossé séparant les grands créanciers "étatiques" des autres catégories de créanciers.

Quand on sait que ces créanciers représentent la majeure partie des créances privilégiées admises, cette disposition est particulièrement heureuse.

La notion, volontairement soulignée, de concomitance des efforts, vise à la collectivisation des sacrifices que les créanciers seront prêts à consentir dans l'intérêt d'un redressement de l'entreprise, et de sa pérennisation.

Les remises des administrations financières peuvent porter sur l'ensemble des impôts directs, mais seulement sur les intérêts de retard, majorations, pénalités ou amendes s'agissant des impôts indirects.

La conciliation, dans sa nouvelle mouture, constitue donc, a priori, un mode incitatif de traitement, très en amont, des difficultés du débiteur et qui devrait favoriser, à terme, la restructuration des entreprises.

Les efforts consentis par le Législateur pour inciter les créanciers principaux à venir à la table des négociations et favoriser le redres-

sement de l'entreprise sont à souligner.

Une difficulté majeure semble cependant faire émergence.

Les principaux avantages consentis aux créanciers (privilège de "new money" et absence de remontée de la cessation des paiements à une période antérieure à l'homologation de l'accord) ne sont applicables que pour autant que l'accord aura été homologué par le Tribunal.

Or, l'homologation aboutit à la publicité, et par voie de conséquence à la rupture de la règle de la confidentialité.

L'attrait principal d'une procédure de traitement préventif des difficultés réside dans la confidentialité attachée aux négociations ouvertes avec les créanciers principaux.

Or, ces créanciers ne seront incités à négocier que pour autant que l'accord sera homologué.

Le risque est ainsi non négligeable que se télescopent deux conceptions difficilement compatibles entre la confidentialité d'une part, et la nécessaire sécurisation des partenaires d'autre part.

La conciliation étant laissée, on le rappelle, à la seule initiative du débiteur, il n'est pas exclu que celui-ci, confronté à la légitime exigence de ses créanciers d'une sécurisation par homologation de l'accord, se détourne de cette procédure pour lui préférer la sauvegarde.

L'avenir dira si cette préoccupation du débiteur affectera la portée de cette mesure.

II - LA SAUVEGARDE :

Cette innovation de la loi du 26 juillet 2005 est, à n'en pas douter, le fer de lance de la réforme.

D'inspiration avouée du système américain (le fameux chapter eleven) la sauvegarde est, reconnaissons-le avec un peu de chauvinisme, avant tout l'aboutissement d'une réflexion nationale menée, sans toujours beaucoup de succès, au cours des précédentes décennies, sur l'absolue nécessité de traiter de façon préventive les difficultés naissantes des entreprises.

C'est pour frapper fort au cœur même de cette volonté définitivement affichée de traitement anticipé que la procédure de sauvegarde s'affiche comme insusceptible de cohabiter avec un état de cessation des paiements.

Cette rupture avec la corrélation cessation des paiements / procédure collective est, dans notre droit positif, révolutionnaire, puisqu'elle pose pour la première fois le principe qu'une entreprise en difficultés peut bénéficier de la protection de la loi sans avoir franchi le cap de l'état de cessation des paiements qui, seul jusqu'à présent, déclenchait l'ouverture de la procédure collective (redressement judiciaire ou liquidation judiciaire).

L'article 620-1 nouveau du Code de Commerce permet de se convaincre du caractère à la fois préventif et curatif de cette mesure : "Il est institué une procédure de sauvegarde ouverte sur demande d'un débiteur mentionnée 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".

Tout comme pour la conciliation, le débiteur reste seul maître de sa décision, puisque il est à la fois seul habilité à solliciter l'ouverture de la procédure de sauvegarde, et seul à en solliciter la clôture, dès lors bien sûr qu'il ont disparus les difficultés qui ont justifié son ouverture.

On l'a dit, la volonté du Législateur a été, dans cette importante réforme du droit des procédures collectives, de permettre un traitement très en amont des difficultés des entreprises.

