

N° 355

SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 2004-2005

Rattaché pour ordre au procès-verbal de la séance du 12 mai 2005
Enregistré à la Présidence du Sénat le 26 mai 2005

AVIS

PRÉSENTÉ

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

Par M. Philippe MARINI,
Sénateur.

(1) Cette commission est composée de : M. Jean Arthuis, *président* ; MM. Claude Belot, Marc Massion, Denis Badré, Thierry Foucaud, Aymeri de Montesquiou, Yann Gaillard, Jean-Pierre Masseret, Joël Bourdin, *vice-présidents* ; M. Philippe Adnot, Mme Fabienne Keller, MM. Michel Moreigne, François Trucy *secrétaires* ; M. Philippe Marini, *rapporteur général* ; MM. Bernard Angels, Bertrand Auban, Jacques Baudot, Mme Marie-France Beauvils, MM. Roger Besse, Maurice Blin, Mme Nicole Bricq, MM. Auguste Cazalet, Michel Charasse, Yvon Collin, Philippe Dallier, Serge Dassault, Jean-Pierre Demerliat, Eric Doligé, Jean-Claude Frécon, Yves Fréville, Paul Girod, Adrien Gouteyron, Claude Haut, Jean-Jacques Jégou, Roger Karoutchi, Alain Lambert, Gérard Longuet, Roland du Luart, François Marc, Michel Mercier, Gérard Miquel, Henri de Raincourt, Michel Sergent, Henri Torre, Bernard Vera.

Voir les numéros :

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

Sénat : 235, 335 et 337 (2004-2005)

SOMMAIRE

	<u>Pages</u>
REMARQUES LIMINAIRES	3
I. LES PROCÉDURES COLLECTIVES FRANÇAISES À L'ÉPREUVE DE LA HAUSSE DES DÉFAILLANCES D'ENTREPRISES	13
A. UN BILAN ÉCONOMIQUE INSATISFAISANT	13
1. <i>Une augmentation tendancielle du nombre de défaillances d'entreprises</i>	13
2. <i>Un taux élevé d'échec des procédures collectives</i>	17
B. UNE LÉGISLATION INADAPTÉE	17
1. <i>Les exemples étrangers</i>	18
2. <i>Les réformes françaises</i>	19
II. LES VOIES DE LA RÉFORME : L'ACCENT MIS SUR LA PRÉVENTION ET LA NÉGOCIATION	21
A. LE RENFORCEMENT DE LA PRÉVENTION	21
1. <i>La détection des difficultés</i>	21
2. <i>La conciliation</i>	22
3. <i>La sauvegarde</i>	23
B. LA MODERNISATION DES PROCÉDURES EXISTANTES	25
1. <i>La modernisation du redressement judiciaire</i>	25
2. <i>La simplification de la liquidation judiciaire</i>	25
C. LES RESPONSABILITÉS ET SANCTIONS	26
1. <i>Les sanctions</i>	26
2. <i>La responsabilité pour soutien abusif</i>	27
III. LES AMENDEMENTS DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES	27
A. LE CHAMP DE LA SAISINE	28
B. LES AMENDEMENTS PROPOSÉS	29
1. <i>Les nouvelles procédures préventives</i>	29
2. <i>Les créances publiques</i>	29
3. <i>La responsabilité des créanciers</i>	30
4. <i>La transparence des rémunérations des administrateurs et mandataires judiciaires</i>	30
5. <i>Le privilège du fonds de garantie des dépôts</i>	31
EXAMEN DES ARTICLES	33
• ARTICLE 3 Financement des groupements de prévention agréés	33
• ARTICLE 8 Nouveau privilège de l' « argent frais » apporté lors d'une procédure de conciliation	38
• ARTICLE 12 Institution d'une procédure de sauvegarde	49
• ARTICLE 72 Règlement des dettes et remises par les créanciers publics	57
• ARTICLE 92 Comités de créanciers	69
• ARTICLE 142 bis (nouveau) Limitation de la responsabilité des créanciers pour « soutien abusif » du débiteur	75
• ARTICLE 176 bis (nouveau) Rémunération des auxiliaires de justice	86

• <i>ARTICLE ADDITIONNEL APRES L'ARTICLE 178</i> Dispositions relatives à la rémunération des administrateurs et mandataires judiciaires déplacées à l'article L. 663-2 du code de commerce	90
• <i>ARTICLES ADDITIONNELS APRES L'ARTICLE 183 bis (nouveau)</i> Rémunération des auxiliaires de justice	91
• <i>ARTICLE 184 ter (nouveau)</i> Octroi du privilège de l' « argent frais » au fonds de garantie des dépôts des établissements de crédit	93
• <i>ARTICLE 185</i> Régime de publicité obligatoire des privilèges fiscaux et extension aux privilèges douaniers	98
• <i>ARTICLE 187 bis (nouveau)</i> Déductibilité fiscale des abandons de créances	105
• <i>ARTICLE 188</i> Restitution par le comptable public de l'excédent des sommes perçues à titre provisionnel	109
EXAMEN EN COMMISSION	113
AMENDEMENTS ADOPTÉS PAR LA COMMISSION	117
ANNEXES	123
1. <i>Les défaillances d'entreprises en 2004</i>	123
2. <i>Note du service des études juridiques du Sénat sur la rémunération des administrateurs et des mandataires judiciaires</i>	125

REMARQUES LIMINAIRES

Il est difficile de ne pas être, bien souvent, choqué par le gâchis humain et le gaspillage de ressources que provoquent les défaillances d'entreprises.

Et pourtant, le capitalisme, on le sait depuis Joseph Schumpeter, est, par nature, un « processus de destruction créatrice ».

Il est donc normal que son développement se traduise par des créations et des disparitions d'entreprises et, partant, par des créations et des suppressions d'emplois. C'est simplement l'expression de la vie, quels qu'en soient, hélas, les épisodes douloureux...

Les **défaillances d'entreprises**, dont le nombre pourrait approcher 50.000 en 2005, traduisent cette réalité, même si elles sont, de fait, le plus souvent perçues comme une menace pour la cohérence de nos structures économiques, voire pour la cohésion sociale. Face à ce phénomène, le rôle de la législation est de protéger les victimes de ces difficultés, tout en facilitant le redémarrage des activités et la régénération du tissu économique.

Le présent projet de loi sur la sauvegarde des entreprises, adopté en première lecture par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, qui tend à rénover notre droit des procédures collectives pour le rapprocher de celui de nombreux pays, notamment anglo-saxons, va dans le **sens de l'histoire en ce qu'il s'inscrit dans un contexte de mondialisation des marchés et de la production**. Pour autant, du fait de l'interprétation ambivalente que l'on peut faire des défaillances d'entreprises, il traduit des équilibres, toujours susceptibles d'être déplacés, entre des préoccupations parfois contradictoires, mais également légitimes.

Une réforme qui ne bouleverse pas le droit existant et reflète les mêmes équilibres subtils

Le présent projet de loi ne constitue sans doute pas, en dépit de ses mérites, la réforme d'envergure dont l'économie française a besoin. S'il va dans la bonne direction, il est une simple évolution qui pourrait bien avoir pour effet de rendre encore plus complexe un droit des procédures collectives, qui l'est déjà sensiblement plus que celui de nos concurrents.

En particulier, la procédure de sauvegarde pourrait bien ne se révéler qu'une forme de redressement judiciaire anticipé, en définitive assez lourde, alors qu'il aurait fallu, sur le modèle anglo-saxon, prévoir des procédures plus souples réservant une plus large place à la conciliation et, d'une façon générale, faisant plus largement appel aux démarches contractuelles.

A cet égard, l'instauration des comités des créanciers, sur le modèle du chapitre 11 américain, n'est pas pleinement satisfaisante en sa forme actuelle dans la mesure où le tribunal peut avaliser une solution n'ayant pas leur accord. Pour votre commission des finances, il s'agit là d'un compromis à un moment donné, et non du terme de l'évolution souhaitable.

Même s'il ne s'agit que d'infléchir des procédures qui ne devraient donc pas fondamentalement changer, le législateur va devoir effectuer, sur tout une série de points, de nouveaux arbitrages entre intérêt collectif et intérêts individuels et, au sein de ces derniers, entre intérêts de l'entreprise et intérêts des autres parties prenantes, salariés et créanciers, au premier rang desquels figurent, bien entendu, les administrations publiques. L'Etat, pour ce qui le concerne, devra faire la part entre les intérêts des finances publiques qu'il lui incombe de préserver, et ceux de l'économie dans son ensemble, dont il est le garant.

C'est ainsi, en particulier, qu'il va **falloir trouver un équilibre entre la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique réelle** et celle de **sanctionner les erreurs de gestion**, tout en garantissant la **sécurité indispensable au bon déroulement des transactions comme au bon fonctionnement du système bancaire au sens large**.

Aussi simples et presque banales que soient ces considérations, elles ont paru nécessaires pour souligner la complexité des choix auxquels il convient de procéder à l'occasion de l'examen de ce texte et le caractère parfois antinomique des préoccupations du législateur, qui voudra tout à la fois **sauvegarder des entreprises et donc des emplois** et, en ce qui concerne votre commission des finances tout au moins, ne pas retarder les évolutions inéluctables et **protéger notre économie de risques systémiques**, dont il ne faudrait pas croire qu'ils soient nécessairement d'une autre époque.

Les objectifs de la saisine pour avis

Face à de tels enjeux, votre commission des finances a souhaité faire entendre sa voix à trois niveaux :

– en premier lieu, elle ne pouvait pas se désintéresser de **l'équilibre entre les droits de l'Etat-créancier et ceux des autres créditeurs**, pour rechercher une plus juste répartition des charges ou des contraintes juridiques résultant du traitement des difficultés des entreprises ;

– en deuxième lieu, il lui fallait, en sa qualité de commission en charge de la législation bancaire, au moment où l'on introduit le privilège « de l'argent frais » et où l'on cherche à encadrer la notion de « soutien abusif », se faire entendre sur la **question de l'arbitrage** entre les besoins du secteur réel et du secteur financier, **entre les intérêts des banques et ceux des entreprises comme des tiers** ;

– en dernier lieu, et même si cela élargit quelque peu la portée du présent projet de loi, votre commission des finances a souhaité **attirer l'attention du Sénat sur les enjeux économiques de la réforme** en l'amenant à s'interroger sur la façon dont il faudrait procéder à l'adaptation de notre système de traitement des difficultés des entreprises pour mieux prendre en compte les intérêts de l'économie nationale et les perspectives ouvertes par l'intégration croissante des économies en Europe.

Elle a ainsi voulu s'intéresser au nouvel équilibre entre prévention et traitement économique (et pas simplement traitement social) et surtout au **coût d'intervention des opérateurs**, dès lors que le tarif sur le fondement duquel est calculé leurs rémunérations, peut s'analyser comme un « **prélèvement obligatoire** » sur les entreprises en difficulté.

C'est à ce titre que votre **commission des finances s'est interrogée sur la légitimité des rémunérations des intermédiaires en charge de ces restructurations, en l'occurrence les administrateurs et mandataires judiciaires**, à la fois en niveau absolu mais aussi **au regard de la qualité et de la complexité de leurs prestations**. Et c'est parce qu'elle a posé le problème en termes de compétitivité de notre droit du traitement des difficultés de l'entreprise qu'elle a été amenée à insister sur **les impératifs de transparence et concurrence**.

Les propositions de votre commission des finances

Dans ce contexte et sur la base de ces éléments de problématique, votre commission des finances a fait un certain nombre de propositions qui peuvent se regrouper autour des notions de cohérence, d'équilibre et de transparence :

– **cohérence**, d'abord, avec des amendements de coordination, notamment en matière de délai de prescription, ainsi qu'une initiative tendant à renforcer les moyens des groupements de prévention, dès lors que l'on n'estime pas préférable de supprimer des organismes dont le bilan est resté particulièrement modeste ;

– **équilibre**, ensuite, avec des **précisions utiles en matière de rapport entre l'entreprise et ses créanciers**, avec le souci de réserver les privilèges aux partenaires qui font des efforts pour permettre la continuation de l'exploitation et donc le redressement de la société, ainsi que, en ce qui concerne les banques, avec la volonté de responsabiliser ces acteurs essentiels du développement des entreprises ;

– **transparence**, enfin, avec une série d'amendements visant à apporter une **meilleure connaissance des rémunérations des administrateurs et mandataires judiciaires** et à prévoir un tarif négocié pour les affaires les plus importantes, qui feraient l'objet, non plus d'une

tarification à l'acte, mais d'une rémunération à la performance. Fonctionnellement, il est proposé de supprimer le **risque de « consanguinité »** qui caractérise actuellement le processus d'attribution des mandats, en conférant au tribunal de grande instance le soin de les attribuer, après avis d'une commission *ad hoc*, constituée au niveau de la Cour d'appel, et composée de personnalités neutres, extérieures, de façon à élargir ce qu'il faut bien qualifier de marché pertinent et éviter que les tribunaux de commerce n'aient tendance, du fait des facilités liées à la proximité, à confier les dossiers aux mêmes prestataires dans le cadre d'un processus qui s'analyse comme une forme de cooptation.

Les enjeux économiques des modalités de rémunération des administrateurs et mandataires judiciaires

Ces propositions s'appuient sur une **étude réalisée** à la demande de votre rapporteur général **par le service des études juridiques du Sénat** – figurant en annexe du présent rapport – qui a attiré son attention sur l'inadaptation du système actuel de tarification à l'acte, tout en signalant la **forte rentabilité des professions liées au redressement des entreprises**, dont il n'est pas rare qu'elles permettent à leurs propriétaires de figurer en bonne place aux palmarès des fortunes locales. Bien que cela ne soit nullement choquant dès lors que les revenus perçus correspondent à des charges effectives et à des prestations de services complexes, il convient, eu égard au caractère sommaire des informations dont dispose la Chancellerie, de lancer les **enquêtes nécessaires à une meilleure connaissance des revenus de ces professionnels comme des conditions de coûts dans lesquelles ils exercent leur activité.**

Il a semblé logique de prévoir que la rémunération soit fonction de la façon dont sont atteints les objectifs, étant noté que le décret qui en fixe les modalités, devrait, dans l'esprit de votre commission des finances, pouvoir **distinguer** nettement le **cas des administrateurs judiciaires**, qui ont des responsabilités de chefs d'entreprise, **de celui des mandataires**, dont la fonction relève, à la limite, d'une mission de service public pour laquelle la rémunération pourrait être, sinon appréciée, du moins modulée en fonction de critères de performances analogues à ceux introduits par la loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances (LOLF).

D'une façon générale, il a semblé à votre commission des finances que cette question de la rémunération des administrateurs et mandataires judiciaires était de portée, sinon trop générale, du moins trop économique pour être laissée à la seule appréciation de la Chancellerie et qu'il convenait **d'associer formellement le ministère de l'économie, des finances et de l'industrie à l'élaboration du décret en Conseil d'Etat fixant les modalités de rémunération** de ces professionnels, ainsi que, bien évidemment, dans la réalisation de l'enquête souhaitée par votre commission des finances sur les conditions d'exercice de leurs activités.

En définitive, au moment où l'on change les règles du jeu, il est apparu **difficile de ne pas poser la question de l'impact de la réforme sur les revenus des différents professionnels** –du fait, en particulier, du transfert du commissariat au plan de cession de la compétence des administrateurs à celle des mandataires judiciaires– et de ne pas demander au gouvernement de tirer les conséquences de la réforme en matière de rémunération des administrateurs et mandataires judiciaires.

Sans doute, d'ailleurs, faudra-t-il aller au-delà de la loi n° 2003-7 du 3 janvier 2003 modifiant le livre VIII du Code de commerce et du décret du 10 juin 2004 régissant **ces auxiliaires de justice**, dont on a remarqué qu'ils sont mentionnés par le rapport¹ de MM. Pierre Cahuc et Francis Kramarz parmi les « professions protégées ».

La problématique de ce rapport, qui demande que l'on « fasse le tri » dans le secteur des services entre les réglementations qui sont nécessaires, et celles qui pourraient être remplacées par une information adéquate du consommateur sur un marché libre, mérite d'être évoquée lorsqu'il constate qu'en France « *l'environnement réglementaire des activités est plus contraignant que la moyenne des pays de l'OCDE, notamment dans certains secteurs de services* ».

Votre rapporteur général adhère sans réserve aux principes définis par ce rapport dont il estime qu'ils peuvent être opportunément rappelés dans un débat qui, s'il est juridique, n'en comporte pas moins des enjeux économiques substantiels : « *Les réglementations existant sur le marché des biens et services ont bien sûr des buts de justice sociale, d'ordre public, ou tout autre relevant de la bonne organisation de la société. Certaines sont indispensables à l'établissement d'une économie de marché. Sans droit, et droit du contrat notamment, une économie de marché saine ne peut prospérer*² ». Tel est bien le cas de la réglementation dont le Sénat est saisi avec le présent projet de loi.

Mais les auteurs du rapport poursuivent leur raisonnement en soulignant que : « *Chaque réglementation a cependant un coût, surtout lorsqu'elle crée une **rente de situation** pour ceux qui répondent à ses critères et qu'elle limite l'entrée de nouveaux acteurs. Ce coût peut être économiquement justifié s'il permet un meilleur déroulement des transactions. Ces justifications doivent cependant être **périodiquement vérifiées***³ ».

¹ « De la précarité à la mobilité : vers une sécurité sociale professionnelle », Rapport au Ministre d'Etat, Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie et au Ministre de l'Emploi, du Travail et de la Cohésion Sociale. Décembre 2004.

² *Op. cit.*

³ *Ibidem.*

Toute la question est de savoir si l'on doit le faire *proprio motu* ou si l'on peut attendre que la Commission européenne s'en charge comme elle semble en avoir l'intention –même si elle pose le principe de la compétence des autorités nationales–, à en juger par le document intitulé « Rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales »¹ dans lequel elle définit une doctrine et annonce qu'elle présentera en 2005 un rapport concernant les progrès réalisés dans la suppression des règles restrictives et injustifiées : « *La Commission estime que tout examen des règles appliquées par les professions libérales devrait comporter un test destiné à mesurer leur proportionnalité. Les règles doivent être objectivement nécessaires pour réaliser un objectif d'intérêt général clairement défini et légitime et doivent constituer le mécanisme qui restreint le moins la concurrence pour réaliser cet objectif. Ces règles doivent préserver à la fois les intérêts des utilisateurs et ceux des prestataires. La Commission invite toutes les parties concernées à unir leurs efforts afin de réexaminer ou de supprimer les règles injustifiées. Les organismes chargés de la réglementation dans les Etats membres et les organisations professionnelles sont invités à réexaminer les règles existantes et à déterminer si elles sont nécessaires dans l'intérêt général, si elles sont proportionnées et si elles sont justifiées* ».

A titre d'éléments de doctrine, la Commission européenne indique notamment dans le même document que « *les prix imposés et les prix minimums sont vraisemblablement les instruments de réglementation les plus néfastes pour la concurrence, dans la mesure où ils suppriment ou réduisent fortement les avantages que les marchés concurrentiels présentent pour les consommateurs* ».

Le récent rapport de M. Michel Camdessus² rappelle que certains pays, tels l'Espagne, le Danemark, ou le Royaume-Uni ont déjà mis en œuvre la stratégie de Lisbonne en analysant de façon exhaustive leur système réglementaire applicable aux professions libérales, et appelle de ses vœux une démarche de ce type en France.

Certes, dans le cas d'espèce, on décèle sans difficultés les éléments de service public ou les délégations de souveraineté qui justifient un régime spécifique pour des professionnels, qui ne relèvent pas *stricto sensu* de la catégorie des professions libérales. Mais cela suffit-il à légitimer un tel particularisme, notamment en matière de rémunération, de choix des prestataires et de conditions d'accès à la profession ? Nul doute que, **plus de concurrence et plus de transparence**, sont les **conditions nécessaires d'une dynamisation du secteur, qui est de l'intérêt de tous dans un contexte d'internationalisation des marchés**. Toute inertie finirait par fragiliser les professions elles-mêmes dans le cas où elles seraient amenées à s'ouvrir la concurrence, et où elles pourraient, comme cela a été le cas dans d'autres

¹ COM(2004) 83 final.

² « *Le sursaut - Vers une nouvelle croissance pour la France* ». Documentation française 2004.

domaines, perdre, si ce n'est des parts de marchés, du moins les affaires les plus stratégiques au détriment de l'économie nationale.

Il ne faudrait pas que le présent projet de loi se contente d'offrir aux investisseurs un cadre juridique sécurisant ; il conviendrait aussi qu'il amorce une rationalisation et une dynamisation des structures, qui seules empêcheront les entreprises en difficulté de tomber sous la coupe de grands cabinets comptables internationaux, dont on devine aisément qu'ils seront moins enclins à prendre en considération les intérêts de l'économie française.

Tels sont les **enjeux de compétitivité** sur lesquels votre commission des finances a voulu, au-delà des amendements qu'elle vous propose, insister dans ce propos liminaire.

Sous réserve de ses observations et des amendements qu'elle vous propose, votre commission des finances a décidé d'émettre **un avis favorable à l'adoption du présent projet de loi.**

ANALYSE ET PROPOSITIONS DE LA COMMISSION DES FINANCES

Votre commission des finances, qui approuve les orientations générales de ce texte et notamment l'accent mis sur la prévention avec la création d'une procédure dite de « sauvegarde » destinée à intervenir en amont de la cessation des paiements, a adopté neuf amendements axés autour des idées de responsabilisation et de transparence.

En premier lieu, elle a souhaité préciser les responsabilités des acteurs des procédures collectives, en particulier des créanciers, des tribunaux et des mandataires.

Votre commission a ainsi adopté un amendement tendant à ce que les mandataires judiciaires siègent au sein des deux comités de créanciers, avec voix consultative, et à préciser le pouvoir d'appréciation du juge lors de l'arrêté du plan proposé par les comités.

Elle propose également deux amendements tendant, d'une part, à exclure du privilège de l'« argent frais » les nouveaux apports consentis au débiteur par ses actionnaires et associés dans le cadre d'une augmentation de capital, et d'autre part, à prévoir un quatrième cas précis de mise en cause de la responsabilité des créanciers pour les préjudices subis du fait des concours qu'ils octroient, consistant en la connaissance, par le créancier, de la situation irrémédiablement compromise du débiteur.

En second lieu, votre commission a voulu, s'agissant de ce qui peut s'analyser comme un prélèvement obligatoire sur les entreprises en difficulté, renforcer la transparence de l'activité et des rémunérations des mandataires et administrateurs judiciaires. Une série de propositions ont été faites à cet égard :

- substitution, pour les dossiers les plus importants, d'un système de rémunération à la performance à la tarification à l'acte : le système actuel, en dépit de la réforme récente du barème, reste anti-économique - notamment en ce qu'il ne distingue pas suffisamment les tâches d'administration provisoire de celles de gestion de procédure - et peut conduire à des niveaux de rémunération injustifiés au regard des services rendus ;

- fixation de la rémunération par le tribunal de grande instance après avis d'une commission composée de personnalités indépendantes et créée dans chaque ressort de Cour d'appel. Cette commission serait en outre chargée d'établir chaque année un rapport faisant apparaître la répartition en nombre et en montant des affaires entre les professionnels concernés, et donnant l'occasion aux tribunaux compétents de justifier leurs décisions d'attribution des dossiers ;

- possibilité pour les créanciers ou les professionnels de contester l'attribution d'un dossier, en saisissant la même commission susmentionnée, dont l'avis serait transmis au ministère public, qui se trouverait alors éclairé pour exercer, le cas échéant, son droit d'appel.

I. LES PROCÉDURES COLLECTIVES FRANÇAISES À L'ÉPREUVE DE LA HAUSSE DES DÉFAILLANCES D'ENTREPRISES

A. UN BILAN ÉCONOMIQUE INSATISFAISANT

L'augmentation tendancielle du nombre de défaillances d'entreprises depuis une trentaine d'année justifie une attention accrue à la prévention. Plus inquiétant encore, le taux d'échec des procédures collectives ouvertes pose la question de la pertinence du cadre législatif existant.

1. Une augmentation tendancielle du nombre de défaillances d'entreprises

L'évolution du nombre de défaillances d'entreprises dépend, certes, en premier lieu, des aléas de la conjoncture économique. Ainsi, le nombre de défaillances¹ est reparti à la hausse à compter de 2001, pour dépasser 48.000 en 2004, ce qui constitue un niveau record depuis cinq ans, en raison du ralentissement des revenus d'exploitation des entreprises.

D'après une étude d'Euler Hermes SFAC, alors qu'une croissance du PIB supérieure à 1,8 % permettait, il y a peu de temps encore, d'amorcer un déclin de la sinistralité des entreprises, il se produit aujourd'hui un changement structurel : tout se passe comme si l'on assistait à un « **enrichissement** » de la croissance en défaillances par suite du nombre accru de créations d'entreprises, dans la mesure où la moitié des entreprises nouvelles disparaissent dans les cinq années suivant leur création.

L'accélération des créations en 2003 aurait ainsi gonflé les chiffres de défaillances de 3,5 % en 2004 et l'impact des créations nouvelles sur les défaillances de l'année 2005 devrait être du même ordre, avec **un nombre de défaillances qui pourrait, par conséquent, approcher du seuil des 50.000.**

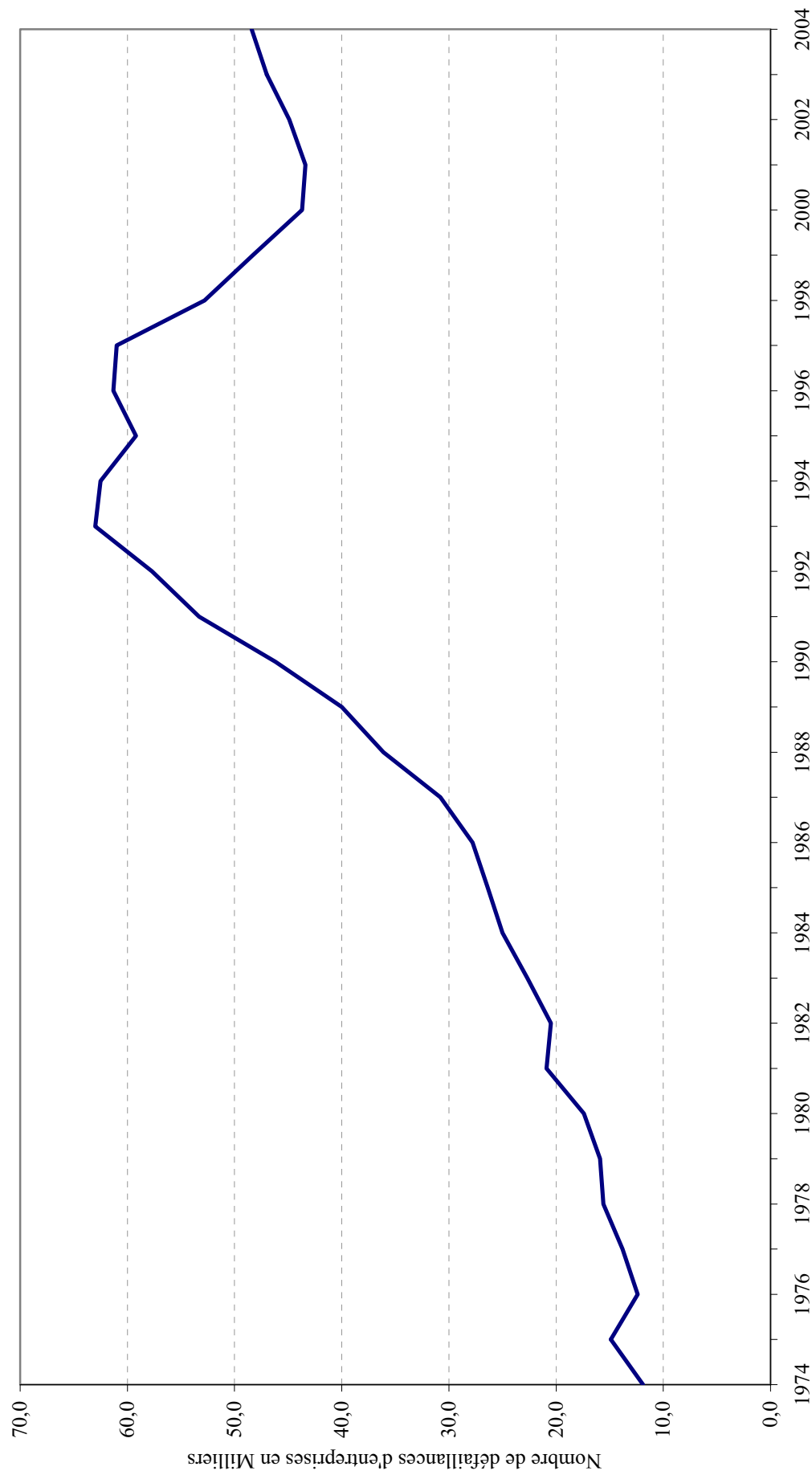
L'augmentation tendancielle du nombre de défaillances depuis trente ans souligne a contrario l'importance de la prévention, comme alternative possible au redressement et à la liquidation judiciaire. Il est, en effet, apparu que les difficultés des entreprises avaient d'autant plus de chances d'être résolues qu'elles étaient détectées et traitées suffisamment tôt. D'après une étude du cabinet Deloitte² portant sur l'année 2002, le taux de conciliations réussies (rapport entre le nombre d'homologation de protocoles et le nombre de conciliations) était de 52 %, ce qui est bien supérieur au

¹ Les entreprises retenues comme défaillantes sont celles qui ont fait l'objet de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire directe (source : Groupe BIL).

