



LES DOCUMENTS DE TRAVAIL DU SÉNAT

Série LÉGISLATION COMPARÉE

LA SAUVEGARDE DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

n° LC 135

Juin 2004

LA SAUVEGARDE DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

Sommaire

	Pages
NOTE DE SYNTHÈSE	5
DISPOSITIONS NATIONALES	
États-Unis	13
Allemagne	21
Australie	29
Canada	37
Espagne	45
Grande-Bretagne.....	51
Nouvelle-Zélande	59
Pays-Bas	65

LA SAUVEGARDE DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

Le projet de loi de sauvegarde des entreprises, présenté en conseil des ministres le 12 mai 2004 et déposé à l'Assemblée nationale, tend à modifier le régime français des procédures collectives. Il prévoit notamment **l'introduction d'une nouvelle procédure, la « sauvegarde »**.

Tout débiteur « *qui justifie de difficultés susceptibles de conduire à la cessation des paiements* » pourrait y recourir. L'ouverture de cette nouvelle procédure aurait donc lieu **avant la cessation des paiements**, alors que l'ouverture de la procédure actuelle du redressement judiciaire requiert la cessation des paiements.

Comme le redressement judiciaire, la sauvegarde serait mise en œuvre lorsque la **poursuite de l'activité économique** paraît envisageable. Toutefois, à la différence du redressement judiciaire, la nouvelle procédure exclut la cession globale des activités.

De manière classique, l'ouverture de la nouvelle procédure entraînerait la suspension des poursuites, mais **le chef d'entreprise continuerait à exercer ses fonctions**. Il serait assisté d'un administrateur judiciaire qui l'aiderait à élaborer un **plan de sauvegarde**, lequel pourrait inclure diverses mesures : remise de dettes, moratoire, réorganisation de l'entreprise, recapitalisation...

Dans les entreprises les plus importantes – un décret en Conseil d'État devant déterminer les seuils –, les établissements financiers et les principaux fournisseurs seraient réunis en **deux comités des créanciers**, qui participeraient à l'élaboration du plan, tandis que les autres créanciers seraient consultés. Dans les autres entreprises, l'institution des comités de créanciers serait facultative.

Les deux comités se prononceraient sur le plan, dont l'approbation serait subordonnée à l'obtention d'une double majorité dans chacun d'entre eux : la moitié du nombre des créanciers et les deux tiers du montant. Ensuite, le plan serait soumis à **l'homologation du tribunal**, qui veillerait notamment au respect des droits de tous les créanciers.

En cas d'échec des négociations avec les créanciers ou de rejet du plan par le tribunal, la procédure de redressement judiciaire serait engagée.

La procédure de la sauvegarde est présentée comme étant inspirée de la procédure américaine de réorganisation, dite du chapitre 11. Il a donc paru opportun d'analyser cette dernière, avant d'étudier les autres dispositifs étrangers similaires.

Cinq pays anglo-saxons ont été choisis : non seulement **les États-Unis, mais aussi l'Australie, le Canada, la Grande-Bretagne et la Nouvelle-Zélande**. En effet, le droit britannique de la faillite, traditionnellement très favorable aux créanciers et donc aux antipodes du droit américain, a été réformé à plusieurs reprises depuis 1986, afin de faciliter le redressement des entreprises viables. Par ailleurs, l'absence de « modèle » anglo-saxon justifie l'examen des dispositions australiennes, canadiennes et néo-zélandaises.

Trois pays d'Europe continentale ont également été retenus : **l'Allemagne, dont la récente réforme des procédures collectives s'inspire ouvertement de la législation américaine, ainsi que l'Espagne et les Pays-Bas**, l'échec des procédures traditionnelles de redressement ayant conduit ces deux pays à entreprendre une réforme de leur droit des procédures collectives. La réforme espagnole entrera en vigueur le 1^{er} septembre 2004, tandis que le Parlement néerlandais examine depuis plusieurs mois un projet de loi de modification de la loi sur la faillite.

Pour chacun des huit pays étudiés, deux points ont été successivement examinés :

– **les critères d'ouverture des différentes procédures collectives ;**

– **les principales caractéristiques du dispositif comparable à la réorganisation américaine**, par rapport aux traits les plus significatifs de celle-ci, c'est-à-dire la **suspension immédiate des poursuites, l'administration par le débiteur** et les prérogatives données au débiteur et au tribunal dans l'établissement du **plan de redressement**, puisque le premier dispose d'un **droit exclusif de proposition** en début de procédure et que le second a la possibilité d'**imposer le plan aux créanciers dissidents**.

Ce parti pris justifie que les procédures retenues ne soient pas exposées dans le détail et que le traitement réservé aux différentes catégories de créanciers – variables d'un pays à l'autre – ne soit pas systématiquement présenté.

Compte tenu de l'important mouvement de réforme constaté dans les pays étudiés, on a, dans la présente note, choisi de mettre l'accent sur les changements qui ont eu lieu au cours des dernières années ou qui sont attendus.

Il apparaît que :

– **afin de faciliter la sauvegarde des entreprises en difficulté, tous les pays étudiés ont réformé leurs procédures collectives au cours des dernières années ou s'appêtent à le faire ;**

– **toutes les réformes visent à intégrer des éléments caractéristiques du chapitre 11 américain dans les différentes législations nationales.**

1) Afin de faciliter la sauvegarde des entreprises en difficulté, tous les pays étudiés ont réformé leurs procédures collectives au cours des dernières années ou vont le faire

Les réformes ont déjà eu lieu en Allemagne, au Canada, en Espagne et en Grande-Bretagne. En Australie et en Nouvelle-Zélande, les dispositions de la loi sur les sociétés relatives aux procédures collectives ont été modifiées au début des années 90, mais elles devraient l'être à nouveau prochainement. En revanche, la réforme attendue depuis plusieurs années n'a pas encore eu lieu aux Pays-Bas, où le Parlement examine actuellement un projet de modification de la loi sur la faillite.

Si tous les changements sont menés pour faciliter la sauvegarde des entreprises en difficulté, cet objectif n'est pas nécessairement exclusif, et l'ampleur des réformes est très variable.

a) L'Allemagne et l'Espagne ont remplacé leurs anciennes dispositions par de nouveaux textes

L'Allemagne et l'Espagne ont substitué un nouveau texte aux anciennes dispositions régissant les procédures collectives, qui remontaient pour la plupart au XIX^e siècle. Dans les deux cas, la réforme, rendue nécessaire par l'archaïsme et la dispersion des normes auparavant en vigueur, a également été motivée par le besoin de disposer d'une procédure de redressement efficace.

Bien que les nouvelles lois allemande et espagnole s'efforcent de créer un cadre favorable à la sauvegarde des entreprises, la satisfaction des créanciers constitue leur but premier.

Dans chacun des deux pays, la nouvelle loi remplace les deux procédures antérieures de redressement et de liquidation par une procédure unique pouvant aboutir soit à la poursuite de l'activité de l'entreprise soit à la

liquidation. En Espagne, la nouvelle procédure se conclut en principe par un concordat entre le débiteur et les créanciers, car la liquidation judiciaire constitue seulement une solution subsidiaire. En revanche, en Allemagne, le « plan de résorption de l'insolvabilité », procédure présentée comme directement inspirée du chapitre 11 américain, reste une solution dérogatoire par rapport à la liquidation.

La loi allemande, adoptée en octobre 1994, est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1999, tandis que la loi espagnole, adoptée en juillet 2003, entrera en vigueur le 1^{er} septembre 2004.

b) La Grande-Bretagne et l'Australie ont instauré de nouvelles procédures, qui facilitent la sauvegarde de l'entreprise, tandis que la Nouvelle-Zélande envisage de s'inspirer de l'exemple australien

Jusqu'à l'adoption de la loi de 1986 sur l'insolvabilité, le droit anglais des procédures collectives organisait principalement la liquidation. Avec la loi de 1986, deux nouvelles procédures, l'« arrangement volontaire » et l'« administration », ont vu le jour. Grâce à la première, les entreprises qui ont des difficultés financières peuvent négocier avec leurs créanciers un compromis adapté aux circonstances. L'administration, quant à elle, permet de confier temporairement la gestion de l'entreprise à un administrateur extérieur, qui étudie les solutions possibles, parmi lesquelles l'arrangement volontaire. Depuis leur introduction, les deux procédures de l'arrangement volontaire et de l'administration ont été modifiées, de façon à faciliter le redressement des entreprises viables. Ainsi, **la dernière réforme de l'administration, adoptée en 2002, hiérarchise les objectifs de la procédure : la loi énonce explicitement que la survie de l'entreprise en constitue le but premier.**

L'Australie, où les entreprises en difficulté ont traditionnellement la possibilité de conclure avec les créanciers un accord, qui doit être homologué par le tribunal pour devenir exécutoire, **a introduit en 1993 une procédure d'administration, dite « administration volontaire ».** Depuis lors, la plupart des redressements s'effectuent grâce à cette nouvelle procédure.

La Nouvelle-Zélande, après avoir institué en 1993 une procédure permettant aux débiteurs de conclure un **accord avec leurs créanciers en dehors de toute intervention judiciaire, envisage d'adopter un dispositif analogue à l'administration volontaire australienne.** Un avant-projet de loi a du reste été présenté en avril 2004.

c) Les modifications adoptées au Canada ont permis d'améliorer le fonctionnement des procédures de redressement et les changements envisagés en Australie ainsi qu'aux Pays-Bas poursuivent le même but

Au Canada, la loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, qui détermine le cadre dans lequel les entreprises les plus

importantes négocient un plan de restructuration avec les créanciers et qui est souvent considérée comme l'**équivalent du chapitre 11**, a été **réformée en 1997**, tandis que la loi sur la faillite et l'insolvabilité, qui s'applique indépendamment de la taille des entreprises et qui permet d'organiser la sauvegarde ou la liquidation des entreprises, l'a été en 1992 et 1997. Dans les deux cas, les modifications ont consisté en une **amélioration des dispositions régissant la réorganisation**.

Le législateur australien devrait s'engager prochainement dans une voie similaire : la réforme des dispositions relatives aux entreprises en difficulté fait actuellement l'objet de consultations, qui portent particulièrement sur les moyens à mettre en œuvre pour **renforcer l'efficacité de la procédure de l'administration volontaire**.

De même, aux **Pays-Bas**, le **projet de modification de la loi de 1893 sur la faillite** a été déposé à la chambre basse en août 2000. Il **visé à transformer en procédure de réorganisation à part entière le sursis des paiements**, grâce auquel un débiteur peut obtenir du tribunal un délai pour régler ses créanciers.

2) Toutes les réformes visent à intégrer des éléments caractéristiques du chapitre 11 américain

La procédure américaine du chapitre 11 se caractérise principalement par la possibilité qu'elle offre aux débiteurs de s'en prévaloir rapidement, avant même la survenance de la cessation des paiements, par l'immédiateté et l'étendue de la suspension des poursuites qu'elle entraîne, par le fait qu'elle permet au débiteur de continuer à gérer l'entreprise, par l'exclusivité qu'elle accorde au débiteur pour proposer un plan de redressement en début de procédure et par la faculté qu'elle octroie au tribunal d'imposer un plan de redressement aux créanciers dissidents.

Dans les différents pays étudiés, les réformes comportent l'un ou l'autre de ces éléments, même lorsque le législateur n'a pas expressément cherché à greffer les dispositions du chapitre 11 sur le droit national. Du reste, l'analyse des règles américaines semble constituer un préalable à toute modification du droit des entreprises en difficulté, notamment dans les pays anglo-saxons.

a) L'ouverture de la procédure sans attendre la cessation des paiements

Les nouvelles lois allemande et espagnole tendent notamment à **favoriser les ouvertures précoces**.

La loi allemande de 1994 a en effet introduit un nouveau critère d'ouverture de la procédure d'insolvabilité : « l'incapacité de payer imminente »,

dont seul le débiteur peut se prévaloir. De même, la loi espagnole de 2003 permettra au débiteur en état d'insolvabilité « imminente » de présenter au tribunal une demande d'ouverture de la procédure.

De façon similaire, la réforme de l'administration adoptée en Grande-Bretagne en 2002 devrait faciliter le recours rapide à cette procédure, puisque la mise sous administration, possible pour les entreprises insolubles ou susceptibles de le devenir, peut désormais s'effectuer sans qu'une décision du tribunal soit nécessaire.

b) Le caractère immédiat de la suspension des poursuites

En Allemagne, le tribunal peut prendre des mesures conservatoires, parmi lesquelles la suspension des poursuites, et ce avant même de se prononcer sur la recevabilité et sur la validité de la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

La réforme de 1992 de la loi canadienne sur la faillite et l'insolvabilité permet au débiteur insolvable d'**anticiper la suspension des poursuites**. Auparavant accordée automatiquement au moment du dépôt d'une « proposition concordataire », visant à modifier les modalités de remboursement des dettes, la suspension des poursuites peut désormais commencer plus tôt : dès le dépôt par le débiteur d'un avis d'intention de déposer une telle proposition.

En Grande-Bretagne, depuis la réforme de 2000, il est possible d'obtenir une suspension des poursuites dans le cadre d'un arrangement volontaire. Auparavant, cette procédure n'entraînait une suspension des poursuites que si elle était couplée avec une mise sous administration.

c) L'étendue de la suspension des poursuites

La même réforme a introduit au Canada l'**élargissement du champ de la suspension des poursuites à tous les créanciers, y compris aux créanciers disposant d'une garantie**.

De même, le projet de loi néerlandais prévoit d'élargir le champ d'application du sursis des paiements, qui pourrait ainsi devenir opposable aux créanciers privilégiés, ce qui n'est pas le cas actuellement.

d) L'administration par le débiteur

Elle est prévue par la loi espagnole lorsque la procédure a été ouverte à la demande du débiteur. Cependant, ce dernier administre alors l'entreprise sous le **contrôle du collège syndical**, nommé par le tribunal et composé d'un commissaire aux comptes, d'un avocat et d'un représentant des créanciers.

