Colloque

UN PREMIER BILAN DE LA LOI DE SAUVEGARDE DES ENTREPRISES

Strasbourg, le 22 septembre 2006

LA PROCEDURE DE SAUVEGARDE : UNE PROCEDURE DE REDRESSEMENT JUDICIAIRE.

Jean-Luc Vallens
Magistrat, professeur associé
Université Robert-Schuman (Strasbourg)

Introduction.

Procédure phare de la réforme législative de 2005 la procédure de sauvegarde est un redressement judiciaire anticipé, parfois qualifié de procédure collective préventive. Inspirée du Chapitre 11 du Code américain de la banqueroute, la procédure présente presque toute les caractéristiques d'une procédure de redressement judiciaire, à laquelle les praticiens étaient accoutumés.
Avant d'évoquer avec Me Patry les différences essentielles qui distinguent les deux procédures, il faut souligner leurs poins communs.

1. Champ d'application.

Ces deux procédures ont un même champ d'application. Tous les débiteurs relevant d'une procédure de redressement judiciaire peuvent, à leur initiative, être soumis à une procédure de sauvegarde : les commerçants et les sociétés commerciales, les artisans et les agriculteurs, ainsi que les membres des professions libérales et indépendantes atteints à leur tour par l'extension du champ d'application des procédures collectives.

2. Ouverture de la procédure.

La présentation des documents comptables. A l'appui de la demande présentée par le débiteur, la liste des documents justificatifs à joindre est identique en redressement et en sauvegarde à l'exception de quelques détails : une demande d'ouverture d'une procédure de sauvegarde nécessite la présentation d'un compte de résultat récent alors qu'une déclaration de cessation des paiements tendant à l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ne l'exige pas. De même la situation de trésorerie présentée par le débiteur doit être datée de moins de 8 jours pour une demande de sauvegarde et seulement d'un mois pour une demande de redressement judiciaire.

3. Effets du jugement d'ouverture.

Le jugement ouvrant la procédure entraîne les mêmes effets. L'ouverture de la procédure entraîne un arrêt des poursuites individuelles, qui est l'objectif essentiel poursuivi par le débiteur désireux de se mettre sous la protection de la justice, la désignation d'un juge commissaire, l'inventaire des biens par les soins d'un officier public ministériel, et éventuellement la désignation d'un administrateur judiciaire en fonction de la taille de l'entreprise (des seuils identiques sont adoptés dans les deux procédures : moins de 20 salariés et moins de 3 millions € de CA dispensent de sa désignation).

L'ouverture de la procédure a les mêmes effets à l'égard des créanciers. Tous les créanciers ont l'obligation de déclarer leurs créances auprès du mandataire judiciaire avec ses

conséquences : une procédure de vérification du passif suivie d'une décision du juge commissaire sur les créances déclarées, et la perte des droits à la participation aux distribution de dividendes pour le créancier défaillant. L'ouverture de la procédure entraîne aussi pour le débiteur l'interdiction de payer les créances antérieures.

Les deux jugements ouvrent de la même manière une période d'observation de 6 mois renouvelable, susceptible d'interruption à tout moment. Les deux jugements instituent pendant cette période un régime identique pour les créances postérieures à l'ouverture de la procédure : un privilège légal en faveur des créances utiles à l'activité de l'entreprise, la communication de ces créances au mandataire judiciaire, et l'obligation de déclarer au passif les créances postérieures non privilégiées.
Les règles applicables aux contrats en cours sont identiques. Cela concerne le bail, les revendications des marchandises fournies au débiteur qui sont traitées de la même manière dans le cadre d'une procédure de sauvegarde et de redressement judiciaire.

4. Conversion de la procédure.

Il existe également d'autres dispositions communes aux deux procédures, qui sont moins faciles à concevoir et peuvent avoir un effet dissuasif contraire au vœu du législateur.
Tout d'abord le tribunal peut à tout moment de la procédure de sauvegarde comme à tout moment de la procédure de redressement judiciaire convertir la procédure en cours en liquidation judiciaire, si la cessation des paiements est avérée et que l'entreprise n'a aucune chance de redressement. Il en résulte pour le chef d'entreprise ayant pris l'initiative de demander le bénéfice d'une procédure de sauvegarde un risque, celui de voir le tribunal convertir, au besoin d'office la procédure ouverte à son initiative en une liquidation judiciaire, entraînant son dessaisissement et la vente de ses biens.