² L'entreprise en difficulté en France (décembre 2003).

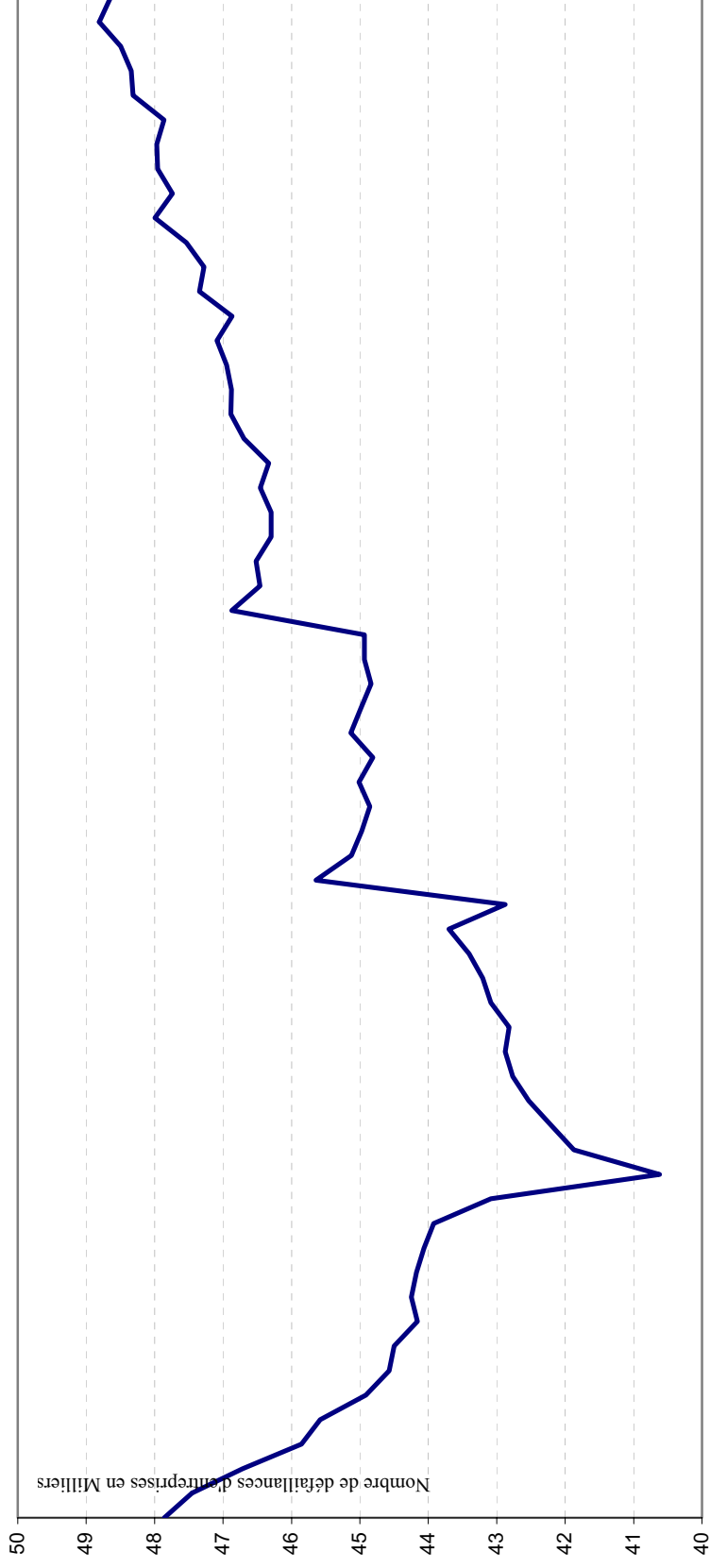
nombre de procédures collectives réussies, et **confirme la nécessité de traiter les défaillances le plus tôt et le plus rapidement possible**. Les tribunaux de commerce ont d'ailleurs mis en place des cellules de prévention afin de promouvoir les procédures de mandat *ad hoc* et de conciliation, qui demeurent toutefois l'exception puisque, de source Infogreffe, seuls 1.041 mandats *ad hoc* et 231 conciliations avaient été ouverts en 2002, ce qui témoigne de la **faible attractivité des procédures préventives actuelles**.

Evolution annuelle des défaillances d'entreprises en France depuis 30 ans



Source : BIL / D&B

Evolution mensuelle des défaillances d'entreprises en France depuis 2000
(Données sur 12 mois glissants)



Source BIL / D&B

2. Un taux élevé d'échec des procédures collectives

Le constat de l'insuffisance de la prévention est aggravé par un taux très élevé, et au demeurant croissant, d'échecs des procédures collectives ouvertes par les tribunaux.

Entre 1995 et 2002, le taux de liquidations est passé de 85 % à 90 % du total des décisions prises (plans de redressement et liquidations). Ces chiffres sont toutefois des données brutes, qui ne rendent pas compte de l'aboutissement des procédures pendant leur durée de vie.

Or en 2003, sur 44.700 jugements d'ouverture d'une procédure collective rendus par les tribunaux¹ :

- 32,1 % amorçaient un redressement judiciaire ;
- 67,9 % étaient des liquidations judiciaires immédiates.

Quant aux procédures de redressement ouvertes en 2003, au nombre de 14.700, elles ont conduit :

- à un plan de continuation dans 25 % des cas ;
- à un plan de cession dans 6,9 % des cas ;
- et à une liquidation judiciaire après période d'observation dans 68,1 % des cas.

On peut ainsi dire, approximativement, que **deux tiers des entreprises faisant l'objet d'une procédure collective sont liquidées immédiatement, puis que deux tiers de celles qui font l'objet d'un redressement sont également liquidées, *in fine*. Ces données confirment que le taux d'échec des procédures collectives est d'environ 90 %.**

B. UNE LÉGISLATION INADAPTÉE

Certes, une réforme législative ne saurait, à elle seule, enrayer une tendance de fond économique. **Toutefois, la comparaison des cadres juridiques français et étrangers conduit à s'interroger sur la pertinence d'un système dans lequel le tribunal intervient tardivement, mais de façon décisive, au détriment d'une certaine souplesse, qui faciliterait le**

¹ Ces chiffres concernent l'ensemble des juridictions commerciales (tribunaux de commerce et TGI à compétence commerciale). Source des données : ministère de la justice (*L'activité des juridictions commerciales en 2003*).

redressement de l'entreprise. Les réformes intervenues au cours des dix dernières années n'ont pas suffi à inverser cette logique.

1. Les exemples étrangers

Plusieurs pays étrangers ont réformé leurs procédures collectives au cours des dernières années, au point que l'on observe, *de facto*, **une certaine harmonisation des principes de traitement des entreprises en difficulté**¹. La mondialisation de l'économie plaide, en effet, pour une plus grande coordination des procédures, ce qui incite à une réflexion, non seulement sur les questions de compétence, mais aussi sur des principes plus substantiels. De façon générale, on observe un **déplacement dans les finalités des procédures** : si la protection des intérêts des créanciers demeure l'un des principaux objectifs, **la sauvegarde de l'activité et de l'emploi apparaît désormais prioritaire**.

A l'échelle communautaire, le **règlement CE n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité** assure l'effectivité immédiate des procédures collectives dans l'ensemble des pays de l'Union européenne². Ce règlement comporte également quelques dispositions de fond, relatives notamment à la déclaration des créances. Le droit européen de la faillite comporte, par ailleurs, des dispositions spécifiques à certains secteurs d'activité, des **directives étant respectivement consacrées aux défaillances des établissements de crédit et des entreprises d'assurance**. Toutefois, ce droit ne constitue qu'une amorce d'harmonisation communautaire, s'agissant **d'un domaine qui demeure essentiellement de la compétence des Etats membres**.

Autre témoin de cette tendance à l'internationalisation du droit des procédures collectives, le « **Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité** » de la **Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI)**, adopté en juin 2004, suggère plusieurs orientations à l'intention des législateurs nationaux. Ce guide recommande notamment une participation effective des créanciers aux procédures, par le biais d'organes représentatifs, afin que ceux-ci puissent jouer un rôle actif et exercer un véritable contrôle. Ce guide de « bonnes pratiques » n'a toutefois, bien évidemment, pas de véritable valeur juridique.

¹ A ce sujet, voir : *La sauvegarde des entreprises en difficulté*, Sénat, série Législation comparée n° LC 135 (juin 2004).

² Ce règlement donne compétence pour ouvrir la procédure principale au tribunal du lieu du centre des intérêts principaux du débiteur. Ce tribunal applique sa propre loi. Des procédures secondaires demeurent possibles, mais coordonnées avec la procédure principale, notamment pour régler le sort des immeubles que le débiteur possède dans des pays étrangers. Le règlement facilite l'exécution à l'étranger des jugements intervenus à l'occasion de procédures collectives.

Le rapprochement des droits nationaux est donc avant tout un **phénomène spontané**. Le droit des Etats-Unis, bien que critiqué, fait figure de « modèle » à cet égard. La procédure américaine du **chapitre 11** (consacré à la « réorganisation » des entreprises, par opposition au chapitre 7, consacré à leur liquidation) du titre 11 (consacré à la faillite) du code fédéral américain se caractérise principalement :

- par la possibilité qu'elle offre aux entreprises de **s'en prévaloir rapidement** (avant la cessation des paiements) ;

- par le fait qu'elle permet au débiteur de **continuer à gérer son entreprise** et de proposer lui-même un plan de redressement ;

- par le rôle qu'elle accorde aux **créanciers** dans l'élaboration et l'adoption de ce plan ;

- enfin, par la faculté qu'elle octroie au tribunal d'imposer un plan de redressement à l'ensemble des créanciers.

Ainsi, par exemple, les réformes allemande (1994) et espagnole (2003) tendent à favoriser des procédures précoces, dont l'ouverture est toutefois conditionnée par l'existence d'une incapacité de payer ou une insolvabilité ayant un caractère « *imminent* ». Ces réformes prévoient également, dans certains cas, une administration de l'entreprise par le débiteur, qui peut proposer un plan de redressement dès l'ouverture de la procédure.

En **Grande-Bretagne**, le droit de la faillite, traditionnellement très favorable aux créanciers, a été réformé en 1986 **dans un sens plus favorable à la sauvegarde des entreprises**. La procédure de l'« *arrangement volontaire* » permet notamment aux entreprises qui ont des difficultés financières, de négocier avec leurs créanciers un compromis qui ne requiert pas l'homologation du tribunal. Quant à la procédure d'« *administration* », elle permet aux créanciers d'obtenir du tribunal la nomination d'un administrateur, lorsque l'entreprise est incapable de payer ses dettes ou qu'elle risque de le devenir. Une réforme de 2002 a assigné à cette procédure pour objectif prioritaire la survie de l'entreprise, et a permis la mise sous administration indépendamment de toute décision du tribunal, afin de permettre des ouvertures plus précoces.

2. Les réformes françaises

Le droit français a également été réformé, mais de façon insuffisante. Rappelons que le dispositif mis en place en 1984-1985 reposait sur trois piliers :

- un pilier relatif à **la prévention et au règlement amiable**, constitué par la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 et par trois décrets associés¹ ;

- un pilier concernant les **procédures collectives**, avec la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises, complétée par deux décrets². Cette loi a abrogé les dispositions de la loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes ;

- un dernier pilier, relatif aux **auxiliaires de justice**, constitué par la loi n° 85-99 du 25 janvier 1985 relative aux administrateurs judiciaires, mandataires-liquidateurs et experts en diagnostic d'entreprise.

Ce dispositif n'a subi **qu'une seule réforme importante**, résultant de la loi n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises :

- s'agissant de la **prévention**, la loi de 1994 a renforcé les pouvoirs d'alerte, afin de favoriser la détection précoce des difficultés, et a réaménagé la procédure de règlement amiable instituée par la loi précitée du 1^{er} mars 1984. La loi de 1994 a également consacré la pratique du mandat *ad hoc* ;

- s'agissant du traitement **des entreprises en difficulté**, la loi de 1994 a modernisé les procédures collectives en instaurant une liquidation judiciaire immédiate, en confiant à des contrôleurs le soin de protéger les droits des créanciers, et en réaménageant le régime des créances.

Sur tous ces points, **la loi adoptée il y a maintenant plus d'une décennie, répondait à des préoccupations proches de celles qui inspirent le présent projet de loi ; mais cette loi n'a sans doute pas été assez loin, si l'on en juge par son bilan.**

Plus récemment, la **loi n° 2003-7 du 3 janvier 2003 modifiant le livre VIII du code de commerce**, complétée par le décret n° 2004-518 du 10 juin 2004, a réformé le statut des administrateurs et des mandataires judiciaires, ainsi que celui des experts en diagnostic d'entreprise. Abandonnant la réforme des juridictions consulaires, initialement envisagée, le gouvernement a alors opté pour un texte plus modeste qui **ne résout pas, à lui seul, la question de l'indépendance des administrateurs et mandataires. En tout état de cause, ce texte ne pouvait être que le prélude à une réforme plus vaste, telle que celle engagée par le présent projet de loi.**

¹ Il s'agit d'un décret n° 85-295 du 1^{er} mars 1985, d'un décret n° 85-665 du 3 juillet 1985 sur le statut des commissaires aux comptes et d'un décret n° 85-910 du 27 août 1985 relatif aux centres de prévention agréés.

² Il s'agit des décrets n° 85-1387 et n° 85-1388 du 27 décembre 1985.

En définitive, il apparaît aujourd'hui que **le dispositif de traitement des entreprises en difficulté intervient, de façon générale, trop tardivement**, lorsque les difficultés sont déjà avérées, puisque la clef de voûte du système demeure la cessation des paiements. **En outre, la loi de 1985 a accru les pouvoirs des tribunaux**, notamment en cas de redressement, puisque ceux-ci arrêtent seuls le plan, les créanciers n'étant plus appelés à voter un concordat (soumis à homologation judiciaire), comme dans le dispositif de la loi précitée de 1967. Certes, le caractère judiciaire des procédures constitue une garantie pour l'ensemble des intervenants et, comme tel, il doit demeurer. Mais cette judiciarisation a pour contrepartie un grand **formalisme** et une certaine **lenteur**. **Tout en maintenant le rôle central des tribunaux, il convenait de s'interroger sur les moyens d'introduire plus de souplesse dans les procédures, tout en accroissant leur efficacité et leur attractivité. C'est ce à quoi s'est attaché le présent projet de loi.**

II. LES VOIES DE LA RÉFORME : L'ACCENT MIS SUR LA PRÉVENTION ET LA NÉGOCIATION

Le présent projet de loi procède à une **refonte complète du Livre VI du code de commerce**, consacré aux difficultés des entreprises. En amont de la cessation des paiements, il renforce l'anticipation des difficultés et responsabilise le chef d'entreprise, en créant la nouvelle procédure de **sauvegarde**, qui constitue l'une des principales innovations de la loi. De façon générale, il modernise les procédures existantes.

A. LE RENFORCEMENT DE LA PRÉVENTION

1. La détection des difficultés

L'article 4 du présent projet de loi prévoit que le président du tribunal de commerce peut adresser une **injonction au dirigeant qui n'aurait pas procédé au dépôt annuel de ses comptes**. Lors de la discussion du texte à l'Assemblée nationale, il a été précisé que cette injonction pouvait être sous astreinte.

Les articles 11 et 182 du présent projet de loi tendent à **renforcer**, par ailleurs, **les procédures d'alerte par les commissaires aux comptes**, lorsque ceux-ci constatent des faits « *de nature à compromettre la continuité de l'exploitation* » (article L. 234-1 du code de commerce). Une information anticipée du président du tribunal de commerce est mise en place et une assemblée générale extraordinaire pourra être convoquée si les difficultés perdurent. Enfin, une information des délégués du personnel, lorsqu'il n'existe pas de comité d'entreprise, est prévue.

Enfin, le présent projet de loi organise la **publicité du retard de paiement des dettes fiscales**. L'article 185, tel que présenté initialement par le gouvernement, disposait que cette publicité serait obligatoire dès lors que les sommes dues à un même poste comptable ou service assimilé et susceptibles d'être inscrites n'auraient pas été acquittées à l'issue d'un semestre (au lieu d'un trimestre) civil. Ce dispositif, étendu aux privilèges douaniers, se voulait cohérent avec les dispositions adoptées en matière de créances sociales (article 70 de la loi n° 2003-1199 du 18 décembre 2003 de financement de la sécurité sociale pour 2004), afin de ne pas fragiliser la situation de l'entreprise. Toutefois, à l'initiative de sa commission des lois, l'Assemblée nationale a ramené le délai à trois mois.

2. La conciliation

Le règlement amiable, issu de la loi précitée du 1^{er} mars 1984, est désormais dénommé « conciliation ». Cette procédure possède les caractéristiques suivantes :

- **son champ d'application est étendu**¹, par rapport à celui du règlement amiable, puisque la conciliation s'adresse aux entreprises² qui « *éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible* » et à celles qui sont en cessation des paiements depuis moins de quarante-cinq jours, ce qui constitue une innovation puisque le règlement amiable actuel ne vise pas les entreprises qui sont déjà en cessation des paiements. **On constate ici que la notion de cessation des paiements perd son caractère de frontière entre procédures amiables et procédures judiciaires ;**

- l'accord conclu entre le débiteur et ses principaux créanciers fait l'objet d'une **homologation par le tribunal**³, et non plus seulement par son président, comme dans le règlement amiable. Toutefois, lors de la discussion du texte par nos collègues députés, la procédure d'homologation a été rendue **facultative**, à la demande du débiteur, la procédure de droit commun étant constituée d'une simple constatation de l'accord par le président du tribunal, sans publication ni possibilité de recours. Cette solution de compromis est parue seule à même de **concilier sécurisation et confidentialité** de l'accord de conciliation ;

¹ Article 5 du présent projet de loi (nouvel article L. 611-4 du code de commerce).

² La conciliation est instituée, devant le tribunal de commerce, pour les personnes exerçant une activité commerciale ou artisanale. Elle est également ouverte, devant le tribunal de grande instance, aux autres personnes morales de droit privé et aux personnes physiques exerçant une activité indépendante, y compris une profession libérale. Elle n'est pas ouverte aux agriculteurs qui bénéficient de la procédure prévue par les articles L. 351-1 et suivants du code rural.

³ Article 7 du présent projet de loi (nouveaux articles L. 611-8 et suivants du code de commerce).

- l'introduction d'un **privilège de l' « argent frais »** doit permettre d'accroître l'efficacité de la procédure de conciliation¹. Ce privilège permettra à ses titulaires de primer tant les créanciers antérieurs que les créanciers postérieurs, le cas échéant, à l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation, à l'exception du privilège dont bénéficient les salariés. Lors de la discussion de cet aspect à l'Assemblée nationale, nos collègues députés ont fait en sorte que ce privilège ne concerne que les créanciers ayant réellement apporté des liquidités utilisables immédiatement. A cette fin, l'expression « *apport en trésorerie* » a été substituée aux termes « *crédit* » et « *avance* ».

3. La sauvegarde

La procédure de sauvegarde constitue l'innovation majeure du présent projet de loi. Il s'agit, pour l'essentiel, d'un « **redressement judiciaire anticipé** », expression qui était d'ailleurs retenue par l'avant-projet de loi. La procédure de sauvegarde comporte les caractéristiques suivantes :

- elle est déclenchée **sur demande d'un débiteur²** qui « *justifie de difficultés susceptibles de le conduire à la cessation des paiements* » et est destinée à « *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* »³. Le débiteur continue d'assurer la gestion de l'entreprise, l'administrateur n'ayant, à cet égard, qu'un pouvoir de surveillance et d'assistance⁴ ;

- elle donne lieu à un **plan de sauvegarde**, « *lorsqu'il existe une possibilité sérieuse pour l'entreprise d'être sauvegardée* »⁵. Ce plan est arrêté par jugement après une période d'observation. Au-delà de seuils à fixer par décret en Conseil d'Etat, l'élaboration du plan donnera lieu à la constitution de deux **comités de créanciers**⁶, réunissant d'une part, les établissements de crédit et, d'autre part, les principaux fournisseurs. Ces comités réintroduisent un aspect contractuel et concordataire dans **une procédure qui demeure toutefois « hybride »**, puisque le tribunal peut refuser d'arrêter le plan établi par les comités, la procédure reprenant alors selon des conditions de « droit

¹ Article 8 du présent projet de loi (nouvel article L. 611-11 du code de commerce).

² Cette procédure est applicable « à tout commerçant, à toute personne immatriculée au répertoire des métiers, à tout agriculteur, à toute personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire, ou dont le titre est protégé, ainsi qu'à toute personne morale de droit privé » (selon les termes de l'article 13 du présent projet de loi, introduisant un nouvel article L. 620-2 au code de commerce).

³ Article 12 du présent projet de loi (nouvel article L. 620-1 du code de commerce).

⁴ Article 23 du présent projet de loi (nouvel article L. 622-1 du code de commerce).

⁵ Article 68 du présent projet de loi (nouvel article L. 626-1 du code de commerce).

⁶ Article 92 du présent projet de loi (nouveaux articles L. 626-26 et suivants du code de commerce).

commun », c'est-à-dire sans intervention desdits comités. Le cas échéant, un plan de cession relèverait uniquement de la procédure de liquidation judiciaire ;

- elle donne lieu à une **participation renforcée des créanciers publics**, ce qui a pour objectif d'accroître l'efficacité et l'attractivité de cette nouvelle procédure. En effet, le présent projet de loi¹ prévoit que les administrations financières, ainsi que les organismes de sécurité sociale et les gestionnaires de l'assurance-chômage peuvent accepter, concomitamment à l'effort consenti par d'autres créanciers, de remettre tout ou partie de ses dettes au débiteur. S'agissant toutefois des impôts indirects perçus au profit de l'Etat et des collectivités territoriales, seuls les intérêts de retard, majorations, pénalités, amendes ou frais de poursuite peuvent faire l'objet d'une remise. Ce dispositif, également applicable au plan de redressement, **élargit le périmètre des créanciers publics à même de consentir des remises de dettes et accroît les facultés de remises** dont disposaient jusqu'alors ces créanciers dans le cadre d'un plan de redressement.

L'Assemblée nationale a **adopté le dispositif** de la sauvegarde, **sans le modifier substantiellement**, ayant en particulier refusé :

- d'en limiter l'accès aux entreprises menacées par une cessation des paiements à bref délai ;

- de supprimer les formalités de déclaration/vérification des créances ;

- **d'assouplir le licenciement économique pendant la procédure de sauvegarde**, en incitant à la négociation d'« accords de méthode »², à défaut desquels se seraient appliqués les délais de consultation des représentants du personnel prévus pour le redressement judiciaire par l'article L. 321-9 du code du travail (cet amendement a été retiré).

Enfin, aucun amendement n'a été présenté, s'agissant de la garantie contre le risque de non-paiement des créances des salariés, dont il est prévu qu'elle joue en cas de procédure de sauvegarde, l'intervention de l'Association pour la garantie des salaires (AGS)³ étant conçue comme l'un des éléments devant favoriser les négociations.

¹ Article 72 (nouvel article L. 626-4-1 du code de commerce).

² Loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale.

³ Article 187 du présent projet de loi modifiant l'article L. 143-11-1 du code du travail.

B. LA MODERNISATION DES PROCÉDURES EXISTANTES

1. La modernisation du redressement judiciaire

Le redressement judiciaire est modernisé, par l'effet de renvois vers les dispositions qui régissent la sauvegarde. Le redressement conserve toutefois ses spécificités : il continue de ne s'appliquer que s'il y a cessation des paiements ; il peut être ouvert, soit à la demande du débiteur, soit sur l'assignation d'un créancier s'il n'y a pas de procédure de conciliation en cours, soit d'office par le tribunal ou à la demande du ministère public. En outre, dans la procédure de redressement, l'administrateur judiciaire peut être chargé d'assurer la gestion de l'entreprise.

A la différence de la procédure de sauvegarde, la procédure de redressement judiciaire peut être orientée vers la préparation d'un **plan de cession** de l'entreprise. L'Assemblée nationale a modifié, sur ce point, le texte initialement présenté par le gouvernement. A l'article 102 du présent projet de loi, elle a inséré un nouvel article L. 631-18 au code de commerce qui prévoit qu' *« au vu du rapport de l'administrateur, le tribunal peut ordonner la cession totale ou partielle de l'entreprise si le débiteur est dans l'impossibilité d'en assurer lui-même le redressement »*. Les dispositions relatives à la liquidation judiciaire sont alors applicables et *« le mandataire judiciaire exerce les missions dévolues au liquidateur »*.

On notera que le projet ne prévoit plus de redressement simplifié, mais qu'il donne par ailleurs au tribunal la possibilité, sous une condition de seuil, de ne pas nommer d'administrateur (comme pour la sauvegarde).

En définitive, **la procédure de redressement judiciaire perd son caractère central dans l'agencement des procédures collectives françaises.** Elle a de fait vocation à devenir moins fréquente, puisque, si la réforme est un succès, les entreprises feront davantage appel aux procédures préventives que sont la conciliation et la sauvegarde.

2. La simplification de la liquidation judiciaire

La liquidation judiciaire est ouverte pour tout débiteur en état de cessation des paiements **dont le redressement est manifestement impossible.** Cette procédure est notamment le cadre d'une **éventuelle cession** de l'entreprise. Une telle cession *« a pour but d'assurer le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés et d'apurer le passif »*¹.

¹ Article 124 du présent projet de loi (nouvel article L. 642-1 du code de commerce).

La principale innovation réside dans la création d'une procédure de liquidation judiciaire simplifiée¹, applicable s'il apparaît, au vu du rapport du liquidateur que l'actif du débiteur ne comprend pas de bien immobilier et que le nombre de salariés ainsi que le chiffre d'affaires hors taxes sont inférieurs à des seuils fixés par décret en Conseil d'Etat². La cession des actifs mobiliers de l'entreprise pourra alors être effectuée de gré à gré ou aux enchères publiques dans un délai de trois mois. Par ailleurs, les créances chirographaires ne feront pas l'objet d'une procédure de vérification lorsqu'il apparaîtra qu'elles ne pourront pas être remboursées. La clôture de la liquidation judiciaire simplifiée devra intervenir **dans un délai d'un an** à compter de son ouverture, sauf prolongation exceptionnelle de trois mois. Cette procédure, adaptée aux petites entreprises, doit permettre un traitement rapide des entreprises qui n'ont aucune chance de se relever et dont l'actif est facilement réalisable.

