



L'APPORT DE LA LOI N°2005-845 DU 26 JUILLET 2005 DITE LOI DE SAUVEGARDE DES ENTEPRISES

—
Maître Jean-François TOGNACCIOLI

Avocat au Barreau de Nice
Président de la Commission de Droit de la Faillite de l'Union des Avocats Européens

Barreau de Nice

17 rue Alexandre Mari
06300 NICE
CP266

T 04 93 81 74 95
F 04 89 24 10 64

contact@JFTS.net
www.JFTS.net

Barreau de Milan
Correspondant

ROBERTO&PARTNERS

Viale Regina Margherita, 1
I – 20122 MILANO

T +39 02 55 19 36 80
F +39 02 55 19 36 64

info@robertoepartners.it
www.robertoepartners.it

LA CRISE VUE PAR... MAÎTRE JEAN-FRANÇOIS TOGNACCIOLI

Loi de sauvegarde

Avocat au Barreau de Nice, président de la Commission Droit de la Faillite de l'Union des Avocats Européens, membre de l'IMPC, Jean-François Tognaccioli met l'accent sur la Loi de Sauvegarde des entreprises.

« Les dirigeants d'entreprise ne doivent pas attendre les effets avérés de la crise financière sur l'économie réelle pour s'approprier les mesures de prévention des difficultés de leur entreprise dont la loi leur confère exclusivement l'initiative. Outil innovant, la sauvegarde assure la protection judiciaire de l'entreprise et des cautions personnes physiques dont les dirigeants. Grâce notamment à l'arrêt des poursuites individuelles, des voies d'exécution et du cours des intérêts - autrement dit le gel du passif - elle facilitera la réorganisation de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité, du maintien de l'emploi et du règlement des créanciers. Pour en bénéficier, l'entreprise devra justifier de difficultés avérées qu'elle n'est



pas en mesure de surmonter et susceptibles de la conduire, à terme, à la cessation des paiements. La perte d'un marché, d'un procès, la rupture de crédit, l'aggravation de la contrainte économique ou réglementaire sont des exemples de difficultés retenus par les Tribunaux. D'une

durée maximale de 12 mois, la procédure de sauvegarde ne pourra aboutir qu'à la continuation de l'entreprise sous la forme d'un plan de remboursement du passif de 10 ans au maximum. La cession de l'entreprise à un tiers est exclue. Les créanciers publics - désormais susceptibles de consentir des remises de dettes - doivent s'associer plus largement aux initiatives de prévention des difficultés de l'entreprise. L'avocat dans son rôle de conseil et d'assistance, l'expert-comptable, le commissaire aux comptes dans leurs rôles de détection et d'alerte, et encore, les bureaux de prévention des tribunaux de commerce, forment l'intelligence coordonnatrice d'une Loi de Sauvegarde des Entreprises plus que jamais d'actualité».

L'APPORT DE LA LOI N°2005-845 DU 26 JUILLET 2005 DITE LOI DE SAUVEGARDE DES ENTEPRISES

—
Maître Jean-François TOGNACCIOLI

Avocat au Barreau de Nice
Président de la Commission de Droit de la Faillite de l'Union des Avocats Européens

PARTIE 1

L'extension du champ d'application des procédures collectives 4

PARTIE 2

Le renforcement de la prévention..... 5

A / Une prévention par l'information 5

1/ L'information prévisionnelle de l'entreprise 5

2/ La publication des privilèges fiscaux et sociaux 5

3/ L'astreinte aux fins de dépôt des comptes sociaux 5

B / La prévention par les groupements de prévention agréés 6

C / La prévention par les procédures d'alerte..... 6

D / La prévention par la négociation : le mandat ad hoc..... 7

E / Entre la prévention et le traitement : la conciliation 8

1/ L'ouverture de la conciliation..... 8

2/ La préparation de l'accord 9

3/ L'issue de la conciliation 9

PARTIE 3

L'innovation, la rénovation et l'accélération du traitement judiciaire..... 11

A / L'innovation par la création de la procédure de sauvegarde 11

B / La rénovation du redressement judiciaire 13

C/ L'accélération de la liquidation judiciaire : la liquidation simplifiée 14

1/ Une procédure subsidiaire 15

2/ Une procédure à durée de vie limitée 16

3/ Un traitement spécifique..... 16

PARTIE 4

L'aménagement du sort des créanciers.....17

A / Les créances antérieures17

B/ Les créances postérieures17

D/ Le privilège de *new money*.....17

E/ Les créanciers contrôleurs18

F / Les remises consenties par les créanciers publics.....18

PARTIE 5

La dissociation du sort du dirigeant de celui de son entreprise18

A / La disparition des cas d'ouverture fondés sur l'idée de sanction18

B / Le nouveau régime des sanctions patrimoniales et professionnelles19

1/ L'obligation aux dettes sociales..... 19

2/ Le comblement de l'insuffisance d'actif 20

3/ La faillite personnelle et l'interdiction de gérer..... 20

Mise à jour au 5 décembre 2008

Droit complexe, qui concerne et définit dans une certaine mesure les conditions d'existence des entreprises et aujourd'hui les conditions d'exercice des professionnels libéraux et indépendants, le droit des procédures collectives n'a pas fait l'objet de modifications aussi fréquentes que d'autres pans du droit français. Depuis la loi du 13 juillet 1967 et l'ordonnance du 23 septembre de la même année, qui sont considérées comme les textes fondateurs du droit moderne des entreprises en difficultés, le législateur n'est intervenu qu'à quatre reprises pour en aménager le contenu. Les lois du 1er mars 1984, sur la prévention des difficultés et le règlement amiable, puis du 25 janvier 1985, sur le redressement et la liquidation judiciaire, ont placé la préservation de l'emploi au coeur des procédures, parfois au détriment des créanciers. La loi du 10 juin 1994, loi annoncée comme « le printemps des sûretés réelles » est venue y apporter des corrections techniques plutôt bienvenues – même si inspirées par le lobby bancaire - avant que celle du 26 juillet 2005 intègre de nouvelles procédures destinées à mieux prévenir les difficultés et à anticiper d'éventuelles défaillances.

Les 196 articles de la loi de sauvegarde des entreprises n° 2005-845 du 26 juillet 2005 et les 358 articles de son décret d'application n° 2005-1677 du 28 décembre 2005¹ sont entrés en vigueur le 1er janvier 2006. Les praticiens du droit français des entreprises en difficultés se sont retrouvés eux-mêmes en difficulté pour s'approprier ces nouvelles dispositions codifiées pour leur partie législative uniquement au LIVRE VI du Code de Commerce.