5 Extension de la procédure.

Par ailleurs, la procédure collective peut être étendue à une autre personne physique ou morale, en cas de confusion de patrimoine ou en cas de fictivité de la société concernée. Autant l'extension d'une procédure de redressement judiciaire ouverte contre le gré du débiteur se conçoit en vue de consolider le patrimoine dissocié de deux entités et de réintégrer un actif du dirigeant social ou d'une autre société ayant bénéficié des fonds de la société en redressement judiciaire, autant l'extension d'une procédure de sauvegarde ouverte par hypothèse à l'initiative du chef d'entreprise est contestable. Sauf à admettre que ce dernier pourrait de sa propre initiative demander extension de la procédure, mais il s'agit là d'une hypothèse théorique!

6. Finalités des procédures.

Les deux procédures ont un objectif commun, le redressement de l'entreprise en difficulté. Certes des nuances existent : la procédure de sauvegarde tend à la réorganisation de l'entreprise pour permettre la poursuite de son activité, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif, tandis que le redressement judiciaire ne prévoit pas la réorganisation. Mais peut-on redresser une entreprise en redressement judiciaire sans réorganiser sa structure juridique, économique et financière ?

7. Le plan de sauvegarde et de redressement.

Quant aux moyens de ce redressement, ils sont largement identiques pour les deux procédures. Les créanciers sont consultés sur les propositions d'apurement du passif présentées par le débiteur. La constitution de comités de créanciers regroupant les établissements de crédit et les principaux fournisseurs de l'entreprise est prévue au profit des grandes entreprises qui présentent une comptabilité fiable (une comptabilité certifiée par

un commissaire aux comptes ou établie par un expert-comptable) et répondent à certains critères (un nombre de salariés supérieur ou égal à 150 et un CA supérieur ou égal à 20 millions d'€). Sous ces conditions, les comités de créanciers sont institués dans les deux procédures et leur consultation suit les mêmes règles, sous la direction de l'administrateur judiciaire. Le tribunal arrête le plan à l'issue de ces consultations, après s'être assuré que les intérêts de tous les créanciers sont sauvegardés.
L'élaboration du plan tend en principe dans les deux procédures à la continuation de l'entreprise. La cession de l'entreprise il est vrai est possible en redressement judiciaire alors qu'elle n'est pas dans le cadre d'une procédure de sauvegarde, mais cette opposition ne paraît pas aussi claire que le texte l'indique, puisque dans une procédure de sauvegarde le plan peut également prévoir une cession d'activités, tandis que le plan de redressement judiciaire peut prévoir des cessions partielles.

Enfin, dans les deux hypothèses, le tribunal peut subordonner l'adoption du plan au remplacement des dirigeants ou ordonner la cession des parts dont ils sont propriétaires. L'application de ces règles est, là encore, plus facile à concevoir dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire que d'une procédure de sauvegarde, où l'initiative incombe aux seuls dirigeants sociaux.

Conclusion.

La similitude des mécanismes essentiels des procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire ne peut masquer cependant que leurs finalités ne doivent pas être confondues. Alors que l'ouverture d'une procédure de sauvegarde est entre les mains des dirigeants sociaux, l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire peut être décidée contre leur gré, en présence d'un état de cessation de paiement caractérisé à l'initiative d'un créancier, du tribunal agissant d'office ou du procureur de la République. Les différences des deux procédures sont au moins aussi importantes que leurs points communs.

LA DECLARATION DES CREANCES, DE NOUVELLES REGLES DU JEU.