C. LES RESPONSABILITÉS ET SANCTIONS

1. Les sanctions

Le chapitre V du présent projet de loi (articles 142 et suivants) comporte **plusieurs mesures d'adaptation des sanctions**.

Il supprime le principe de l'ouverture d'une procédure collective à titre de sanction, et le remplace par une « ***obligation aux dettes sociales*** »³, limitée aux procédures de liquidation judiciaire, lorsque certaines fautes graves, énumérées par la loi, auront contribué à la cessation des paiements.

Le régime de la faillite personnelle est, par ailleurs, rénové. Les faits sanctionnables sont précisés. Les obstacles mis par le dirigeant à l'accomplissement normal de la procédure engagent sa responsabilité, notamment en cas de mauvaise foi avérée, de même que la tenue d'une comptabilité irrégulière.

Les **sanctions personnelles sont proportionnées** à la gravité des faits, par la suppression du plancher de durée de la sanction de cinq ans et par l'introduction d'un plafond à quinze ans.

¹ Article 141 du présent projet de loi (nouveaux articles L. 644-2 et suivants du code de commerce).

² Article 111 du présent projet de loi (nouvel article L. 641-2 du code de commerce).

³ Article 146 du présent projet de loi (nouveaux articles L. 652-1 et suivants du code de commerce).

2. La responsabilité pour soutien abusif

Le privilège prévu au profit des nouveaux concours apportés dans le cadre d'un accord de conciliation homologué a été complété, lors de la discussion du présent projet de loi à l'Assemblée nationale, par **une disposition nouvelle restreignant le champ de la responsabilité des créanciers pour soutien abusif**. Cette disposition générale concerne, en particulier, la responsabilité bancaire.

Selon les termes de l'article 142 *bis* (nouveau), introduisant un article L. 650-1 au code de commerce, « *les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci* ».

III. LES AMENDEMENTS DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Le présent projet de loi propose un certain nombre de mesures bienvenues, susceptibles d'améliorer l'anticipation et le traitement des difficultés des entreprises.

Votre commission des finances considère toutefois que le succès de ces mesures, et notamment celui des nouvelles procédures de conciliation et de sauvegarde, dépendra de la pratique et donc du travail pédagogique qui sera effectué, sur le terrain, afin de sensibiliser les chefs d'entreprise à l'intérêt que comporte, pour eux, la possibilité de prévoir et de traiter les difficultés en amont. A défaut, il existe un risque que les nouveautés introduites par le présent projet de loi ne soient connues et pratiquées **que par les grandes entreprises**, ce qui ne suffirait pas à faire diminuer sensiblement le nombre de défaillances et de liquidations avec leurs effets en chaîne sur le tissu économique.

Votre commission des finances souligne également que la réforme engagée, si elle tend à clarifier le rôle des auxiliaires de justice, ne résout toutefois pas l'ensemble des questions qui se posent, s'agissant de leur rémunération et de leur indépendance.

En conséquence, elle vous proposera donc quelques amendements susceptibles de compléter les mesures prises depuis cinq ans dans ce domaine.

A. LE CHAMP DE LA SAISINE

Votre commission des finances s'est saisie des articles suivants du présent projet de loi :

- l'article 3, relatif au financement des groupements de prévention agréés ;

- l'article 8, concernant le nouveau privilège de l'« argent frais » apporté lors d'une procédure de conciliation ;

- l'article 12, instituant une procédure de sauvegarde ;

- l'article 72, relatif au règlement des dettes et remises par les créanciers publics ;

- l'article 92, qui régit les comités de créanciers ;

- l'article 142 *bis* (nouveau), limitant la responsabilité des créanciers pour « soutien abusif » du débiteur ;

- l'article 176 *bis* (nouveau) relatif à la rémunération des auxiliaires de justice ;

- l'article 184 *ter* (nouveau), concernant l'octroi du privilège de l'« argent frais » au fonds de garantie des dépôts des établissements de crédit ;

- l'article 185, modifiant le régime de publicité obligatoire des privilèges fiscaux et douaniers ;

- l'article 187 *bis* (nouveau), concernant la déductibilité fiscale des abandons de créances ;

- l'article 188, relatif aux modalités de répartition du produit de la liquidation judiciaire.

Votre commission des finances a en outre pris l'initiative de présenter quelques articles additionnels.

B. LES AMENDEMENTS PROPOSÉS

1. Les nouvelles procédures préventives

A l'article 3, votre commission des finances vous proposera un amendement tendant à permettre aux groupements de prévention agréés, d'une part, de bénéficier, en plus des aides des collectivités territoriales, de celles des chambres de commerce et d'industrie et, d'autre part, de solliciter, au profit de leurs adhérents et en vue du financement d'expertises destinées à prévenir les difficultés des entreprises, l'attribution de subventions de la Caisse des dépôts et consignations.

A l'article 8, votre commission des finances vous proposera un amendement tendant à **exclure du privilège de l'« argent frais » les nouveaux apports consentis au débiteur par ses actionnaires et associés dans le cadre d'une augmentation de capital**. Cette précision apparaît en effet utile pour mettre fin à certaines interrogations doctrinales.

A l'article 92, votre commission des finances vous proposera un amendement visant, d'une part, à ce que les mandataires judiciaires siègent au sein des comités de créanciers, avec voix consultative, et d'autre part, à préciser le pouvoir d'appréciation du juge quant à la recevabilité du plan adopté par les deux comités.

2. Les créances publiques

A l'article 185, votre commission des finances vous proposera un amendement tendant à **rétablir à six mois le délai** prévu par le projet de loi initial pour l'appréciation du montant de créances au-delà duquel l'administration fiscale est tenue de requérir l'inscription de ces dernières, délai qu'un amendement adopté par l'Assemblée nationale a fixé à un trimestre. Il s'agit de retrouver une cohérence entre les régimes de publicité obligatoire des créances du code général des impôts et du code des douanes, d'une part, du code de la sécurité sociale, d'autre part : un délai semestriel paraît de nature à concilier la nécessaire information du tribunal de commerce et des tiers avec le souci de ne pas fragiliser inutilement, par l'effet d'une « mauvaise publicité » entamant la confiance de ses différents partenaires, une entreprise qui ne connaîtrait de difficultés que passagères.

3. La responsabilité des créanciers

L'article 142 bis (nouveau) du présent projet de loi, introduit par l'Assemblée nationale, prévoit de limiter la responsabilité encourue par les créanciers, pour les préjudices subis du fait des concours qu'ils octroient, aux cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur, et de disproportion des garanties prises en contrepartie des concours. Votre commission des finances partage la volonté ainsi exprimée d'identifier des critères clairs et objectifs de responsabilité, afin d'apporter aux créanciers la sécurité juridique nécessaire à l'amélioration des conditions de financement et de pérennisation de l'activité des entreprises, notamment dans le cadre du nouveau privilège de l'« argent frais », précédemment mentionné.

Il apparaît toutefois nécessaire à votre commission des finances, au regard de la jurisprudence sur le « soutien abusif » et des préjudices que l'octroi d'un concours est susceptible de causer aux tiers lorsqu'il crée une apparence de solvabilité, de **prévoir un quatrième cas d'incrimination consistant en la connaissance, par le créancier, de la situation irrémédiablement compromise du débiteur.**

4. La transparence des rémunérations des administrateurs et mandataires judiciaires

Le statut des auxiliaires de justice, issu de la loi n° 85-99 du 25 janvier 1985 a été réformé, mais de façon incomplète, par la loi n° 2003-7 du 3 janvier 2003 modifiant le Livre VIII du code de commerce et par le décret n° 2004-518 du 10 juin 2004.

Comme le montre une note demandée par votre commission des finances au service des études juridiques du Sénat, annexée au présent rapport, des interrogations demeurent s'agissant du niveau de la rémunération des administrateurs et mandataires, de l'équité des saisines et de l'indépendance des professionnels.

Votre commission vous proposera donc **trois amendements tendant à garantir une plus grande équité et une plus grande transparence dans ce domaine :**

- un premier amendement concerne la fixation des rémunérations des professions judiciaires ;

- un deuxième amendement tend à améliorer la transparence des attributions de dossiers ;

- enfin, un troisième amendement apporte une précision en matière de recours, lorsqu'il existe un différend relatif à l'attribution d'un dossier.

5. Le privilège du fonds de garantie des dépôts

L'article 184 ter (nouveau) du présent projet de loi, introduit par l'Assemblée nationale, tend à faire bénéficier le fonds de garantie des dépôts du nouveau privilège prévu par l'article 8 du présent projet de loi, au titre des nouveaux concours qu'il octroie à un établissement de crédit dans le cadre d'une intervention préventive. Il prévoit également une limitation de la responsabilité du fonds pour ce type de concours, au même titre que celle prévue pour les autres créanciers.

Votre commission des finances vous propose un **amendement de précision et de coordination**, afin de rendre la rédaction de cet article cohérente avec les dispositions prévues par les articles 8 et 142 *bis* (nouveau) du présent projet de loi.

EXAMEN DES ARTICLES

ARTICLE 3

Financement des groupements de prévention agréés

Commentaire : le présent article, tout en maintenant inchangée la possibilité offerte par le code de commerce aux groupements de prévention agréés d'accéder au financement des collectivités territoriales, propose de supprimer les références de ce code, devenues en partie obsolètes, aux dispositions de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions.

I. LE DROIT EXISTANT : L'ACCÈS DES GROUPEMENTS DE PRÉVENTION AGRÉÉS AUX AIDES DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

L'article L. 611-1 du code de commerce fixe le statut des groupements de prévention agréés (GPA) et, ce faisant, le régime des expertises préalables d'entreprises, susceptibles d'intervenir en amont de l'ouverture de procédures de redressement judiciaire.

Le premier alinéa de ce texte dispose que « *toute personne immatriculée au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers ainsi que toute personne morale de droit privé peut adhérer à un groupement de prévention agréé par arrêté du représentant de l'Etat dans la région* ». Il convient de noter que l'extension de cette possible adhésion à « *toute personne immatriculée au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers* » a résulté de la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique, avant l'intervention de laquelle se trouvaient seules concernées les personnes morales de droit privé. Restent ainsi exclus du dispositif les professions libérales et les artisans de fait.

Les deuxième et troisième alinéas de l'article L. 611-1 précité indiquent la **mission de chaque groupement de prévention agréé** :

- En premier lieu, il s'agit pour lui, d'une façon générale, de « *fournir à ses adhérents, de façon confidentielle, une analyse des informations économiques, comptables et financières que ceux-ci s'engagent à lui transmettre régulièrement* ». La mention, en sus des informations de caractère comptable et financier, des informations plus largement « *économiques* » –

éléments de nature à permettre une véritable analyse prospective de la situation de l'entreprise – a été introduite par la loi précitée pour l'initiative économique.

- en second lieu, « *lorsque le groupement relève des indices de difficultés* », il lui revient d'en informer le chef d'entreprise et il peut, au besoin, proposer à celui-ci l'intervention d'un expert.

L'intervention de certaines administrations publiques en appui aux groupements de prévention agréés ainsi définis est prévue par le quatrième alinéa de l'article L. 611-1 :

- d'une part, ce texte énonce que, « *à la diligence du représentant de l'Etat, les administrations compétentes prêtent leur concours aux groupements de prévention agréés* », et que « *les services de la Banque de France peuvent également, suivant des modalités prévues par convention, être appelés à formuler des avis sur la situation financière des entreprises adhérentes* ».

- d'autre part, le même alinéa, *in fine*, ouvre aux groupements de prévention agréés la **possibilité de bénéficier** « *par ailleurs des aides directes ou indirectes des collectivités locales, notamment en application des articles 5, 48 et 66 de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 modifiée relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions* ».

Le cinquième et dernier alinéa de l'article L. 611-1, en outre, reconnaît au bénéfice des groupements de prévention agréés la **possibilité de** « *conclure, notamment avec les établissements de crédit et les entreprises d'assurance, des conventions au profit de leurs adhérents* ».

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ : LA SUPPRESSION DE RÉFÉRENCES DU CODE DE COMMERCE DEVENUES EN PARTIE OBSOLÈTES

Le présent article, sans rien changer à la possibilité que les groupements de prévention agréés bénéficient d'un financement direct ou d'aides indirectes de la part des collectivités territoriales, propose une rédaction du quatrième alinéa de l'article L. 611-1 du code de commerce de laquelle disparaît la mention, précitée, des « *articles 5, 48 et 66 de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 modifiée relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions* ». Ces références, en effet, sont aujourd'hui tout à fait superflues :

- d'une part, l'énumération des trois articles de la loi du 2 mars 1982 n'a jamais comporté de réelle portée normative, dans la mesure où elle n'était pas nécessaire pour l'application de l'article L. 611-1 du code de

commerce et, au reste, n'était pas exhaustive en ce qui concerne le régime des aides que les collectivités territoriales sont susceptibles d'accorder.

- d'autre part, **les articles 5 et 48 de la loi du 2 mars 1982 ont été abrogés** par la loi n° 96-142 du 21 février 1996 relative à la partie législative du code général des collectivités territoriales, et leurs dispositions reprises dans celui-ci (aux articles L. 2251-1 et suivants et L. 3231-1 et suivants respectivement).

III. LES MODIFICATIONS APPORTÉES PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE : UN AFFINEMENT RÉDACTIONNEL

Sur la proposition de notre collègue député Xavier de Roux, rapporteur de la commission des lois, l'Assemblée nationale, avec l'avis favorable du gouvernement, a adopté un amendement rédactionnel au présent article. Ainsi, **les groupements de prévention agréés pourront bénéficier « d'aides » de la part des collectivités territoriales, et non « des aides » de ces dernières, comme le proposait la rédaction initiale du projet de loi.**

IV. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES : PERMETTRE LA DIVERSIFICATION DES FINANCEMENTS PUBLICS POUVANT BÉNÉFICIER AUX GROUPEMENTS DE PRÉVENTION AGRÉÉS

Votre commission des finances ne peut qu'approuver **la suppression d'une mention inutile et partiellement obsolète**, qui encombre sans profit le code de commerce. Ce « toilettage », modeste, n'en constitue pas moins une **mesure de clarification et de rationalisation de l'ordre juridique**, saine réaction aux excès du « bavardage » législatif dénoncés dès 1992 par le Conseil d'Etat¹, et de nature à répondre de manière satisfaisante aux objectifs de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, consacrés par la jurisprudence du Conseil constitutionnel², que le législateur devrait ne jamais perdre de vue.

¹ *Rapport public 1991, Considérations générales : « De la sécurité juridique ». cf. « quand le droit bavarde, le citoyen ne lui prête plus qu'une oreille distraite », p. 20.*

² *Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999.*

Cependant, votre commission des finances vous propose de **saisir l'occasion de cette modification de l'article L. 611-1 du code de commerce pour diversifier les possibilités de financements publics des groupements de prévention agréés**. La pratique de ces derniers – aujourd'hui une quinzaine –, de l'avis de tous les observateurs, présente en effet, en termes de nombre d'expertises réalisées, un **bilan fort modeste** ; celui-ci peut s'expliquer, pour partie, par une forme de réticence naturelle des chefs d'entreprise contre toute immixtion dans leur gestion, comme par la méconnaissance dont font l'objet, sur le terrain, les groupements de prévention agréés, mais il résulte également, sans aucun doute, du coût qu'implique l'adhésion à un groupement, en particulier pour les petites et moyennes entreprises. Or **le souci de détecter le plus en amont possible les éventuelles difficultés des entreprises** et de mettre en place, le cas échéant, des modalités fiables de règlement amiable, de même que **la création d'une procédure de sauvegarde par le présent projet de loi** et l'esprit général qui anime celui-ci, **plaident pour le développement du rôle des experts en diagnostic d'entreprise**.

Tel est l'objectif que poursuit l'**amendement** au présent article que vous soumet votre commission des finances, modifiant sur deux aspects l'article L. 611-1, précité, du code de commerce, **afin de mutualiser le coût de l'intervention des groupements de prévention agréés et, dès lors, d'en alléger la charge pour les entreprises** concernées.

Cet amendement, en premier lieu, tend à **permettre aux groupements de prévention agréés de bénéficier**, en plus de l'appui susmentionné des collectivités territoriales, **d'aides des chambres de commerce et d'industrie**.

En second lieu, il vise à **octroyer en outre à ces groupements la possibilité de solliciter, au profit de leurs adhérents, en vue du financement d'expertises destinées à prévenir les difficultés des entreprises, l'attribution de subventions de la Caisse des dépôts et consignations**.

Ces aides seraient **prélevées sur le Fonds de financement des dossiers impécunieux**¹. Il reviendrait à un décret en Conseil d'Etat de préciser les conditions d'application de cette nouvelle disposition.

Votre rapporteur général insiste sur l'optique de développement de la prévention des difficultés des entreprises dans laquelle s'inscrivent ces propositions. Il s'agit d'attribuer davantage de moyens aux groupements agréés aujourd'hui en place, dont la tâche difficile requiert, de toute évidence, une mesure de dynamisation. Faute de celle-ci, **la suppression pure et simple de ces groupements constituerait sans doute une meilleure solution que le maintien de leur fonctionnement à bas régime.**

Décision de la commission : votre commission vous propose d'émettre un avis favorable sur cet article ainsi modifié.

¹ *Ce fonds, instauré par la loi n° 2003-7 du 3 janvier 2003 modifiant le livre VIII du code de commerce au troisième alinéa de l'article L. 814-7 de ce code, géré par la Caisse des dépôts et consignations (selon des modalités précisées par l'article 99 du décret n° 2004-518 du 10 juin 2004 portant diverses dispositions relatives aux administrateurs judiciaires et aux mandataires judiciaires au redressement et à la liquidation des entreprises), est destiné à assurer, en cas de dossier déclaré impécunieux par le tribunal compétent conformément au premier alinéa de l'article L. 814-7 précité, la rémunération à hauteur du seuil minimal réglementaire du mandataire liquidateur ou du représentant des créanciers ; il ne concerne cependant que les dossiers ouverts depuis le 11 juin 2004 (décret du 10 juin 2004 précité, article 108, paragraphe IX). Il est constitué d'une quote-part (déterminée par un arrêté du ministre de la Justice sur la proposition du conseil d'administration du Fonds, et actuellement fixée à 20 %) des intérêts servis aux affaires par la Caisse des dépôts et consignations sur les sommes obligatoirement déposées auprès d'elle en application des articles L. 621-33, L. 621-68 et L. 622-8 du code de commerce (futurs articles L. 622-16, L. 626-22 et L. 641-8 selon la renumérotation organisée par le projet de loi) – c'est-à-dire des sommes perçues par les administrateurs ou mandataires judiciaires ès qualités et non portées sur les comptes bancaires ou postaux des entreprises faisant l'objet des procédures en cause. Suivant les indications fournies par la Caisse des dépôts et consignations à votre rapporteur général, ces sommes, en 2004, ont représenté 7,6 milliards d'euros ; elles sont déposées à la Caisse soit sur des comptes courants, rémunérés à un taux qui ne peut être supérieur à celui des consignations et est en pratique, actuellement, le même (1,25 %), soit sur des comptes à terme, dont le taux de rémunération est déterminé par l'index de marché en fonction de la durée du placement (laquelle ne peut excéder un an). La quote-part de 20 % de ces intérêts, retenue pour alimenter le fonds, compte tenu de la récente mise en activité de celui-ci, a été établie sur la base d'estimations ; elle doit permettre de dégager des crédits de l'ordre de 20 millions d'euros par an.*

ARTICLE 8

Nouveau privilège de l' « argent frais » apporté lors d'une procédure de conciliation

Commentaire : le présent article introduit un nouvel article L. 611-11 au code de commerce, ayant pour objet de créer un privilège de paiement sur les créanciers antérieurs et, le cas échéant, postérieurs à l'ouverture d'une procédure collective, pour les créances nées de nouveaux concours apportés à un débiteur dans le cadre d'un accord de conciliation homologué.

I. LE DROIT EXISTANT

A. L'ORDRE DE PAIEMENT DES CRÉANCES PRÉVU PAR L'ACTUEL ARTICLE L. 621-32 DU CODE DE COMMERCE

Le dispositif proposé par le présent article crée un **nouveau privilège de paiement au regard du droit actuel**, qui vient s'insérer dans le régime existant de l'ordre de paiement des créances nées postérieurement ou antérieurement à l'ouverture d'une procédure collective. Ce régime est issu de l'article 40 de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises, codifié à l'article L. 621-32 du code de commerce.

Le I de l'article L. 621-32 précité prévoit dans certains cas une **priorité de toutes les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture d'une procédure**, et qui ne seraient pas payées à leur échéance ou se heurteraient à une cession d'activité de l'entreprise.

Il précise ainsi qu' « *en cas de cession totale ou lorsqu'elles ne sont pas payées à l'échéance en cas de continuation, elles sont payées par priorité à toutes les autres créances, assorties ou non de privilèges ou sûretés, à l'exception des créances garanties par le privilège établi aux articles L. 143-10, L. 143-11, L. 742-6 et L. 751-15 du code du travail*¹ ». Cette priorité de paiement des créances postérieures ne constitue pas un privilège général, dans

¹ Ces quatre articles, qui concernent ce que l'on désigne couramment comme le « **super privilège des salariés** », ont respectivement trait aux rémunérations dues au titre des soixante jours de travail précédant le jugement d'ouverture, aux indemnités de congés payés, et aux rémunérations de toute nature dues au titre des quatre-vingt dix derniers jours de travail pour les marins et les VRP.

la mesure où elle est liée à la date d'apparition de la créance et non à sa nature, et est destinée à favoriser la poursuite de l'activité de l'entreprise, bien qu'elle n'établisse pas de distinction selon l'utilité réelle de ces créances pour la pérennité de l'exploitation.

Le II du même article apporte un tempérament à cette priorité des créances postérieures lorsque survient une **liquidation** judiciaire. Certaines créances **antérieures** au jugement d'ouverture détiennent alors une priorité de paiement sur les créances postérieures : les créances ressortissant au « **super privilège** » **des salariés** prévu par le code du travail (cf. *supra*), qui constituent des créances de premier rang ; les frais de justice ; et les créances garanties par des sûretés immobilières ou mobilières spéciales, assorties d'un droit de rétention (hypothèque, gage avec dépossession ou gage sur automobile) ou garanties par le nantissement de matériel d'équipement.

Le III de cet article prévoit enfin que **le paiement des créances postérieures au jugement d'ouverture se fait dans l'ordre suivant :**

« 1° *Les créances de salaires dont le montant n'a pas été avancé en application des articles L. 143-11-1 à L. 143-11-3 du code du travail* ». Il s'agit des créances salariales **non couvertes par l'AGS** (Association pour la gestion du régime de garantie des créances des salariés), dont la priorité est justifiée par leur caractère alimentaire ;

« 2° *Les frais de justice*¹ ;

« 3° *Les **prêts consentis par les établissements de crédit** ainsi que les créances résultant de l'exécution des contrats poursuivis conformément aux dispositions de l'article L. 621-28 et dont le cocontractant accepte de recevoir un paiement différé (...)* ;

« 4° *Les sommes dont le montant a été avancé en application du 3° de l'article L. 143-11-1 du code du travail* ». A la différence des créances remboursées en premier rang, il s'agit des salaires et cotisations sociales **avancés par l'AGS** et versés pendant la période d'observation et dans les quinze jours suivant le jugement de liquidation ou pendant le maintien de l'activité de l'entreprise ;

« 5° *Les autres créances, selon leur rang* ».

¹ *Le privilège des frais de justice, prévu par l'article 2101 du code civil relatif aux privilèges généraux sur les meubles, inclut les honoraires du liquidateur, des huissiers et commissaires-priseurs, et les frais de publicité des décisions.*

B. LES AMÉNAGEMENTS PRÉVUS PAR LES ARTICLES 34 ET 120 DU PRÉSENT PROJET DE LOI

1. Les dispositions de l'article 34

L'article L. 621-32 précité, devenu article L. 622-15 dans le cadre de la renumérotation de certains articles du code de commerce prévue par le présent projet de loi, **voit ses dispositions modifiées par l'article 34 du présent projet de loi, qui concerne l'ordre de paiement des créances dans le cadre des procédures de sauvegarde et de redressement.** La nouvelle rédaction de cet article prévoit ainsi en particulier :

- **une plus grande sélectivité des créances postérieures bénéficiant du privilège** lorsqu'elles ne sont pas payées à leur échéance, laissant *a priori* escompter une amélioration de leurs conditions de remboursement. Il ne s'agit plus de toutes les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture, mais de celles répondant à **deux conditions alternatives** : être nées pour les besoins de la procédure collective ou de la période d'observation, ou constituer une contrepartie d'une prestation fournie pendant cette période au débiteur pour son activité ;

- la qualification de « *privilège* », et non plus de « *priorité* » pour le paiement des créances postérieures non payées à l'échéance ;

- un aménagement aux exceptions apportées à ce privilège au profit de certaines créances **antérieures**. Si le « super privilège » des salariés demeure et continue de primer l'ensemble des créances, **un nouveau privilège de paiement sur les créances postérieures est en revanche prévu**, par coordination avec les dispositions de l'article L. 611-11 du code de commerce, qu'introduit le présent article (cf. *infra*), **au profit des créances constitutives de la « new money », nées antérieurement dans le cadre d'une procédure de conciliation.** Le fait que les créanciers postérieurs ne soient primés que par ces deux types de privilèges est donc favorable aux créanciers qui permettent la préservation de l'activité de l'entreprise. Les dispositions de l'article 34 ont toutefois pour effet de faire passer le paiement des frais de justice après celui des créances couvertes par le nouveau privilège de la « *new money* » ;

- un nouveau IV est inséré et soumet le bénéficiaire du privilège des créances postérieures impayées à leur **déclaration**, dans un délai d'un an à compter de la fin de la période d'observation, au mandataire judiciaire ou à l'administrateur, ou, le cas échéant, au commissaire à l'exécution du plan ou au liquidateur. Cette obligation de déclaration devrait contribuer à accélérer la distribution des fonds par le mandataire judiciaire.

2. Les dispositions de l'article 120

L'article 120 du présent projet de loi tend à insérer dans le code de commerce un nouvel article L. 641-13, relatif à l'ordre de paiement des créances dans le cadre d'une procédure de **liquidation judiciaire**. Il consacre, comme pour les procédures de sauvegarde et de redressement, le privilège des créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture – qui sont donc payées à l'échéance ou, lorsque cela n'est pas possible, par priorité à toutes les autres créances – ainsi que la limitation de la nature de ces créances privilégiées.

Les exceptions à ce privilège que cet article prévoit au profit des créances antérieures sont toutefois plus nombreuses que celles visées à l'article L. 622-15 précité, puisqu'elles concernent non seulement le « super privilège » des salariés et les créances constitutives de la « *new money* », mais également les créances prévues par l'actuel article L. 621-32 du code de commerce, soit les frais de justice antérieurs à la liquidation et certaines créances garanties par des sûretés spéciales assorties d'un droit de rétention. Aux termes de cet article L. 641-13, **le privilège de l'« argent frais » s'insère après le « super privilège » des salariés et celui des frais de justice.**

Cette disposition est justifiée par la différence d'objectif de la procédure de liquidation par rapport aux autres procédures collectives, dans la mesure où elle tend à la réalisation de l'actif au profit des créanciers et non à la continuation de l'activité du débiteur.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

A. LES DISPOSITIONS DU PROJET DE LOI INITIAL

Le présent article tend à introduire un nouvel article L. 611-11 au code de commerce, prévoyant deux importantes dispositions : un nouveau **privilège de paiement** pour certains crédits et avances octroyés au débiteur dans le cadre de l'accord homologué d'une procédure de conciliation, et une limitation subséquente de la responsabilité de ces créanciers au titre du **soutien abusif**.