Pour parvenir à cet objectif, il fallait, notamment, mettre en place une procédure qui dédramatisait aux yeux du chef d'entreprise la notion de "mise sous protection de la loi".

On sait en effet que, pour tout chef d'entreprise confronté à des difficultés, le concept même de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire correspondait non seulement à une certaine forme d'infamie, mais encore à la certitude d'une mort certaine de l'entreprise, en tout cas du point de vue du débiteur, hors le cas de plans de continuation qui n'ont pas constitué la majorité, loin s'en faut, des solutions apportées dans le cadre du redressement judiciaire.

Afin de rompre, si possible définitivement, avec cette peur de l'intervention de la loi dans le traitement des difficultés des entreprises, le Législateur a, en proposant cette

mesure de sauvegarde, mis en place des modes de fonctionnement qui se veulent attractifs.

Le chef d'entreprise n'est en effet pas dessaisi de son pouvoir de direction.

L'administrateur qui sera nommé par le Tribunal (dans le cas d'une entreprise en difficulté dont le nombre de salariés et le chiffre d'affaire hors taxes sont supérieurs à des seuils fixés par Décret en Conseil d'Etat) n'aura qu'une mission de surveillance ou d'assistance, mais en aucun cas de représentation.

C'est une différence notable avec le redressement judiciaire de l'ancienne législation.

Cependant, et ce n'est pas la moindre des difficultés du nouveau système, la loi prévoit que le Tribunal peut "dans certains cas extrêmes, pour maintenir l'entreprise en vie, procéder à l'éviction du dirigeant qui empêcherait l'adoption du plan de sauvegarde".

Autre avantage important de la procédure de sauvegarde, elle prévoit la possibilité pour les garants de se prévaloir de l'arrêt du cours des intérêts et des dispositions du plan de sauvegarde qui sera adopté.

Quand on sait que, dans la pratique, nombre de chefs d'entreprises sont contraints de donner des engagements personnels, nul doute que cette disposition devrait contribuer à vaincre la réticence des chefs d'entreprises qui, confrontés à des difficultés, n'osent s'en ouvrir de peur de mettre le doigt dans l'engrenage judiciaire d'une expropriation et d'une exposition à titre personnel à l'égard des créanciers.

Il est à noter que ces dispositions ne concernent que les garants "personnes physiques", à l'exclusion des personnes morales.

Autre mesure visant à dédramatiser le recours à la protection de la loi : dans la procédure de sauvegarde, il n'est pas possible pour le Tribunal de prononcer à l'égard du débiteur une faillite personnelle et une interdiction de gérer ; le délit de banqueroute quant à lui n'a pas vocation à s'appliquer puisque, on l'a vu, la procédure de sauvegarde est exclusive de l'état de cessation des paiements.

Concernant les conditions d'ouverture de cette procédure de sauvegarde, il est à noter qu'elle est possible lorsque le débiteur se trouve confronté à "des difficultés, qu'il n'est pas en mesure de surmonter, de nature à le conduire à la cessation des paiements".

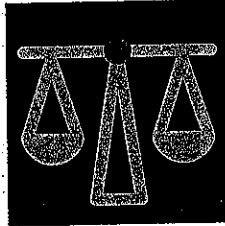
Le projet de loi avait retenu une définition différente puisqu'il s'agissait de "difficultés susceptibles de conduire le débiteur à la cessation des paiements".

On n'est pas totalement convaincu.

Le Tribunal peut "dans certains cas extrêmes, pour maintenir l'entreprise en vie, procéder à l'éviction du dirigeant qui empêcherait l'adoption du plan de sauvegarde".



Chaque comité décide à la majorité de ses membres représentant au moins les 2/3 du montant des créances de l'ensemble des membres du comité.



de l'apport sémantique de la formule finalement retenue, dans la mesure où il n'est pas sûr que les deux définitions recouvrent des réalités bien différentes.

Autre atout en faveur de la sauvegarde :

Le jugement d'ouverture emporte de plein droit interdiction de payer toute créance née antérieurement, à l'exception du paiement par compensation des créances connexes.