Jean-Luc Vallens

Les règles sur la déclaration des créances telles qu'elles résultent de la loi de sauvegarde des entreprises sont identiques pour toutes les procédures collectives : sauvegarde, redressement et liquidation judiciaire. Elles ne concernent pas la procédure de conciliation, de nature contractuelle, où les créances ne sont pas en principe vérifiées.
La loi de sauvegarde des entreprises a voulu distinguer les créances en fonction d'un objectif, réduire le passif postérieur aux seules créances réellement utiles à l'entreprise en difficulté. Plusieurs décisions antérieures avaient en outre créé quelques incertitudes, relatives la condition d'une poursuite de l'activité, à la date de naissance des créances, ou à leur régularité. Le législateur de 2005 a dissocié les principes jusque là rattachés à la problématique de la déclaration des créances : l'arrêt des poursuites individuelles applicable aux titulaires de créances antérieures, l'interdiction de payer ces créances, l'obligation pour les créanciers de déclarer au passif leurs créances et la dispense de déclaration pour les créances postérieures, bénéficiaires d'une priorité de payement. La loi du 26 juillet 2005 a tout d'abord modifié la nature du droit des créanciers postérieurs, en transformant cette priorité en un véritable privilège légal. Elle a ensuite adopté un critère unique, pour déterminer le fait générateur des créances, en retenant la date de naissance de celles-ci et non plus leur origine. La loi enfin a choisi de mentionner, pour les soumettre à un régime particulier, les créances ne relevant pas de l'activité professionnelle du débiteur.

Il faut donc tenir compte de la nouvelle classification opérée, en catégories et en sous catégories de créances.

I. Les créances antérieures.

Le régime applicable aux créances antérieures n'est pas substantiellement modifié par la réforme législative de 2005. Le régime qui leur est applicable demeure : interdiction de payer ces créances et obligation de les déclarer au passif. La loi a cependant quelque peu modifié la mise en oeuvre de ces principes. On mentionnera quelques innovations législatives à cet égard.

1. Les délais de déclaration.

Le délai de déclaration de créances demeure fixé à deux mois à peine de forclusion. Mais ce délai court pour les créances qui résultent d'un contrat ou d'une sûreté ayant fait l'objet d'une publication à compter de la date de réception de l'avis individuel du mandataire judiciaire. Cela introduit une obligation de diligence particulière de la part de ce dernier, qui doit vérifier, créance par créance, la date d'expiration du délai de déclaration applicable.
Par ailleurs la sanction applicable aux créances qui n'ont pas été déclarées dans le délai est désormais la seule privation des droits du créancier dans les répartitions et les distributions pouvant être accordées aux créanciers. La créance du créancier défaillant demeure dans son patrimoine et peut donc faire l'objet d'une action à l'encontre des garants.

2. La forclusion des créanciers défaillants

Le relevé de forclusion a également été modifié. Le délai a été raccourci à 6 mois au lieu d'un an, mais le point de départ du délai pou demander à être relevé de sa forclusion est reporté de la date du jugement d'ouverture à sa publication, ce qui réduite d'autant l'abréviation du délai, ou à la date de réception de l'avis individuel pour les créanciers titulaires de créances résultant d'un contrat ou d'une sûreté publié. Un délai d'un an subsiste, mais qui ne bénéficie qu'aux créanciers qui se trouvait dans l'impossibilité de connaître l'existence de leur créance dans les 6 mois. Quant aux conditions d'un relevé de forclusion, le législateur de 2005 a ajouté au cas préexistant l'hypothèse d'une omission volontaire de ce créancier de la part du débiteur. Sous réserve des difficultés pratiques que le créancier défaillant peut éprouver pour démontrer que le débiteur l'a volontairement dissimulé) cette condition supplémentaire concrétise une volonté de la loi d'améliorer la situation des créanciers retardataires.
L'obligation de déclarer les créances s'applique également aux créanciers liés au débiteur par un contrat à exécution successive : tout doit être déclaré au passif, sur la base d'une évaluation suivant les règles de droit commun, y compris pour les échéances postérieures au jugement d'ouverture.

Le créancier peut désormais également à l'issue de la procédure, ou plus exactement à l'expiration du plan de sauvegarde ou de redressement reprendre des poursuites individuelles à l'encontre du débiteur. On peut considérer que jusque-là son droit de poursuite reste suspendu, sans quoi il bénéficierait d'une situation préférable à celle des créanciers inscrits au plan. Si le débiteur est mis en liquidation judiciaire et que la procédure est clôturée pour insuffisance d'actif, le créancier forclos sera naturellement atteint par la règle légale interdisant aux créanciers antérieurs de reprendre des poursuites individuelles en dehors des exceptions prévues par ce texte. Cette règle est en effet indépendante de la déclaration des créances au passif.