1. Le nouveau privilège de l' « argent frais »

Le **premier alinéa** du texte proposé par le présent article pour l'article L. 611-1 du code de commerce, **dans le projet de loi initial**, dispose que « *les personnes qui consentent, dans l'accord mentionné à l'article L. 611-7, un crédit ou une avance au débiteur en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité, sont payées, pour le montant de ce crédit ou de cette avance, par privilège à toutes créances nées avant l'ouverture de la conciliation, dans les conditions prévues aux articles L. 622-15 et L. 641-13* ». Il tend ainsi à créer un nouveau privilège pour certains créanciers, répondant à **plusieurs conditions cumulatives** :

- le **champ *rationae temporis*** : les financements bénéficiant du privilège sont octroyés dans l'**accord de conciliation** visé à l'article L. 611-7 du code de commerce, introduit par l'article 6 du présent projet de loi. Il convient de rappeler que **la procédure de conciliation se substitue à l'ancien règlement amiable**, en renouvelle largement les modalités d'application et en renforce les effets juridiques. Aux termes de l'article L. 611-4 du code de commerce, introduit par l'article 5 du présent projet de loi, cette procédure à caractère confidentiel et contractuel est ouverte aux entreprises se trouvant en situation de cessation des paiements depuis moins de quarante-cinq jours. Elle participe de la volonté, affirmée par le projet, de prévention accrue et de règlement extrajudiciaire et en amont des difficultés des entreprises ;

- **la finalité et le champ *rationae materiae* des créances** : l'efficacité du privilège est tributaire de son application à un champ circonscrit de créances, c'est-à-dire aux financements nouveaux et contribuant effectivement à la poursuite de l'activité de l'entreprise. Il ne concerne donc que les apports d' « argent frais », désignés par le vocable anglo-saxon comme « *new* » ou « *fresh money* », que sont les **crédits ou avances consentis au débiteur, tant par les établissements de crédit que par les fournisseurs**, dans le cadre de l'accord précité.

Sont donc exclus du privilège les délais de paiement accordés au titre de créances préexistantes, ainsi que les éventuelles créances antérieures à l'accord que détiendraient les mêmes apporteurs de fonds. Ces apports doivent également être octroyés **en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise et sa pérennité**, termes qui peuvent sembler quelque peu redondants mais sont bien conformes à l'objectif de l'accord de conciliation et aux conditions d'homologation de l'accord y afférent ;

- **la nature et l'applicabilité du privilège** : si le privilège ne concerne que les créances nées lors de la procédure de conciliation, **il perdure après la disparition de ces circonstances** et est donc applicable lors d'une ou de plusieurs éventuelles procédures collectives ultérieures. Il se concrétise par une **priorité de paiement sur les créances antérieures** à l'accord de

conciliation, y compris sur les financements antérieurs poursuivant un objet semblable de poursuite de l'activité du débiteur.

Ce privilège s'applique en outre dans les conditions prévues aux articles précités L. 622-15 et L. 641-13 du code de commerce (cf. *supra*), respectivement introduits par les articles 34 et 120 du présent projet de loi et qui ont trait à l'ordre de paiement des créances antérieures et postérieures au jugement d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation.

Les créances nées de ces apports d' « argent frais » sont donc payées, quelle que soit la procédure collective ultérieurement ouverte, par priorité sur les autres créances, à l'exception du « super privilège » des salariés, qui bénéficient du privilège de premier rang¹. Rappelons également qu'en cas de liquidation judiciaire, le paiement des frais de justice intervient avant celui des apporteurs d' « argent frais ».

2. La limitation de la responsabilité des créanciers pour soutien abusif

Le **second alinéa** du texte proposé par le présent article pour l'article L. 611-1 du code de commerce dispose que *« ces personnes ne peuvent, sauf fraude ou comportement manifestement abusif de leur part, être tenues pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis du fait d'un accord homologué »*.

La responsabilité des créanciers, au titre des préjudices éventuellement subis par le débiteur du fait des nouveaux concours financiers dont il a bénéficié dans le cadre d'un accord de conciliation homologué, se voit donc limitée aux deux cas que sont la fraude et le *« comportement manifestement abusif »*.

Si la fraude, dont la preuve peut être rapportée par tout moyen, constitue un motif clair et légitime d'incrimination, **la notion de comportement manifestement abusif est plus difficile à cerner** – tant du fait de l'emploi de l'adverbe que de celui du terme d'« abus » – et appelle nécessairement une interprétation du juge, bien que cette formulation ait pour objet de mieux encadrer sa marge d'appréciation.

¹ Ce point a été confirmé par M. Dominique Perben, ministre de la justice, lors des débats de première lecture à l'Assemblée nationale du jeudi 3 mars 2005. Il a ainsi indiqué que « le privilège de l' « argent frais » ne prime pas sur les créances salariales (...). Dans le texte, ce privilège s'exerce dans les conditions des articles L. 622-15 et L. 641-13 qui fixent le rang des privilèges. Le « super privilège » des salariés n'est en rien touché ».

Ainsi que l'a souligné notre collègue député Xavier de Roux dans son rapport de première lecture¹, cette notion comme l'emploi de l'adverbe « *manifestement* » ne sont certes pas absents du droit des affaires et un certain nombre de textes de loi récents y ont eu recours. Ils tendent à créer un « *droit de l'évidence, celui où la preuve n'a pas de place et où le sens commun suffit*² ». **Il reste que l'expression de « *comportement manifestement abusif* » peut être perçue comme à la fois imprécise, redondante, insuffisamment opérationnelle et arbitraire.**

L'objectif de ces dispositions est bien de **sécuriser la situation juridique des créanciers** et de les inciter à contribuer à la poursuite de l'activité de l'entreprise, **par un encadrement légal de la notion prétorienne de « *soutien abusif* »**, présentée par les créanciers, et plus particulièrement par les établissements de crédit, comme un élément très dissuasif du financement de débiteurs jugés « à risque ».

Bien que les critères jurisprudentiels du soutien abusif se révèlent plutôt stricts (cf. commentaire de l'article 142 *bis* du présent projet de loi) et aboutissent rarement à une reconnaissance de responsabilité, la menace d'une condamnation pour ce motif est perçue par les banques comme un facteur d'accroissement de leur aversion au risque, s'agissant du financement d'entreprises dont l'activité pourrait encore être rentabilisée.

B. LES MODIFICATIONS APPORTÉES PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE

Plusieurs amendements adoptés par l'Assemblée nationale ont substantiellement modifié les dispositions du présent article.

1. Les précisions apportées au champ d'application du privilège

A l'initiative de notre collègue député Xavier de Roux, rapporteur de la commission des lois, et avec l'avis favorable du gouvernement, l'Assemblée nationale a adopté **un amendement au premier alinéa** du texte proposé par le présent article pour l'article L. 611-11 du code de commerce, précisant ou étendant le champ d'application du nouveau privilège de l'« argent frais » selon trois axes.

¹ Rapport de première lecture n° 2095 XIIe législature sur le projet de loi de sauvegarde des entreprises, février 2005, pages 155 et 156.

² *Op. cit.*

Il a été en premier lieu précisé que les financements bénéficiant du privilège **devaient figurer dans l'accord de conciliation homologué**, tel qu'il figure au II de l'article L. 611-8 du code de commerce¹, introduit par l'article 7 du présent projet de loi. La cohérence et la pérennité du dispositif impliquent en effet que soient exclus, d'une part, les concours accordés dans le cadre d'un accord que le tribunal n'aura pas homologué (soit qu'une demande en ce sens n'ait pas été formulée par le débiteur, soit que les conditions d'homologation n'aient pas été réunies), et d'autre part, les nouveaux concours ne figurant pas dans un accord homologué.

Le juge devra donc, dans le cadre de l'homologation, vérifier les termes de l'accord, et notamment s'il assure la pérennité de l'entreprise et s'il ne porte pas atteinte aux intérêts des autres créanciers. **Il conviendra pour cela que le tribunal examine les conditions d'octroi du ou des apports en trésorerie.** L'homologation ne porte toutefois pas individuellement sur chaque concours, mais sur l'économie générale de l'accord de conciliation.

Une fois l'homologation devenue définitive, **chaque privilège devra être publié**, en précisant leur montant et leur titulaire, conformément aux dispositions de l'article 7 du présent projet de loi². Il pourra dès lors faire l'objet, le cas échéant, de contestations sur sa régularité dans les conditions du droit commun.

Cette disposition était en outre cohérente avec la formulation initiale du second alinéa du texte proposé par le présent article pour l'article L. 611-11 du code de commerce, qui limitait la responsabilité des créanciers pour les concours consentis dans le cadre d'un accord homologué (cf. *supra*). Dans les faits, **l'homologation demeure le plus souvent une condition suspensive de l'accord** conclu entre le débiteur et ses créanciers, et détermine donc le versement effectif des fonds.

L'amendement a, en second lieu, **modifié le champ matériel du privilège** en visant, d'une part, tout « *nouvel apport en trésorerie* », et d'autre part, tout « *nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise* », ces deux types d'apports figurant, comme il a été indiqué *supra*, dans l'accord homologué.

¹ Aux termes de cet article, l'accord obtenu est homologué par le tribunal 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 ».

² Le texte proposé par cet article pour le deuxième alinéa de l'article L. 611-10 du code de commerce prévoit ainsi :

« Le jugement d'homologation est déposé au greffe où tout intéressé peut en prendre connaissance et **fait l'objet d'une mesure de publicité**. Il est susceptible de tierce-opposition dans un délai de dix jours à compter de cette publicité. Le jugement rejetant l'homologation ne fait pas l'objet d'une publication. Il est susceptible d'appel ».

La substitution des apports en trésorerie aux crédits et avances se veut cohérente avec la nature des difficultés du débiteur au stade de la conciliation, dont la situation s'apparente davantage à une crise de trésorerie qu'à une menace structurelle sur son activité, et traduit donc une **exigence de liquidité des concours**. Ces derniers couvrent non seulement les concours financiers, mais **également les éventuels apports en compte courant des associés et actionnaires**, ainsi que ainsi que le Garde des sceaux l'a clairement indiqué lors des débats à l'Assemblée nationale le jeudi 3 mars 2005.

Les augmentations de capital consenties par les actionnaires ne sauraient en revanche profiter du nouveau privilège, car dans ce cas l'actionnaire n'est pas créancier et n'a aucun privilège à faire valoir lors d'un éventuel remboursement futur.

Outre les concours de type financier, les modifications adoptées par les députés tendent en dernier lieu à **élargir le bénéfice du privilège aux apports en nature de biens et services par les fournisseurs**, dès lors qu'ils sont destinés à assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise.

2. L'exclusion des concours antérieurs octroyés par les mêmes créanciers

L'Assemblée nationale a également adopté un amendement du même auteur, complétant le premier alinéa en vue de préciser que « *les créanciers signataires de l'accord ne peuvent bénéficier directement ou indirectement de cette disposition au titre de leurs concours antérieurs à l'ouverture de la conciliation* ». Cette disposition, que l'on peut qualifier « de précaution », tend à **cantonner strictement le nouveau privilège aux créances nées lors de la procédure de conciliation**, afin d'éviter que les mêmes créanciers, ou des créanciers « relais », ne puissent se prévaloir du même privilège pour des arriérés ou concours de même nature mais antérieurs à l'accord de conciliation¹. L'exclusion ainsi prévue est large puisqu'elle a trait au **bénéfice direct ou indirect** au titre de concours antérieurs.

Cette disposition revêt une certaine importance, dans la mesure où les apporteurs de nouveaux capitaux seront vraisemblablement déjà créanciers de l'entreprise, compte tenu de la difficulté pour un établissement de crédit, par exemple, d'assumer le risque de l'octroi d'un crédit, pour un coût non prohibitif, à une entreprise en cessation des paiements. **Elle a clairement pour objet d'éviter notamment qu'un créancier antérieur obtienne le**

¹ Lors des débats à l'Assemblée nationale du jeudi 3 mars 2005, notre collègue député Arnaud Montebourg, défendant un amendement similaire à celui de notre collègue député Xavier de Roux, a ainsi précisé qu'« il s'agissait d'empêcher que le super privilège puisse profiter à autre chose que l'apport réel d'argent frais, par exemple à des systèmes de **recyclage de dette** qui verraient un nouvel organisme bancaire recycler l'ancien encours d'une banque qui aurait décidé de se retirer d'un processus de soutien à l'entreprise ».

remboursement d'une dette antérieure pour allouer un « vrai faux » nouveau concours similaire mais à des conditions plus onéreuses. Les concours bénéficiant du privilège ne sauraient donc compenser des concours antérieurs à l'accord de conciliation.

3. Un nouvel article de loi dédié à la limitation de la responsabilité pour « soutien abusif »

A l'initiative de notre collègue député Xavier de Roux, et avec l'avis favorable du gouvernement, l'Assemblée nationale a adopté un amendement de **suppression du second alinéa** du texte proposé par le présent article pour l'article L. 611-11 du code de commerce, par coordination avec un amendement tendant à insérer un nouvel article additionnel dans le chapitre V du titre premier du présent projet de loi.

La limitation de la responsabilité des créanciers pour « soutien abusif », et plus généralement pour les préjudices subis du fait des concours qu'ils consentent au débiteur, fait ainsi l'objet d'un article spécifique (cf. commentaire de l'article 142 *bis*), tendant à en préciser les motifs comme à en étendre l'application à tous les concours des créanciers, et donc au-delà de ceux constitutifs de l'« argent frais ».

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Votre commission des finances approuve pleinement les objectifs et dispositions du présent article ainsi que les modifications apportées par l'Assemblée nationale, en particulier sur le champ matériel du nouveau privilège. Il permettra à ses titulaires de primer tant les créanciers antérieurs que, le cas échéant ultérieurement, ceux postérieurs à l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire (à l'exception du privilège des salariés et, lors d'une procédure de liquidation, des frais de justice). Mais il ne concernera que les liquidités, biens ou services réellement apportés et utilisables immédiatement par l'entreprise, **à l'exclusion de tout rééchelonnement ou réduction de dettes antérieures**, et de toute promesse conditionnelle telle que les « lettres d'intention ».

Sont ainsi visés les apports réellement nouveaux et « liquides », manifestant la volonté des créanciers de contribuer à la relance et à la pérennité de l'activité de l'entreprise, et non une volonté plus ou moins exprimée d'attribuer un nouveau privilège à d'anciennes créances « en souffrance ». **L'attractivité de la procédure de conciliation devrait par conséquent s'en trouver renforcée.**

La question de l'octroi de ce privilège aux apports en compte courant réalisés par les actionnaires n'apparaît toutefois pas complètement tranchée. Si le ministre de la justice, lors des débats précités à l'Assemblée nationale, a entendu les inclure dans le champ du privilège, une partie de la doctrine a exprimé un avis différent¹, au motif que l'inclusion de ces apports conduirait à faire profiter les actionnaires d'un désintéressement prioritaire au détriment des créanciers de l'entreprise, ce qui ne serait pas conforme au droit commun du rang des créanciers.

En dépit de la multiplication récente des instruments de financement structurés et « hybrides », tels que les obligations convertibles ou remboursables en actions et les titres super subordonnés, qui contribuent à segmenter et à rendre plus complexe le *continuum* entre dette et capital, les actionnaires sont en effet toujours considérés comme les créanciers de dernier rang.

Votre commission des finances estime néanmoins que les actionnaires et associés, et en particulier le ou les dirigeants de l'entreprise, en tant que parties prenantes au bon fonctionnement et à la santé financière de l'entreprise, n'ont pas lieu d'être exclus du bénéfice de ce privilège **dès lors qu'il n'intervient pas dans le cadre d'une augmentation de capital.** Il convient, dès lors, de faire primer le pragmatisme économique sur l'intangibilité du droit. Il vous propose donc un **amendement** tendant à préciser explicitement ce point.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'émettre un avis favorable sur cet article ainsi modifié.

¹ Cf. en particulier M. Alain Lienhard in « Sauvegarde des entreprises : fin du premier round parlementaire », *Recueil Dalloz* 2005, n° 11.

ARTICLE 12

Institution d'une procédure de sauvegarde

Commentaire : le présent article institue un article L. 620-1 nouveau du code de commerce, afin d'instituer une procédure de sauvegarde destinée à favoriser la continuation de l'entreprise, lorsque celle-ci rencontre des difficultés susceptibles de conduire à la cessation des paiements.

S'inspirant de droits étrangers, notamment du droit américain, et tirant les leçons de l'échec de la procédure actuelle de redressement judiciaire, qui conduit à une disparition de l'entreprise dans 90 % des cas¹, le présent projet de loi propose l'introduction d'une nouvelle procédure, dénommée « sauvegarde ».

Par rapport au redressement judiciaire, la sauvegarde est une procédure dont la mise en œuvre sera anticipée et dont le déroulement sera rénové. Elle n'a toutefois pas vocation à remplacer purement et simplement le redressement judiciaire, qui subsiste et est réorganisé par le chapitre III du présent projet de loi.

I. LA NOUVELLE PROCÉDURE DE SAUVEGARDE, PRINCIPALE INNOVATION DU PRÉSENT PROJET DE LOI

A. UNE PROCÉDURE ANTICIPÉE

1. Les conditions de mise en œuvre de la procédure

Le présent article prévoit que la procédure de sauvegarde peut être ouverte lorsque le débiteur « **justifie de difficultés susceptibles de le conduire à la cessation des paiements** ». Il s'agit donc d'une procédure de prévention, par comparaison avec l'actuel redressement judiciaire, qui s'applique à toute entreprise déjà en cessation des paiements, cette notion étant définie dans le code de commerce (article L. 621-1), et dans le présent projet de loi (article 99 modifiant l'article L. 631-1 du même code), comme « *l'impossibilité de faire*

¹ Source : annuaire statistique de la justice.

face au passif exigible avec [l'] actif disponible ». **La condition d'ouverture de la procédure de sauvegarde est nécessairement plus floue que celle du redressement judiciaire, puisqu'elle fait appel à l'anticipation ; néanmoins, la référence à la notion de cessation des paiements est maintenue** ; à titre de comparaison, la procédure de conciliation, créée par le présent projet de loi, est ouverte plus largement, pour sa part, puisqu'elle concerne les entreprises qui « *éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible* », sans référence à la perspective d'une éventuelle cessation des paiements.

La procédure du chapitre 11 du titre 11 du code fédéral américain prévoit elle-même des critères de déclenchement des procédures collectives souples¹, puisque, dans le cas d'une « faillite volontaire » (déclenchée par le débiteur, par opposition à une procédure ouverte par les créanciers), la qualité de débiteur est la seule condition requise, ce qui conduit à considérer comme recevables des demandes émanant d'entreprises financièrement saines. Il s'agit d'accroître les chances de sauver l'entreprise, en prenant des mesures avant même l'apparition des difficultés financières.

Certains ont pu critiquer la facilité avec laquelle les entreprises pouvaient bénéficier de la procédure américaine, au détriment de leurs créanciers. **On peut toutefois douter que des critères de déclenchement souples conduisent à un usage abusif de la procédure**, dans la mesure où l'ouverture d'une procédure collective est toujours contraignante et défavorable en termes d'image, auprès des clients et des fournisseurs de l'entreprise. Celle-ci n'aura donc recours à une procédure telle que la sauvegarde que si des difficultés se profilent réellement à l'horizon.

2. Les personnes morales et physiques concernées

L'article 13 du présent projet de loi (article L. 620-2 du code de commerce) prévoit que « *la procédure de sauvegarde est applicable à tout commerçant, à toute personne immatriculée au répertoire des métiers, à tout agriculteur, à toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale (...), ainsi qu'à toute personne morale de droit privé* ».

Une innovation importante du présent projet de loi consiste, en effet, à **étendre l'application des procédures collectives aux professionnels libéraux**, n'exerçant pas en société. En effet, ceux-ci en sont actuellement exclus, alors qu'ils sont également exclus de la procédure de rétablissement personnel prévue par la loi n° 2003-710 du 1^{er} août 2003 d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine.

¹ *La sauvegarde des entreprises en difficulté, Les Documents de travail du Sénat, série Législation comparée, n° LC 135 (Juin 2004).*

3. L'ouverture de la procédure

Le présent article prévoit que la procédure de sauvegarde est ouverte **uniquement à la demande du débiteur**, tandis que le redressement judiciaire actuel peut être, soit demandé par le débiteur, soit ouvert sur l'assignation d'un créancier. Cette différence tient à l'esprit même de la procédure de sauvegarde, qui s'applique à l'entreprise *in bonis* et au cours de laquelle les organes de l'entreprise conservent leurs prérogatives. Tout au moins, s'il paraît peu contestable que la procédure ne puisse être ouverte qu'à la demande du débiteur, il faut également retenir que les articles 11 et 182 du présent projet de loi prévoient, par ailleurs, le renforcement des procédures d'alerte existantes par les commissaires aux comptes, lorsque ceux-ci constatent des faits « *de nature à compromettre la continuité de l'exploitation* » (article L. 234-1 du code de commerce). Ce renforcement des procédures d'alerte consiste en une information anticipée du président du tribunal de commerce, la convocation d'une assemblée générale extraordinaire si les difficultés perdurent, et une information des délégués du personnel, à défaut de comité d'entreprise.

L'ouverture de la procédure de sauvegarde est **décidée par le tribunal de commerce** (article 15 du présent projet de loi), qui aura auparavant entendu ou dûment appelé en chambre du conseil (c'est-à-dire hors la présence du public) le débiteur, les représentants du personnel et toute autre personne qu'il aurait jugé utile d'entendre. Ce jugement ouvre une **période d'observation**, à l'instar de ce qui se produit en cas de redressement judiciaire, mais avec des différences notables dans le déroulement de la procédure.

B. UNE PROCÉDURE RÉNOVÉE

1. Le déroulement de la procédure

Le présent article, tel que modifié par l'Assemblée nationale, prévoit que la procédure de sauvegarde est « *destinée à 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* ». **Par rapport au redressement judiciaire actuel, la nouveauté réside dans l'énoncé d'un objectif de « réorganisation »**, le verbe « *faciliter* » ayant été ajouté au cours de la discussion à l'Assemblée nationale.

Cet objectif de réorganisation est inspiré du droit américain, ce terme étant utilisé au chapitre 11 du titre 11 du code fédéral.

On relèvera toutefois un aspect quelque peu paradoxal, dans la mesure où **le projet de loi ne prévoit pas, par ailleurs, d'assouplissement des licenciements économiques au cours de la procédure**, comme il en existe, en matière de délais, dans le cas d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire. L'amendement¹ de notre collègue député Xavier de Roux, rapporteur au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale, qui prévoyait d'aligner le régime du licenciement économique en période de sauvegarde sur celui applicable en redressement ou liquidation judiciaire, a en effet été retiré au cours de la discussion. Le gouvernement s'y était opposé, jugeant que la réforme consistant à anticiper les difficultés avait, au contraire, pour but d'éviter les suppressions d'emplois.

Dans le **jugement d'ouverture** de la procédure de sauvegarde, le tribunal désigne un juge-commissaire ; il invite le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel, à désigner un représentant des salariés ; il désigne un mandataire judiciaire et un administrateur judiciaire. L'article 18 du présent projet de loi précise toutefois que *« le tribunal n'est pas tenu de désigner un administrateur judiciaire lorsque la procédure est ouverte au bénéfice d'une personne dont le nombre de salariés et le chiffre d'affaires hors taxe sont inférieurs à des seuils fixés par décret en Conseil d'Etat »*. **Ce dispositif est identique à celui prévu pour le redressement judiciaire**. La nomination d'un administrateur n'est actuellement facultative que dans le cas de la procédure simplifiée de redressement, applicable aux entreprises qui emploient au plus cinquante salariés et dont le chiffre d'affaires est inférieur à 3,1 millions d'euros. D'après les informations recueillies par votre rapporteur général, ces mêmes seuils pourraient être retenus s'agissant de la désignation d'un administrateur judiciaire dans la procédure de sauvegarde. Le seuil de chiffre d'affaires pourrait éventuellement être arrondi à 3 millions d'euros, dans la mesure où le chiffre actuellement en vigueur pour l'applicabilité de la procédure simplifiée résulte de la conversion en euros de l'ancien seuil exprimé en francs (20 millions de francs).

Ce jugement d'ouverture ouvre une **période d'observation** *« en vue de l'établissement d'un bilan économique et social et de propositions tendant à permettre à l'entreprise de poursuivre son activité »*.

La mission de l'administrateur judiciaire est différente dans le cas de la sauvegarde et dans le cas du redressement, en vertu du principe selon lequel le chef d'entreprise demeure responsable de l'administration de sa société au cours de la procédure de sauvegarde, qu'il a déclenchée de son plein gré. Il n'est donc pas prévu, dans le cadre de la sauvegarde, que le tribunal fixe une mission à l'administrateur, s'agissant des actes de gestion de l'entreprise. Pour le redressement en revanche, l'étendue de cette compétence de gestion est fixée par le tribunal (article 102 du présent projet de loi introduisant l'article L. 631-12 du code de commerce qui reprend, en le

¹ Amendement portant article additionnel après l'article 88.

modifiant, l'actuel article L. 621-22 dudit code). Dans la procédure de sauvegarde, « *l'administration de l'entreprise est assurée par son dirigeant* », l'administrateur étant chargé de « *surveiller le débiteur dans sa gestion ou de l'assister pour tous les actes de gestion ou pour certains d'entre eux* » (article 23 du présent projet de loi modifiant l'article L. 622-1 du code précité). Le rôle de l'administrateur est donc réduit à une fonction de surveillance. Toutefois, **on peut se demander si, en pratique, le rôle de l'administrateur en procédure de sauvegarde ne tendra pas à se rapprocher de celui qu'il exerce dans l'hypothèse d'un redressement**, ce qui concourrait à faire de la sauvegarde une simple modalité anticipée de l'actuelle procédure.

L'administrateur est également chargé, par le présent projet de loi, de **réunir deux comités de créanciers**, regroupant les établissements de crédit d'une part, et les principaux fournisseurs de biens et de services d'autre part. Ces comités adoptent un projet de plan (à ce sujet, voir le commentaire de votre commission des finances sous l'article 92 du présent projet de loi).

2- Les effets de la procédure

Le jugement d'ouverture interrompt ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance est née antérieurement à ce jugement. Conformément à la terminologie juridique et à la jurisprudence, il a été jugé plus adéquat d'employer la notion d'« *interruption* » plutôt que celle de « *suspension* » des poursuites. Il a également été jugé préférable de parler de créances « *nées* », plutôt que de créances « *ayant leur origine* » antérieurement au jugement d'ouverture. Ces adaptations consistent en une harmonisation terminologique ; elles sont essentiellement formelles mais pourront néanmoins avoir leur importance au niveau jurisprudentiel.

L'article 34 du présent projet de loi modifie l'article L. 621-32 du code de commerce, renuméroté L. 622-15, concernant **l'ordre de paiement des créances** (voir commentaire sous l'article 8 du présent projet de loi). La priorité des créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture, qui était l'une des innovations de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises, est réaffirmée. Le projet de loi ajoute deux conditions pour bénéficier du privilège : il s'applique aux créances nées soit pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, soit en raison d'une prestation fournie au débiteur. Le projet de loi instaure par ailleurs une obligation de déclaration de ces créances postérieures privilégiées si elles ne sont pas payées à l'échéance.