Elle est également prévue par la loi allemande, mais à titre **exceptionnel** : le tribunal l'accepte seulement si le débiteur l'a demandée au moment de l'ouverture de la procédure et s'il est convaincu de la confiance que les créanciers accordent au débiteur. De plus, même lorsqu'il est autorisé à gérer directement l'entreprise, le débiteur est placé sous la surveillance d'un curateur, désigné par le tribunal.

e) Le droit exclusif du débiteur de proposer un plan de redressement en début de procédure

La **loi espagnole** de 2003 a introduit la possibilité pour le **débiteur de proposer un plan de redressement en même temps qu'il demande l'ouverture de la procédure**, et donc sans attendre que le collège syndical publie son rapport sur la situation de l'entreprise, alors que les créanciers doivent attendre ce rapport pour présenter un plan.

De même, **la loi allemande permet au débiteur de proposer un plan dès le dépôt de la demande d'ouverture de la procédure**. En revanche, l'administrateur judiciaire, même s'il propose un plan de son propre chef sans attendre la réunion de l'assemblée des créanciers, doit avant toute chose prendre connaissance de la situation de l'entreprise.

f) L'homologation forcée du plan de redressement

L'homologation forcée du plan est prévue par le **projet de loi néerlandais** : si la majorité requise n'est pas obtenue, le juge-commissaire peut imposer le plan, dans la mesure où trois quarts des créanciers chirographaires ont voté pour et où les opposants ne sont pas défavorisés par le plan.

De façon similaire, en **Allemagne**, où l'adoption du plan requiert l'accord de tous les groupes de créanciers, **la loi considère le plan comme adopté malgré l'opposition d'un groupe si les membres de ce dernier ne sont pas défavorisés par le plan**.

À défaut d'homologation forcée, plusieurs lois récentes prévoient des **règles de majorité assez peu contraignantes**. Ainsi, en Australie, l'adoption d'un plan dans le cadre de la procédure de l'administration volontaire ne requiert qu'un vote à la majorité simple des créanciers, en nombre et en valeur, tandis que la nouvelle loi espagnole dispose qu'une majorité relative suffit pour l'adoption du plan lorsque ce dernier prévoit soit le règlement total des créances ordinaires dans un délai de trois ans soit le règlement immédiat des dettes déjà échues avec une remise inférieure à 20 %. De même, au Canada, la réforme de la loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies adoptée en 1997 a assoupli les règles de majorité et a substitué la règle des deux tiers à celle des trois quarts.

* *

*

L'intégration de dispositions caractéristiques du chapitre 11 américain dans les différentes législations se traduit par une relative convergence de ces dernières. Toutefois, **le modèle américain conserve toute son originalité, en particulier par rapport aux législations des autres pays anglo-saxons**, où les créanciers détenteurs de sûretés continuent, malgré un affaiblissement progressif, à bénéficier d'une situation favorable qui leur permet souvent d'échapper aux contraintes imposées par les plans de redressement.

LA SAUVEGARDE DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

ÉTATS-UNIS

Si les rapports entre créanciers et débiteurs ainsi que les voies d'exécution individuelles sont régis par les lois des États, la Constitution fédérale autorise le Congrès à adopter des « *lois uniformes en matière de faillite* ». Il existe donc **une loi fédérale sur la faillite depuis 1898**.

La loi actuellement en vigueur est **la loi de 1978 sur la faillite**, plusieurs fois amendée depuis son entrée en vigueur, le 1^{er} octobre 1979.

Cette loi a été codifiée et forme le titre 11 du code fédéral. Le titre 11 est divisé en huit chapitres. Les dispositions des chapitres 1, 3 et 5 sont communes à toutes les procédures collectives, tandis que celles des cinq chapitres 7, 9, 11, 12 et 13 s'appliquent aux **deux procédures principales : la liquidation et le redressement**.

Le chapitre 7, relatif à la liquidation judiciaire, est applicable à toutes les personnes physiques et morales de droit privé. En revanche, les procédures de redressement définies par les chapitres 9, 11, 12 et 13 sont respectivement réservées aux collectivités publiques, aux entreprises – y compris individuelles –, aux particuliers et aux agriculteurs.

Les mesures applicables aux sociétés figurent donc essentiellement dans les chapitres 7 et 11. Le chapitre 7 organise la répartition entre les créanciers du produit de la vente des biens du débiteur, tandis que le **chapitre 11 s'applique à la réorganisation, c'est-à-dire à l'accord entre le débiteur et les créanciers sur les modalités de remboursement des dettes. Cet accord ne s'inscrit pas nécessairement dans le cadre d'une réorganisation en profondeur de l'entreprise en vue de son sauvetage, car le plan peut organiser la liquidation et la disparition de l'exploitation.**

1) Les critères de déclenchement des procédures collectives

Les deux procédures de liquidation et de réorganisation peuvent être engagées aussi bien par le débiteur, dans le cadre d'une **faillite volontaire**, que par les créanciers, dans le cadre d'une **faillite involontaire**. En pratique, l'initiative revient au débiteur dans plus de 90 % des cas.

Les critères de déclenchement ne dépendent pas de la procédure choisie, mais du demandeur, qui dépose au tribunal une requête tendant à l'application soit du chapitre 7 soit du chapitre 11.

Comme le droit de la faillite relève du droit fédéral, les tribunaux compétents sont les *district courts*, c'est-à-dire les juridictions civiles fédérales de droit commun au niveau du district, au nombre de 94.

a) La faillite volontaire

La qualité de débiteur est la seule condition requise pour une mise en faillite volontaire. Le code ne subordonne pas l'introduction d'une requête en faillite à l'existence de difficultés financières ou économiques. Il faut seulement que l'entreprise ait des dettes, à l'égard d'un ou plusieurs créanciers.

La seule prise en compte de la qualité de débiteur explique que les tribunaux considèrent comme recevables des demandes émanant d'entreprises financièrement saines.

b) La faillite involontaire

Le code fixe certaines conditions relatives au nombre des créanciers et au montant des créances. Il exige également que **les créanciers** demandant une mise en faillite **apportent la preuve de la dégradation générale de la situation financière du débiteur**, à moins que ce dernier ne conteste pas ses difficultés.

La requête n'est donc acceptée que si le débiteur « *ne paie généralement pas l'ensemble de ses dettes lorsque celles-ci sont échues* ». Cette condition est remplie dès que **l'arrêt des paiements** est établi. La jurisprudence a précisé cette notion, qui est appréciée, selon les circonstances, en fonction de différents critères comme le nombre et le montant des créances impayées, la proportion de dettes impayées, les délais habituels de paiement, etc.

D'après le code, la situation financière dégradée du débiteur peut également résulter de l'existence de **mesures d'exécution**, les créanciers pouvant mettre en avant le fait que, dans les 120 jours précédant leur requête, une procédure de mise sous séquestre ou d'administration contrôlée des biens du débiteur a été déclenchée.

2) Les principales caractéristiques de la réorganisation

a) *La suspension immédiate des poursuites*

Dès qu'une demande de faillite est déposée, il y a, indépendamment de toute décision du tribunal, suspension automatique des poursuites pour les créanciers dont les créances sont nées avant le dépôt de la demande. **La procédure est en effet ouverte dès que la requête est enregistrée**, de sorte que les créanciers l'ignorent généralement pendant plusieurs jours.

Le code définit l'étendue de la suspension. **Le champ d'application de la suspension automatique est très vaste**, de façon à interdire pratiquement toute tentative de recouvrement. Ainsi, le remboursement des emprunts bancaires est arrêté.

Les tribunaux disposent de larges pouvoirs pour faire appliquer la règle : ils peuvent notamment imposer des dommages et intérêts aux personnes qui tentent une action en recouvrement intentionnelle et causent ainsi un préjudice au débiteur. La plupart des violations de la suspension automatique sont réalisées de bonne foi et ne sont sanctionnées que par la nullité de l'acte.

Les créanciers munis de sûretés peuvent cependant demander une levée de la suspension des poursuites. De telles requêtes sont fréquentes en début de procédure, mais les juges ne peuvent les satisfaire que dans certaines conditions, précisées par le code. Ainsi, lorsque les biens concernés sont essentiels à la réorganisation envisagée, la demande des créanciers ne peut pas être acceptée. Les règles de délai sont toutefois assez favorables aux créanciers : la suspension des poursuites cesse trente jours après qu'ils ont déposé une demande d'exemption, à moins que le tribunal n'ait décidé le contraire.

La suspension automatique permet au débiteur non seulement de faire cesser la pression des créanciers, mais aussi de renforcer sa position dans la perspective d'une réorganisation et d'inciter des créanciers à accepter certaines concessions.

La suspension des poursuites ne cesse que lorsque le tribunal clôt la procédure ou rejette la demande de faillite.

b) *L'administration par le débiteur*

Dans la procédure de la liquidation, un administrateur est nommé. En revanche, dans une réorganisation, **le débiteur conserve en principe la gestion de l'entreprise**. Il devient alors *debtor in possession*. Sous ce nouveau titre, il défend l'intérêt collectif des créanciers et exerce les pouvoirs d'un administrateur. Les créanciers peuvent certes demander la désignation d'un administrateur, mais, compte tenu du coût d'une telle opération, c'est surtout en cas de fraude ou d'incompétence que le tribunal opte pour cette solution.

À défaut d'administrateur, le tribunal peut nommer un inspecteur, dont les pouvoirs sont plus limités. En règle générale, l'inspecteur contrôle les actes du débiteur et réalise les opérations que ce dernier n'a pas le droit de faire. La nomination d'un inspecteur ne peut avoir lieu que lorsque le montant total des dettes dépasse 5 000 000 dollars (soit environ 4 200 000 €).

Le débiteur non dessaisi est contrôlé par un ou plusieurs **conseils de créanciers**. Seule, la constitution du conseil des créanciers chirographaires détenteurs des sept créances les plus importantes est obligatoire. Ce conseil détient de larges pouvoirs d'investigation et peut contrôler tous les actes du débiteur. Il participe à l'élaboration du plan et peut recruter des experts, dont les rémunérations sont, dans certaines limites précisées par le code, prises en charge par l'entreprise. Le tribunal peut décider de créer d'autres conseils (représentant les créanciers munis de sûretés, les salariés, les actionnaires...) s'il l'estime nécessaire.

Si le débiteur continue à assumer la gestion courante, les opérations qui ne se situent pas dans « *le cadre ordinaire des affaires* » ne peuvent être conclues qu'avec l'assentiment du tribunal, après que les créanciers ont été entendus. Ainsi, le débiteur peut obtenir seul de nouveaux crédits non garantis destinés à être utilisés dans le cours normal des affaires, mais a besoin de l'accord du tribunal pour obtenir des crédits non garantis à des fins sortant de ce cours normal ou des crédits garantis.

c) Le plan de réorganisation

• L'initiative du plan

Le plan de réorganisation peut être proposé par le débiteur ou par toute autre partie intéressée, mais les règles en vigueur empêchent la mise en concurrence de plusieurs plans. En général, le plan adopté est celui du débiteur.

Le débiteur, même s'il n'est pas à l'origine de la procédure, **a un droit exclusif de proposition pendant les 120 jours qui suivent le début de la procédure**. Ce délai peut être prolongé par le tribunal, sans que le code limite la durée de la prolongation ou précise les circonstances autorisant une telle prolongation, de sorte qu'il peut arriver que le tribunal accepte des prolongations de plusieurs mois, voire de plusieurs années lorsque le débiteur se montre persuasif. Le droit exclusif de proposition est limité à 100 jours dans la procédure simplifiée applicable aux petites entreprises (1).

Inversement, les créanciers peuvent demander au tribunal de raccourcir le délai d'exclusivité du débiteur.

(1) Ce régime est réservé aux entreprises dont le montant total des dettes n'excède pas un certain montant, actuellement fixé à 2 000 000 \$, soit environ 1 700 000 €.

Lorsque le débiteur perd son droit d'exclusivité, « *toute partie ayant un intérêt à agir* » peut proposer un plan. C'est par exemple le cas des créanciers, des actionnaires ou de l'administrateur judiciaire. Ces plans ne sont recevables qu'après l'écoulement d'un délai supplémentaire de deux mois, nécessaire pour organiser la consultation sur le plan du débiteur.

• Le contenu du plan

Le plan ne confie pas nécessairement la réorganisation de l'entreprise au débiteur. Il peut aussi prévoir la cession, globale ou non, à un ou à plusieurs repreneurs, la fusion avec une autre entreprise, voire la liquidation.

Le plan doit identifier les différents groupes de créances, définir celles qui feront l'objet d'un traitement défavorable et proposer un traitement équitable à l'intérieur de chaque groupe.

La réunion des créances dans un même groupe n'est autorisée par le code que pour des créances « *substantiellement similaires* », sans que la notion de similitude soit définie, ce qui engendre de nombreux litiges.

Pour permettre aux intéressés de se prononcer en connaissance de cause, le plan doit être accompagné d'un **document d'information** présentant la gestion de l'entreprise avant l'ouverture de la procédure, les événements à l'origine des difficultés, les mesures prises depuis l'ouverture de la procédure, un bilan prévisionnel d'activité, la valeur de liquidation des actifs, etc.

• L'adoption du plan

À moins d'avoir été voté par les créanciers avant même l'ouverture de la procédure, **le plan est présenté au tribunal** avant d'être soumis au vote des créanciers. Cette formalité permet au tribunal d'apprécier que le document d'information satisfait aux exigences légales, le contenu de l'information qui doit être fournie étant apprécié de façon discrétionnaire par le tribunal en fonction des circonstances.

Seuls, les créanciers dont la créance est modifiée par le plan participent au vote. Pour être adopté, le plan doit recueillir une **double majorité à l'intérieur de chaque groupe** : majorité du nombre des créanciers et majorité des deux tiers du montant des créances.