Les principales mesures de la réforme s'articulent autour des 5 points suivants :

- L'extension du champ d'application des procédures collectives
- Le renforcement de la prévention
- L'innovation, la rénovation et l'accélération du traitement judiciaire
- L'aménagement du sort des créanciers
- La dissociation du sort du dirigeant de celui de son entreprise

¹ désormais codifiés dans la partie réglementaire du Code de Commerce.

PARTIE 1

L'extension du champ d'application des procédures collectives

Avant la réforme, les différentes procédures s'appliquaient aux personnes morales de droit privé, personnes physiques commerçantes, artisans agriculteurs.

Elle s'étend désormais aux personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante y compris libérale.

Lorsque le professionnel libéral est soumis à un ordre professionnel, ce dernier est désigné contrôleur dans la procédure afin de veiller au respect des règles déontologiques qui gouvernent l'exercice de la profession, notamment le secret professionnel.

A ce titre l'ordre professionnel intervient de différentes manières et principalement :

- la décision ouvrant la procédure de conciliation lui est communiquée,
- il est entendu ou appelé dans la procédure d'homologation de l'accord amiable,
- il est entendu ou appelé pour l'ouverture de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire
- il assiste à l'inventaire,
- il est consulté par l'administrateur pour l'établissement de son rapport,
- il peut saisir le ministère public en vue de l'ouverture d'une liquidation judiciaire

L'attention doit être portée sur les dispositions de l'article L 641-9 du Code de Commerce aux termes duquel « lorsque le débiteur est une personne physique, il ne peut exercer, au cours de la liquidation judiciaire, aucune des activités mentionnées au premier alinéa de l'article L. 640-2. », c'est-à-dire susceptibles d'être soumises à une procédure collective. En d'autres termes le professionnel libéral ne pourra exercer qu'une activité salariée pendant toute la durée de la liquidation judiciaire. Une telle interdiction de fait d'exercer de son activité à titre libéral risque de le conduire à de très grandes difficultés de subsistance étant précisé que de part son statut, le professionnel libéral ne bénéficie pas d'assurance collective de perte d'activité. Il sera difficile de trouver un emploi salarié pour continuer à exercer une profession jusqu'alors exercée à titre indépendant. Les délais de clôture de la liquidation judiciaire désormais imposés – dans leur principe – par la loi de sauvegarde prennent alors toute leur signification.

Pour le cas spécifique des débiteurs en liquidation exerçant une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire, ou dont le titre est protégé, le décret prévoit la désignation par le tribunal d'un représentant de l'ordre professionnel ou de l'autorité compétente pour accomplir les actes relevant de la profession. S'il le souhaite, ce représentant peut déléguer sa mission à un autre membre de la profession, en activité ou retraité.

PARTIE 2

Le renforcement de la prévention

La loi de sauvegarde des entreprises confère une place nouvelle à l'anticipation des problèmes des entreprises dans les procédures destinées à en redresser le sort, en ajoutant des outils novateurs ou en rénovant certains.

A / Une prévention par l'information

1/ L'information prévisionnelle de l'entreprise

Dans le cadre de la prévention des difficultés de l'entreprise, les entités employant au moins 300 salariés ou réalisant un chiffre d'affaires hors taxe au moins égal à 18 millions d'euros, ont l'obligation d'établir des documents prévisionnels (situation de l'actif réalisable et du passif exigible établie chaque semestre, compte de résultat et plan de financement prévisionnel). Ces documents sont analysés dans des rapports établis deux fois par an par les dirigeants de la personne morale concernée. La communication de ces documents permet éventuellement aux commissaires aux comptes et au comité d'entreprise de déclencher la procédure d'alerte.

2/ La publication des privilèges fiscaux et sociaux

La loi du 26 juillet 2005 a étendu l'obligation des organismes de sécurité sociale et du Trésor Public de publier leur privilège aux fins d'opposabilité à la procédure collective. Le but de cette mesure est d'inciter les créanciers publics à publier leur privilège dans les meilleurs délais afin de fournir aux tiers une information utile sur les incidents de paiement dont les sommes garanties font objet.

3/ L'astreinte aux fins de dépôt des comptes sociaux

L'article L 611-2-II du Code de Commerce issu de la réforme de 2005 prévoit que le Président du Tribunal de Commerce ou de Grande Instance pourra procéder, même d'office, à une injonction au dirigeant d'avoir à déposer au greffe ses comptes annuels, sous astreinte.²

² Le décret du 28 décembre 2005 - dont les dispositions sont désormais codifiées dans la partie réglementaire du Code de Commerce - définit les modalités de concertation du président du tribunal avec les dirigeants des personnes morales ou les gérants des entreprises individuelles. Prévu à l'article L. 611-2 du code de commerce, elles sont explicitées dans un sens conférant une large place au principe du contradictoire. La convocation du débiteur intervient un mois à l'avance par lettre recommandée, accompagnée d'une note dans laquelle le président du tribunal expose les faits motivant son initiative. Lorsque le débiteur choisit de ne pas se rendre à l'entretien, il doit être averti que des investigations sur sa situation économique et financière peuvent être engagées par le président du tribunal auprès des commissaires aux comptes, des membres et représentants du personnel, des administrations publiques, des organismes de sécurité et de prévoyance sociales ainsi que des services chargés de la centralisation des risques bancaires et des incidents de paiement, lesquels ne sont pas tenus d'y répondre en cas d'irrégularité. L'entretien donne lieu à un procès-verbal ne mentionnant que la date, le lieu et les

B / La prévention par les groupements de prévention agréés

Les groupements de prévention agréés sont constitués sous forme d'association dont l'adhésion facultative est réservée aux petites et moyennes entreprises, qui ne sont ni astreintes à l'établissement de documents prévisionnels, ni à la désignation d'un commissaire aux comptes.

La mission du groupement de préventions agréés est de fournir confidentiellement à ses adhérents, une analyse comptable et financière de la situation.

