

**LA LOI DE SAUVEGARDE
DU POINT DE VUE DU
CREANCIER**

LES CREANCIERS FACE AUX NOUVELLES PROCEDURES :

leurs pouvoirs sont renforcés et leurs devoirs sont allégés
mais des efforts leur sont demandés en vue du
redressement de l'entreprise

La loi de 1985 distinguait nettement les mesures de préventions et les procédures Judiciaires avec l'inénarrable notion de cessation des paiements définie comme « l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible ».

Comme a pu le déclarer l'ancien Garde des Sceaux, Dominique PERBEN, « *Je veux que chacun oublie le mythe de la cessation des paiements, véritable couperet pour l'emploi et la survie de l'entreprise* ».

Ainsi, les nouvelles règles de détermination de la période suspecte ne font plus de la cessation des paiements ou de son absence une stricte ligne de partage entre les procédures amiables et judiciaires de traitement des difficultés des entreprises.

La loi du 26 juillet 2005 a brouillé les pistes : le débiteur peut, même s'il est en état de cessation des paiements (moins de 45 Jours) solliciter l'ouverture d'une procédure préventive et confidentiel : la CONCILIATION ou ne pas l'être et ouvrir une procédure judiciaire de SAUVEGARDE.

Le législateur est parti du constat que le chef d'entreprise avait besoin d'être rassuré ; que sa véritable angoisse était d'éviter le processus qui lui échappe et que la cessation des paiements apparaissait comme un spectre, l'antichambre des sanctions.

L'heure n'est plus au dirigeant malhonnête mais au dirigeant malchanceux confronté aussi à la mondialisation et à la délocalisation de l'industrie vers d'autres pays plus compétitifs.

Mais le législateur a voulu également que le créancier devienne un véritable partenaire de l'entreprise.

Il ne s'agit donc pas, comme certains ont pu le déclarer, une loi qui favoriserait les créanciers ou pour d'autres, une loi qui ne privilégierait que les intérêts de l'entreprise au détriment des créanciers.

Il s'agit d'une loi qui tente de trouver un équilibre entre les deux intérêts en présence en vue de favoriser la sauvegarde de l'entreprise.

* *

*

PLAN

I - LES POUVOIRS RENFORCES DES CREANCIERS ET LES INTERETS QU'ILS PEUVENT TROUVER AUX NOUVELLES MESURES :

1-Le rôle des créanciers en mandat ad hoc et en conciliation

- A - LE MANDAT AD HOC
- B - LA CONCILIATION
- C - LA NEW MONEY

2 - Les Comités de créanciers en sauvegarde et en redressement judiciaire

- A- CREANCIERS EN COMITES
- B - CREANCIERS NON MEMBRES DES COMITES

3 - Les Contrôleurs

4 - Les droits renforcés des créanciers en liquidation judiciaire et en cession d'entreprise

- A - CESSIION DE L'ENTREPRISE
- B - CESSIION DES AUTRES BIENS

II - DEVOIRS ALLEGES DES CREANCIERS :

1 - La responsabilité civile pour soutien abusif

2 - Aménagement de la déclaration de créance

3 - Disparition de l'extinction des créances non déclarées

4 - Cautions, coobligés et garants autonomes peuvent se prévaloir des mesures en cas de conciliation homologuée ou de plan de sauvegarde.

5 - Déduction des abandons de créances :

III - MESURES SOLLICITEES DES CREANCIERS POUR FACILITER LE REDRESSEMENT :

1 - Limitation du privilège de l'article 40 aux créances utiles à la procédure ou au redressement de l'entreprise

2 - Remise de dettes consenties par les créanciers publics et sociaux

IV - CONCLUSION

I - LES POUVOIRS RENFORCES DES CREANCIERS ET LES INTERETS QU'ILS PEUVENT TROUVER AUX NOUVELLES MESURES :

• 1 - Le rôle des créanciers en mandat ad hoc et en conciliation

A- LE MANDAT AD HOC :

Le caractère contractuel et confidentiel du mandat ad'hoc est un atout pour les créanciers surtout pour les banques ; les règles sont très souples (aucune majorité, ni formalisme à respecter) ; la suspension des poursuites ne trouve pas à s'appliquer et la société n'est pas en cessation des paiements à priori.

Le nouveau principe d'absence de responsabilité, sauf exceptions va pouvoir inciter les banquiers à favoriser le crédit aux entreprises et favoriser la signature d'un mandat ad'hoc.

Toutefois, les administrations financières et sociales ne peuvent accorder des remises, fautes de dispositions législatives et la période suspecte reste potentielle pendant cette période.

L'intérêt du mandat'ad hoc se trouve renforcé et peut devenir la nouvelle « période d'observation confidentielle », le relais de la conciliation et de la sauvegarde.

B- LA CONCILIATION :

Dans le règlement amiable visé dans la Loi de 1985, l'accord pouvait être annulé si dans les 18 mois de l'accord, la société faisait l'objet de l'ouverture d'un redressement judiciaire même si l'accord avait été homologué par le Tribunal. Le débiteur avait donc beaucoup de difficultés à trouver des fonds auprès des banques car en cas de redressement judiciaire, les créanciers de l'article 40 primaient ceux du règlement amiable.

Aujourd'hui se pose le choix entre l'homologation constat ou l'homologation -jugement ?

Dans l'homologation-constat, le Président de la juridiction sur requête conjointe des parties constate l'accord, ce qui lui donne force exécutoire (L611-8-11).

Le débiteur n'est pas en cessation des paiements ou l'accord y met fin.

Les termes de l'accord doivent assurer la pérennité de l'entreprise.

L'accord ne doit pas porter atteinte aux intérêts des créanciers non signataires.

La confidentialité est totale, aucune publicité n'est organisée.

Dans l'homologation-jugement, le Tribunal entend le débiteur, le créancier à l'accord, le Comité d'Entreprise, le conciliateur, le Ministère Public. L'inconvénient de cette procédure est la publicité attachée au jugement même si les termes de l'accord ne sont pas retranscrits.

La suspension des poursuites est automatique pendant toute la durée de l'accord homologué à l'égard des créanciers partis à l'accord.