Le plan doit ensuite être **homologué par le tribunal**. L'homologation permet notamment de vérifier que le plan a été élaboré dans le respect de la loi.

Même lorsqu'il n'a pas été approuvé par les créanciers, le plan peut être homologué par le tribunal. **Cette homologation forcée** est possible seulement si le plan a été approuvé par au moins un groupe de créanciers autre que le seul groupe des détenteurs de droits sociaux. De plus, un plan ne peut être

imposé que s'il ne contient aucune disposition discriminatoire et s'il apparaît juste et équitable, le code prévoyant un traitement minimal des créanciers privilégiés et des créanciers chirographaires.

L'homologation judiciaire emporte libération des dettes antérieures à l'ouverture de la procédure, y compris de celles qui n'ont pas été produites, ainsi que des créances traitées dans le plan. Seuls, les nouveaux engagements souscrits dans le cadre du plan peuvent faire l'objet de poursuites.

• L'exécution du plan

Une fois adopté, le plan est opposable à tous, y compris aux créanciers qui n'ont pas participé au vote.

Les créanciers qui n'exécutent pas le plan peuvent être poursuivis, au même titre qu'un contractant qui ne respecte pas un contrat.

Appréciations portées sur le chapitre 11

La procédure du chapitre 11 est souvent décrite comme présentant de nombreux avantages, mais aussi de nombreux inconvénients, qui sont liés les uns aux autres.

Les critères d'ouverture :

Cette procédure accroît les chances de sauver l'entreprise, puisqu'elle permet la **réorganisation rapide** de celle-ci, **avant même l'apparition des difficultés financières**. Inversement, certains critiquent la **facilité** avec laquelle les entreprises en bénéficient, parfois à plusieurs reprises, au détriment des créanciers qui sont pénalisés par les erreurs de gestion.

La suspension immédiate des poursuites :

La suspension automatique des poursuites des créanciers, dès le dépôt de la demande d'application du chapitre 11, **protège immédiatement la masse des biens de la faillite**, sans qu'il soit besoin d'attendre une décision du tribunal. Elle facilite d'autant plus la sauvegarde de l'entreprise que les créanciers munis de sûretés n'obtiennent quasiment jamais l'exonération de cette suspension lorsque leurs sûretés portent sur des biens qui sont essentiels à la conduite de l'activité professionnelle.

La gestion par le débiteur :

Elle est décrite comme l'élément principal de la réussite de la réorganisation de l'entreprise. Elle permet en effet d'**économiser les frais liés à la nomination d'un administrateur judiciaire**. Si l'on l'excepte les pouvoirs d'enquête, ce dernier remplit le même rôle que le *debtor in possession*, mais il doit commencer par prendre connaissance du dossier et se familiariser avec l'entreprise.

Par ailleurs, les pouvoirs donnés au *debtor in possession* favorisent **la continuité de l'entreprise**, puisque celui-ci peut, dans le cadre de la poursuite normale de ses activités et sans solliciter l'autorisation du tribunal, utiliser, vendre ou louer les biens de la masse, ainsi qu'emprunter de l'argent.

Aux critiques qui font valoir que le débiteur a conduit l'entreprise aux difficultés qu'elle connaît et a ainsi largement démontré son incapacité, on peut répondre que la législation prévoit de nombreux **mécanismes de contrôle**.

De plus, les travaux préparatoires de la loi de 1978 sur la faillite repoussaient à l'époque cet argument en faisant remarquer que les problèmes financiers rencontrés par les grandes entreprises étaient rarement le fruit d'actes frauduleux, malhonnêtes ou de grossières erreurs de gestion de la part de leurs dirigeants, et qu'il n'y avait donc pas lieu de sanctionner ces derniers.

Certains auteurs estiment que le *debtor in possession* a de trop nombreuses responsabilités pour être un administrateur efficace. D'autres lui attribuent un moindre intérêt au sort de l'entreprise lorsqu'il ne détient qu'une petite partie du capital, même si cette dernière remarque est sans objet lorsque des compensations financières sont promises aux dirigeants en cas de réussite du plan de réorganisation.

L'homologation forcée du plan de réorganisation :

L'homologation forcée, possible dans certaines conditions, permet au tribunal d'imposer le plan de réorganisation à un groupe de créanciers qui a voté contre. Elle favorise donc la négociation du plan, en incitant les parties à s'entendre. Elle permet également de renégocier l'ensemble des dettes de l'entreprise et de lier tous les créanciers.

Les conseils de créanciers :

Leur mission principale consiste à contrôler le *debtor in possession* et à participer à l'élaboration du plan de réorganisation. Toutefois, en pratique, leur constitution est parfois malaisée, faute de volontaires ou parce que l'actif restant ne permet pas de financer la bonne marche d'un tel conseil.

De plus, le fonctionnement d'un conseil composé de créanciers aux intérêts divergents n'est pas toujours facile, tandis que la multiplication des comités représentant différents groupes de créanciers augmente les frais et les risques de conflits, et n'apparaît donc pas non plus comme la solution idéale.

La durée de la procédure :

La procédure du chapitre 11 est surtout critiquée pour sa **longueur**, son **coût** et son **caractère judiciaire**, le tribunal en avalisant chaque étape.

Des études statistiques portant sur les entreprises bénéficiant du chapitre 11 dans les années 90 font apparaître que la durée de la procédure entre le dépôt de la requête et l'homologation du plan de réorganisation par le tribunal est extrêmement variable et peut dépasser quatre années. **La durée moyenne de la procédure est d'environ vingt mois.** Elle peut être réduite à trois mois, lorsque l'entreprise parvient à négocier à l'avance le plan de réorganisation avec ses créanciers et le dépose devant le tribunal en même temps que la requête initiale, mais dans ce cas, la durée moyenne de la négociation avant l'ouverture du chapitre 11 est de dix-huit mois.

La longueur est d'autant plus critiquée qu'elle est source de coûts supplémentaires et que la procédure se termine souvent par la liquidation de la société avec une masse de biens à partager entre les créanciers bien plus réduite que lors du dépôt de la requête initiale. La plus grande part de ces coûts résulte des **honoraires des auxiliaires de justice, avocats, experts et conseillers.** Ces professionnels sont en général payés très rapidement, même si c'est avec l'autorisation du tribunal, ce qui apparaît souvent préjudiciable à la survie de l'entreprise. Toutefois, il semble que cet argument ancien des opposants au chapitre 11 ne soit pas totalement fondé, les coûts directs de la procédure n'ayant pas toujours été strictement isolés dans les comptes. Une étude publiée en 2000 estime que le montant moyen de ces coûts directs est relativement modeste et s'élève à 2,5 % des actifs de l'entreprise.

La durée et le coût rendent la procédure peu accessible aux **petites entreprises**, même si les règles en vigueur comportent quelques dérogations en faveur de ces dernières.

LA SAUVEGARDE DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

ALLEMAGNE

La loi sur l'insolvabilité, adoptée en octobre 1994 et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1999, a remplacé non seulement la loi de 1877 sur la faillite et la loi de 1935 sur le concordat, qui régissaient respectivement les procédures de liquidation et de règlement judiciaires dans les anciens *Länder*, mais aussi la loi sur l'exécution forcée générale, appliquée dans les nouveaux *Länder*. La loi de 1999 s'applique aux personnes morales comme aux personnes physiques. La procédure d'insolvabilité peut également être ouverte à l'encontre de sociétés qui n'ont pas la personnalité morale.

La nouvelle loi organise la fusion des différentes procédures collectives pendant la phase préliminaire, au cours de laquelle un administrateur est généralement désigné pour gérer le patrimoine du débiteur. Quelques semaines après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, l'administrateur présente aux créanciers un rapport exposant la situation économique de l'entreprise et analysant les perspectives de redressement. L'assemblée des créanciers prend alors la décision d'arrêter ou de poursuivre l'activité de l'entreprise. Dans le second cas, il existe deux possibilités : le redressement par cession ou **le redressement par le débiteur dans le cadre d'un plan de résorption de l'insolvabilité, procédure inspirée du chapitre 11 américain.**

L'article premier de la nouvelle loi précise toutefois que la procédure pour insolvabilité vise à « *satisfaire collectivement les créanciers d'un débiteur, en réalisant les actifs de ce dernier et en en partageant le produit, ou en adoptant une solution dérogatoire dans le cadre d'un plan de résorption de l'insolvabilité visant notamment la sauvegarde de l'entreprise* ». **La sauvegarde de l'entreprise apparaît donc comme un objectif second par rapport à la satisfaction des créanciers.**

1) Les critères de déclenchement des procédures collectives

La procédure d'insolvabilité ne peut être ouverte que sur demande, du débiteur ou des créanciers. De plus, il faut que le débiteur se trouve dans l'une des situations suivantes :

- incapacité de payer ;
- incapacité de payer imminente ;
- surendettement.

• **L'incapacité de payer**, qui est définie par la loi comme l'impossibilité de faire face aux créances exigibles, correspond aux défauts de trésorerie durables, le débiteur ne disposant plus des liquidités nécessaires et ne pouvant se les procurer par crédit. Elle se manifeste par l'existence de lettres de rappel, d'exploits de saisie, de sommations de paiement, etc. En règle générale, une entreprise qui n'est pas en mesure de régler 80 à 90 % de ses dettes dans un délai de deux à trois semaines est considérée comme incapable de régler ses créances. La loi précise que l'incapacité de payer est présumée lorsque le débiteur a suspendu ses paiements.

• **L'incapacité de payer imminente est un nouveau motif d'ouverture**, qui a été introduit par le texte de 1994. **Seul, le débiteur peut s'en prévaloir** lorsqu'il estime qu'il ne pourra pas faire face au règlement de ses engagements lorsque ceux-ci seront exigibles.

Cette disposition vise, d'une part, à anticiper le déclenchement de la procédure de façon à permettre le redressement de l'entreprise avant que la situation ne soit irrémédiablement compromise et, d'autre part, à empêcher les créanciers de demander l'ouverture de la procédure sur le fondement d'une menace d'insolvabilité.

• **Le surendettement** est caractérisé lorsque le patrimoine du débiteur ne suffit plus à couvrir le montant des dettes. La mise en évidence du surendettement requiert l'établissement d'un bilan dans lequel les actifs sont évalués à leur valeur de liquidation, ainsi que d'un compte d'exploitation prévisionnel, car la loi dispose que « *l'évaluation du patrimoine du débiteur doit se fonder sur la continuation de l'entreprise lorsque les circonstances la rendent hautement probable.* »

2) Les principales caractéristiques du redressement dans le cadre d'un plan de résorption de l'insolvabilité

a) La suspension immédiate des poursuites

La suspension immédiate des poursuites n'est pas automatique, mais elle peut être prononcée par le tribunal.

En effet, dès le dépôt d'une demande d'ouverture et avant de se prononcer sur la recevabilité et la validité de cette demande, le tribunal prend toutes les **mesures conservatoires** qui lui semblent nécessaires pour éviter la diminution de la masse des actifs. La loi l'autorise en particulier à suspendre les mesures exécutoires des créanciers, à condition toutefois que celles-ci ne portent pas sur des biens immobiliers.

En revanche, une fois la procédure commencée, les créanciers sont soumis à une suspension des poursuites.

b) L'administration par le débiteur

La gestion directe par le débiteur est exceptionnelle, aussi bien selon la loi que dans la pratique.

En effet, dans le cadre des mesures conservatoires, le tribunal nomme généralement un **administrateur provisoire**. Il peut également interdire au débiteur de disposer du patrimoine. Si les deux décisions sont simultanées, le débiteur est dessaisi de la gestion de l'entreprise au profit de l'administrateur provisoire. Dans le cas contraire, le tribunal définit les pouvoirs de l'administrateur provisoire. Les fonctions de l'administrateur provisoire prennent fin avec la décision d'ouverture de la procédure (2), qui doit s'accompagner de la nomination d'un administrateur judiciaire.

La nomination d'un administrateur provisoire dès le dépôt de la demande d'ouverture fait du nouveau motif d'ouverture de la procédure, **l'incapacité de payer imminente**, une **arme à double tranchant**. En effet, le débiteur qui engage la procédure sans y être obligé risque de se voir dessaisi de la gestion de son entreprise au profit d'un administrateur.

Toutefois, au moment du dépôt de la demande d'ouverture de la procédure, **le débiteur peut demander de continuer à administrer lui-même l'entreprise**. Le tribunal peut accepter une telle demande s'il estime que le débiteur dispose de la confiance des créanciers et ne risque pas de léser les intérêts de ces derniers (3). Lorsque la demande d'ouverture a été présentée par

(2) *L'administrateur provisoire s'assure que les actifs permettent de couvrir les frais de la procédure. Si ce n'est pas le cas, le tribunal clôt celle-ci pour insuffisance d'actifs.*

(3) *Lorsque le tribunal refuse la requête de gestion directe présentée par le débiteur, l'assemblée des créanciers peut, lors de sa première réunion, s'opposer à cette décision et demander au tribunal qu'il accorde ce droit au débiteur. Cette hypothèse paraît toutefois peu probable.*

les créanciers, l'accord du tribunal à la demande de gestion directe est subordonné à celui des créanciers.

Même lorsqu'il est autorisé à gérer directement l'entreprise, le débiteur est placé sous la surveillance d'un curateur, désigné par le tribunal et qualifié par la loi d'« administrateur des biens ».

De plus, la décision du tribunal accordant la gestion directe au débiteur doit être publiée et peut être rapportée à tout moment à la demande des créanciers.

c) Le plan de résorption de l'insolvabilité

Permettant au débiteur et aux créanciers de se mettre d'accord sur des **clauses dérogatoires aux dispositions légales**, il est présenté par la loi comme une **exception à la procédure de droit commun** que constitue la réalisation (4) des actifs du débiteur en vue du partage entre les créanciers. L'élaboration d'un tel plan s'effectue selon des règles particulièrement détaillées prévues par la loi.

