

N° 337

SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 2004-2005

Annexe au procès-verbal de la séance du 11 mai 2005

AVIS

PRÉSENTÉ

au nom de la commission des Affaires économiques et du Plan (1) sur le projet de loi, ADOPTÉ PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE APRÈS DÉCLARATION D'URGENCE, de sauvegarde des entreprises,

Par M. Christian GAUDIN,
Sénateur.

(1) Cette commission est composée de : M. Jean-Paul Émorine, *président* ; MM. Jean-Marc Pastor, Gérard César, Bernard Piras, Gérard Cornu, Marcel Deneux, Pierre Hérisson, *vice-présidents* ; MM. Gérard Le Cam, François Fortassin, Dominique Braye, Bernard Dussaut, Christian Gaudin, Jean Pépin, Bruno Sido, *secrétaires* ; MM. Jean-Paul Alduy, Pierre André, Gérard Bailly, René Beaumont, Michel Bécot, Jean-Pierre Bel, Claude Bertaud, Joël Billard, Michel Billout, Claude Biwer, Jean Bizet, Jean Boyer, Mme Yolande Boyer, MM. Jean-Pierre Caffet, Yves Coquelle, Roland Courteau, Philippe Darniche, Gérard Delfau, Mme Michelle Demessine, M. Jean Desessard, Mme Evelyne Didier, MM. Philippe Dominati, Michel Doublet, Daniel Dubois, André Ferrand, Alain Fouché, François Gerbaud, Alain Gérard, Charles Ginésy, Georges Ginoux, Adrien Giraud, Mme Adeline Gousseau, MM. Francis Grignon, Louis Grillot, Georges Gruillot, Mme Odette Herviaux, MM. Michel Houel, Benoît Huré, Mmes Sandrine Hurel, Bariza Khiari, M. Yves Krattinger, Mme Elisabeth Lamure, MM. Jean-François Le Grand, André Lejeune, Philippe Leroy, Claude Lise, Daniel Marsin, Jean-Claude Merceron, Dominique Mortemousque, Ladislav Poniatowski, Daniel Raoul, Paul Raoult, Daniel Reiner, Thierry Repentin, Bruno Retailleau, Charles Revet, Henri Revol, Roland Ries, Claude Saunier, Daniel Soulage, Michel Teston, Yannick Texier, Pierre-Yvon Trémel, Jean-Pierre Vial.

Voir les numéros :

Assemblée nationale (12^{ème} législ.) : 1596, 2095, 2099 et T.A. 392

Sénat : 235, 335 (2004-2005)

Entreprises.

SOMMAIRE

Pages

INTRODUCTION	5
EXPOSÉ GÉNÉRAL	7
I. LE CONTEXTE ÉCONOMIQUE ET JURIDIQUE	7
A. UNE INQUIÉTUDE FACE À LA PROGRESSION DU NOMBRE DES DÉFAILLANCES DEPUIS 2002.....	7
1. <i>Une progression du nombre des défaillances d'entreprises en 2003, une stabilisation en 2004</i>	7
2. <i>Une évolution cyclique liée au niveau de l'activité économique</i>	8
B. DE MULTIPLES RÉPONSES LÉGISLATIVES S'EFFORÇANT DE CONCILIER DES INTÉRÊTS DIVERGENTS	10
1. <i>D'une vision essentiellement répressive à une approche plus économique du droit des entreprises en difficulté</i>	10
2. <i>La loi du 25 janvier 1985 : un arbitrage privilégiant l'entreprise et sa sauvegarde</i>	11
II. LE PROJET DE LOI	15
A. DES ENJEUX PRIVILÉGIÉS : LA PRÉVENTION ET LA SAUVEGARDE	15
1. <i>Le renforcement de la prévention</i>	16
2. <i>L'extension des procédures aux professions libérales</i>	17
3. <i>Une répression plus ciblée</i>	17
4. <i>Des procédures de liquidation judiciaire accélérées lorsqu'elles sont inéluctables</i>	17
B. L'ARCHITECTURE DU PROJET DE LOI	18
1. <i>Titre I : prévention et procédures collectives</i>	18
2. <i>Titre II : dispositions « finales »</i>	19
C. DES SOLUTIONS INNOVANTES	20
III. LA SAISINE DE VOTRE COMMISSION DES AFFAIRES ÉCONOMIQUES	20
A. LA PRÉVENTION.....	20
1. <i>Un renforcement de l'information</i>	21
2. <i>L'alerte : une information des associés et du tribunal plus rapide pour les personnes morales non commerçantes</i>	21
3. <i>Le mandat ad hoc, une rédaction simplifiée pour une procédure d'une grande souplesse</i>	22
4. <i>Le renforcement de la sécurité juridique de la procédure amiable : la conciliation</i>	22
5. <i>Le maintien de la cessation des paiements en tant que facteur déclencheur des procédures collectives</i>	22
6. <i>Assouplissement des cas d'ouverture de la procédure de conciliation</i>	24
7. <i>La conciliation : une procédure plus confidentielle pouvant conduire à l'homologation de l'accord par le tribunal</i>	25
8. <i>La nouvelle « priorité de paiement »</i>	28
9. <i>Le « soutien abusif » ne sera plus invoqué qu'en cas de fraude</i>	28
B. LA SAUVEGARDE	29
1. <i>L'instauration d'une procédure nouvelle et autonome</i>	29

2. Une procédure volontariste.....	29
3. Une procédure « calquée » sur celle du redressement judiciaire.....	30
4. Une sauvegarde à deux niveaux.....	32
5. Un plan à mi-chemin entre le concordat et le plan de continuation.....	32
6. Une procédure inspirée en partie par quelques dispositions du « Chapter 11 » américain.....	33
7. Cas d'interruption de la phase préventive.....	36
8. Effets du plan de sauvegarde « calqués » sur ceux du plan de continuation.....	36
IV. LES AUTRES DISPOSITIONS DU PROJET DE LOI.....	39
A. LE REDRESSEMENT JUDICIAIRE, UNE PROCÉDURE RÉSIDUELLE ?.....	39
1. Une procédure maintenue.....	39
2. Le redressement judiciaire privé du plan de cession par le projet de loi initial.....	39
B. UNE LIQUIDATION JUDICIAIRE CLARIFIÉE ET SIMPLIFIÉE.....	40
1. Un objectif clair : la fin de l'activité.....	40
2. La création d'une procédure de liquidation simplifiée.....	41
C. UN RÉGIME DE SANCTIONS DISTINGUANT LE DÉBITEUR « MALCHANCEUX » ET LE DÉBITEUR « MALHONNÊTE ».....	41
1. Distinction entre le débiteur « malheureux » et le débiteur « malhonnête ».....	41
2. Une application renforcée des sanctions pour les cas les plus graves.....	42
V. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION.....	42
EXAMEN DES ARTICLES.....	45
• TITRE I^{ER} - Dispositions modifiant le livre VI du code de commerce.....	45
• CHAPITRE I^{ER} - Dispositions relatives à la prévention des difficultés des entreprises et à la procédure de conciliation.....	45
• Article 3 - (Article L. 611-1 du code de commerce) - Financement des groupements de prévention agréés.....	45
• Article 4 - (Article L. 611-2 du code de commerce) - Prévention des difficultés par le président du tribunal compétent en matière commerciale.....	46
• Article 5 - (Articles L. 611-3 à L. 611-6 du code de commerce) - Conditions d'ouverture du mandat ad hoc et de la procédure de conciliation.....	49
• Article 6 - (Article L. 611-7 du code de commerce) - Rôle du conciliateur.....	53
• Article 7 - (Articles L. 611-8 à L. 611-10 du code de commerce) - Constatation ou homologation de l'accord obtenu par le conciliateur.....	55
• Article 8 - (Article L. 611-11 du code de commerce) - Avantages accordés aux personnes qui consentent, dans le cadre de l'accord homologué, un nouvel apport en trésorerie ou la fourniture d'un bien ou d'un service.....	59
• Article 9 - (Article L. 611-12 du code de commerce) - Interruption de l'accord homologué.....	60
• Article 10 - (Articles L. 611-13 à L. 611-16 du code de commerce) - Régime d'incompatibilité, de rémunération et de confidentialité pour les mandataires ad hoc et les conciliateurs.....	62
• CHAPITRE II - Dispositions relatives à la sauvegarde.....	66
• Article 12 - (Article L. 620-1 du code de commerce) - Institution d'une procédure de sauvegarde.....	66
• Article 13 - (Article L. 620-2 du code de commerce) - Bénéficiaires de la procédure de sauvegarde et principe d'unicité de la procédure.....	68
• Article 15 - (Article L. 621-1 du code de commerce) - Ouverture de la procédure de sauvegarde.....	69

• <i>Article 17</i> - (Article L. 621-3 du code de commerce) - Ouverture et durée de la période d'observation	71
• <i>Article 18</i> - (Articles L. 621-4 et L. 621-4-1 du code de commerce)- Organes de la procédure de sauvegarde	72
• <i>Article 19</i> - (Article L. 621-6 du code de commerce) - Conditions de remplacement des organes de la procédure de sauvegarde	75
• <i>Article 20</i> - (Article L. 621-8 du code de commerce) - Faculté de désigner un technicien assistant	76
• <i>Article 21</i> - (Articles L. 621-9, L. 621-10 et L. 621-11 du code de commerce) - Désignation et mission des contrôleurs	78
• <i>Article 25</i> - (Article L. 622-6 du code de commerce) - Inventaire des biens du débiteur	80
• <i>Article 34</i> - (Article L. 622-15 du code de commerce) - Ordre de paiement des créances	82
• <i>Article 68</i> - (Article L. 626-1 du code de commerce) - Définition du plan de sauvegarde	83
• <i>Article 92</i> - (Articles L. 626-26 à L. 626-32 du code de commerce)- Comités des créanciers	84
• CHAPITRE IV - Dispositions relatives à la liquidation judiciaire.....	89
• <i>Article 120</i> - (Article L. 641-13 du code de commerce) - Ordre de paiement des créances	89
• CHAPITRE V - Des responsabilités et sanctions	89
• <i>Article 152</i> - (Article L. 653-5 du code de commerce) - Cas généraux de faillite personnelle	89
• <i>Article 154</i> - (Article L. 653-8 du code de commerce) - Interdiction de gérer	90
• CHAPITRE VI - Dispositions générales de procédure	91
• <i>Article additionnel après l'article 176 bis</i> - (Article L. 811-11 du code de commerce) - Régime d'inspection et de contrôle des administrateurs judiciaires	91

INTRODUCTION

Mesdames, Messieurs,

Le nombre des créations d'entreprises doit être, aussi, apprécié à l'aune de celui de leurs défaillances. Il serait superflu de n'agir que sur le volet des créations, sans se préoccuper de la survie, y compris sous l'angle du dernier recours que constituent les procédures collectives.

En l'occurrence, si l'on peut se féliciter de la hausse du nombre de créations d'entreprises en 2003 (8,8 %¹), force est de constater que 49 % des entreprises qui avaient été créées cinq années plus tôt n'étaient plus en activité cette année-là².

Or, la question de la survie des entreprises nous interpelle plus que jamais dans un contexte de croissance ralentie. Pour s'en convaincre, il suffit de rappeler qu'une baisse de 1 % de la croissance économique entraîne une hausse des défaillances de l'ordre de 5 % et une progression corrélative des licenciements qui se sont, par exemple, élevés à 141.000 en 2003.

Si l'on souhaite que progresse la proportion de nos entreprises qui survivent au-delà de cinq ans, le traitement de leurs difficultés doit apparaître comme la pierre angulaire du droit qui les concerne.

L'objectif s'impose, mais la mise en œuvre est, on le sait, délicate : les intérêts en jeu peuvent être contradictoires. Il convient en effet de concilier la survie de l'entreprise et donc le maintien de l'emploi de ses salariés, et les droits légitimes des créanciers.

C'est ce défi que doit résoudre chaque réforme du droit des procédures collectives.

L'Assemblée nationale a adopté un projet de réforme de sauvegarde des entreprises en difficulté.

Ce projet s'inscrit dans un travail de refonte de notre droit économique qui a déjà débouché sur la loi relative aux administrateurs judiciaires du 3 janvier 2003, la loi de sécurité financière du 4 août 2003, l'ordonnance du 26 mars 2004 sur le droit des SARL, sans oublier la préparation d'une ordonnance sur les valeurs mobilières.

¹ In *Tableaux de l'économie française (2004-2005)* de l'INSEE – fait confirmé par l'audition de M. Christian Jacob, ministre des PME, du commerce, de l'artisanat, des professions libérales et de la consommation, devant la commission des Affaires économiques le 3 mai annonçant la création de 224.000 entreprises en 2004.

² INSEE Résultats n° 19 eco – 19 décembre 2004.

Son objectif principal est d'appréhender les difficultés de l'entreprise dès qu'elles deviennent prévisibles, avant même qu'elles ne se traduisent en trésorerie.

Même si la réforme proposée modifie le droit des entreprises en difficulté, votre commission des affaires économiques a jugé utile de présenter un avis avec une approche peut-être plus économique que juridique.

Elle s'est plus particulièrement penchée sur les dispositions relatives aux nouvelles procédures de conciliation ainsi que sur l'innovation majeure du projet de loi : la création de la procédure de sauvegarde qui constitue une forme de redressement judiciaire anticipé.

EXPOSÉ GÉNÉRAL

I. LE CONTEXTE ÉCONOMIQUE ET JURIDIQUE

A. UNE INQUIÉTUDE FACE À LA PROGRESSION DU NOMBRE DES DÉFAILLANCES DEPUIS 2002

1. Une progression du nombre des défaillances d'entreprises en 2003, une stabilisation en 2004

De septembre 2003 à septembre 2004, 40.499¹ défaillances ont été enregistrées par l'INSEE. La défaillance d'entreprise correspond à l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire par un jugement du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance à l'encontre d'une entreprise suite à une cessation des paiements. Les statistiques des défaillances proviennent du bulletin officiel d'annonces civiles et commerciales.

Ce nombre est en progression (+ 2,4 %) par rapport à 2003 qui enregistrait 39 545 défaillances, soit une hausse de 3,7 % par rapport à 2002². Plus que les taux de progression enregistrés depuis 2002, le sort réservé aux entreprises est inquiétant, eu égard au nombre impressionnant de liquidations judiciaires, trois fois plus fréquentes que les redressements d'entreprises³.

Les défaillances d'entreprises concernent de manière inégale les secteurs économiques selon l'INSEE. Le secteur du commerce est resté, en 2003, numériquement le plus touché par la dégradation de la situation des entreprises avec 10.138 défaillances contre 4.327 dans l'industrie (hors agro-alimentaire). Cependant, cette dernière est celle qui a enregistré le plus grand nombre de pertes d'emplois consécutives aux procédures collectives, les effectifs étant généralement plus importants dans l'industrie que dans le commerce. A l'inverse, les faillites dans le secteur de l'immobilier ont enregistré, en 2003, une baisse de 2,8 % par rapport à 2002.

En 2004, la stabilisation du nombre de défaillances a essentiellement profité à l'industrie (- 9 %) tandis que la restauration (+ 7,7 %), le BTP (+ 3,2 %) et le commerce (+ 2,9 %) demeuraient des secteurs fortement

¹ Informations rapides INSEE Conjoncture 22 février 2005 n° 61. Données brutes.

² In Tableau de l'économie française (2004-2005) INSEE.

³ Infostat justice octobre 2003 n° 69.

affectés.

Si le nombre de défaillances, enregistré en 2003, a placé la France dans une fourchette haute face à ses partenaires européens, la stabilisation relative de la progression du nombre de défaillances en 2004 (+ 1,5 %) la rétablit dans une situation moyenne eu égard au taux de croissance moyen des défaillances constaté en Europe de l'ouest qui est de 1 %.

Ainsi, les Pays-Bas, malgré un nombre approximatif de 4.500 faillites en 2003, aurait enregistré une hausse des défaillances de 9 % sur 2004 en raison de l'absence de reprise économique suffisante après un taux de croissance négatif en 2003. L'Italie a, également, enregistré une hausse de 2 % en 2004. L'Allemagne dont la situation démographique et économique est plus comparable à la nôtre, aurait, quant à elle, enregistré une baisse de 4 % bien que le nombre de faillites (39.213, en 2004, selon l'office fédéral des statistiques) demeure fort proche du record historique enregistré en 2003.

La corrélation apparaît donc évidente entre le niveau général d'activité économique et la « santé » des entreprises.

2. Une évolution cyclique liée au niveau de l'activité économique

Sur le long terme, on peut distinguer, s'agissant des défaillances, trois périodes présentant une forte corrélation avec les niveaux d'activité économique. Si les défaillances peuvent survenir à l'occasion de défauts de gestion, la cause essentielle demeure, en effet, le ralentissement du cycle d'exploitation.

Durant une première période 1966-1993, on a constaté une aggravation constante du nombre de procédures, passant de 8.000 en 1966 à 68.006 en 1993 (année de récession).

Date	Nombre de procédures ouvertes selon Staf Euler ⁶
------	--

⁶ Staf Euler Bull. sem. Défaillances d'entreprises n° 11, 02-2002 - La différence entre les statistiques issues de l'INSEE et celles de l'assureur crédit Euler Hermes SFAC réside dans la

1966	8 000
1973	9 000
1975	16 156
1985	26 425
1990	46 995
1993	68 006

A partir de 1994, on a relevé une évolution en « dents de scie » qui a conduit à une décrue des défaillances de 1997 à 2001.

Date	Nombre de procédures ouvertes selon Staf Euler ¹	En %
1994	63 199	- 7,1
1995	59 503	- 5,8
1996	64 894	+ 9,1
1997	61 068	- 5,9
1998	54 543	- 10,7
1999	48 527	- 11,0
2000	43 572	- 10,2
2001	42 036	- 3,5
2002	42 897	+ 2,2
2003	47 936	+ 11,7
2004	48 664	+ 1,5

En 2002, la courbe s'est inversée et le nombre de défaillances a augmenté à nouveau -42.897- avant d'atteindre 48.664 en 2004 .

méthodologie. L'INSEE comptabilise les défaillances en date de jugement tandis qu'Euler prend en compte les procédures en date de publication au BODACC.

¹ Staf Euler Bull. sem Défaillances d'entreprises n° 11, 02-2002.

La tendance à la hausse s'est poursuivie, en 2004, puisque les défaillances d'entreprises en France totalisaient 48.664 cas, soit une hausse de 1,5 %¹. Cette augmentation est cependant nettement inférieure à celle enregistrée en 2003, qui atteignait 11,7 %, ce qui confirme la corrélation du nombre de défaillances avec l'activité économique.

Relevons toutefois que l'augmentation globale du nombre des défaillances s'explique également « mécaniquement » par l'intervention du législateur qui, ces quarante dernières années, a étendu le champ des procédures collectives. Jusqu'à la loi du 13 juillet 1967, ces dernières n'intéressaient que les petits commerçants, elles ont été étendues dès 1967 aux personnes morales de droit privé, même non commerçantes, puis aux artisans en 1985 et aux agriculteurs par la loi du 30 décembre 1988.

Cette évolution se poursuit aujourd'hui puisque le présent projet de loi propose de faire bénéficier des procédures collectives les personnes ayant des activités professionnelles indépendantes.

B. DE MULTIPLES RÉPONSES LÉGISLATIVES S'EFFORÇANT DE CONCILIER DES INTÉRÊTS DIVERGENTS

1. D'une vision essentiellement répressive à une approche plus économique du droit des entreprises en difficulté

Le traitement juridique de la défaillance d'un débiteur est apparu dès le droit romain avec le recours à la *manus injectio* qui autorisait le créancier à se saisir du débiteur et à en disposer à volonté, puis avec l'apparition d'un *magister bonorum*, ancêtre du syndic, chargé de traiter les créanciers sur un pied d'égalité.

Jusqu'à l'adoption du code de commerce en 1807, le droit de la « faillite » avait surtout pour vocation de punir le débiteur défaillant. Ce droit s'est construit sur les premières règles édictées par les villes marchandes italiennes², et les ordonnances royales de François 1^{er} en 1536, Charles IX en 1560 et de Colbert en 1573.

La vision pénale de la faillite s'est atténuée au XIX^e siècle avec la suppression par exemple de la contrainte par corps le 22 juillet 1867, la

¹ *Staf Euler.*

² *L'étymologie de la banqueroute est, à cet égard, intéressante car son origine est la banca rotta, banc rompu qui signifiait que le commerçant était interdit de siéger dans les assemblées de marchands.*

création en 1889, à côté de la procédure de faillite, de la liquidation judiciaire pour les débiteurs de bonne foi et, en 1955, la mise en place du règlement judiciaire afin de permettre au débiteur d'obtenir un concordat. Ces deux procédures furent conservées par la loi du 13 juillet 1967 qui supprima la faillite afin de promouvoir une vision plus économique de la législation et en limitant au vote du concordat l'intervention des créanciers chirographaires¹.

2. La loi du 25 janvier 1985 : un arbitrage privilégiant l'entreprise et sa sauvegarde

a) La survie de l'entreprise devient la priorité

La loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 a privilégié la sauvegarde de l'entreprise ainsi qu'en témoigne son article 1^{er} qui énonce : « Il est institué une procédure de redressement judiciaire destinée à permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif ». Ce dernier objectif ne constitue plus la priorité : si l'activité de l'entreprise est poursuivie, c'est d'abord dans l'intérêt de celle-ci et de ses salariés et non de celui des créanciers. C'est pourquoi la « masse » des créanciers disparaît pour ne laisser subsister qu'un groupement de créanciers, dépourvu de la personnalité morale, avec à sa tête un représentant.

b) La prévention et la procédure collective

Le législateur a distingué deux situations : le débiteur peut, d'une part, avoir recours à la prévention, la confidentialité et un formalisme allégé en optant pour le mandat *ad hoc* ou le règlement amiable ; il peut aussi choisir ou se voir imposer un traitement « judiciaire » s'il est en état de cessation des paiements avec le déclenchement d'une procédure collective qui peut conduire, à l'issue d'une période d'observation, au redressement judiciaire (plan de continuation ou plan de cession) ou à la liquidation.