C / La prévention par les procédures d'alerte

La procédure d'alerte des dirigeants sur les difficultés de l'entreprise peut être à l'initiative de diverses personnes :

- Le commissaire aux comptes
- Le comité d'entreprise
- Les associés et les actionnaires
- Le Président du Tribunal lui-même

participants, ce qui constitue une garantie de confidentialité de nature à inciter les chefs d'entreprise à déférer à leur convocation ; en effet, rien n'aurait été plus dissuasif pour des gestionnaires que de courir le risque de voir étalées sur la place publique d'éventuelles difficultés de trésorerie, encore susceptibles à ce stade de se résorber sous réserve qu'ils continuent de bénéficier de l'appui de leurs créanciers, notamment bancaires. En cas d'absence de réponse à la convocation du président du tribunal, un procès-verbal de carence est dressé par huissier et la demande de renseignements sur la situation de l'entreprise est envoyée dans la foulée. Le décret du 28 décembre 2005 - dont les dispositions sont désormais codifiées dans la partie réglementaire du Code de Commerce - précise également la procédure d'injonction pour la publication, le cas échéant sous astreinte, des comptes annuels. Une présentation du décret, parue au lendemain de sa publication, explique que : « Le dispositif mis en place s'efforce de concilier un impératif d'efficacité de cette procédure fondée sur un élément objectif aisément constatable et le respect des droits de la défense ». Concrètement, le président du tribunal rend, dans un premier temps, une ordonnance insusceptible de recours faisant injonction, sous astreinte, au représentant légal de la personne morale débitrice de déposer ses comptes dans un délai d'un mois et fixant une date d'audience pour la liquidation de cette astreinte. Au cours de cette seconde audience, le représentant légal du débiteur a la possibilité de faire valoir ses observations avant que le président du tribunal statue. L'audience n'est retirée du rôle que dans deux cas de figure : un dépôt des comptes dans le délai imparti ou un retour de la notification de la décision d'injonction au greffe du tribunal avec la mention « n'habite pas à l'adresse indiquée ». Monsieur Xavier de Roux, dans son Rapport d'information parlementaire n°3651 déposé à l'Assemblée Nationale le 31 janvier 2007, fait les observations suivantes : « Le rapporteur n'est pas certain que le formalisme, voire la solennité, découlant de cette recherche du plus grand respect possible des droits de la défense dès la concertation préalable avec le débiteur soit compatible avec l'urgence qui préside bien souvent à l'avenir des sociétés qui rencontrent leurs premières difficultés. Les préventions des chefs d'entreprise ainsi convoqués à l'égard du juge consulaire en sont redoublées, alors même que le législateur souhaitait seulement établir un dialogue préalable susceptible de déboucher sur des conseils. Le résultat des dispositions du décret n'a d'ailleurs pas tardé à se faire sentir puisque, de 2005 à 2006, les entretiens de prévention et détection des difficultés des entreprises accordés par les présidents de tribunaux de commerce ont sensiblement diminué (de l'ordre de 10 % pour le tribunal de commerce de Paris, par exemple). En fait, pour être réellement utiles, ces entretiens devraient avoir lieu sans délai, sur convocation par une seule lettre simple.

D / La prévention par la négociation : le mandat ad hoc

La pratique judiciaire de nomination du mandataire ad hoc a été consacrée par la loi de sauvegarde des entreprises (article L 611-3). Sa nomination n'obéit à aucune condition, ni aucun délai et n'est pas inconciliable avec l'état de cessation des paiements³ dès lors que ce dernier n'existe pas depuis plus de 45 jours.

³ Monsieur Xavier de Roux, dans son Rapport d'information parlementaire n°3651 déposé à l'Assemblée Nationale le 31 janvier 2007, fait les observations suivantes :

« Depuis la loi du 25 janvier 1985, inspirée elle-même de la jurisprudence de la Cour de cassation, la cessation des paiements est caractérisée par l'impossibilité pour une entreprise débitrice de faire face à son passif exigible avec son actif disponible.

La loi de sauvegarde des entreprises a cherché à relativiser l'effet couperet qui caractérisait antérieurement cette notion, sans en modifier le fond. La cessation des paiements était jusque-là déterminante pour l'engagement ou la clôture des procédures collectives. Pour tenir compte des cas de figure dans lesquels des sociétés fondamentalement viables et solvables peuvent techniquement se trouver en état de cessation des paiements (en raison d'un décalage, aussi faible soit-il, entre des échéances de créances et des rentrées régulières de trésorerie, par exemple), le législateur lui a donc fait perdre son automaticité dans le déclenchement des procédures dites judiciaires.

C'est ainsi, notamment, que l'article L. 611-4 du code de commerce dispose désormais que la conciliation peut s'engager jusqu'à quarante-cinq jours après la cessation des paiements. Parallèlement, à l'article L. 620-1 du même code, la sauvegarde a été prévue pour les débiteurs désireux de se mettre à l'abri d'éventuelles poursuites lorsqu'ils justifient de difficultés qu'ils ne sont pas en mesure de surmonter et de nature à les conduire à la cessation des paiements. Cela ne signifie aucunement, cependant, que la sauvegarde puisse s'accommoder d'un état caractérisé de cessation des paiements, puisque le code prévoit, dans ce cas, une reconversion de la procédure en redressement ou liquidation judiciaires. Il n'en demeure pas moins que la loi a estompé la frontière entre procédures amiables (la conciliation) et procédures judiciaires (redressement et liquidation), conférant au juge le soin de faire vivre, dans la pratique, l'exigence de prévention des difficultés qui sous-tend la réforme de 2005. Bien évidemment, dans un tel contexte, le pragmatisme des tribunaux de commerce revêt une importance considérable.

Lors de l'examen parlementaire des dispositions de la loi n° 2005-845, certaines voix s'étaient faites l'écho de la nécessité de faire évoluer la définition légale de la cessation des paiements, en prévoyant que celle-ci soit caractérisée par la non-concordance de l'actif disponible avec le passif exigible et exigé, de manière à inciter le juge à davantage de souplesse. Il s'agissait là de conforter, dans la loi, une prise de position isolée de la Cour de cassation, au statut incertain, fondant sa décision sur le fait que « le passif à prendre en considération pour caractériser l'état de cessation des paiements est le passif exigible et exigé, dès lors que le créancier est libre de faire crédit au débiteur » (Cass. com., 28 avril 1998, « M. Laroppe c/ Mme Perrotel épouse Morel », non publié au bulletin.)

Le rapporteur s'était contenté de reproduire les tenants et aboutissants de ce débat, tout en convenant qu'il n'était sans doute pas encore mûr. Un an après l'entrée en vigueur des nouvelles procédures, apparaît-il nécessaire de relancer ces questionnements sur l'utilité de restreindre l'acception légale de la cessation des paiements ?

La pratique n'a pas encore permis d'entrevoir une position bien établie du juge commercial en matière d'application de la reconversion des procédures de sauvegarde en redressement. On peut néanmoins observer que, comme cela était déjà le cas auparavant, les tribunaux de commerce ont plutôt tendance à apprécier l'existence ou non d'un état de cessation des paiements, en fonction des circonstances. Le rapporteur en veut pour preuve les cas de la société Eurotunnel. En l'espèce, dans un jugement du 2 août 2006, autorisant l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, le tribunal de commerce de Paris a considéré

La nomination du mandataire ad hoc dépend de la volonté du débiteur. Saisi sur requête, le Président du Tribunal choisira librement la personne du mandataire ad hoc dont il définira la mission : résoudre un conflit entre associés, avec les salariés, les fournisseurs ou encore les banquiers.