La date de cessation des paiements ne peut plus être remontée avant la date de la décision définitive d'homologation (sauf fraude). Les cautions et garants peuvent se prévaloir de l'accord.

C - LA NEW MONEY :

L'avantage innovant pour le créancier en conciliation est le privilège de l'article L611-11 qui dispose qu'en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire,

- ceux qui ont consentis un **nouvel apport en trésorerie** en vue d'assurer la **poursuite** de l'activité de l'entreprise et sa **pérennité** sont payés avant toute créance née antérieurement à l'ouverture de la conciliation
- ainsi que **toutes personnes qui fournissent un nouveau bien ou service.**

Espérons que cette double condition ne vienne pas susciter chez les autres créanciers non bénéficiaires du privilège, des contestations sur le bénéfice de ce privilège au motif que l'apport en trésorerie ne permettait pas la poursuite ou la pérennité de l'entreprise.

Le privilège ne vise pas uniquement les banques mais toutes personnes morales ou physiques qui consentent un apport en trésorerie. Ainsi un actionnaire, voir le dirigeant qui ferait un apport en compte courant peut bénéficier de ce privilège. Sont exclus les apports dans le cadre d'une augmentation du capital.

La NEW MONEY vient en rang utile juste après le super-privilège des salaires et les frais de justice mais avant les créances postérieures de sauvegarde ou de Redressement Judiciaire ou avant les créances consenties avec des garanties par sûretés immobilières ou par des sûretés mobilières spéciales avec un droit de rétention.

Que peut-on déduire de ces caractéristiques ?

Il est fort possible que le choix entre les deux formes de conciliation appartienne aux seuls créanciers

Cette nouvelle solution pourrait inciter les créanciers à signer une conciliation homologuée de façon à couvrir les actes susceptibles de tomber sous le coup de la nullité de la période suspecte et les purger de leur éventuelle nullité.

Ainsi en est-il des avis à tiers détenteur, de toutes saisie-attribution ou toute opposition qui peuvent être annulés lorsqu'ils ont été délivrés ou pratiqués par un créancier après la date de cessation des paiements en toute connaissance par le créancier de cette date de cessation des paiements (nullité facultative prévue par L632-2).

Par ailleurs, les investisseurs en capital pourraient concevoir d'investir non seulement en capital mais en faisant des apports en trésorerie comptabilisés en compte courant, ils bénéficieraient alors aussi du privilège.

- **2 - Les Comités de créanciers en sauvegarde et en redressement judiciaire**

La loi organise une intervention active des créanciers dans le sauvetage de l'entreprise, que ce soit en sauvegarde ou en redressement judiciaire.

Il est institué des comités de créanciers obligatoires ou facultatifs (A), tandis que reste toujours organisée, pour les créanciers qui n'en feront pas partie, une concertation dite normale de crédits créanciers (B).

A - CREANCIERS EN COMITES :

- **Comités de créanciers obligatoires :**

L'article L 626.29 du Code de Commerce prévoit deux conditions pour que soient créés simultanément les deux comités de créanciers, à savoir le comité des établissements de crédit et le comité des fournisseurs :

Seuls 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'Etat sont concernés* : Chiffre d'affaires > 20 M€ HT et le nombre de salariés > à 150. (D162)

- **Comités de créanciers facultatifs :**

L'article L 626.29 in fine précise que :

« à la demande du débiteur ou d'un administrateur, le Juge Commissaire peut autoriser qu'il en soit également fait application en deçà de ce seuil ».

Le Juge Commissaire ne peut donc se saisir d'office de la difficulté.

Composition des DEUX Comités de créanciers :

✓ **Le comité des établissements de crédit :**

Sont visés à l'article 511.1 du Code monétaire et Financier, les établissements de crédit : personne morale effectuant à titre habituelle des opérations de banques, des opérations de crédit ou la mise à disposition ou la gestion de moyen de paiement : Banques, Société financière et société de crédit bail, société d'affacturage bénéficiant du statut d'établissement de crédit.

L'article 164 du Décret vise également : les établissements de crédit « publics » qu'ils soient nationaux ou territoriaux tels que le TRESOR PUBLIC, la BANQUE DE FRANCE, la CAISSE DES DEPOTS ET CONSIGNATIONS.

Il conviendra donc à l'administrateur de s'assurer que tous les établissements de crédit ont bien été appelés à participer au comité.

A 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.

✓ **Le comité des fournisseurs :**

- sont membres de droit ceux qui représentent plus de 5 % du total des créances fournisseurs au jour du jugement d'ouverture

Le passif est apprécié au jour du jugement d'ouverture par la remise du passif à l'administrateur, certifié par son expert-comptable ou son commissaire aux comptes par le débiteur (article 165 du Décret).

Si un fournisseur n'est pas membre de droit (s'il n'atteint pas le seuil des 5%), il a la faculté de solliciter de l'administrateur judiciaire son intégration dans le comité. En cas de refus de l'administrateur, le différend est porté devant le Juge Commissaire.

En revanche, si l'administrateur demande à un créancier non membre le 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.

Les collectivités territoriales et leurs établissements publics sont exclus du comité des principaux fournisseurs (L 626.30).

Mais, selon l'article L 626.6, les administrations financières, les organismes de sécurité sociale, les institutions gérant le régime d'assurance chômage et les institutions de la sécurité sociale *« peuvent accepter, concomitamment à l'effort consenti par d'autres créanciers, de remettre tout ou partie de sa dette 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 »*.

Ainsi, les administrations, organismes et institutions, sont soumis à des règles propres. En d'autres termes, même si les créanciers publics ne sont pas exclus des comités, ils peuvent, malgré tout, consentir des remises de dettes parallèles au plan.

- **Constitution des Comités :**

L'Administrateur Judiciaire doit réunir les deux comités *« dans un délai de 30 jours à compter du jugement d'ouverture de la procédure (art. L 626.30 al. 1) »*.

Il s'agit d'un délai très court et le débiteur doit présenter 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.

Le délai de deux mois est impératif mais peut être renouvelé une seule fois à la demande du débiteur ou d'un administrateur au juge commissaire.