(1) La prévention : le consensualisme

¹ Les créanciers chirographaires perdent la possibilité de participer à tous les stades de la procédure pour n'intervenir que lors du vote du concordat. Ils se voient imposer la clause de réserve de propriété par la loi du 12 mai 1980. Enfin, la loi du 2 janvier 1981 dite loi « Dailly » a directement affecté l'actif du débiteur en permettant de faire sortir certaines créances de son patrimoine.

La législation actuelle prévoit deux procédures alors même que l'entreprise ne se trouve pas en état de cessation des paiements : le mandat *ad hoc* et le règlement amiable.

- Le mandat ad hoc : souplesse et confidentialité

La désignation d'un mandataire *ad hoc* n'est soumise à aucune condition ni délai. A la réception de la requête, le président du tribunal reçoit le(s) dirigeant(s) et s'il l'estime fondée, ouvre la procédure du mandat *ad hoc* qui ne fait l'objet d'aucune publicité car son caractère est strictement confidentiel.

Le mandataire *ad hoc* a pour mission d'assister les dirigeants sociaux pour trouver des solutions permettant d'assurer la survie de l'entreprise, ce qui peut donner lieu à un accord négocié sous l'égide du mandataire *ad hoc*. S'il n'y a pas de solution aux problèmes de l'entreprise : le mandat *ad hoc* prend fin.

- Le règlement amiable

A la réception de la requête qui expose les difficultés de l'entreprise, le président du tribunal recueille les explications du dirigeant pour apprécier si le débiteur éprouve réellement une difficulté juridique, économique ou financière ou si les besoins de l'entreprise ne peuvent être couverts par un financement adapté. La décision du président doit intervenir dans le délai d'un mois à compter de la demande.

Il désigne un conciliateur, généralement un administrateur judiciaire, s'il lui apparaît que les propositions du débiteur sont de nature à favoriser le redressement de l'entreprise. Il fixe un délai pour l'accomplissement de la mission du conciliateur ; celle-ci peut être étendue à la demande de ce dernier.

La mission du conciliateur est de favoriser le fonctionnement de l'entreprise et de rechercher la conclusion d'un accord avec les créanciers (délais et remises). L'accord de règlement amiable est susceptible d'homologation par le président du tribunal.

- (2) Les procédures collectives : un « jeu » formel à plusieurs joueurs

Lorsqu'une entreprise ne peut plus **faire face à son passif exigible avec son actif disponible**, elle est en cessation des paiements. Cet état contraint les dirigeants à solliciter auprès du tribunal l'ouverture d'une procédure collective qui peut être également ouverte sur assignation des créanciers. Avant 1994, le redressement judiciaire constituait la première

étape¹. Le jugement d'ouverture s'ouvre sur une période d'observation qui permet d'évaluer la situation économique de l'entreprise.

Cette période a également pour objet la continuation de l'activité de l'entreprise. Les poursuites sont suspendues, les créances antérieures ne peuvent être payées. Le jugement détermine la période suspecte durant laquelle certains actes sont susceptibles d'être rétroactivement annulés.

Enfin, l'activité peut continuer sous le contrôle de l'administrateur judiciaire. A l'issue de cette période, le jugement définitif opte pour la liquidation ou le redressement. Dans ce dernier cas, l'entreprise bénéficie d'un plan de cession ou d'un plan de continuation, lequel impose éventuellement des délais de remboursement ou des remises en échange de délais plus courts.

c) Un bilan contrasté

Certains ont estimé que la loi de 1985 fut plutôt « défavorable » aux créanciers puisque, selon les estimations, seules 60 % des créances privilégiées et 5 % des créances chirographaires environ ont été payées depuis l'entrée en vigueur de cette réforme. Les établissements de crédit ont perdu des sommes importantes en raison, d'une part, de la priorité donnée aux créanciers de l'article 40 de la loi² sur les créanciers titulaires de sûretés spéciales et, d'autre part, de l'interprétation jurisprudentielle de l'article 115 de la loi de 1985 qui imposait aux bailleurs financiers de revendiquer, dans un délai de trois mois, les biens donnés en location³.

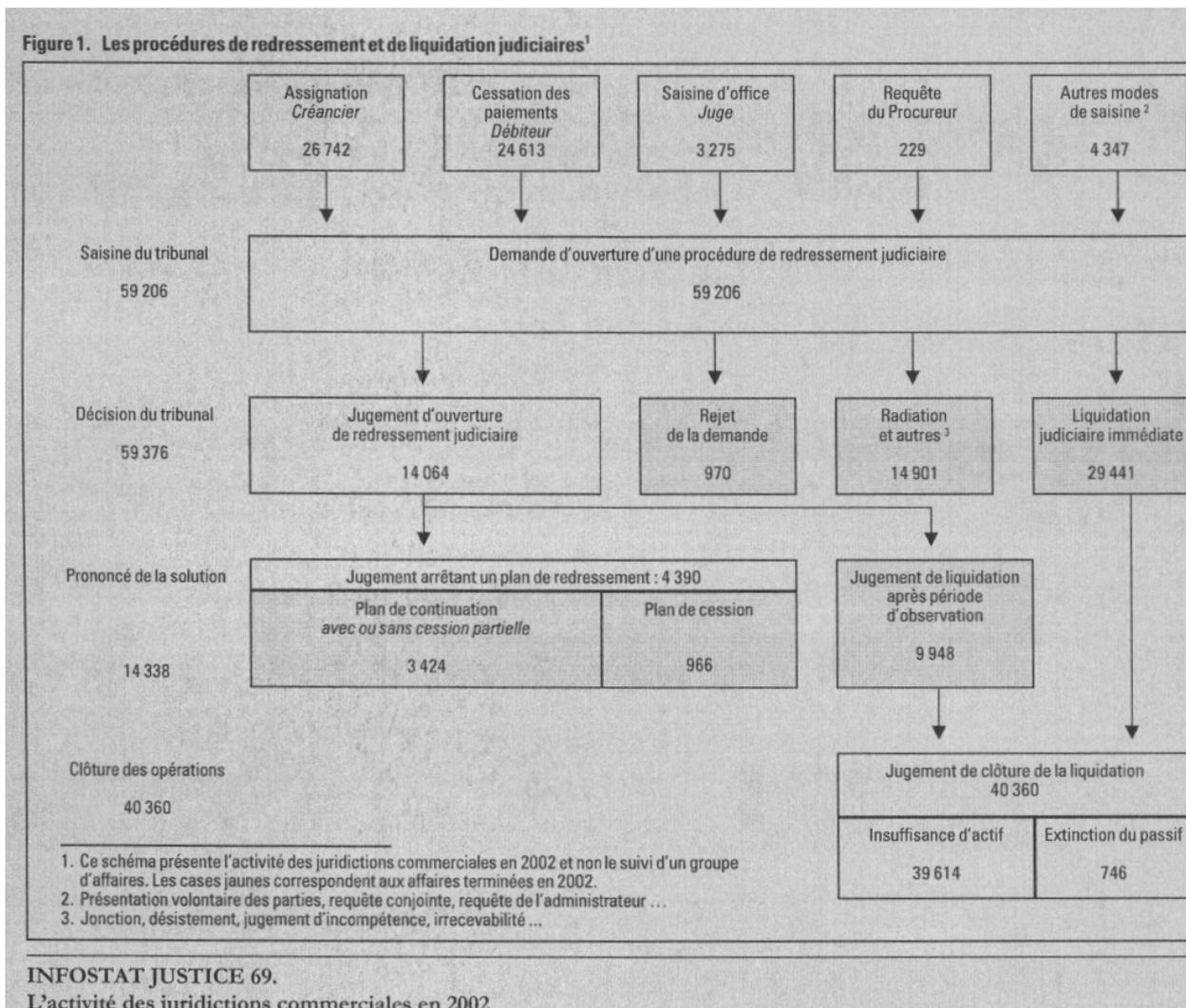
La loi du 10 juin 1994 a tenté un rééquilibrage entre les créanciers privilégiés et les créanciers du « redressement de l'entreprise », notamment en rétablissant la priorité de certaines sûretés spéciales par rapport aux créances de l'article 40 et en supprimant l'obligation du crédit bailleur de revendiquer dans le délai de l'article 115.

1) Statistiques en termes de « stocks »

¹ La loi du 10 juin 1994 a permis le prononcé de la liquidation judiciaire dès le jugement d'ouverture (L. 620-1 alinéa 3) : quand l'activité a cessé ou que le redressement est manifestement impossible.

² Article 40 de la loi du 25 janvier 1985 devenu l'article L. 621-32 du code de commerce relatif à la priorité des créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture.

³ Le Corre « Droit des entreprises en difficulté ».



2) Statistiques en termes de flux

- Les procédures collectives

Année 2005 : Jugements d'ouverture (191 greffes concernés)

Redressement Judiciaire (régime simplifié)	2295
Redressement Judiciaire (régime général)	0
Liquidation judiciaire immédiate	4355
Total	6650

Année 2004 : Jugements d'ouverture (191 greffes concernés)

Redressement Judiciaire (régime simplifié)	9877
Redressement Judiciaire (régime général)	1357
Liquidation judiciaire immédiate	19998
Total	31232

Année 2003 : Jugements d'ouverture (191 greffes concernés)

Redressement Judiciaire (régime simplifié)	7355
Redressement Judiciaire (régime général)	10
Liquidation judiciaire immédiate	16940
Total	24305

Année 2002 : Jugements d'ouverture (191 greffes concernés)

Redressement Judiciaire (régime simplifié)	2415
Redressement Judiciaire (régime général)	216
Liquidation judiciaire immédiate	5678
Total	8309

II. LE PROJET DE LOI

A. DES ENJEUX PRIVILÉGIÉS : LA PRÉVENTION ET LA SAUVEGARDE

On voit bien, avec les interventions successives du législateur, que favoriser la sauvegarde de l'entreprise et de l'emploi tout en procédant à un apurement convenable du passif constitue toujours un défi.

Partant du constat que, dans le cadre du dispositif actuel, un très grand nombre (80 à 90 %) de procédures collectives aboutit à la liquidation de l'entreprise, les pouvoirs publics ont souhaité que ces procédures interviennent plus en amont afin de permettre au débiteur menacé d'un dépôt de bilan d'entrer en négociation avec ses créanciers pour mettre au point le plus tôt possible un plan de redressement.

Une meilleure prévention économique ne suppose-t-elle pas un renforcement des procédures de prévention confidentielles, rapides et peu formalistes ?

1. Le renforcement de la prévention

a) Une nouvelle voie préventive : la « sauvegarde ».

Les auteurs du projet de loi ont souhaité améliorer le dispositif de prévention, et mettre en place un « redressement judiciaire anticipé » baptisé « sauvegarde ».

Avant la cessation des paiements, qui déclenche actuellement la procédure collective, le débiteur, qui rencontre de sérieuses difficultés, pourra élaborer un plan permettant de réorganiser l'entreprise et régler le passif en temps utile.

Force est de constater que le soutien collectif des créanciers demeure un des leviers les plus sûrs pour redresser une entreprise. Cependant, même si un accord purement privé et confidentiel entre le débiteur et les créanciers est toujours possible, un plan de redressement validé par l'autorité judiciaire avec suspension provisoire des poursuites, présente de nombreux avantages, comme celui de contourner l'inopposabilité de l'accord aux tiers ou les actions des créanciers non signataires de l'accord.

Le projet de loi propose, donc, une procédure intermédiaire entre la procédure de règlement amiable et la procédure de redressement judiciaire, la majorité des règles applicables à la nouvelle procédure étant celles qui prévalent en matière de redressement judiciaire.

Cette nouvelle procédure a été inspirée par la procédure américaine dite du « Chapter 11 ». En effet, le débiteur bénéficiera de la suspension provisoire des poursuites et restera à la tête de son entreprise, à l'instar du « debtor in possession » et devra négocier avec deux comités de créanciers un accord qui sera validé par le tribunal.

Ce nouvel « outil » suppose des relations de confiance entre les acteurs en présence. Face à une situation de fragilité conjoncturelle, les dirigeants d'entreprise retardent l'ouverture des procédures collectives.

La prévention se heurte à des obstacles d'ordre psychologique où la peur du « qu'en dira-t-on » se mêle à celle de la fuite du crédit.

Toute la difficulté pour le législateur est de prévoir un cadre suffisamment souple pour pouvoir laisser une large place à la négociation conventionnelle.

b) L'assouplissement de la procédure du règlement amiable

Les auteurs du projet de loi ont entendu assouplir la procédure du règlement amiable en permettant **son déclenchement en cas de difficultés juridiques, économiques ou financières, même si une situation de cessation des paiements est survenue dès lors que celle-ci n'a pas dépassé quarante-cinq jours.**

La procédure de conciliation devrait permettre au débiteur de négocier dans un cadre juridique amiable et sécurisé avec leurs principaux créanciers. Le débiteur conserve une complète autonomie de gestion.

Cette procédure pourra déboucher sur un accord homologué par le tribunal bénéficiant de l'autorité de la chose jugée

2. L'extension des procédures aux professions libérales

Les difficultés économiques pouvant concerner toutes les entreprises, quelle que soit leur nature, le projet de loi a souhaité étendre le champ des procédures collectives aux personnes exerçant une activité professionnelle indépendante (avocats, experts comptables...) qui ne relevaient jusqu'à présent d'aucun régime collectif de traitement des dettes en cas de difficulté.

Il s'agit d'une innovation importante pour des professionnels dont le statut spécifique est par ailleurs reconnu puisque leurs instances ordinales se voient, le cas échéant, reconnaître un rôle dans le déroulement de la procédure.

Les « indépendants » auront également accès à la nouvelle conciliation.

3. Une répression plus ciblée

Le projet de loi propose, encore, un nouveau régime de sanctions qui prend en compte l'« attitude » du débiteur en prévoyant, après sanction pénale, la reprise des poursuites individuelles contre les débiteurs « malhonnêtes » et un dispositif adouci pour les débiteurs « malheureux ».

4. Des procédures de liquidation judiciaire accélérées lorsqu'elles sont inéluctables

Les auteurs de la réforme ont résolument pris le parti de la sauvegarde de l'entreprise.

Ils ont, aussi, aménagé en conséquence les dispositions relatives à la liquidation et au redressement judiciaire, sous une réserve importante : le projet prévoit la création d'une **procédure simplifiée de liquidation**.

Les petites structures, souvent dépourvues d'actifs, pourront se voir appliquer cette liquidation simplifiée, d'une durée d'un an maximum.

Le projet de loi initial, prévoyait, aussi, la suppression de la possibilité de la cession totale de l'entreprise au stade du redressement. Cette solution n'aurait été possible qu'en cas de liquidation.

L'Assemblée nationale a rétabli, sur ce point, le droit en vigueur qui prévoit la cession, soit en tant qu'une des modalités du plan de redressement, (l'autre étant le plan de continuation), soit durant la phase liquidative.

B. L'ARCHITECTURE DU PROJET DE LOI

Le projet de loi a, aussi, fait le choix du pragmatisme, afin de répondre à toutes les situations de défaillance. Il propose un ensemble de procédures dans lesquelles la cessation des paiements ne constitue plus nécessairement l'unique élément « déclencheur ».

Le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, contient 197 articles et comporte deux Titres. Le premier (articles 1 à 137) est consacré aux modifications des dispositions du Livre VI du code de commerce qui traite des difficultés d'entreprises. Le second est consacré à diverses « dispositions finales ».

1. Titre I : prévention et procédures collectives

Le premier Titre est divisé en sept chapitres :

- Le premier concerne la conciliation (articles 2 à 11) ;
- Le deuxième est relatif à la procédure de sauvegarde (articles 12 à 92) ;
- Le troisième contient quelques dispositions relatives au

redressement judiciaire (articles 98 à 106) ;

- Le quatrième comporte des dispositions relatives à la liquidation judiciaire (articles 107 à 141), avec notamment la création de la liquidation judiciaire simplifiée ;

- Le cinquième a trait aux responsabilités et aux sanctions (articles 142 à 166) ;

- Le sixième contient des dispositions générales de procédure (articles 167 à 178) ;

- Le septième est relatif aux départements du Haut Rhin, Bas Rhin et de la Moselle modifiant les articles 670-1 à 670-5 du code de commerce. (articles 179 et 180).

2. Titre II : dispositions « finales »

Le Titre II, qui contient quatre chapitres, modifie diverses dispositions, en ce qui concerne :

- certaines dispositions du code de commerce autres que celles contenues dans le Livre VI (articles 181 à 183) (Chapitre I) ;

- la nouvelle terminologie applicable à l'ensemble des textes législatifs et réglementaires, (article 184) ;

- le Code des assurances (article 186) ;

- le Code général des impôts (article 185) ;

- le Code des douanes (article 185) ;

- le Code du travail (article 187) ;

- le Code de l'organisation judiciaire (article 190) ;

- le Code électoral (article 191) ;

- la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance. (article 189).

Enfin, les derniers articles sont relatifs à l'application de la loi dans le temps et aux Territoires d'Outre-mer (articles 194 à 197).

C. DES SOLUTIONS INNOVANTES

Le projet de loi innove résolument sur un certain nombre de points.

Certains s'inquièteront peut-être du « positionnement » exact de la sauvegarde par rapport à la conciliation. Un débiteur, qui ne se trouve pas encore en état de cessation des paiements, sera-t-il enclin à choisir l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ?

Celle de la conciliation pourra apparaître plus souple. Cependant, la conciliation exclut désormais la suspension des poursuites ; d'autre part, la durée réduite allouée au conciliateur afin de trouver un accord laisse augurer que cette procédure ne sera utilisée que pour résoudre des difficultés graves mais conjoncturelles.

D'autres s'interrogeront sur l'avenir de la procédure de redressement judiciaire. Si celle-ci, depuis le vote des députés, ne se trouve plus dépouillée de son « plan de cession », alternative au plan de plan de continuation, elle entre également en concurrence avec la nouvelle procédure de conciliation, possible désormais en cas de cessation des paiements depuis moins de quarante-cinq jours.

On peut anticiper un moindre nombre d'ouvertures de procédures de redressement si le nouveau dispositif de sauvegarde rencontre le succès puisque le débiteur, avant la cessation des paiements, pourra bénéficier de la suspension provisoire des poursuites afin de résoudre ses difficultés.

Le débiteur ne devra plus, alors, percevoir le tribunal comme un « milieu hostile » puisque, bien que toujours solvable, il choisira de recourir à une procédure plus « judiciarisée » que la conciliation.

III. LA SAISINE DE VOTRE COMMISSION DES AFFAIRES ÉCONOMIQUES

Votre commission des affaires économiques a souhaité plus particulièrement se saisir des volets « prévention » et « sauvegarde » du projet de loi.

A. LA PRÉVENTION

1. Un renforcement de l'information

La détection et l'amélioration de la prévention exigent un accès à l'information le plus en amont possible. C'est pourquoi la réforme a investi le **président du tribunal d'un pouvoir d'injonction à l'égard des dirigeants des sociétés commerciales qui ne déposent leurs comptes annuels dans les délais réglementaires.**

Si l'injonction n'est pas suivie d'effet dans un délai fixé par décret en Conseil d'Etat, le président du tribunal pourra également faire application des dispositions lui permettant de se faire communiquer, nonobstant les règles relatives au secret professionnel, tous renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière du débiteur.

2. L'alerte : une information des associés et du tribunal plus rapide pour les personnes morales non commerçantes

Le "commissaire aux comptes est au cœur du dispositif de prévention. Ainsi, la procédure d'alerte est-elle liée à l'intervention du commissaire aux comptes. Son déclenchement se fait dès l'apparition de faits risquant de remettre en cause la continuité d'exploitation de l'entreprise tels que notamment la rupture de l'équilibre financier, ou des faits particuliers qui n'ont pas donné lieu, de la part des dirigeants, à une réaction spécifique.

Le commissaire aux comptes doit maintenir un équilibre en ce sens qu'il ne doit pas s'immiscer dans la gestion tout en engageant sa responsabilité en cas de non déclenchement de la procédure d'alerte.

Si les phases préparatoires de la prévention demeurent confidentielles, les étapes suivantes permettent d'informer les autres acteurs des problèmes éventuels quant à la continuité d'exploitation de l'entreprise" (Guyon 1995, *in* "Nouvelles approches de la prévention des entreprises en difficulté", M. Bourrié-Quenillet et E. Stephany)

L'information des associés et du tribunal doit être rapide.

S'agissant des personnes morales de droit privé non commerçantes, l'article L. 612-3 du code de commerce prévoit actuellement que le commissaire aux comptes doit informer les dirigeants des faits de nature à « compromettre la continuité de l'exploitation », et peut inviter le dirigeant, si celui-ci n'a pas répondu, à faire délibérer l'organe collégial, cette délibération étant communiquée au comité d'entreprise. Le nouvel article L. 612-3 prévoit, dans un souci d'harmonisation, que communication devra aussi en être faite au président du tribunal de grande instance.

3. Le mandat *ad hoc*, une rédaction simplifiée pour une procédure d'une grande souplesse

Le régime du mandat *ad hoc* demeure largement inchangé.

Le demandeur demeure le « représentant de l'entreprise » et lui seul. En effet, cette procédure ne doit pas être l'« otage » de querelles d'associés, cas qui requiert l'intervention d'un administrateur provisoire désigné par le juge des référés.

La nouvelle rédaction proposée pour l'article L. 611-3 réserve au mandat *ad hoc* un article spécifique aux termes duquel : « Le président du tribunal de commerce peut, à la demande du représentant de l'entreprise, désigner un mandataire *ad hoc* dont il détermine la mission ».

Il serait peut-être utile que la confidentialité du mandat *ad hoc* soit clairement affirmée à l'instar de la procédure de conciliation dans le nouvel article L. 611-6. En effet, eu égard à la difficulté psychologique que pourraient avoir les débiteurs à effectuer une démarche volontaire les conduisant vers le juge, le caractère confidentiel de la procédure est un atout essentiel dans la réussite des mesures de restructurations. Relevons que le nouvel article L. 611-16 précise, dans la rédaction de l'Assemblée nationale, que toute personne qui est appelée à un mandat *ad hoc* ou qui, par ses fonctions, en a connaissance, est tenue à la confidentialité.