Le mandat ad hoc étant purement contractuel, rien ne peut être imposé aux créanciers. Sa durée initiale peut être prorogée et il peut être suivi d'une procédure de conciliation.

Le mandataire ad hoc rend compte de sa mission par le biais d'un rapport au Président du Tribunal et informe le chef d'entreprise de ses constatations et conclusions sur les difficultés de l'entreprise.

E / Entre la prévention et le traitement : la conciliation

La conciliation est le nouveau nom donné par la réforme de 2005 à la procédure antérieure du règlement amiable. La loi de sauvegarde des entreprises a toutefois laissé subsister le règlement amiable agricole.

1/ L'ouverture de la conciliation

La procédure de conciliation est applicable à toutes les personnes physiques, commerçants, artisans et, depuis la loi de sauvegarde des entreprises, à tous les professionnels indépendants, y compris les professionnels libéraux, ainsi qu'à toutes les personnes morales de droit privé, à l'exclusion des syndicats de copropriétaires.

que les accords de restructuration financière des créances convenus les 23 et 30 mai précédents avec les principaux créanciers (représentant plus de 50 % de la dette sociale) rendaient lesdites créances non exigibles jusqu'à la fin de l'année et empêchait, par voie de conséquence, une cessation des paiements avant le 1er janvier 2007. Le rapporteur considère, pour sa part, que les créances restaient juridiquement exigibles et que c'est uniquement parce qu'elles n'étaient pas effectivement exigées qu'Eurotunnel ne se trouvait pas en état de cessation des paiements.

On le voit donc de manière assez éclatante : le pragmatisme du juge est fonction de l'importance économique et sociale des enjeux. Or, il peut apparaître dommage de ne pas généraliser le raisonnement à toutes les entreprises en difficultés, d'autant plus que certaines critiques mises en avant contre le critère du passif exigé (notamment le retardement des procédures) ne tiennent pas devant le constat, statistiquement souligné plus haut, de la marginalisation du redressement judiciaire. Tout au plus, pourrait-on craindre l'apparition de difficultés nées du comportement de certains créanciers, qui s'abriteraient derrière le pouvoir d'exiger leur créance pour exercer une forme de pression sur leur débiteur. Cette critique ne saurait être prise à la légère, assurément, mais elle n'est pas insurmontable dès lors que de tels agissements pourraient se trouver sanctionnés par la loi.

Le rapporteur estime qu'on ne pourra pas très longtemps faire l'économie d'une adaptation de la définition de la notion de cessation des paiements. Le pragmatisme qui entoure actuellement sa mise en oeuvre le justifie, dans l'intérêt même des entrepreneurs justiciables. »

Le chef d'entreprise, qui a seul l'initiative de saisir le Président du Tribunal, doit éprouver une difficulté juridique, économique ou financière avérée ou prévisible et ne pas être en état de cessation des paiements depuis plus de 45 jours.⁴ Ce dernier point constitue une grande nouveauté par rapport au règlement amiable de la législation précédente.

Saisi sur requête du seul débiteur, le Président du Tribunal, après audition du requérant et obtention de renseignements sur la situation économique de l'entreprise, nomme un conciliateur, si la demande lui paraît fondée et qu'il ne constate pas un état de cessation des paiements depuis plus de 45 jours.

2/ La préparation de l'accord

Le conciliateur nommé pour une durée de 4 mois, renouvelable un mois, a pour stricte mission de rechercher la conclusion d'un accord amiable avec les principaux créanciers, voire avec des cocontractants, alors même qu'ils ne seraient pas créanciers.

Le dirigeant conserve ses pouvoirs de gestion. Il n'y a pas de suspension provisoire des poursuites.

La loi de sauvegarde offre désormais aux créanciers publics la possibilité d'accorder des remises portant sur le principal de la dette à condition que les créanciers privés accordent des remises concomitantes.⁵

Procédure confidentielle⁶, à défaut d'accord, la conciliation ne débouchera sur un redressement judiciaire que dans l'hypothèse d'un état de cessation des paiements. La voie de la sauvegarde reste ouverte.

3/ L'issue de la conciliation

Le débiteur aura le choix de faire procéder au constat de l'accord ou à son homologation.

Par requête conjointe, les parties à l'accord peut saisir le Président du Tribunal aux fins de constat de l'accord de conciliation. Cette décision ne fait l'objet d'aucune publicité et d'aucun recours. La confidentialité est donc totale.

L'homologation présente des avantages supérieurs au simple constat de l'accord. A la demande du débiteur, le tribunal homologue l'accord obtenu si les conditions suivantes sont réunies :

- 1° Le débiteur n'est pas en cessation des paiements ou l'accord conclu y met fin ;
- 2° Les termes de l'accord sont de nature à assurer la pérennité de l'activité de l'entreprise ;
- 3° L'accord ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers non signataires, sans préjudice de l'application qui peut être faite des articles 1244-1 à 1244-3 du code civil.

⁴ L 611-4 du Code de Commerce

⁵ Articles R 626-9 à R 626-16 du Code de Commerce issus du décret n° 2007-153 du 5 février 2007

⁶ L'article L 611-5 prévoit que « Toute personne qui est appelée à la procédure de conciliation ou à un mandat ad hoc ou qui, par ses fonctions, en a connaissance est tenue à la confidentialité. » sanctionnée sur le terrain de la responsabilité civile.

Le jugement d'homologation est publié comme un jugement d'ouverture d'une procédure collective, au Bulletin Officiel des Annonces Civiles et Commerciales (BODACC).

L'homologation de l'accord produit de multiples effets juridiques :

- elle entraîne levée de l'interdiction d'émettre des chèques,
- elle interdit avant son intervention, toute action en report de la date de cessation des paiements,
- elle entraîne la suspension des poursuites pendant toute la durée de l'accord,
- elle autorise le Tribunal à imposer jusqu'à 2 ans de délais de grâce aux créanciers non signataires,
- elle profite aux garants,cautions, codébiteurs et garants autonomes qui pourront se prévaloir des délais et remises accordés au débiteur.

Pour inciter les créanciers à participer à un tel accord, ceux qui accorderont un nouvel apport en trésorerie en vue d'assurer la poursuite et la pérennité de l'exploitation bénéficieront d'un privilège, si le débiteur est amené par la suite à déposer le bilan. Il s'agit du privilège de *new money* qui permettra aux créanciers de primer le créancier postérieur à l'ouverture de la procédure collective.

En cas d'inexécution de l'accord homologué, le Tribunal saisi par l'une des parties à l'accord, prononce sa résolution et la déchéance des délais de paiement. Cependant, cette décision n'entraînera pas automatiquement l'ouverture d'une procédure collective.