Ensuite, les comités se prononcent sur le projet au plus tard dans un délai de 30 jours après la transmission des propositions du débiteur.

Là encore, le délai de 30 jours est impératif et 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 du temps, il faudra que le débiteur prépare très en amont son plan dès avant l'ouverture de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire (en mandat ad'hoc par ex).

Le débiteur va devoir prendre en compte l'importance des ratios potentiels tels qu'ils découlent de la réforme de la loi II lorsqu'il proposera son plan au comité des établissements de crédit.

La réforme Bal II:

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 ; ..). Les banques doivent désormais mettre en adéquation leurs fonds propres à la solvabilité de l'emprunteur et à la qualité des garanties qu'il apporte.

Ainsi, une société qui se place en sauvegarde rentre dans la catégorie du risque de crédit nécessitant que l'établissement de crédit, pour consentir de nouveaux concours, mobilise des fonds propres très importants avec un risque de déperdition plus substantiel.

Dès lors, le coût de ce risque se traduira par une augmentation sensible du taux d'intérêt proposé et corrélativement par une prise de garantie subséquente.

Le capital investissement peut être une nouvelle source pour l'entreprise en difficulté, qui présente une fragilité au niveau de ses fonds propres.

Le capital investissement pourrait désormais remplir deux rôles : celui de banquier et celui d'investisseur dans une société, qui a la capacité d'assurer une pérennité mais qui pourrait manquer de fonds propres.

• Conditions du quorum du comité :

La décision des comités est prise à la majorité de ses membres représentant au moins les 2/3 du montant des créances de l'ensemble des membres du comité, tel qu'indiqué par le débiteur et certifié par son commissaire aux comptes ou établi par son expert-comptable au jour du jugement d'ouverture, et ce dans les 30 jours de la transmission des propositions.

Ce plan soumis au comité ne répond pas aux exigences de l'article L626-18 ; il peut être :

- d'une durée supérieure à 10 ans,
- le premier dividende peut être payé au delà du délai d'un an,
- le montant de chaque annuité au delà du délai de deux ans peut être inférieur à 5% du passif admis

Pour être efficace, il est conseillé qu'une négociation préalable à l'ouverture de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire ait été entreprise, et 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.

Si le plan est adopté par l'un ou l'autre des comités, il est transmis au Tribunal qui ne peut s'immiscer dans les accords scellés entre la majorité des créanciers d'un comité et le débiteur.

En effet, selon l'article L 626.31, le Tribunal doit s'assurer que « les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés ».

MAIS, le Tribunal ne peut faire qu'une chose, soit approuver le projet de plan ou le rejeter. En d'autres termes, il y a un transfert de souveraineté du Tribunal vers les comités. Les créanciers remplissent donc un véritable rôle dans le sauvetage de l'entreprise.

B - CREANCIERS NON MEMBRES DES COMITES

L'administrateur judiciaire exerce la mission qui était jusqu'alors confiée à l'ancien représentant des créanciers.

La procédure normale de consultation des créanciers devient la procédure par défaut :

- celle qui s'applique aux créanciers qui ne sont pas membres des comités (article L 626.33) 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
- 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 au comité dans les délais fixés (article L 626.34).

Dans le cadre de cette consultation normale des créanciers, les délais remis sont doublement encadrés :

- L 626.12 précise que la durée du plan ne peut excéder 10 ans (15 ans pour un agriculteur),
- que le premier paiement « ne peut intervenir au-delà d'un délai d'un an.
- *Que au-delà de la 2^{ème} année, le montant de chacune des annuités prévues par le plan ne peut, sauf dans le cadre d'une exploitation agricole, être inférieur à 5% du passif admis » (L 626.18).*

Ainsi, le Tribunal peut imposer des délais uniformes de paiement à ses créanciers, 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.

Toutefois, la réduction de la créance n'est définitivement acquise qu'après versement, au terme fixé, de la dernière échéance prévue par le plan.

L'article L 626.20 rappelle que certaines créances sont insusceptibles de faire l'objet par le Tribunal de remises en capital ou de délais de paiement :

- les créances salariales bénéficiant du super-privilege prévu par le Code du Travail pour les 60 derniers jours de travail et pour les indemnités de congés payés ;
- les créances salariales qui n'ont pas été prises en charge sous forme d'avances par l'AGS qui bénéficient du privilege prévu par le Code Civil en raison de leur caractère quasi-alimentaire.

Le cas 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 le même droit de créance pour une même valeur nominale.

Les obligataires forment donc 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 (Article L 228.65 du Code de Commerce).

Compte tenu 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 15 jours à compter de la transmission au comité du projet de plan afin de le leur exposer.

Il appartient ensuite au représentant de la masse de convoquer une Assemblée Générale des obligataires dans un délai de 15 jours de la transmission afin de délibérer sur le projet et notamment des efforts qu'il serait amené à consentir dans le cadre de ce plan.

L'article L 626.32 prévoit in fine que « *la délibération peut porter sur un abandon total ou partiel des créances obligataires* ».

En cas de carence ou d'absence du représentant de la masse, c'est à l'administrateur de convoquer l'Assemblée Générale des obligataires.

On peut regretter que le législateur n'ait pas prévu plusieurs comités de créanciers en fonction de leur qualité, ou en fonction de la qualité de la sûreté attachée à la créance.

En effet, la loi de la Majorité risque de porter préjudice à certains créanciers et notamment, c'est certain, aux minoritaires.

• 3 – Les Contrôleurs

Jusqu'à présent, les contrôleurs ne pouvaient être considérés :

1. ni comme un organe de la procédure collective,
2. ni comme une partie à la procédure, au sens procédural, car ils n'étaient pas investis d'un quelconque droit de représentation de l'intérêt collectif des créanciers.

Aujourd'hui, leur pouvoir est accru et leur qualité a changé.

• Qui peut être contrôleur ?

Tout créancier qui fait la demande au Juge Commissaire peut être contrôleur. Il peut se faire représenter par un de ses préposés ou par Avocat.

La Loi a rajouté que tout créancier nommé contrôleur peut être révoqué par le Tribunal à la demande du Ministère Public.