• L'initiative du plan

Dès le dépôt de la demande d'ouverture de la procédure, le **débiteur** peut proposer un plan de résorption de l'insolvabilité.

L'administrateur judiciaire peut aussi proposer un tel plan, **de son propre chef ou à la demande des créanciers**.

En effet, dans sa décision d'ouverture de la procédure, le tribunal fixe la date à laquelle l'assemblée des créanciers décide du sort de l'entreprise. Cette réunion a lieu dans un délai compris entre six semaines et trois mois après la décision d'ouverture. À cette occasion, les créanciers peuvent demander à l'administrateur judiciaire l'élaboration d'un plan de résorption de l'insolvabilité.

• Le contenu du plan

Le plan de résorption de l'insolvabilité ne vise pas nécessairement la continuation de l'entreprise par le débiteur. Il peut aussi organiser la transmission ou la disparition de l'entreprise, qui s'effectue alors selon des règles dérogatoires.

Quel que soit son contenu, le plan doit se présenter en deux parties : **une partie descriptive et une partie normative.**

La partie descriptive expose les dispositions prises depuis l'ouverture de la procédure, l'objectif du plan et les mesures envisagées pour atteindre cet objectif, permettant ainsi aux créanciers et au tribunal de se prononcer en connaissance de cause.

(4) La vente de l'entreprise (ou d'un de ses établissements) constitue l'une des modalités de réalisation. Dans certaines conditions, elle requiert l'accord des créanciers.

La partie normative décrit les modifications apportées aux droits des créanciers de la masse (renonciation à une partie des créances et échelonnement de l'autre partie). Ces derniers sont répartis en **différents groupes** à l'intérieur desquels **l'égalité de traitement** doit être respectée. La loi prescrit la prise au compte d'au moins trois groupes de créanciers :

– les créanciers prioritaires, c'est-à-dire les créanciers titulaires d'une sûreté réelle mobilière qui ne leur donne pas le droit de revendiquer le meuble donné en garantie, mais seulement le droit d'être payés par priorité sur le produit de la vente de ce bien ;

– les créanciers chirographaires ;

– les créanciers chirographaires subordonnés. Les créances concernées sont essentiellement les intérêts échus pendant la durée de la procédure, les frais de participation à la procédure et les intérêts des associés.

La loi de 1994 a supprimé tous les privilèges, en particulier ceux du fisc et des salariés, afin de responsabiliser ces derniers et d'accroître la part attribuée à chacun. La loi a également transformé les créanciers titulaires d'une sûreté mobilière en créanciers de la masse, alors qu'auparavant, ils bénéficiaient d'un droit de règlement séparé, qui leur permettait de faire valoir leur privilège en dehors de la procédure collective et de paralyser l'entreprise.

En revanche, les créanciers disposant d'un **droit de distraction**, c'est-à-dire les créanciers qui peuvent soustraire à la masse un bien donné en garantie, continuent à ne pas être considérés comme créanciers de la masse. Il s'agit notamment des fournisseurs qui ont prévu une vente avec clause de réserve de propriété et des créanciers titulaires d'un gage sur un bien meuble. Afin de ne pas menacer la survie de l'entreprise, l'administrateur peut cependant suspendre les procédures de recouvrement forcé de ces créanciers.

En fonction des circonstances, le plan peut subdiviser un groupe de créanciers disposant des mêmes droits en plusieurs catégories, chacune ayant les mêmes intérêts économiques. Ainsi, les fournisseurs ou les salariés peuvent constituer un groupe particulier. D'après la loi, les salariés constituent une catégorie à part entière lorsque leurs créances sont « *non négligeables* ».

• **L'adoption du plan**

Elle obéit à une procédure très détaillée, décrite par la loi.

Le plan est soumis au **tribunal**, qui peut le rejeter, non seulement pour des raisons formelles, mais aussi parce qu'il estime que les dérogations prévues sont excessives ou que les créanciers n'ont aucune chance d'approuver les propositions présentées.

Le tribunal transmet ensuite le plan, **pour avis**, au comité des créanciers (5) et au comité d'entreprise. Il le communique aussi au débiteur si l'administrateur judiciaire est à l'origine du plan, et à l'administrateur judiciaire si c'est le débiteur qui a proposé le plan.

Tous les créanciers de la masse sont appelés à voter sur le plan quel que soit le sort que celui-ci leur réserve. Ils se prononcent par groupe. Alors que l'ancienne loi sur le concordat exigeait que la majorité des créanciers représentant les trois quarts des créances approuve la proposition de règlement, **la nouvelle loi assouplit les règles de majorité**. L'approbation du plan requiert une double majorité à l'intérieur de chaque groupe : majorité du nombre des créanciers et majorité du montant des créances. **Pour éviter l'obstruction d'une seule catégorie**, le plan est considéré comme adopté malgré l'opposition d'un groupe si les membres de ce dernier ne sont pas défavorisés par le plan, c'est-à-dire si leur situation n'est pas pire que si l'entreprise était liquidée.

Le **débiteur** doit approuver le plan, avant que celui-ci ne soit **homologué par le tribunal**. Tout créancier, même s'il n'a pas participé au vote, par exemple parce qu'il n'a pas déclaré sa créance, peut, au titre de la **protection des minorités**, demander au tribunal de ne pas homologuer le plan, au motif que celui-ci le défavorise. De même, tout créancier peut déposer un recours contre la décision d'homologation du tribunal.

• L'exécution du plan

Une fois homologué par le tribunal, le plan s'impose, pour autant que la décision d'homologation ne soit pas contestée. La procédure d'insolvabilité est close et le débiteur peut disposer librement de ses biens.

Le plan peut toutefois prévoir que son **exécution** sera **contrôlée** par l'administrateur judiciaire **pendant une période d'au plus trois ans**.

* *

*

En pratique, **les nouvelles possibilités que constituent l'administration directe par le débiteur et l'élaboration d'un plan de résorption de l'instabilité sont peu utilisées**. L'administration directe suscite beaucoup de réserves de la part des tribunaux. Quant à l'élaboration d'un plan, elle obéit à des règles complexes, ce qui exclut *de facto* les petites et moyennes entreprises.

(5) *L'institution du comité des créanciers, facultative, est décidée par l'assemblée des créanciers. Ce comité, qui doit réunir des délégués des créanciers prioritaires, des titulaires des créances les plus importantes, des petits créanciers et des salariés lorsque les créances de ces derniers représentent un certain volume, assiste et surveille l'administrateur judiciaire.*

De plus, la procédure prévue par la loi protège tellement les minorités qu'elle facilite la multiplication des recours.

LA SAUVEGARDE DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

AUSTRALIE

Les différentes procédures collectives sont régies par **la loi sur les sociétés**, dont la dernière version date de 2001. Le chapitre 5 de cette loi, intitulé « Administration extérieure » et relatif aux différents cas où la gestion de l'entreprise peut être confiée à d'autres personnes qu'à ses dirigeants, traite notamment du redressement et de la liquidation des entreprises.

Il n'existe pas de frontières nettes entre les différentes procédures collectives, mais la sauvegarde des entreprises en difficulté s'effectue essentiellement par le biais de deux procédures. L'une, ancienne, consiste en la **conclusion avec les créanciers d'un arrangement, qui doit être homologué par le tribunal pour devenir exécutoire.** L'autre, introduite en juin 1993 par la loi de 1992 réformant la loi sur les sociétés et dénommée « **administration volontaire** », permet, **sans qu'aucune intervention judiciaire ne soit requise**, de confier la gestion de l'entreprise à un **administrateur extérieur qui, après avoir étudié la situation, peut proposer aux créanciers un plan de sauvegarde.** Cette seconde procédure de redressement est la plus utilisée depuis dix ans.

Actuellement, les pouvoirs publics s'interrogent sur la nécessité de réformer les dispositions relatives aux difficultés des entreprises et ont lancé des consultations qui devraient donner lieu au dépôt de rapports en 2004.

Après avoir présenté les différentes procédures collectives, et en particulier les conditions de leur ouverture, le texte ci-dessous expose les principales caractéristiques de l'arrangement homologué par le tribunal et de l'administration volontaire.

1) Les critères de déclenchement des procédures collectives

Les différentes procédures collectives prévues par la loi sur les sociétés de 2001 sont : l'arrangement homologué par le tribunal, l'administration volontaire, la liquidation judiciaire et la liquidation volontaire. On peut également y inclure la mise sous séquestre privée, même s'il ne s'agit pas à proprement parler d'une procédure collective, puisqu'elle est mise en œuvre par un seul créancier. La mise sous séquestre privée permet parfois de sauver des entreprises en difficulté.

a) L'arrangement homologué par le tribunal

Cette procédure permet à une entreprise qui a des **difficultés financières, mais qui n'est pas nécessairement insolvable, de négocier avec ses créanciers un arrangement que le tribunal rend exécutoire.**

b) L'administration volontaire

Cette procédure, introduite par la loi de 1992 réformant la loi sur les sociétés, est entrée en vigueur en juin 1993. Elle a pour objet d'**augmenter les chances de survie d'une entreprise insolvable ou sur le point de le devenir**, ou tout au moins de rendre possible la poursuite de l'activité, y compris dans le cadre d'une autre structure juridique. À défaut, elle vise à placer les créanciers ou les actionnaires dans une situation plus favorable que celle qui résulterait de la liquidation immédiate de la société.

Aux termes de l'article 459C de la loi sur les sociétés, **l'insolvabilité est présumée dans les cas suivants :**

– un créancier a fait « une procédure de demande réglementaire » pour exiger le paiement, dans les 21 jours, d'une dette certaine et exigible d'au moins 2 000 dollars australiens (soit environ 1 200 €) et la demande n'a pas été suivie d'effet ;

– un créancier détenteur d'un titre exécutoire n'a pas été réglé ;

– un créancier titulaire d'un privilège flottant (6) a mis en œuvre sa garantie, notamment en nommant un administrateur-séquestre ;

L'administration volontaire commence par la nomination, indépendamment de toute intervention judiciaire, d'un administrateur extérieur choisi parmi les liquidateurs professionnels.

(6) À la différence de la sûreté, le privilège flottant (floating charge) ne porte pas sur un bien déterminé. Il s'agit en quelque sorte d'un gage général, qui se « cristallise » et se transforme en gage spécial lorsqu'un événement survient. En règle générale, les banques exigent des privilèges flottants en contrepartie de prêts ou de découverts. L'existence d'un privilège flottant n'empêche pas l'entreprise de disposer librement de tous ses biens, jusqu'au moment de la cristallisation.

Cet administrateur extérieur assure la gestion de la société pendant le délai prévu par la loi pour examiner la situation de la société et faire une **recommandation aux créanciers** quant au sort de celle-ci : retour à la situation antérieure, liquidation ou conclusion d'un plan de redressement.

c) La liquidation judiciaire

Elle est en général demandée par un créancier, mais elle peut l'être aussi par la société elle-même, par un dirigeant, par un actionnaire qui s'est engagé à payer les dettes de la société ou par l'ASIC, (*Australian Securities and Investments Commission*), qui est l'organisme indépendant chargé de veiller au bon fonctionnement de l'ensemble des activités économiques et financières.

Le tribunal saisi ne prononce la liquidation que si la société est **insolvable** au sens déjà défini, ou pour d'**autres raisons** tenant par exemple à la réalité de l'activité ou à la conduite des dirigeants. Le tribunal peut aussi prononcer la liquidation parce que l'ASIC estime cette décision nécessaire.

Pendant l'instance, le tribunal peut nommer à titre provisoire un liquidateur, dont le rôle consiste à gérer la société afin de sauvegarder les actifs, d'examiner la situation de celle-ci et d'indiquer au tribunal si elle est viable. Dans cette hypothèse, la procédure de l'administration volontaire peut être ouverte, la gestion de la société peut même être de nouveau confiée à ses dirigeants.

d) La liquidation volontaire

Qu'elle ait lieu à la demande des créanciers ou à la demande des associés, la liquidation volontaire se déroule **en dehors de toute intervention du tribunal** et requiert **une décision des actionnaires**.

Quand les administrateurs ou les actionnaires de la société considèrent que l'**insolvabilité** de celle-ci est avérée, l'assemblée générale des actionnaires peut voter une résolution décidant **la liquidation à la demande des créanciers** et nommant un liquidateur. Cette décision doit être confirmée par une assemblée des créanciers.

La liquidation volontaire à la demande des associés est utilisée pour la liquidation d'une **société solvable**. Au préalable, la majorité des administrateurs doit rédiger et adopter une déclaration de solvabilité accompagnée d'éléments chiffrés. Dans ce document, ils déclarent qu'ils ont examiné la situation de la société et qu'ils estiment que celle-ci est en état de régler ses dettes dans un délai de douze mois à compter du début de la liquidation.

e) La mise sous séquestre privée

Cette procédure permet à un créancier muni d'un privilège flottant de nommer un administrateur-séquestre, parce qu'**un incident de paiement prévu par le contrat créant la garantie s'est réalisé.**

L'administrateur-séquestre a pour mission principale d'entrer en possession des biens grevés, de réaliser la garantie et de payer ainsi le créancier qui l'a nommé. À cette fin, la loi sur les sociétés lui accorde le pouvoir de gérer loyalement ces biens et de les vendre. Lorsque les biens représentent une part importante de l'actif, la poursuite de l'activité de l'entreprise peut être la solution la plus intéressante pour le créancier garanti. Dans ce cas, l'administrateur-séquestre prend en charge l'exploitation de la société et agit en qualité de mandataire de celle-ci jusqu'au recouvrement de la dette.