4. Le renforcement de la sécurité juridique de la procédure amiable : la conciliation

En substituant la conciliation au règlement amiable, les auteurs du projet de loi ont mis l'accent sur l'anticipation des difficultés, accompagnée de la volonté de renforcer la sécurité de l'accord entre l'entreprise et ses créanciers.

Une des innovations du projet consiste, en effet, à rendre compatibles une situation de cessation des paiements et le cadre préventif de la conciliation.

5. Le maintien de la cessation des paiements en tant que facteur

déclencheur des procédures collectives

Jusqu'à présent, l'état de cessation des paiements représente le point de rupture entre la phase préventive et les procédures collectives, puisqu'il conditionne l'ouverture de la phase collective. Or, bien que son contenu, à savoir l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible¹, ne soit pas modifié, la notion de cessation des paiements pourrait, avec la réforme, donner lieu à un débat.

a) Un « facteur déclencheur » qui n'est plus réservé aux procédures collectives

Alors que l'article L. 611-3 du code de commerce dispose actuellement que la procédure de règlement amiable profite à la personne qui, **sans être en état de cessation des paiements**, éprouve des difficultés juridiques, économiques ou financières ou des besoins ne pouvant être couverts par un financement adapté aux possibilités de l'entreprise, le projet de loi permet l'ouverture d'une procédure préventive de conciliation, même en cas de cessation des paiements, dès lors que celle-ci dure depuis moins de quarante-cinq jours.

La frontière tracée par l'état de cessation des paiements entre la phase préventive non judiciaire et celle de la procédure collective n'est donc plus aussi nette. Cette innovation ne serait-elle pas susceptible **d'entraîner une certaine confusion dans l'esprit du débiteur** (entre l'ouverture d'une procédure amiable ou collective), **voire de permettre à des entreprises en état de cessation des paiements avéré, de prolonger indûment leur activité ?**

Mais ouvrir la possibilité d'une conciliation au débiteur en état récent de cessation des paiements, c'est, aussi, lui permettre de jouer la carte contractuelle de la « dernière chance » eu égard au fait que –les statistiques le montrent- l'ouverture d'une procédure de redressement s'opère souvent trop tard en débouchant, dans une majorité de cas, sur la liquidation de l'entreprise.

b) Vers une révision de la définition de la cessation des paiements ?

(1) Passif exigible et passif exigé

La notion de cessation des paiements est sans doute préférable à celle

¹ Article L. 631-1 du code de commerce.

d'insolvabilité bien que certains Etats fassent plutôt référence à cette dernière¹ ou à celle de simple « situation difficile ». Mais, alors que la loi actuelle se réfère au passif exigible (passif qui n'a pas été payé et qui aurait dû l'être), relevons que la jurisprudence exige le plus souvent que le passif ait été exigé, c'est-à-dire que le paiement ait été demandé².

(2) Pertinence économique de la définition de la cessation des paiements

L'enjeu que pose la définition de la cessation des paiements, c'est en fait la fixation du **moment** le plus propice pour ouvrir la procédure collective. Celui-ci ne doit pas être trop tardif au risque de ne plus pouvoir apurer le passif, ni trop prématuré tant la phase collective peut se révéler lourde.

Selon une enquête d'opinion réalisée auprès de chefs d'entreprises, **46 % des entrepreneurs sont à même de pronostiquer qu'ils vont connaître une situation de sous-performance dans les douze prochains mois**. Les principaux signes d'alerte sont donc généralement connus.

c) Prolongation du délai de déclaration de l'état de cessation des paiements

Le projet étend le délai de déclaration par le débiteur de l'état de cessation des paiements³ aux fins d'ouverture d'une procédure de conciliation, de redressement ou de liquidation judiciaire à quarante-cinq jours, et non plus quinze. Cette extension devrait permettre au débiteur de prendre le temps d'analyser les perspectives économiques et financières de son entreprise afin de déterminer la procédure la plus appropriée et pourquoi pas, une procédure de conciliation, si les difficultés, en effet, restent conjoncturelles.

6. Assouplissement des cas d'ouverture de la procédure de conciliation

Un autre objectif de la réforme est de faire intervenir plus tôt dans le

¹ A titre d'illustration, la loi allemande de 1994 a introduit un nouvel élément d'ouverture des procédures : « l'incapacité de payer imminente ». La loi espagnole de juillet 2003 suit également cette logique puisqu'une société espagnole sera autorisée à déposer le bilan si elle est en état d'insolvabilité imminente.

² Com. 3 nov. 1999 Bull civ IV, n° 343 p. 244.

³ Sous peine d'une sanction de faillite personnelle ou d'interdiction de gérer ou de diriger une entreprise.

temps la procédure de règlement amiable. La procédure de conciliation devrait désormais bénéficier à la personne **qui éprouve une difficulté juridique, économique ou financière non seulement « avérée » mais aussi « prévisible »**. Le projet affirme ainsi, clairement, son objectif d'anticiper les difficultés.

La demande sera adressée au président du tribunal de commerce pour les commerçants ou artisans. Dans les autres cas, la compétence appartiendra au président du tribunal de grande instance. Il en sera spécialement ainsi pour les professions libérales.

Comme aujourd'hui, le président du tribunal, saisi de la demande par le débiteur par voie de requête, aura le choix suivant :

- refuser d'ouvrir la procédure de conciliation s'il constate qu'il y a état de cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours et renvoyer l'affaire devant le tribunal, qui pourra ouvrir d'office la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, (mais non la procédure de sauvegarde) ;

- ouvrir la procédure de conciliation en désignant un conciliateur. Eu égard à l'éventualité d'une cessation des paiements, le juge devra être attentif à ce que la conciliation ait une réelle chance de réussite et ne constitue pas un moyen dilatoire pour le débiteur. Cependant, le débiteur ne pourra plus bénéficier de la suspension provisoire des poursuites, réservée désormais aux procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire.

7. La conciliation : une procédure plus confidentielle pouvant conduire à l'homologation de l'accord par le tribunal

a) Le conciliateur « négociateur »

Un des avantages de la procédure de conciliation réside dans le fait que le dirigeant reste à la tête de son entreprise. Le conciliateur n'est pas un administrateur provisoire. Sa mission est de rechercher la conclusion d'un accord avec les créanciers de l'entreprise, selon les termes du nouvel article L. 611-7. On constate que la mission tendant à favoriser le fonctionnement de l'entreprise mentionné à l'article L. 611-4 du code de commerce a été supprimée.

Eu égard à l'instauration d'un nécessaire climat de confiance entre le débiteur et le conciliateur, le projet de loi innove en permettant au débiteur de récuser le conciliateur. En revanche, il apparaît souhaitable de préciser, au niveau législatif, les modalités de mise en oeuvre de cet article à savoir les

causes de récusation.

Votre commission vous proposera un amendement sur ce point.

Afin d'augmenter les chances de conclusion d'un accord, le projet de loi a prévu d'allonger la durée de la mission du conciliateur. Sa mission pourra être fixée à quatre mois (au lieu de trois actuellement) et pourra être prolongée d'un mois sur demande du conciliateur. Il est désormais précisé qu'à l'expiration du délai fixé, la mission prendra fin « de droit ».

Enfin, le régime des incompatibilités des conciliateurs du nouvel article L. 611-13 est complété et renforcé (ainsi que celui des mandataires *ad hoc*). La rémunération des intervenants sera fixée d'un commun accord avec le débiteur, et à défaut, sera arrêtée par le président du tribunal.

b) Un renforcement de l'homologation qui, dans le projet de loi initial, sécurise l'accord mais fragilise la confidentialité

Si le conciliateur parvient à un accord entre le débiteur et les créanciers de l'entreprise, cet accord doit être, dans le projet de loi initial, homologué. L'homologation de l'accord sera désormais prononcée par un jugement du tribunal qui lui donnera force de chose jugée.

Mais cette « sécurisation » obligatoire de l'accord ne va-t-elle pas fragiliser la confidentialité de la procédure ? L'homologation par un jugement entraîne une publicité au greffe aux termes du nouvel article L 611-10, même si le contenu de l'accord lui-même ne fait pas l'objet d'une publicité. La nécessité d'appeler à l'audience d'homologation de nombreuses personnes ne pourra que rendre plus difficile la discrétion autour de l'accord.

Enfin, le projet a supprimé la référence au secret professionnel¹ pour le remplacer par la notion moins précise juridiquement de « confidentialité ».

Relevons encore que face au jugement d'homologation, des créanciers non signataires de l'accord amiable et auxquels le jugement n'a pas imposé de délai ni de remise auront la possibilité de faire tierce opposition.

C'est à bon droit, pour votre commission, que l'Assemblée nationale a choisi de laisser l'option au chef d'entreprise : accord homologué par le tribunal ou simplement « constaté » par son président (avec des effets juridiques moindres mais plus de confidentialité).

¹ Article L. 611-6 du code de commerce.

c) L'homologation de l'accord est soumise à trois conditions

Le nouvel article L. 611-8 exige :

- **que le débiteur ne soit pas en état de cessation des paiements** ou, du fait de l'octroi de délais de paiement ou éventuellement de remises de dettes, que l'accord conclu mette fin à cet état de cessation des paiements ;

- **que l'accord soit de nature à assurer la pérennité de l'entreprise ;**

- **que l'accord ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers non signataires.** Cependant, ces derniers peuvent se voir imposer par le tribunal les délais de grâce des articles 1244-1 à 1244-3 du code civil.

Relevons que l'actuel article L. 611-4-VIII du code de commerce permet l'homologation de l'accord, qu'il soit conclu avec tous les créanciers ou seulement avec les créanciers principaux.

d) Des effets de l'accord homologué consolidant la sécurité juridique

L'existence d'un accord homologué, dans le cas d'une procédure ultérieure de redressement ou de liquidation judiciaire, ne permettra pas, sauf fraude, le report de la date de cessation des paiements avant la décision définitive ayant homologué l'accord amiable : on ne peut qu'approuver cette proposition en ce qu'elle devrait renforcer l'efficacité de l'accord en empêchant que les actes inclus dans l'accord ne puissent ultérieurement être atteints par les nullités de la période suspecte.

e) Issue défavorable de la conciliation et inexécution de l'accord

(1) Échec de la procédure de conciliation

En cas d'échec de la conciliation, le débiteur, s'il est en état de cessation des paiements, devra demander l'ouverture du redressement judiciaire, dans les huit jours de la notification de la décision mettant fin à la mission du conciliateur. Les créanciers parties à l'accord retrouvent alors l'intégralité de leurs créances et de leurs sûretés.

(2) Inexécution de l'accord

En cas d'inexécution de l'engagement, le nouvel article L. 611-10¹ a repris les dispositions de l'article L. 611-4.X relatives au prononcé de la résolution de l'accord ainsi que la déchéance de tout délai de paiement.

On relèvera que l'actuel article L. 621-3² permet, en cas d'inexécution de l'accord, l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire sur demande d'un créancier partie à l'accord, du débiteur ou du procureur de la République.

Cette disposition présente la particularité de permettre l'ouverture d'une procédure de redressement en dehors de tout état de cessation des paiements.

Les auteurs du projet de loi ont, semble-t-il, écarté ce cas d'ouverture.

8. La nouvelle « priorité de paiement »

Parce que le redressement d'une entreprise nécessite l'avance de fonds pour soutenir l'activité, les auteurs du projet de loi ont prévu d'instituer une nouvelle priorité de paiement dans le cadre de la procédure de conciliation.

Le projet accorde, en effet, cette priorité, primant tout autre créancier à l'exception du superprivilège des salariés, **aux personnes qui consentent, dans l'accord de conciliation homologué, un apport en trésorerie ou la fourniture d'un bien ou d'un service, en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise et sa pérennité.**

9. Le « soutien abusif » ne sera plus invoqué qu'en cas de fraude

Dans la rédaction initiale du nouvel article L. 611-11, les personnes

¹ *Nouvel article L. 611-10 : « ... En cas d'inexécution des engagements résultant de l'accord, le tribunal peut prononcer la résolution de celui-ci ainsi que la déchéance de tout délai de paiement accordé ».*

² *« Art. L. 621-3 – En cas d'inexécution des engagements financiers conclus dans le cadre de l'accord amiable prévu soit par l'article L. 611-4, soit par l'article L. 351-6 du Code rural, la procédure de redressement judiciaire peut être ouverte sur demande du procureur de la République, du débiteur ou d'un créancier partie à l'accord. Le tribunal prononce la résolution de l'accord. Les créanciers recouvrent l'intégralité de leurs créances et sûretés, déduction faite des sommes perçues ».*

qui consentaient, dans l'accord de conciliation homologué « un crédit ou une avance au débiteur en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise ou sa pérennité » ne pouvaient être poursuivies pour soutien abusif (sauf fraude ou comportement manifestement abusif de leur part).

Cette innovation a pour objectif de sécuriser la situation juridique des créanciers –et notamment les banques- susceptibles d'apporter des capitaux à l'entreprise en difficulté. Elle participe du même esprit que la réforme.

L'Assemblée nationale a confirmé cette nouvelle disposition mais a préféré l'insérer plus loin dans le texte.

B. LA SAUVEGARDE

1. L'instauration d'une procédure nouvelle et autonome

Afin d'inciter les dirigeants d'entreprises à franchir, avant qu'il ne soit trop tard, les portes des tribunaux de commerce pour se placer sous la protection de la loi, l'avant-projet de loi d'octobre 2003 avait déjà envisagé la possibilité pour le débiteur qui n'était pas en état de cessation des paiements, de saisir le tribunal aux fins d'ouverture d'un redressement judiciaire.

Le projet de loi a maintenu cette possibilité, mais en la rendant autonome par rapport au redressement judiciaire. **Il s'agit d'une procédure intermédiaire entre la procédure de conciliation et la procédure de redressement judiciaire, dénommée procédure de « sauvegarde », avec pour objectif, comme le redressement judiciaire, le maintien de l'activité et l'apurement du passif.**

Le dispositif organise une négociation entre le débiteur et ses créanciers dans le cadre d'un régime de suspension provisoire des poursuites.

Il s'agit en quelque sorte d'un redressement judiciaire anticipé puisque cette procédure est exclue en cas de cessation des paiements.

2. Une procédure volontariste

Cette nouvelle procédure s'applique au **débiteur « qui justifie de**

difficultés susceptibles de conduire à la cessation des paiements ». Ainsi, la procédure sera ouverte avant la cessation des paiements, la saisine n'appartenant qu'au seul débiteur, contrairement à la procédure de redressement judiciaire qui peut être ouverte non seulement sur déclaration du débiteur, mais aussi sur assignation d'un créancier, saisine d'office du tribunal ou saisine par le ministère public.

Le tribunal donnera ou non une suite favorable à la démarche du débiteur après avoir entendu non seulement ce dernier mais également les représentants du comité d'entreprise et toute autre personne qu'il pourra juger utile afin d'évaluer les difficultés de l'entreprise.

Si le débiteur se trouve, **au cours de cette procédure, en état de cessation des paiements**, le tribunal le constatera, fixera la date de celle-ci et **convertira la procédure de sauvegarde en procédure de redressement judiciaire**. Le projet de loi initial ne contenait pas de précision sur le point de savoir si la durée de la période d'observation courue au titre de la procédure de sauvegarde s'imputerait ou non sur celle du redressement judiciaire.

L'Assemblée nationale a choisi de trancher en faveur de la première solution en précisant, en outre, qu'en cas de conversion de la procédure de sauvegarde en une procédure de redressement judiciaire, le tribunal pourra, si nécessaire, modifier la durée de la période d'observation restant à courir.

3. Une procédure « calquée » sur celle du redressement judiciaire

La nouvelle procédure de sauvegarde, calquée en grande partie sur celle du redressement judiciaire, lui emprunte de nombreux aspects tant au regard des organes désignés que du déroulement des étapes.

a) Intervention de plusieurs organes

Dès l'ouverture de la procédure, le tribunal désigne un certain nombre d'organes :

- **un juge-commissaire** (ou plusieurs juges) exerce une mission de surveillance de l'administration de l'entreprise. Il est « chargé de veiller au déroulement rapide de la procédure et à la protection des intérêts en présence » ;

- **un mandataire judiciaire** qui a « seul qualité pour agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers ». Il sera éventuellement assisté **d'un à**

cinq contrôleurs, désignés par le juge commissaire si les créanciers en font la demande ;

- **un éventuel administrateur judiciaire** dont la mission est limitée à **l'assistance et la surveillance**. Il ne peut, en effet, en aucun cas être chargé de gérer l'entreprise en se substituant au débiteur.

Il sera intéressant, en pratique, de suivre l'évolution de l'articulation du rôle de l'administrateur judiciaire avec celui du débiteur.

En effet, c'est l'administrateur et non le débiteur qui a seul la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours, alors que le débiteur demeure aux commandes de l'entreprise. Il en va de même pour la résiliation du bail des immeubles affecté à l'activité de l'entreprise. Nonobstant toute demande de résiliation formulée par le bailleur, la résiliation du bail ne peut être prononcée qu'à l'initiative de l'administrateur et non du débiteur.

- Le tribunal invite également le comité d'entreprise, ou à défaut les délégués du personnel, à désigner un **représentant des salariés**.

- Enfin, le tribunal peut désigner un ou plusieurs **experts** à la demande du débiteur ou de l'administrateur.

b) Une procédure très encadrée

A l'image du redressement judiciaire, la procédure de sauvegarde est très encadrée. **Une première étape consiste dans l'ouverture d'une période d'observation** dès le début de la procédure pendant laquelle les poursuites individuelles des créanciers sont suspendues et les paiements interdits.

Le tribunal procède, ensuite, à une vérification du passif. Seront établis l'inventaire du patrimoine du débiteur, la liste des principaux contrats ainsi que celle des créances et des dettes. **Les créanciers doivent donc déclarer leurs créances** de la même manière que dans le cadre du redressement judiciaire.

La seconde étape consiste dans la négociation avec les créanciers. Caractérisée par la prévention, la sauvegarde permet en effet au débiteur d'élaborer avec ses créanciers un plan qui sera validé par le tribunal. Pour ce faire, le projet de loi introduit une nouveauté qui consiste dans la constitution de **deux comités de créanciers**.

Le premier regroupera tous les établissements de crédit, le second les principaux fournisseurs de l'entreprise. Le débiteur, assisté, le cas échéant, par l'administrateur entamera les négociations avec ces comités, les créanciers publics et autres créanciers. Ces comités débattront des propositions du

débiteur et les adopteront éventuellement.

Le projet de plan est obligatoirement communiqué au Procureur de la République.

Le tribunal intervient alors afin d'arrêter le plan conformément au projet adopté, après s'être assuré que les intérêts de tous les créanciers sont sauvegardés. Cette décision judiciaire rend le plan opposable à tous les membres des comités.

4. Une sauvegarde à deux niveaux

Le projet de loi distingue deux situations.

En deçà de certains seuils en termes d'effectifs de salariés et de chiffre d'affaires fixés par décret, peu de modifications sont proposées par rapport au plan de continuation du redressement judiciaire, sous réserve d'une différence majeure : le débiteur n'est pas ici en état de cessation des paiements.

Au-delà de ces seuils, la procédure proposée innove par rapport au plan de continuation du redressement judiciaire.

Relevons qu'à la demande du débiteur ou de l'administrateur, le juge-commissaire pourra autoriser l'application de la nouvelle procédure en-deçà des seuils.

5. Un plan à mi-chemin entre le concordat et le plan de continuation

Le cœur de la procédure nouvelle réside dans l'élaboration du plan de sauvegarde par le débiteur. **Ce plan se situe à mi-chemin entre le concordat de la loi du 13 juillet 1967 et le plan de continuation de la loi du 25 janvier 1985.**

Il emprunte au concordat l'instauration d'un vote à la majorité qui conditionnera l'arrêté du plan. Mais, à l'instar du plan de continuation, le tribunal pourra imposer aux créanciers, non parties à la négociation, des délais de paiement.

Le tribunal joue donc un rôle actif en arrêtant le plan à l'issue de

la période d'observation « lorsqu'il existe une possibilité sérieuse pour l'entreprise d'être sauvegardée ». Il ne se contente pas d'homologuer l'accord intervenu avec les comités. A cette fin, le tribunal devra au préalable avoir entendu ou appelé le débiteur, l'administrateur, le mandataire judiciaire, les contrôleurs, les représentants du personnel, et recueilli l'avis du ministère public. La présence de ce dernier sera obligatoire pour les affaires importantes (un seuil étant fixé par décret).

6. Une procédure inspirée en partie par quelques dispositions du « Chapter 11 » américain

Trois aspects de la nouvelle procédure de sauvegarde sont directement inspirés du droit de la faillite américain: la suspension des poursuites, la création de comités de créanciers et le maintien du débiteur à la tête de l'entreprise.

a) La suspension provisoire des poursuites différencie la sauvegarde de la nouvelle procédure de conciliation

Une période d'observation s'ouvre de droit, pendant laquelle les poursuites individuelles des créanciers sont suspendues et les paiements interdits. Cela constitue une innovation à ce stade préventif des difficultés. Cette suspension permet, sous l'autorité du juge, d'entamer, en toute sérénité, des négociations avec les créanciers.

La durée maximale de la période d'observation, qui pourra être renouvelée une fois à la demande du débiteur, de l'administrateur ou du procureur de la République, sera fixée par décret en Conseil d'Etat.

Afin de faire en sorte que cette procédure se déroule dans les délais les plus brefs, il pourrait être intéressant d'inscrire la durée maximale de la période d'observation dans le projet. En effet, l'expiration de cette période marque la fin de la procédure puisque le tribunal doit arrêter le plan dans ce délai

Votre commission vous proposera un amendement sur ce point.

