

A propos de la Loi de Sauvegarde des entreprises « Du pilori au contrat de confiance »

Le 10 Janvier 2006



Par Antoine DIESBECQ
Avocat à la Cour
Cabinet RACINE

Quels qu'en soient les commentaires, il semble admis que la Loi de Sauvegarde du 26 juillet 2005 est une loi de concertation, fruit de consultations, d'échanges, et de réflexions multilatérales.

Cette loi dont l'objet est de réformer le droit du traitement des difficultés des entreprises, est-elle pour autant une loi de consensus, ce qui laisserait présager d'une application aisée ?

Ne négligeons pas qu'elle peut être également une loi de compromis, appelant alors à une grande vigilance pour s'écarter des risques de conflits sans perdre en efficacité.

Sans préjuger de l'une ou l'autre de ces hypothèses, l'on n'a pu résister à l'envie de porter sur ce texte nouveau un regard de comparaison avec les dispositions abrogées depuis le 1er Janvier 2006.

S'agit-il d'une évolution ou plus abruptement d'une révolution, l'avenir le dira, car la loi porte en elle un esprit de nouveauté, mais aussi le maintien de solides traditions, dont les Tribunaux devront cumulativement s'inspirer pour conclure avec les chefs d'entreprise le contrat de confiance proposé par les dispositions nouvelles.

I - LE RAYON DES NOUVEAUTES

Si dans le domaine du droit plus encore

qu'ailleurs les mots sont lourds de sens, tant par le titre, « Loi de Sauvegarde », que par les termes auxquels le législateur a recouru dans le texte lui-même, il faut noter de grands changements : changement de vocabulaire, changement d'état d'esprit et sans doute changement politique.

1.1 Le changement de vocabulaire.

* La loi abrogée avait pour objet de faciliter le redressement de l'entreprise en état de cessation des paiements en vue d'assurer sa pérennité, et à défaut seulement sa liquidation.

Désormais la loi tend à sauvegarder l'entreprise en difficultés ou susceptible d'y être confrontée.

A cet effet il faut anticiper, prévenir, concilier, organiser, enfin peut-être redresser, et seulement in fine liquider.

La liquidation elle-même doit être au plus vite effacée comme un mauvais souvenir.

Ainsi le jugement qui prononce la liquidation judiciaire doit fixer le délai dans lequel la procédure devra être clôturée (article L.643-9).

En l'absence d'immeuble, et lorsque le chiffre d'affaires et le nombre de salariés sont respectivement inférieurs à 750.000 € et 5 personnes, la loi organise une liquidation judiciaire simplifiée

d'une durée maximum d'un an (article L.641-2).

* * *

* Le Procureur de la République quitte la scène de la procédure, avec son épilogue à forte coloration pénale.

Le Ministère Public qui est l'institution dont il relève prend sa place, comme garant de l'Ordre Public économique.

A tout le moins peut-on lire ce message implicite.

De façon explicite le Ministère Public est invité à exercer un rôle accru dans la procédure.

Dès la procédure de Conciliation qui constitue dans l'ordre chronologique la seconde mesure de prévention après le Mandat ad hoc, l'avis du Ministère Public est sollicité lorsque l'accord destiné à y mettre fin est soumis à l'homologation du Tribunal (article L.611-9).

Au cours de la procédure de Sauvegarde, de Redressement ou de Liquidation judiciaire, le Ministère Public est destinataire des rapports des organes de la procédure collective.

Sa participation est rendue obligatoire, notamment aux audiences au cours desquelles sera évoquée la cession de l'entreprise, lorsque celle-ci aura une certain-

ne importance en termes d'emploi et de chiffre d'affaires.

Le Ministère Public se voit investi de la titularité de certaines actions, notamment dans le domaine des nullités de la période suspecte et des sanctions.

Enfin, le Ministère Public exerce à titre principal certaines voies de recours, lesquelles ont un effet suspensif.

L'on a pu dire que le Ministère Public est « l'Avocat de la Loi ».

* **

* Si l'Administrateur Judiciaire demeure, le Représentant des créanciers disparaît pour donner naissance au Mandataire Judiciaire.

Celui-ci acquiert ainsi définitivement son autonomie,

- par rapport aux créanciers qui s'exprimeront directement et exerceront leurs prérogatives au travers des « comités de créanciers » consultés sur les plans de sauvegarde ou de redressement, ou par le truchement des contrôleurs dont les pouvoirs sont étendus,

- par rapport à la procédure elle-même, en ce qu'il se voit chargé, lorsqu'il n'est pas nommé d'administrateur judiciaire, d'administrer la poursuite de l'activité en liquidation judiciaire ou de préparer le plan de cession de l'entreprise.