Si le créancier disposait d'une sûreté on peut considérer que la cession du bien grevé opère purge. La réponse est moins nette en revanche si le crédit était affecté à un bien déterminé, puisque dans ce cas le code de commerce prévoit le transfert de la sûreté. Mais un créancier défaillant peut-il l'invoquer à l'encontre du cessionnaire ?

Enfin si le plan de sauvegarde ou de redressement est l'objet d'une résolution, c'est une procédure de liquidation judiciaire qui est ouverte et le créancier forclos pourrait à nouveau déclarer sa créance au passif, sous réserve de la prescription légale éventuelle, qui peut conduire, à l'expiration du délai légal de dix ans, à l'interdiction de poursuivre le débiteur.

3. Les recours contre les garants.

Le fait qu'une créance qui n'a pas été déclarée au passif ne soit plus sanctionnée par son extinction expose la caution à se voir rechercher, puisque celle-ci ne pourra opposer comme une exception inhérente à la dette l'extinction de la créance non déclarée. Le garant ne pourra se soustraire à son engagement que si le créancier lui a fait perdre par ailleurs un droit préférentiel en ne déclarant pas sa créance au passif. Mais la seule perte de la créance n'équivaut pas à un tel préjudice. La caution pourra aussi invoquer un préjudice personnel pour rechercher la responsabilité du créancier.
Le garant pourrait enfin invoquer l'une des dispositions introduites par la loi de sauvegarde des entreprises en faveur des créanciers, et en particulier l'une ou l'autre des exceptions au principe de non responsabilité découlant de l'article L 650-1 du code de commerce : si la caution peut caractériser une immixtion caractérisée du créancier dans la gestion du débiteur principal, une fraude de sa part ou la prise de garantie disproportionnée. En ce cas la loi sanctionne de nullité les garanties prises, ce qui pourrait bénéficier au signataire d'une garantie personnelle, sous réserve que la jurisprudence fasse du terme « garantie » une interprétation étendue.

II. Les créances postérieures au jugement d'ouverture.

1. Les créanciers privilégiés.

La loi a ajouté aux critère de la date de naissance de la créance et de sa régularité le critère de la finalité de la créance : le privilège légal reconnu aux créances postérieures ne bénéficie qu'à celles 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 pendant cette période. Un critère similaire est appliqué à l'hypothèse de la liquidation judiciaire.

Ces créances utiles sont payables à l'échéance, ou à défaut, par privilège. Mais pour bénéficier de ce privilège elles doivent être portées à la connaissance du mandataire judiciaire, de l'administrateur judiciaire ou du commissaire à l'exécution du plan, dans un délai de la loi a fixé à un an, à compter de la fin de la période d'observation (en cas de sauvegarde ou redressement judiciaire), de 6 mois à compter du jugement de liquidation judiciaire ou d'un an à compter du jugement arrêtant le plan de cession. Il en découle une incertitude quant à l'application effective de ce privilège, qui impose aux mandataires de justice une grande prudence dans le règlement des montants qui peuvent être dus, aussi longtemps que la liste des créances privilégiées (liste réintroduite par le décret d'application du 28 décembre 2005) n'est pas arrêté définitivement.
A défaut de communication dans ce délai, les créances perdent le privilège légal. La loi ne dit pas quel est le sort des créances qui perdent ainsi le privilège. S'agissant de créances postérieures nées régulièrement et susceptibles d'être utiles à la procédure, elles devraient être payées à l'échéance, la loi ne les privant « que » du privilège en cas de défaut de paiement. Mais un droit au paiement subsistant au privilège légal qui l'accompagne est bien aléatoire pour les créanciers titulaires de ce droit.

2 Les créanciers non privilégiés.

Quant aux créances postérieures au jugement d'ouverture qui ne relèvent pas de la catégorie des créances privilégiées, elles sont à déclarer au passif, comme des créances antérieures. Le code de commerce précise à cet égard que le délai de déclaration pour ces créanciers court à compter de la date d'exigibilité de leurs créances. Cela introduit pour le mandataire judiciaire une obligation de diligence supplémentaire, ces règles introduisant une procédure de vérification spécifique, décalée dans le temps après la vérification du passif antérieur.
La loi ne précise pas non plus comment ces créances, une fois vérifiées, devront être payées.