Il entraîne également la suspension des poursuites individuelles.

La procédure de sauvegarde commence par une période d'observation d'une durée maximale de 6 mois, renouvelable une fois par décision motivée à la demande de l'administrateur, du débiteur ou du ministère public.

Exceptionnellement, et sur demande du ministère public, elle pourra être prolongée davantage pour une durée qui sera fixée par Décret en Conseil d'Etat.

Pendant la période d'observation, il appartient à l'administrateur judiciaire, s'il a été désigné, ou au débiteur seul, d'opter pour la poursuite des contrats en cours.

S'il reste seul, il ne se prononce qu'après avoir recueilli l'accord du mandataire judiciaire, désigné dans le jugement d'ouverture, aux côtés éventuellement de l'administrateur judiciaire.

Il est à noter ici que le mandataire judiciaire est le nouveau nom donné au représentant des créanciers.

Point remarqué de la réforme, des comités de créanciers doivent être constitués en vue de l'élaboration du plan de sauvegarde.

Réservés, aux termes de l'article L. 626-29 alinéa 1er, aux grandes entreprises dont les comptes ont été certifiés par un Commissaire aux Comptes ou établis par un Expert-Comptable (le nombre de salariés et le chiffre d'affaire concerné seront fixés par Décret en Conseil d'Etat), il est prévu que, sur demande de l'administrateur judiciaire ou du chef d'entreprise, les entreprises n'atteignant pas les seuils fixés pourront également bénéficier de la procédure de sauvegarde avec création des comités de créanciers.

Si la loi n'est à cet égard pas très éloquent, le ressort des débats parlementaires que la constitution des comités de créanciers constituera la règle la plus fréquemment mise en place.

Les deux comités de créanciers qui regroupent l'un les établissements de crédits, l'autre les principaux fournisseurs de biens ou de services, sont réunis par l'administrateur judiciaire dans un délai de 30 jours à compter du jugement d'ouverture de la procédure.

Le débiteur présente à ces comités, dans un délai de 2 mois à compter de leur constitution, des propositions en vue d'élaborer le projet de plan.

Ce délai de deux mois peut être renouvelé une fois pour une période similaire, par le Juge Commissaire, à la demande du débiteur ou de l'administrateur.

Il appartient aux comités de se prononcer sur ce projet, le cas échéant amendé, au plus tard dans un délai de 30 jours suivant la transmission des propositions du débiteur.

Chaque comité décide à la majorité de ses membres représentant au moins les 2/3 du montant des créances de l'ensemble des membres du comité.

Il appartient au Tribunal, ayant à statuer sur le projet de plan adopté par les comités, de s'assurer que les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés.

Dans ce cas, il arrête le plan conformément au projet adopté.

Dans le cas contraire, ou si les comités de créanciers n'acceptent pas les propositions, le Tribunal peut recourir aux techniques du plan de continuation traditionnel et consulter l'ensemble des créanciers.

L'homologation du plan par le Tribunal est donc bien plus qu'un simple "donné acte".

S'il est prévu dans le projet de plan des licenciements économiques, il faut retenir qu'ils seront mis en œuvre selon la procédure de droit commun, et non pas selon une procédure accélérée comme en redressement judiciaire.

Certains commentateurs se sont émus de ce qui a pu leur paraître comme une carence importante de cette nouvelle procédure de sauvegarde.

Cette disposition a fait l'objet de débats parlementaires vifs, l'opposition parlementaire et le gouvernement s'étant opposés à tout allègement du régime de la sauvegarde sur celui du redressement judiciaire en matière de licenciement économique.

Il est vrai que la sauvegarde, s'appliquant à des entreprises qui se trouvent dans une situation a priori très en amont de l'état de cessation des paiements, le régime dérogatoire au droit commun ne semble pas avoir de justification majeure.

La loi a par ailleurs apporté une innovation importante s'agissant des créanciers dont la créance est née postérieurement au jugement d'ouverture.