2) Les principales caractéristiques de l'arrangement homologué par le tribunal et de l'administration volontaire

a) La suspension immédiate des poursuites

L'arrangement homologué

Lorsqu'un arrangement entre les créanciers et les associés a été négocié et présenté, **le tribunal peut**, à la demande de la société ou de l'un des créanciers, **accorder un moratoire sous les conditions qu'il détermine. Ce moratoire s'applique jusqu'à l'approbation de l'accord.**

Pendant la durée de ce moratoire, les poursuites en cours sont suspendues, sauf autorisation judiciaire.

L'administration volontaire

La mise sous administration volontaire entraîne la suspension automatique des poursuites de tous les créanciers, sauf accord écrit de l'administrateur ou autorisation du tribunal.

La mise sous administration volontaire entraîne également la suspension de toutes les actions relatives aux biens détenus ou utilisés par la société et empêche la liquidation.

Cette protection s'applique pendant toute la durée de l'administration volontaire, en principe limitée à **28 jours**, mais que le tribunal peut porter à 60 jours.

b) L'administration par le débiteur

L'arrangement homologué

Les dirigeants de l'entreprise restent en fonction pendant la négociation du plan de redressement avec les créanciers.

En revanche, une fois celui-ci approuvé, l'entreprise est gérée par l'administrateur chargé d'exécuter le plan.

L'administration volontaire

La procédure commence avec la nomination d'un liquidateur professionnel comme **administrateur extérieur**.

La désignation est faite par la société, par un liquidateur ou par un créancier pouvant faire jouer sa garantie sur la totalité ou sur une partie substantielle du patrimoine de l'entreprise. La confirmation de cette nomination par les créanciers réunis doit avoir lieu au plus tard dans les cinq jours ouvrables suivants.

Pendant toute la période d'administration volontaire, qui est en principe de 28 jours sauf prolongation, **l'administrateur extérieur est à la fois chargé d'examiner la situation de la société en vue de faire des recommandations aux créanciers quant au sort de celle-ci et de gérer l'entreprise.**

Par la suite, si les créanciers se prononcent pour un plan de redressement, l'administrateur extérieur est, sauf résolution contraire votée par les créanciers, chargé d'exécuter le plan de redressement.

c) Le plan de redressement

L'arrangement homologué

L'arrangement peut consister en un réaménagement de la dette, en une suspension des poursuites ou en une combinaison des deux. Il peut être conclu entre la société et ses créanciers (ou certains d'entre eux)

L'administration volontaire

Une fois nommé, l'administrateur dispose en principe de 21 jours pour convoquer les créanciers à une seconde réunion. Ceux-ci décident du sort de l'entreprise.

L'arrangement homologué

ou bien entre la société et ses associés (ou certains d'entre eux).

Le tribunal saisi du projet d'arrangement ordonne la réunion par classe des créanciers ou des associés en vue de l'examen et du vote de l'accord. La convocation du tribunal est accompagnée du projet et d'un état explicatif. Parallèlement, ces documents sont transmis à l'ASIC, qui peut faire part de ses observations au tribunal.

L'accord doit être approuvé par chaque classe de créanciers (ou d'associés) à une double majorité : majorité des votants représentant 75 % de la valeur des créances (ou du capital).

L'arrangement lie les créanciers ou les associés appartenant aux classes qui l'ont approuvé, à condition d'être homologué par le tribunal et déposé auprès de l'ASIC.

L'administration volontaire

Les créanciers peuvent opter non seulement pour l'exécution d'un plan de redressement, mais aussi pour le retour à la situation antérieure ou pour la liquidation de la société. La convocation s'accompagne d'un rapport faisant le point sur les trois options offertes aux créanciers et contenant des recommandations, d'un état décrivant la situation financière, patrimoniale et commerciale de la société, ainsi que, le cas échéant, d'un document précisant les dispositions du plan de redressement proposé. Celui-ci peut consister en un réaménagement de la dette, en une suspension des poursuites ou en une combinaison des deux.

Le plan de redressement doit être adopté à une **double majorité des créanciers votants : en nombre et en valeur.**

L'administrateur qui a préparé le plan est généralement désigné pour l'exécuter et l'administration volontaire prend alors fin.

L'accord n'a pas besoin d'être confirmé par le tribunal : il lie la société, les dirigeants, les associés et l'administrateur chargé de son exécution. Il lie également tous les créanciers ordinaires, mais seulement les créanciers privilégiés ainsi que les propriétaires et les bailleurs de biens qui l'ont voté. Le tribunal peut toutefois s'opposer à ce qu'un créancier privilégié qui ne l'aurait pas voté réalise sa garantie ou à ce qu'un propriétaire ou un bailleur dans le même cas récupère son bien,

L'arrangement homologué

L'administration volontaire

si cela est préjudiciable au plan de redressement et si les intérêts du demandeur en question sont correctement protégés, notamment par l'accord.

L'accord de redressement peut prendre fin par la réalisation d'une de ses clauses ou par le vote d'une résolution des créanciers, puisque l'administrateur responsable de l'exécution de l'accord peut organiser à tout moment une réunion à cet effet et qu'il est tenu de le faire à la demande écrite des créanciers représentant au moins 10 % de la valeur totale des créances détenues sur la société. Par ailleurs, cet accord peut être modifié par une résolution des créanciers.

* *

*

Les pouvoirs publics s'interrogent actuellement sur la nécessité de réformer les dispositions relatives aux difficultés des entreprises et ont lancé en 2003 des consultations qui devraient donner lieu au dépôt de rapports en 2004.

Ainsi, une consultation a été engagée par une commission parlementaire chargée en novembre 2002 d'examiner les lois australiennes sur l'insolvabilité. Dans le document, qui sert de base à la discussion et qui a été publié en mai 2003, cette commission a émis le souhait d'obtenir des commentaires sur la question suivante : « *L'Australie doit-elle adopter, à la place ou en complément de l'administration volontaire, un régime de sauvegarde des entreprises analogue à celui du chapitre 11 américain ?* ».

Par ailleurs, le *Corporations and Markets Advisory Committee*, organisme chargé de conseiller le gouvernement sur les problèmes soulevés par la réglementation et la réalité des activités économique et financières, a publié en septembre 2003 un document sur l'adéquation de la procédure de l'administration volontaire au sauvetage des grandes entreprises. Après avoir passé en revue les exemples étrangers, et notamment la procédure américaine du chapitre 11, il y suggère un certain nombre de modifications sur lesquelles il sollicite des commentaires.

LA SAUVEGARDE DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

CANADA

Les questions d'insolvabilité relèvent de la **compétence fédérale** et sont essentiellement réglées par trois lois : la loi sur la faillite et l'insolvabilité, la loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et la loi sur la liquidation et la restructuration, le champ d'application de cette dernière étant limité, notamment aux établissements financiers et aux sociétés de chemins de fer.

La loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies (LACC), qui détermine le cadre dans lequel les entreprises les plus importantes négocient un plan de restructuration avec les créanciers, est souvent considérée comme la version canadienne du chapitre 11.

La loi sur la faillite et l'insolvabilité (LFI), applicable à toutes les entreprises et utilisée pour organiser la liquidation, comporte également des dispositions sur le redressement.

La LFI et la LACC permettent donc d'atteindre le même objectif, la sauvegarde de l'entreprise, mais de façon différente. Contrairement à la LFI, très complète et très détaillée, **la LACC constitue un cadre très souple et donne aux tribunaux un fort pouvoir d'appréciation.**

Le texte ci-dessous analyse donc les procédures de redressement prévues par la LFI et la LACC.

1) Les critères de déclenchement des procédures collectives

L'évolution législative explique l'existence de deux lois comportant des dispositions relatives à la réorganisation des entreprises : la LFI, accessible à toutes les entreprises, et la LACC, réservée aux plus importantes. **Les distinctions initiales entre les deux lois ont été effacées par les réformes**

successives, de sorte que c'est **en général le débiteur qui choisit la loi dont il se prévaut** pour réorganiser son entreprise lorsque le niveau des dettes est important.

La LFI tire son origine de la loi sur la faillite de 1919, qui prévoyait la réorganisation pour les seules entreprises en faillite. En 1933, pendant la Grande crise, la LACC a été introduite pour permettre aux entreprises insolvable, mais pas en faillite et donc incapables de se prévaloir de la LFI, de se réorganiser. La LFI a été profondément réformée en 1949, 1992 et 1997 et la LACC, peu utilisée jusqu'au début des années 80, a été révisée en 1997, si bien que les deux textes peuvent être utilisés dans les mêmes circonstances. Cette évolution a suscité de nombreuses réflexions sur l'intégration de la LACC à la LFI.

a) La LACC

Grâce à la LACC, une **entreprise insolvable, en faillite ou en voie de liquidation** peut demander à un tribunal de prendre une ordonnance suspendant toutes les procédures intentées par les créanciers ou qui pourraient l'être pendant qu'elle négocie avec ces derniers un plan de restructuration ou de réduction de ses dettes. **Une entreprise qui n'est pas encore insolvable ne peut pas se prévaloir de la LACC.**

Le bénéfice de la LACC est réservé aux entreprises dont les **dettes dépassent 5 millions de dollars** (soit un peu moins de 3 millions d'euros).

b) La LFI

La LFI comprend à la fois des dispositions relatives à la réorganisation et à la liquidation. Elle est applicable aux **entreprises insolvable ou en faillite**.

La réorganisation est demandée par le dépôt d'une « proposition concordataire », consistant à modifier les modalités de remboursement des dettes. Une telle proposition peut être faite par le débiteur, failli ou seulement insolvable, ou par le syndic lorsque le débiteur est failli.

D'après la LFI, une entreprise est **insolvable** lorsque ses obligations s'élèvent au moins à 1 000 dollars (soit environ 600 euros) et qu'elle se trouve dans l'une des trois situations suivantes :

- incapacité à honorer ses créances au fur et à mesure des échéances ;
- cessation des paiements ;
- totalité des biens insuffisante pour acquitter les obligations échues ou à échoir.

2) Les principales caractéristiques de l'arrangement avec les créanciers des compagnies et de la proposition concordataire

a) La suspension immédiate des poursuites

La LACC

La suspension des poursuites doit être **demandée au tribunal**, qui l'accorde ou non en fonction des circonstances. Pour que le tribunal puisse vérifier que l'entreprise a la capacité de poursuivre son activité pendant la période de suspension, la demande doit être accompagnée d'un état d'évolution de la trésorerie et des documents financiers les plus récents.

En règle générale, la suspension des poursuites est octroyée pour permettre au débiteur d'établir un plan de réorganisation, mais elle est refusée lorsque le tribunal estime qu'aucun plan ne pourra être élaboré ou que l'entreprise n'a aucune chance de survie.

La durée de la suspension initialement accordée est de **30 jours**. Elle peut ensuite être **prolongée sans limite**.

Ainsi, Air Canada, qui a demandé le 1^{er} avril 2003 une demande de protection en vertu de la LACC, a obtenu plusieurs prolongations. La dernière, octroyée le 21 mai 2004, protège la société jusqu'au 30 septembre 2004.

La LFI

Le dépôt d'une proposition concordataire auprès d'un syndic autorisé entraîne **automatiquement** la suspension des poursuites, tous les créanciers étant concernés, y compris les créanciers titulaires de garanties, qui ne l'étaient pas jusqu'à la réforme de 1992.

Avant de déposer une proposition, le débiteur insolvable a, également depuis la réforme de 1992, la possibilité, s'il craint des actions en recouvrement de la part de certains créanciers, de déposer un **avis d'intention** de faire une proposition, qui a le même effet suspensif que la proposition elle-même. Un tel avis est également déposé auprès d'un syndic autorisé. La proposition doit être présentée dans les 30 jours suivant le dépôt de l'avis d'intention.

La durée de la suspension des poursuites est de **30 jours**. Le débiteur peut en demander la **prorogation**. Le tribunal l'accorde s'il estime qu'un délai plus long permettra au débiteur de faire une « *proposition viable* » et que les créanciers ne seront pas lésés. Chacune des prorogations est limitée à 45 jours et la durée totale de la suspension est limitée à **six mois**.

Inversement, le tribunal peut raccourcir la durée de la période de suspension s'il estime qu'aucune proposition sérieuse et susceptible de recueillir l'assentiment des créanciers ne peut être élaborée.

b) L'administration par le débiteur

La LACC

Le débiteur n'est pas dessaisi, mais un **contrôleur** est nommé par le tribunal. Le contrôleur surveille les affaires et les finances de l'entreprise pendant la durée de validité de l'ordonnance du tribunal. Il doit déposer au tribunal des rapports lorsqu'il remarque une dégradation de la situation, avant la tenue de l'assemblée des créanciers. De plus, il est tenu d'accomplir les opérations que le tribunal lui prescrit.

Le contrôleur n'est pas nécessairement un syndic. Il peut s'agir du comptable ou du commissaire aux comptes de l'entreprise.

La LFI

Lorsque l'entreprise n'est pas encore en faillite, **le débiteur n'est pas dessaisi**, mais le tribunal nomme un **syndic**, qui surveille la marche de l'entreprise pendant la durée de la suspension des poursuites. En principe, le syndic retenu est celui qui est désigné dans la proposition.

c) Le plan de redressement

• **L'initiative du plan**

La LACC

Le plan est proposé par le débiteur.

La LFI

Le plan est proposé **par le débiteur**. Si un avis d'intention a été déposé, le syndic qui y est désigné participe à la préparation du plan.

Le syndic soumet aux créanciers un rapport écrit dans lequel il exprime son soutien ou ses réticences envers les propositions du débiteur.

Lorsqu'il concerne une entreprise déjà en faillite, le plan peut être proposé par le syndic.

• Le contenu du plan

La LACC

Le plan peut concerner tout ou partie des créanciers : par exemple les seuls créanciers chirographaires ou les créanciers munis de sûreté, voire à l'intérieur d'une catégorie de créanciers uniquement certains d'entre eux.

La LFI

Le plan peut concerner tout ou partie des créanciers. Le plus souvent, il s'adresse aux seuls créanciers non garantis, auxquels il est proposé de régler un certain pourcentage des créances.