Certaines **créances antérieures** au jugement d'ouverture **conservent un privilège sur les créances postérieures**. Il s'agit évidemment des créances relevant du super-privilège des salariés. Il s'agit également, ce qui constitue une innovation importante, des crédits ou avances accordées au débiteur pour assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise dans le cadre d'une procédure de conciliation. Ce privilège est celui de l'« argent frais » (article 8 du présent projet de loi). Il naît en conciliation et perdure au cours des éventuelles procédures ultérieures.

L'ordre de paiement des créances postérieures au jugement d'ouverture n'est pas modifié : les salaires postérieurs à ce jugement (non couverts par l'AGS¹) sont payés en premier lieu ; puis les frais de justice ; puis les prêts consentis par les établissements de crédit et les créances résultant de l'exécution des contrats en cours lorsque le cocontractant a accepté un paiement différé.

Les autres créances sont payées selon les règles du droit civil.

3. La fin de la procédure

Le **plan de sauvegarde** est arrêté par le tribunal compétent, sur proposition de l'administrateur, au vu du bilan économique et social établi pendant la période d'observation et lorsqu'il existe une possibilité « *sérieuse* » pour l'entreprise d'être sauvegardée (article 68 du présent projet de loi). Ce plan peut prévoir l'adjonction ou la cession d'activités, ce qui est cohérent avec l'objectif de « *réorganisation* » de l'entreprise, assigné à la sauvegarde.

A défaut d'un tel plan (article 29 du présent projet de loi), le tribunal peut, à tout moment de la période d'observation, à la demande du débiteur, de l'administrateur, du mandataire judiciaire, d'un contrôleur, du ministère public ou d'office :

- ordonner la **cessation partielle de l'activité** ;
- **convertir la procédure en redressement judiciaire** si la cessation des paiements est constatée ;
- **prononcer la liquidation judiciaire**.

Le débiteur peut, par ailleurs, demander qu'il soit mis fin à la procédure au cas où les difficultés rencontrées auraient disparu.

¹ Association pour la gestion du régime de garantie des créances des salariés.

On notera que, dans la procédure du chapitre 11 américain, le plan peut prévoir la cession, globale ou non, à un ou plusieurs repreneurs, la fusion avec une autre entreprise, ou la liquidation. **Au contraire de la procédure de sauvegarde, dont l'objectif premier est de maintenir l'activité et l'emploi, la procédure américaine vise d'abord à optimiser l'apurement du passif de l'entreprise.**

S'agissant des créances, le présent projet de loi (article 92) prévoit qu'un projet de plan est adopté par les deux comités de créanciers. Après s'être assuré de la protection des intérêts de tous les créanciers, le tribunal arrête le plan. Il ne peut pas adopter de plan modifié.

II. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Le présent projet de loi constitue la sixième réforme importante du droit des procédures collectives en France depuis soixante-dix ans. Inspirée du droit américain, cette réforme tend à **privilégier une approche plus contractuelle du droit des entreprises en difficulté**, intégrant pleinement les créanciers au déroulement de la procédure. Par son caractère anticipé, la sauvegarde participe à la prévention des difficultés, dans l'objectif **d'améliorer l'efficacité des procédures sur un plan économique**. On constate en effet que 90 % des procédures collectives ouvertes en France se terminent par une liquidation judiciaire, alors que ce taux est de 28 % pour les entreprises ayant demandé à bénéficier du chapitre 11 aux Etats-Unis en 2003.

Ces dispositions sont complétées par l'article 72 du présent projet de loi, qui prévoit que les administrations financières peuvent accepter des remises de dette en matière d'impôts directs (voir le commentaire de votre commission des finances sous cet article). **Le présent projet de loi permettra, par conséquent, à l'Etat de jouer un rôle accru en tant que créancier et partenaire de l'entreprise en difficulté.**

L'Assemblée nationale a modifié le présent article :

- d'une part, en précisant, à l'initiative de sa commission des lois, que la procédure de sauvegarde était destinée à « *faciliter* » la réorganisation de l'entreprise (et non « *destinée à la réorganisation* ») ;

- d'autre part, en précisant, également à l'initiative de la commission des lois, que la procédure de sauvegarde donne lieu, « *le cas échéant, à la constitution de deux comités de créanciers (...)* ». Cette modification consiste à mentionner l'une des principales innovations de la procédure, par ailleurs régie par l'article 92 du présent projet de loi.

L'analyse de l'ensemble des dispositions du chapitre II du présent projet de loi, consacré à la procédure de sauvegarde, montre que celle-ci peut être assimilée à un redressement judiciaire rénové et anticipé, ce que votre commission des finances approuve pleinement. Il était, en effet, urgent de réformer des procédures longues et coûteuses, qui aboutissaient le plus souvent à la mise en liquidation des entreprises. Même s'il ne faut pas surestimer l'influence du droit sur des processus de nature essentiellement économique, la réforme à l'œuvre doit être considérée comme bienvenue, ce que reconnaissent d'ailleurs tous les professionnels.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'émettre un avis favorable sur cet article.

ARTICLE 72

Règlement des dettes et remises par les créanciers publics

Commentaire : le présent article, introduisant dans le code de commerce trois articles nouveaux, destinés à organiser le règlement des dettes dans le cadre d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire, propose, d'une part, de reprendre en ce qui concerne ces deux procédures, à titre supplétif, les modalités de consultation des créanciers actuellement en vigueur s'agissant d'un redressement et, d'autre part, d'élargir tant le champ que les facultés des créanciers publics susceptibles d'accorder des remises de dettes.

I. LE DROIT EXISTANT

L'article L. 621-60 du code de commerce organise le règlement des dettes de l'entreprise destinée à faire l'objet d'un plan de redressement judiciaire en fixant les modalités d'une consultation préalable de ses créanciers, privés comme publics. Des dispositions spéciales précisent les remises de dettes et les abandons de sûretés que peuvent consentir, dans ce cadre, les créanciers publics.

A. LA CONSULTATION DES CRÉANCIERS EN VUE D'UN REDRESSEMENT JUDICIAIRE

L'article L. 621-54, alinéa 1^{er}, du code de commerce prévoit que, durant la période d'observation qui précède l'éventuel redressement, l'administrateur – désigné par le tribunal compétent dans le jugement d'ouverture de la procédure – dresse, dans un rapport, le bilan économique et social de l'entreprise en cause, au vu duquel il proposera soit un plan de redressement, soit la liquidation judiciaire. Dans ce contexte, aux termes du premier alinéa de l'article L. 621-60, précité, du même code, « *les propositions pour le règlement des dettes sont, au fur et à mesure de leur élaboration et sous la surveillance du juge-commissaire, communiquées par l'administrateur au représentant des créanciers [mandataire de justice comme l'administrateur et désigné en même temps que ce dernier], aux contrôleurs, ainsi qu'au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel* ».

Suivant le deuxième alinéa du même article, « **le représentant des créanciers recueille individuellement ou collectivement l'accord de chaque créancier qui a déclaré sa créance conformément à l'article L. 621-43¹, sur les délais et remises qui lui sont proposés. En cas de consultation par écrit, le défaut de réponse dans le délai de trente jours à compter de la réception de la lettre du représentant des créanciers vaut acceptation.** » Le texte, par renvoi à l'article L. 143-11-4 du code du travail, précise que ces dispositions sont applicables aux associations créées et agréées en vue de mettre en œuvre le régime d'assurance couvrant, notamment, le risque de non-paiement de salaires en cas de procédure de redressement ou de liquidation judiciaires (régime prévu par l'article L. 143-11-1 du code du travail, qui impose aux employeurs ayant la qualité de commerçant, d'artisan, d'agriculteur ou de personne morale de droit privé d'y affilier leurs salariés) – c'est à dire applicables, en pratique, à l'Association pour la gestion des créances salariales (AGS) – s'agissant des sommes, même non encore déclarées, avancées en vertu du quatrième alinéa de l'article L. 621-43 du code de commerce².

A l'issue de la consultation, suivant le quatrième et dernier alinéa de l'article L. 621-60 du code de commerce, « **le représentant des créanciers dresse un état des réponses faites par les créanciers. Cet état est adressé à l'administrateur en vue de l'établissement de son rapport** ».

¹ Article L. 621-43 du code de commerce : « A partir de la publication du jugement, tous les créanciers dont la créance a son origine antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception des salariés, adressent la déclaration de leurs créances au représentant des créanciers. Les créanciers titulaires d'une sûreté ayant fait l'objet d'une publication ou d'un contrat de crédit-bail publié sont avertis personnellement et, s'il y a lieu, à domicile élu.

« La déclaration des créances peut être faite par le créancier ou par tout préposé ou mandataire de son choix.

« La déclaration des créances doit être faite alors même qu'elles ne sont pas établies par un titre. Les créances du Trésor public et des organismes de prévoyance et de sécurité sociale ainsi que les créances recouvrées par les organismes visés à l'article L. 351-21 du code du travail qui n'ont pas fait l'objet d'un titre exécutoire au moment de leur déclaration sont admises à titre provisionnel pour leur montant déclaré. En tout état de cause, les déclarations du Trésor et de la sécurité sociale sont toujours faites sous réserve des impôts et autres créances non établis à la date de la déclaration. Sous réserve des procédures judiciaires ou administratives en cours, leur établissement définitif doit, à peine de forclusion, être effectué dans le délai prévu à l'article L. 621-103.

« Les institutions mentionnées à l'article L. 143-11-4 du code du travail sont soumises aux dispositions du présent article pour les sommes qu'elles ont avancées et qui leur sont remboursées dans les conditions prévues pour les créances nées antérieurement au jugement ouvrant la procédure. »

² Cf. note précédente. L'article L. 621-60 vise expressément, mais de manière erronée, le « troisième alinéa » de l'article L. 621-43.

B. LE RÉGIME DES REMISES DE DETTES ET DES ABANDONS DE SÛRETÉS CONSENTIS PAR LES CRÉANCIERS PUBLICS

Le troisième alinéa de l'article L. 621-60, précité, du code de commerce dispose que, « **en ce qui concerne les créances du Trésor public, des organismes de sécurité sociale et des institutions régies par le livre IX du code de la sécurité sociale** [c'est à dire **des institutions de protection sociale complémentaire**, qu'il s'agisse de retraite complémentaire ou de prévoyance], **des remises peuvent être consenties dans les conditions précisées par décret en Conseil d'Etat** ». Le texte ajoute qu'« *il en est de même pour les cessions de rang de privilège ou d'hypothèque ou l'abandon de ces sûretés* ».

1. Les remises de dettes accordées par les créanciers fiscaux

En ce qui concerne les créanciers fiscaux, l'article 179 du décret n° 85-1388 du 27 décembre 1985, relatif au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, prévoit que « *des remises, modérations ou transactions portant sur les créances fiscales peuvent être accordées aux entreprises soumises à la procédure de redressement ou de liquidation judiciaires dans les limites et conditions fixées par l'article L. 247 du livre des procédures fiscales* ». De la sorte, suivant les quatre premiers alinéas de ce dernier texte, l'administration, sur la demande du contribuable, peut consentir :

- d'une part, « *des remises totales ou partielles d'impôts directs régulièrement établis lorsque le contribuable est dans l'impossibilité de payer par suite de gêne ou d'indigence* » – condition particulièrement restrictive ;

- d'autre part, « *des remises totales ou partielles d'amendes fiscales ou de majorations d'impôts lorsque ces pénalités et, le cas échéant, les impositions auxquelles elles s'ajoutent sont définitives* » ;

- enfin, « *par voie de transaction, une atténuation d'amendes fiscales ou de majorations d'impôts lorsque ces pénalités et, le cas échéant, les impositions auxquelles elles s'ajoutent ne sont pas définitives* ».

Le cinquième alinéa de cet article L. 247, introduit par la loi de finances pour 2004 (loi n° 2004-1485 du 30 décembre 2004), précise que la remise totale ou partielle, ou l'atténuation par voie de transaction, est ouverte pour les **sommes dues au titre de l'intérêt de retard** instauré par

l'article 1727 du code général des impôts (intérêt dû, suivant cette dernière disposition, « *indépendamment de toutes sanctions* », en cas de « *défaut ou [d]'insuffisance dans le paiement ou [de] versement tardif de l'un des impôts, droits, taxes, redevances ou sommes établis ou recouvrés par la direction générale des impôts* »). En revanche, le dernier alinéa de l'article L. 247 énonce qu'« *aucune autorité publique ne peut accorder de remise totale ou partielle de droits d'enregistrement, de taxe de publicité foncière, de droits de timbre, de taxes sur le chiffre d'affaires, de contributions indirectes et de taxes assimilées à ces droits, taxes et contributions* ».

Cependant, l'article 1740 *octies*, paragraphe I, du code général des impôts prévoit qu'en cas de redressement ou de liquidation judiciaires, excepté certaines majorations et amendes fiscales, **sont remis** « *les frais de poursuite et les pénalités fiscales encourues en matière d'impôts directs [...], de taxes sur le chiffre d'affaires [...], de droits d'enregistrement, taxe de publicité foncière, droits de timbre et autres droits et taxes assimilés dus à la date du jugement d'ouverture* ».

2. Les remises de dettes accordées par les créanciers sociaux

En ce qui concerne les créanciers sociaux, l'article R. 243-20, alinéa 3, du code de la sécurité sociale admet la **possibilité d'une remise des majorations et des pénalités** « *si la bonne foi des employeurs est dûment prouvée* ». Néanmoins, en principe, selon le quatrième alinéa de ce texte, « *lorsque les cotisations sont acquittées avec un retard d'un mois ou plus à compter de la date limite d'exigibilité, un minimum de majoration de retard, fixé à 0,6 % des cotisations arriérées par mois ou fraction de mois de retard, doit obligatoirement être laissé à la charge du débiteur* ». Par dérogation expresse à cette disposition, toutefois, l'alinéa suivant et dernier de l'article R. 243-20 permet que, « *dans des cas exceptionnels ou de force majeure* », la commission de recours amiable ou le directeur de l'organisme de recouvrement décident, suivant leur compétence respective, la remise, partielle ou intégrale, du minimum de majoration précité.

Parallèlement, le dernier alinéa de l'article L. 243-5 du code de la sécurité sociale prévoit qu'« *en cas de redressement ou de liquidation judiciaires, les pénalités, majorations de retard et frais de poursuites dus par le redevable à la date du jugement d'ouverture sont remis* ».

3. Les abandons ou cessions de rang de privilège ou d'hypothèque

L'article 180 du décret, précité, du 27 décembre 1985 dispose que *« les cessions de rang de privilège ou d'hypothèque ou l'abandon de ces sûretés prévus au troisième alinéa de l'article L. 621-60 du code de commerce peuvent, sans extinction préalable de la créance, être accordés après consultation de la commission des chefs des services financiers prévue par le décret n° 78-486 du 31 mars 1978 [texte abrogé et remplacé par le décret n° 97-656 du 30 mai 1997, instituant dans chaque département une commission des chefs de services financiers et des représentants des organismes de sécurité sociale pour l'examen de la situation des débiteurs retardataires]. »* Il est précisé que *« les frais afférents à ces opérations sont à la charge du débiteur »*.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Le présent article propose de transposer à la future procédure de sauvegarde les modalités de consultation des créanciers actuellement en vigueur s'agissant d'un redressement ; à l'égard de ces deux procédures, ces dispositions vaudront désormais à titre supplétif. En outre, il est proposé d'élargir le champ des créanciers publics susceptibles de consentir des remises de dettes dans ce cadre, ainsi que leurs facultés en la matière.

A. LA TRANSPOSITION À LA SAUVEGARDE DES MODALITÉS DE CONSULTATION DES CRÉANCIERS EN VUE D'UN REDRESSEMENT

L'article L. 621-60, précité, du code de commerce se trouvant abrogé (conformément au dispositif « balai » du paragraphe III de l'article 1^{er} du projet de loi), les **nouveaux articles L. 626-4 et L. 626-4-2** de ce code, proposés par le présent article, constituent, à quelques modifications formelles près, la **reprise, en ce qui concerne tant la future procédure de sauvegarde que** (par renvoi) **le redressement judiciaire, des dispositions**, ci-dessus rappelées, **qui organisent actuellement la consultation des créanciers dans le cadre de l'élaboration d'un plan de redressement** (premier, deuxième et quatrième alinéas de l'article L. 621-60).

De la sorte, suivant le futur article L. 626-4 du code de commerce, les propositions pour le règlement des dettes seront, au fur et à mesure de leur élaboration et sous la surveillance du juge-commissaire, communiquées par

l'administrateur au « *mandataire judiciaire* » – **nouveau nom du représentant des créanciers** –, aux contrôleurs ainsi qu'au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel. Le mandataire judiciaire recueillera, individuellement ou collectivement, l'accord de chaque créancier qui aura déclaré sa créance de façon valable – c'est à dire conformément au nouvel article L. 622-22 du code de commerce¹ – sur les délais et remises qui lui seront proposés ; en cas de consultation par écrit, le défaut de réponse, constaté au-delà de trente jours à compter de la réception de la lettre du mandataire judiciaire, vaudra acceptation implicite. Ces dispositions seront applicables à l'AGS pour les sommes mentionnées au quatrième alinéa de l'article L. 622-22², quand bien les créances en cause n'auraient pas encore fait l'objet d'une déclaration.

De même, selon le futur article L. 626-4-2 du code de commerce, le mandataire judiciaire dressera un état des réponses faites par les créanciers ; cet état sera adressé au débiteur, à l'administrateur en vue de l'établissement de son rapport, ainsi qu'aux contrôleurs. L'économie des dispositions en vigueur s'agissant du redressement demeurera ainsi inchangée, à la réserve du point suivant.

B. LE CARACTÈRE SUPPLÉTIF DE CE RÉGIME DE CONSULTATION DES CRÉANCIERS

Tant en ce qui concerne la future procédure de sauvegarde que pour les redressements judiciaires à venir, les modalités de consultation qu'on vient de décrire ne revêtiront qu'un caractère supplétif. En effet, le présent article doit être lu en relation avec l'article 92 du projet de loi, qui instaure deux comités de créanciers – destinés à réunir, respectivement, les établissements de crédits d'une part, les principaux fournisseurs d'autre part – et en fixe les modalités de fonctionnement (futur article L. 626-27 du code de commerce), comme il prévoit les modalités de consultation, par l'administrateur, des créanciers non membres de ces comités (futur article L. 626-30 du code de commerce, qui renvoie pour le surplus de la procédure aux articles L. 626-4 à L. 626-4-2). Les dispositions instaurées par le présent article quant à la consultation des créanciers, par conséquent, ne sont destinées à s'appliquer que **par défaut**.

¹ L'article L. 622-22 du code de commerce, modifié par l'article 39 du projet de loi, correspond à l'actuel article L. 621-43, précité, de ce code.

² Cf. note précédente. Le futur article L. 626-4 corrige ainsi la référence erronée de l'actuel article L. 621-60 au « troisième alinéa » de l'article L. 621-43.

En pratique, ces dispositions joueront **dans deux séries d'hypothèses.**

En premier lieu, selon le futur article L. 626-31 du code du commerce, il s'agit du **cas où aucun plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire ne serait formalisé, par la suite :**

- soit de l'échec de l'un ou l'autre des comités de créanciers à se prononcer sur le projet de plan dans les délais fixés, ou de refus par l'un ou l'autre des comités des propositions faites par le débiteur ;

- soit (implicitement) de divergences entre les conclusions des deux comités, empêchant l'adoption d'un projet de plan unique ;

- soit de refus par le tribunal d'arrêter le projet de plan proposé, au cas où il considérerait que les intérêts de tous les créanciers, au contraire des exigences posées par le nouvel article L. 626-28, ne sont pas suffisamment protégés.

En second lieu, au regard du futur article L. 626-26 du code de commerce, il s'agit du **cas où il n'aura pas été créé de comités de créanciers, en raison :**

- soit de la taille de l'entreprise, trop faible pour justifier cette création (des seuils en termes de nombre de salariés ou de chiffre d'affaires devant être fixés par décret en Conseil d'Etat) ;

- soit du refus opposé par le juge-commissaire à la demande du débiteur ou de l'administrateur de constituer ces comités.

C. L'EXTENSION DU CHAMP ET DES FACULTÉS DES CRÉANCIERS PUBLICS SUSCEPTIBLES D'ACCORDER DES REMISES DE DETTES

Par rapport aux dispositions ci-dessus rappelées du troisième alinéa de l'article L. 621-60 du code de commerce – texte dont on a dit qu'il se trouve abrogé par le projet de loi – le **nouvel article L. 626-4-1** de ce code, proposé par le présent article, réalise une double extension. D'une part, il élargit le périmètre des créanciers publics mis à même de consentir des remises de dettes aux entreprises qui feront l'objet d'une procédure de

sauvegarde ou de redressement judiciaire. D'autre part, il accroît les facultés de remises dont disposaient jusqu'alors ces créanciers dans le cadre d'un plan de redressement.

1. L'élargissement du champ des créanciers publics

Cet élargissement résulte de deux mesures nouvelles.

Tout d'abord, **parmi les créanciers publics pouvant accorder des remises de dettes** dans le cadre d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, **la mention du Trésor public disparaît au profit de la notion, plus large, d'« administrations financières »**. Cette terminologie est issue, notamment, du décret n° 77-1017 du 1^{er} septembre 1977, relatif à la responsabilité des receveurs des administrations financières. Évitant la confusion du réseau des comptables publics avec celui de la direction générale des impôts, elle permet d'inclure dans le dispositif **l'ensemble des administrations, relevant de l'Etat ou non, qui ont pour mission la collecte de recettes publiques**, y compris, le cas échéant, des établissements publics.

Ensuite, et surtout, **le présent article ajoute**, aux organismes de sécurité sociale et institutions de protection sociale complémentaire – seuls créanciers publics autres que le Trésor aujourd'hui autorisés, comme on l'a rappelé, à effectuer des remises de dettes dans le cadre d'un plan de redressement judiciaire –, **les institutions gérant le régime d'assurance chômage** prévu par les articles L. 351-3 et suivants du code du travail.

2. L'accroissement des facultés de remise de dettes

Le futur article L. 626-4-1 du code de commerce proposé, en son premier alinéa, dispose d'une manière générale que, « *concomitamment à l'effort consenti par d'autres créanciers* » – en d'autres termes, **à la condition d'un effort dans le même sens de la part de tout ou partie des créanciers privés** –, **les créanciers publics**, au sens élargi que leur confère désormais l'article, **sont autorisés à remettre ses dettes à l'entreprise débitrice** en cause.

Le deuxième alinéa du texte précise les modalités de cette remise, introduisant certaines réserves. Ainsi, **la remise pourra être totale pour les impôts directs**, que ces impôts soient perçus au profit de l'Etat (impôt sur le revenu, impôt sur les sociétés) ou au bénéfice des collectivités territoriales (taxe d'habitation, taxe professionnelle, taxes foncières sur le bâti et le non-bâti), **comme pour les produits divers du budget de l'Etat** (recettes non fiscales, dont les redevances domaniales). De la sorte, désormais, les administrations financières, affranchies en la matière des conditions limitatives, précitées, des articles L. 247 du livre des procédures fiscales et 1740 *octies*, paragraphe I, du code général des impôts, pourront remettre en tout état de cause le principal de ces impôts, et non plus seulement leurs intérêts dus à la date du jugement d'ouverture de la procédure. En revanche, **la remise ne pourra concerner que les intérêts de retard, majorations, pénalités ou amendes s'agissant des impôts indirects** perçus pour le compte de l'Etat ou des collectivités territoriales, l'entreprise n'étant en effet que le collecteur de ces impôts auprès de ses clients.

Le même alinéa, *in fine*, précise que les créanciers publics peuvent également décider – comme c'est déjà le cas, on l'a vu, en l'état du droit – des cessions de rang de privilège ou d'hypothèque, ou l'abandon de ces sûretés.

III. LES MODIFICATIONS APPORTÉES PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE

Sur les propositions de notre collègue député Xavier de Roux, rapporteur de la commission des lois, l'Assemblée nationale, avec l'avis favorable du gouvernement dans chaque cas, a introduit trois modifications dans le dispositif proposé. Si les deux premières d'entre elles se ramènent essentiellement à une amélioration d'ordre rédactionnel en ce qui concerne les remises de dettes susceptibles d'être accordées par les administrations financières dans le cadre d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, la troisième, plus substantielle, a déterminé l'échelon administratif de décision de ces remises comme étant l'autorité compétente dans le département.

A. UNE DÉLIMITATION PLUS RIGOUREUSE DES REMISES DE DETTES POUVANT ÊTRE ACCORDÉES PAR LES CRÉANCIERS PUBLICS

L'amélioration rédactionnelle, qui a conduit à la **réécriture du deuxième alinéa du nouvel article L. 626-4-1 du code de commerce** proposé par le projet de loi initial, intéresse l'étendue, d'une part, et la nature, d'autre

part, des remises de dettes que les créanciers publics pourront consentir en faveur de l'entreprise concernée.

1. La précision de l'étendue des remises

Suivant l'amendement adopté par l'Assemblée nationale à cet égard, **la remise de dettes consentie par un créancier public à l'occasion d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire pourra être aussi bien partielle que totale.**

2. La clarification de la nature des remises

Cette clarification revêt deux aspects.

En premier lieu, l'apport de l'Assemblée nationale a consisté dans **l'ajout, à la mention des impôts indirects pour lesquels, on l'a vu, la remise ne pourra concerner que les intérêts de retard, majorations, pénalités ou amendes** – les vrais redevables du principal de ces impôts étant les clients de l'entreprise –, **de la mention des cotisations sociales salariales** (autrement désignées « précompte professionnel »), pour lesquelles l'entreprise ne représente également qu'un collecteur, en l'occurrence auprès de ses salariés.

En second lieu, l'Assemblée a repris dans la rédaction du futur article L. 626-4-1 du code de commerce le surplus des dispositions des articles, déjà cités, 1740 *octies*, paragraphe I, du code général des impôts et L. 243-5 du code de la sécurité sociale – que le présent projet de loi laisse inchangés –, de telle sorte que **se trouve rappelée la possible remise des frais de poursuite** dus par l'entreprise à la date du jugement d'ouverture de la procédure.

B. L'ATTRIBUTION À L'AUTORITÉ DÉPARTEMENTALE DE LA COMPÉTENCE DE REMETTRE DES DETTES

Le présent article, dans la rédaction du projet de loi initial, avait prévu que le dernier alinéa du futur article L. 626-4-1 du code de commerce renverrait à **un décret en Conseil d'Etat pour la détermination de l'ensemble des conditions de la remise de dettes** pouvant être accordée, à l'occasion d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, par les créanciers publics. **Cependant**, si un décret pouvait

effectivement suffire à fixer toutes les conditions de cette remise pour les créances sociales, la compétence en étant d'ordre réglementaire, en revanche, **s'agissant des créances fiscales**, les modalités de recouvrement de l'impôt relevant du domaine exclusif de la loi en vertu de l'article 34 de la Constitution, **seul le législateur était habilité à déterminer l'autorité responsable**. Or l'article L. 247, précité, du livre des procédures fiscales – qui, par l'effet du renvoi de l'article 179, également précité, du décret du 27 décembre 1985, définit les conditions dans lesquelles les créanciers publics peuvent réaliser des remises de dettes –, se borne à viser « *l'administration* ». Dans ce contexte, **afin d'éviter un autre processus législatif, long par nature, l'Assemblée nationale a préféré que la future loi de sauvegarde précise elle-même l'autorité compétente**.

Le choix de l'échelon administratif départemental s'est naturellement imposé comme étant le plus pertinent, notamment en termes de proximité, à l'égard des différents acteurs des procédures de sauvegarde ou de redressement.