L'article L. 622-17.1 du Code de Commerce prévoit ainsi que :

"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".

Cette règle, applicable aussi bien pour le régime de la sauvegarde que pour celui du redressement judiciaire, vise à conférer un privilège de paiement aux créanciers "utiles" à la procédure collective.

On voit donc bien là tout l'effort du Législateur dans le sens d'une soumission la plus adéquate qui soit du juridique à l'économique.

Le créancier privilégié, et c'est également une nouveauté, doit porter son privilège à la connaissance du mandataire judiciaire et de l'administrateur judiciaire dans un délai d'un an à compter de la fin de la période d'observation.

L'observation de cette règle ne conduit plus à l'extinction de la créance, mais à la perte du privilège (ce qui laisse intact le recours contre la caution...).

Les créanciers titulaires d'une créance postérieure, mais qui ne répondent pas aux critères d'attribution du privilège, ne bénéficient donc d'aucun traitement préférentiel.

Il est donc considéré que non seulement ce créancier ne sera pas payé à l'échéance, mais encore qu'il verra en concurrence avec le créancier antérieur.

Quant à ce dernier, dont la créance est donc née antérieurement au jugement d'ouverture, il doit traditionnellement adresser sa déclaration au mandataire judiciaire.

A défaut de déclaration dans les délais fixés par Décret en Conseil d'Etat, l'article L. 622-26 prévoit que ces créanciers ne sont pas admis dans les répartitions et les dividendes, sauf relevé de forclusion (6 mois au lieu de 12).

Ainsi, et contrairement au régime antérieur, le créancier négligent ne se heurte pas non plus à l'extinction de sa créance (avec toutes les conséquences à l'égard de la caution et en

cas de clôture pour apurement du passif).

La loi a, également, apporté une amélioration du rôle des contrôleurs. L'article L. 621-10 de la loi nouvelle prévoit que le Juge Commissaire "désigne un à cinq contrôleurs parmi les créanciers qui lui en font la demande".

Lorsqu'il désigne plusieurs contrôleurs, il 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.

Lorsque le débiteur exerce une profession libérale, soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, l'ordre professionnel ou l'autorité compétente, dont le cas échéant, il relève est d'office contrôleur".

Si leur fonction générale n'a guère changé par rapport au régime antérieur (assister le mandataire judiciaire dans ses fonctions et le Juge Commissaire dans sa mission de surveillance de l'administration de l'entreprise), il bénéficie en revanche d'une innovation de la loi particulièrement importante :

L'article L. 653-7 prévoit en effet que : "Dans le cas prévu aux articles L. 653-3 à L. 653-6 et L. 653-8, le Tribunal est saisi par le mandataire judiciaire, le liquidateur ou le ministère public.

Dans l'intérêt collectif des créanciers, le Tribunal peut également être saisi à toute époque de la procédure par la majorité des créanciers nommés contrôleurs lorsque le mandataire de justice ayant qualité pour agir n'a pas engagé les actions prévues aux mêmes articles, après une mise en demeure restée sans suite dans un délai et des conditions fixés par Décret en Conseil d'Etat".

Les contrôleurs ont donc désormais la possibilité d'exercer un véritable pouvoir pour obtenir que soient engagées à l'encontre du débiteur des actions en faillite personnelle ou interdiction de gérer.

Quand on sait que la réticence actuelle des créanciers à postuler aux fonctions de contrôleur réside précisément dans le constat d'une impuissance à influencer les organes de la procédure collective aux fins de rechercher la responsabilité du débiteur, il ne fait guère de doute que les nouvelles dispositions de la loi devraient assez considérablement développer l'intérêt de créanciers à cette fonction.

APPRECIATION CRITIQUE

La procédure de sauvegarde tient une place prépondérante dans la nouvelle loi.

Elle centralise tous les espoirs du Législateur qui, à cette fin, a mis en

place un arsenal destiné à modifier la mentalité des chefs d'entreprises et à les inciter à recourir à la protection de la loi sans craindre l'ensemble des effets pervers attachés au redressement judiciaire.

