



Voyage d'études 2006

Journée de travail à Hôtel Méridien de Rio
Rio de Janeiro – Brésil

6 novembre 2006

Le droit de l'entreprise en difficulté. Expériences comparées au Brésil et en France

Intervention de **Monsieur Patrick Martin**, *Avocat au Barreau d'Angers, Administrateur judiciaire, Administrateur de Droit et Commerce*

Le renouveau des créanciers

Les Réformes successives du droit de la Faillite en France (4 en cinquante ans) ont de plus en plus privilégié l'entreprise au détriment de la collectivité des créanciers

Le réformateur considérait ce droit comme désormais inadapté à notre économie (non dirigée) et traduisant un considérable amoindrissement des droits des créanciers au profit du sauvetage à tout prix des entreprises.

Le législateur de 2005 a voulu redonner une place à ces créanciers un peu oubliés. Y est il parvenu, c'est ce que nous allons essayer de voir ?

Les **créanciers sont distingués en fonction de la date de naissance de leur créance par rapport au jugement** d'ouverture de la procédure.

Nous **évoquerons l'évolution des droits et obligations des créanciers antérieures puis postérieures** à ce jugement et **l'apparition de nouveaux créanciers ultra privilégiés** nés antérieurement et primant les créanciers postérieurs.

Puis nous nous pencherons sur la question de l'accroissement relatif des droits des contrôleurs

Enfin nous parlerons du retour aux assemblées de créanciers dans le cadre des nouveaux comités.

Ainsi donc il y a dorénavant trois grands types de créanciers.

La loi du 25 janvier 1985 classait les créances en fonction

Non seulement de la date de leur naissance par rapport au jugement d'ouverture de la procédure collective mais également du caractère régulier ou non de leur naissance après ce jugement.

Ainsi il y avait

- Les **créances antérieures** au jugement (dites de l'art 50 dorénavant L622-24) créances devant être déclarées au passif et payées dans le cadre d'une solution collective.
- Les **créances postérieures** au jugement ou de l'article 40 (dorénavant L 622-17 -1 en sauvegarde et RJ et L 641-13 en LJ) payable à échéance ou par priorité à toute autre.

Cette définition amenait **certaines anomalies**, en effet des créances nées régulièrement pendant la période d'observation, d'un fait générateur antérieur et bien qu'inutile à l'exploitation ou à la procédure se trouvaient devoir être payées par préférence pénalisant la trésorerie de l'entreprise (par exemple certaines dettes fiscales).

Voyons maintenant le sort qui est réservé par la nouvelle loi à ces différents créanciers.

Les créanciers antérieurs au jugement déclaratif et créanciers assimilés (L622-24)

Les restrictions traditionnelles au droit de ces créanciers sont globalement maintenant voire accrues.

- **Ainsi désormais « Le jugement d'ouverture « interrompt » ou interdit (et non plus suspend) toute action en justice de la part de tous les créanciers autres que ceux de l'art L622-17- I et qui tendent :**
 - à la condamnation du débiteur à payer une somme d'argent
 - à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement.

A contrario la loi nouvelle consacre **deux grands principes**.

- 1°) Le droit de poursuite individuelle des créanciers de l'article L 622-17-1 pour paiement de leur dû, faute d'avoir été payé à l'échéance.
- 2°) L'interdiction à tous les cocontractants de demander la résolution du contrat pour défaut de paiement au jour du jugement d'ouverture. Cette disposition s'applique dorénavant aux contrats d'assurances. Le droit à poursuite pour d'autres causes contractuelles est maintenu.

➤ **L'interruption ou l'interdiction des poursuites s'applique également**

- **aux créances postérieures** à l'ouverture de la procédure collective et assimilées aux créances antérieures.
- **aux créanciers ultra privilégiés** de frais de justice ou de l'argent frais s'agissant de créances nées antérieurement.

Cette mesure profitera non seulement aux personnes physiques coobligés ou cautions mais dorénavant également aux **garants autonomes jusqu'au plan ou la Liquidation judiciaire. Le tribunal pourra consentir des délais de paiement.**

Quant aux voies d'exécution le principe de leur arrêt ou interdiction est maintenu dès lors que leur effet attributif ne s'est pas produit avant le jugement d'ouverture.