IV. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Votre commission des finances approuve l'ensemble des mesures proposées par le présent article, utilement modifié par l'Assemblée nationale, et en particulier la double extension, ci-dessus décrite : d'un côté quant au champ des créanciers publics susceptibles de consentir des remises de dettes lors d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire – champ qui inclura à l'avenir l'ensemble des administrations financières, organismes de sécurité sociale, institutions de protection sociale complémentaire et institutions gérant le régime d'assurance chômage ; d'un autre côté s'agissant des pouvoirs détenus par les créanciers publics en ce domaine – qui autoriseront désormais la remise, non plus seulement des intérêts mais, du moins en ce qui concerne les impôts directs, du principal des dettes en cause. **Ce dispositif**, malgré la réserve relative aux impôts indirects notamment, **permettra ainsi à davantage de créanciers publics de consentir des remises plus importantes en faveur des entreprises en difficulté**. Sans négliger le fait que la TVA, pour des commerçants, constitue souvent le poste de dettes fiscales le plus lourd, on peut estimer que **la réforme est de nature à favoriser sensiblement le redémarrage de ces entreprises sur des bases financières assainies**, les créanciers publics (avec les salariés ou l'AGS) se trouvant représenter, d'ordinaire, leurs principaux créanciers.

Les nouveautés ainsi introduites se montrent d'ailleurs cohérentes avec les dispositions adoptées par la loi n° 2003-710 du 1^{er} août 2003 en ce qui concerne la procédure de rétablissement personnel : modifiant l'article L. 331-7 du code de la consommation, ce texte a admis que les dettes fiscales des débiteurs insolvable puissent faire l'objet de remises totales aussi bien que partielles¹. Il y a également lieu d'observer qu'**en subordonnant la possibilité des créanciers publics de remettre des dettes, fiscales ou sociales, à l'effort similaire que les créanciers privés réaliseront « concomitamment »** (pour reprendre l'adverbe retenu dans le futur article L. 626-4-1 du code de commerce), **le présent article, tout en permettant aux administrations d'assurer un rôle d'accompagnement des entreprises en difficulté, pare au risque de qualification en « aides d'Etat », au sens du droit communautaire, que ces abandons de créances aurait autrement pu encourir.** L'enjeu est d'importance car les remises de dettes ainsi qualifiées auraient requis la mise en œuvre d'une procédure contraignante de notification préalable, à la Commission européenne, au cas où les sommes en cause auraient excédé le seuil prévu pour le régime dit *de minimis* (qui seul dispense de cette formalité), soit 100.000 euros sur trois ans – montant qui, à l'évidence, sera fréquemment dépassé en effet, par exemple dans le cas d'une remise de dettes de cotisations sociales consentie à une entreprise de taille moyenne. Les créanciers publics se comportant ici à l'instar des autres créanciers, leur intervention en faveur des entreprises concernées ne saurait être analysée comme perturbant le libre jeu de la concurrence. Votre rapporteur général se félicite que le dispositif proposé, de cette façon, évite des difficultés analogues à celles qu'a entraînées, avant les modifications introduites par la loi de finances rectificative pour 2004, l'exonération fiscale prévue par l'article 44 *septies* du code général des impôts concernant la reprise d'entreprises industrielles en difficulté².

Décision de la commission : votre commission vous propose d'émettre un avis favorable sur cet article.

¹ Dans le cadre d'un rétablissement personnel, cependant, les remises, par dérogation à l'article L. 247, précité, du livre des procédures fiscales, sont décidées par la commission de surendettement.

² On rappelle que, ces dispositions ayant été soumises à l'appréciation de la Commission européenne conformément à la procédure d'examen de l'article 88 du Traité sur l'Union européenne, la Commission, par une décision du 16 décembre 2003, avait conclu à l'incompatibilité de l'exonération en cause avec les règles du marché commun, dans la mesure où, selon elle, le régime établi ne garantissait pas que les aides versées soient proportionnées aux investissements parallèlement réalisés en vue de la restructuration des entreprises. Aussi a-t-il fallu attendre les adaptations auxquelles a procédé la loi de finances rectificative pour 2004 (loi n° 2004-1485 du 30 décembre 2004) – qui a notamment instauré un plafonnement des aides permettant de bénéficier du régime de *de minimis* précité – pour que l'article 44 *septies* puisse être valablement mis en œuvre.

ARTICLE 92

Comités de créanciers

Commentaire : le présent article instaure des articles L. 626-26 à L. 626-32 (nouveaux) du code de commerce, qui déterminent les règles applicables à l'intervention des comités de créanciers dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire.

L'institution de comités de créanciers constitue **l'une des innovations importantes du présent projet de loi**, visant à renforcer l'aspect contractuel des procédures collectives en intégrant mieux les créanciers à leur déroulement.

Les dispositions relatives aux comités de créanciers s'appliquent **tant dans la procédure de sauvegarde que dans celle du redressement judiciaire**, en vertu du renvoi opéré par le I de l'article L. 631-15 nouveau du code de commerce (article 102 du présent projet de loi).

La **législation fédérale américaine** a sans aucun doute inspiré les rédacteurs du présent projet de loi. **Toutefois, les modalités d'intervention des comités de créanciers retenues par le présent projet sont, en plusieurs points, différentes** de ce que prévoit le chapitre 11 du code fédéral des Etats-Unis, consacré à la réorganisation des entreprises en difficulté.

I. L'INTERVENTION DES COMITÉS DE CRÉANCIERS DANS LES PROCÉDURES DE SAUVEGARDE ET DE REDRESSEMENT JUDICIAIRE

A. LE CHAMP D'INTERVENTION DES COMITÉS DE CRÉANCIERS

Le présent article 92 introduit un nouvel article L. 626-26 au code de commerce précisant le champ d'intervention des comités de créanciers. Ces comités seront constitués dans deux cas :

- En premier lieu, **la constitution de comités sera obligatoire pour les entreprises atteignant une certaine taille**. Un décret en Conseil d'Etat fixera un seuil en termes de nombre de salariés **ou** de chiffre d'affaires. D'après les informations fournies à votre rapporteur général, ces seuils seront intermédiaires entre, d'une part, ceux du redressement simplifié actuel

(50 salariés ; 3,1 millions d'euros de chiffre d'affaires hors taxes), et d'autre part ceux qui définissent la PME au sens européen¹ (250 salariés ; 40 millions d'euros de chiffre d'affaires).

- En second lieu, à la demande du débiteur ou de l'administrateur, le juge-commissaire pourra **autoriser la constitution de comités de créanciers en deçà de ce seuil.**

Il est apparu, lors de la discussion à l'Assemblée nationale, que le nouvel article L. 626-27 introduit par l'article 92 du présent projet de loi impliquait que le débiteur ait nommé un commissaire aux comptes. Or cette nomination n'est pas obligatoire dans certaines PME (SARL, EURL, sociétés en commandite simple et sociétés en nom collectif) qui n'ont l'obligation de nommer un commissaire aux comptes que lorsqu'elles dépassent deux des trois critères suivants : un total de bilan de plus de 1,55 million d'euros ; un chiffre d'affaires hors taxes excédant 3,1 millions d'euros et un nombre de salariés supérieur à 50.

Dès lors, le texte initialement présenté par le gouvernement n'aurait pas permis d'instituer des comités de créanciers dans les entreprises n'ayant pas de commissaire aux comptes.

Par conséquent, l'Assemblée nationale a adopté **un amendement**, à l'initiative de notre collègue député Philippe Houillon **permettant de recourir aux comités de créanciers dans les entreprises dont les comptes ont, à défaut d'avoir été certifiés par un commissaire aux comptes, été établis par un expert-comptable.**

B. LA COMPOSITION ET LE TRAVAIL DES COMITÉS DE CRÉANCIERS

Le présent article introduit un nouvel article L. 626-27 dans le code de commerce qui prévoit l'existence de deux comités de créanciers, l'un regroupant les établissements de crédit, l'autre réunissant les principaux fournisseurs de l'entreprise. On notera que, contrairement à ce que prévoit le droit américain, **le présent projet de loi ne prévoit pas de regrouper les créanciers par catégories** (hypothécaires, privilégiés, chirographaires...), ce qui conduira à ce que **soient réunis au sein du même comité des créanciers aux intérêts potentiellement très divergents.**

Le texte proposé par le présent article pour l'article L. 626-27 du code de commerce prévoit que le débiteur présente aux comités des propositions en vue d'un projet de plan. **Chaque comité se prononce sur ce projet de plan,**

¹ Règlement (CE) n° 70/2001 de la Commission européenne du 12 janvier 2001 concernant l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'État en faveur des petites et moyennes entreprises (annexe I).

éventuellement modifié, à la majorité de ses membres, représentant au moins les deux tiers du montant des créances de l'ensemble du comité. Le projet de plan peut prévoir de nouveaux crédits, avances ou apports, ainsi que des conversions de créances (cette dernière modalité ayant été introduite par un amendement adopté à l'Assemblée nationale).

Outre des amendements de précision, concernant notamment des questions de délais, plusieurs amendements ont été adoptés par nos collègues députés lors de la discussion du texte proposé pour l'article L. 626-27 :

- à l'initiative de sa commission des lois, l'Assemblée nationale a adopté un amendement tendant à ce que les **fournisseurs dont les créances représentent plus de 10 % du total des créances des fournisseurs soient membres de droit** du comité des principaux fournisseurs. Cet amendement a été présenté par notre collègue député Xavier de Roux, rapporteur de la commission des lois, comme destiné à empêcher qu'un décret puisse venir trahir l'esprit de la loi ;

- à l'initiative du même auteur, un amendement a prévu que lorsque le montant de la créance déclarée par l'un des membres d'un comité correspond au montant indiqué par le débiteur, **il ne soit pas procédé à sa vérification**, l'arrêté du plan par le tribunal valant admission de cette créance. Cet amendement procède à une simplification utile, qui devrait contribuer à une diminution des frais (qui s'élèvent, pour la vérification, à 50 euros par créance) ;

- enfin, toujours à l'initiative de notre collègue député Xavier de Roux, un amendement a précisé que les comités ne seraient pas soumis aux dispositions de l'article L. 626-9 et du deuxième alinéa de l'article L. 626-15 du code de commerce, introduits par les articles 78 et 83 du présent projet de loi. **Cette précision permet aux comités d'être souverains dans leurs décisions de remises de dettes ou de délais de paiement.** Ils ne seront, en effet, pas soumis, d'une part, à l'exigence d'un plan d'une durée inférieure à dix ans (ou quinze ans lorsque le débiteur est un agriculteur) et, d'autre part, à l'exigence d'un premier paiement avant un délai d'un an et, au-delà de la deuxième année, d'un montant de chacune des annuités prévues par le plan ne pouvant être inférieur à 5 % du passif admis (sauf dans le cas d'une exploitation agricole).

C. L'INTERVENTION DU TRIBUNAL DE COMMERCE

Le présent article introduit un nouvel article L. 626-28 au code de commerce, qui prévoit que **le tribunal, après s'être assuré que les intérêts de « tous » les créanciers étaient « suffisamment protégés », arrête le plan adopté par les comités**, qui devient ainsi applicable à tous leurs membres.

Le tribunal ne pourra pas procéder de lui-même à des modifications du plan. Toutefois, s'il n'arrête pas le plan, au motif que les intérêts de tous les créanciers ne sont pas suffisamment protégés, la procédure est reprise selon des modalités qui excluent la constitution de comités de créanciers.

D. LE SORT DES CRÉANCIERS OBLIGATAIRES

Le nouvel article L. 626-29 du code précité, introduit par le présent article, traite du cas des créanciers obligataires, en renvoyant notamment aux dispositions déjà existantes des articles L. 228-46 à L. 228-89 du code de commerce. En application de ces dispositions, les créanciers obligataires sont représentés en une « *masse* » dotée de la personnalité civile et représentée par un à trois mandataires élus par l'assemblée générale des obligataires.

Le présent article prévoit que le débiteur ou l'administrateur convoque le(s) représentant(s) de la masse afin de leur exposer le projet de plan. Ceux-ci convoquent ensuite une assemblée générale des obligataires afin de délibérer sur le projet, selon les modalités prévues par l'article L. 228-65 du code précité.

A l'initiative de notre collègue député Xavier de Roux, rapporteur, qui a qualifié les créanciers obligataires de « *sorte de troisième comité des créanciers* », **l'Assemblée nationale a apporté au texte les précisions suivantes :**

- les représentants de la masse doivent être convoqués dans un **délai de quinze jours** à compter de la transmission aux comités du projet de plan (dans la mesure où la durée prévue pour la décision des comités est de trente jours) ;

- si les représentants de la masse s'abstiennent de convoquer l'assemblée générale des obligataires dans le délai prévu, **cette convocation peut être effectuée par l'administrateur** ;

- la délibération de l'assemblée générale des obligataires peut porter sur un **abandon total ou partiel des créances**.

E. LE SORT DES CRÉANCIERS NON MEMBRES DES COMITÉS

Le nouvel article L. 626-30 du code de commerce, introduit par le présent article, prévoit que les créanciers qui ne sont pas membres des comités sont consultés dans les conditions prévues par l'article 72 du présent projet de loi. Il s'agit du cas des créanciers fournisseurs non « *principaux* », des créanciers publics et des créanciers non fournisseurs (voir le commentaire de votre commission des finances sous l'article 72 du présent projet de loi).

F. LA REPRISE DE LA PROCÉDURE

Le présent article prévoit, à l'article L. 626-31 du code de commerce, des modalités de reprise de la procédure en cas d'échec, c'est-à-dire lorsqu'un comité ne s'est pas prononcé dans les délais, lorsqu'il a refusé les propositions ou que le tribunal n'a pas arrêté de plan.

La procédure est alors reprise dans les conditions de droit commun, c'est-à-dire selon les modalités prévues à la section 2 du chapitre VI consacré, dans le code de commerce, au plan de sauvegarde (articles 72, 78 et 83 du présent projet de loi).

G. LE RENVOI À UN DÉCRET D'APPLICATION

Enfin, l'article L. 626-32 du code de commerce, introduit par le présent article, renvoie à un décret en Conseil d'Etat qui déterminera d'une part, les modalités de réunion des comités de créanciers, d'autre part, le régime des délais prévus par le présent article.

II. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

L'instauration de comités de créanciers, tant dans la procédure de sauvegarde que dans la procédure de redressement judiciaire, est l'un des aspects les plus notables de la réforme engagée par le gouvernement. **La très forte judiciarisation du droit des entreprises en difficulté a progressivement démontré ses limites**, la recherche de solutions consensuelles apparaissant comme préférable.

Cette prédominance du juridictionnel en France était, au surplus, contradictoire avec l'évolution du droit au niveau international. Plusieurs pays ont engagé des réformes de leur droit, tendant toutes, volontairement ou non, à généraliser, sous des modalités très diverses, le « modèle » américain du chapitre 11¹.

Or l'existence de conseils de créanciers est l'un des éléments importants du droit américain, selon lequel le tribunal se borne à vérifier que le plan a été élaboré dans le respect de la loi. Le présent projet de loi s'inspire clairement de ce principe, en prévoyant que le plan est arrêté par le tribunal, conformément au projet élaboré, le cas échéant, par les créanciers. On notera que le chapitre 11 prévoit également une intervention du tribunal préalablement au vote des créanciers, afin de vérifier que l'information fournie

¹ *La sauvegarde des entreprises en difficulté, Les Documents de travail du Sénat, série Législation comparée, n° LC 135 (Juin 2004).*

satisfait aux exigences légales. Toutefois, cette intervention du tribunal à chaque étape est critiquée, car elle est un facteur d'allongement des délais.

Par ailleurs, on remarquera que le chapitre 11 prévoit que seuls les créanciers dont la créance est modifiée par le plan participent au vote. Ce vote a lieu à une double majorité, similaire à celle que prévoit le présent projet de loi, mais cette majorité doit être recueillie au sein de chaque groupe de créanciers, ceux-ci étant regroupés en fonction de leurs rangs respectifs. Ce dispositif est critiqué car la multiplication des comités, représentant différents groupes de créanciers, augmente les frais et risques de conflits. De ce point de vue, le présent projet de loi propose un dispositif plus simple, qui devrait permettre d'aboutir à des solutions plus rapidement, d'autant que les travaux de l'Assemblée nationale ont contribué à insérer la procédure dans des délais assez courts.

Votre commission des finances s'interroge toutefois sur la place du mandataire judiciaire dans la procédure des comités de créanciers. Le présent projet de loi a en effet visé à clarifier les rôles respectifs de l'administrateur et du mandataire, son article 35 définissant le rôle de ce dernier comme « *ayant seul qualité pour agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers* ». Il paraîtrait donc cohérent d'impliquer les mandataires judiciaires dans la procédure des comités, et ceci d'autant que tous les créanciers n'en seront pas membres. Votre commission des finances vous proposera donc de prévoir que le mandataire judiciaire siège aux comités, avec voix consultative.

Votre commission souhaite, par ailleurs, préciser le pouvoir d'appréciation du juge, chargé d'arrêter le plan adopté par les comités de créanciers. Dans sa rédaction actuelle, le projet de loi prévoit que « *le tribunal s'assure que les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés* ». A défaut, le tribunal peut ne pas arrêter le plan, ce qui a pour conséquence, en application de l'article L. 626-31, une reprise de la procédure selon des modalités excluant la constitution de comités de créanciers. Il convient de limiter au maximum ce risque de reprise de la procédure, afin de ne pas allonger les délais et pour que le dispositif de la sauvegarde conserve, au moins partiellement, son caractère contractuel. Or la formulation retenue par le présent projet de loi pourrait être interprétée extensivement par la jurisprudence, d'autant qu'une procédure collective ne peut pas, par définition, satisfaire tous les créanciers. C'est à **l'équilibre d'ensemble du plan adopté** que le tribunal devra être attentif. Votre commission vous propose donc de prévoir que « *le tribunal s'assure que les intérêts des créanciers sont équitablement protégés* ».

Décision de la commission : votre commission vous propose d'émettre un avis favorable sur cet article ainsi modifié.

ARTICLE 142 bis (nouveau)

**Limitation de la responsabilité des créanciers pour « soutien abusif »
du débiteur**

Commentaire : le présent article, introduit par l'Assemblée nationale, a pour objet de préciser et de limiter les cas de mise en cause de la responsabilité des créanciers pour les préjudices subis du fait des concours qu'ils consentent.

I. LE DROIT EXISTANT

A. UNE CRÉATION JURISPRUDENTIELLE

La notion de « soutien abusif » des créanciers, et plus particulièrement des établissements de crédit, à un débiteur, est une **création jurisprudentielle**, apparue en 1976 avec l'affaire Laroche, fondée sur l'extension du principe général de responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle prévu par l'article 1382 du code civil¹. Elle est également liée aux dispositions de l'article L. 313-12 du code monétaire et financier, relatives à la possibilité de **rupture anticipée de crédit**, et qui prévoient que « *le non respect de ces dispositions peut entraîner la responsabilité pécuniaire de l'établissement de crédit* ».

La question du soutien financier à une entreprise en difficulté constitue une problématique délicate. Le financement d'une entreprise en difficulté n'est en soi pas condamnable, dès lors que sa situation financière n'est pas irrémédiablement compromise, et peut contribuer au redressement du débiteur et à éviter de nouvelles pertes, ou à accompagner une restructuration ayant obtenu l'aval des pouvoirs publics. Une banque ne doit pas, en revanche, octroyer un concours aggravant la situation de l'entreprise, constitutif d'un soutien abusif préjudiciable aux autres créanciers, et destiné, par exemple, à « compenser » l'incertitude de créances antérieures par l'octroi d'un crédit onéreux à court terme.

La jurisprudence a néanmoins évolué vers la distinction d'un certain nombre de critères manifestant une **appréciation stricte** de la responsabilité pour soutien abusif.

¹ *Lequel prévoit que* « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ».

B. LE CRITÈRE CENTRAL DE LA CONNAISSANCE DE LA SITUATION IRRÉMÉDIABLEMENT COMPROMISE DU DÉBITEUR

En présence de difficultés financières, **la notion de cessation des paiements n'est pas suffisante pour caractériser une faute bancaire**. Elle a dès lors été complétée par la **notion de situation irrémédiablement compromise**¹ pour déterminer le moment et les circonstances dans lesquels le concours financier devient fautif, cette notion de fait devenant une réelle condition juridique. Le soutien abusif concerne donc un financement octroyé **lorsque l'entreprise n'est plus viable** ou ne peut se redresser, qui peut lui conférer une apparence de prospérité en la maintenant artificiellement en survie, et a pour effet d'augmenter son passif voire de participer à la diminution de son actif, seul gage des créanciers. L'appréciation de cette notion met en exergue trois critères d'analyse :

- le **moment de l'appréciation** : la « situation irrémédiablement compromise » reste appréciée souverainement par les juges du fond, qui l'analysent au moment où l'établissement de crédit a consenti le crédit et non « *en fonction de la situation qui se révélera lors de l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire*² » ;

- la **gravité de la situation de l'entreprise** : il ne s'agit pas d'une difficulté passagère, et la jurisprudence estime par exemple qu'une insuffisance grave de trésorerie n'est pas suffisante pour la qualification d'une situation irrémédiablement compromise³. Elle ne se confond pas non plus avec l'état de cessation des paiements, ainsi qu'il a été indiqué *supra*, dans la mesure où le droit des procédures collectives, qui repose sur ce critère central, demeure axé sur la perspective d'un redressement de la société ;

- la **connaissance de la situation et l'intention du dispensateur de crédit** : un arrêt de la Cour de cassation rendu le 24 septembre 2003 distingue le soutien abusif à une entreprise, pour lequel le banquier « *savait ou aurait du savoir, en faisant preuve de diligence normale, que la situation était compromise* », de l'octroi « *en connaissance de cause* » d'un crédit insupportable pour l'équilibre de la trésorerie de l'entreprise et jugé ruineux.

De fait, la notion de crédit ruineux ne recouvre pas celle de soutien abusif, laquelle se fonde sur une **présomption simple de connaissance de la situation financière** du débiteur et des risques inhérents à l'opération bancaire de la part du dispensateur de crédit. Les obligations d'information ainsi que de

¹ Cf. Cass. com. 22 juillet 1980, bull. civ. V n° 317.

² Cass. com. 26 mars 1996, bull. civ. IV n° 95.

³ Cass. com. 19 janvier 1983, bull. civ. IV n° 22.

conseil qui incombent à ce professionnel¹ le conduisent en effet à une obligation de **discernement et de diligence** (c'est-à-dire une démarche consistant à demander des informations complémentaires sur son client pour assumer le risque commercial).

Le devoir de conseil du banquier peut aussi impliquer que celui-ci soit en mesure de **refuser l'octroi d'un crédit qui mettrait en péril la viabilité de l'entreprise**².

Le soutien abusif tend également à se différencier de la notion de « crédit excessif » ou « dépassant manifestement » la capacité de remboursement de l'emprunteur³, mais on conçoit bien que la distinction soit en pratique souvent délicate.

Si ces deux notions supposent que le banquier ait été suffisamment informé de la situation financière dégradée du débiteur ou de son inexpérience, l'octroi d'un crédit excessif ne suppose pas nécessairement que la situation du débiteur soit irrémédiablement compromise, à la différence du soutien abusif. L'appréciation des faits par les juges du fond demeure donc déterminante.

Il reste que la responsabilité d'une banque pour octroi abusif de crédit n'est pas engagée dès lors qu'est rapportée la preuve de la non connaissance par celle-ci de la situation irrémédiablement compromise du

¹ Parmi les critères d'appréciation de la situation financière du client qu'un établissement de crédit peut mettre en œuvre, on peut mentionner l'analyse patrimoniale et le rapport entre la rentabilité et le risque de l'entreprise, qui comporte les éléments suivants : les renseignements commerciaux objectifs disponibles auprès d'organismes institutionnels ; la surface financière de l'entreprise et le patrimoine de ses dirigeants ; le cas échéant, les rapports établis par les commissaires aux comptes ; le « crédit scoring » établi par la banque en vue d'établir le profil de risque ; les comptes prévisionnels sur des projets spécifiques ; les moyens et conditions de financement n'apparaissant pas directement dans le bilan de la société (escompte, crédit-bail, affacturage, defeasance...) ; situation financière consolidée et flux intra-groupe dans le cas d'un groupe de sociétés ; des documents tels que l'état de l'actif réalisable et disponible, le passif exigible, le tableau de financement, les comptes de résultat et le plan de financement prévisionnels ; enfin l'analyse des ratios d'endettement.

² Dans un arrêt du 8 juin 2004, la première chambre civile de la Cour de cassation paraît avoir entendu mettre à la charge du banquier, alors même que le débiteur connaissait le risque de son surendettement, une obligation de refus du crédit dans son propre intérêt. Elle a ainsi jugé que « viole l'article 1147 du code civil la Cour d'appel qui, pour débouter les clients d'une banque de leur action en responsabilité pour crédit abusif et manquement au devoir de conseil, retient qu'avant de solliciter ainsi leur banquier habituel, ces derniers avaient vainement pressenti un autre établissement de crédit, qui leur avait opposé la prévisibilité d'un endettement excessif, de sorte qu'ils avaient obtenu l'emprunt litigieux en pleine connaissance de cause et que leur préjudice était exclusivement imputable à eux-mêmes et non à l'éventuelle absence de mise en garde de la part de l'établissement contractant ».

³ Dans un arrêt du 2 mai 1983, la Cour de cassation a ainsi défini les prêts excessifs comme « les crédits dont le montant est sans rapport avec les capacités de financement de l'entreprise ».

débiteur, ainsi que l'a rappelé la Cour de cassation dans un arrêt du 7 janvier 2004¹.

C. LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE LA FAUTE DU CRÉANCIER

Le soutien abusif apporté par une banque contribue à **induire les tiers en erreur** sur la solvabilité véritable de l'entreprise, et porte donc préjudice aux autres créanciers. La banque, qui est présumée avoir une connaissance suffisante de la situation de son client, contribue en effet à donner aux tiers une image rassurante de son débiteur, de telle sorte que les tiers seront lésés si cette image s'avère finalement trompeuse.

La jurisprudence a en outre précisé certains éléments caractéristiques de l'infraction. La **faute** consiste ainsi en un crédit non susceptible d'être remboursé et accordé à une entreprise en cessation des paiements et en situation irrémédiablement compromise. Le **préjudice** résulte de l'évolution défavorable de l'actif confronté au montant du passif. Un **lien de causalité** entre la faute et le préjudice doit naturellement être établi, et ne peut se fonder sur une simple appréciation quantitative du montant de l'insuffisance d'actif. La **recevabilité** de ce type d'action contre la banque concerne essentiellement les créanciers de l'entreprise, généralement représentés par le mandataire-liquidateur de justice et les apporteurs de garanties.

S'agissant de l'élément moral et de **l'intentionnalité** de la faute, l'appréciation des juges n'est guère déterminée par le fait que le banquier ait été inspiré par la volonté de masquer la situation pour se dégager à temps² (ce qui constituerait un dol spécial), ou qu'il ait manqué de professionnalisme et se soit trompé. La jurisprudence est en revanche plus nuancée lorsque la banque a soutenu l'entreprise en situation désespérée pour éviter des pertes plus importantes. La faute est ainsi reconnue lorsque le banquier s'est laissé tenter par une « **fuite en avant** »³, mais non lorsqu'il a agi pour permettre l'achèvement d'un programme immobilier en cours⁴.

¹ Cass. com. 7 janvier 2004, n° 01-02-896. La Cour a cassé l'arrêt de la Cour d'appel au motif qu'« en statuant ainsi, après avoir relevé que le courrier litigieux (par lequel la banque enjoignait le débiteur de mettre fin à son découvert) indiquait que les documents comptables réclamés n'avaient jamais été fournis et que la banque n'était pas en mesure de porter un jugement objectif sur cette affaire, ce dont il résult(ait) **qu'elle n'avait pas à cette date connaissance de la situation irrémédiablement compromise**, à la supposer établie, la Cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations au regard de l'article 1382 du code civil ».

² Cf. Cass. com. 5 décembre 1978, n° 76-10-054.