Le nombre est de 5 contrôleurs et le Juge Commissaire doit veiller à ce qu'au moins, l'un d'entre eux, soit choisi parmi les créanciers titulaires de sûreté, et qu'un autre soit choisi parmi les créanciers chirographaires.

Si le débiteur fait partie d'un ordre professionnel (avocat, expert-comptable, etc ...), l'ordre professionnel est désigné d'office contrôleur.

• Nouveau pouvoir du contrôleur :

Le contrôleur a la possibilité, seul ou en se regroupant selon la procédure, de se substituer aux carences éventuelles du mandataire judiciaire. Il remet ainsi en cause le monopole de représentation des créanciers par le mandataire judiciaire.

• Pouvoirs traditionnels :

- Mission d'assistance : consultation de tous les documents transmis à l'administrateur ou au mandataire judiciaire
- Mission de consultation : lorsque le Tribunal :
 - statue sur le plan de sauvegarde
 - étudie les demandes de modifications substantielles du plan
 - évalue l'offre de tout repreneur
 - apprécie l'opportunité de la conclusion d'un contrat de location-gérance

- autorise la reprise des poursuites individuelles à l'égard d'un ou plusieurs créanciers
- reçoit les propositions de règlement de dette en sauvegarde ou en redressement judiciaire
- le contrôleur peut faire des observations 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 ou avant qu'il n'ordonne la vente aux enchères ou qu'il autorise une vente de gré à gré

- Pouvoir élargi dans son rôle d'influence sur le cours de la procédure :

- il peut mettre fin à la période d'observation, en sauvegarde comme en redressement judiciaire, et même lorsque, pour un contrat continué, le débiteur n'est plus 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.

• **Nouveaux pouvoirs du contrôleur :**

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.

✓ **Pouvoir dans l'intérêt des créanciers :**

L'Article L 622.20 dispose expressément que, en cas de carence du mandataire judiciaire, tout créancier nommé contrôleur, peut agir « *au nom et pour l'intérêt collectif des créanciers.* »

Selon l'article D93 : Cette action est recevable après une mise en demeure adressée au mandataire judiciaire par lettre AR restée infructueuse pendant 2 mois à compter de la réception.

Ainsi, un contrôleur créancier chirographaire peut tout à fait défendre les intérêts collectifs des créanciers privilégiés, puisque le texte ne distingue pas en fonction des catégories possibles de créanciers.

Il a le pouvoir de faire remonter la date de cessation des paiements : (alors que le Tribunal ne peut plus se saisir d'office) et ce dans le délai d'un an à compter du jugement d'ouverture de la procédure (L631-8 alinéa 4).

A l'examen de la recevabilité de son action, le Tribunal devra d'ailleurs apprécier l'existence de l'intérêt collectif pour les créanciers en général ou pour le moins, pour une catégorie d'entre eux.

A défaut, et en cas de faute lourde, le contrôleur peut engager sa responsabilité civile (article L 621.10).

Puisque la loi parle de tout créancier nommé contrôleur, les contrôleurs de droit sont donc exclus (ordre professionnel ou autorité compétente).

Ainsi, l'article L 622.20 permet à tout contrôleur d'initier individuellement son action.

En revanche, la loi semble bien parler du pouvoir donné au mandataire judiciaire et non à ceux du représentant des créanciers puisque désormais, la loi semble distinguer le mandataire judiciaire du représentant des créanciers.

Les contrôleurs ne devraient donc pas pouvoir exercer les droits et actions du représentant des créanciers.

Une recrudescence des actions en nullité de la période suspecte, en comblement du passif ou d'actions en responsabilité contre des tiers risque d'apparaître.

✓ **Droit spécial d'agir pour mettre en jeu les sanctions patrimoniales :**

L'article L651-2 prévoit qu'en cas de résolution du plan de Sauvegarde ou en Redressement Judiciaire ou de liquidation faisant apparaître une insuffisance d'actif, le Tribunal peut décider le paiement des dettes sociales par le dirigeant en cas de faute de gestion.

L'article L 651.3 alinéa 2 prévoit que à cet effet « *dans l'intérêt collectif des créanciers, le Tribunal peut également être saisi par la majorité des créanciers nommés contrôleurs (au moins 2) lorsque le mandataire de justice ayant qualité pour agir n'a pas engagé les actions prévues* » (article L 651.2) « *après une mise en demeure restée sans suite dans un délai et des conditions fixées par Décret en Conseil d'Etat* ».

En revanche, pour l'engagement d'actions ou de sanctions, elles doivent être exercées collégialement ou du moins, à la majorité des contrôleurs pour éviter d'éventuels effets dommageables pour l'entreprise.

✓ **Pouvoir en ce qui concerne les sanctions professionnelles :**

Faillite personnelle : oui

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.

Interdiction de gérer : oui

L'article L 653.8 prévoit que le Tribunal peut prononcer, à la place de la faillite personnelle, l'interdiction de 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 celle-ci pendant une période maximale de 15 ans (article L 653.11).

Sanctions privatives de droit civiques : non

Quant aux articles L 653.9 et L 653.10, il prévoit des peines privatives de droits civiques complémentaires à la peine de faillite personnelle (notamment perte du droit de vote et de la possibilité de se présenter aux élections).

Ainsi, si les contrôleurs créanciers, aux mêmes conditions de majorité, de défense d'intérêt collectif et de carence du mandataire judiciaire, peuvent saisir le Tribunal pour la faillite personnelle (ou des peines équivalentes) du dirigeant ou interdiction de gérer, la loi ne leur reconnaît pas expressément le droit de solliciter une condamnation accessoire (privation des droits civiques).

Autres conditions :

Il appartiendra :

- au contrôleur de démontrer la carence du mandataire judiciaire pour agir.
- au Tribunal de vérifier si le créancier poursuivant ne cherche pas à utiliser ce droit pour exercer des pressions sur le débiteur et de vérifier les incompatibilités: le contrôleur ne doit pas être parent ou allié jusqu'au 4^{ème} degré inclusivement du chef d'entreprise ou du dirigeant de la personne morale et il ne peut détenir, 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.