* **

* Enfin, et quoi que l'expression ne résulte pas de la loi elle-même, il faut abandonner l'opposition traditionnelle entre « créanciers antérieurs » à l'ouverture de la procédure collective, et « créanciers postérieurs ».

Les dispositions nouvelles qui confèrent aux créanciers de la procédure un véritable privilège, et non plus seulement un droit de priorité, en réservent le bénéfice aux créanciers dont la créance cumule deux critères :

- l'un chronologique, comme par le passé,
- l'autre économique.

Ainsi, il faut encore que la créance soit née régulièrement postérieurement à

l'ouverture de la procédure collective, mais cela ne suffit plus, il faut désormais également que la créance soit née « 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 » (article L.622-17).

Tous les créanciers dont la créance ne remplira pas **cumulativement** ces différents critères, déclareront leur créance au passif.

* **

Le changement n'est cependant pas que sémantique il est également politique.

1.2 Les changements dans l'esprit.

Le Garde des Sceaux, Monsieur Pascal CLEMENT, exprime cette volonté de changement sans ambiguïté :

« Le principe même de la procédure de Sauvegarde, pivot de ce droit profondément rénové, nous fait passer de l'ère du « dépôt de bilan » à celle de la « demande de protection judiciaire ». La première étant synonyme d'échec, la seconde sera synonyme d'espoir ».

L'on distinguera quatre ordres dans ces changements.

* **

* L'on relève l'idée d'une **privatisation** des procédures destinées au traitement des difficultés des entreprises.

Qu'il s'agisse du Mandat ad hoc, de la Conciliation, ou de la Sauvegarde, l'initiative d'en demander le bénéfice relève du seul débiteur.

L'ouverture de la procédure dépend ainsi du libre arbitre du chef d'entreprise, elle ne peut lui être imposée.

L'on peut également penser qu'il dispose du même droit de sortir de la procédure dont il a librement demandé l'ouverture, sauf dans une circonstance, s'agissant de la conciliation.

En effet, la procédure de Conciliation peut être ouverte alors même que le débiteur est en état de cessation des paiements, à la condition que cet état ne soit pas avéré depuis plus de 45 jours.

Lorsqu'il sera en état de cessation des paiements, le débiteur ne pourra plus prétendre demander à ce qu'il soit mis fin à la procédure de Conciliation ; en l'absence d'accord le Tribunal ouvre une procédure de Redressement ou de Liquidation judiciaire, ce qu'il a le pouvoir de faire d'office, comme par le passé.

L'ouverture d'une procédure de Conciliation fait échec à une action en Redressement ou en Liquidation judiciaire exercée par un créancier (article L.631-

En revanche, il existe une limite à cette protection, mais que l'on espère provisoire, puisqu'à défaut de figurer à l'annexe du Règlement Européen sur l'Insolvabilité (n° 1346/2000 du 29 mai 2000), l'ouverture d'une procédure de Conciliation ne fera pas obstacle à l'ouverture d'une procédure principale d'insolvabilité dans un autre Etat Membre.

* **

* La Loi de Sauvegarde pose le principe de la **contractualisation** des procédures tendant au redressement de l'entreprise.

Le Mandat ad hoc et la Conciliation prennent fin au terme d'un « accord », celui-ci étant quant à la Conciliation constaté par le Président du Tribunal ou homologué par le Tribunal lui-même selon le vœu du débiteur.

La Sauvegarde et le Redressement judiciaire peuvent également être réalisés par un accord passé entre le débiteur et les créanciers réunis en comité, les dispositions de l'article L.626-30 du Code de Commerce évoquant « le projet de plan adopté par les comités ». C'est donc seulement en cas d'échec du processus contractuel que le Tribunal arrêtera un plan selon des délais uniformes.

Enfin, le Tribunal et le Juge Commissaire se répartissent les pouvoirs pour mettre en œuvre la réalisation des actifs d'un débiteur en liquidation judiciaire.

* **

* La Loi de Sauvegarde est également une loi de **généralisation**.

La loi s'applique désormais à toutes les ►

- ▶ activités économiques, quel qu'en soit le mode d'exercice.

Son bénéfice est étendu à toute personne exerçant une profession libérale indépendante, y compris lorsqu'elle est soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé.

De ce chef les procédures collectives ne sont plus essentiellement commerciales, et se partageront plus équitablement avec les juridictions civiles, qui connaissent jusqu'à présent des difficultés des personnes morales à objet civil.

Incidentement l'on relèvera la naissance d'un nouvel organe dans la procédure, constitué du représentant de l'ordre ou de l'autorité compétente dont relève le débiteur, et qui sera entendu lors des audiences et aura de droit la qualité de contrôleur.

* Cette généralisation s'étend également au traitement des créanciers du débiteur, les créanciers publics recevant de la loi le pouvoir de participer à la procédure, comme les autres créanciers privés, y compris à la procédure de Conciliation (article L.111-17).