Monsieur Xavier de Roux, dans son Rapport d'information parlementaire n°3651 déposé à l'Assemblée Nationale le 31 janvier 2007⁷, relève que : « Pour le seul ressort du tribunal de commerce de Paris, le nombre de désignations de conciliateurs est passé de 16, en 2005, à 81, en 2006, soit une augmentation de plus de 300 %. Les données du greffe et du tribunal relatives au mandat ad hoc, quant à elles, apparaissent moins significatives dans la mesure où la juridiction commerciale parisienne était de longue date pionnière en la matière. De fait, la stabilisation du nombre de désignations de mandataires ad hoc (79 en 2006 contre 83 en 2005) n'est que la confirmation d'un usage déjà bien répandu chez les juges consulaires de la capitale. »

⁷ Page 40 dudit rapport

PARTIE 3

L'innovation, la rénovation et l'accélération du traitement judiciaire

A / L'innovation par la création de la procédure de sauvegarde

La procédure de sauvegarde est originale car elle constitue une procédure de prévention judiciaire. Elle intervient en présence de difficultés avérées et non plus prévisibles, avant la constatation de la cessation des paiements, mais elle est une procédure à part entière qui reprend, en les adaptant, bon nombre des dispositions du redressement judiciaire.

Cette procédure qui emprunte au *Chapter 11* du *Bankruptcy Code* américain⁸, une de ses mesures phare, a d'ailleurs la même finalité que la procédure de redressement judiciaire c'est-à-dire faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif.

Cette procédure de « redressement judiciaire light » comme l'a souligné le professeur Lucas, se distingue radicalement du redressement judiciaire issu de la loi de 1985 dans la condition d'ouverture : elle est ouverte exclusivement sur demande du débiteur, qui justifie de difficultés susceptibles de le conduire à la cessation des paiements et qu'il n'est pas en mesure de surmonter ; en outre, elle doit être ouverte avant la cessation des paiements.

La sauvegarde ne pourra être maintenue que pour autant que la cessation des paiements n'apparaît pas. A défaut le Tribunal décidera de la conversion en redressement ou liquidation judiciaire.

Le jugement prononçant la procédure de sauvegarde ouvre une période d'observation de 6 mois maximum, renouvelable une fois.

⁸ La procédure de sauvegarde : un "Chapter 11" à la française ?, extrait de la lettre de recouvrement, septembre 2005 - Thierry DORLEAC, Avocat Associé de la Société d'Avocats Dorleac, Azoulay Associés, GESICA PARIS. L'auteur observe que « la procédure de sauvegarde française demeure perfectible sur les points suivants :

[Premier point :] l'absence de plan de cession totale : En effet, il est regrettable que le législateur est été timide en s'inspirant seulement du Chapter 11 et n'ai pas cru bon d'innover en proposant en alternative, au delà de la cession partielle de branche d'activité, la cession complète de ou des branches d'activités constituant le fond de commerce de la société débitrice, cession qui aurait été soumise au vote à la majorité qualifiée des comités de créanciers ; Cela aurait été la première fois que des créanciers fussent consultés pour refuser ou accepter le plan de cession proposé. En effet, à la lumière de l'expérience des vingt dernières années sous l'empire de la loi actuelle de 1985, il faut bien reconnaître que dans la pratique le plan de cession a assuré, dans la majorité des cas, la sauvegarde de l'entreprise et le maintien de l'emploi sans casser l'outil industriel ni son fonds de commerce, ce qui est très rarement le cas dans le cadre de cession d'une unité de production en liquidation judiciaire. [Second point :] l'absence de procédure de licenciement économique accéléré, rendant très difficilement compatible la mise en œuvre d'un plan social de droit commun en moins de quatre mois, durée maximale pour la présentation du plan de sauvegarde au comité des créanciers.

Le principe de l'arrêt des poursuites individuelles, des voies d'exécution et du cours des intérêts est celui applicable en matière de redressement judiciaire et les cautions pourront s'en prévaloir.

La sauvegarde ne pourra aboutir que sur la continuation de l'entreprise sous la forme d'un plan dont la durée ne peut excéder 10 ans dont les cautions pourront se prévaloir, à la différence notable du plan de continuation en matière redressement judiciaire.

Les créanciers sont consultés dans les mêmes conditions que dans le cadre de l'élaboration du plan de redressement : les propositions pour le règlement de leurs créances seront communiquées pour accord sur les remises et délais proposés.

La nouvelle loi institue la création de 2 comités de créanciers (établissements bancaires d'un côté et fournisseurs de l'autre), comités obligatoirement constitués pour les entreprises d'une certaine taille. Les seuils fixés par le décret du 28 décembre 2005 qui prévoit que ces comités ne concernent que les débiteurs réalisant un chiffre d'affaires hors taxes supérieur à 20 millions d'euros ou employant plus de 150 salariés, ces critères étant alternatifs. Monsieur Xavier de Roux, dans son Rapport d'information parlementaire n°3651 déposé à l'Assemblée Nationale le 31 janvier 2007, relève que « par voie de conséquence, le caractère obligatoire du nouveau dispositif se trouve restreint à un nombre relativement limité d'entreprises, à tout le moins aux plus grandes d'entre elles, et cela contrairement à la volonté que le législateur avait exprimé lors des débats parlementaires. Cela ne signifie aucunement, néanmoins, que les plus petites soient complètement écartées, puisqu'il est précisément indiqué que le juge-commissaire, s'il est saisi en ce sens par le débiteur ou l'administrateur, peut décider au cas par cas de l'opportunité de créer de tels comités. »

Les créanciers publics peuvent plus largement consentir des remises.

En cas d'inexécution du plan, le tribunal peut en prononcer la résolution. Si une nouvelle procédure collective est ouverte, les créanciers inclus dans le plan, seront dispensés de déclarer de nouveau au passif

Monsieur Xavier de Roux, dans son Rapport d'information parlementaire n°3651 déposé à l'Assemblée Nationale le 31 janvier 2007, relève que « Grande innovation de la loi du 26 juillet 2005, la procédure de sauvegarde des entreprises a un peu tardé à s'imposer : seulement 99 ont été ouvertes en France au premier trimestre 2006, puis 116 le second, selon l'institut Altarex. Ce constat n'est guère étonnant pour une mesure complètement nouvelle ; pour mémoire, on rappellera que la loi du 1er mars 1984 a mis près de dix ans avant de trouver sa place auprès des praticiens et des entreprises en difficultés, ce qui ne semble pas devoir être le cas de la loi n° 2005-845.