³ Cass. com. 9 juillet 2002 n° 01-01-565.

⁴ Cass. com. 9 avril 1996, n° 94-15-419.

Outre un **élément subjectif** consistant en un manquement de la banque à ses devoirs de conseil et d'information, c'est-à-dire la connaissance qu'elle a ou devrait avoir de la situation de son client¹, la doctrine tend aujourd'hui à faire ressortir **trois conditions objectives** dont la réunion entraînera le constat d'un soutien abusif :

- ainsi qu'il a été exposé *supra*, une situation irrémédiablement compromise à la date du soutien apporté, et donc l'absence de possibilité réaliste de redressement autonome de l'entreprise ou avec le soutien de la banque ;

- le maintien ou l'octroi, durant cette situation irrémédiablement compromise, d'un financement non susceptible d'être remboursé² ;

- le lien de causalité entre la faute et le préjudice consiste enfin en un lien direct avec l'insuffisance d'actifs, c'est-à-dire une aggravation du passif liée à ce soutien financier.

La rédaction initiale de l'article 8 du présent projet de loi, qui contribuait notamment à limiter la responsabilité des personnes octroyant de nouveaux concours à un débiteur lors d'une procédure de conciliation (cf. commentaire de l'article 8), tendait à introduire une **ligne de partage, d'appréhension malaisée, entre le soutien abusif et le soutien « manifestement » abusif.**

Ainsi que l'a souligné notre collègue député Xavier de Roux dans son rapport de première lecture³, les cas qui ne ressortiraient pas à un soutien manifestement abusif, au regard de la jurisprudence actuelle, impliqueraient qu'une preuve soit rapportée et pourraient par exemple concerner le fait que le

¹ Cette obligation ne peut toutefois porter que sur des informations que le banquier est à même de recueillir. Le Professeur Stoufflet (in « Retour sur la responsabilité du banquier donneur de crédit » - *Mélanges Cabrillac 1999*, p. 517) rappelle ainsi que le « **devoir d'information n'est pas une obligation d'investigation** », et trouve donc sa limite dans le principe de non ingérence ou d'immixtion dans la gestion du client.

² En revanche une rupture des concours pour une cessation des paiements sans situation irrémédiablement compromise étant fautive, son corollaire, le maintien ou l'octroi de concours en situation de cessation des paiements, déclarée ou non, de même qu'en période d'observation ne constituerait pas un soutien abusif tant que la situation ne serait pas irrémédiablement compromise, selon l'appréciation du juge.

³ Rapport de première lecture n° 2095 XIIIe législature sur le projet de loi de sauvegarde des entreprises, février 2005.

banquier ait été imprudent¹ ou que le concours octroyé, par son montant, sa destination ou ses modalités, se révèle inadapté aux besoins de l'entreprise et la mette par conséquent en difficultés².

Le devoir de conseil et d'information de l'établissement de crédit, dont on a vu qu'il pouvait intervenir dans la qualification du soutien abusif, s'applique également à l'égard de la caution, et les manquements en la matière peuvent se traduire par un **cautionnement disproportionné**. L'arrêt *Macron* de la Cour de cassation (Cass. com. 17 juin 1997) a ainsi fait date en sanctionnant la faute grave d'un établissement de crédit, au motif que celui-ci avait reçu un engagement de caution disproportionné d'une personne physique³, dont les facultés de remboursement le conduisaient à créer un lien de dépendance le plaçant, en cas de défaillance du débiteur, à vie sous la dépendance de la banque. **Ce principe de proportionnalité a cependant vu ultérieurement sa portée réduite** par l'arrêt *Nahum* (Cass. com. 8 octobre 2002), qui a retenu la responsabilité des cautions au motif qu'elles n'avaient pas établi ou démontré « *que la banque aurait eu, sur leurs revenus, leurs patrimoines et leurs facultés de remboursement raisonnablement prévisibles en l'état du succès escompté de l'opération immobilière entreprise par la société, des informations qu'elles-mêmes auraient ignorées* ».

L'obligation de conseil et d'information trouve néanmoins une de ses limites dans la **nécessaire non immixtion du banquier dans les affaires du débiteur**. Le banquier peut donc naturellement voir sa responsabilité engagée lorsqu'il est dirigeant de droit du crédit, mais également en qualité de **dirigeant ou gestionnaire de fait**⁴, ou lorsqu'il exerce une influence déterminante sur la gestion de son débiteur.

¹ CA Paris 15^e chambre, section A, 15 janvier 2000.

² Cette inadéquation peut résulter du coût d'un crédit qui devient ruineux (Cass. com. 26 mars 2002 n° 99-19-839), est hors de proportion avec les facultés financières du client (Cass. com. 22 mai 2001, n° 97-21-460) ou est trop important par rapport aux fonds propres (Cass. com. 26 janvier 1993 n° 91-13-462) ; d'un emploi irrationnel du crédit (Cass. Com. 2 mai 1983 n° 81-14-223) ; de sa durée inadaptée (CA Versailles 10 décembre 1998) ; de son caractère inopportun (CA Grenoble 14 mai 1992) ; ou du caractère manifestement dépourvu de viabilité du projet financé (Cass. com. 25 avril 2001 n° 98-13-677).

³ Dans son arrêt, la Cour de cassation a ainsi souligné « l'énormité de la somme garantie par une personne physique ».

⁴ En revanche, lorsqu'un établissement de crédit consent un cautionnement au financement d'une entreprise concurrente de celle dont il a également cautionné le financement consenti par une autre banque, il ne commet pas de faute susceptible d'engager sa responsabilité du seul fait de l'octroi d'un concours à une entreprise concurrente en application du principe de non-immixtion (Cass. Com. 19 novembre 2002).

D. UNE NOTION AUX EFFETS CONCRETS LIMITÉS MAIS PERÇUE COMME TRÈS DISSUASIVE

Les cas de condamnation pour soutien abusif sont d'autant plus rares¹ que la jurisprudence repose sur des critères stricts et que la sanction encourue peut être lourde. Le financeur peut en effet subir une condamnation d'un montant sensiblement supérieur à celui de son apport et allant jusqu'à représenter l'intégralité du passif de l'entreprise, compte tenu de la situation artificiellement créée par le soutien abusif et du préjudice ainsi créé pour l'ensemble des créanciers. Cette responsabilité peut être rapprochée de celle du banquier pour insuffisance d'actif, applicable en cas d'immixtion dans la gestion du débiteur.

Bien que rarement mise en œuvre, la menace d'une condamnation pour soutien abusif est présentée par les établissements de crédit comme un **facteur particulièrement dissuasif de l'octroi du crédit**, et s'inscrit aujourd'hui en arrière-plan du règlement judiciaire d'une affaire telle que la liquidation de Moulinex, dans laquelle neuf banques, parmi les plus importantes de la place, sont menacées de voir leur responsabilité mise en cause sur ce fondement.

La « frilosité » et la prudence excessive souvent dénoncées des banques, en quête de la plus grande sécurité juridique possible, seraient ainsi liées aux conséquences disproportionnées de l'aléa du soutien abusif. Les banques seraient perçues comme un « poche profonde » idéale pour les requérants et les tribunaux, et courraient le risque d'être poursuivies en tant que créanciers solvables, sans pour autant être les vrais ou les seuls responsables de la situation du débiteur. **Il en résulterait un climat psychologique néfaste, se traduisant par l'autocensure des dispensateurs de crédit, au détriment de sociétés présentant un certain profil de risque mais dont la poursuite d'activité serait possible.**

L'encadrement de la notion prétorienne de soutien abusif a ainsi été présenté par le gouvernement et les professionnels concernés comme susceptible de créer un « **choc psychologique** » favorable à l'essor du financement bancaire des entreprises, et plus particulièrement des PME.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE

Sur proposition de notre collègue député Xavier de Roux, rapporteur pour la commission des lois, et avec l'avis favorable du gouvernement,

¹ Lors des débats en première lecture du mardi 8 mars 2005 à l'Assemblée nationale, notre collègue député Arnaud Montebourg a ainsi indiqué que les condamnations pour soutien abusif n'avaient jamais dépassé la somme globale de 14 millions d'euros sur une année.

L'Assemblée nationale a adopté un **amendement** portant article additionnel après l'article 142, tendant à insérer un article L. 650-1 au code de commerce. Le premier alinéa de cet article prévoit un **principe général d'exonération de responsabilité** de tous les créanciers pour les préjudices subis du fait des concours qu'ils consentent, **à l'exception de trois cas** que sont la fraude, l'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou la prise de garanties disproportionnées en contrepartie des concours. Dans ce dernier cas, les prises de garanties recevables ne sont pas pour autant strictement proportionnées à la valeur du bien financé, notamment en matière immobilière¹.

Le second alinéa de cet article prévoit la **nullité** des garanties prises en contrepartie des concours octroyés par un créancier dont la responsabilité aurait été reconnue.

L'adoption de cet article vient en contrepoint de la suppression du dernier alinéa du texte proposé par l'article 8 du projet de loi initial pour l'article L. 611-11 du code de commerce. Ainsi qu'il a été précisé *supra* et dans le commentaire de l'article 8, cet alinéa tendait à limiter aux cas de fraude et de « *comportement manifestement abusif* » la responsabilité des créanciers pour les préjudices subis du fait des nouveaux concours, **constitutifs de l'« argent frais »**, qu'ils consentent à un débiteur dans le cadre d'un **accord homologué de conciliation**.

La commission des lois de l'Assemblée nationale a légitimement souligné les incertitudes entourant la notion de « *comportement manifestement abusif* » et la portée limitée du dispositif proposé dans le projet de loi initial, qui ne s'appliquait qu'aux apporteurs d'« argent frais » en phase de conciliation. **Le texte proposé par le présent article a dès lors pour objet d'étendre les champs *rationae personae* et *rationae temporis* de la limitation de responsabilité** à l'ensemble des créanciers – et non aux seuls établissements de crédit – et pour tous les concours consentis, quelle que soit la procédure collective éventuellement mise en place.

Le cantonnement du champ *rationae materiae* à trois cas limitatifs et d'appréciation objective a pour objet de lever l'aléa juridique né des évolutions de la jurisprudence par une consécration législative des principaux fondements de la responsabilité des créanciers retenus par les tribunaux. Lors des débats de première lecture du jeudi 8 mars 2005 à l'Assemblée nationale, le Garde des Sceaux, M. Dominique Perben, a précisé **qu'il importait de ne pas remettre en cause le principe même de la responsabilité civile**, mais que le présent article permettait d'encadrer cette responsabilité en la réservant

¹ Il s'agit, selon les propos du ministre de la justice lors de la séance de première lecture du mardi 8 mars 2005 à l'Assemblée nationale, de « viser les prises de garanties inhabituelles au regard de la pratique », ce qui implique que « les crédits immobiliers qui sont consentis en échange d'une hypothèque sur la totalité du bien alors qu'ils n'en financent qu'une partie demeurent possibles puisque telle est la pratique ».

aux cas de « *faute lourde* », et ce faisant, de « *renforcer la sécurité juridique pour faciliter le soutien aux activités économiques* ».

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

A. UNE MESURE DONT IL CONVIENT DE RELATIVISER L'IMPACT

Le présent article a suscité un « débat animé » à l'Assemblée nationale, aux termes duquel les positions exprimées se sont parfois radicalisées. Il s'agit bien de trouver un **équilibre** entre l'exonération totale de responsabilité du fait des concours consentis, qui constituerait à n'en pas douter une entorse majeure aux principes du droit civil et à la rationalité économique¹, et l'effet inhibant du soutien abusif, sur le fondement duquel les mises en cause initiales sont plus nombreuses que les condamnations effectives.

Que l'invocation de cet aléa juridique par les établissements de crédit constitue un motif parfaitement légitime, un prétexte ou un « *faux nez* »², **la réforme proposée participe de la dimension psychologique du présent projet de loi**, consistant à adresser un « signal » positif de mobilisation des acteurs économiques – pouvoirs publics, créanciers, tribunaux, mandataires et administrateurs judiciaires – en faveur de la préservation de l'activité économique des entreprises. Tel est bien le sens de la « sauvegarde », qui est le terme choisi pour l'intitulé du présent projet de loi, bien qu'il ne désigne en réalité qu'un des axes, certes le plus innovant, de la réforme des procédures collectives.

Votre rapporteur général partage donc les motivations et l'économie générale du présent article, qui tend à prévoir des critères objectifs et circonscrits de mise en cause de la responsabilité des créanciers. Il importe toutefois de ne pas faire preuve d'une trop grande naïveté sur l'impact de cette levée de la menace du soutien abusif. Si cette réforme paraît de nature à donner une impulsion en soumettant la décision d'octroi du crédit à des critères exclusivement économiques de rentabilité des projets et de probabilité de redressement de l'entreprise, il ne faut pas nécessairement en attendre un afflux massif de concours bancaires en faveur des entreprises en difficultés.

¹ Les concours octroyés doivent en effet contribuer au redressement de l'entreprise, et non pas à la seule amélioration des perspectives de recouvrement du créancier.

² Selon les termes utilisés par Mme Sophie de Menthon et M. Jérôme Dedeyan, in « Les PME et leurs banquiers », *La Tribune* du 12 avril 2005.

Plusieurs facteurs concourent en effet à une plus grande **standardisation et normalisation de l'analyse du risque de crédit** par les banques. On relèvera, par exemple, la recherche de synergies et l'harmonisation des procédures dans les grands réseaux bancaires, ou l'impact de la mise en œuvre des nouvelles normes prudentielles du Comité de Bâle, qui implique une analyse à la fois plus segmentée et plus formalisée du risque client, et *in fine*, la mise en place de « quotas » de projets risqués susceptibles d'être financés. La logique économique continuera donc de s'appliquer : les projets jugés peu viables et les entreprises en situation financière critique ne seront pas les plus recherchés par les financeurs. La limitation du risque de soutien abusif et le nouveau privilège de la « *new money* », prévu par l'article 8 du présent projet de loi, contribueront néanmoins à atténuer certaines réticences.

A contrario, **le soutien abusif peut revêtir une dimension d'intuitu personae**, particulièrement dans les rapports que peuvent entretenir une petite entreprise et son banquier à l'échelon local, que les présentes dispositions ne préviennent que partiellement, par le canal de la faute fondée sur l'immixtion dans la gestion du débiteur.

B. L'INCLUSION DE LA CONNAISSANCE DE LA SITUATION IRRÉMÉDIABLEMENT COMPROMISE DU DÉBITEUR

L'examen de la jurisprudence relative au soutien abusif révèle bien le caractère déterminant des diligences que le banquier doit accomplir, comme tout professionnel, pour exercer sa mission de dispensateur de crédit. La limitation de responsabilité proposée par le présent article ne saurait donc exonérer les établissements de crédit de leurs devoirs de vigilance, d'information et de conseil.

Ainsi qu'il a été précédemment exposé, la **connaissance par le créancier de la situation irrémédiablement compromise du débiteur** – notion déjà visée par l'article L. 330-1 du code de la consommation, relatif à la procédure de rétablissement personnel¹ – est en outre prise en considération par la jurisprudence comme un critère important du soutien abusif. L'octroi d'un concours dans de telles conditions peut en effet contribuer à aggraver la situation du débiteur en créant une apparence de solvabilité, et la connaissance de sa situation « désespérée » porter préjudice aux autres créanciers, **s'apparentant ainsi à un dol**.

¹ Introduite par la loi n° 2003-710 du 1^{er} août 2003 d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine.

Bien que la prise de garanties disproportionnées par rapport aux concours soit de nature à introduire une présomption de connaissance de la situation irrémédiablement compromise du débiteur, il apparaît que cette dimension est insuffisamment prise en compte par les dispositions du présent article.

Votre rapporteur général vous propose donc un **amendement tendant à prévoir un quatrième cas de mise en cause de la responsabilité des créanciers**, relatif à la connaissance, par le créancier, de la situation irrémédiablement compromise du débiteur au moment de l'octroi du concours, dont la jurisprudence est bien établie.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'émettre un avis favorable sur cet article ainsi modifié.

ARTICLE 176 bis (nouveau)

Rémunération des auxiliaires de justice

Commentaire : le présent article établit des règles de rémunération des auxiliaires de justice désignés au cours des procédures collectives.

I. LE DROIT EXISTANT

A. LE STATUT DES AUXILIAIRES DE JUSTICE

Avant 1985, le syndic cumulait les fonctions de représentation des créanciers, de représentation du débiteur en état de liquidation, et d'assistance de ce dernier en cas de règlement judiciaire. Ce cumul d'attributions fut contesté, en ce qu'il soumettait la profession à des logiques contradictoires. La loi n° 85-99 du 25 janvier 1985 relative aux administrateurs judiciaires, mandataires-liquidateurs et experts en diagnostic d'entreprise a mis fin à cet état du droit, en réglementant les deux professions, désormais clairement séparées.

Le statut actuel des administrateurs et mandataires de justice résulte de la loi précitée du 25 janvier 1985. Son article 2 prévoit que tout administrateur judiciaire doit être inscrit sur une liste nationale, établie par une commission nationale instituée à cet effet. Une dérogation est toutefois instituée puisque, à titre exceptionnel, et par décision motivée, le tribunal peut nommer comme administrateurs judiciaires des personnes non inscrites sur la liste, à condition qu'elles aient une compétence ou une qualification particulière. **La loi n° 2003-7 du 3 janvier 2003** modifiant le livre VIII du code de commerce, qui a réformé la loi précitée de 1985, a maintenu le caractère exceptionnel de cette dérogation. Elle a, par ailleurs, étendu ce dispositif à la profession de mandataire judiciaire. En application de la loi de 1985, ceux-ci devaient en effet figurer sur une liste établie par une commission instituée auprès de chaque cour d'appel. **La réforme de 2003 a étendu aux mandataires judiciaires le principe de l'inscription sur une liste nationale, ainsi que le dispositif de dérogation exceptionnelle par décision motivée du tribunal.**

La loi précitée de 2003 a, par ailleurs, **élargi l'accès aux fonctions** en l'ouvrant aux ressortissants d'un Etat membre de la Communauté européenne ou de l'Espace économique européen.

Enfin, la réforme de 2003 a **renforcé les exigences requises en matière de qualification et de déontologie professionnelle** des auxiliaires de justice.

Cette réforme n'a pas eu pour objet de réformer en profondeur le statut des professions judiciaires, mais elle a procédé à **des adaptations indispensables dans un contexte marqué** :

- en premier lieu, **par les traités communautaires et la jurisprudence** de la Cour de justice des communautés européennes qui imposaient de prendre en compte le principe de libre établissement et de supprimer, par conséquent, les monopoles nationaux ;

- en second lieu, **par de fortes critiques à l'égard des professions judiciaires**, émanant tant de rapports administratifs que de rapports parlementaires. Ainsi, le *rapport d'enquête sur l'organisation et le fonctionnement des tribunaux de commerce*, établi par l'Inspection générale des finances et l'Inspection générale des services judiciaires (juillet 1998), a mis en évidence des rémunérations irrégulières, et des taux de rentabilité très élevés. Ce rapport a notamment stigmatisé des auxiliaires de justice « *prélevant de manière irrégulière des frais exorbitants* » et a révélé que les études de mandataires de justice connaissaient des niveaux de rentabilité (bénéfice net / chiffre d'affaires) exceptionnels, avoisinant 40 %, ce qui n'a guère d'équivalent dans d'autres secteurs économiques. De plus, il a observé le caractère lacunaire et erratique des contrôles exercés sur les responsables de juridiction.

B. LA RÉMUNÉRATION DES AUXILIAIRES DE JUSTICE

Le **décret n° 2004-518 du 10 juin 2004** portant diverses dispositions relatives aux administrateurs judiciaires et aux mandataires judiciaires au redressement et à la liquidation des entreprises a complété le dispositif prévu par la loi précitée de 2003, notamment en matière de rémunérations¹.

Ce décret a, en particulier, **supprimé le droit sur créances contestées**, d'un montant de 5 % du montant de ces créances, au profit des mandataires judiciaires, droit qui constituait effectivement une aberration sur un plan économique puisqu'il encourageait la multiplication des contestations sans espoir et donnait lieu à des montants excessifs.

¹ Les modalités de rémunération des administrateurs et mandataires de justice sont détaillées dans la note du service des études juridiques du Sénat, annexée au présent rapport.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ PAR LE PRÉSENT ARTICLE

Le présent article complète le cadre juridique décrit ci-dessus, en prévoyant que la rémunération des professionnels est **exclusive de toute autre rémunération ou remboursement de frais** au titre de la même procédure ou au titre d'une mission qui en serait le prolongement.

D'après les informations recueillies par votre rapporteur général, il s'agit **d'éviter une pratique observée** consistant en des facturations additionnelles pour des missions liées à la procédure ou en constituant le prolongement naturel.

Par ailleurs, le présent article déplace les dispositions relatives à la rémunération des professionnels au sein du code de commerce, afin de les faire figurer dans le livre VI dudit code, consacré aux procédures collectives, plutôt que dans son livre VIII, qui traite des professions réglementées. D'après les informations recueillies, **il s'agit de souligner le fait que la rémunération des professionnels n'est pas une composante de leur statut, mais la contrepartie des fonctions qu'ils exercent.**

III. LES MODIFICATIONS PROPOSÉES PAR VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Votre commission des finances regrette que le principe de tarification à l'acte demeure la pierre angulaire du système de rémunération des professions judiciaires, malgré les réformes engagées au cours des années passées. Il faut, en effet, admettre que ce principe est consacré par le décret précité du 10 juin 2004, qui ne résout pas les questions :

- d'une part, de l'indépendance des professionnels face aux tribunaux de commerce ;

- d'autre part, de la prise en compte, non seulement de la quantité d'actes effectués, mais aussi de l'efficacité des interventions du point de vue de l'entreprise, des créanciers et de l'intérêt général.

Votre commission des finances vous propose donc un amendement qui comporte les dispositions suivantes :

- d'une part, il **prévoit que le décret fixant les modalités de rémunération des administrateurs et mandataires soit pris sur le rapport, non seulement du Garde des sceaux, ministre de la justice, mais également du ministre chargé des finances.** Ce dernier est, en effet, pleinement compétent, s'agissant d'une question importante de droit économique et d'une

forme de « prélèvement obligatoire » sur les entreprises en difficulté. Un délai d'un an est prévu pour la mise en conformité du décret précité de 2004, puisque cette disposition aurait vocation à s'appliquer à compter du 1^{er} juin 2006 ;

- d'autre part, cet amendement prévoit que, pour les procédures ouvertes au bénéfice d'une entreprise dépassant certains seuils, **la rémunération des professionnels est fixée par une décision du tribunal de grande instance**, qui prend en compte, non seulement l'importance des diligences mises en œuvre, mais aussi **la qualité du travail accompli**, au regard des intérêts tant de l'entreprise que des créanciers. Ces décisions en matière de rémunérations seraient prises après avis d'une commission composée de personnalités indépendantes, placée auprès de la cour d'appel, ce qui tendrait à garantir l'indépendance des professionnels vis-à-vis des tribunaux.

Ce dispositif permettrait au gouvernement d'adopter les modes de rémunération en tenant compte de la différence de tâches demandées, d'un côté, aux administrateurs judiciaires, qui suppléent ou assistent les chefs d'entreprise, et, de l'autre côté, aux mandataires judiciaires, qui gèrent des procédures dans le cadre d'une mission de service public.

Décision de la commission : sous réserve de ces observations et du sous-amendement qu'elle vous propose après l'article 178 pour tenir compte de l'amendement de suppression du présent article déposé par la commission des lois, votre commission vous propose d'émettre un avis favorable sur cet article sans modification.

ARTICLE ADDITIONNEL APRES L'ARTICLE 178

Dispositions relatives à la rémunération des administrateurs et mandataires judiciaires déplacées à l'article L. 663-2 du code de commerce

Commentaire : notre collègue Jean-Jacques Hiest rapporteur de la commission des lois a déposé un amendement n° 155 tendant à réintroduire dans un nouvel article L. 163-2 du code de commerce les dispositions relatives à la rémunération des administrateurs et mandataires judiciaires figurant à l'article 176 *bis* (nouveau) du présent projet de loi, dont il demande corrélativement la suppression. Telle est la raison pour laquelle, pour des raisons de procédure, les propositions de votre commission des finances exposées à l'occasion du commentaire de l'article 176 *bis* (nouveau) seront présentées sous la forme d'un sous-amendement à l'amendement n° 155 de la commission des lois.

Décision de la commission : sous réserve de ces observations et de celles figurant dans son commentaire de l'article 176 *bis* (nouveau), votre commission vous demande d'adopter ce sous-amendement à l'article additionnel.

ARTICLES ADDITIONNELS APRES L'ARTICLE 183 bis (nouveau)

Rémunération des auxiliaires de justice

Commentaire : afin de compléter le dispositif suggéré par votre commission des finances en matière de rémunération des administrateurs et mandataires judiciaires¹, votre commission vous propose, en outre deux articles additionnels tendant d'une part, à renforcer la transparence dans les procédures de désignation et de fixation des rémunérations de ces professionnels et, d'autre part, à améliorer le fonctionnement des voies de recours.

I. L'INSTAURATION D'UNE PLUS GRANDE TRANSPARENCE

Votre commission des finances estime qu'une plus grande transparence dans la répartition des affaires et des rémunérations serait de nature à **créer un milieu professionnel plus concurrentiel**, dans l'intérêt des entreprises qui doivent recourir aux services d'un administrateur ou d'un mandataire judiciaire.

Le présent article additionnel prévoit, dans cet objectif, que les tribunaux compétents en matière d'ouverture des procédures collectives, c'est-à-dire les tribunaux de commerce et les tribunaux de grande instance, **adressent chaque année, avant le 31 janvier, à une commission instituée dans le ressort de la cour d'appel, la liste des administrateurs et mandataires judiciaires désignés par eux au cours de l'année précédente. Cette liste devrait être assortie d'observations, lorsqu'elle fait apparaître que les mêmes professionnels se sont vu attribuer une part substantielle des affaires, en termes de nombre de désignation et de montants de rémunération.**

Il s'agit, ainsi, **d'obliger le tribunal à justifier ses choix lorsqu'ils se portent fréquemment sur les mêmes mandataires.**

Par ailleurs, sur la base des informations qui lui sont transmises, la commission précitée publierait, avant le 31 mars de chaque année, **un rapport** faisant apparaître les dossiers et rémunérations attribuées au cours de l'année précédente, dans le ressort de la cour d'appel, à chaque administrateur ou mandataire judiciaire.

¹ Dispositif proposé à l'article 176 bis (nouveau).

La commission dont il est ici question serait composée de personnalités indépendantes, selon des modalités définies par décret. Il s'agirait de **la même commission que celle proposée par votre commission dans son amendement à l'article 176 bis (nouveau)**.

II. L'AMÉLIORATION DU FONCTIONNEMENT DES VOIES DE RECOURS

Le nouvel article L. 661-6 du code de commerce (actuel article L. 623-6) prévoit que les jugements relatifs à la nomination ou au remplacement d'un administrateur ou d'un mandataire sont susceptibles d'un appel, mais uniquement de la part du ministère public.

Votre commission des finances vous propose que la commission précitée, siégeant dans le ressort de la cour d'appel, puisse également être saisie par les intéressés en cas de différend relatif à l'attribution d'un dossier. La commission devrait rendre un avis dans un délai très bref. Cet avis serait transmis au ministère public qui, seul, peut engager un recours juridictionnel.

Ainsi, l'avis de la commission devrait contribuer à éclairer le ministère public sur l'opportunité ou non de former un recours.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter ces articles additionnels.