Le Trésor Public et l'URSSAF peuvent désormais consentir non seulement des délais mais aussi des remises, le droit leur étant conféré :

« Concomitamment à l'effort consenti par d'autres créanciers, de remettre tout ou partie de ses dettes aux débiteurs dans des conditions similaires à celles que lui octroieraient, dans des conditions normales de marché, un opérateur économique privé placé dans la même situation » (article L.626-6).

Ce texte est en outre le surgissement explicite des règles du droit de la concurrence et des limites apportées aux aides que l'Etat peut consentir pour participer au redressement d'une entreprise en difficulté.

* * *

Enfin la Loi de Sauvegarde est la **consécration** de la distinction entre l'entreprise et son chef, artificielle dans le succès, une telle distinction est nécessaire dans l'échec.

En premier lieu l'on note un allègement sensible des sanctions, telle la limitation à 15 ans de la durée de la faillite person-

nelle, et la suppression pure et simple de l'ouverture d'une procédure collective à titre de sanction.

Le carcan et le pilori prévus par l'Ordonnance de 1673 définitivement rangés au rayon des accessoires, sont donc rejoints par d'autres sanctions moins physiques mais aussi infâmant.

Au chapitre de cette distinction entre le dirigeant et l'activité, il faut citer également la cession d'entreprise instituée comme mode général de transmission en Redressement comme en Liquidation judiciaires.

Elle n'est en outre pas exclue de la Sauvegarde ni même de la Conciliation, selon les règles du droit commun et sans être alors soumise à la planification prévue par les dispositions relatives au Redressement et à la Liquidation judiciaire.

Notons cependant une limitation s'agissant des professions libérales ou indépendantes, dont la clientèle n'est pas cessible.

* * *

Les usagers de la Loi de Sauvegarde déjà instruits par les textes précédents ne seront pas totalement dépaysés, car la loi a conservé certains des piliers du système antérieur non sans les avoir replacés dans une nouvelle perspective.

II - DES VALEURS SÛRES REVISITÉES.

L'on notera tant des changements dans ce qui perdure, qu'une certaine continuité dans ce qui change.

2.1 Les changements dans la continuité.

* La cessation des paiements demeure un critère distinctif des différentes procédures, sans toutefois en être plus l'articulation exclusive.

Le Professeur François-Xavier LUCAS a pu faire le constat d'une certaine « porosité » du critère de la cessation des paiements.

En effet, le débiteur peut demander le bénéfice de la Conciliation alors même qu'il se trouverait en état de cessation des paiements depuis moins de 45 jours.

Réciproquement, alors même qu'il ne se

trouve pas en état de cessation des paiements, mais dès lors qu'il justifie « de difficultés, qu'il n'est pas en mesure de surmonter, de nature à le conduire à la cessation des paiements », il peut solliciter l'ouverture d'une procédure de Sauvegarde.

Bien que poreuse, la notion n'en est pas moins « stable », selon le Président de la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation, Monsieur Daniel TRICOT. Elle s'entend encore et toujours de l'incapacité pour le débiteur à faire face à son passif exigible avec son actif disponible.

Exit donc la référence au « passif exigé », appelée de leurs vœux par une partie de la doctrine et des praticiens.

* * *

* La loi maintient la protection existante au profit des acteurs économiques du redressement la renforçant et elle l'étend aux nouvelles procédures qu'elle crée.

▶ En premier lieu elle institue un privilège au profit des partenaires d'un débiteur bénéficiant d'une procédure de Conciliation (article L.611-11).

Toutefois les conditions d'éligibilité d'une créance à ce privilège sont extrêmement strictes. Il est réservé :

« Aux personnes qui avaient consenti dans l'accord homologué au II de l'article L.611-8, un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise et sa pérennité »

ou encore :

« Aux personnes qui fournissent, dans l'accord homologué, un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité... »

Ainsi seule la créance représentant un nouvel apport, ou la contrepartie de la fourniture d'un nouveau bien ou service pourra prétendre au bénéfice de ce privilège.

Encore faudra-t-il que soit démontré, si une contestation est élevée, qu'elle avait pour but d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité.

► En toute hypothèse, il faudra que l'accord mettant un terme à la Conciliation, dans lequel elle s'inscrira soit homologué par le Tribunal.

Le privilège n'aura évidemment à jouer qu'en cas d'ouverture ultérieure d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, étant rappelé que la créance correspondante devra, dans ce cas, être déclarée.

► En deuxième lieu, l'article L.650-1 du Code de Commerce apporte une dérogation au droit commun de la responsabilité civile en disposant que :

« Les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis... ».