Depuis le second semestre de 2006, le recours à la procédure de sauvegarde semble s'être accentué, sous le double effet de l'acclimatation des professionnels aux règles nouvelles et de la médiatisation de cas retentissants (Eurotunnel et Libération). Ainsi, au 10 janvier 2007, la délégation de l'union nationale pour l'emploi dans le commerce et l'industrie

(UNEDIC) auprès de l'association pour la garantie des salaires (AGS) dénombrait 500 procédures de sauvegarde ouvertes sur toute l'année 2006⁹. »

B / La rénovation du redressement judiciaire

L'ouverture du redressement judiciaire doit être demandée par le débiteur dans les 45 jours de la naissance de l'état de cessation des paiements au lieu des 15 jours définis par le droit antérieur.

Le déroulement de la procédure est pour l'essentiel identique à celui de la sauvegarde.

La loi de sauvegarde conduit le tribunal à ordonner au plus tard dans les deux mois du jugement d'ouverture, la poursuite de la période d'observation s'il lui apparaît, au vu du rapport du débiteur ou de l'administrateur que l'entreprise dispose à cette fin, de capacités de financement suffisantes. Si tel n'est pas le cas, le tribunal prononcera la liquidation judiciaire.

Autre innovation, le tribunal peut mettre fin à la procédure, s'il apparaît que le débiteur dispose des sommes suffisantes pour désintéresser les créanciers et acquitter les dettes

⁹ « Avec un taux de 26,4 %, le secteur d'activité le plus concerné par les procédures de sauvegarde est l'industrie. Le commerce arrive en seconde position avec une proportion de procédures l'impliquant de l'ordre de 19,4 %, suivi par les services aux entreprises (18,4 %) et les services aux particuliers (12,2 %).

Les entreprises relevant de la procédure sont clairement des très petites structures (TPE), ou des PME-PMI de moyenne importance (dix à cinquante salariés). Ces résultats sont à comparer avec le profil des entreprises françaises, employant pour 90 % d'entre elles moins de cinq salariés.

Par ailleurs, près d'un tiers des sociétés en sauvegarde réalisent plus d'un million d'euros de chiffre d'affaires, alors que seulement 6 % des entreprises en redressement ou en liquidation judiciaires se trouvent dans la même situation. La dimension des entreprises en sauvegarde apparaît donc largement supérieure à celle des entreprises concernées par une procédure collective classique. Par voie de conséquence, il est permis de considérer que la sauvegarde ne s'est pas substituée à des procédures existantes mais qu'elle a plutôt répondu à un réel besoin.

Autre aspect qui mérite de retenir l'attention, alors que, de manière constante, les entreprises en redressement ou en liquidation judiciaires sont jeunes (beaucoup ayant une ancienneté inférieure à 5 ans), celles qui demandent l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ont davantage d'antériorité et, de ce fait, elles sont mieux implantées économiquement et géographiquement. C'est ainsi que 70 % des procédures de sauvegarde ouvertes concernent des entreprises créées depuis plus de 10 ans. (...).

On observe malgré tout une certaine disparité géographique dans la mise en oeuvre de la procédure. La région dans laquelle il y est le plus souvent recouru est la région Rhône-Alpes, où la proportion de sauvegardes ouvertes atteint 17,7 % des procédures nationales. Suivent la région Provence-Alpes-Côte-d'Azur (15,9 %) et, dans une moindre mesure, l'Île de France (8,4 %).

S'il n'est pas étonnant que les régions au potentiel économique le plus important se trouvent en tête du palmarès, il apparaît pour le moins paradoxal que l'Île de France figure en relatif retrait, alors même que s'y concentrent près de 20 % du produit intérieur brut et de très nombreuses entreprises. Les raisons à cela semblent diverses : outre le fait que le dynamisme économique y est peut-être un peu plus vigoureux qu'ailleurs, la politique juridictionnelle à l'égard des critères de recevabilité des demandes de sauvegarde y est sans doute plus stricte. Il y a tout lieu de penser, en outre, que le recul manque pour pouvoir forger des conclusions définitives, les chiffres ayant véritablement évolué à Paris depuis l'automne 2006. »

afférentes à la procédure. Les modalités d'adoption du plan et le rôle des créanciers seront identiques à ceux de la procédure de sauvegarde.

Le tribunal devra arrêter un plan organisant soit la continuation, soit la cession partielle ou totale de l'entreprise. Dans l'hypothèse d'un plan de cession, le Tribunal prononcera la liquidation judiciaire et la cession aura désormais lieu sous ce dernier régime.

C/ L'accélération de la liquidation judiciaire

La liquidation judiciaire connaît deux innovations principales avec la loi du 26 juillet 2005. D'abord l'intégration de la cession de l'entreprise en phase liquidative. Ensuite l'instauration de la liquidation judiciaire simplifiée.

Au-delà de ces nouveautés, la liquidation judiciaire apparaît désormais comme une procédure à part entière dans le droit des entreprises en difficultés et n'est plus considérée comme le subsidiaire du redressement judiciaire. Le législateur de 2005 a fait preuve de plus de réalisme que celui de 1985. Il est parti d'un constat : 90% des procédures collectives sont des procédures de liquidation judiciaire. Eu égard à cette réalité économique, la liquidation a été réhabilitée et se présente comme un outil visant à mettre fin à l'activité de l'entreprise et/ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits et de ses biens.

C'est en ce sens que certains ont pu observer que la liquidation judiciaire bénéficie d'une nouvelle jeunesse. Une nouvelle jeunesse... mais une espérance de vie réduite. Car l'objectif du législateur est d'accélérer les opérations liquidatives. Désormais le temps est compté pour réaliser l'actif, vérifier le passif et répartir le produit de la liquidation. En régime général, le tribunal fixe la date à laquelle la procédure sera examinée en vue de sa clôture. En régime simplifié, la loi exige que la clôture intervienne, au plus tard, un an après le prononcé du jugement d'ouverture. Délais plus que raisonnables.

La liquidation judiciaire conserve ses principaux effets, sous réserve des nouveautés suivantes :

- l'ouverture devra être demandée dans les 45 jours de la naissance de l'état de cessation des paiements ;
- l'activité de l'entreprise pourra être maintenue si la cession totale ou partielle est envisageable
- le dessaisissement du débiteur est aménagé: la loi précise que le débiteur pourra accomplir seul les actes et exercer les droits et actions qui ne seront pas compris dans le mission du liquidateur. En outre, les dirigeants demeureront en fonctions après la dissolution de la société¹⁰, sauf disposition contraire.

¹⁰ Cette disposition met fin aux conséquences résultant de l'application de l'article 1844-7-7° du Code Civil

La liquidation simplifiée

La mise en œuvre du régime simplifié de liquidation judiciaire a suscité d'ores et déjà un certain nombre de questions pratiques et ceci d'autant plus que la liquidation judiciaire simplifiée est applicable aux procédures en cours, au 1^{er} janvier 2006.

Alors précisément, en quoi la liquidation judiciaire simplifiée est-elle différente du régime général ? Il s'agit d'une procédure subsidiaire, d'une durée limitée, portant traitement spécifique du patrimoine du débiteur.