• L'adoption du plan

La LACC

Seuls, les créanciers concernés par le plan votent. Les propositions relatives à une catégorie sont adoptées si elles recueillent l'adhésion de la **majorité des créanciers représentant les deux tiers de la valeur des créances.** Avant la réforme de 1997, une majorité des trois quarts était requise.

Le plan doit ensuite être **homologué** par le tribunal.

La LFI

Les créanciers sont appelés à se prononcer sur la proposition dans les 21 jours qui suivent le dépôt de celle-ci. Ils votent par catégorie. En règle générale, les créanciers non garantis constituent une seule catégorie, tandis que les créanciers garantis sont répartis en plusieurs catégories présentant un intérêt commun. La loi prévoit plusieurs critères susceptibles de justifier la création de catégories distinctes (nature de la créance, nature de la garantie, recours ouverts aux créanciers en l'absence de proposition...).

Le plan est adopté s'il est approuvé par la **majorité des créanciers non garantis représentant les deux tiers des créances non garanties.** Le vote des créanciers garantis est sans effet sur l'adoption du plan.

Les créanciers peuvent subordonner leur approbation à des dispositions sur la surveillance des affaires du débiteur, en particulier en nommant des inspecteurs. Ils peuvent aussi exiger des modifications du plan.

La LACC

La LFI

Après son adoption, le plan doit être **homologué** par le tribunal. La loi précise que le tribunal peut refuser son homologation en raison du caractère inéquitable du plan ou du comportement frauduleux du débiteur.

• L'exécution du plan

La LACC

Les propositions lient tous les créanciers auxquels elles s'appliquent, même ceux qui ont voté contre.

Le refus du plan n'entraîne pas nécessairement la mise en faillite.

La LFI

Les créanciers non garantis sont liés par le plan, tandis que les créanciers garantis ne sont liés que si la catégorie à laquelle ils appartiennent a voté pour.

L'approbation d'un plan postérieur à la mise en faillite entraîne l'annulation de cette dernière et la réattribution au débiteur (ou à un tiers choisi par le tribunal) des biens qui avaient été cédés au syndic au moment de la faillite.

En revanche, le rejet d'un plan entraîne la mise en faillite ou la liquidation selon qu'il est présenté par une entreprise insolvable ou par une entreprise en faillite.

* *

*

La LACC est une loi courte et qui offre un cadre souple. Comme elle laisse une grande faculté d'appréciation aux tribunaux, elle est parfois critiquée par les créanciers, qui estiment qu'elle les laisse dans l'incertitude. En effet, à l'opposé, la procédure de la LFI est très encadrée et très surveillée et le non-respect des exigences qu'elle pose, en particulier des délais, entraîne automatiquement la mise en faillite.

En 2002, c'est-à-dire cinq ans après leur révision, la LACC et la LIF ont été évaluées et il a été décidé de conserver deux textes distincts, le premier étant considéré comme particulièrement adapté aux grandes entreprises,

L'efficacité de la LACC, qui permet d'obtenir une réorganisation dans le délai moyen de six mois, avait alors été soulignée.

LA SAUVEGARDE DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

ESPAGNE

Considéré comme particulièrement archaïque – la plupart des dispositions applicables remontent au XIX^e siècle – et rendu **complexe par la multiplicité des normes, le droit des procédures collectives a été réformé par la loi 22/2003 du 9 juillet 2003**, dite loi de *concurso*, le *concurso* désignant le rassemblement des créanciers sur les biens d'un débiteur commun.

La nouvelle loi entrera en vigueur le 1^{er} septembre 2004. Elle remplace les actuelles procédures de faillite et de suspension des paiements par une **procédure unique** applicable à tout débiteur et **qui aboutit en principe à un concordat entre le débiteur et les créanciers, car la liquidation judiciaire constitue seulement une solution subsidiaire**.

La suspension des paiements, qui paralyse les actions individuelles de recouvrement afin de permettre au débiteur de négocier un accord avec ses créanciers et de poursuivre l'activité de l'entreprise, ne remplit pas son rôle : dans la plupart des cas, elle est devenue le prélude de la faillite.

En revanche, **la nouvelle loi, bien qu'elle se fixe pour objectif essentiel la satisfaction des créanciers**, s'efforce de **favoriser la sauvegarde des entreprises**. Elle comporte donc plusieurs mesures qui devraient encourager les débiteurs à demander rapidement l'ouverture de la procédure, et ses dispositions relatives au concordat se caractérisent par une grande souplesse, ce qui devrait constituer une forte incitation à la négociation.

Le texte ci-dessous analyse uniquement les dispositions de la loi 22/2003.

1) Les critères de déclenchement des procédures collectives

La procédure s'ouvre par une demande de déclaration de *concurso*, qui peut être présentée au tribunal **par le débiteur ou par n'importe quel créancier**. Dans le premier cas, la procédure est dite volontaire. Dans le second, elle est obligatoire.

a) La procédure volontaire

Le débiteur doit justifier son endettement et son **insolvabilité**, qui peut être **actuelle ou imminente**.

D'après la loi, le débiteur qui ne peut régler de manière régulière ses dettes exigibles se trouve en état d'insolvabilité, tandis que l'insolvabilité imminente caractérise la situation du débiteur qui prévoit qu'il ne pourra satisfaire ponctuellement et régulièrement à ses obligations.

Le débiteur est obligé de demander l'ouverture de la procédure dans les deux mois qui suivent le moment où il prend connaissance de son insolvabilité. De plus, il est présumé être au courant de cet état dès la survenance de l'un des faits susceptibles de justifier une demande d'ouverture par un créancier. Le débiteur qui ne respecte pas ses obligations peut être déclaré incapable d'exercer des fonctions d'administration pendant une période comprise entre deux et quinze ans.

b) La procédure obligatoire

Le créancier doit fonder sa demande sur l'un des faits suivants, a priori révélateurs d'un état d'insolvabilité :

- échec d'une tentative de récupération d'un bien fondée sur un titre exécutoire ;
- suspension générale des paiements courants ;
- existence de saisies sur l'ensemble du patrimoine du débiteur ;
- banqueroute frauduleuse ou liquidation précipitée des biens par le débiteur ;
- manquement généralisé à certaines obligations comme le paiement des impôts, des charges sociales ou des salaires.

2) Les principales caractéristiques du concordat

a) *La suspension immédiate des poursuites*

La déclaration de *concurso*, prononcée par le tribunal en principe le même jour que la demande, entraîne la **suspension de toutes les voies d'exécution jusqu'à l'approbation du concordat ou jusqu'à l'ouverture de la liquidation**. Si la procédure n'est pas ouverte immédiatement, le tribunal prend des mesures conservatoires visant à geler l'actif du débiteur, parmi lesquelles la suspension des poursuites.

La durée de la suspension ne peut pas excéder **un an** à compter de l'ouverture de la procédure.

b) *L'administration par le débiteur*

Si la procédure est ouverte à la demande du débiteur, ce dernier conserve l'administration de l'entreprise. Il l'exerce sous le contrôle du collège syndical, qui a la possibilité de considérer comme nuls les actes du débiteur réalisés sans son autorisation. **Si la procédure est ouverte à la demande d'un créancier, le débiteur est dessaisi** et le collège syndical se substitue à lui.

Cependant, le juge peut décider d'adapter cette règle générale en fonction des circonstances. Sa décision doit alors être motivée. Il peut également dessaisir le débiteur de la gestion de l'entreprise ou, au contraire, la lui rendre à la demande du collège syndical.

Le collège syndical est nommé par le tribunal après que celui-ci a décidé l'ouverture de la procédure. Il se compose d'un avocat, d'un commissaire aux comptes et d'un représentant des créanciers. Qu'il se substitue ou non au débiteur dans l'administration de l'entreprise, le collège syndical est chargé de faire l'inventaire des actifs, d'établir la liste des créanciers et de présenter au juge un rapport sur la situation de l'entreprise dans les deux mois, ce délai pouvant être prolongé d'un mois par le juge.

c) *Le concordat*

D'après la loi, le concordat constitue la solution normale des problèmes d'insolvabilité, et la liquidation la solution subsidiaire. En effet, à tout moment, il est possible de passer de la procédure du concordat à celle de la liquidation : si aucune proposition de concordat n'est élaborée, si la proposition ne recueille pas la majorité requise ou si le concordat se révèle impossible à mettre en œuvre.

• **L'initiative du concordat**

Elle appartient **au débiteur et aux créanciers**. Pour proposer un concordat, ces derniers doivent représenter au moins 20 % du montant des créances. Les propositions de concordat sont recevables dès que le délai pour la déclaration des créances est écoulé.

Après la publication du rapport du collège syndical et en l'absence de contestation de ce document, la **phase du concordat** est ouverte par décision du juge. Une assemblée des créanciers est alors convoquée.

Afin d'accélérer le déroulement de la procédure, la loi offre au débiteur la faculté de proposer un concordat de façon anticipée : à partir du moment où il demande l'ouverture de la procédure ou, en cas de procédure obligatoire, à compter de la déclaration de *concurso*.

• Le contenu du concordat

Il est **encadré par la loi**. Le concordat peut contenir les mesures suivantes : remise limitée à 50 % sur les créances ordinaires, moratoire d'au plus cinq ans, combinaison de ces deux dispositions, conversion des créances en titres de propriété, voire cession, partielle ou totale, de l'entreprise. Le juge peut toutefois autoriser des dérogations à ces règles générales, notamment lorsque l'enjeu est particulièrement important sur le plan économique.

Le concordat doit également contenir un plan de financement ainsi qu'un programme mettant en évidence la viabilité de l'entreprise.

• L'adoption du concordat

Pour accélérer le déroulement de la procédure, la loi prévoit la possibilité d'adopter le concordat à différents stades de la procédure, et notamment avant l'ouverture de la phase du concordat.

En effet, si le concordat est présenté de façon anticipée, son adoption ne requiert pas la réunion de l'assemblée des créanciers, car ces derniers se prononcent par écrit, après que le collège syndical a évalué la proposition et que le juge l'a approuvée. L'approbation du concordat est subordonnée à l'adhésion des détenteurs de **la moitié du montant des créances ordinaires**, les créanciers subordonnés n'ayant pas le droit de vote. Les créances privilégiées dont les titulaires votent pour la proposition sont considérées comme incluses dans les créances ordinaires.

Les créances **ordinaires** peuvent se définir comme les créances qui ne sont ni privilégiées ni subordonnées. La loi distingue deux catégories de créances privilégiées : les créances **privilégiées spéciales**, qui sont garanties par une sûreté *ad hoc* (hypothèque, gage, antichrèse...), et les créances **privilégiées générales**, détenues par le fisc et les organismes sociaux (à hauteur de la moitié de leur montant) ainsi que par les salariés (dans la limite du double du salaire minimum pour les 30 jours précédant l'ouverture de la procédure). Les créances **subordonnées** sont essentiellement les créances tardives, celles qui ont un caractère accessoire, punitif (amendes et intérêts de retard) ou personnel (détenues par les associés, les liquidateurs...).

Sinon, le concordat est adopté par l'assemblée des créanciers à la majorité de la moitié du montant des créances ordinaires. En cas de concours de propositions, l'assemblée se prononce d'abord sur la proposition du débiteur, puis

sur celles des créanciers, en commençant par celles sont signées par les titulaires des créances les plus importantes. Une **majorité relative** suffit lorsque le concordat prévoit le règlement total des créances ordinaires dans un délai de trois ans ou le règlement immédiat des dettes déjà échues avec une remise inférieure à 20 %. Après avoir été approuvé par les créanciers, le concordat doit être homologué par le juge.

• **L'exécution du concordat**

Une fois adopté et en l'absence de recours, le concordat s'impose, sauf aux créanciers privilégiés qui ne l'ont pas approuvé et qui peuvent obtenir le règlement séparé de leurs créances.

* *

*

En principe, la nouvelle procédure devrait être plus rapide que les anciennes : alors qu'une faillite dure en règle générale entre deux et deux ans et demi, et une suspension des paiements environ dix-huit mois, il est prévu que le *concurso* dure environ six ou douze mois selon que le concordat fait ou non suite à une proposition anticipée. Ce raccourcissement est considéré comme un facteur supplémentaire en faveur de la sauvegarde des entreprises.

LA SAUVEGARDE DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

GRANDE-BRETAGNE

Traditionnellement, le droit anglais de la faillite est très favorable aux créanciers, notamment à ceux qui bénéficient de sûretés. L'insuffisante prise en compte des intérêts économiques face aux intérêts strictement financiers a entraîné une réforme des procédures collectives en 1986.

La loi de 1986 sur l'insolvabilité, qui régit les différentes procédures collectives, qu'elles visent la sauvegarde ou la liquidation de l'entreprise, a instauré deux nouvelles procédures, l'« arrangement volontaire » et l'« administration », dans le cadre desquelles le sauvetage de l'entreprise est possible.

Cette loi a été plusieurs fois modifiée de façon à faciliter le redressement des entreprises viables.

Ainsi, la réforme de la procédure de l'arrangement volontaire adoptée en 2000 permet aux dirigeants des petites entreprises en difficulté d'obtenir de leurs créanciers un moratoire. De même, la réforme de la procédure d'administration, issue de la loi de 2002 sur les entreprises et entrée en vigueur le 15 septembre 2003, vise à faciliter les ouvertures précoces et à limiter les prérogatives des créanciers détenteurs d'un droit de gage général.

Malgré les récentes réformes, il n'existe pas de frontières nettes entre les différentes procédures collectives, ni de procédure exclusivement dévolue au redressement de l'entreprise.

Après avoir présenté les différentes procédures collectives, et en particulier les conditions de leur ouverture, le texte ci-dessous expose les principales caractéristiques de l'arrangement volontaire et de l'administration.