Aux cotés du carcan, du pilori et du redressement judiciaire sanction, il faut donc installer l'arrêt LAROCHE et la responsabilité pour soutien artificiel de crédit.

Trois exceptions sont toutefois apportées :

- la fraude,
- l'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur,
- la disproportion des garanties prises en contrepartie des concours.

Relevons l'usage que les cautions du débiteur ne manqueront pas de faire de cette troisième exception.

► En troisième lieu, la loi renforce le privilège des créanciers qui concourent à la réussite de la procédure, en maintenant du crédit au débiteur pendant la période d'observation.

Si l'assiette du privilège demeure inchangée, c'est-à-dire qu'il s'exerce comme par le passé sur l'ensemble des actifs du débiteur, son bénéfice est désormais limité et ne profite qu'aux créanciers dont la créance cumule les critères chronologique et économique posés par l'article L.622.17 précité.

L'exercice de ce privilège est toutefois à deux vitesses.

En cas de Sauvegarde et de Redressement judiciaire, il n'est primé que par le privilège des créanciers dont la créance relève des dispositions de l'article L.611-11 (les créanciers privilé-

giés de la Conciliation) d'une part, et celui des frais de justice et le super privilège d'autre part.

En cas de Liquidation judiciaire il faut y ajouter le privilège des créanciers titulaires de sûretés spéciales immobilières et mobilières avec dépossession et droit de rétention, telles que le dépôt, le gage et le warrant.

Le renforcement de l'efficacité de ce privilège tient essentiellement à la limitation du nombre des créanciers qui en bénéficient.

En effet et en revanche, la loi réaffirme et renforce les droits des créanciers antérieurs.

A cet égard est supprimée la sanction du défaut de déclaration de créance que constituait l'**extinction** de celle-ci.

Désormais le créancier retardataire même non relevé de forclusion demeurera créancier du débiteur.

Il ne sera cependant admis dans les répartitions et dividendes qu'à charge pour lui de se faire relever de la forclusion encourue, et dans ce cas, il ne pourra y participer que pour ceux qui seront servis à compter de sa demande.

Les droits des créanciers antérieurs à l'ouverture de la procédure collective, qu'ils soient gagistes, réservataires de propriété, cessionnaires de créance à titre de paiement ou de garantie, notamment, sont parfaitement préservés.

Avec sagesse, le Législateur n'a pas remis en cause les solutions désormais acquises en Jurisprudence.

Ainsi, le crédit du débiteur doit en sortir renforcé, que ce soit avant ou après l'ouverture de la procédure, à tout le moins c'est ce que l'on pense pouvoir lire de la loi quant à la volonté politique du Législateur.

La clarification des droits respectifs des différentes catégories de créanciers est réelle.

De même s'affirme la tendance du rôle du Juge dans l'économie.

2.2 La continuité dans le changement.

L'article 1er de la Loi de Sauvegarde

codifié sous l'article L.620-1, délègue au pouvoir réglementaire la charge de désigner les Tribunaux compétents, dans chaque département, pour connaître des procédures qu'elle organise.

Sans doute cette délégation est-elle à mettre en perspective des discussions relatives à la détermination de « *Tribunaux Economiques* », habilités à statuer sur les contentieux relevant du domaine du droit de la concurrence dont ont désormais à connaître les juridictions nationales des Etats Membres de la Communauté Européenne en faisant application des règles européennes, et qui ont abouti au Décret n°2005-1756 du 30 décembre 2005.

Egalement notable est le renforcement des pouvoirs du Président du Tribunal qui peut, dans tous les mécanismes de prévention, procéder par voie d'injonction, ou ordonner des investigations.

Enfin, est tout aussi signifiant le retrait du Tribunal de la procédure dans le domaine des sanctions, qui se voit privé du pouvoir de se saisir d'office, dont il faisait d'ailleurs un usage modéré.

Le transfert de l'examen des sanctions au Juge Pénal, consacrerait définitivement la distinction entre le Juge de l'économie et du traitement des difficultés, et le Juge de la sanction, mais il faudra encore patienter, car faute de crédits, certaines tendances sont longues à s'affirmer.

* * *

La Loi de Sauvegarde, texte de grande ambition, défini par certain comme « *une boîte à outils* », ne manque pas d'atouts pour séduire et convaincre.

La « *contractualisation* » de la procédure collective vécue en général par les chefs d'entreprises comme autoritaire du fait de la tutelle du Tribunal et invalidante en raison du dessaisissement total ou partiel dont ils sont l'objet, est un enjeu essentiel.

Le rééquilibrage des rapports de force repose néanmoins sur le nécessaire partage entre ses différents acteurs d'un « *capital confiance* » dont on peut gager qu'il conditionnera la réussite que l'on souhaite en ce début d'année 2006 à la Loi du 26 juillet 2005. ■