La sauvegarde entraîne une suspension provisoire des poursuites.

Tant au niveau de ses engagements personnels de caution que de la mise en jeu de sa responsabilité, le débiteur est, d'une façon générale, pourvu d'une immunité relativement importante.

De la même façon, le chef d'entreprise retrouve une certaine forme de liberté puisque la loi prévoit la suspension automatique de l'interdiction d'émettre des chèques en vue de faciliter l'exécution du plan de sauvegarde.

En en faisant un redressement judiciaire anticipé, sans les inconvénients de cette procédure, le Législateur dote la procédure de sauvegarde d'un maximum d'atouts en vue de favoriser sa réussite.

Les praticiens déplorent d'ores et déjà le faible temps laissé pour la consultation des comités et l'absence de régime dérogatoire pour les licenciements économiques.

Pour notre part, il nous semble que deux difficultés pourraient être de nature à entraver, dans des proportions importantes, le changement de mentalité escompté du chef d'entreprise.

On a vu que la première idée force de la procédure de sauvegarde est de prétendre que le débiteur reste à la tête de son entreprise.

Certes l'administrateur nommé ne peut représenter le débiteur, mais doit se contenter de le surveiller ou de l'assister.

Or, cette assistance n'est pas forcément exclusive d'un risque de désaisissement partiel du chef d'entreprise.

En effet, l'administrateur peut exiger l'exécution des contrats en cours, demander la résiliation du bail de l'immeuble affecté à l'activité de l'entreprise, et d'une façon générale il a l'obligation de requérir du chef d'entreprise, ou selon le cas, de faire lui-même tous actes nécessaires à la conservation des droits de l'entreprise contre les débiteurs de celle-ci et à la préservation des capacités de production.

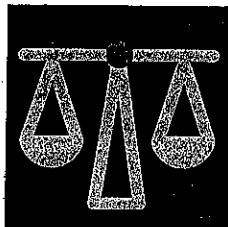
Il bénéficie encore d'un certain nombre de prérogatives qui sont de nature à mettre à néant l'affirmation d'une autonomie totale du débiteur dans le cadre de cette procédure.

La deuxième difficulté tient, à notre sens, aux dispositions des articles L. 622-10 "A tout moment de la période d'observation, le Tribunal,

L'administrateur nommé ne peut représenter le débiteur, mais doit se contenter de le surveiller ou de l'assister.



La loi nouvelle renvoie très souvent, pour les dispositions relatives au redressement judiciaire, à celles précédemment énumérées pour la sauvegarde.



à la demande du débiteur, de l'administrateur, du mandataire judiciaire, d'un contrôleur, du ministère public ou d'office peut ordonner la cessation partielle de l'activité" et L. 626-4 "Lorsque la sauvegarde de l'entreprise le requiert, le Tribunal, sur 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 réglementaire. A 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 ses parts sociales, titre de capital ou valeurs mobilières, donnant accès au capital, détenus par ces mêmes personnes, le prix de cession étant fixé à Dire d'expert".

Bien que cette disposition n'ait pas fait l'objet de beaucoup de réaction de la part des commentateurs, il nous semble qu'elle constitue une certaine hérésie dans la prétention du Législateur de valoriser la démarche volontaire du débiteur de se mettre, de sa propre initiative, sous la protection de la loi.

III- LE REDRESSEMENT JUDICIAIRE :

La loi nouvelle ne modifie pas fondamentalement les règles antérieures du redressement judiciaire. Il n'est à cet égard pas indifférent de relever que la loi renvoie très souvent, pour les dispositions relatives au redressement judiciaire, à celles précédemment énumérées pour la sauvegarde.

C'est dire si les deux procédures restent proches l'une de l'autre, principalement séparées par un fait générateur différent, et si, dans la présentation, le Législateur a voulu faire du redressement une procédure secondaire, rompant ouvertement avec le parti pris de la loi du 25 janvier 1985.

En effet, c'est bel et bien toujours la cessation des paiements qui va régir l'ouverture du redressement judiciaire.