Contrairement aux règles prévalant dans la procédure de redressement judiciaire, le bénéfice de la suspension provisoire des poursuites (ainsi que toutes les mesures du plan de sauvegarde telles qu'un rééchelonnement du remboursement des dettes) est étendu aux cautions personnelles et personnes ayant constitué une garantie autonome. Cette mesure est destinée à inciter les

dirigeants d'entreprise à demander l'ouverture de la sauvegarde, afin de lever toute crainte d'être appelés, le cas échéant, en leur qualité de caution par les créanciers de l'entreprise.

b) Le maintien du dirigeant à la tête de son entreprise

L'administration de l'entreprise est assurée par son dirigeant, même si la procédure de sauvegarde entraîne la nomination d'un administrateur judiciaire dont la mission sera, soit de surveiller le débiteur dans sa gestion, soit de l'assister (cette désignation est cependant facultative en deçà de seuils à préciser par décret).

c) La volonté de favoriser la concertation des créanciers dans les plus brefs délais : l'organisation de comités de créanciers

(1) Création de comités de créanciers, plate-forme de la négociation

L'innovation directement inspirée du droit américain consiste dans la création de deux comités de créanciers pour les entreprises au-delà de certains seuils fixés par décret. Cette procédure pourra également bénéficier aux entreprises dont le nombre de salariés et le chiffre d'affaires sont en deçà des seuils, si le juge-commissaire l'autorise sur demande du débiteur ou de l'administrateur¹.

L'administrateur judiciaire réunira les créanciers en deux comités, l'un pour les établissements de crédit, l'autre pour les principaux fournisseurs.

Ce mécanisme est proche de celui du droit de la faillite américain, dans lequel des comités de créanciers sont placés sous l'autorité d'un « trustee » qui désigne un comité de créanciers chirographaires représentant les sept plus importants créanciers. Le débiteur américain dispose alors de cent vingt jours pour élaborer un plan qu'il doit faire voter dans les soixante jours.

Le projet de loi a donc repris l'idée américaine d'aboutir à un accord dans les plus brefs délais, puisque le débiteur doit élaborer un **projet de plan de sauvegarde comportant des demandes de remise de dettes et de délais de paiements, qu'il présentera aux comités dans un délai de deux mois, renouvelable une fois.**

Les comités disposeront d'un délai de réponse de trente jours pour en débattre avec l'administrateur judiciaire et le débiteur.

¹ La solution rappelle ici encore la passerelle qui existe dans la législation actuelle entre le régime simplifié et le régime général, passerelle dite de l'article 138.

(2) Une protection supplémentaire des créanciers dans le cadre de l'adoption du plan : la règle de la double majorité

Le projet de plan devra être adopté par les comités avant d'être présenté au tribunal. Aux termes du nouvel article L. 626-27 alinéa 3, « **la décision est prise par chaque comité à la majorité des créanciers représentant au moins les deux tiers du montant des créances** tel qu'il a été indiqué par le débiteur et certifié par son commissaire aux comptes ». Si les comités de créanciers acceptent les propositions selon cette double règle de majorité, le tribunal arrêtera le plan de sauvegarde. **La loi de la majorité s'imposera alors aux créanciers, membres des comités, qui n'auront pas accepté les propositions du débiteur.**

(3) Le tribunal, garant de la protection des intérêts des créanciers hors comités

Si les propositions ont été acceptées par les comités, le tribunal devra alors s'intéresser à la situation des créanciers extérieurs, en **s'assurant que leurs intérêts ont été suffisamment sauvegardés, ce qui lui permettra alors d'arrêter le plan et, en conséquence, de le rendre opposable à tous les créanciers.**

Quant aux créanciers publics, qui ne font pas partie des comités, ils prendront connaissance des votes des comités, et **pourront ensuite consentir des remises de créances, et de leurs accessoires. Cette approche est novatrice.** Elle devrait permettre le succès de tels plans, eu égard à la lourde charge financière que représente souvent le passif auprès des administrations financières.

(4) Une reprise de la procédure de sauvegarde en cas d'échec de l'intervention des comités

Lorsque l'un ou l'autre des comités ne s'est pas prononcé dans les délais ou a refusé les propositions qui lui ont été faites, le nouvel article L. 626-31 dispose que la procédure sera reprise pour élaborer un plan de sauvegarde (cette fois, sans nouvelle création de comités) selon les articles L. 626-4 à L. 626-4-2 qui ressemble au plan de continuation.

Cette solution diverge du droit américain qui prône un pragmatisme si poussé en faveur de la sauvegarde de l'entreprise que le tribunal peut passer outre le refus des comités, si trois conditions sont réunies : le tribunal doit constater qu'au moins l'un des comités (dont les droits des créanciers sont lésés) a voté en faveur du projet, que les créanciers

ne sont pas fondamentalement lésés parce qu'ils percevront un montant égal à celui qu'ils auraient perçus en cas de liquidation judiciaire (« best interest ») et enfin que le plan est crédible sur le plan économique (« feasibility »).

7. Cas d'interruption de la phase préventive

La sauvegarde étant par nature préventive, elle doit être interrompue s'il n'existe aucune chance sérieuse de redressement.

Ainsi que le dispose le nouvel article L. 622-10-1, le tribunal peut à tout moment de la période d'observation, à la demande du débiteur, de l'administrateur, du mandataire judiciaire, d'un contrôleur, du ministère public ou d'office, soit ordonner la cession partielle d'actif, soit convertir la procédure en redressement judiciaire si les conditions de son ouverture sont établies, (par exemple la cessation des paiements) ou encore prononcer la liquidation judiciaire si les conditions de son ouverture sont réunies.

Inversement, si les difficultés qui ont justifié l'ouverture de la procédure disparaissaient, le tribunal mettrait fin à celle-ci à la demande du débiteur.

En revanche au stade de l'exécution du plan, le nouvel article L. 626-24 dispose que le tribunal prononcera la résolution du plan ainsi que la liquidation judiciaire lorsque la cessation des paiements du débiteur sera constatée. Le débiteur, qui a bénéficié d'un plan de sauvegarde, ne pourra donc ensuite bénéficier d'un plan de continuation. La résolution du plan suppose que soit recueilli l'avis du ministère public.

Le tribunal est, dans cette hypothèse, saisi par un créancier, le commissaire à l'exécution du plan, le procureur ou peut se saisir d'office.

8. Effets du plan de sauvegarde « calqués » sur ceux du plan de continuation

Le débiteur est tenu d'exécuter le plan de sauvegarde dans les mêmes conditions qu'un plan de continuation.

a) Renforcement des pouvoirs du commissaire à l'exécution du plan

Un commissaire à l'exécution du plan est désigné par le tribunal sur la liste des administrateurs judiciaires, ou sur celle des mandataires de justice. Il a pour mission de poursuivre les actions engagées, et d'en engager de nouvelles.

Le projet pose clairement la possibilité, pour le commissaire à l'exécution du plan de sauvegarde, d'engager des actions en responsabilité contre les tiers, solution qui ne résulte, actuellement, que d'une interprétation jurisprudentielle de la chambre commerciale de la Cour de cassation.

b) L'interdiction de plan de cession pendant la procédure de sauvegarde

La procédure de sauvegarde n'a pas pour vocation d'aboutir à la cession de l'entreprise. C'est pourquoi, pendant son déroulement, les tiers ne sont pas admis à présenter des offres de cession.

Cependant, des cessions de branches d'activité séparées sont possibles.

c) Une tentative de limitation du privilège de l'article 40 de la loi de 1985

Les auteurs du projet de loi ont repris le principe du privilège de l'article L. 621-32 du code de commerce dit « privilège de l'article 40 » accordé au paiement des créances postérieures au jugement d'ouverture de redressement judiciaire, dans le cas de la **sauvegarde**. Cependant, afin d'établir un certain équilibre au profit des titulaires de sûretés, il a introduit deux limites à l'exercice de ce privilège tant pour la sauvegarde que pour le redressement judiciaire.

D'une part, alors que l'article L. 621-32 du code de commerce concerne les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture lorsque l'activité est poursuivie, le projet de loi restreint ce privilège aux créances 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, pendant cette période* ».

D'autre part, ces créanciers seront, tant dans le cadre de la procédure de sauvegarde que dans celle du redressement, désormais obligés de déclarer leurs créances dès l'ouverture de la procédure, et ce, dans un délai d'un an à compter de la fin de la période d'observation. La sanction de l'absence de déclaration est la disparition de leur privilège.

d) Apurement du passif : une réglementation plus stricte des versements des dividendes

Afin de renforcer la position des créanciers, **le projet impose, dans le cadre de la sauvegarde, une réglementation plus stricte pour le versement des dividendes que celle qui prévaut dans le cadre du plan de continuation du redressement judiciaire.**

Aux termes de l'actuel article L. 621-76 du code de commerce, un créancier de dividendes peut se voir imposer un délai de paiement supérieur à la durée du plan de continuation, sans toutefois qu'il soit prévu la moindre périodicité de ces paiements. Seul le premier paiement est actuellement pris en compte par l'alinéa 2 de l'article L. 621-76 qui dispose que celui-ci devra intervenir aux cours de la première année.

Néanmoins, cette règle ne saurait suffire à garantir au créancier un règlement partiel conséquent puisque rien n'interdit au tribunal d'arrêter un plan prévoyant le paiement de la quasi-totalité du dividende en fin d'exécution du plan, soit par exemple des années plus tard.

Pour corriger cette situation, le projet de loi prévoit, dans le cadre de la sauvegarde¹, que non seulement le premier paiement du plan ne pourra intervenir au-delà de la date anniversaire de l'arrêté du plan, mais qu'au-delà de la deuxième année, le montant de chacune des annuités ne pourra être inférieur à cinq pour cent du passif admis².

Enfin, l'action en paiement forcé des dividendes, qui appartient actuellement, en matière de plan de continuation, à chaque créancier du plan admis au passif, est supprimée. Il est ainsi mis fin à ce que l'on appelle, selon l'usage, le « prix de la course » en matière de paiement des dividendes du plan. C'est le commissaire à l'exécution du plan qui devra recouvrer les dividendes pour le compte des créanciers.

e) Phase finale : la constatation de l'exécution du plan

Dès l'exécution du plan de sauvegarde, le tribunal rend une décision, à la requête du commissaire à l'exécution du plan, constatant que l'exécution du plan est bien achevée.

¹ Dispositions applicables au redressement judiciaire aux termes du nouvel article L. 631-15 du projet de loi.

² Cette réglementation ne s'impose cependant pas pour les agriculteurs.

IV. LES AUTRES DISPOSITIONS DU PROJET DE LOI

A. LE REDRESSEMENT JUDICIAIRE, UNE PROCÉDURE RÉSIDUELLE ?

1. Une procédure maintenue

Au contraire de la procédure de sauvegarde, il ne peut y avoir normalement¹ ouverture d'un redressement judiciaire sans déclaration de cessation des paiements.

Certains s'interrogeront sans doute sur la pertinence du maintien de cette procédure, eu égard à la naturelle préférence que devraient témoigner les débiteurs à l'égard de la sauvegarde, qui leur permet de poursuivre leur activité avec suspension provisoire des poursuites et d'apurer leur passif sous la protection du tribunal, selon les mêmes modalités que le redressement, sauf qu'ils demeurent à la tête de leur entreprise.

Mais en maintenant la procédure de redressement les auteurs du projet de loi ont entendu préserver la possibilité pour le ministère public, les créanciers ou le tribunal lui-même, d'ouvrir une procédure pouvant déboucher sur la continuation de l'entreprise.

2. Le redressement judiciaire privé du plan de cession par le projet de loi initial

Les étapes et le contenu de la procédure de redressement judiciaire demeurent inchangés, à l'exception du plan de cession dans le projet de loi initial.

a) Maintien du déroulement de la procédure par « renvoi » aux dispositions concernant la procédure de sauvegarde

Le tribunal ouvre la période d'observation, désigne un juge-commissaire ainsi que les organes de la procédure. L'administrateur judiciaire peut assister le débiteur ou assurer seul l'administration de l'entreprise. Sa mission consiste dans l'assistance ou la représentation du débiteur.

¹ A l'exception de la conversion du règlement amiable en redressement judiciaire aux termes de l'article L. 621-3 du code de commerce, dans l'hypothèse de la non exécution de l'accord.

Les règles applicables à la procédure de sauvegarde, pour le fonctionnement de la période d'observation, seront, sous quelques réserves, applicables à la procédure de redressement judiciaire. Il en est ainsi de toutes les règles applicables à la continuation des contrats en cours, ou de celles intéressant les créances postérieures ainsi que des règles relatives à l'exécution et à la résolution du plan.

b) Transfert du plan de cession à la phase de liquidation dans le projet de loi initial

Alors que le projet maintient les cessions de branches d'activité séparées dans le cadre du redressement, le nouvel article L. 631-13, tel que proposé par le projet de loi initial, ne prévoit la présentation d'un plan de cession que dans le cadre de la liquidation judiciaire contrairement à ce que prévoit l'actuel article L. 621-57 du code de commerce, qui permet à un repreneur de continuer l'activité du débiteur par la reprise de son entreprise dès l'ouverture de la procédure.

Les auteurs du projet font observer que les repreneurs préfèrent généralement recourir à la cession des unités de production au moment de la liquidation plutôt que de proposer un plan de cession dans le cadre plus contraignant du redressement.

L'Assemblée nationale s'est interrogée sur le bien-fondé de cette solution. Elle a, en définitive, maintenu la possibilité de la cession comme option du redressement.

B. UNE LIQUIDATION JUDICIAIRE CLARIFIÉE ET SIMPLIFIÉE

1. Un objectif clair : la fin de l'activité

Les auteurs du projet de loi ont souhaité que l'objectif essentiel de la liquidation judiciaire apparaisse d'une manière cohérente. La liquidation **met fin à l'activité de l'entreprise** lorsque le débiteur, en cessation des paiements, **« est manifestement dans l'impossibilité d'assurer, par l'élaboration d'un plan de redressement, la continuation de son entreprise »**.

Renforcée par l'apport des dispositions relatives au plan de cession, la liquidation judiciaire est rénovée grâce à l'introduction d'une procédure simplifiée.

2. La création d'une procédure de liquidation simplifiée

Dans le mois de sa désignation, la réforme prévoit que le liquidateur établira un rapport sur la situation du débiteur permettant au tribunal d'opter pour la procédure normale ou simplifiée. S'il apparaît, au vu du rapport du liquidateur, que « l'actif du débiteur ne comprend pas de bien immobilier, que le nombre de salariés au cours des six derniers mois et son chiffre d'affaires hors taxe sont égaux ou inférieurs aux seuils fixés par décret en Conseil d'Etat », le tribunal opte pour la liquidation simplifiée.

Les modalités de réalisation de l'actif sont, dans ce cadre, simplifiées quant à la vérification des créances chirographaires. Les biens mobiliers devront être cédés dans un délai de trois mois.

Le procureur, le débiteur ou tout créancier pourra demander la clôture de la procédure, dans un délai d'un an à compter du jugement de liquidation judiciaire.

C. UN RÉGIME DE SANCTIONS DISTINGUANT LE DÉBITEUR « MALCHANCEUX » ET LE DÉBITEUR « MALHONNÊTE »

1. Distinction entre le débiteur « malheureux » et le débiteur « malhonnête »

Actuellement, la loi permet d'ouvrir une procédure de redressement judiciaire contre le dirigeant condamné au comblement du passif qui ne s'acquitte pas de sa dette¹.

Le projet propose d'abroger l'article L. 624-4 du code de commerce, de même que l'article L.624-5 qui permet d'ouvrir une procédure collective à l'encontre du dirigeant qui aurait commis des faits répréhensibles (notamment l'abus de bien social, la poursuite abusive d'une exploitation déficitaire dans un intérêt personnel, le détournement d'actif, la tenue d'une comptabilité fictive, incomplète ou irrégulière...).

La réforme maintient la condamnation au comblement de passif pour des fautes graves uniquement (abus de biens sociaux...).

Si ce nouveau régime témoigne du souci de ne plus pénaliser le

¹ Article L. 624-4 du code de commerce.

débiteur de bonne foi, on peut peut-être s'interroger sur la pertinence du nouvel article L. 651-1 qui prévoit l'application de ces sanctions au régime de sauvegarde. Une telle disposition ne risque-t-elle pas de s'avérer dissuasive envers un débiteur dont la démarche est volontaire et préventive ?

2. Une application renforcée des sanctions pour les cas les plus graves

L'assouplissement souhaité par le projet de loi ne concerne que les dirigeants « malchanceux ». En effet, la réforme prévoit de nouveaux cas de faillite personnelle qui sanctionneront les dirigeants pour des faits démontrant leur mauvaise foi tels que, par exemple, le fait d'avoir fait obstacle au bon fonctionnement de la procédure collective, par une abstention volontaire de coopérer.

Le tribunal qui prononce la faillite personnelle pourra également prononcer l'incapacité d'exercer une fonction publique élective. En revanche, la faillite personnelle sera prescrite au bout de cinq ans pour les cas les moins graves.

En outre, des mesures conservatoires pourront être autorisées sur les biens du dirigeant dans le cadre des sanctions, par ordonnance présidentielle.

Il ne devrait s'agir que d'infractions graves et évidentes.

V. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION

Réconcilier des intérêts aussi différents que ceux du débiteur et des créanciers, tel est le défi à relever afin d'assurer l'efficacité économique d'une législation régissant le droit des procédures collectives. Force est de constater qu'au gré des réformes, le centre de gravité entre ces deux pôles d'intérêt s'est déplacé. Malgré de nombreuses et récentes avancées en matière de protection des droits des créanciers, le droit actuel souffre encore de nombreuses insuffisances. D'autre part, les entreprises, au vu des statistiques du nombre de faillites, ne disposent pas encore de toutes les solutions juridiques les mieux adaptées à leur situation.

Une réforme des procédures collectives orientée vers la prévention afin d'assurer la pérennité des entreprises est donc plus que justifiée au regard du bilan et des enjeux économiques.

Il faut espérer que la nouvelle procédure de sauvegarde s'articulera

heureusement avec la nouvelle procédure de conciliation, tout en laissant à la procédure de redressement judiciaire son rôle dans les cas plus graves.

La réussite de cette réforme reposera sur sa juste appréhension du « temps économique » par l'identification du « bon moment » déclencheur des procédures adaptées et par le « rythme » qu'elle apportera à leurs diverses phases : déclaration de créances, période d'observation, exécution du plan...

Il s'agit donc d'individualiser les procédures dans le respect d'une « chronologie des difficultés économiques » nécessitant, notamment, souplesse, confidentialité et rapidité dans la phase préventive.

La commission des affaires économiques a choisi de donner sa chance à la réforme. Elle a décidé d'émettre un avis favorable à l'adoption dudit projet.

Les amendements qu'elle propose visent à compléter le texte sur un certain nombre de points qui lui sont apparus importants telle que la durée maximale de la période d'observation dans la procédure collective, l'assurance obligatoire des conciliateurs, le principe selon lequel, sauf décision spécialement motivée, un administrateur judiciaire assistera le débiteur en procédure collective, la suppression de la sanction de faillite personnelle pour le dirigeant d'entreprise négligent en matière de cessation des paiements, la possibilité pour les mandataires judiciaires de donner leur avis sur les plans de redressement ou encore l'amélioration des contrôles sur les fonds détenus par les mandataires de justice.

Votre commission a, aussi, souhaité que les artisans inscrits au répertoire des métiers, puissent bénéficier d'une représentation spécifique au même titre que les membres des professions libérales au cours de diverses phases de la procédure collective (appel à l'audience d'un représentant de la chambre de métiers lors de l'ouverture de la procédure de sauvegarde, saisine du ministère public aux fins du remplacement des organes de la procédure de sauvegarde, inventaire des biens du débiteur, désignation d'un représentant de la chambre de métiers et de l'artisanat comme contrôleur).

Les chambres de métiers sont des établissements publics administratifs de l'Etat qui participent, selon le code de l'artisanat, à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises artisanales, en liaison avec les services financiers de l'Etat, les organismes de recouvrement de cotisations sociales et toutes personnes publiques, morales ou privées concernées.

Ces chambres de métiers ont vocation à représenter un secteur –les entreprises artisanales- qui occupait, au 1^{er} janvier 2004, 2.364.000 salariés au sein de 860.000 entreprises, soit une entreprise française sur 3 ; il représentait

5 % du PIB, un actif sur 10 et 47 % des apprentis formés.

EXAMEN DES ARTICLES

TITRE I^{ER} -

Dispositions modifiant le livre VI du code de commerce

CHAPITRE I^{ER} -

Dispositions relatives à la prévention des difficultés des entreprises et à la procédure de conciliation

Article 3 -

(Article L. 611-1 du code de commerce) -

Financement des groupements de prévention agréés

Depuis la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique, toute personne immatriculée au registre du commerce et des sociétés et au répertoire des métiers peut avoir recours à un groupement de prévention agréé (GPA) qui a pour mission de fournir à ses adhérents une analyse des informations comptables et financières que ceux-ci s'engagent à leur transmettre. Au cas où des indices de difficultés apparaissent, le groupement en informe le dirigeant d'entreprise et lui propose de faire procéder à une expertise plus approfondie de la situation.

Avant la réforme de 2003, les GPA n'étaient ouvertes qu'aux sociétés commerciales et autres personnes morales de droit privé.

Créés par la loi du 1^{er} mars 1984, sur la prévention des difficultés et le règlement amiable, les GPA ont pour vocation de venir en aide aux entreprises qui n'atteignent pas les seuils les obligeant à tenir une comptabilité prévisionnelle. Le concours qu'ils apportent s'apparente à celui des centres de gestion agréés qui apportent à leurs adhérents une assistance technique et financière en matière fiscale.

Relevons, toutefois, le succès très relatif de cette formule : à la fin de l'année 2002, on ne dénombrait qu'une douzaine de GPA ayant effectué quelque 300 diagnostics au bénéfice de petites et moyennes entreprises.

Industriels et commerçants ont plus souvent recours à des conseils en gestion en dépit du coût financier que cette option représente.

L'article 3 du projet de loi ne propose, en fait, qu'une coordination législative.

Le texte actuel dispose que les groupements de prévention agréés pourront bénéficier, pour la réalisation de leur mission, du concours des administrations compétentes ainsi que des services de la Banque de France mais aussi des aides directes et indirectes des collectivités locales, *notamment en application des articles 5, 48 et 66 de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982.*

La référence aux articles 5 et 48 de la loi précitée n'ont plus d'objet puisque ces derniers ont été abrogés par la loi n° 96-142 du 21 février 1996 relative à la partie législative du code général des collectivités territoriales qui les a intégrés.

La « survie » de l'article 66 ne justifie pas le maintien de références au demeurant peu normatives puisque non exclusives.

Le projet de loi propose, donc, la suppression de ces références en ne maintenant qu'une disposition générale aux termes de laquelle les groupements de prévention agréés peuvent aussi bénéficier d'aides directes ou indirectes des collectivités territoriales.