1) Les critères de déclenchement des procédures collectives

Les différentes procédures collectives sont : l'arrangement volontaire, l'administration, la liquidation judiciaire, la liquidation volontaire. On peut également y inclure la mise sous séquestre privée, même s'il s'agit en réalité d'une forme d'exécution d'une garantie.

a) *L'arrangement volontaire*

Cette procédure a été introduite par la loi de 1986 et modifiée en 2000. Réservée aux **entreprises qui ont des difficultés financières**, sans que l'insolvabilité soit nécessairement avérée, elle permet aux débiteurs de négocier avec leurs créanciers un compromis adapté aux circonstances.

Une fois approuvé, en principe par les créanciers et par les associés, ce compromis s'impose. L'arrangement volontaire ne requiert pas l'homologation du tribunal, mais il peut faire l'objet d'un recours judiciaire.

L'arrangement volontaire est distinct du concordat conclu avec les créanciers dans le cadre de l'article 425 de la loi de 1985 sur les sociétés. Ce dernier permet à toute société, quelle que soit sa situation financière, la conclusion d'un accord avec ses créanciers, mais la complexité, la longueur et le coût de la procédure limitent son utilisation. Un concordat conclu dans le cadre de l'article 425 de la loi de 1985 sur les sociétés doit être homologué par le tribunal.

b) *L'administration*

Cette procédure est récente : elle a été **introduite par la loi de 1986 sur l'insolvabilité**. Destinée aux entreprises susceptibles d'être sauvegardées, elle permet aux créanciers ou aux dirigeants d'obtenir du tribunal la nomination d'un administrateur extérieur, qui gère l'entreprise pendant une certaine période, déterminée par le tribunal et au cours de laquelle il étudie différentes solutions, parmi lesquelles l'arrangement volontaire. **La procédure ne vise pas exclusivement la sauvegarde de l'entreprise.**

L'ordonnance de mise sous administration est prononcée par le tribunal s'il estime que **l'entreprise est incapable de payer ses dettes ou qu'elle risque de le devenir**. En outre, il faut que l'administrateur paraisse susceptible d'atteindre l'un des objectifs de la procédure.

D'après la loi, l'incapacité à payer ses dettes est avérée dans les cas suivants :

– un créancier a exigé le règlement d'une dette de 750 £ (soit environ 500 €) et, trois semaines plus tard, il n'a pas obtenu satisfaction ;

– un créancier détenteur d'un titre exécutoire n'a pas obtenu satisfaction ;

– le tribunal est convaincu que les actifs sont inférieurs aux dettes, compte tenu des échéances prévisibles.

Depuis l'adoption de la loi de 2002, les objectifs que la loi assigne à la procédure de l'administration sont hiérarchisés :

- la survie de l'entreprise ;
- subsidiairement, une meilleure satisfaction de l'ensemble des créanciers que si l'entreprise était liquidée ;
- subsidiairement encore, la distribution des actifs entre les seuls créanciers privilégiés ou détenteurs de sûretés.

La survie de l'entreprise constitue donc l'objectif prioritaire. Avant l'adoption de la loi de 2002 sur les entreprises, la loi ne hiérarchisait pas les quatre objectifs possibles de la procédure de l'administration, qui étaient les suivants : sauvetage de l'entreprise, arrangement volontaire, homologation judiciaire d'un concordat obtenu dans le cadre de la loi de 1985 sur les sociétés et optimisation de la réalisation de l'actif.

La loi de 1986 avait introduit la mise sous administration d'une entreprise sur décision du tribunal. **La réforme de 2002 permet la mise sous administration indépendamment de toute décision du tribunal :** les dirigeants et les détenteurs d'un privilège flottant peuvent ouvrir cette procédure de leur propre chef. Il suffit que leur demande soit enregistrée par le tribunal. **Cette modification devrait permettre des ouvertures plus précoces.**

Comme la réforme de 2002 supprime, sauf dans quelques cas particuliers, les privilèges flottants, seuls les détenteurs des privilèges flottants créés avant l'entrée en vigueur de la loi pourront utiliser cette possibilité.

c) La liquidation judiciaire

Elle est généralement prononcée à l'initiative des créanciers, mais peut également être demandée par les dirigeants.

Saisi d'une demande, le tribunal prononce la mise en liquidation dans les cas suivants :

- il estime la mesure « *juste et équitable* », par exemple parce que la mésentente entre associés entrave le bon fonctionnement de l'entreprise ;
- l'entreprise n'a plus d'activité depuis un an ;
- **l'entreprise est incapable de payer ses dettes.**

Ce dernier critère est défini par la loi. Il a été développé précédemment.

d) La liquidation volontaire

L'ouverture de cette procédure requiert une **décision des associés** et se fait **en dehors de toute intervention du tribunal**.

La liquidation volontaire est dite « **à l'initiative des associés** » lorsque, dans les cinq semaines qui suivent la décision de ces derniers, les dirigeants affirment la capacité de l'entreprise à régler ses dettes dans un délai de douze mois. Dans cette hypothèse, qui correspond aux cas où l'entreprise est solvable, les créanciers ne contrôlent pas la procédure.

Lorsque l'entreprise est insolvable, la liquidation est dite « **à l'initiative des créanciers** ».

Une liquidation volontaire à l'initiative des associés peut être convertie en liquidation volontaire à l'initiative des créanciers si le liquidateur désigné par les associés découvre que l'entreprise est insolvable.

e) La mise sous séquestre privée

Cette procédure, traditionnelle en droit anglais, a vu son champ d'application très réduit par la loi de 2002 sur les entreprises.

Il s'agit en fait plutôt d'une forme d'exécution d'une garantie, puisqu'elle permet aux **créanciers qui bénéficient d'un privilège flottant et qui ne sont pas payés à l'échéance** de faire nommer par le tribunal un administrateur-séquestre. Ce dernier, agissant au nom du créancier qui l'a nommé, prend en charge l'exploitation de la société. Après qu'il a accompli sa tâche, réorganiser l'entreprise ou réaliser l'actif nécessaire au désintéressement du créancier pour qui il agit, l'administrateur-séquestre rend le contrôle de l'entreprise à ses dirigeants. En cas de réalisation des biens grevés par le privilège flottant, il doit satisfaire en priorité les créanciers bénéficiant d'un privilège de rang supérieur à celui du détenteur de privilège flottant. En règle générale, l'administrateur-séquestre laisse derrière lui une entreprise qui doit être liquidée.

La loi de 2002 limite le champ d'application de cette disposition à quelques cas de transactions financières particulièrement complexes.

2) Les principales caractéristiques de l'arrangement volontaire et de l'administration

a) La suspension immédiate des poursuites

L'arrangement volontaire

Depuis la réforme de 2000, les **dirigeants des petites entreprises** (7) qui proposent un arrangement à leurs créanciers **peuvent obtenir un moratoire**, pendant lequel les poursuites sont suspendues. Auparavant, l'absence de suspension des poursuites rendait la procédure de l'arrangement volontaire peu utile lorsqu'elle n'était pas couplée avec une mise sous administration.

L'octroi du moratoire est notamment subordonné à la présentation au tribunal de la proposition d'arrangement et d'un document du *nominee* (8) attestant la viabilité de l'entreprise et la possible réalisation de l'arrangement.

La durée de ce moratoire est limitée à 28 jours, mais elle peut être prolongée de deux mois si les créanciers sont d'accord.

L'administration

La **procédure d'administration suspend les actions des créanciers** sans qu'une décision *ad hoc* du tribunal soit nécessaire. Cette suspension dure aussi longtemps que l'entreprise demeure sous administration et vaut pour toutes les créances.

La mise sous administration rend également toute demande de liquidation irrecevable.

La suspension des poursuites a les mêmes effets dans les deux cas.

Elle exclut les mises en liquidation et la plupart des poursuites individuelles. Depuis 1986, ce dernier point a, pour ce qui concerne les entreprises mises sous administration, donné lieu à une importante jurisprudence.

La loi autorise en effet les recouvrements de la part de créanciers détenteurs de sûreté, dans la mesure où ces derniers ont l'accord du tribunal ou de l'administrateur. En 1990,

(7) Les petites entreprises sont définies par la loi comme répondant à deux des trois critères suivants : nombre de salariés inférieur ou égal à 50, actif inférieur ou égal à 1,4 million de livres, chiffre d'affaires inférieur ou égal à 2,8 millions de livres.

(8) Sauf lorsqu'elle a lieu dans le cadre d'une mise sous administration ou d'une mise en liquidation, l'ouverture de la procédure entraîne la nomination d'un professionnel de la faillite, le *nominee*, chargé non pas de gérer l'entreprise, mais de mener à bien la procédure.

dans l'affaire *Atlantic Computer System*, la *Court of Appeal* a fourni aux administrateurs des indications générales destinées à limiter le contentieux relatif à la définition des actions en recouvrement recevables. La règle générale peut s'énoncer ainsi : les actions en recouvrement ne sont pas autorisées lorsque les biens concernés sont nécessaires à la sauvegarde de l'entreprise. Dans les autres cas, il convient d'évaluer les intérêts de toutes les parties en présence, notamment des créanciers garantis et des autres, la cour excluant que l'administration puisse être menée au bénéfice des créanciers chirographaires et aux dépens des créanciers garantis.

b) L'administration par le débiteur

L'arrangement volontaire

Les dirigeants de l'entreprise restent en fonction. Toutefois, lorsqu'ils ont obtenu un moratoire, ils doivent en indiquer l'existence aux fournisseurs et aux établissements financiers.

L'administration

L'ouverture de la procédure se traduit par la désignation d'un **administrateur**. Selon qu'il s'agit d'une administration judiciaire ou non, l'administrateur est nommé par le tribunal ou par l'instigateur de la mise sous administration.

L'administrateur est un professionnel qui a, d'après la loi, l'obligation d'agir dans l'intérêt de l'ensemble des créanciers. Il **dispose d'importants pouvoirs** : il peut en particulier vendre une partie des actifs avant même que les créanciers ne se soient prononcés sur le sort de l'entreprise.

Il peut aussi changer les membres de la direction. En principe, ceux-ci restent en place, mais ils ne peuvent exercer aucune de leurs fonctions sans l'assentiment de l'administrateur.

c) Le plan de redressement

L'arrangement volontaire

L'arrangement n'est pas nécessairement proposé par le débiteur. En effet, la demande peut être postérieure à une mise sous administration ou à une liquidation. En pareil cas, l'arrangement est proposé

L'administration

Dans les **huit semaines** qui suivent la mise sous administration, l'administrateur doit adresser à tous les créanciers un document récapitulant ses **propositions générales** (sauvegarde ou liquidation)

L'arrangement volontaire

par l'administrateur ou par le liquidateur.

La loi ne détermine pas la nature de l'arrangement, qui peut donc être exactement adapté aux circonstances. L'arrangement peut en effet consister en un réaménagement de la dette ou en une réorganisation de l'entreprise. Toutefois, les droits des créanciers garantis ne peuvent pas être modifiés sans l'accord des intéressés.

L'accord doit être approuvé à la fois par les créanciers (à la majorité des trois quarts de la valeur des créances) **et par les associés** (à la majorité simple). Cependant, depuis la réforme de 2000, le tribunal a la possibilité d'imposer un accord adopté uniquement par les créanciers ou uniquement par les associés. En effet, en cas de désaccord entre les associés et les créanciers, la décision des derniers s'impose, à moins que le tribunal, saisi par un associé, ne prenne une autre décision.

Une fois adopté, l'accord s'impose à tous ceux qui ont le droit de vote, même s'ils ne l'ont pas exercé. L'exécution en est supervisée par un professionnel de la faillite.

L'administration

pour l'entreprise. Ce délai peut être prolongé d'au plus quatre semaines, soit par le tribunal, soit par les créanciers.

Dans les **dix semaines** qui suivent la mise sous administration (ce délai peut également être prolongé dans les mêmes conditions que le précédent), **les créanciers non garantis se prononcent sur les propositions de l'administrateur, à la majorité simple de la valeur des créances.** Lors de cette réunion, les créanciers peuvent décider la création d'un comité les représentant, qui assiste et surveille l'administrateur.

Lorsque l'administrateur recommande la sauvegarde de l'entreprise, il propose en principe un arrangement volontaire ou un concordat dans le cadre de l'article 425 de la loi sur les sociétés.

Dans la première hypothèse, l'administration prend fin et une procédure d'arrangement volontaire est ouverte, à moins que l'administrateur ne présente aux créanciers un projet d'accord en même temps que ses propositions générales.

Dans la seconde, l'administration se poursuit jusqu'à l'adoption du concordat. Elle prend fin au plus tard au bout d'un an, une prolongation de la période de l'administration pouvant cependant être accordée par le tribunal à la demande de l'administrateur ou décidée par les créanciers.

Pendant toute la durée de l'administration, l'administrateur gère l'entreprise conformément aux

L'arrangement volontaire

L'administration

décisions des créanciers, qu'il tient informés, notamment grâce à ses rapports semestriels. Il informe aussi le tribunal.

* *

*

L'agence du ministère du Commerce et de l'Industrie responsable des questions d'insolvabilité fournit les indications statistiques suivantes :

	1999	2000	2001	2002
Liquidations	14 280	14 317	14 972	16 305
Administrations-séquestres	1 618	1 595	1 914	1 541
Administrations	440	438	698	643
Arrangements volontaires	475	557	597	651

La procédure de l'administration est donc restée peu utilisée, au moins jusqu'en 2002, en particulier à cause de la possibilité qu'avaient les créanciers détenteurs d'un privilège flottant, c'est-à-dire en particulier les banques, d'empêcher la nomination d'un administrateur et de nommer un administrateur-séquestre chargé de défendre uniquement leurs intérêts. **En limitant les prérogatives des créanciers détenteurs de privilèges flottants, la réforme de 2002 cherche à multiplier le nombre de mises sous administration et à faciliter le sauvetage des entreprises en difficulté.**

LA SAUVEGARDE DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

NOUVELLE-ZÉLANDE

Les différentes procédures collectives sont régies par la **loi sur les sociétés**. Même s'il n'existe pas, à proprement parler, de procédure de redressement, la sauvegarde des entreprises en difficulté s'effectue grâce à deux chapitres de cette loi : le chapitre XIV, adopté en 1993 et relatif au **compromis négocié avec les créanciers**, et le chapitre XV, plus ancien et relatif au **compromis homologué par le tribunal**. En pratique, ces dispositions sont très peu utilisées.