La nouvelle loi ouvre un cas de nullité facultative pour des saisies attribution ou avis à tiers détenteur accomplis en période suspecte en connaissance de l'état de cessation des paiements (L 632-2 alinéa 2).

Le jugement d'ouverture comme par le passé emporte interdiction de payer

Les créances nées antérieurement au jugement d'ouverture sauf :
Les dettes connexes qui sont payées par compensation

Mais aussi les dettes de la vie courante et les créances alimentaires du débiteur personne physique.

L'arrêt du cours des intérêts (L.622-28 al. 1) des créances antérieures est non seulement maintenu mais profite désormais aux personnes physiques, cautions, coobligés et garants autonomes dans le seul cas d'une procédure de sauvegarde. Cette mesure ne s'applique pas en redressement judiciaire (L631-14-II).

Par là le législateur veut **inciter le dirigeant** souvent caution ou qui s'est fait consentir des garanties par ses proches à anticiper les difficultés de son entreprise.

Par contre le créancier pourra prendre des **mesures conservatoires** sur leurs biens.

L'interdiction d'inscription de sûreté après le jugement déclaratif est maintenue (L 622-30) (hypothèque, nantissement, privilège.)

Elle est même étendue aux actes et décisions judiciaires translatifs ou constitutifs de droits réels, cette interdiction de la loi du 25 janvier 1985 avait été supprimée par la loi du 10 juin 1994.

Il s'agit là de la volonté du législateur de combattre certaines fraudes constatées. Seul le vendeur de fonds peut faire inscrire son privilège

Les créances doivent faire l'objet d'une déclaration au passif.

dans les deux mois du Bodacc comme par le passé.

Ce principe doit s'étendre aux créanciers du préambule de l'art 622-17-1 à savoir :

1°) **Les créanciers du super privilège des salaires,**

étant observé que les avances du fonds national de garantie de salaire faites pendant la procédure de sauvegarde sont dettes de l'article L622-17-1 et ne devront pas être déclaré au passif du redressement judiciaire ou de la liquidation judiciaire prononcée ultérieurement mais viendront s'ajouter aux dettes de même nature de ces procédures.

2°) **Les frais de justice.**

Ceux ci ne doivent pas être confondus avec les frais de justice de l'alinéa 2 de l'article L622-17 c'est à dire nés de la procédure collective.

En effet il s'agit là des frais ayant leur origine avant le jugement déclaratif comme pourraient l'être ceux du mandat ad hoc ou de la conciliation, qui jusqu'alors étaient traités comme dettes de l'ancien art 50.

3°) **Les créances de la New Money.**

En effet nées antérieurement au jugement déclaratif elles devront être déclarées au passif.

Quel sera l'ordre de leur paiement ? sous l'ancienne loi il n'y avait que le super privilège des salaires, ce qui était simple puisque devant être payé sur les premiers fonds, mais aujourd'hui pour les deux autres créanciers doit on considérer que ceux ci doivent être payés suivant l'ordre de citation dans le texte ou au marc le franc ?

Certains créanciers seront dispensés de déclarer leurs créances.

Il s'agit des salariés

des créances alimentaires (L622-24-5),

des créanciers déjà soumis à un plan, en cas de résolution du plan et ouverture d'une nouvelle procédure de liquidation Judiciaire si le débiteur est en cessation des paiements.

Les créanciers seront informés d'avoir à déclarer leur créance par le mandataire judiciaire.

L'information sera faite à partir de la liste remis par le débiteur aux mandataires judiciaires pour les créanciers connus, ainsi que pour les créanciers titulaires d'une sûreté publiée, ou (nouveau) liés par un contrat publié qui se fera alors par LR AR.

L'art.117 du décret du 28 Décembre 2005 reconduit **l'obligation de publier certains contrats** pour bénéficier de l'art.L.624-10 (dispense de faire reconnaître son droit de propriété en cas de demande de restitution de biens meubles).

Ces créanciers y ont intérêt car la publicité leur permettra non seulement d'être avertis personnellement par LR AR mais encore le délai de forclusion partira de la date de la réception de l'avis.

Les délais de relevé de forclusion sont raccourcis (L 622-26)

Ils passent **d'un an du jugement à 6 mois du Bodacc** ou de la réception de la LRAR

Il est cependant maintenu à un an pour les créanciers se trouvant dans l'impossibilité de connaître l'existence de leur créance.