1/ Une procédure subsidiaire

La liquidation judiciaire simplifiée est une procédure subsidiaire, facultative et non irrémédiable. Subsidiaire dans la mesure où les dispositions régissant la liquidation judiciaire - régime général - lui sont applicables, sous réserve des règles dérogatoires prévues par les articles L 644-2 à L644-6 du Code de commerce. Facultative dans la mesure où le tribunal n'est pas contraint de la prononcer, même si les conditions légales sont réunies. Non irrémédiable dans la mesure où le tribunal peut décider d'une conversion en régime général, par un jugement spécialement motivé, à tout moment de la procédure.

a/ Quelles sont les conditions d'ouverture ?

Dans l'esprit du législateur, la liquidation judiciaire simplifiée s'applique aux petites entreprises qui ne disposent que d'un actif mobilier réduit ou inexistant.

La procédure est éventuellement ouverte si 3 conditions légales sont réunies :

- 1/ l'actif du débiteur ne doit pas comprendre de bien immobilier ;
- 2/ le nombre de ses salariés employés le premier jour du sixième mois précédant le jugement d'ouverture doit être inférieur ou égal à 5 ;
- 3/ le chiffre d'affaires hors taxe à la clôture du dernier exercice comptable doit être inférieur ou égal à 750 000 Euros.

Si ces 3 conditions sont réunies, le tribunal peut faire application du régime simplifié.

b/ Comment cette procédure est-elle ouverte ?

Le tribunal prononce dans un premier jugement, la liquidation judiciaire régime général, désigne le juge commissaire et le liquidateur. Ce même jugement fixe une date d'audience à un mois au cours de laquelle la procédure sera examinée en vue de l'application éventuelle du régime simplifié.

Dans ce même délai d'un mois, le liquidateur établit un rapport sur la situation du débiteur dans lequel il indique si la consistance de l'actif, le nombre de salariés et le chiffre d'affaires sont conformes aux conditions légales.

Dans l'affirmative, le Tribunal pourra faire application de la liquidation judiciaire simplifiée.

En pratique, malgré la réunion des conditions légales, y-a-t-il des obstacles possibles à l'application du régime simplifié ? Pour ma part, j'en distingue au moins deux :

- L'existence d'instances en cours
- La présence d'un actif mobilier d'une certaine valeur

La loi ne prévoit pas ces cas de figures qui sont pourtant très fréquents dans la pratique.

Concernant les instances en cours, au jour du jugement d'ouverture, il est impossible de connaître les incidences ou le terme. Pour autant écarter systématiquement le régime simplifié en présence d'instances en cours réduirait considérablement le champ d'application de cette procédure subsidiaire. La liquidation judiciaire simplifiée n'étant pas irrémédiable, il appartiendra au liquidateur de solliciter l'application du régime général à défaut de clôture envisageable dans le délai d'un an. Mais alors quelle est l'utilité d'une liquidation judiciaire simplifiée convertie quelques mois après en régime général ?

En ce qui concerne la présence d'un actif mobilier corporel ou incorporel d'une certaine valeur (bail, fonds de commerce, brevet ou marques) pose difficulté. Le mode de réalisation de l'actif en régime simplifié ne semble pas approprié à la cession d'un fonds de commerce ou d'un droit au bail. En effet est-il opportun de céder un fonds de commerce dans un délai de 3 mois à peine de vente aux enchères, sans autorisation du juge commissaire, comme le prévoit le régime simplifié ?

2/ Une procédure à durée de vie limitée

Autre spécificité : sa durée de vie limitée. En effet le prononcé du jugement fait courir un délai, celui de sa clôture : dans les 12 mois au plus tard, 15 mois exceptionnellement.

3/ Un traitement spécifique

Traitement spécifique des opérations de liquidation : réalisation de l'actif, vérification du passif et répartition du produit de la liquidation.

Le tribunal détermine les biens susceptibles d'être cédés de gré-à-gré, dans le jugement faisant application de la liquidation judiciaire simplifiée. Le liquidateur dispose d'un délai de 3 mois à compter de la publication du jugement d'ouverture pour procéder à la vente de gré-à-gré. A défaut les biens seront vendus aux enchères publiques.

Le liquidateur ne procède qu'à la vérification des créances susceptibles de venir en rang utile dans les répartitions et des créances résultant d'un contrat de travail. En pratique le passif privilégié sera vérifié dans sa totalité.

Une fois l'actif réalisé et le passif vérifié, le liquidateur établit un projet de répartition déposé au greffe où tout intéressé peut prendre en connaissance. L'avis de dépôt au greffe est publié au BODACC et dans un journal d'annonces légales. Tout intéressé peut contester le projet de répartition devant le Juge Commissaire, dans le délai d'un mois, à compter de la publication de l'avis. La décision du Juge Commissaire fait l'objet d'une publicité au BODACC et dans un journal d'annonces légales. La décision est notifiée aux créanciers intéressés. Un recours est possible devant le Tribunal de la procédure.

PARTIE 4

L'aménagement du sort des créanciers

Des innovations sont apparues dans le dispositif de déclaration et de forclusion des créances commun aux procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation. L'ordre des paiements des créanciers est sensiblement modifié en raison de l'objectif clairement de préservation de l'entreprise en difficulté.

A / Les créances antérieures

L'obligation de déclaration de la créance antérieure commune à toutes les procédures collectives est maintenue mais le défaut de déclaration n'emporte plus d'extinction de la créance. Si le délai de déclaration est maintenu à 2 mois à compter de la publication au BODACC, le délai de relevé de forclusion est réduit à 6 mois à compter de ladite publication et à 12 mois, à titre exceptionnel. Dans cette dernière hypothèse le créancier devra apporter la preuve qu'il n'était pas en mesure de connaître l'existence de sa créance dans les délais initiaux.

B/ Les créances postérieures

Le texte introduit une nouveauté concernant les créances postérieures qui sont soumises à déclaration lorsqu'elles n'ont pas été payées à leur échéance. La sanction n'est pas la perte de la créance mais du privilège attaché à la priorité de paiement.

Autre nouveauté concernant les créances postérieures, seules les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur, pour son activité professionnelle, pendant cette période, sont payées à leur échéance.

D/ Le privilège de *new money*

Rappelons que pour inciter les créanciers à participer à l'accord dans le cadre de la conciliation, ceux qui accorderont un nouvel apport en trésorerie en vue d'assurer la poursuite et la pérennité de l'exploitation bénéficieront d'un privilège, si le débiteur est amené par la suite à déposer le bilan. Il s'agit du privilège de *new money* qui permettra aux créanciers de primer le créancier postérieur à l'ouverture de la procédure collective.