✓ Obligation d'indépendance du contrôleur :

Concernant la sanction de la violation de la confidentialité à laquelle ils sont tenus, elle ne serait plus que civile désormais.

L'article L 621.10 prévoit que la responsabilité du contrôleur n'est engagée qu'en cas de faute lourde.

Par suite, il faut entendre l'utilisation abusive des fonctions de contrôleur dans l'intérêt égoïste du contrôleur poursuivi, comme par exemple l'utilisation d'informations confidentielles contre un concurrent sous sauvegarde.

La mise en jeu de cette responsabilité peut être mise en œuvre par le débiteur, l'administrateur judiciaire, le mandataire judiciaire ou même d'un autre contrôleur. Bien entendu, le contrôleur ne peut pas présenter une offre ou acquérir des biens du débiteur.

Pour conclure, on pourrait considérer que le contrôleur est devenue une véritable partie à la procédure au sens procédural du terme.

• 4 – Les droits renforcés des créanciers en liquidation judiciaire et en cession d'entreprise

A - CESSION DE L'ENTREPRISE

Désormais, la cession de l'entreprise du débiteur se place dans les techniques de réalisation des actifs d'un débiteur en liquidation judiciaire.

On trouve donc désormais les dispositions relatives à la cession dans le chapitre relatif à la liquidation judiciaire.

Toutefois, la loi du 26 juillet 2005 a admis que cette cession pouvait être ordonnée par le Tribunal à la fin d'une procédure de redressement judiciaire, au vu du rapport de l'administrateur, qui constate que « le débiteur est dans l'impossibilité d'en assurer lui-même le redressement » (article L 631-22) et que des offres ont été préalablement déposées (article L 631-13).

Ainsi, la loi du 26 juillet 2005 a mis fin à une distinction antérieure injustifiée :

- celle de la cession de l'entreprise qui était une technique de redressement mise en œuvre dans le cadre d'un redressement judiciaire,
- celle de la cession d'une unité de production qui constituait une ultime tentative de sauver les actifs de l'entreprise dans le cadre de la liquidation judiciaire, dans laquelle on trouvait également la procédure de cession des actifs isolés.

Désormais la loi a prévu que la cession avait une forme liquidative. C'est l'esprit du législateur.

Ainsi l'ouverture ou la conversion de la procédure en liquidation judiciaire va prévoir désormais une poursuite de l'activité de façon beaucoup plus fréquente, pour le temps nécessaire au dépôt des offres.

Ainsi désormais en liquidation, trois possibilités de cession sont prévues :

- La cession d'entreprise,
- La cession des autres biens d'entreprise.(article L642-19)
- La cession d'immeuble

Plan de cession : article L642-1 et suivants

Dans son choix d'adopter un plan de cession plutôt que de permettre la vente des éléments d'actifs en ordre dispersé, le Tribunal doit tenir compte des objectifs de la loi :

« la cession a pour but d'assurer le maintien d'activité susceptible d'exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés et d'apurer le passif »
(article L 642-1 alinéa 1).

Ainsi, la loi a voulu renforcer le rôle du liquidateur dans son rôle qui consiste à apprécier l'offre en fonction des conditions d'apurement du passif, notamment au regard du prix offert, des actifs résiduels à recouvrer ou à réaliser, des dettes de la poursuite d'activité et éventuellement des autres dettes restant à la charge du débiteur.

Il y a donc une volonté d'éviter des cessions à vils prix. Les créanciers se trouvent donc mieux protégés pour le remboursement du passif.

Une autre innovation de la loi :

C'est d'avoir ouvert le droit d'appel du débiteur au jugement qui arrête le plan de cession.

L'esprit du législateur consiste à favoriser le redressement de l'entreprise par la voie du plan de continuation : les droits du dirigeant se trouvent renforcés et par voie de conséquence les droits des créanciers : le contrôle du prix par le débiteur et donc la protection des créanciers entre autres.

(Pour mémoire : Antérieurement, le débiteur avait grâce à la jurisprudence seulement la possibilité de faire appel d'un jugement qui arrête un plan de cession mais rejette un plan de continuation ainsi que le droit de faire un recours en nullité (violation d'un vice de procédure particulièrement grave tel que le non respect du principe du contradictoire).

Limites :

Toutefois en plan de cession, les droits des créanciers inscrits sont organisés de façon moins favorable que pour une cession qui interviendrait dans le cadre de l'article L 642-19 du Code de Commerce (cession d'éléments d'actifs par le biais d'une requête et ordonnance du Juge Commissaire).

Car, lorsque la cession porte sur des biens grevés d'un privilège spécial, d'un nantissement, d'une hypothèque, une quote part du prix global est affectée par le Tribunal à chacun de ces biens pour la répartition du prix et l'exercice du droit de préférence (L 642-12 alinéa 1).

Le paiement complet du prix interdit alors aux créanciers inscrits de faire valoir leurs droits à l'égard du cessionnaire et emporte purge des inscriptions grevant les biens compris dans la cession.

Avant même le complet paiement du prix, les créanciers bénéficiant d'un droit de suite (par exemple les créanciers hypothécaires) ne peuvent l'exercer qu'en cas d'aliénation du bien cédé par le cessionnaire (article L 642-12 alinéa 2 et 3).

Le repreneur, qui a tout payé, acquiert donc des biens libres de toute sûreté sans assumer d'obligations particulières à l'égard des créanciers anciennement inscrits, sauf une exception : l'obligation légale de rembourser directement les créanciers munis de sûretés et ayant financé un bien sur lequel porte cette sûreté.

La répartition du prix de cession entre les créanciers se fait en fonction des conditions générales de la liquidation judiciaire entre les créanciers suivant leur rang et en tenant compte de leurs situations préférentielles ou non.

Autre innovation de la loi :

Certaines dispositions peuvent rassurer les créanciers :

- tant que le prix de cession n'est pas intégralement payé, le cessionnaire voit ses pouvoirs restreints (article L 642.9) (il ne peut aliéner ou donner en location-gérance les biens corporels ou incorporels acquis)
- le Tribunal peut assortir la cession d'une clause d'inaliénabilité du fonds de commerce cédé (article L 642.10) ;
- le locataire-gérant a l'obligation d'acquiescer l'entreprise au plus tard dans les deux années du jugement qui arrête le plan (article L 642.15).