On pourrait réfléchir sur les raisons du succès relatif des GPA, personnes morales de droit privé, agréés au niveau de la région, qui ont vocation à faciliter, au bénéfice de leurs adhérents, le concours **d'établissements de crédit et d'entreprises d'assurance** avec lesquels ils concluent des conventions.

<p>La commission vous propose d'adopter cet article sans modification.</p>

Article 4 -

(Article L. 611-2 du code de commerce) -

**Prévention des difficultés par le président du tribunal compétent
en matière commerciale**

L'article L. 611-2 du code de commerce définit les prérogatives du

président du tribunal compétent en matière commerciale (tribunal de commerce ou de grande instance) dans le domaine des difficultés des entreprises.

Jusqu'à la réforme de 1994 (loi du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises), n'était prévue que la faculté pour le président du tribunal de **convoquer** les dirigeants des sociétés commerciales ou des groupements d'intérêt économique lorsque la perte nette comptable de la personne morale dépassait le tiers du montant des capitaux en fin d'exercice.

La loi de 1994 a introduit deux innovations :

– le président du tribunal peut désormais convoquer le dirigeant de toute entreprise commerciale, **individuelle ou sous forme de société**, dès qu'un indice objectif lui laisse penser que celle-ci *connaît des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation* ;

– il peut, à l'issue de l'entretien, **obtenir**, de la part des commissaires aux comptes, des membres et représentants du personnel, des administrations publiques, des organismes de sécurité et de prévoyance sociale, ainsi que des services chargés de la centralisation des risques bancaires et des incidents de paiement, *toutes les informations utiles pour apprécier la réalité de la situation économique et financière du débiteur*.

Le texte précise que cette communication s'effectue, à la demande du président du tribunal, nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire ce qui implique que le secret professionnel qui s'impose, le cas échéant, aux personnes susmentionnées, est levé.

L'article 4 du projet de loi prévoit, tout d'abord, le cas où le dirigeant d'entreprise ne se rend pas à la convocation du tribunal.

Actuellement, l'article 35-3 du décret du 1^{er} mars 1985, dans sa version résultant d'un décret du 21 juin 1994, dispose que les pouvoirs d'information du président pourront être mis en œuvre si le dirigeant ne répond pas à la convocation, après notification au greffe d'un procès verbal de carence. Mais la levée du secret professionnel, nécessaire à l'information du juge, exigeait une disposition de nature législative.

D'où, l'insertion par l'article 4 d'un ajout précisant que le président du tribunal pourra aussi exercer ses pouvoirs d'information **dans le cas où le dirigeant ne s'est pas rendu à sa convocation**.

La seconde innovation concerne le cas où l'entreprise ne dépose pas ses comptes annuels dans les délais prévus par la loi. Environ la moitié des sociétés contreviennent, aujourd'hui, à l'obligation de dépôt de leurs comptes.

L'article 4 du projet de loi complète l'article L. 611-2 du code de commerce par une disposition selon laquelle lorsque les dirigeants d'une société commerciale ne procèdent pas au dépôt des comptes annuels dans les délais, le président du tribunal pourra leur adresser une injonction de le faire à bref délai.

Le texte ajoute que si l'injonction n'est pas suivie d'effet dans un délai fixé par le pouvoir réglementaire, le président du tribunal pourra faire application des dispositions du deuxième alinéa du I (il s'agit des pouvoirs d'information du président, avec levée du secret professionnel, évoqués plus haut).

L'Assemblée nationale a souhaité rendre le dispositif plus efficace en précisant que l'injonction du président du tribunal sera sous astreinte.

Elle a, ce faisant, explicitement appliqué au cas du non-dépôt des comptes annuels, la disposition prévue par la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux régulations économiques (article L. 123-5-1 du code de commerce) selon laquelle, à la demande de tout intéressé ou du ministère public, le président du tribunal, statuant en référé, peut enjoindre **sous astreinte** aux dirigeants de toute personne morale de procéder au dépôt des pièces et actes au registre du commerce et des sociétés auquel celle-ci est tenue par des dispositions législatives ou réglementaires.

Si l'on considère que les comptes sociaux sont inclus dans le dispositif précité, l'innovation introduite par le projet de loi consiste alors dans la possibilité pour le président du tribunal de se saisir d'office.

A cet article, la commission a adopté un **amendement** prévoyant que lorsqu'ils publient leurs créances au greffe, le Trésor public et les organismes de prévoyance et de sécurité sociale adressent également copie de cette déclaration à la Banque de France.

Il s'agit de renforcer l'efficacité de la détection des difficultés des entreprises en rendant systématique la transmission à la Banque de France par les créanciers publics de leurs impayés. La Banque de France alimentera ainsi le fichier bancaire des entreprises dont la mise à jour sera accélérée.

Article 5 -
(Articles L. 611-3 à L. 611-6 du code de commerce) -

**Conditions d'ouverture du mandat *ad hoc*
et de la procédure de conciliation**

L'article 5 du projet de loi propose de nouvelles rédactions pour les articles L. 611-3 à L. 611-6 du code de commerce.

L'article L. 611-3, proposé par la réforme, vise le mandat *ad hoc* qui a été introduit dans notre législation par la loi précitée du 10 juin 1994.

L'actuel article L. 611-3 ne l'évoque, il est vrai, qu'incidemment en instituant, au bénéfice de toute entreprise commerciale ou artisanale, une procédure de règlement amiable *sans préjudice*, précise-t-il, *du pouvoir du président du tribunal de commerce de désigner un mandataire ad hoc dont il détermine la mission*.

Les auteurs du projet de loi ont choisi de consacrer un article spécifique au mandat *ad hoc* en précisant, en outre, que la désignation de ce mandataire ne pourra être effectuée, par le président du tribunal de commerce, **qu'à la demande du représentant de l'entreprise**.

Dans sa version initiale, le nouvel article L. 611-6 prévoyait la communication au parquet de la décision de désigner un mandataire *ad hoc*.

Jugeant que cette communication obligatoire pourrait avoir un caractère dissuasif et nuire à la confidentialité nécessaire à une procédure dont la souplesse doit demeurer la principale caractéristique, l'Assemblée nationale a préféré rendre facultative l'information du parquet.

Les articles L. 611-13 à L. 611-15 que nous évoquerons plus loin (article 10 du projet de loi) traiteront des incompatibilités, du régime d'assurance ainsi que du mode de rémunération en alignant les règles du mandat *ad hoc* sur celles de la nouvelle procédure de conciliation.

Le texte proposé pour le nouvel article **L. 611-4** du code de commerce institue, *devant le tribunal de commerce*, **une procédure de conciliation** applicable aux personnes exerçant une activité commerciale ou artisanale, **lorsqu'elles éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, et ne se trouvent pas en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours**.

Rappelons qu'aux termes de l'actuel article L. 611-3 (résultant de la

loi du 10 juin 1994), la procédure de règlement amiable est ouverte à toute entreprise commerciale ou artisanale qui, *sans être en cessation des paiements*, éprouve une difficulté juridique, économique ou financière ou des besoins ne pouvant être couverts par un financement adapté aux possibilités de l'entreprise.

Avant la réforme de 1994, la procédure n'était prévue qu'au cas où les comptes prévisionnels de l'entreprise faisaient apparaître des besoins ne pouvant pas être couverts par des financements adaptés aux possibilités.

Deux innovations nous sont proposées par le projet de loi :

– les entreprises **qui se trouvent dans une situation de cessation de paiements depuis moins de quarante-cinq jours** pourront solliciter l'ouverture d'une procédure de conciliation auprès du tribunal de commerce. Il s'agit là d'une **réforme majeure** puisque jusqu'à aujourd'hui, la cessation des paiements entraîne ipso facto l'ouverture d'une procédure collective de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire.

Le délai de quarante-cinq jours, retenu par le projet de loi, s'inscrit dans la logique de l'allongement (jusqu'à quarante-cinq jours précisément) de l'actuel délai de quinze jours imparti aux dirigeants d'entreprises pour leur déclaration de cessation des paiements sous peine de sanctions graves (faillite personnelle) ;

– le président du tribunal de commerce pourra ouvrir la procédure lorsqu'il jugera que l'entreprise rencontre une difficulté (juridique, économique ou financière) non seulement avérée mais encore **simple**ment prévisible.

Par ailleurs, l'actuelle disposition relative aux besoins qui ne peuvent plus être couverts par un financement adapté aux possibilités de l'entreprise, disparaît.

Pour les auteurs de la réforme, la nouvelle procédure de conciliation doit donc intervenir très en amont, en tout cas plus en amont que l'actuelle procédure de règlement amiable.

Cette démarche préventive constitue, au demeurant, une des grandes orientations d'un projet de loi qui tend à faire en sorte que les mesures de redressement puissent intervenir très tôt.

Le texte proposé pour l'article **L. 611-5** introduit une autre innovation importante par rapport au droit en vigueur. Il étend, en effet, la procédure de conciliation aux personnes morales de droit privé ainsi qu'aux personnes physiques exerçant une **activité professionnelle indépendante**, y compris une

profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, à l'exception des agriculteurs.

Le régime actuel exclut les entreprises agricoles individuelles ou coopératives qui bénéficient d'un régime spécifique prévu par le code rural (mais pas les sociétés exerçant une activité agricole) ainsi que les entreprises libérales.

La réforme maintient le régime particulier des entreprises soumises au code rural mais élargit le périmètre de la conciliation à toutes les personnes physiques ou morales exerçant une activité indépendante. Elle prévoit que le tribunal de grande instance sera alors compétent et que son président exercera les mêmes pouvoirs que ceux attribués au président du tribunal de commerce.

Le texte proposé pour l'article **L. 611-6** du code de commerce traite de l'ouverture de la conciliation, de sa durée, de l'information d'un certain nombre d'autorités ainsi que du choix du conciliateur.

Il est, d'abord, précisé que le président du tribunal sera saisi par une requête du débiteur exposant sa situation financière, économique et sociale, ses besoins de financement ainsi que les moyens d'y faire face.

Cet énoncé reprend, pour l'essentiel, le dispositif actuel.

Le projet de loi reprend encore les règles en vigueur lorsqu'il prévoit qu'outre les pouvoirs qui lui sont attribués par le second alinéa du I de l'article L. 611-2 (les **pouvoirs d'information** que nous avons évoqués lors de l'examen de l'article 4 du projet de loi), le président du tribunal pourra charger un expert de son choix d'établir un rapport sur la situation économique, sociale et financière du débiteur et, nonobstant toute disposition législative et réglementaire contraire (il s'agit là, encore de la **levée du secret professionnel**), obtenir des établissements bancaires ou financiers tout renseignement de nature à donner une exacte information sur la situation économique et financière de celui-ci.

Le droit actuel énonce que le président du tribunal ouvre le règlement amiable et désigne un conciliateur pour une période n'excédant pas trois mois mais qui peut être prorogée d'un mois ou plus à la demande dudit conciliateur.

Aux termes du texte proposé pour le nouvel article L. 611-6, le conciliateur sera désigné pour une période **n'excédant pas quatre mois**, mais que le président du tribunal pourra, par une **décision motivée**, proroger d'un mois au plus à la demande de ce dernier.

La durée maximale de la conciliation a donc été prolongée d'un mois. Relevons néanmoins que cette durée maximale de cinq mois pourra s'ajouter à

celle du mandat *ad hoc* que le président du tribunal peut, au départ, décider avant de transformer la mission du mandataire *ad hoc* en celle du conciliateur.

Le projet énonce encore explicitement qu'à l'expiration de la durée légale, la mission du conciliateur prendra fin de droit.

L'Assemblée nationale a ajouté une disposition selon laquelle **le débiteur et les créanciers pourront proposer un conciliateur à la désignation par le président du tribunal.**

Le texte précise que la décision ouvrant la procédure de conciliation sera communiquée au ministère public (le projet initial prévoyait, on l'a vu, une communication de même nature pour la décision désignant un mandataire *ad hoc*).

Il dispose que lorsque le débiteur exerce une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire, ou dont le titre est protégé, la décision sera communiquée à l'ordre professionnel ou à l'autorité compétente dont, le cas échéant, il relève.

Cette mesure tire la conséquence de l'extension de la procédure aux professions libérales.

Enfin, le texte proposé pour l'article L. 611-6 dispose que le débiteur pourra récuser le conciliateur dans des conditions et délais fixés par voie réglementaire.

A l'article 5, votre commission a adopté **trois amendements**.

Un décret du 2 novembre 2004 a complété le code de l'artisanat par une disposition aux termes de laquelle les chambres de métiers participent à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises artisanales, en liaison avec les services financiers de l'Etat, les organismes de recouvrement des cotisations sociales et toutes personnes morales, publiques ou privées concernées.

Il paraît donc normal que les chambres de métiers aient la possibilité de dresser des listes de mandataires *ad hoc* choisis par elles pour assister les artisans qui connaissent des difficultés. Il ne s'agit pas pour autant d'entraver la liberté de choix du président du tribunal. Celui-ci, aux termes du **premier amendement** proposé à l'article L. 611-3, aura seulement la faculté de choisir le mandataire *ad hoc* sur une liste dressée par la chambre de métiers et de l'artisanat.

L'Assemblée nationale a adopté une disposition permettant au débiteur et aux créanciers de proposer un conciliateur à la désignation par le président du tribunal. Les créanciers, pas plus dans le droit en vigueur que dans le projet de loi, n'ont qualité pour saisir le président du tribunal en vue de

la désignation d'un conciliateur. On ne voit pas pourquoi les créanciers seraient appelés à intervenir à ce stade de la procédure. Seul le débiteur est habilité à présenter une requête visant la désignation d'un conciliateur ou d'un mandataire *ad hoc*. Le **second amendement** proposé (article L. 611-6, 3^{ème} alinéa) supprime donc la référence aux créanciers dans la disposition concernée.

Enfin, votre commission a adopté, à cet article, un **troisième amendement** (article L 611-6 dernier alinéa) précisant les causes de récusation du conciliateur. Il lui a semblé, en effet, que la procédure de conciliation devait observer les règles de droit commun prévues notamment par le nouveau code de procédure civile. Aux termes de l'article 341 dudit code, la récusation d'un juge n'est admise que pour les causes déterminées par la loi.

Article 6 -

(Article L. 611-7 du code de commerce) -

Rôle du conciliateur

L'actuel article L. 611-4 du code de commerce dispose que la mission du conciliateur, déterminée par le président du tribunal, a pour objet de « favoriser le fonctionnement de l'entreprise et de rechercher la conclusion d'un accord avec les créanciers ».

On s'est interrogé sur le point de savoir si le conciliateur avait vraiment vocation à « favoriser le fonctionnement de l'entreprise » dans une procédure amiable de ce type.

La nouvelle rédaction abandonne la mission relative au « fonctionnement de l'entreprise ».

Aux termes du texte adopté par l'Assemblée nationale, le conciliateur a pour mission de **favoriser le règlement de la situation financière du débiteur par la conclusion d'un accord amiable entre celui-ci et ses principaux créanciers, ainsi que, s'il l'estime utile, ses co-contractants habituels sur des délais de paiement ou des remises de dettes.**

C'est à l'initiative de l'Assemblée nationale qu'il a été prévu une participation des co-contractants (tels que garants et fournisseurs), qui ne sont pas forcément en position de créanciers, mais qui méritent d'être tenus au courant des risques de défaillance de l'entreprise.

Le texte adopté ajoute que le conciliateur **pourra également présenter toute proposition se rapportant à la sauvegarde de l'entreprise, à la poursuite de l'activité économique et au maintien de l'emploi.**

Il énonce encore que dans le cadre de sa mission, le conciliateur pourra obtenir du débiteur tout renseignement utile, sans que soit mentionnée la levée du secret professionnel.

Les auteurs du projet de loi ont jugé que le débiteur, à l'origine de la procédure, fera tout son possible pour faciliter la tâche du conciliateur.

Le président du tribunal communiquera à ce dernier les renseignements dont il dispose, et, le cas échéant, les résultats de l'expertise mentionnée à l'article L. 611-6 (voir article 5).

Ces dispositions reprennent le dispositif existant qui prévoit actuellement (article L. 611-4 du code de commerce) que le président du tribunal *communiquera au conciliateur les renseignements dont il dispose, et le cas échéant, le résultat de l'expertise visée au troisième alinéa de l'article L. 611-3.*

En revanche, une disposition actuelle disparaît de la nouvelle rédaction proposée : il s'agit de la faculté donnée, par le III de l'actuel article 611-4, au conciliateur de saisir le président du tribunal s'il juge **qu'une suspension des poursuites serait de nature à faciliter la conclusion d'un accord.**

Le droit en vigueur précise qu'après avoir recueilli l'avis des principaux créanciers, le président peut rendre une ordonnance prononçant la **suspension provisoire des poursuites** pour une durée n'excédant pas le terme de la mission du conciliateur.

La disparition de la suspension provisoire des poursuites (peu utilisée, en fait, dans la procédure de règlement amiable) peut se justifier de deux manières :

– la procédure de conciliation est appelée à intervenir en amont de l'actuelle procédure de règlement amiable ;

– la nouvelle procédure dite de **sauvegarde**, dont on verra qu'elle constitue une forme de **redressement judiciaire anticipé**, entraîne ipso facto une suspension provisoire des poursuites.

Autre innovation importante, les administrations financières et les institutions sociales pourront consentir des remises de dettes.

Cette participation des **créanciers publics** à l'effort consenti par les autres créanciers devrait mettre d'autres atouts au service de la nouvelle

procédure.

Le projet de loi précise encore que le conciliateur **rendra compte** au président du tribunal de **l'état d'avancement de sa mission** et formulera toutes observations utiles sur les **diligences** du débiteur.

La réforme prévoit le cas où en cours de procédure, le débiteur serait poursuivi par un créancier. Dans cette hypothèse, précise-t-elle, le juge qui a ouvert la procédure pourra faire application des délais de grâce (d'une durée maximum de deux ans) prévus par les articles 1244-1 à 1244-3 du code civil. Le droit en vigueur ne prévoit formellement cette faculté qu'à l'issue de **l'homologation de l'accord**.

Le texte dispose enfin qu'en cas d'impossibilité de parvenir à un accord, le conciliateur en rendra compte sans délai au président du tribunal, qui mettra fin à sa mission, sa décision étant notifiée au débiteur.

La commission a adopté cet article sans modification.

Article 7 -

(Articles L. 611-8 à L. 611-10 du code de commerce) -

Constatation ou homologation de l'accord obtenu par le conciliateur

L'article 7 du projet de loi propose d'insérer, dans le code de commerce, trois nouveaux articles (L. 611-8, L. 611-9 et L. 611-10), respectivement consacrés aux conditions de constatation ou d'homologation de l'accord, aux modalités de la décision du tribunal ainsi qu'aux effets juridiques de l'homologation.

La législation en vigueur (VIII de l'article L. 611-4 du code de commerce) prévoit que lorsqu'un accord est conclu avec **tous** les créanciers, il est homologué par le président du tribunal de commerce et déposé au greffe. Il s'agit là du cas d'école (rare dans la pratique) qui entraîne l'homologation de droit.

Le texte actuel ajoute qu'au cas où l'accord est conclu avec les principaux créanciers, le président du tribunal **peut** également l'homologuer (donc homologation facultative) et (nous l'avons indiqué plus haut) accorder

au débiteur les délais de paiement (appelés parfois « délais de grâce » judiciaires) prévus à l'article 1244-1 du code civil pour les créances non incluses dans l'accord.

Un débat s'est engagé devant l'Assemblée nationale sur le point de savoir s'il convenait de faire prévaloir la **sécurité juridique** conférée à l'accord par une homologation qui le rend opposable aux tiers ou la **confidentialité** de l'accord. Au final, il a été décidé de laisser au débiteur le choix entre une homologation de la conciliation par le tribunal ou une simple constatation de l'accord par son président.

L'option « simple constatation » est précisée par le I du texte proposé pour l'article **L. 611-8**.

Selon cette rédaction, le président du tribunal, sur la requête conjointe des parties, constatera leur accord et donnera à celui-ci force exécutoire (à l'égard, bien sûr, des parties à l'accord). Le texte ajoute que le président statuera au vu d'une déclaration certifiée du débiteur attestant qu'il ne se trouvait pas en cessation des paiements lors de la signature de l'accord ou que cette signature y met fin (on relève que cette condition est aussi une des trois conditions de l'homologation).

La décision constatant l'accord ne sera pas soumise à publication et ne sera pas susceptible de recours.

Elle mettra fin à la procédure de conciliation.

Selon le texte proposé, trois nouvelles conditions sont requises pour l'homologation de l'accord, **si le débiteur la demande** :

– le débiteur n'est pas ou n'est plus (du fait de l'accord) en cessation des paiements ;

– les termes de l'accord permettent d'assurer la pérennité de l'activité de l'entreprise ;

– l'accord ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers non signataires, sans préjudice de l'application des articles 1244-1 à 1244-3 du code civil ; ce point est important car l'homologation n'exige pas, rappelons-le, l'accord de toutes les parties.

Le texte proposé pour l'article **L. 611-9** du code de commerce précise les modalités de la décision judiciaire d'homologation.

Il prévoit que le tribunal statuera sur l'homologation après avoir entendu ou dûment appelé (la présence des intéressés n'est pas obligatoire), en chambre du conseil (une certaine confidentialité est préservée), le débiteur, les créanciers parties à l'accord, les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, le conciliateur et le ministère public. Il pourra entendre toute autre personne dont l'audition lui paraîtra utile.

Relevons que c'est au cours de cette audience d'homologation que les représentants des salariés auront la possibilité de faire connaître leur point de vue.

Par ailleurs, en conséquence de l'extension aux professions indépendantes du champ de la conciliation, le projet de loi précise que l'ordre professionnel ou l'autorité compétente dont relève, le cas échéant, le débiteur qui exerce une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire, ou dont le titre est protégé, est entendu par le tribunal lorsqu'il est appelé à statuer sur l'homologation d'un accord amiable.

Le texte proposé pour l'article **L. 611-10** du code de commerce vise les effets de l'homologation.

Le projet de loi vise à clarifier les effets du dispositif en vigueur.