Le créancier devra démontrer que le défaut de déclaration **n'est pas de son fait** comme par le passé ou qu'il a volontairement été omis de la liste fournie par le débiteur.

Les créances non déclarées ou reconnues forcloses ne sont plus éteintes mais seulement inopposables à la procédure.

Il s'agit d'un retour involontaire au principe de la loi du 13 Juillet 1967 imposé dans le cadre d'une mise en harmonie avec le droit communautaire.

Le créancier ne devra pas se considérer comme hors procédure, **la suspension des poursuites devra lui être appliquée.**

Rien cependant n'interdit à ce créancier d'être contrôleur puisque pour exercer cette fonction il suffit d'être créancier et dans faire la demande au greffe, l'admission de la créance n'est pas exigée.

Il pourrait même arriver qu'il soit **appelé par l'administrateur judiciaire** dans les comités *puisque ceux ci sont constitué en fonction de la liste du passif fournie par le débiteur et la plus part du temps les comités se tiendront avant le prononcé des forclusions.*

Le recouvrement de la créance est suspendu jusqu'à la date de clôture de la Liquidation Judiciaire ou de l'achèvement du plan.

Le créancier pourra reprendre ses poursuites mais n'aura cependant pas de titre exécutoire.

Cette mesure peut être redoutable pour le débiteur personne physique en cas de clôture pour insuffisance d'actif, ce créancier quelque part négligeant pourra engager des poursuites contrairement aux créanciers ayant déclarés.

La créance sera inopposable mais la sûreté qui pourrait y être attachées ne sera malgré tout pas éteinte.

L'affectation ne pouvant être réalisée en cas de cession ni la sûreté purgée le bien sera--il indisponible ?

Enfin le délai de réclamation contre l'état des créances est porté de 15 jours à un mois de la publication du BODACC.

Les créanciers postérieurs

Les créances postérieures bénéficiant du privilège de procédure

Ces créanciers bénéficient non seulement **d'une priorité de paiement** comme sous la loi ancienne mais aussi et surtout **d'un privilège** qui sera publié au greffe sur une liste établie par les mandataires de justice.

Ces créanciers privilégiés de la Sauvegarde viendront s'ajouter à ceux de l'éventuel redressement judiciaire ultérieur qui pourront venir en concours avec ceux d'une toujours possible Liquidation Judiciaire.

Ces créanciers conservent leur droit de **poursuite, leurs intérêts courent.**

Ils peuvent engager des mesures d'exécution.

Pour bénéficier du privilège il doivent déclarer leurs créances.

Il n'y avait pas sous l'ancienne loi de procédure de recensement susceptible de figer la situation des créances postérieures afin de sécuriser les répartitions et d'éviter de voir l'apparition tardive de créanciers négligents.

Dorénavant il est fait **obligation** à ces créanciers de **porter leurs créances à la connaissance des organes de la procédure** dans le délai de :

- **1 an** de l'issue de la période d'observation **en liquidation judiciaire**
- 6 mois du jugement de LJ
- 1 an du jugement de cession (en cas de cession sous RJ il sera d'un mois de la P.O. puisque celle-ci se poursuit après le jugement de cession jusqu'à la présentation d'un plan de redressement ou la LJ.

Tout intéressé peut **contester l'inscription** d'une créance sur la liste auprès du juge commissaire dans le mois de la publication au Bodacc.

Ce qui veut dire que le juge commissaire ne verra pas sa mission terminée avant l'expiration de ces délais.

Les répartitions aux créanciers seront retardées d'autant.

Il y aura là certainement une nouvelle source de contentieux.

Les créanciers qui ne se seront pas fait inscrire dans les délais seront forclos.

Rien dans le texte ne semble autoriser les mandataires de justice à inscrire, comme dans le passé, sur la liste les créanciers connus mais qui n'ayant pas suscité leur inscription.

Ces créanciers tardifs n'auront **pas de possibilité** de se faire **relever de la forclusion.**

Le défaut de déclaration entraîne la perte définitive du privilège.