Autre innovation majeure : la loi prévoit des sanctions à l'encontre du repreneur qui n'exécute pas ses obligations nées du plan.

Le Ministère public, le liquidateur mais également le créancier peuvent saisir le Tribunal en vue de la résolution du plan de cession et de la condamnation du

La loi prévoit également une modification du droit de reprise des poursuites individuelles : l'alinéa 2 à l'article L 643.2 précise désormais que « lorsque le Tribunal a fixé un délai en application de l'article L 642.2, ses créanciers peuvent exercer leur droit de poursuite individuelle à l'expiration de ce délai si aucune offre, incluant ce bien, n'a été présentée ».

B - CESSIION DES AUTRES BIENS (AUTRE QU'IMMEUBLE) : Article L642-19 du Code de commerce

Hormis le cadre du plan de cession, le fonds de commerce peut à priori également être cédé dans le cadre de l'article L 642-19 du Code de Commerce qui prévoit la cession des autres actifs du débiteur (autre que la vente de l'immeuble): soit aux enchères publiques ou de gré à gré.

Il s'agit de présenter une requête au Juge Commissaire, même si certains Tribunaux semblent y être hostiles pour l'instant.

Dans le cadre de l'article L 642-19, les créanciers bénéficient des recours de droit commun contre l'ordonnance du Juge Commissaire s'ils jugent le prix insuffisant. En effet, l'ordonnance du Juge Commissaire ne rend pas parfaite la vente avant la conclusion de l'acte de vente.

Ainsi en plan de cession, les créanciers perdent leurs droits de poursuite et leur quote part est fixée par le Tribunal sans qu'ils ne puissent contester cette décision.

En revanche, dans le cadre de l'article L 642-19, ils conservent un recours contre le prix qu'ils jugeraient insuffisant et peuvent faire des surenchères.

Dans le cadre du plan de cession, la cession emporte purge des inscriptions.

Dans la vente de gré à gré, l'acquéreur doit quant à lui pour obtenir cette purge respecter la procédure lourde du droit commun prévue aux articles 2181 à 2192 du Code Civil.

Autre innovation importante :

L'article 292 du décret dispose que :

« les créanciers inscrits du chef d'un précédent propriétaire et titulaire d'un droit de suite sont avertis par le liquidateur par lettre recommandée avec demande d'avis de réception qu'ils ont l'obligation de produire leurs créances à la procédure d'ordre dans le délai de deux mois à compter de l'avertissement.. »

Jusqu'à présent la jurisprudence, notamment par un arrêt du 11 juin 2002, avait précisé qu'il n'y avait pas d'obligations à la déclaration de créances.

Désormais, le décret prévoit une obligation à la charge du mandataire d'avertir les créanciers inscrits qui doivent dans les deux mois de l'avertissement faire une production de leurs créances.

A défaut, ils seront déchus de leurs droits de participer à distribution du prix.

On parle d'obligation de production et non pas d'obligation de déclaration.

*

***En liquidation :**

Poursuite individuelle des créanciers pour faciliter le recouvrement de leurs créances :

- Les créanciers titulaires d'un privilège spécial, d'un nantissement ou d'une hypothèque peuvent, outre le fait qu'il doivent déclarer leur créance, 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 prononce la liquidation judiciaire (mais encore, ces mêmes créanciers peuvent retrouver leur droit de poursuite individuelle à l'expiration du délai du dépôt des offres de cession sur ces mêmes biens.)
- L'article L 643.11 alinéa 5 prévoit que « *les créanciers qui recouvrent l'exercice individuel de leur action 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 du droit commun* ».

L'idée est de permettre aux créanciers dont les créances ne pourront jamais être vérifiées, de recouvrer rapidement leur droit de poursuite individuelle dans les conditions de droit commun.

II - DEVOIRS ALLEGES DES CREANCIERS :

- 1 - La responsabilité civile pour soutien abusif

La loi est venue poser un principe d'exonération pour tous les concours, hormis les cas de fraude, d'immixtion ou de disproportion.

L'article L 650.1 dispose :

« 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 ces concours sont nulles ».

Cet article concerne tous les créanciers ayant consenti des concours.

Ainsi, les établissements de crédit ne sont pas seuls visés par ce texte et un actionnaire peut considérer pouvoir en bénéficier puisque le rapporteur du Sénat, dans ses commentaires, avait souligné que ce texte visait *« toutes les personnes susceptibles d'aider financièrement l'entreprise »*.

Par fraude, il faut entendre la faute pénale et d'une manière générale, tous les moyens déloyaux destinés à surprendre un consentement, à obtenir un avantage matériel ou moral indu.

- les garanties disproportionnées avec les concours :

Cette notion a été déjà largement définie par la jurisprudence. Quant à l'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur, il conviendra de démontrer certainement le rôle de dirigeant de fait de celui qui a accordé son concours. En revanche, la sanction est sévère puisque les garanties prises en contrepartie de ces concours sont nulles.

• **2 - Aménagement de la déclaration de créance :**

Les créances à déclarer :

- Selon l'article L622-24 , tous les créanciers dont la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture adressent la déclaration de leur créance au Représentant des Créanciers.

La grande nouveauté réside dans le fait que :

- les créances postérieures qui ne sont pas nées, 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, doivent faire l'objet également d'une déclaration de créance, ainsi que les créances alimentaires. Le délai de 2 mois délais courent à compter de leur date d'exigibilité.

En cas de contestation par le créancier qui estimerait bénéficier du privilège de L622-17 et qui a seulement porté à la connaissance du mandataire au lieu de déclarer : ce créancier en vertu de l'article D90, peut saisir le juge commissaire dans le délai d'1 mois à compter de la publication au BODACC de la liste des créances postérieures privilégiées déposée par le commissaire à l'exécution du plan ou le liquidateur à l'issue d'un délai d'1 an à compter de la fin de la période d'observation. Risque de contentieux.