L'article L. 631-1 rappelle en effet : "Il est institué une procédure de redressement judiciaire ouverte à tout débiteur mentionné aux articles L. 631-2 ou L. 631-3 qui, dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, est en cessation des paiements.

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. Elle 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, conformément aux dispositions des articles L. 626-29 et L. 626-30".

Il est à noter, et c'est une innovation de la loi nouvelle que, si la phase de redressement judiciaire peut donner lieu à une cession de l'entreprise, le plan de cession est désormais traité dans le chapitre réservé à la liquidation judiciaire, qui devient une procédure à part entière.

IV- LA LIQUIDATION JUDICIAIRE :

L'article 640-1 prévoit : "Il est institué une procédure de liquidation judiciaire ouverte à tout débiteur mentionné à l'article L. 640-2 en cessation des paiements et dont le redressement est manifestement impossible.

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".

Ainsi, et comme on l'a vu, le plan de cession est désormais traité au chapitre de la liquidation judiciaire. Cela n'est d'ailleurs pas sans poser quelques difficultés.

En effet, qui dit plan de cession dit recherche de repreneurs, ce qui nécessite toujours du temps.

On peut donc s'interroger sur les moyens dont disposera le liquidateur pour payer la poursuite d'exploitation de l'entreprise irrémédiablement compromise, jusqu'à la présentation et l'adoption d'un plan de cession.

Par ailleurs, la loi innove en créant une procédure de liquidation judiciaire simplifiée.

Le Législateur répond en cela à une attente de longue date des professionnels.

Cette liquidation judiciaire simplifiée s'adressera exclusivement à des petites entreprises qui ne disposent d'aucun actif immobilier ou d'un actif mobilier extrêmement symbolique.

Les Décrets à venir en Conseil d'Etat détermineront les seuils de déclenchement de cette procédure qui sera fondée, une nouvelle fois, sur l'importance du chiffre d'affaire et le nombre de salariés.

La simplification de ce régime réside premièrement dans la procédure de vérification des créances puisque désormais le liquidateur judiciaire ne vérifiera que les créances susceptibles de venir en rang utile.

Elle concerne en second lieu la

réalisation des actifs immobiliers qui pourront désormais être cédés, de gré à gré ou aux enchères publiques, par le liquidateur dispensé de recueillir l'autorisation du Juge Commissaire ou l'avis du débiteur et des contrôleurs.

Le projet de répartition du produit de la réalisation des actifs immobiliers sera déposé au Greffe du Tribunal, et pourra faire l'objet d'un recours à l'initiative de tout intéressé.

Enfin, l'assouplissement du régime normal de liquidation judiciaire au travers du régime simplifié réside également dans la durée puisqu'il est prévu que la procédure doit être clôturée au plus tard un an après l'ouverture de la procédure collective, exceptionnellement prolongée de 3 mois supplémentaires par décision motivée du Tribunal.

L'avenir dira si cette procédure simplifiée remplira ses promesses.

Elle devra en tout état de cause faire l'objet d'un examen attentif au cas par cas, afin d'éviter des risques d'abus ou de fraudes de la part de débiteurs qui pourraient s'arranger pour descendre en dessous des seuils pour bénéficier de cette procédure rapide, qui ne laisse guère de place au régime des nullités et des sanctions personnelles.

V- LES SANCTIONS :

Cohérente avec l'état d'esprit qui l'anime, la loi du 26 juillet 2005 consacre une diminution des sanctions à l'égard des dirigeants.

L'article L. 651-2 prévoit que :

"Lorsque la résolution d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire ou la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actifs, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actifs, décider que les dettes de la personne morale seront supportées, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux ayant contribué à la faute de gestion. En cas de pluralité de dirigeants, le tri-

bunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables. L'action se prescrit par 3 ans à compter du jugement qui prononce la liquidation judiciaire ou la résolution du plan".

La loi restreint donc le champ d'application de l'action en comblement de passif.