Aux termes du IX de l'actuel article L. 611-4 du code de commerce, l'accord suspend, pendant la durée de son exécution, toute action en justice, toute poursuite individuelle tant sur les meubles que les immeubles du débiteur dans le but d'obtenir le paiement des créances qui en font l'objet. L'accord suspend aussi les délais impartis aux créanciers à peine de déchéance ou de résolution des droits afférents à ces créanciers.

L'ordonnance d'homologation du président permet certes l'exécution provisoire de l'accord, mais n'est pas, pour autant, formellement revêtue de l'autorité de la « chose jugée ». Elle n'a pas, par exemple, d'effet sur la constatation judiciaire de la cessation des paiements qui pourra être constatée ultérieurement par le tribunal.

En conséquence, elle n'empêchera pas, le cas échéant, le report de la date de cessation des paiements avant celle du jugement d'homologation, et, partant, une éventuelle annulation des crédits et avances (intervenues dans la période dite « suspecte ») consentis dans le cadre de l'accord.

La sécurité juridique des parties à l'accord homologué est donc, aujourd'hui, faible.

Pour sa part, le projet de loi dispose, tout d'abord, que l'homologation de l'accord met fin à la procédure de conciliation.

Il énonce ensuite que lorsque le débiteur est soumis au contrôle légal de ses comptes (présence obligatoire d'un commissaire aux comptes), l'accord homologué sera transmis audit commissaire aux comptes, le jugement d'homologation sera déposé au greffe où tout intéressé pourra en prendre connaissance et il y aura une mesure de publicité.

Le jugement sera susceptible de tierce opposition *dans un délai de dix jours* (il s'agit là d'une précision utile de l'Assemblée nationale) à compter de cette publicité.

Le jugement rejetant l'homologation ne fera pas l'objet d'une publication. Il sera susceptible d'appel.

Reprenant pour l'essentiel le dispositif actuel, la réforme ajoute que l'accord homologué suspendra, *pendant la durée de son exécution* (nouvelle précision utile de l'Assemblée nationale), toute action en justice, toute poursuite individuelle. Il suspendra de même les délais impartis aux créanciers parties à l'accord à peine de déchéance ou de résolution des droits afférents à ces créanciers.

L'Assemblée nationale a étendu à la procédure de conciliation une disposition de la nouvelle procédure de sauvegarde : celle qui permet **aux personnes physiques coobligées, ayant consenti une caution personnelle ou une garantie autonome, de se prévaloir des dispositions de l'accord homologué**. Ce faisant, les députés ont consacré une jurisprudence récente de la Cour de Cassation (Cass. Com. 5 mai 2004, n° 01-03-873).

Le régime des cautions est en effet incitatif car les dirigeants et associés se portent souvent cautions pour leur entreprise.

Le texte adopté par l'Assemblée nationale énonce encore que l'accord homologué entraînera la levée de plein droit de toute **interdiction** d'émettre des chèques, conformément à l'article L. 131-73 du code monétaire et financier, mise en œuvre à l'occasion du rejet d'un chèque émis avant l'ouverture de la procédure de conciliation.

Le projet de loi initial était moins « généreux » puisque prévoyant qu'au cas où le débiteur faisait l'objet d'une interdiction d'émettre des chèques, la décision du tribunal de suspendre, après l'homologation de l'accord, les effets de cette mesure, était facultative.

Selon la législation en vigueur (X de l'article L. 611-4 du code de commerce), en cas d'inexécution des engagements résultant de l'accord, le

tribunal prononce la **résolution** de celui-ci ainsi que la déchéance de tout délai de paiement accordé.

Le texte adopté par l'Assemblée nationale reprend cette solution sous réserve qu'il exclut l'autosaisine du tribunal. Avant de constater, le cas échéant, l'inexécution des engagements résultant de l'accord, le tribunal devra avoir été saisi par l'une des parties à l'accord homologué.

A cet article, votre commission vous proposera **un amendement** de précision concernant l'article L. 611-8 du code de commerce. Il s'agit de la constatation de l'accord de conciliation. La rédaction adoptée par l'Assemblée précise que le président du tribunal statuera au vu d'une déclaration certifiée du débiteur attestant qu'il ne se trouvait pas en état de cessation des paiements lors de la signature de l'accord ou que cette signature y met fin.

Votre commission estime que c'est, en fait, **l'accord** lui-même (avec, le cas échéant, la levée des conditions suspensives incluses dans l'accord) qui pourra, le cas échéant, mettre fin à l'état de cessation des paiements.

Tel est l'objet de l'amendement proposé à cet article.

Article 8 -

(Article L. 611-11 du code de commerce) -

Avantages accordés aux personnes qui consentent, dans le cadre de l'accord homologué, un nouvel apport en trésorerie ou la fourniture d'un bien ou d'un service

Le texte proposé pour le nouvel article L. 611-11 du code de commerce contenait initialement deux innovations importantes du projet de loi.

Il introduisait, d'une part, ce que l'on appelle le « **privilège de l'argent frais** » (« fresh money ») et d'autre part, une nouvelle définition du soutien abusif.

L'Assemblée nationale ayant préféré renvoyer plus avant (article 142 bis – chapitre V relatif aux responsabilités et aux sanctions) les dispositions relatives au soutien abusif, le nouvel article L. 611-11 ne concerne donc plus que le « privilège de l'argent frais », qui devrait, dans l'esprit de ses concepteurs, concourir au succès de la nouvelle procédure.

Désormais, les personnes qui consentiront, dans l'accord homologué, un **nouvel apport en trésorerie** au débiteur en vue d'assurer la **poursuite d'activité** de l'entreprise et sa **pérennité**, seront payées, pour le montant de cet apport, par privilège à toutes créances nées avant l'ouverture de la conciliation dans les conditions prévues aux articles L. 622-15 et L. 641-13.

Ces articles de référence visent explicitement un **privilège** et non une simple priorité de paiement.

Sont couvertes les créances consenties dans le cadre de l'accord homologué (**et non avant l'ouverture de la procédure de conciliation**) dans un unique but : la poursuite de l'activité de l'entreprise et sa pérennité.

L'Assemblée nationale a souhaité lever toute ambiguïté, en répondant par la négative, sur le point de savoir si les créanciers signataires de l'accord, et qui font, le cas échéant, un apport en trésorerie, pourraient bénéficier du privilège pour leurs créances nées avant l'ouverture de la conciliation.

Les députés ont également souhaité que le privilège ne soit pas réservé aux apports purement financiers en assimilant à ces derniers la **fourniture d'un nouveau bien ou service**, dans le cadre de l'accord homologué, en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise ou sa pérennité.

<p>La commission a adopté cet article sans modification.</p>

Article 9 -

(Article L. 611-12 du code de commerce) -

Interruption de l'accord homologué

Le droit en vigueur ne prévoit l'interruption de l'accord homologué que dans les conditions prévues par le paragraphe X de l'article L. 611-4 aux termes duquel en cas **d'inexécution des engagements résultant de l'accord**, le tribunal prononce la **résolution** de celui-ci ainsi que la déchéance de tout délai de paiement accordé.

Le projet de loi initial avait repris intégralement ce dispositif au dernier alinéa du nouvel article L. 611-10.

Nous avons vu que l'Assemblée nationale a précisé, en bonne logique, que le tribunal prononcera la résolution de l'accord après avoir été saisi **par l'une des parties audit accord**.

Mais les dispositions précitées ne couvrent pas l'hypothèse où, en dépit du respect de leurs engagements par les parties, surviennent soit une situation de cessation des paiements soit encore des difficultés de nature à justifier la demande d'ouverture, par le débiteur, d'une procédure de sauvegarde.

Le texte proposé pour l'article L. 611-12 répond précisément à cette situation **en prévoyant que l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire met fin à l'accord homologué**.

En ce cas, ajoute-il, les créanciers –y compris, bien sûr, les parties à l'accord- recouvreront l'intégralité de leurs créances et sûretés, déduction faite des sommes perçues sans préjudice des dispositions prévues à l'article L. 611-11 (il s'agit du privilège dit de « l'argent frais » qui instaure une priorité de paiement que la disparition de l'accord homologué ne remet pas en cause).

Notons que dans ce cas, la « fin » de l'accord homologué ne fait pas l'objet d'une décision judiciaire spécifique comme dans l'hypothèse de l'inexécution des engagements des parties à l'accord. C'est le jugement d'ouverture de la procédure collective qui « met fin » à l'accord.

Certains ont pu s'interroger sur le point de savoir si le projet de loi instaurait en la matière une résiliation (il n'y a plus d'effets pour l'avenir) ou une résolution (la situation juridique est rétablie dans son état antérieur) de l'accord homologué.

Ce qui est sûr, c'est que la « fin » de l'accord supprime les délais et remises qu'il avait prévus et que, partant, toutes les créances (celles des parties à l'accord homologué tout autant que les autres) seront admises **pour leur montant initial**, déduction faite, évidemment, des sommes, le cas échéant, déjà perçues.

Seule continue à produire des effets –c'est une volonté délibérée de la part des auteurs de la réforme- la priorité de paiement liée au privilège de « l'argent frais » prévu par le nouvel article L. 611-11 du code de commerce.

La commission a adopté cet article sans modification.

Article 10 -

(Articles L. 611-13 à L. 611-16 du code de commerce) -

**Régime d'incompatibilité, de rémunération et de confidentialité
pour les mandataires *ad hoc* et les conciliateurs**

Le projet de loi initial a inséré quatre nouveaux articles dans le code de commerce.

L'article L. 611-13 qui concerne le régime des incompatibilités applicable aux mandataires *ad hoc* et aux conciliateurs.

L'article L. 611-14 qui concerne l'assurance professionnelle obligatoire de ces derniers.

L'article L. 611-15 qui encadre leur régime de rémunération.

L'article L. 611-16 qui précise, quant à lui, les règles de confidentialité auxquelles sont soumises toutes les personnes appelées à la procédure.

L'article L. 611-13 institue, pour les mandataires *ad hoc* et les conciliateurs, un régime d'incompatibilité proche de celui que l'article L. 611-2 du code de commerce applique aux administrateurs judiciaires et aux mandataires judiciaires, sous réserve de la durée de ladite incompatibilité.

Le texte proposé prévoit, ainsi, que les missions de mandataire *ad hoc* ou de conciliateur ne pourront être exercées par une personne ayant au cours des **24 mois précédents** (le régime d'incompatibilité des administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires prévoit **cinq ans**), perçu à quelque titre que ce soit, directement ou indirectement, une rémunération ou un paiement de la part du débiteur intéressé, *de tout créancier du débiteur* (il s'agit là d'un ajout de l'Assemblée nationale) ou d'une personne **qui en détient le contrôle ou est contrôlée par lui** au sens que lui donne l'article L. 233-16 du code de commerce, sauf s'il s'agit d'une rémunération perçue au titre d'un **mandat judiciaire**.

Sur ce dernier point, l'Assemblée nationale a utilement précisé que par mandat judiciaire, il convenait d'entendre un mandat *ad hoc* ou une mission de règlement amiable (sur la base du droit en vigueur) ou de conciliation réalisée pour le même débiteur ou le même créancier.

Afin de renforcer le régime des incompatibilités, les députés ont encore précisé que la personne ainsi désignée **devra attester sur l'honneur, lors de l'acceptation de son mandat, qu'elle se conforme à ses interdictions.**

Enfin, le projet de loi interdit que les missions de mandataire *ad hoc* ou de conciliateur soient confiées à un juge consulaire en fonction ou ayant quitté ses fonctions depuis moins de cinq ans.

Le délai est, ici, aligné sur celui applicable aux administrateurs judiciaires, mandataires judiciaires et experts en diagnostic.

Un juge consulaire honoraire depuis plus de cinq ans pourra donc être désigné comme conciliateur ou mandataire *ad hoc*.

Le projet de loi initial prévoyait l'insertion, dans le code de commerce, d'un nouvel article L. 611-14 aux termes duquel tout mandataire *ad hoc* et tout conciliateur doivent, pour être désignés, justifier d'une assurance garantissant leur responsabilité civile et professionnelle pour ce type d'activité.

Les députés ont fait valoir la quasi impossibilité pour un professionnel autre qu'un administrateur judiciaire ou un mandataire judiciaire de trouver, sur le marché de l'assurance, un contrat couvrant un risque de cette nature ; la mesure envisagée a, donc, pour conséquence d'interdire aux autres membres des professions judiciaires ou juridiques l'accès aux fonctions de conciliateur ou de mandataire *ad hoc*.

L'Assemblée nationale a donc décidé de supprimer l'obligation d'assurance.

Le texte proposé par le projet de loi pour l'article L. 611-5 du code de commerce vise le régime de rémunération des mandataires *ad hoc* et des conciliateurs.

Selon le droit en vigueur, la liberté contractuelle prévaut pour le mandat *ad hoc*.

S'agissant du conciliateur de la procédure de règlement amiable, un

texte réglementaire (décret du 1^{er} mars 1985 modifié par un autre décret du 21 octobre 1994) dispose que le président du tribunal, fixera, en accord avec le demandeur, les conditions de sa rémunération.

Il précise qu'ultérieurement, le président du tribunal arrêtera, par ordonnance, la rémunération du conciliateur.

L'interprétation jurisprudentielle de ces dispositions retient, comme règle de calcul, un taux de vacation horaire ainsi qu'un pourcentage du montant total des remises obtenues calculées en fonction des **diligences** accomplies.

Ce faisant, la jurisprudence transpose les solutions concernant la rémunération proportionnelle de l'administrateur judiciaire en application du décret du 27 décembre 1985.

En ce qui concerne, par ailleurs, les recours, la Cour de cassation (Cass. Com. 17 février 1998) a jugé que la décision judiciaire relative à la rémunération du conciliateur (assimilé à un auxiliaire de justice) était susceptible d'un recours devant le premier président de la Cour d'appel.

Le projet de loi a souhaité reprendre les solutions réglementaires et jurisprudentielles prévalant en la matière en créant un cadre législatif qui s'appliquera aussi au mandat *ad hoc*.

Aux termes du projet initial, la **rémunération** du mandataire *ad hoc* et du conciliateur est déterminée, en accord avec le débiteur, en fonction des **diligences** strictement nécessaires à l'accomplissement de leur mission. A défaut d'accord, elle est arrêtée par le président du tribunal.

La contestation de cette décision peut être portée devant le premier président de la Cour d'appel dans un délai fixé par voie réglementaire.

L'Assemblée nationale a préféré, quant à elle, reprendre le dispositif réglementaire en vigueur, concernant le conciliateur du règlement amiable, selon lequel c'est au président du tribunal qu'il revient de fixer, après consultation du débiteur, les conditions de rémunération du mandataire *ad hoc* et du conciliateur, lors de leur désignation, en fonction des diligences nécessaires à l'accomplissement de leur mission.

Dans un second temps, le président arrêtera, par ordonnance, la rémunération du mandataire *ad hoc* ou du conciliateur à l'issue de sa mission.

A été, par ailleurs, maintenue la règle selon laquelle la contestation de la décision du président pourra être portée devant le premier président de la Cour d'appel dans un délai fixé par décret en Conseil d'Etat.

Le texte proposé pour le nouvel article L. 611-16 du code de commerce dispose que toute personne qui est appelée à la procédure de conciliation ou à un mandat *ad hoc* ou qui, par ses fonctions, en a connaissance est tenu à la **confidentialité**.

Le droit actuel (article L. 611-16 du code de commerce) exige de toute personne qui est appelée au règlement amiable ou qui, par ses fonctions, en a connaissance, l'obligation au secret professionnel dans les conditions et sous les peines prévues par les articles 226-13 et 226-14 (un an d'emprisonnement et 15.000 euros d'amende).

Les auteurs du projet de loi ont choisi de remplacer l'obligation pénale de respecter le secret professionnel (pour laquelle les poursuites sont, en fait, difficiles) par une obligation civile de confidentialité susceptible de faire l'objet d'actions en responsabilité civile.

L'Assemblée nationale a, utilement, précisé que toute personne appelée à un **mandat *ad hoc*** ou qui, par ses fonctions, aura eu connaissance dudit mandat sera tenu à l'obligation civile de confidentialité. Ce faisant, elle a tenu compte de la jurisprudence et de la doctrine en la matière qui, dans le silence de la loi, ont étendu la règle de confidentialité au mandataire *ad hoc*.

Relevons, néanmoins, que ce choix des auteurs du projet de loi –qui s'inscrit, d'ailleurs, dans une démarche générale de dépenalisation d'infractions mal sanctionnées– n'empêche pas un certain nombre de règles sur le secret professionnel de s'appliquer de plein droit en application de l'article 226-13 du code pénal en ce qui concerne notamment :

- le conciliateur ou le mandataire *ad hoc* lui-même en tant que personne dépositaire d'informations à caractère secret ;
- les avocats (éventuellement désignés comme conciliateurs) au titre de la contrainte s'appliquant de façon générale à leur profession ;
- les représentants des salariés, bénéficiaires d'informations au titre de leurs fonctions de représentation.

A cet article, la commission a adopté un **amendement** rétablissant l'obligation d'assurance initialement prévue par le projet de loi (article L. 611-14 du code de commerce), en la restreignant au seul conciliateur. Le texte préciserait que celui-ci, pour être désigné, devra justifier d'une assurance garantissant les conséquences pécuniaires de la responsabilité civile encourue du fait de négligences ou de fautes dans l'exercice de son mandat.

Il n'est pas souhaitable qu'un conciliateur ne soit couvert par aucune garantie alors même qu'il peut faire l'objet d'actions en responsabilité lourdes.

Rappelons qu'aux termes de l'article L. 631-4 du code de commerce, résultant de l'article 100 du projet de loi, « lorsque le rapport du conciliateur établit que le débiteur est en cessation des paiements, le tribunal, d'office, se saisit afin de statuer sur l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire. » Aux termes de l'article L. 611-7, c'est le conciliateur qui indique précisément, lorsqu'il fait connaître au président du tribunal l'échec de la conciliation, si le débiteur est ou non en état de cessation des paiements.

Cette obligation peut être source de mise en jeu de sa responsabilité.

Cet amendement n'entend pas conforter le monopole de certains professionnels sur les fonctions de conciliateur mais inciter les sociétés d'assurance à offrir des polices permettant la couverture des risques de cette nature.

CHAPITRE II -

Dispositions relatives à la sauvegarde

Article 12 -

(Article L. 620-1 du code de commerce) -

Institution d'une procédure de sauvegarde

Le texte proposé, par l'article 12, pour l'article L. 620-1 du code de commerce constitue, à l'évidence, la disposition phare du projet de loi. C'est lui qui institue, en effet, la nouvelle **procédure de sauvegarde** ouverte sur demande d'un débiteur qui justifie de difficultés susceptibles de le conduire à la cessation des paiements.

Quel est l'objectif du dispositif : il s'agit de **faciliter la réorganisation de l'entreprise**, afin de **permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif**.

On peut relever que les objectifs de la nouvelle procédure sont ceux que la loi de 1985 avait assigné à la procédure de redressement judiciaire : sauvegarde de l'entreprise, poursuite de l'activité, maintien de l'emploi et apurement du passif.

En revanche, deux caractéristiques spécifiques apparaissent

d'emblée :

– **seul le débiteur pourra solliciter l'ouverture de la procédure** ; le redressement judiciaire est, au contraire, ouvert à la demande du débiteur mais aussi du ministère public ou d'un créancier quelconque –par voie d'assignation- sans préjudice de l'ouverture décidée d'office par le tribunal ;

– la nouvelle procédure –au contraire du redressement judiciaire- interviendra **avant la cessation des paiements**.

Si cette cessation survient, en effet, le tribunal sera tenu d'ouvrir une procédure de redressement judiciaire ou de prononcer, le cas échéant, une liquidation judiciaire.

Les deux phases de la sauvegarde sont précisées au deuxième alinéa du texte proposé. Cette procédure donnera lieu à un plan (dit de sauvegarde) arrêté par jugement à l'issue d'une **période d'observation** et, le cas échéant, à la constitution de **deux comités de créanciers**.

La première phase sera la période d'observation qui s'étalera du jugement d'ouverture à l'arrêté du plan. La seconde phase s'étendra de la décision judiciaire arrêtant le plan jusqu'à l'exécution dudit plan.

Comment se conclura la procédure de sauvegarde ?

Les deux issues favorables sont précisées aux articles L. 622-10-3 et L. 626-25.

Selon le premier, lorsque disparaîtront les difficultés qui ont justifié l'ouverture de la procédure, le tribunal, à la demande du débiteur, y **mettra fin**.

Selon le second, quand il sera établi que les engagements énoncés dans le plan de sauvegarde ou décidés par le tribunal ont été tenus, celui-ci, à la requête du commissaire à l'exécution du plan, du débiteur ou de tout intéressé, **constatera** que l'exécution du plan est achevée.

Donc, dans ces deux hypothèses, nous aurons une « clôture » par décision judiciaire.

En cas d'échec de la procédure, deux situations, en fait, se présenteront :

– soit la tentative échoue **lors de la période d'observation ou à la fin de celle-ci**. En ce cas, le tribunal pourra ordonner la cessation partielle de l'activité, convertir la procédure en redressement judiciaire ou encore, prononcer la liquidation judiciaire en cas d'impossibilité de redressement (texte proposé pour l'article L. 622-10-1 du code de commerce) ;

– soit la tentative échoue **pendant l'exécution du plan de sauvegarde**. En ce cas, le tribunal prononcera soit la **résolution** du plan (en cas d'inexécution des engagements prévus par ledit plan), soit la **liquidation judiciaire** en cas de cessation des paiements (texte proposé pour l'article L. 626-24 du code de commerce).

Votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

Article 13 -
(Article L. 620-2 du code de commerce) -

**Bénéficiaires de la procédure de sauvegarde et
principe d'unicité de la procédure**

Précisant le périmètre des personnes bénéficiaires de la procédure de sauvegarde, le texte proposé, par l'article 13, pour l'article L. 620-2 du code de commerce, reprend, en le complétant, le dispositif en vigueur en ce qui concerne le redressement judiciaire.