• **Cas particuliers :**

- Les créanciers titulaires d'une sûreté publiée ou liée 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.)
- Les créanciers dont les créances résultent d'un contrat à exécution successive déclarent l'intégralité des sommes qui leur sont dues, échues et à échoir dans les 2 mois à compter de la publication au BODACC du jugement d'ouverture.
- Pour les contrats signés en période d'observation mais ne remplissant pas les conditions de l'article L622-17 , le créancier doit déclarer la totalité de ses créances échues et à échoir à compter de la 1^{ère} échéance impayée dans un délai de 2 mois (article D97 alinéa 2)

Les créances qui sont exclues de l'obligation de déclarer sont :

- 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 (article L 622-17) mais obligation de porter à la connaissance du mandataire dans le délai d'un an à compter de la fin de la période d'observation.
- les créances des salariés ;
- 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 précédent de sauvegarde ou de RJ résolu sont admises de plein droit à la nouvelle procédure ouverte, déduction faite des sommes déjà perçues ;
- les créances alimentaires antérieures au jugement d'ouverture, ce qui confirme d'ailleurs la jurisprudence de la Cour de Cassation.

Pour résumer, désormais 4 types de créance doivent être distingués à cet égard :

1° - Des créances antérieures (nées avant le jugement d'ouverture) à déclarer sous peine de forclusion (mais plus d'extinction) ;

2° - Les créances de la procédure, c'est-à-dire les créances postérieures répondant complètement à la nouvelle définition posée par les articles L 622-17 et L 641.13 sont dispensées de déclaration et payer à leur échéance ; catégorie à laquelle seraient assimilées désormais les créances alimentaires nées postérieurement au jugement d'ouverture ; L'article L 622-17 précise qu'il s'agit des 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.

Se posera d'ailleurs la question de savoir ce que l'on entend par créance née régulièrement pour les besoins du déroulement de la procédure ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur qui peut donner lieu à des interprétations subjectives sujettes à contentieux.

3° - Les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture, autres que les créances de la procédure ; à déclarer selon l'article L 622-24 alinéa 4 dans les formes et délais de droit commun à compter de leur date d'exigibilité.

Sont visées les créances résultant d'un contrat à exécution successive pour lesquelles les créanciers doivent déclarer l'intégralité des sommes qui leur sont dues, non seulement celles exigibles au jour du jugement d'ouverture mais aussi celles qui le deviendront après. L'idée étant de connaître le passif dû à ce titre avant la clôture de la procédure et d'éviter tout contentieux généré par le régime incertain des créances à exécution successive.

4° - Les créances dites « hors procédure » qui sont principalement les créances alimentaires et qui, nées avant ou après le jugement d'ouverture, échapperaient par essence à l'obligation de déclaration.

Il est clair que dans cette nouvelle classification des créances, apparaît l'idée forte selon laquelle le passif doit être clairement déterminé afin de faciliter le redressement.

- **3 - Disparition de l'extinction des créances non déclarées**

C'est l'une des innovations les plus importantes de la loi de sauvegarde pour les créanciers dans la mesure où l'article L 622.26 du Code de Commerce supprime l'extinction de la créance non ou mal déclarée.

La créance non ou mal déclarée ne bénéficie pas de son admission dans la répartition et les dividendes du plan.

En fait, cet assouplissement tient de la volonté du législateur français de se mettre en conformité avec le règlement du 29 mai 2000, dit « règlement insolvabilité ».

Le créancier a le choix de déclarer ou de ne pas déclarer sa créance.

- **S'il déclare sa créance**, il pourra être désigné contrôleur, être membre des comités, se substituer aux mandataires judiciaires, reprendre les actions interrompues par le jugement d'ouverture, exercer son droit de rétention ou de sa réserve de propriété, compenser des créances connexes.

Enfin, il pourra consentir à la distribution de dividendes résultant du plan.

- **S'il ne déclare pas sa créance, il pourra malgré tout:**

- poursuivre la caution, le coobligé ou le garant autonome après la période de suspension des poursuites ;
- s'il est crédit preneur, il peut 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 ;
- reprendre, sous certaines conditions, les poursuites individuelles à la fin du plan ou en cas de jugement constatant l'insuffisance d'actif (article L 643. 11 et suivants).

- **4 - Cautions, coobligés et garants autonomes peuvent se prévaloir des mesures en cas de conciliation homologuée ou de plan de sauvegarde.**

Les cautions, coobligés ou garants autonomes qui sont des créanciers de l'entreprise voient leurs droits et leurs devoirs assouplis puisqu'ils ont la possibilité désormais de bénéficier des remises et avantages consentis dans le cadre de la conciliation ou du plan de sauvegarde. En revanche, ils ne bénéficient pas de cette opposabilité dans le cadre d'un plan de redressement judiciaire.

- **5 - Déduction des abandons de créances :**

L'innovation majeure de la loi est de permettre que les abandons de créance à caractère commercial, consentis ou supportés dans le cadre d'un plan de sauvegarde ou de redressement, puissent être déductibles.

En revanche, on peut regretter que le législateur ait omis de prévoir cette disposition en conciliation alors que cette procédure a des chances de connaître un grand succès.

III - MESURES SOLLICITEES DES CREANCIERS POUR FACILITER LE REDRESSEMENT :

- **1 - Limitation du privilège de l'article 40 aux créances utiles à la procédure ou au redressement de l'entreprise**

Quelle est la nouvelle image de l'article 40 désormais ?

Il s'agit désormais des articles L 622-17 (S), L 631.14 (RJ) et L641-13-1 (L) du Code de Commerce.

Antérieurement, il suffisait qu'une créance ait une origine régulière après jugement d'ouverture de la procédure collective pour que le créancier puisse se prévaloir du privilège.

Il n'y avait pas réellement de prise en compte de la volonté du créancier qui souhaitait participer activement au redressement.

Le texte profitait à tous les créanciers, qu'ils aient ou non contribué au redressement.

De surcroît, les créanciers n'étant soumis à aucune obligation de déclaration, un passif occulte pouvait être généré, qui venait lorsqu'il était révélé, perturber les chances de redressement de l'entreprise.

Ce privilège avait de surcroît dégénéré en priorité des paiements.

Désormais, la question est : qui seront les créanciers postérieurs méritant le traitement préférentiel :

- 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.