Mais il n'est pas dit qu'ils perdent tous les avantages liés à la nature de leur créance, ainsi **ils devraient conserver la possibilité de poursuivre leur débiteur.**

En cas de résolution de plan et prononcé d'une liquidation Judiciaire ces créanciers de l'Art. L 622-17 déclareront leurs créances à titre chirographaire.

Certains autres créanciers postérieurs ne bénéficieront pas du privilège

Soit parce que leur créance est née irrégulièrement après jugement d'ouverture.

Soit qu'elle est étrangère ou inutile à la procédure, à l'activité de l'entreprise ou au besoin du débiteur personne physique.

Dans tout les cas ces créanciers assimilés aux créanciers antérieurs devront procéder à la déclaration de leur créance au passif aux conditions vues ci dessus.

Les contrôleurs

Comme sous la loi de 1985 des créanciers pourront demander à être contrôleur.

Il n'est **pas nécessaire qu'ils aient déclaré leur créance au passif**. Seul le fait d'être sur la liste certifiée du débiteur suffit.

Leur nombre sera au maximum de cinq.

Ils assisteront le mandataire judiciaire dans ses fonctions et le juge dans sa mission de surveillance de l'exploitation.

Nouveauté en cas de pluralité de demandes il faudra au moins un **contrôleur privilégié et un chirographaire**.

Nouveauté Il peut y avoir un contrôleur non créancier, en cas de procédure ouverte à l'encontre d'un débiteur de profession réglementée (avocat, médecin etc.)

Ce contrôleur d'office représentant de l'ordre professionnel n'aura pas les prérogatives au titre des sanctions des autres contrôleurs et ne participera pas aux comités car réservé aux seuls créanciers.

Les contrôleurs nommés verront leurs fonctions accrues

Ils pourront parfois se substituer au mandataire judiciaire en cas d'inaction de sa part pour engager des actions contre le dirigeant :

- Soit en responsabilité pour insuffisance d'actif
- Soit en obligation aux dettes sociales
- Soit en faillite personnelle du dirigeant.

La saisine du tribunal se fera à la majorité des contrôleurs, il faudra donc **l'unanimité s'ils ne sont que deux**.

La répartition des sommes provenant de l'action engagée sera au marc le franc dans le cadre d'une insuffisance d'actif, **et suivant l'ordre des privilèges en cas d'obligation aux dettes sociales**.

De ce fait le choix de la procédure à engager sera différent selon que la majorité des contrôleurs sera privilégiée ou chirographaire.

Les domaines d'application des sanctions contre le dirigeant se trouvent restreint.

La condamnation pour insuffisance d'actif est limitée au cas de résolution du plan de sauvegarde ou de redressement ou en liquidation judiciaire.

Ainsi le prononcé du plan de sauvegarde ou de redressement efface temporairement la faute du dirigeant, même lorsque le dirigeant est écarté du plan (cession forcée d'action).

La sanction de l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du dirigeant qui n'exécute pas sa condamnation disparaît, seule demeure la possibilité d'une faillite personnelle

L'obligation aux dettes sociales.

Nécessite de démontrer l'existence d'une faute et sa contribution à la cessation des paiements.

La mesure d'« extension sanction » de la procédure collective à un tiers responsable disparaît.

Les sanctions pour défaut de comptabilité ou la comptabilité fictive ont disparu sauf en matière de la faillite personnelle.

La consultation des créanciers et celles des comités de créanciers

Comme par le passé ceux ci sont **consultés individuellement ou collectivement par le mandataire judiciaire** au fur et à mesure de l'élaboration par le débiteur de ses propositions de paiements (remises de dettes et/ou délais de paiement).

A l'issue du délai de réponse un projet de plan de redressement est soumis au Tribunal.

Dans les entreprises d'une certaine importance en nombre de salariés (150) et chiffre d'affaires (20M€) certains créanciers ne feront pas l'objet de cette consultation mais devront se prononcer sur les propositions de redressement du débiteur dans le cadre de comités.

Ils doivent être réunis et se prononcer de manière diligente.

Dans les **30 jours** du jugement d'ouverture l'administrateur judiciaire constitue deux comités :

- un comité composé des établissements de crédits -
- un comité des principaux fournisseurs. (5% du passif). Il peut y inviter d'autres fournisseurs à sa convenance.