La procédure de sauvegarde sera applicable à tout commerçant, à toute personne immatriculée au répertoire des métiers, à tout agriculteur, à toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante (ce faisant, la réforme comble un vide juridique puisque le texte antérieur avait oublié les « artisans ou commerçants de fait »), y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire, ou dont le titre est protégé (cette innovation tire la conséquence de l'article 5 du projet de loi) ainsi qu'à toute personne morale de droit privé.

Notons que le périmètre proposé des bénéficiaires de la procédure de sauvegarde recoupe celui des bénéficiaires du redressement judiciaire.

Le deuxième alinéa du texte proposé pour l'article L. 620-2 applique l'adage « faillite sur faillite ne vaut », en énonçant qu'il ne pourra être ouvert de nouvelle procédure de sauvegarde à l'égard d'une personne qui se trouve dans une des trois situations suivantes :

– elle est déjà soumise à une procédure de sauvegarde ;

- elle est en cours de procédure de redressement judiciaire ;
- elle est en cours de liquidation judiciaire.

L'interdiction ne vaut, bien sûr, que tant qu'il n'a pas été mis fin aux opérations du plan qui résulte de ces procédures ou que la procédure de liquidation n'a pas été clôturée.

Relevons que, parallèlement, l'article L. 631-2, tel que proposé par la réforme, énonce la même solution, s'agissant de l'ouverture d'une nouvelle procédure de redressement judiciaire ; le projet d'article L. 640-2 fait de même en ce qui concerne la procédure de liquidation.

<p>Votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.</p>
--

Article 15 -

(Article L. 621-1 du code de commerce) -

Ouverture de la procédure de sauvegarde

Le texte proposé, par l'article 15, pour le nouvel article L. 621-1 du code de commerce prévoit les conditions de l'ouverture de la nouvelle procédure de sauvegarde.

Bien que complété, c'est l'essentiel de l'actuel dispositif concernant le redressement judiciaire (article L. 621-1 en vigueur) qui est ici repris.

Aux termes du texte proposé, en effet, le tribunal statuera sur l'ouverture de la procédure, après avoir entendu ou dûment appelé, en chambre du conseil, le débiteur et les représentants du comité d'entreprise, ou, à défaut, les délégués du personnel. Il pourra également entendre toute personne dont l'audition lui paraît utile.

Le texte tire la conséquence de l'ouverture de la nouvelle procédure aux professions libérales. Lorsque le débiteur exercera une profession de cette nature, soumise à un statut législatif ou réglementaire, ou dont le titre est protégé, le tribunal statuera après avoir entendu, ou dûment appelé, dans les mêmes conditions (c'est-à-dire, dans la confidentialité de la chambre du

conseil, comme l'a précisé utilement l'Assemblée nationale), l'ordre professionnel ou l'autorité compétente dont il relève, le cas échéant.

Nouvelle innovation législative : l'enquête préalable effectuée par un juge commis par le tribunal prévue, jusqu'à présent, par l'article 13 du décret du 27 décembre 1985.

En plaçant cette disposition au niveau législatif, la réforme permettra la levée du secret professionnel au bénéfice de ce juge pour **recueillir tous renseignements sur la situation financière, économique et sociale de l'entreprise.**

Le texte ajoute qu'il pourra faire application des dispositions prévues à l'article L. 623-2 tel qu'il résulte de la réforme : sont susceptibles de se voir imposer une levée du secret professionnel pour fournir tous renseignements utiles, les commissaires aux comptes, les experts-comptables, les membres et représentants du personnel, les administrations et organismes publics, les organismes de prévoyance et de sécurité sociale, les établissements de crédits, ainsi que les services chargés de centraliser les risques bancaires et les incidents de paiement.

L'Assemblée nationale a précisé, ici, que le juge pourra **se faire assister de tout expert de son choix.**

Le projet de loi dispose, ensuite, que la demande d'ouverture d'une procédure de sauvegarde à l'égard d'un débiteur qui bénéficie ou a bénéficié d'un mandat *ad hoc* ou d'une procédure de conciliation, dans les 18 mois qui précèdent, **devra être examinée en présence du ministère public** (seulement « informé », rappelons-le, desdits mandats *ad hoc* et procédure de conciliation).

La succession des procédures ne doit évidemment pas être l'occasion de fraudes.

Dans ce cas, le tribunal pourra, d'office, ou à la demande du parquet, obtenir communication des pièces et actes relatifs au mandat *ad hoc* ou à la conciliation, nonobstant les dispositions de l'article L. 611-16 relatif à l'obligation de confidentialité pesant sur toute personne appelée à la procédure de conciliation ou à un mandat *ad hoc* ou qui, par ses fonctions, en a connaissance.

Le projet de loi a choisi de faire prévaloir l'ordre public économique sur le souci de confidentialité.

A cet article, la commission a adopté un **amendement** prévoyant que lorsque le débiteur est immatriculé au répertoire des métiers, le tribunal statuera, après avoir entendu ou dûment appelé un représentant de la chambre de métiers et de l'artisanat dont il dépend.

Article 17 -
(Article L. 621-3 du code de commerce) -

Ouverture et durée de la période d'observation

Le projet de loi adapte l'article L. 621-3 du code de commerce (ancien article L. 621-6) aux termes duquel, s'agissant du redressement judiciaire, le jugement ouvre une période d'observation en vue de l'établissement d'un bilan économique et social et de *propositions tendant à la continuation ou à la cession de l'entreprise*.

Dans son souci de transposition, le projet évoque, s'agissant de la procédure de sauvegarde, les *propositions tendant à permettre à l'entreprise de poursuivre son activité*.

Est, ensuite, confirmée la règle selon laquelle la durée maximale de la période d'observation, qui peut être renouvelée une fois par décision motivée, à la demande de l'administrateur, du débiteur ou du ministère public, est fixée par décret en Conseil d'Etat.

Le texte en vigueur prévoyait, aussi, la possibilité pour le tribunal de renouveler « d'office » la durée de la période d'observation. Le projet de loi met fin à cette faculté.

Est, encore, confirmée la règle selon laquelle ladite durée pourra, en outre, être exceptionnellement prolongée, à la demande du ministère public, par décision motivée du tribunal pour une durée fixée par décret en Conseil d'Etat.

Les textes réglementaires en vigueur prévoient, s'agissant du redressement judiciaire, une durée maximale de six mois pour le régime général, et de quatre mois pour le régime simplifié (supprimé par le projet de loi).

La durée maximale de la prolongation, à la demande du ministère public, étant de huit mois dans le régime général, la durée maximale totale de la période d'observation serait donc de 20 mois (6 mois renouvelables une fois + 8 mois de prorogation) sans durée minimale.

L'Assemblée nationale n'a pas modifié le dispositif proposé sous réserve d'un amendement à caractère terminologique.

Elle a, cependant, souhaité prendre en compte le cas spécifique de l'exploitation agricole, en énonçant que dans ce cas, le tribunal pourra

proroger la durée de la période d'observation en fonction de l'année culturelle en cours et des usages spécifiques aux productions de l'exploitation.

Enfin, le projet de loi confirme la disposition (applicable actuellement au redressement judiciaire) selon laquelle le tribunal arrêtera le plan avant l'expiration de la période d'observation qu'il a fixée.

Le texte actuel évoque aussi le prononcé éventuel de la liquidation judiciaire. Le projet de loi supprime cette mention dès lors que ledit prononcé pourra intervenir, en tout état de cause, en application du nouvel article L. 622-10-1 du code de commerce selon lequel, à tout moment de la procédure d'observation, le tribunal a la faculté de prononcer la liquidation judiciaire si les conditions (nouvel article L. 640-1 du code de commerce) en sont réunies.

A cet article, la commission a adopté un **amendement** fixant notamment à six mois la durée maximale de la période d'observation de la procédure de sauvegarde ainsi que de la procédure de redressement judiciaire.

Afin de faire en sorte que la procédure collective se déroule dans des délais raisonnables, il lui est apparu souhaitable de donner un caractère législatif à la durée de cette période durant laquelle il est établi un bilan économique et social de l'entreprise et sont élaborées des propositions tendant à la continuation de l'activité de ladite entreprise.

Rappelons que cette durée peut être renouvelée une fois, par décision motivée, à la demande l'administrateur, du débiteur, du ministère public ou d'office par le tribunal ; elle peut être aussi exceptionnellement prolongée, à la demande du ministère public, par décision motivée du tribunal pour une durée fixée par décret en Conseil d'Etat.

Article 18 -

(Articles L. 621-4 et L. 621-4-1 du code de commerce)-

Organes de la procédure de sauvegarde

Les deux nouveaux articles, L. 621-4 et L. 621-4-1, proposés par l'article 18 du projet de loi, traitent respectivement de la désignation des organes de la procédure et des règles d'incompatibilité auxquelles lesdits organes sont soumis.

L'article L. 621-4 propose un dispositif proche de celui que prévoit

l'actuel article L. 621-8 en ce qui concerne le redressement judiciaire.

Selon ce texte, le tribunal désigne, dans le jugement d'ouverture, le juge-commissaire et deux mandataires de justice qui sont l'administrateur et le *représentant des créanciers*. Le texte ajoute, un peu plus loin, que le tribunal pourra, soit d'office, soit à la demande du procureur de la République, désigner plusieurs administrateurs et plusieurs représentants des créanciers.

Le projet de loi reprend cette solution en disposant que dans le jugement d'ouverture, le tribunal désignera le juge-commissaire dont les fonctions sont définies à l'article L. 621-8 et qu'il pourra, en cas de nécessité, en désigner plusieurs.

S'agissant des mandataires de justice, le nouveau texte prévoit que dans le même jugement, sans préjudice de la possibilité de nommer un ou plusieurs experts en vue d'une mission qu'il déterminera (le texte en vigueur énonce que **seul l'administrateur** peut demander, au tribunal, la désignation d'un ou de plusieurs experts), le tribunal désignera deux mandataires de justice qui sont le mandataire judiciaire et l'administrateur judiciaire (dont les fonctions, ajoute le texte, sont respectivement définies aux articles L. 622-18 et L. 622-1).

La réforme précise que **c'est à la demande du ministère public** que le tribunal pourra désigner, le cas échéant, plusieurs mandataires judiciaires ou plusieurs administrateurs judiciaires.

Le renforcement du rôle du ministère public est confirmé dans la disposition suivante qui vise le cas où l'ouverture d'une procédure de sauvegarde a été précédée, dans les dix-huit mois, d'un mandat *ad hoc* ou d'une procédure de conciliation. Dans ce cas, précise la réforme, le ministère public pourra récuser la personne antérieurement désignée en tant que mandataire *ad hoc* dans le cadre d'un mandat ou d'une procédure concernant le même débiteur.

Le texte adopté par l'Assemblée nationale énonce, aussi, que le tribunal invitera le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel, à désigner un représentant parmi les salariés de l'entreprise (ce représentant aura pour mission essentielle de vérifier les créances salariales mais aussi d'assister les salariés dans un certain nombre de cas).

En l'absence de comité d'entreprise et de délégué du personnel, les salariés éliront leur représentant qui exercera les fonctions dévolues à ces institutions. Les modalités de désignation ou d'élection du représentant des salariés seront précisées par décret en Conseil d'Etat. Lorsque aucun représentant des salariés ne peut être désigné ou élu, un procès-verbal de carence sera établi par le chef d'entreprise.

Ce texte reprend, pour l'essentiel, les solutions retenues par l'actuel

article L. 621-8 du code de commerce, s'agissant du redressement judiciaire, sous réserve d'une formulation améliorée.

Les auteurs du projet de loi ont, aussi, souhaité confirmer la règle selon laquelle les entreprises de taille modeste (effectifs et chiffre d'affaires hors taxes inférieurs à certains seuils prévus par décret : actuellement 50 personnes au plus et 3,1 millions d'euros sur le dernier exercice) pourront, si le tribunal en décide, être dispensées de la présence d'un administrateur judiciaire.

Actuellement, c'est dans le cadre de la procédure dite « simplifiée » (supprimée par le projet de loi) que la présence de l'administrateur n'est que facultative.

Le texte proposé pour le quatrième alinéa du nouvel article L. 621-4 du code de commerce dispose ainsi que le tribunal ne sera pas tenu de désigner un administrateur judiciaire lorsque la procédure sera ouverte au bénéfice d'une personne dont le nombre de salariés et le chiffre d'affaires hors taxes sont inférieurs à des seuils fixés par décret en Conseil d'Etat.

Dans ce cas, est-il ajouté, les dispositions du chapitre VII du titre II (articles L. 627-1 à L. 627-4 portant dispositions particulières en l'absence d'administrateur judiciaire) seront applicables.

L'Assemblée nationale a introduit, dans le texte, une disposition nouvelle qui vise l'inventaire prévu à l'article L. 622-6. Aux termes de ce texte, en effet, dès l'ouverture de la procédure, il est dressé un inventaire du patrimoine du débiteur ainsi que des garanties qui le grèvent. Cet inventaire, remis à l'administrateur et au mandataire judiciaire, est complété par le débiteur par la mention des biens qu'il détient, notamment en dépôt, en location ou crédit-bail et sous réserve de propriété.

Les députés ont souhaité, ici, préciser, qu'aux fins de réaliser l'inventaire précité, le tribunal désignera **un commissaire priseur judiciaire, un huissier, un notaire ou un courtier en marchandises assermenté.**

Les règles d'incompatibilité (nouvel article L. 621-4-1) sont reprises sans changement par rapport à l'actuel article L. 621-8 (cinquième alinéa) du code de commerce. Il est ainsi prévu qu'aucun parent ou allié, jusqu'au quatrième degré inclusivement, du chef d'entreprise ou des dirigeants, s'il s'agit d'une personne morale, ne pourra être désigné en tant qu'organe de la procédure sauf dans les cas où cette disposition empêche la désignation d'un représentant des salariés.

A l'article L. 621-4, la commission a adopté un **amendement** exigeant une décision spécialement motivée du tribunal en cas de non

désignation d'un administrateur judiciaire.

En 2004, sur 48.200 défaillances d'entreprises, on relevait quelque :

- 160 défaillances d'entreprises de plus de 100 salariés ;
- 280 défaillances d'entreprises entre 50 et 99 salariés ;

Les autres défaillances se répartissaient entre les entreprises individuelles sans salarié (22.500) et les entreprises de moins de 50 salariés.

Selon le droit en vigueur, les seuils en termes d'effectif et de chiffre d'affaires pour la désignation obligatoire d'un administrateur judiciaire sont fixés par voie réglementaire soit 50 personnes au plus et 3,1 millions d'euros de chiffres d'affaires hors taxes.

L'immense majorité des procédures collectives de redressement ou de sauvegarde concernent donc des entreprises individuelles ou des PME dont les dirigeants méritent souvent d'être assistés ou conseillés.

Dans certains ressorts, les désignations d'administrateurs judiciaires seraient quasiment systématiques ; dans d'autres, au contraire, elles n'interviendraient que dans les cas obligatoires.

L'amendement proposé n'entend pas bouleverser des pratiques qui dépendent souvent de contextes particuliers.

Il paraît néanmoins raisonnable de demander au tribunal de commerce de motiver sa décision de ne pas désigner d'administrateur judiciaire.

Article 19 -

(Article L. 621-6 du code de commerce) -

Conditions de remplacement des organes de la procédure de sauvegarde

Sous réserve de modifications d'ordre terminologique, le texte, proposé pour l'article L. 621-6 du code de commerce, confirme les solutions antérieures.

Le tribunal pourra, soit d'office, soit sur proposition du juge-commissaire, ou à la demande du ministère public, procéder au remplacement de l'administrateur, de l'expert ou du mandataire judiciaire

(ancien « représentant des créanciers »).

Il pourra, dans les mêmes conditions (c'est-à-dire soit d'office, soit sur proposition du juge-commissaire, soit à la demande du parquet), adjoindre un ou plusieurs administrateurs judiciaires ou mandataires judiciaires à ceux déjà nommés. Cette adjonction pourra aussi résulter d'une demande de l'administrateur, du mandataire judiciaire ou d'un créancier nommé « contrôleur », qui auront saisi le tribunal à cette fin.

Le texte proposé tire, aussi, la conséquence de l'ouverture des procédures aux professions libérales. Lorsque le débiteur exercera une profession libérale, l'ordre professionnel ou l'autorité compétence dont, le cas échéant, il relève, pourra saisir le ministère public afin de demander la désignation d'administrateurs et de mandataires judiciaires supplémentaires.

Enfin, le **débiteur** pourra saisir le tribunal afin de lui demander le remplacement de l'administrateur ou de l'expert tandis qu'est réservée aux **créanciers** la possibilité de demander le remplacement du mandataire judiciaire.

Toutes ces solutions, que le projet de loi confirme, apparaissent de bonne logique.

Reste le cas du représentant des salariés. Là encore, la solution la plus logique est confirmée : son éventuel remplacement reste du ressort du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel ou, à défaut, des salariés de l'entreprise.

A cet article, la commission a adopté un **amendement** prévoyant que lorsque le débiteur est immatriculé au répertoire des métiers, la chambre de métiers et de l'artisanat dont il dépend peut saisir le ministère public aux fins du remplacement de l'administrateur judiciaire, de l'expert ou du mandataire judiciaire.

L'article L. 621-6, tel qu'il a été adopté par l'Assemblée nationale, permet à l'ordre professionnel dont relève un débiteur appartenant à une profession libérale de saisir le ministère public aux fins du remplacement de l'administrateur judiciaire, de l'expert ou du mandataire judiciaire.

Lorsque le débiteur est un artisan, le projet d'amendement vous propose de prévoir que la chambre de métiers et de l'artisanat disposera du même pouvoir.

(Article L. 621-8 du code de commerce) -

Faculté de désigner un technicien assistant

L'article 20 du projet de loi propose de compléter l'actuel dispositif relatif à la mission du juge-commissaire, en énonçant la faculté pour ce dernier de désigner, si nécessaire, un technicien en vue d'une mission qu'il détermine.

L'actuel article L. 621-12 (que le projet de loi a renuméroté L. 621-8) dispose que le juge-commissaire est chargé de veiller au déroulement rapide de la procédure et à la protection des intérêts en présence.

La possibilité de désigner des techniciens pour effectuer un certain nombre de tâches d'expertise a été reconnue par la jurisprudence. Le problème a pu se poser de savoir si les experts désignés n'allaient pas empiéter sur les missions des administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires.

L'actuel article L. 621-8 du code de commerce prévoit que seul l'administrateur peut demander au tribunal la désignation d'un ou plusieurs experts.

Le projet de loi a choisi de consacrer la liberté du tribunal en distinguant :

– la faculté pour le tribunal de désigner un ou plusieurs **experts** (nouvel article L. 621-4) ;

– la faculté pour le juge-commissaire de désigner, si nécessaire, un **technicien** en vue d'une mission qu'il détermine (nouvel article L. 621-8).

A cet article, la commission a adopté un **amendement** prévoyant que lorsque le débiteur est immatriculé au répertoire des métiers, la chambre de métiers et de l'artisanat dont il dépend est d'office contrôleur.

Il s'agit, là encore, de donner à l'artisan la possibilité de bénéficier, comme le professionnel libéral, de l'assistance de la chambre de métiers dont il dépend.

Selon le texte adopté par l'Assemblée nationale, parmi les organes de la procédure désignés par le tribunal, au moment de l'ouverture de la procédure collective, il peut y avoir cinq contrôleurs dont nécessairement un représentant de l'ordre professionnel lorsque le débiteur est un professionnel libéral.

Le projet d'amendement prévoit que lorsque le débiteur sera un artisan, un des contrôleurs sera nécessairement un représentant de la chambre

de métiers.

Article 21 -

(Articles L. 621-9, L. 621-10 et L. 621-11 du code de commerce) -

Désignation et mission des contrôleurs

L'article 21 du projet de loi insère dans le code de commerce, trois nouveaux articles concernant le régime juridique des contrôleurs (articles L. 621-9 et L. 621-10) et la conversion de la sauvegarde en redressement judiciaire en cas de cessation des paiements (article L. 621-11).

Les articles L. 621-9 et L. 621-10 reprennent, en les modifiant, des dispositions actuellement prévues par l'article L. 621-13 du code de commerce.

A l'instar du droit en vigueur, le projet d'article L. 621-9 dispose d'abord, que le juge-commissaire désigne un à cinq contrôleurs parmi les créanciers qui lui en font la demande. Lorsqu'il désigne plusieurs contrôleurs, il veille à ce qu'au moins l'un d'entre eux soit choisi parmi les créanciers titulaires de sûreté et qu'un autre soit choisi parmi les **créanciers chirographaires**.

Élargissant le champ des incompatibilités du droit en vigueur, le deuxième alinéa énonce qu'aucun parent ou allié jusqu'au quatrième degré inclusivement du chef d'entreprise ou des dirigeants de la personne morale *ni aucune personne détenant directement ou indirectement tout ou partie du capital de la personne morale débitrice ou dont le capital est détenu en toute ou partie par cette même personne*, ne peut être nommé contrôleur ou représentant d'une personne morale désignée comme contrôleur.

Il s'est agi pour les auteurs de la réforme d'étendre le régime des incompatibilités aux actionnaires (même minoritaires) de la société concernée par la procédure ainsi qu'à ses filiales.

Tirant à nouveau la conséquence de l'extension des procédures aux professions indépendantes dont les professions libérales, le troisième alinéa du texte proposé pour l'article L. 621-9 dispose que lorsque le débiteur exercera une profession libérale, l'ordre professionnel ou l'autorité compétente, dont, le cas échéant, il relève, **sera d'office contrôleur**. Dans ce cas, le juge

commissaire ne pourra désigner librement plus de quatre contrôleurs.

Le dernier alinéa du texte proposé rappelle que la responsabilité des contrôleurs ne sera engagée qu'en cas de faute lourde. Il pourra, alors, se faire représenter par l'un de ses préposés ou par ministère d'avocat. Tout créancier nommé contrôleur peut être révoqué par le tribunal à la demande du *ministère public*.

Ces nouvelles dispositions renforcent le rôle du ministère public puisque c'est à sa demande que les contrôleurs pourront désormais être révoqués. Dans le droit en vigueur (article L. 621-13), cette révocation par le tribunal n'est possible que sur proposition du *juge-commissaire ou du représentant des créanciers*.