Elle abroge parallèlement les dispositions antérieures qui prévoyaient le prononcé, à l'encontre des personnes indéfiniment et solidairement responsables des dettes sociales, d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire.

L'ouverture d'une procédure collective à l'encontre des dirigeants contre lesquels ont été retenues des fautes de gestion, n'est plus possible à titre de sanction.

Autre innovation, qui constitue l'aboutissement de préconisations antérieures de la Cour de Cassation, le Tribunal ne peut désormais plus se saisir d'office.

Quant au Juge Commissaire, l'article L. 651-3 prévoit qu'il ne peut pas siéger dans la formation de jugement, ni même participer au délibéré, lorsque l'action a été introduite par le mandataire, le liquidateur ou le ministère public.

La faillite personnelle peut désormais être prononcée sans durée minimale, mais pour une durée inférieure ou égale à 15 ans.

CONCLUSION

Réformer le droit des entreprises en difficultés procède toujours d'une démarche difficile, sorte d'exercice sans filet dont les enjeux sont importants.

La loi du 26 juillet 2005 ne fait pas exception à cette règle, y ajoutant une dimension véritablement innovante et imaginative.

L'audace (prudente ?) dont a fait preuve le Législateur traduit sa volonté de prendre désormais à contre courant la tendance des dernières décennies.

Certains commentateurs ont déjà manifesté le regret que cette loi ne soit pas allée plus loin.

Acet égard, la prochaine réforme des sûretés constituera un complément sans doute largement positif.

La loi nouvelle a certes encore des imperfections, mais peut-on, en pareille matière, trouver la solution idéale ?

Tout en enrichissant la palette des procédures offertes au débiteur en difficulté, elle va générer par un effet mécanique une difficulté évidente quant au choix à préconiser.

A titre d'exemple, que faudra-t-il conseiller, de la conciliation ou de la sauvegarde, aux chefs d'entreprises, confrontés à des difficultés

mais qui ne seraient pas encore en cessation des paiements ?

La nature des relations avec les différents créanciers, la situation du chef d'entreprise au regard de ses engagements personnels, son état d'esprit constitueront autant de critères, parmi beaucoup d'autres, destinés à guider le meilleur choix.

A cet égard, les Conseils ne seront pas de trop, aux côtés des hommes du chiffre, pour conseiller aux chefs d'entreprises la mesure la plus adéquate à mettre en œuvre.

Si nous penchons, pour notre part, pour une certaine préférence pour la conciliation, c'est véritable à l'aune de ce choix difficile que se mesurera la portée et l'efficacité de chacune de ces deux mesures.

Espérons que les efforts du Législateur n'aient pas été vains, lui qui n'a pas été hésité à violenter un peu l'égalité des créanciers pour amener les plus courageux d'entre eux autour de la table des négociations.

On pense notamment à l'article L. 650-1, qui semble sonner le glas du soutien abusif, et qui dispose : "Les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraudes, 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 ces concours sont nulles".

C'est sans connaître l'avenir, mais la conscience tranquille, que le Législateur a posé sa plume.

En effet, le rédacteur de cette loi, Jérôme DEHARVING, rappelait encore, à l'occasion d'un récent colloque : "La loi sera ce que l'on en fera", soulignant par cette formule, que le chef d'entreprise est désormais doté d'une grande variété d'outils visant à l'aider à sortir de l'ornière des difficultés rencontrées pour autant qu'il voudra bien faire preuve de responsabilité et de volonté d'anticipation.

On serait tenté de rajouter, car le sens des responsabilités des chefs d'entreprises n'est pas, à de rares exceptions près, à prendre en défaut : pour autant également que, le Législateur sera parvenu à dissiper les peurs et les craintes empiriquement attachées à la notion de procédure collective.

C'est donc à un véritable changement de mentalité que cette loi invite.

Là n'est sans doute pas la moindre des qualités de cette loi nouvelle dont il faut saluer la naissance et soutenir la portée.

Réformer le droit des entreprises en difficultés procède toujours d'une démarche difficile, sorte d'exercice sans filet dont les enjeux sont importants.