Pour les besoins du déroulement de la procédure : il s'agit des frais de justice (greffiers, mandataires de justice, commissaire priseur et technicien désigné, des honoraires divers (conseil))

ou de la période d'observation : dettes d'exploitation, des frais résultant de l'exécution des contrats en cours, pour les créances fiscales et sociales qui sont assises sur la période d'activité : TVA assise sur les ventes ou prestations réalisées pendant la période de Redressement Judiciaire. Pour l'impôt sur le revenu, le fait générateur est l'expiration de l'année civile et non sa perception, donc si le débiteur personne physique dépose le 15 mai, il y aura lieu à notre sens de faire un prorata et de ne retenir pour le privilège que du 15 mai au 31 décembre

En contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pour son activité professionnelle :

il s'agit des livraisons de biens ou de services, ou encore la mise à disposition d'une somme d'argent.

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.

Innovations de la loi article L622-17 dernier aliéa : « pseudo déclaration de créance »

- Obligation de porter à la connaissance du mandataire judiciaire et de l'administrateur les créances impayées 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 ; il est expressément indiqué que le créancier doit porter à la connaissance, selon le cas, soit du mandataire, soit de l'administrateur, du commissaire à l'exécution du plan, du liquidateur, les créances qui peuvent se prévaloir du privilège.

A défaut, la créance perd son privilège et est traitée comme une créance chirographaire.

L'article L 622.17 indique que les créances doivent être payées à leur échéance.

A défaut, ces créances sont payées par privilège avant toutes les autres créances, assorties ou non de privilèges ou de sûretés, à l'exception de celles garanties par le privilège établi à certains articles du Code du Travail, des frais de justice et de celles garanties par le privilège établi par l'article L 611.11 du Code de Commerce qui concerne le privilège de la conciliation (new money).

Ainsi, le législateur, en cohérence avec le privilège de la conciliation, a souhaité établir un véritable privilège général, opposable à tous, afin de favoriser les créanciers qui auront effectivement participé au redressement de l'entreprise en difficulté.

• 2 - Remise de dettes consenties par les créanciers publics et sociaux

Dans le prolongement de l'esprit de la loi, qui consiste à favoriser le redressement de l'entreprise, il est demandé également aux créanciers sociaux et fiscaux de faire des efforts dans le redressement des entreprises.

Les organismes investis d'une mission de service public, chargés de recouvrer les créances publiques et les cotisations de sécurité sociale, d'assurance chômage et de prévoyance, ne peuvent disposer de leurs créances que dans les limites prévues par les textes.

Hors, jusqu'ici, seules les remises de pénalités, majorations de retard et frais de poursuite étaient permis.

Or, ces créanciers qui représentent souvent une fraction importante du passif, étaient exclus des efforts souvent consentis par les autres créanciers.

Désormais, 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 dette, tant dans le cadre d'une conciliation (article L 611.7 alinéa 3 du Code de Commerce) que dans le cadre d'un plan de sauvegarde ou de redressement (article L 626.6 du Code de Commerce).

Le terme d'administration financière s'entend de tous les services administratifs.

La condition à cette remise est que ces facilités :

- ne peuvent être consenties au débiteur que concomitamment à l'effort consenti par d'autres créanciers et 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 s'agit là d'une exigence, destinée à écarter tout soupçon d'aide publique.

En outre, la règle est écartée en ce qui concerne les impôts indirects (TVA) pour lesquels seuls les intérêts de retard, majorations, pénalités et amendes peuvent faire l'objet d'une remise à l'exclusion du principal.

Cette possibilité de remise est donc visée tant pour la conciliation (article L 611.7) que pour le plan de sauvegarde ou le plan de redressement (article L 611.6).

- Les créanciers publics et sociaux peuvent également « *décider des cessions de rang de privilège ou d'hypothèque ou de l'abandon de ces sûretés* ». L.626-6
- Uniquement en sauvegarde et Plan de RJ

En revanche, cette possibilité n'est pas prévue dans le cadre de la conciliation et on peut le regretter.

L'autre critique que l'on peut apporter est que les abandons de créance sont déductibles dans le cadre d'un plan de sauvegarde ou de redressement mais pas en conciliation.

Autre effort du créancier :

- désormais, les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture doivent faire l'objet d'une déclaration de créance et ne peuvent dès lors plus faire l'objet d'une quelconque voie d'exécution.

Ainsi les administrations fiscales qui tentaient de jouer sur la date d'exigibilité ou de fait générateur pour recouvrer de façon forcée leur créance ne pourront plus le faire.

Ainsi, les créances fiscales de la procédure seront les créances fiscales nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure et seront limitées aux impôts et taxes qui ont pour assiette les produits et charges de l'entreprise à compter du jugement d'ouverture.

IV - CONCLUSION :

Depuis le début de l'année 2006, un constat peut être fait :

- 12 à 15000 ouvertures de procédure collective ont conduit à l'ouverture d'un redressement judiciaire ou à la liquidation.
- Seulement 175 en ouverture de sauvegarde.

Ce constat permet de relever que la prévention n'est pas encore totalement intégrée dans les mentalités même si la conciliation semble connaître un certain engouement.

Le dirigeant ne doit plus tarder à trouver des solutions à ses difficultés. Le législateur compte sur les partenaires de l'entreprise pour l'y aider.

Le capital investissement spécialisé dans le retournement, peut être le moyen d'aider l'entreprise encore saine mais en manque de fonds propres, à réagir en adoptant des mesures préventives très en amont. La prise de capital minoritaire, permettant à la direction de rester en place, pourrait vraisemblablement inciter le dirigeant à s'adresser aux investisseurs qu'il ne verrait plus comme des prédateurs.

Cette nouvelle perspective permettrait d'être en cohérence avec l'esprit de la loi du 26 juillet 2005 qui souhaite privilégier le plan de « continuation – cession » :

C'est-à-dire le schéma selon lequel le dirigeant reste à la tête de son entreprise sans que l'opération qui consiste à intégrer un nouvel investisseur n'opère pour autant une cession de contrôle.

Patricia GUYOMARC'H
Avocat à la Cour.