En 1999, le gouvernement a lancé une réflexion générale sur l'insolvabilité des personnes et des entreprises. Les consultations sont quasiment achevées et le gouvernement a présenté le 14 avril 2004 un **avant-projet de loi**, qui vise à introduire une **procédure analogue à l'administration volontaire australienne**.

1) Les critères de déclenchement des procédures collectives

Les différentes procédures collectives prévues par la loi sur les sociétés sont : le compromis négocié avec les créanciers, le compromis homologué par le tribunal et la liquidation, judiciaire ou volontaire. Il faut également citer la mise sous séquestre privée, prévue par une loi *ad hoc* de 1993. Il ne s'agit pas vraiment d'une procédure collective, puisqu'elle est mise en œuvre par un seul créancier, mais elle permet parfois de sauver des entreprises en difficulté.

a) Le compromis négocié avec les créanciers

Cette procédure, prévue par le chapitre XIV de la loi sur les sociétés, permet à une **entreprise de négocier un compromis avec ses créanciers, en dehors de toute intervention judiciaire. Elle est ouverte à toute entreprise qui est incapable de payer ses dettes ou sur le point de le devenir.**

L'article 287 de la loi sur les sociétés considère l'incapacité à payer ses dettes avérée si l'une des conditions suivantes est réalisée :

– un créancier a fait « une procédure de demande réglementaire » pour exiger le paiement, dans les quinze jours, d'une dette certaine et exigible d'au moins 1 000 dollars néo-zélandais (soit environ 500 €) et la demande n'a pas été suivie d'effet ;

– un créancier détenteur d'un titre exécutoire n'a pas été réglé ;

– un créancier titulaire d'une garantie portant sur une partie substantielle du patrimoine de l'entreprise a nommé un administrateur-séquestre.

b) Le compromis homologué par le tribunal

Cette procédure, prévue par le chapitre XV de la loi sur les sociétés, permet à une **entreprise qui a des difficultés, mais qui n'est pas nécessairement insolvable, de négocier avec ses créanciers un compromis que le tribunal rend exécutoire.**

c) La liquidation judiciaire

La société, un dirigeant, un actionnaire ou un créancier peut demander au tribunal la nomination d'un liquidateur. Le tribunal satisfait à cette demande s'il considère que l'une des **conditions** suivantes est remplie :

– la société est incapable de payer ses dettes au sens de l'article 287 précité ;

– la société ou son conseil d'administration n'a pas respecté les dispositions de la loi sur les sociétés, et ce de façon grave ou persistante ;

– la liquidation de la société lui semble « *juste et équitable* ».

d) La liquidation volontaire

La liquidation peut être décidée, **en dehors de toute intervention judiciaire**, par le vote d'une résolution spéciale des actionnaires ou par une décision du conseil d'administration constatant la réalisation d'une cause de liquidation prévue par les statuts, et indépendamment de toute difficulté financière.

e) La mise sous séquestre privée

Cette procédure permet à un créancier titulaire d'une garantie portant sur une partie substantielle du patrimoine de l'entreprise de nommer un administrateur-séquestre, parce qu'**un incident de paiement prévu par le contrat relatif à la garantie s'est réalisé.**

La mise sous séquestre privée est régie par des dispositions analogues à celles en vigueur en Australie.

2) Les principales caractéristiques du compromis négocié avec les créanciers et du compromis homologué par le tribunal

Ces deux procédures sont extrêmement peu utilisées, pour des raisons qui tiennent notamment au **tissu économique composé pour l'essentiel de petites entreprises** et au **petit nombre de praticiens** dans ce domaine. Cette profession n'est pas réglementée, mais le projet de réforme portant sur l'insolvabilité devrait contenir des dispositions à cet égard.

a) La suspension immédiate des poursuites

Le compromis négocié avec les créanciers

Il n'y a pas de suspension automatique des poursuites pendant la phase d'élaboration du compromis.

Ce n'est que lorsque le compromis est formalisé que la suspension des poursuites peut être demandée au tribunal.

L'article 232 de la loi sur les sociétés permet au tribunal d'ordonner la suspension des poursuites relatives aux dettes de la société ou d'empêcher un créancier d'entreprendre toute action visant au recouvrement de sa créance, pendant une période qu'il spécifie. Celle-ci ne peut pas commencer avant la date de notification du projet de compromis et se termine au plus tard dix jours après que le résultat du vote a été communiqué.

Aucune suspension judiciaire des poursuites ne peut être prononcée à l'encontre d'un créancier privilégié.

Le compromis homologué par le tribunal

La négociation d'un compromis avec les créanciers n'entraîne **pas de suspension automatique des poursuites.**

L'article 237 de la loi sur les sociétés prévoit que le **tribunal saisi d'un projet de compromis peut rendre une décision relative aux poursuites en cours.**

b) L'administration par le débiteur

Les dirigeants restent aux affaires pendant la phase de négociation du compromis. Par la suite, c'est le compromis qui précise qui administre la société pendant la phase de redressement. En général, il s'agit des dirigeants en place, sous le contrôle de l'administrateur chargé de veiller à l'exécution du compromis.

c) Le plan de redressement

**Le compromis négocié
avec les créanciers**

La proposition de compromis peut être faite par le conseil d'administration, par un administrateur-séquestre nommé par un créancier titulaire d'une garantie portant sur une partie substantielle du patrimoine de l'entreprise, par un liquidateur ou, avec l'autorisation du tribunal, par un créancier ou un actionnaire.

L'article 227 de la loi sur les sociétés précise que le compromis peut annuler tout ou partie de la dette, modifier les droits des créanciers ou l'échéance d'une dette.

La personne qui propose le compromis doit faire parvenir à chaque créancier le projet de compromis, avec des explications sur son fondement et sur ses conséquences prévisibles.

Sauf disposition contraire figurant dans la résolution adoptée par les créanciers, lorsqu'il concerne plusieurs classes de créanciers, le compromis n'est valablement approuvé que s'il est adopté par chaque classe.

L'adoption par une classe

**Le compromis homologué
par le tribunal**

La procédure est entièrement dirigée par le tribunal, qui décide :

– des conditions, des formes et des destinataires de la notification du projet de compromis ;

– de la tenue de la réunion des créanciers ou des classes de créanciers (dont il fixe également la composition) en vue de l'examen et de l'adoption du projet de compromis ;

– de la rédaction d'un rapport sur le projet de compromis, du rédacteur et des destinataires de ce rapport ;

– du traitement des créanciers qui ont voté contre le projet de compromis ;

– des créanciers liés par le compromis et des conditions dans lesquelles ils le sont.

Le tribunal a donc notamment la possibilité d'imposer un compromis aux créanciers dissidents.

**Le compromis négocié
avec les créanciers**

**requiert une double majorité :
majorité en nombre des
créanciers votant et représentant
75 % de la valeur des créances.**

Le compromis ainsi adopté
s'impose à tous ceux qu'il vise,
mais **le tribunal peut décider
qu'un créancier qui a voté contre
n'est pas lié s'il subit un préjudice
injuste.**

**Le compromis homologué
par le tribunal**

* *

*

En mai 1999, le gouvernement néo-zélandais a engagé une réflexion générale sur l'insolvabilité des personnes et des entreprises. Il a ainsi lancé une consultation, en mai 2001, sur le sauvetage des entreprises et une autre, en mai 2002, sur la réorganisation des entreprises en difficulté. Les documents publiés à ces occasions contenaient des études sur les procédures de redressement en Australie, au Royaume-Uni, aux États-Unis et au Canada, car des emprunts à ces législations semblaient possibles.

Ces consultations ont finalement abouti à la rédaction d'un **avant-projet de loi**. Présenté le 14 avril 2004, il propose d'**introduire une procédure analogue à l'administration volontaire australienne.**

LA SAUVEGARDE DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

PAYS-BAS

La loi du 30 septembre 1893 sur la faillite et sur le sursis des paiements organise la liquidation des entreprises qui ne peuvent pas être sauvées et prévoit la possibilité d'un plan de redressement pour les autres, dans le cadre du sursis des paiements.

En pratique, le régime du sursis des paiements fonctionne mal et ne constitue, dans la plupart des cas, que le **prélude à la faillite**. C'est pourquoi une réforme législative est envisagée depuis plusieurs années pour transformer le sursis des paiements en procédure de réorganisation à part entière. **Un projet de modification de la loi de 1893 a d'ailleurs été déposé à la chambre basse en août 2000**. Le projet est actuellement examiné par la commission compétente.

1) Les critères de déclenchement des procédures collectives

a) La faillite

La procédure de faillite peut être ouverte à la demande du débiteur ou des créanciers. Elle requiert la **cessation des paiements**.

b) Le sursis des paiements

Seul, le débiteur peut demander au tribunal le sursis des paiements lorsqu'il prévoit qu'il ne pourra pas continuer à payer ses créances exigibles.

2) Les principales caractéristiques du sursis des paiements

a) La suspension immédiate des poursuites

La législation en vigueur

Le tribunal accorde le sursis des paiements à titre provisoire de façon automatique et sans évaluer la demande, car cette évaluation a lieu seulement lors de l'octroi définitif du sursis.

À moins que les créanciers (le tiers d'entre eux ou les détenteurs du quart des créances) ne s'y opposent, le tribunal accorde définitivement le **sursis** sauf dans deux cas :

– il redoute que le débiteur ne profite de la période de sursis pour nuire à ses créanciers ;

– il existe des indices laissant craindre que le débiteur, même à long terme, ne satisfasse pas à ses obligations.

En règle générale, le sursis est accordé définitivement deux à trois mois après qu'il a été octroyé à titre provisoire.

La durée du sursis est fixée par le tribunal au moment où il l'accorde : elle est d'**au plus dix-huit mois**. Le

Le projet de loi

Le tribunal n'accorde provisoirement le sursis des paiements qu'après avoir procédé à une **évaluation sommaire de la demande**. En effet, le débiteur doit accompagner celle-ci d'une note mettant en évidence la **viabilité de l'entreprise** et d'un projet de plan de réorganisation.

Si le débiteur n'est pas en mesure de présenter un dossier complet au moment où il demande le sursis des paiements, celui-ci lui est accordé pour une durée limitée – **28 jours** en principe –, mais susceptible d'être prolongée sur demande motivée.

Le projet prévoit d'ajouter un **nouveau motif de refus du sursis : l'insuffisante perspective de redressement, total ou partiel, de l'entreprise**.

La législation en vigueur

débiteur peut demander une prolongation, qui est également limitée à dix-huit mois.

Le sursis des paiements ne s'applique qu'à l'égard des créanciers chirographaires, à moins que le tribunal n'ordonne, à la demande du débiteur ou de l'administrateur, l'arrêt des poursuites (9), qualifié de « période de refroidissement », pour une durée d'un mois, renouvelable une fois. Dans cette hypothèse, les poursuites requièrent l'autorisation explicite du tribunal.

Le projet de loi

Le champ d'application du sursis des paiements est élargi aux créanciers privilégiés, en particulier au fisc, aux gestionnaires des assurances sociales et aux salariés, mais pas aux créanciers qui détiennent un gage, une hypothèque ou un droit de rétention.

Le projet de loi prévoit aussi de **porter la durée de la « période de refroidissement » à quatre mois.**

b) L'administration par le débiteur

Le débiteur reste en place, mais il perd sa capacité de décision autonome. En effet, en même temps qu'il accorde le sursis provisoire des paiements, le tribunal désigne un **administrateur**, avec lequel le débiteur partage le pouvoir d'administration. Le débiteur et l'administrateur sont parfois qualifiés de « frères siamois ».

De plus, un juge-commissaire conseille l'administrateur dans sa mission. La nomination du juge-commissaire, bien que facultative, a presque toujours lieu. Du reste, le projet de loi la rend obligatoire.

c) Le plan de redressement

Le débiteur propose un plan aux créanciers concernés par le sursis des paiements (échelonnement du paiement des dettes, annulation partielle des dettes...).

Le plan peut être proposé en même temps que la demande de sursis est déposée.

La législation en vigueur

Les créanciers votent sur le plan, qui est accepté s'il recueille une **double**

Le projet de loi

La majorité requise est plus facile à obtenir : il suffit de rassembler les

(9) Cette possibilité n'existe que depuis le 1^{er} janvier 1992.

La législation en vigueur	Le projet de loi
--- majorité : deux tiers des créanciers représentant au moins trois quarts du montant des créances.	--- suffrages de la majorité des créanciers détenteurs de la moitié des créances. Malgré l'absence de majorité, le plan peut être imposé par le juge-commissaire à la demande du débiteur ou de l'administrateur si trois quarts des créanciers chirographaires se sont exprimés pour et si les opposants ne sont pas défavorisés par le plan.

S'il est adopté par les créanciers, le plan est présenté pour **homologation** au tribunal.

D'après la loi, l'homologation doit être refusée dans les circonstances suivantes :

- l'actif dépasse les montants prévus dans l'accord ;
- la bonne exécution du plan est insuffisamment garantie ;
- l'approbation du plan n'a pas été obtenue dans des conditions régulières ;
- les honoraires de l'administrateur ne sont pas couverts.

Une fois homologué, le plan acquiert force de chose jugée et s'impose à tous les créanciers concernés par la suspension des paiements.

En revanche, si le plan n'est pas approuvé, le débiteur est déclaré en faillite par le tribunal.