E/ Les créanciers contrôleurs

Les contrôleurs deviennent de réelles parties à la procédure puisque, en cas de carence du mandataire judiciaire, tout créancier nommé contrôleur peut agir dans l'intérêt collectif des créanciers dans des conditions fixées par les articles 324 et 327 du décret du 28 décembre 2005.

Dans le cadre des sanctions des dirigeants, et dans l'intérêt collectif des créanciers, le Tribunal peut être saisi par la majorité des contrôleurs lorsque le mandataire de justice ayant qualité pour agir n'a pas engagé les actions, après une mise en demeure restée sans suite.

F / Les remises consenties par les créanciers publics

L'une des nouveautés de la réforme est de permettre aux administrations publiques de consentir des remises de dettes, à l'instar des autres créanciers.¹¹ Le décret d'application n° 2007-153 du 5 février 2007 désormais codifié aux articles R 626-9 à R 626-16 du Code de Commerce ne concerne que les procédures ouvertes à compter de son entrée en vigueur. Ces remises sont possibles dans le cadre de l'accord amiable conclu dans la procédure de conciliation (C.com.,art. L 611-7 al.3), dans le cadre d'un plan de sauvegarde (C. com.,art.L 626-6), et dans le cadre du plan de redressement (C.com.,art. L 631-9, sur renvoi à L 626-6). Ces remises peuvent être acceptées, concomitamment à l'effort consenti par d'autres créanciers, dans des conditions similaires à celles que lui octroierait dans des conditions normales de marché, un opérateur privé placé dans la même situation. Peuvent également être décidées des cessions de rang de privilège ou d'hypothèque ou l'abandon de ces sûretés (C. com.,art. L 626-6, al.4).

PARTIE 5

La dissociation du sort du dirigeant de celui de son entreprise

La loi de sauvegarde parachève la dissociation du sort du dirigeant de celui de son entreprise et atténue la rigueur des sanctions.

A / La disparition des cas d'ouverture fondés sur l'idée de sanction

Toutes les causes reposant sur une logique de sanction disparaissent dans la réforme. Ainsi ne constituent plus des causes d'ouverture de la procédure collective :

- L'inexécution des engagements souscrits dans le cadre du règlement amiable ;
- L'inexécution de l'engagement d'acquiescer souscrit par le locataire-gérant dans le cadre d'un plan de cession ;
- L'extension au dirigeant pour faute de gestion ;

¹¹ Décret n° 2007-153 du 5 février 2007 pris en application de l'article L. 626-6 du code de commerce

- L'ouverture d'une procédure collective pour non règlement de la condamnation à l'insuffisance d'actif ;
- L'extension aux associés et/ou membres de société et/ou groupement au passif duquel ils sont tenus solidairement et indéfiniment.

B / Le nouveau régime des sanctions patrimoniales et professionnelles

Le droit moderne des entreprises en difficulté s'efforce de distinguer le sort du débiteur de celui de chef d'entreprise. Mais dans certains cas, lorsqu'il a commis des fautes de gestion, voire des faits répréhensibles, des sanctions personnelles peuvent être prises à l'encontre de ce dernier.

Le tribunal ne peut plus se saisir d'office, mais être saisi par le mandataire judiciaire, le liquidateur, le commissaire, à l'exécution du plan, le ministère public et par la majorité des créanciers désignés contrôleurs. Pour éviter que le débiteur n'organise son insolvabilité, le tribunal pourra ordonner des mesures conservatoires utiles à l'encontre des biens du dirigeant poursuivi

1/ L'obligation aux dettes sociales

La loi remplace la mise en redressement ou liquidation à titre personnel du dirigeant par extension de celle de sa société pour faute de gestion dite « extension sanction » par l'obligation aux dettes sociales. Cette nouvelle sanction ne pourra être prononcée qu'en cas de liquidation judiciaire.

Elle permettra au tribunal de mettre tout ou partie des dettes sociales à la charge du dirigeant qui aura commis certains faits graves ayant contribué à la cessation des paiements ; à l'exception des irrégularités affectant la comptabilité, il s'agit des mêmes que celles requises pour l'ouverture d'une procédure collective à titre personnel, sous l'empire du droit antérieur, à savoir :

- disposer des biens de la personne morale comme des siens propres,
- avoir fait des actes de commerce dans un intérêt personnel,
- avoir fait des biens ou du crédit de la Société contraire à l'intérêt de celle-ci à des fins personnelles ou pour favoriser une autre personne morale dans laquelle il est directement ou non
- avoir poursuivi abusivement, dans un intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire à l'état de cessation des paiements,
- détourner ou dissimuler tout ou partie de l'actif ou frauduleusement augmenté le passif.

Cette action ne peut être cumulée avec une demande en comblement de passif. Il s'agit non pas d'une action en responsabilité mais d'une sanction patrimoniale sans corrélation directe avec le préjudice subi par la société. Il en résulte que le dirigeant pourra être condamné à toutes les dettes de la société, même si l'actif social permet de les apurer partiellement.

L'action se prescrit par 3 ans à compter du jugement prononçant la liquidation judiciaire. En cas de défaut de versement des sommes dues, le dirigeant pourra être frappé de faillite personnelle ou d'interdiction de gérer.

2/ Le comblement de l'insuffisance d'actif

Le régime de cette action est modifié sur les principaux points suivants :

Elle ne pourra être exercée qu'en cas de résolution d'un plan (de sauvegarde ou de redressement judiciaire) ou en cas de liquidation judiciaire. Cette action est donc exclue en cas de redressement judiciaire par voie de cession.

Le dirigeant ne sera pas poursuivi à ce titre, s'il est sanctionné au titre de l'obligation aux dettes sociales.

Délai de prescription de 3 ans à compter du jugement prononçant l'ouverture de la liquidation judiciaire ou la résolution du plan

Le dirigeant condamné qui n'acquitte pas sa dette ne pourra plus être mis personnellement en redressement ou liquidation judiciaire ni encourir de nouvelles sanctions.

3/ La faillite personnelle et l'interdiction de gérer

Ces sanctions sont exclues pour les procédures de sauvegarde.

La loi de sauvegarde a introduit de nouveaux cas de faillite personnelle pour sanctionner un comportement postérieur à la procédure, à savoir le fait d'avoir fait obstacle au bon déroulement de la procédure, en s'abstenant volontairement de collaborer avec les organes de la procédure.

L'absence de déclaration de cessation des paiements dans le délai légal ne sera plus sanctionnée que par l'interdiction de gérer.

La faillite personnelle et l'interdiction de gérer sont limitées à 15 ans et ne sont plus assorties de durée minimale. La mise en œuvre de ces sanctions est soumise à la prescription de 3 ans.

Le régime du relèvement des interdictions et déchéances est assoupli.