Enfin les créances postérieures au jugement d'ouverture et bénéficiant du privilège légal en raison de leur finalité peuvent être contestées par tout intéressé, ce qui peut concerner d'autres créanciers dont la créance naît pendant la même période, et qui entrent en concurrence. En cas de rejet du privilège à la suite d'une telle contestation, ces créances sont alors réputées déclarées comme des créances antérieures. Il faut entendre par là que la recevabilité de ces déclarations de créances ne peut être remise en cause. On observera en particulier que les règles relatives au pouvoir de déclarer, dont il doit être justifié, ne paraissent pas applicables à ces créances postérieures dont le titulaire n'avait pas, a priori, à tenir compte.

3. Les créanciers d’aliments.

Il faut enfin évoquer une sous catégorie parmi les créances dont le débiteur peut être tenu, les créances de caractère alimentaire. Or ne sont mentionnées par la loi que les seules créances postérieures au jugement d'ouverture, pour lesquelles le code de commerce les dispense de manière formelle de l'obligation de déclaration, alors que, s'agissant de créances qui ne sont pas attachées à l'activité professionnelle du débiteur et qui ne sont naturellement pas utiles à la procédure, les règles nouvelles résultant de la loi de sauvegarde des entreprises les ferait entrer dans le périmètre des créances soumises à déclaration. Le caractère alimentaire prime ici ce qui hausse ces créanciers au rang de créanciers privilégiés. À leur égard, l'interdiction de payer les créances ne s'applique pas non plus, le code de commerce ajoutant à cette mesure de faveur les créances liées à la vie courante du débiteur personne physique. C'est là une consécration de la jurisprudence inaugurée par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 8 octobre 2003 au profit des créances alimentaires.
On aurait pu attendre une règle similaire pour les créances de caractère alimentaire nées antérieurement au jugement d'ouverture. Le législateur a estimé inutile de réglementer celles-ci, ce qui ouvre la porte à deux interprétations. Soit la loi de sauvegarde des entreprises n'a pas voulu remettre en cause le régime prétorien élaboré par la jurisprudence en faveur des créanciers d'aliments, soit elle a voulu y mettre fin. Une telle incertitude n'est pas tenable et l'absence de toute position exprimée lors des travaux préparatoires du projet de loi et des débats parlementaires conduit à opter pour l'interprétation prudence du maintien des solutions antérieurement admises.
À l'égard de ces créances, on observera néanmoins que si le créancier n'est pas tenu de déclarer sa créance il peut néanmoins le faire, en particulier dans l'hypothèse où le débiteur était propriétaire de biens immobiliers ou mobiliers de valeur. C'est le seul moyen sans doute pour le crédirentier de participer aux répartitions faisant suite à la réalisation de ces biens. Et il ne serait guère équitable que la dispense de déclaration de ces créances au passif se retourne contre le créancier.

On soulignera enfin que les créanciers dont la créance est née régulièrement après le jugement d’ouverture et qui bénéficient du privilège légal peuvent être néanmoins primés, contre leurs attentes légitimes, par le privilège général établi par la loi au profit des créanciers qui avaient soutenu le débiteur avant l’ouverture de la procédure collective, par un apport financier dans le cadre d'un accord amiable homologué. Les créanciers sollicités de

consentir un crédit à un débiteur en redressement judiciaire devront donc s’enquérir de l'existence d'une procédure de conciliation antérieure et d'un accord amiable homologué qui contiendrait de tels accords financiers.

Conclusion.

L'application pratique des nouvelles règles introduites par la loi de sauvegarde des entreprises montre d'ores et déjà que les dispositions relatives à la vérification du passif mettent à la charge des créanciers et de leurs conseils, comme des mandataires judiciaires des diligences et des responsabilités supplémentaires.

Il est vrai que le nombre de procédures de redressement judiciaire ne devrait pas augmenter, si les dirigeants sociaux optent pour la procédure de conciliation et que la proportion largement dominante des procédures de liquidation judiciaire, constatée au cours des vingt dernières années, demeure stable.