Le débiteur aura **2 mois (plus 2 si autorisation du juge)** pour présenter des propositions (de paiements ou autres (datons, recapitalisation, argent frais) en vue d'élaborer le **projet de plan de redressement**.

Les comités ont **30 jours pour se prononcer** après avoir entendu l'avis du mandataire judiciaire (majorité des membres et 2/3 de leurs créances HT)

Le tribunal vérifie que la protection de tous les créanciers est bien assurée. Il ne peut n'y ajouter ni retrancher. Il peut seulement refuser.

Contrairement à la consultation faite par le mandataire judiciaire les propositions ne devraient pas être **soumises aux règles** :

- de limitation de la durée du plan par le tribunal (10 ans)
- du versement d'un dividende minimum de 5% à partir la deuxième année.
- de l'obligation d'un premier dividende avant l'issue de la première année du plan.
- de la **possibilité de réduction des délais de paiement par le Tribunal**.

A moins que l'on considère que le non respect de ces règles est de nature à porter atteintes au droit des créanciers ou serait contraire à la loi d'ordre public. (Il y aurait alors contradiction entre ces textes)

En cas de refus du Tribunal ou si un comité ne s'est pas prononcé ou que le débiteur n'a pas présenté à temps ces propositions, la consultation est reprise par le mandataire judiciaire suivant la forme de droit commun pour tous les créanciers.

Les créances fiscales et sociales (réunies dans le cadre de la codechef) pourront hors ces comités **accorder des remises** sur toute ou partie des dettes du débiteur **concomitamment à l'effort consenti par d'autre créancier**.

Le projet de plan de redressement englobera les réponses de ces trois types de consultations.

Conclusion

Peut on de tout cela conclure à un renouveau des droits des créanciers ?

a) Pour les créanciers antérieurs

Il doit être constaté un renouveau certain dans la situation des créanciers des comités héritiers des assemblées concordataires.

La liberté dans l'élaboration des solutions de sauvegarde ou de redressement est une avancée certaine.

Des solutions précédemment interdites par exemple considérées alors comme paiement préférentielles pourront être possibles

- incorporation de créances au passif,
- dation en paiement,
- compensation de créances non connexes.

L'intérêt des autres créanciers et la décision finale du Tribunal en seront les limites.

Les **fonctions de contrôleur** se trouvent sensiblement accrues par le fait de pouvoir engager des actions contre le dirigeant, mais le domaine d'application de ces sanctions se trouve sensiblement réduit.

Les créanciers antérieurs perdent :

- bénéfice de la saisie attribution en période suspecte,
- leur recours non seulement contre les cautions et co-obligées, mais contre les garanties autonomes,
- les délais de relevé de forclusion sont raccourcis de moitié par contre les créances forcloses ou non déclarées ne seront plus éteintes,
- et ils se voient primés par les privilèges des articles L622-17 et L 641-13 et le nouveau privilège de la New money.

Aucune modification n'a été apportée pour les créanciers bénéficiaires de sûretés spéciales.

Rien de nouveau non plus pour les créanciers titulaires d'un privilège général qui ne retrouve pas la priorité de règlement dont ils bénéficiaient avant la loi de 1985.

b) Pour les créanciers postérieurs

Nantis d'un **privilège, les conditions** pour bénéficier du droit de priorité de paiement sont réduites par rapport à celles de la loi de 1985

Ils doivent également **déclarer leurs créances** pour en bénéficier.

Ils seront malgré tout primés **par deux nouveaux types de créances non-publiées** en plus du super privilège des salaires, les frais de justice et la new money.

Ils ne pourront faire obstacle aux **paiements avant eux des créanciers rétenteurs ou titulaires d'une clause de réserve de propriété.**

Ils devront attendre l'établissement de leur liste et la fin des délais des voies de recours pour être payés.

Mais par contre ils conservent leur droit de poursuite individuelle.

En conclusion si les prérogatives des créanciers antérieurs au jugement restent fortement entravées par la réforme celles des créanciers postérieurs n'apparaîtront pas dans la pratique sensiblement améliorées.

Par contre le dirigeant a été particulièrement choyé notamment au titre des cautions mais également au titre des sanctions, l'adoption d'un plan lui donnant une nouvelle virginité.

De tout cela il n'est pas hasardeux de présumer que le renouveau sera dans les prétoires.