Reprenant, pour l'essentiel, les dispositions actuelles, le texte proposé pour l'article L. 621-10 traite de la mission confiée aux contrôleurs et de leur accès à l'information. Il précise ainsi que les contrôleurs assistent le mandataire judiciaire dans ses fonctions et le juge-commissaire dans sa mission de surveillance de l'administration de l'entreprise. Ils peuvent prendre connaissance de tous les documents transmis à l'administrateur et au mandataire judiciaire.

Le texte actuel soumettait les contrôleurs au secret professionnel sous les peines prévues au code pénal. Le projet de loi lui préfère l'obligation civile de confidentialité.

Le projet de loi énonce, enfin, que les fonctions de contrôleur sont gratuites.

Le texte proposé pour l'article L. 621-11 concerne la conversion de la procédure de sauvegarde en redressement judiciaire en cas de cessation des paiements.

Selon le texte proposé, s'il apparaît après l'ouverture de la procédure, que le débiteur était déjà en cessation des paiements (**situation incompatible avec la nouvelle procédure de sauvegarde**) au moment du prononcé du jugement, le tribunal la constate et en fixe la date. Il convertit la procédure de sauvegarde en une procédure de redressement judiciaire.

Si nécessaire, il pourra modifier la durée de la période d'observation restant à courir : par cette disposition, l'Assemblée nationale a résolu la question de savoir si la période d'observation entamée de la procédure interrompue de sauvegarde devait s'imputer sur celle de la procédure de redressement judiciaire.

Le texte adopté répond par l'affirmative tout en laissant au tribunal la faculté de modifier la durée de la période d'observation restant à courir.

Le projet de loi dispose, enfin, que le tribunal est saisi par l'administrateur, le mandataire judiciaire ou le ministère public. Il peut également se saisir d'office. Il se prononce après avoir entendu ou dûment appelé le débiteur.

Votre commission a adopté cet article sans modification.

Article 25 -
(Article L. 622-6 du code de commerce) -

Inventaire des biens du débiteur

L'inventaire des biens du débiteur est actuellement prévu par l'article L. 621-18 du code de commerce selon lequel il est procédé à l'inventaire des biens de l'entreprise dès l'ouverture de la procédure. L'absence d'inventaire ne fait pas obstacle à l'exercice des actions en revendication ou en restitution.

L'actuel L. 621-45 dispose, pour sa part, que le débiteur remet au représentant des créanciers la liste certifiée de ses créanciers et du montant de ses dettes.

Ces dispositions n'étaient, évidemment, applicables qu'au redressement judiciaire.

Le texte proposé pour le nouvel article L. 622-6 du code de commerce complète le dispositif existant tout en renforçant le rôle de l'administrateur judiciaire.

Aux termes de ce texte, en effet, dès l'ouverture de la procédure, il est dressé un inventaire du patrimoine du débiteur *ainsi que des garanties qui le grèvent*. Cet inventaire, *remis à l'administrateur* ou au mandataire judiciaire, est complété par le débiteur par la mention des biens qu'il détient notamment en dépôt, en location ou en crédit bail et sous réserve de propriété.

Le texte ajoute que les meubles meublants situés au domicile du

débiteur, personne physique commerçante ou personne physique immatriculée au répertoire des métiers ou exerçant une activité professionnelle agricole, sont exclus d'inventaire.

Le débiteur remet à *l'administrateur* et au mandataire judiciaire la liste certifiée de ses créances, du montant de ses dettes et des principaux contrats en cours ; il les informe des instances en cours auxquelles il est partie.

Les auteurs du projet de loi ont entendu faciliter la réalisation d'un inventaire complet des biens du débiteur, y compris les biens qu'il détient sans en être le propriétaire afin de faciliter les actions en revendication.

Le quatrième alinéa du texte proposé pour l'article L. 622-6 institue, au bénéfice de l'administrateur ou à défaut, du mandataire judiciaire, un droit à obtenir communication des renseignements relatifs à la situation patrimoniale de l'entreprise nonobstant toute règle de secret professionnel.

Il dispose ainsi que l'administrateur judiciaire (ou, s'il n'en a pas été nommé, le mandataire judiciaire) pourra, nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire, obtenir communication par les administrations et organismes publics, les organismes de prévoyance et de sécurité sociale, les établissements de crédit ainsi que les services chargés de centraliser les risques bancaires et les incidents de paiement des renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation patrimoniale du débiteur.

Le texte ajoute –cinquième alinéa– que lorsque le débiteur exercera une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire, l'inventaire sera dressé en présence d'un représentant de l'ordre professionnel dont il relève.

Mesure spécifique de protection : le projet initial prévoit qu'en aucun cas l'inventaire ne pourra porter atteinte au secret professionnel si le débiteur y est soumis.

Reprenant, enfin, une disposition en vigueur, le texte proposé pour le septième alinéa énonce que l'absence d'inventaire ne fait pas obstacle à l'exercice des actions en revendication ou en restitution.

Les conditions d'application du nouvel article L. 622-6 seront fixées par un décret en Conseil d'Etat.

A cet article, la commission a adopté un **amendement** prévoyant que lorsque le débiteur est immatriculé au répertoire des métiers, l'inventaire est dressé en présence d'un représentant de la chambre de métiers et de l'artisanat dont il dépend.

Cet amendement vise à harmoniser la situation de l'artisan avec celle du professionnel libéral. En effet, lorsque le débiteur est membre d'une profession libérale, l'ordre professionnel dont il relève est représenté lors de l'inventaire de ses biens.

Il apparaît normal que lorsque le débiteur est un artisan, un représentant de la chambre de métiers et de l'artisanat soit aussi présent.

Article 34 -

(Article L. 622-15 du code de commerce) -

Ordre de paiement des créances

L'article L. 622-15, proposé par le projet de loi, reprend des dispositions de l'actuel article L. 621-32 en ce qui concerne les créances dites de la procédure.

Ce texte énonce que les créances nées régulièrement, après le jugement d'ouverture, pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur, pour son activité, pendant cette période, sont payées à leur échéance.

Lorsqu'elles ne sont pas payées à l'échéance, ces créances sont payées par privilège à toutes les autres créances, assorties ou non de privilèges ou sûretés, à l'exception d'un certain nombre d'autres créances garanties par le code du travail et de celles qui sont garanties par le « privilège de l'argent frais » (dans le cadre d'une procédure antérieure de conciliation) dans les conditions précisées lors de l'examen de l'article 8 du projet de loi.

L'ordre de paiement préférentiel est le suivant :

- les créances salariales ;
- les frais de justice ;
- les prêts consentis par les établissements de crédit ainsi que les créances résultant de l'exécution des contrats pendant la période d'observation.

A cet article, la commission a adopté un **amendement** étendant aux prêts autres que ceux consentis par les établissements de crédit, le bénéfice du classement avantageux prévu par l'article L. 622-15.

Une telle restriction ne paraît plus avoir de justification. Durant la période d'observation, d'autres personnes que les établissements de crédit (associés, entourage...) peuvent accorder des prêts à l'entreprise.

Article 68 -
(Article L. 626-1 du code de commerce) -

Définition du plan de sauvegarde

Le nouvel article L. 626-1 du code de commerce, proposé par le projet de loi, institue le plan de sauvegarde qui conclut, en cas de succès, la période d'observation de la procédure dite de sauvegarde.

Aux termes du premier alinéa du texte proposé, à l'issue de la période d'observation, **lorsqu'il existe une possibilité sérieuse pour l'entreprise d'être sauvegardée**, le tribunal arrête, dans ce but, un **plan**.

Le texte ajoute que ledit plan pourra comporter, s'il y a lieu, **l'arrêt, l'adjonction** ou la **cession d'une ou plusieurs activités**.

Ainsi, le plan de sauvegarde peut modifier le **périmètre d'activité** de l'entreprise conformément à l'objectif de réorganisation prévue dans la définition même de la procédure de sauvegarde.

Relevons, toutefois, que le plan de sauvegarde a pour vocation essentielle de préciser les modalités de règlement du passif et les garanties éventuelles que le chef d'entreprise doit souscrire pour en assurer l'exécution conformément au nouvel article L. 626-1-1 du code de commerce.

Néanmoins, s'il y a cession d'une ou de plusieurs activités, les dispositions applicables seront celles que prévoit la section I du chapitre II du titre IV. Il s'agit de la section relative à la **cession de l'entreprise** dans le chapitre relatif à la **réalisation de l'actif** du titre IV relatif à la **liquidation judiciaire**.

Au cas où il n'existe pas de possibilité sérieuse pour l'entreprise d'être sauvegardée, le tribunal dispose de trois possibilités conformément aux dispositions de l'article L. 622-10-1 :

- ordonner la cessation partielle de l'activité ;
- convertir la procédure en un redressement judiciaire si les

conditions en sont réunies ;

– prononcer la liquidation judiciaire si les conditions en sont réunies.

Relevons, par ailleurs, que l'Assemblée nationale a utilement levé une ambiguïté en modifiant la rédaction de l'article L. 623-1, tel que le proposait le projet de loi initial.

Celui-ci prévoyait qu'au vu du bilan économique et social de l'entreprise, l'administrateur judiciaire peut proposer soit un plan de sauvegarde soit, si les conditions en étaient remplies, la liquidation judiciaire.

La solution du redressement judiciaire pouvait alors apparaître comme exclue.

A l'issue du vote des députés (qui ont proposé, pour l'article L. 623-1 une rédaction prévoyant l'application des dispositions de l'article L. 622-10-1 qui ouvre les trois options), la question est désormais clarifiée.

Le texte proposé pour l'article L. 626-1 du code de commerce, tel qu'adopté par l'Assemblée nationale, dispose, enfin, que le mandataire judiciaire exercera les **missions confiées au liquidateur** par les dispositions précitées de la section 1 du chapitre II du titre IV du code de commerce.

Cette disposition apparaît de bonne logique.

<p>La commission vous propose d'adopter cet article sans modification.</p>

Article 92 -

(Articles L. 626-26 à L. 626-32 du code de commerce)-

Comités des créanciers

Le « Chapter 11 » américain prévoit la création, par le tribunal, de « comités de créanciers » (dont un comité représentant les créanciers chirographaires) chargés de négocier un plan de réorganisation avec le débiteur dans le cadre d'une procédure collective.

L'article 92 du projet de loi s'inspire de ces dispositions dans la procédure de sauvegarde ainsi que dans celle du redressement judiciaire.

Sept nouveaux articles sont ainsi insérés dans le code de commerce : les articles L. 626-26 à L. 626-32.

L'article L. 626-26 dispose que 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 certains seuils fixés par décret en Conseil d'Etat, seront soumis aux dispositions sur les comités de créanciers.

Dans le projet de loi initial, ce régime n'était applicable qu'aux débiteurs dont les comptes étaient *certifiés par un commissaire aux comptes*.

L'Assemblée nationale n'a pas souhaité lier l'intervention obligatoire des comités de créanciers à la présence légale des commissaires aux comptes.

Le texte proposé pour l'article L. 626-26 énonce, aussi, qu'à la demande du débiteur ou de l'administrateur, le juge commissaire pourra autoriser la création des comités **en deçà des seuils fixés par voie réglementaire**.

Le principe est donc clairement établi : la création des comités de créanciers devrait constituer désormais la règle, l'absence desdits comités l'exception.

Le texte proposé pour l'article L. 626-27 du code de commerce énonce que les établissements de crédit et les principaux fournisseurs de biens ou de services seront réunis en deux **comités de créanciers** par l'administrateur judiciaire.

Les députés ont utilement complété le dispositif initial en prévoyant que cette mise en place interviendra dans **un délai de trente jours à compter du jugement d'ouverture de la procédure**.

Ils ont encore précisé que *les fournisseurs de biens ou de services, lorsque leurs créances représenteront plus de 10 % du total des créances des fournisseurs, seront membres de droit du comité des principaux fournisseurs*.

Le projet de loi ajoute que dans un délai de deux mois (renouvelable une fois par le juge-commissaire à la demande du débiteur ou de l'administrateur) à partir de leur constitution, le débiteur présentera aux comités des propositions en vue d'élaborer un projet de plan qui pourra notamment prévoir de nouveaux crédits, avances ou apports.

Les députés ont prévu, en outre, que le projet de plan pourra

comporter des propositions de *conversion de créances*.

Le projet de loi précise, ensuite, les modalités d'adoption par le tribunal des conclusions des comités. Il dispose, à cet effet, qu'après discussion avec le débiteur et l'administrateur judiciaire, les comités se prononceront sur le projet de plan, le cas échéant modifié, au plus tard dans un *délai de trente jours* après la transmission des propositions du débiteur.

La décision sera prise par chaque comité à une **double majorité qualifiée** de ses membres : en l'occurrence, la *majorité de ses membres* représentant au moins les *deux tiers du montant des créances* de l'ensemble des membres du comité.

Le montant des créances est celui qui a été indiqué par le débiteur et certifié par son ou ses commissaires aux comptes, ou, lorsqu'il n'en a pas été désigné, établi par son expert comptable.

Dans un souci de simplification, l'Assemblée nationale a indiqué que lorsque le montant de la créance déclaré par **l'un des membres d'un comité**, correspond au montant indiqué par le débiteur, il ne sera pas procédé à sa vérification.

L'arrêté du plan vaudra alors admission de la créance.

Le nouvel article L. 626-28 précise que lorsque le projet de plan aura été adopté par les comités, conformément aux dispositions de l'article précédent, le tribunal s'assurera que *les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés*. Le texte ajoute que dans ce cas, le tribunal arrêtera le plan conformément au projet adopté et selon les modalités prévues à la section 2 du chapitre VI (procédure et déroulement de l'audience, nomination des personnes chargées d'exécuter le plan, opposabilité dudit plan, paiement des dividendes...).

Le texte ajoute que la décision du tribunal rendra applicables à tous les membres des deux comités, les propositions acceptées par chacun de ceux-ci.

De fait, le tribunal n'aura que deux options : soit accepter le projet de plan dans toutes ses dispositions, soit le rejeter sans possibilité de modification.

Le nouvel article L. 626-29 a trait à la consultation des créanciers obligataires. Il rappelle, en fait, les dispositions en vigueur précisées, notamment, par l'article L. 288-65 du code de commerce.

Selon le texte proposé, lorsqu'il existe des obligataires, le débiteur ou l'administrateur judiciaire convoquera le représentant de la masse *dans un délai de quinze jours* (précision utile insérée à l'initiative des députés) à compter de la transmission aux comités du projet de plan afin de le leur exposer.

Le texte ajoute que les représentants de la masse convoqueront ensuite une assemblée générale des obligataires, *dans un délai de quinze jours* (autre précision de l'Assemblée nationale) afin de délibérer sur ce projet dans les conditions prévues à l'article 228-65 du code de commerce.

En cas de carence ou d'absence des représentants de la masse, dûment constatée par le juge-commissaire, c'est l'administrateur qui convoquera l'assemblée générale des obligataires.

L'Assemblée nationale a encore précisé que *la délibération pourra porter sur un abandon total ou partiel des créances obligataires*.

Cet objet ne figure pas explicitement dans la liste des propositions pouvant faire l'objet d'une délibération aux termes de l'article L. 228-65 du code de commerce. Selon celui-ci, l'assemblée générale délibère notamment :

- sur toute proposition relative à la modification de l'objet ou de la forme de la société ;
- sur toute proposition de compromis ou de transaction en cas de litige ;
- sur les propositions de fusion ou de scission ;
- sur toute proposition relative à l'émission d'obligations comportant un droit de préférence ;
- enfin, sur toute proposition relative à l'abandon total ou partiel des garanties bénéficiant aux obligataires.

Le nouvel article L. 626-30 concerne la consultation des créanciers non membres des comités. Le texte proposé précise que ces derniers seront consultés selon les dispositions des articles L. 626-4 à L. 626-4-2 (le mandataire judiciaire recueille individuellement ou collectivement l'accord de chaque créancier qui a déclaré sa créance sur les délais et remises qui lui sont proposés) sous réserve que ce sera *l'administrateur judiciaire* –et non plus le *mandataire judiciaire*– qui sera désormais chargé de la consultation.

Le texte proposé pour l'article L. 626-30 précise, enfin, que les dispositions du plan concernant les créanciers **qui ne sont pas membres des**

comités seront arrêtées selon les dispositions des articles L. 626-9 et L. 626-15 à L. 626-17 : il s'agit des règles relatives à la consultation individuelle des créanciers qui prévoit notamment l'imposition, par le tribunal, de délais uniformes avec une durée limitée à dix ans et des contraintes d'échéancier.

Le nouvel article L. 626-31 du code de commerce traite du cas où la procédure échoue :

– soit parce qu'un comité (ou les deux) ne parvient à prendre une décision dans les conditions et délais légaux ;

– soit parce que l'un des comités (ou les deux) a refusé les propositions et n'a pu les modifier dans le délai légal ;

– soit parce que le tribunal a jugé que le projet de plan ne protégeait pas suffisamment les intérêts des créanciers non membres des comités ou minoritaires dans lesdits comités.

Dans ces cas, précise le texte, la procédure sera reprise dans les conditions du droit commun (section 2 du chapitre VI), en l'absence de comités de créanciers.

L'Assemblée nationale a complété le texte en prévoyant le cas où l'échec de la procédure est le fait du débiteur qui n'a pas présenté aux comités ses propositions de plan dans les délais légaux. Dans cette hypothèse, la procédure sera reprise selon les modalités précisées plus haut.

Enfin, le nouvel article L. 626-32 dispose qu'un décret en Conseil d'Etat déterminera les conditions d'application des dispositions précédentes en ce qui concerne notamment les modalités de réunion des comités de créanciers ainsi que le régime des délais prévus par les articles L. 626-27 et L. 626-31.

A cet article, la commission a adopté un **amendement** prévoyant que les comités de créanciers se prononceront après avoir recueilli l'avis du mandataire judiciaire.

La réforme a fait le choix de maintenir ce mandataire de justice, représentant l'intérêt collectif des créanciers, dans les nouvelles procédures.

Il paraît, en conséquence, logique de lui permettre de donner son avis

sur le projet de plan.

Tel est l'objet de l'amendement proposé.

CHAPITRE IV -

Dispositions relatives à la liquidation judiciaire

Article 120 -

(Article L. 641-13 du code de commerce) -

Ordre de paiement des créances

Le texte proposé par le projet de loi pour le nouvel article L. 641-13 du code de commerce concerne les créances nées régulièrement après le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire, pour les besoins du déroulement de la procédure, pour les besoins, le cas échéant, de la période d'observation antérieure ou en raison d'une prestation fournie au débiteur pour son activité postérieure au jugement.

Le dispositif prévoit leur ordre de paiement selon les mêmes règles que celles fixées par l'article L. 622-15 (article 34 du projet de loi) en ce qui concerne la procédure de sauvegarde et de redressement judiciaire.

A cet article, la commission a adopté un **amendement** de conséquence par rapport à l'amendement présenté à l'article 34.

CHAPITRE V -

Des responsabilités et sanctions

Article 152 -

(Article L. 653-5 du code de commerce) -

Cas généraux de faillite personnelle

Le texte proposé pour le nouvel article L. 653-5 du code de commerce prévoit que le tribunal peut prononcer la faillite personnelle d'un débiteur contre lequel a été relevé un certain nombre de faits et notamment **celui d'avoir omis de faire, dans le délai de 45 jours, la déclaration de cessation des paiements, sans avoir, par ailleurs, demandé l'ouverture d'une procédure de conciliation.**

A cet article, la commission a adopté un **amendement** supprimant la sanction de faillite personnelle dans le cas précité.

La sanction, par la faillite personnelle, de cette négligence apparaît excessive. Les conséquences patrimoniales de la faillite personnelle sont en effet très lourdes pour les débiteurs lorsqu'ils exercent sous la forme individuelle. Une sanction du défaut de cette obligation est indispensable mais l'interdiction de gérer semble plus adaptée à ce qui peut n'être souvent qu'un défaut de vigilance.

Article 154 -

(Article L. 653-8 du code de commerce) -

Interdiction de gérer

Le texte proposé pour l'article L. 653-8 prévoit que le tribunal peut prononcer, à la place de la faillite personnelle, l'interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, soit toute entreprise commerciale ou artisanale, toute exploitation agricole et toute personne morale, soit une ou plusieurs de celles-ci.

A cet article, la commission a adopté un **amendement** prévoyant que l'interdiction de gérer pourra être prononcée à l'encontre du chef d'entreprise qui a omis de faire, dans le délai de quarante-cinq jours, la déclaration de cessation des paiements, sans avoir, par ailleurs, demandé l'ouverture d'une procédure de conciliation.

Cet amendement est un amendement de conséquence par rapport à l'amendement présenté à l'article 152.

CHAPITRE VI -

Dispositions générales de procédure

*Article additionnel après l'article 176 bis -
(Article L. 811-11 du code de commerce) -*

Régime d'inspection et de contrôle des administrateurs judiciaires

Après l'article 176 bis, la commission a adopté, par **amendement**, un article additionnel complétant l'article L. 811 11 du code de commerce (régime d'inspection et de contrôle des administrateurs judiciaires) par un dispositif selon lequel la Caisse des dépôts et consignations sera tenue, sans pouvoir opposer le secret professionnel, de déférer aux demandes des personnes chargées de l'inspection ainsi qu'à celles du conseil national des administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires, tendant à la communication de tout renseignement et document utile à la connaissance des mouvements de fond intervenus sur les comptes ouverts dans ses livres au nom de chaque administrateur judiciaire ou mandataire judiciaire et de sommes qui sont déposées au titre des mandats sur lesquels porte l'inspection ou le contrôle.

Le présent amendement a pour projet d'accélérer la répartition des fonds détenus par les administrateurs et mandataires judiciaires ainsi que la clôture des procédures.

Les inspections et les contrôles auxquels les administrateurs et les mandataires judiciaires sont soumis doivent pouvoir porter sur l'évolution du montant de ces fonds à la Caisse des dépôts. Le secret bancaire fait aujourd'hui obstacle au recueil de tels renseignements. Il s'agit de lever ce secret au bénéfice des magistrats chargés de l'inspection et du conseil national des administrateurs et des mandataires chargé des contrôles.

Sous le bénéfice de ces observations et sous réserve des amendements présentés, la commission des affaires économiques a émis un avis favorable à l'adoption du projet de loi de sauvegarde des entreprises.