ARTICLE 184 ter (nouveau)

Octroi du privilège de l' « argent frais » au fonds de garantie des dépôts des établissements de crédit

Commentaire : le présent article, introduit à l'initiative de notre collègue député Jérôme Chartier, rapporteur pour avis de la commission des finances, modifie l'article L. 312-5 du code monétaire et financier afin de faire bénéficier le fonds de garantie des dépôts du privilège prévu par l'article 8 du présent projet de loi, au titre des nouveaux concours qu'il octroie à un établissement de crédit dans le cadre d'une intervention préventive. Il prévoit également une limitation de la responsabilité du fonds pour ce type de concours.

I. LE DROIT EXISTANT

A. LE CADRE GLOBAL DE L'ACTION DU FONDS DE GARANTIE DES DÉPÔTS

Le fonds de garantie des dépôts, créé par la loi n° 99-532 du 25 juin 1999 sur l'épargne et la sécurité financière¹, a pour mission principale d'indemniser aussi rapidement que possible les déposants, dans certaines conditions et en particulier dans la limite d'un plafond de 70 000 euros, lorsque l'établissement auquel ils ont confié leurs avoirs, ne peut plus faire face à ses engagements.

Il prévoit à ce titre **trois mécanismes de garantie** dont l'origine est antérieure à cette structure. Il peut aussi intervenir à **titre préventif** pour permettre la disparition ordonnée d'un établissement défaillant sans que les déposants ne soient lésés par cette défaillance. Son action, en coordination avec celles de la Commission bancaire, se veut donc une composante de la sécurité du système bancaire français confortant, en cas de nécessité, la confiance des déposants dans la qualité d'ensemble de ce système.

Personne morale de droit privé, ce fonds gère les trois mécanismes de garantie suivants : la garantie des **dépôts** ou espèces bancaires² (de loin le plus important au regard du montant), la garantie des **titres**³ et la garantie des

¹ En particulier à la suite de la faillite du Crédit Martiniquais en 1999.

² Régie par les articles L. 312-4 à L. 312-18 du code monétaire et financier.

³ Régie par les articles L. 322-1 à L. 322-4 du code monétaire et financier.

cautions¹. Il est dirigé par un directoire agissant sous le contrôle d'un conseil de surveillance. Les statuts du Fonds sont en outre fixés par plusieurs règlements du Comité de la réglementation bancaire et financière (CRBF), et un règlement intérieur complète ce dispositif statutaire.

Les différents mécanismes de garantie du Fonds sont financés par des **cotisations** versées par les établissements de crédit adhérents². A titre d'exemple, le montant global de chaque cotisation annuelle au mécanisme de garantie des dépôts a été fixé par le règlement n° 2002-11 du CRBF à 150 millions d'euros pour les années 2003 à 2006.

B. L'INTERVENTION PRÉVENTIVE DU FONDS

Aux termes du II de l'article L. 312-5 du code monétaire et financier, le fonds de garantie des dépôts peut intervenir auprès d'un établissement de crédit « ***dont la situation laisse craindre à terme une indisponibilité des dépôts ou autres fonds remboursables, compte tenu du soutien dont il peut, par ailleurs, bénéficier*** ». Les articles L. 322-2 et L. 313-50 du code monétaire et financier prévoient, respectivement, un dispositif semblable pour le mécanisme de garantie des titres et pour celui des cautions. L'objectif poursuivi est d'éviter qu'un établissement de crédit ne puisse continuer à exercer son activité et à concurrencer les autres établissements, alors qu'il aura été renfloué grâce à la solidarité de place.

Cette intervention préventive se distingue de la mise en œuvre curative des mécanismes de garantie du fonds, qui a lieu lorsque la Commission bancaire constate qu'un établissement de crédit n'est plus en mesure de restituer, immédiatement ou à terme rapproché, les fonds, instruments financiers ou dépôts qu'il a reçus du public dans les conditions législatives, réglementaires ou contractuelles applicables à leur restitution, ou d'honorer, immédiatement ou à terme rapproché, les engagements de caution exigés par un texte législatif ou réglementaire, et au profit de personnes physiques ou morales de droit privé.

La différence entre les modes d'intervention tient également à ce que celle à titre préventif constitue un soutien financier à l'établissement de crédit, de sorte que tous les clients bénéficient de l'intervention sans exclusion ni

¹ Régie par les articles L. 313-50 et L. 313-51 du code monétaire et financier.

² Pour le mécanisme de garantie des dépôts, il s'agit des établissements de crédit ayant leur siège social en France métropolitaine, dans les DOM et dans la Principauté de Monaco, et des succursales d'établissements de crédit ayant leur siège social dans un Etat non membre de l'Espace Economique Européen. Ces adhérents doivent avoir été agréés par le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement. La succursale établie en France métropolitaine et dans les DOM d'un établissement de crédit ayant son siège social dans un Etat de l'Espace Economique Européen peut, dans la mesure où le système de garantie du pays d'origine est moins favorable, adhérer à titre complémentaire au Fonds de garantie des dépôts français.

limitation, alors que l'intervention à titre curatif se limite à une indemnisation plafonnée des déposants.

L'intervention préventive est subordonnée à une proposition de la Commission bancaire. Le fonds de garantie des dépôts demeure toutefois libre d'accepter ou de refuser d'intervenir. S'il accepte d'intervenir, il définit, après avis de la Commission bancaire, les conditions de son intervention. Aux termes du II de l'article L. 312-5 précité, le fonds peut ainsi subordonner cette intervention à « *la cession totale ou partielle de l'établissement de crédit ou à l'extinction de son activité, notamment par la cession de son fonds de commerce* ». Il peut également se porter acquéreur des actions d'un établissement de crédit ou, avec l'accord de l'organe central d'un réseau, des parts sociales d'un affilié à ce dernier.

La décision d'intervenir à titre préventif est prise par le conseil de surveillance du fonds de garantie, sur un rapport présenté par le directoire. Ce dernier peut mandater une mission d'audit, s'il l'estime nécessaire pour préparer son rapport.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

A l'initiative de notre collègue député Jérôme Chartier, rapporteur pour avis de la commission des finances, et avec l'avis favorable du gouvernement, l'Assemblée nationale a adopté le présent article, tendant à compléter le II de l'article L. 312-5 du code monétaire et financier, relatif à l'intervention préventive du fonds de garantie.

Dans ce cadre juridique, le fonds de garantie intervient en amont des procédures judiciaires que sont le redressement et la liquidation – auxquelles ressortit l'intervention curative – et **peut donc se substituer ou, le cas échéant, compléter les procédures nouvelles de conciliation et de sauvegarde applicables à un établissement de crédit.**

Dans un souci de précision et de coordination avec certains des nouveaux dispositifs prévus par le présent projet de loi, le présent article introduit donc deux dispositions :

- il prévoit que « *les sommes versées par le fonds de garantie dans le cadre de l'intervention préventive sont payées par privilège à toutes créances préalables* ». **Il s'agit de faire bénéficier le fonds du privilège de l' « argent frais »**, prévu par l'article 8 du présent projet de loi (cf. commentaire de cet article), pour les nouveaux concours qu'il octroie à un établissement de crédit qui connaît des difficultés de la nature mentionnée au II de l'article L. 312-5 précité (cf. *supra*). Selon les dispositions du nouvel article L. 622-15 du code de commerce, introduit par l'article 34 du présent projet de loi, le fonds sera

donc payé par privilège, en cas de procédure collective, sur les créances postérieures, après le « super privilège » dont bénéficient les salariés au titre des dispositions des articles L. 143-10, L. 143-11, L. 742-6 et L. 751-15 du code du travail ;

- par coordination avec les dispositions initialement prévues par l'article 8 du présent projet de loi, il prévoit une **limitation de responsabilité du fonds pour « soutien abusif » au titre de ces concours**, en disposant qu'il ne peut « être tenu responsable des préjudices subis du fait des concours consentis au titre de cette intervention préventive », sauf dans les cas de fraude ou de comportement manifestement abusif. La formulation de ces deux exceptions constitutives d'une faute est toutefois conforme à celle qui était proposée par l'article 8 du projet de loi initial pour le second alinéa de l'article L. 611-11 du code de commerce (cf. commentaire de l'article 8), mais **n'est pas cohérente avec les modifications introduites par l'Assemblée nationale**, et en particulier avec l'introduction d'un nouvel article 142 *bis* (cf. commentaire y afférent), tendant à préciser les conditions de recevabilité de la responsabilité des créancier au regard du soutien abusif.

Aux termes du texte proposé par cet article pour l'article L. 650-1 du code de commerce, la responsabilité des créanciers, au regard des préjudices subis du fait des concours qu'ils consentent, n'est retenue que dans les cas de **fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur** et prise de **garanties disproportionnées**.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Votre commission des finances est favorable aux dispositions du présent article, qui traite le cas particulier des difficultés rencontrées par les établissements de crédit. Compte tenu de la nécessité d'assurer la sécurité financière des déposants, les établissements de crédit sont soumis à une réglementation spécifique et peuvent bénéficier de l'assistance financière du fonds de garantie des dépôts, représentatif de la nécessaire solidarité de place. La nature de l'intervention préventive du fonds et des concours financiers qu'il octroie légitime le fait qu'il bénéficie du même privilège que celui accordé aux autres créanciers dans le cadre d'un accord de conciliation homologué. Les concours du fonds constituent en effet de l'« argent frais », indépendant d'éventuelles créances antérieures qu'il détiendrait sur l'établissement de crédit concerné, et susceptible d'assurer la pérennité de l'activité de la banque.

Il vous propose néanmoins un **amendement** de précision et de coordination sur deux aspects :

- il convient de préciser que le privilège de paiement dont bénéficie le fonds de garantie sur toutes les créances préalables dans le cadre de son intervention préventive est celui de l' « argent frais », mentionné par l'article L. 611-11 du code de commerce, introduit par l'article 8 du présent projet de loi ;

- de même, la formulation de la limitation de responsabilité du fonds pour les préjudices subis du fait de ces nouveaux concours doit être cohérente avec la nouvelle rédaction afférente au « soutien abusif » des créanciers, introduite par l'Assemblée nationale et prévue par l'article 142 *bis* du présent projet de loi. L'amendement précise donc que « *le fonds de garantie ne peut être tenu pour responsable des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf dans les cas limitativement énumérés à l'article L. 650-1 du même code* ».

Décision de la commission : votre commission vous propose d'émettre un avis favorable sur cet article ainsi modifié.

ARTICLE 185

Régime de publicité obligatoire des privilèges fiscaux et extension aux privilèges douaniers

Commentaire : le présent article propose d'aménager le régime de la publicité obligatoire des créances fiscales privilégiées et de créer un dispositif équivalent pour les privilèges douaniers.

I. LE DROIT EXISTANT

L'article 1929 *quater* du code général des impôts organise pour les privilèges fiscaux un régime de publicité qui, dans le cas où ces derniers excèdent un certain montant, est obligatoire.

A. PRINCIPES GÉNÉRAUX DE LA PUBLICITÉ DES PRIVILÈGES FISCAUX

L'article 1929 *quater* du code général des impôts confie à la diligence de l'administration chargée du recouvrement la publicité des créances privilégiées du Trésor public restant impayées par des commerçants ou des personnes morales de droit privé au titre, principalement, de l'impôt sur le revenu, de l'impôt sur les bénéfices des sociétés, de la taxe sur les salaires, de la taxe professionnelle, des taxes sur le chiffre d'affaires (dont la taxe sur la valeur ajoutée [TVA]) et des contributions indirectes. La part de la taxe professionnelle correspondant à la réduction effectuée par le redevable au titre du plafonnement en fonction de la valeur ajoutée (par application des articles 1647 B *sexies* et 1679 *quinquies* du code général des impôts) n'est cependant pas soumise à cette publicité. Suivant les dispositions réglementaires, celle-ci s'exerce par **une inscription, requise par le comptable public, au greffe du tribunal de commerce** dans le ressort duquel se trouve le principal établissement commercial de la personne physique ou le siège social de la personne morale concernée (code général des impôts, annexe II, article 396 *bis*).

En vertu d'une précision expresse du paragraphe 4 de l'article 1929 *quater*, toute somme peut être inscrite. De la sorte, l'opportunité de l'inscription est laissée, **en principe, à l'appréciation discrétionnaire de l'administration fiscale** ; elle est en tout état de cause à sa charge, et peut être requise soit à partir de la date à laquelle le redevable a encouru une majoration pour défaut de paiement en ce qui concerne les impôts directs recouverts par

les comptables de la direction générale de la comptabilité publique, soit à partir de la date à laquelle un titre exécutoire a été émis s'agissant des taxes sur le chiffre d'affaires, des contributions indirectes et des impôts directs et taxes assimilées recouverts par les comptables de la direction générale des impôts.

Les inscriptions sont soumises à une prescription quadriennale, sauf renouvellement. Suivant les dispositions réglementaires, **le soin de faire radier l'inscription d'une créance fiscale incombe au redevable**, lequel doit à cette fin présenter au greffe une attestation, établie par le comptable ayant requis l'inscription, qui constate le paiement (code général des impôts, annexe II, article 396 *bis* précité, paragraphe 6).

B. LE RÉGIME DE LA PUBLICITÉ OBLIGATOIRE DES PRIVILÈGES FISCAUX

En vertu du paragraphe 4 de l'article 1929 *quater* du code général des impôts, l'inscription est **obligatoire lorsque le cumul des créances impayées concernant un même poste comptable ou service assimilé excède 12.200 euros au dernier jour d'un trimestre civil**. Le manquement à cette obligation interdirait au Trésor public (ou à son éventuel subrogé, soumis aux mêmes formalités) d'exercer son privilège en cas de redressement ou de liquidation judiciaires du redevable.

Cette exigence de publicité **garantit que le tribunal de commerce et les tiers intéressés, dont les autres créanciers de l'entreprise en cause, soient alertés des difficultés financières de celle-ci**. Le dispositif a été instauré dès avant la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, **le législateur ayant estimé que des dettes fiscales non payées par une entreprise**, en particulier en matière de TVA, **constituaient les premiers signes révélateurs de difficultés réelles**. De la sorte, **l'obligation imposée à l'administration fiscale de faire connaître les sommes impayées les plus importantes traduit, davantage que la volonté de l'Etat de conserver un paiement prioritaire, un souci de prévention de difficultés plus graves pour les entreprises** : la subordination du maintien du privilège du Trésor public à l'effectivité de l'inscription représente, avant tout, une incitation à réaliser cette dernière.

Avant la loi n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises, **le montant des créances impayées qui conditionne l'obligation de publicité** était déterminé par un arrêté du ministre de l'économie et du ministre du budget pris après l'avis du Garde des sceaux, ministre de la justice. La loi précitée du 10 juin 1994 a **directement inscrit ce montant au paragraphe 4 de l'article 1929 quater**, le fixant à 80.000 francs. Ce seuil **a été retenu par analogie avec celui qui concerne les privilèges régis par le dispositif équivalent de publicité obligatoire prévu**

par le code de la sécurité sociale (article L. 243-5), qui procède d'une logique préventive similaire. Il est toutefois à noter que l'ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000, portant adaptation de la valeur en euros de certains montants exprimés en francs dans les textes législatifs, a « arrondi » ce montant à 12.200 euros (au lieu de 12.195,92 euros en conversion exacte), alors qu'elle a fixé à 12.000 euros le montant des cotisations, majorations et pénalités non réglées qui commande une inscription aux organismes de sécurité sociale chargés du recouvrement (principalement les URSSAF).

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Le présent article, hors les modifications apportées par l'Assemblée nationale, est divisé en deux paragraphes dont le premier propose d'aménager le régime de la publicité obligatoire des privilèges fiscaux et le second d'instaurer un dispositif similaire en ce qui concerne les privilèges douaniers.

A. L'AMÉNAGEMENT DU RÉGIME DE PUBLICITÉ OBLIGATOIRE DES PRIVILÈGES FISCAUX

Le paragraphe **I** du présent article tend à modifier le paragraphe 4 de l'article 1929 *quater* du code général des impôts.

En premier lieu, cette modification consiste à **renvoyer formellement, à nouveau, au pouvoir réglementaire** – désormais par voie de décret – **le soin de fixer le montant des créances fiscales impayées** à un même poste comptable ou service assimilé **au-delà duquel leur publicité par l'administration chargée du recouvrement est obligatoire**. Il s'agit en effet d'une disposition qui, matériellement, a toujours relevé de la compétence réglementaire au sens de l'article 37 de la Constitution.

En second lieu, la modification proposée vise à **doubler le délai d'appréciation de ce seuil, en portant au dernier jour d'un semestre civil**, au lieu d'un trimestre, **le moment où l'inscription des créances sera requise**. Cet allongement recherche la cohérence avec l'article L. 243-5 précité du code de la sécurité sociale, qui, dans sa rédaction issue de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2004 (loi n° 2003-1199 du 18 décembre 2003), prévoit que la publicité des créances impayées qui excèdent 12.000 euros intervient dans le délai de six mois suivant leur date limite de paiement (ce délai, auparavant, était fixé à trois mois).

B. LA CRÉATION D'UN RÉGIME DE PUBLICITÉ POUR LES PRIVILÈGES DOUANIERS

Le paragraphe II du présent article propose d'insérer un article 379 *bis* nouveau dans le code des douanes.

Cette disposition, *mutatis mutandis*, assure une **transposition du dispositif de publicité obligatoire de l'article 1929 *quater* du code général des impôts aux impositions et droits prévus par le code des douanes**. En effet, le champ d'application, précité, de l'article 1929 *quater* couvre tous les impôts directs ainsi que les principaux impôts indirects prévus par le code général des impôts (le recouvrement des contributions indirectes étant par ailleurs assuré, aujourd'hui, par l'administration des douanes) ; de même, l'article L. 243-5 du code de la sécurité sociale, comme on l'a vu, fixe un régime de publicité obligatoire des privilèges de la sécurité sociale. En revanche, il n'existe pas, en l'état de la législation, de dispositif équivalent pour le privilège dont bénéficient les créances douanières.

Ce privilège concerne l'ensemble des droits, confiscation, amende et restitution dont les services douaniers assurent le recouvrement au titre du code des douanes (article 379 de ce code). Il s'agit des droits de douane, de la TVA à l'importation, de la taxe générale sur les activités polluantes (TGAP), de la taxe intérieure sur les produits pétroliers (TIPP), du droit annuel sur les navires, de la taxe à l'essieu. La mesure proposée leur octroie un régime de publicité obligatoire calqué sur celui des privilèges fiscaux et qui poursuit le **même objectif d'alerte du tribunal du commerce et des tiers intéressés quant aux difficultés de l'entreprise** en cause.

De la sorte, à partir de la date à laquelle un titre exécutoire a été émis, **l'administration des douanes aura l'obligation de requérir une inscription** (à ses frais) **lorsque les sommes dues** par un commerçant ou une personne morale de droit privé **à un même poste comptable ou service assimilé dépasseront un certain seuil**. Ce dernier, en cohérence avec les propositions du paragraphe I du présent article, sera **fixé par décret et apprécié au dernier jour d'un semestre civil**. Le défaut d'inscription empêcherait le Trésor public (ou son éventuel subrogé, soumis aux mêmes exigences) d'exercer son privilège en cas de sauvegarde¹, de redressement ou de liquidation judiciaires du redevable. Or, quoique le privilège des douanes ait le dernier rang des privilèges généraux sur les meubles, il permet toutefois de mettre en place une procédure d'avis à tiers détenteur, instrument efficace de recouvrement.

¹ Le paragraphe II du présent article fait expressément mention de la nouvelle procédure collective proposée, alors que, s'agissant du régime des privilèges fiscaux aménagé par le paragraphe I, l'insertion de cette mention est assurée par le dispositif « balai » du paragraphe II de l'article 184 du projet de loi.

Contrairement aux dispositions précitées de l'article 1929 *quater* du code général des impôts, cependant, **il n'est pas prévu que les douanes puissent requérir de façon discrétionnaire l'inscription de créances** dont le cumul concernant un même poste comptable ou service assimilé ne dépasserait pas le montant réglementaire déclencheur de l'obligation de publicité.

III. LES MODIFICATIONS APPORTÉES PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE

L'Assemblée nationale a introduit deux séries de modifications au dispositif proposé.

A. LA RÉDUCTION DU DÉLAI DE PUBLICITÉ OBLIGATOIRE DES PRIVILÈGES FISCAUX ET DOUANIERS

Sur la proposition de notre collègue député Xavier de Roux, rapporteur de la commission des lois, l'Assemblée nationale a d'abord adopté, avec l'avis favorable du gouvernement, un amendement visant :

– d'une part, à **maintenir à trois mois** (et non six, comme le prévoyait le projet de loi initial) **le délai dans lequel l'administration fiscale doit requérir l'inscription de ses créances privilégiées** en cas de publicité rendue obligatoire par l'article 1929 *quater* du code général des impôts ;

– d'autre part, de façon cohérente, à fixer à trois mois également (au lieu des six retenus par le projet de loi initial) le délai **dans lequel les privilèges douaniers devront être inscrits** conformément au futur article 379 *bis* du code des douanes proposé.

B. LA MISE À LA CHARGE DE L'ADMINISTRATION DE LA RADIATION DES INSCRIPTIONS DE PRIVILÈGES DEVENUES SANS OBJET

L'Assemblée nationale a également adopté, avec l'avis favorable du gouvernement et de la commission des lois, deux autres amendements de notre collègue député Xavier de Roux :

– le premier, insérant un paragraphe I *bis* au présent article, concerne le dispositif de publicité obligatoire des créances fiscales privilégiées prévu par l'article 1929 *quater* du code général des impôts ;

– le second, insérant un nouvel alinéa dans le paragraphe II du présent article, vise le dispositif équivalent pour les privilèges douaniers proposé avec l'introduction d'un article 379 *bis* dans le code des douanes.

L'un et l'autre de ces amendements, rédigés en des termes identiques, tendent à mettre à **la charge des administrations respectivement concernées**, au lieu du redevable comme c'est actuellement le cas (code général des impôts, annexe II, article 396 *bis*, paragraphe 6 précité) **le soin de demander au greffe, dans le délai d'un mois, la radiation des inscriptions devenues sans objet**, dès lors que le débiteur s'est acquitté de sa dette.

IV. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

A. UN UTILE PERFECTIONNEMENT DES INSTRUMENTS DE PRÉVENTION DES DIFFICULTÉS DES ENTREPRISES

Votre commission des finances approuve, de manière globale, les mesures proposées par le présent article, qui tendent à perfectionner les instruments d'alerte, du tribunal du commerce notamment, quant aux difficultés rencontrées par les entreprises. En particulier, la création d'un dispositif de publicité obligatoire des créances douanières non réglées qui excèdent un certain montant, bien que ces impayés revêtent sans doute, le plus souvent, un caractère significatif de moindre degré que les dettes fiscales ou les arriérés de cotisations sociales, est **de nature à affiner le diagnostic porté sur la situation financière des entreprises**.

Il y a également lieu de se féliciter que la discussion du présent article par l'Assemblée nationale ait permis de **prendre davantage en compte l'importante charge de suivi administratif qui pèse sur les entreprises**. Que la loi dispose à l'avenir qu'il revient à l'administration, et non plus au redevable, de s'assurer de la radiation des inscriptions de créances devenues sans objet, allègera cette tâche ; dans la pratique, d'ailleurs, nombre d'entreprises, ignorant la réglementation, laissent persister les inscriptions de dettes pourtant acquittées. Cette disposition, qu'on peut situer dans la lignée des récentes mesures de simplification du droit et des formalités pour les entreprises (ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 prise en application de la loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit), commandera du reste au pouvoir réglementaire d'adapter les textes correspondants qui relèvent de sa compétence (et d'abord le paragraphe 6, précité, de l'article 396 *bis* de l'annexe II du code général des impôts).

B. UNE RÉDUCTION INCOHÉRENTE DU DÉLAI DE PUBLICITÉ OBLIGATOIRE DES PRIVILÈGES FISCAUX ET DOUANIERS

L'**amendement**, précité, adopté par l'Assemblée nationale sur la proposition de notre collègue député Xavier de Roux, **qui a fixé à trois mois**

le délai dans lequel les privilèges fiscaux, d'une part, et douaniers, d'autre part, doivent être inscrits le cas échéant, a été conçu par cohérence avec un autre amendement, présenté par le même auteur, qui tendait en effet, entre autres, à réduire à trois mois, au lieu des six actuellement exigés, le délai dans lequel les organismes de sécurité sociale chargés du recouvrement sont tenus, au cas prévu, de requérir l'inscription des créances non payées (article L. 243-5 précité du code de la sécurité sociale). Le but poursuivi par cette dernière proposition était d'alerter au plus tôt le tribunal de commerce et les tiers des difficultés que rencontre une entreprise et que traduisent ses impayés aux URSSAF. Cependant, **cet amendement** en référence auquel le premier a été adopté, ayant lui-même été examiné ultérieurement dans la discussion du présent projet de loi par l'Assemblée nationale, et ayant alors fait l'objet d'un avis défavorable du gouvernement, **n'a pas été adopté par l'Assemblée**. La cohérence des régimes de publicité obligatoire entre le code général des impôts et code des douanes, d'un côté, et le code de la sécurité sociale, de l'autre, recherchée par notre collègue député à rebours du projet de loi – lequel, comme on l'a vu, proposait un alignement sur le délai de six mois –, se trouve de fait malmenée.

Or, de l'avis de votre commission des finances, cette incohérence a été introduite sans profit alors que **le délai de six mois, initialement proposé** par le présent projet de loi pour l'appréciation du montant de créances au-delà duquel l'administration fiscale est tenu de requérir l'inscription – soit le doublement du délai actuel –, comme sa transposition au dispositif équivalent proposé s'agissant des privilèges douaniers, **est adapté à la nécessité de concilier l'information du tribunal de commerce et des tiers avec le souci de ne pas fragiliser inutilement, par l'effet d'une « mauvaise publicité »** entamant la confiance de ses différents partenaires, une entreprise qui ne connaîtrait de difficultés que passagères. En outre, la confidentialité de ses dettes fiscales ou douanières impayées, préservée plus longtemps, favorise le recours de l'entreprise à une éventuelle procédure de conciliation avec le Trésor public : si, en effet, cette procédure aboutit avant l'expiration du délai, les sommes en cause ne sont plus exigibles ni, partant, soumises à la publicité obligatoire à laquelle elles auraient dû donner lieu.

Ces éléments motivent l'**amendement** proposé par votre commission des finances afin de porter au dernier jour d'un semestre, au lieu d'un trimestre, le moment d'appréciation du montant des sommes, dues par un redevable à un même poste comptable ou service assimilé, au-delà duquel leur publicité par l'administration chargée du recouvrement est obligatoire.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'émettre un avis favorable sur cet article ainsi modifié.

ARTICLE 187 bis (nouveau)

Déductibilité fiscale des abandons de créances

Commentaire : le présent article, introduit par l'Assemblée nationale à l'initiative de sa commission des lois, propose de rendre fiscalement déductible tous les abandons de créances consentis ou supportés dans le cadre d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire.

I. LE DROIT EXISTANT : UNE DÉDUCTIBILITÉ LIMITÉE AUX ABANDONS DE CRÉANCES COMPENSÉS

Le paragraphe 1 de l'article 39 du code général des impôts dispose que le bénéfice net imposable est établi sous déduction de toutes charges, et dresse de ces dernières une liste non limitative qui en décrit les principaux postes (dont les frais généraux, amortissements, intérêts servis aux associés, impôts, provisions en vue de pertes ou de charges et dépenses de mécénat). **Les abandons de créances**, définis comme la renonciation volontaire à exercer les droits que confère l'existence d'une créance, ne sont pas expressément visés par cette liste. Selon la doctrine de l'administration fiscale, néanmoins, ils peuvent être considérés comme une perte, et non une libéralité, pour l'entreprise qui les consent, et par conséquent **peuvent être déduits de l'assiette de l'impôt sur les bénéfices** – en particulier, de l'assiette de l'impôt sur les sociétés –, **à la condition qu'ils constituent des « actes de gestion commerciale normale »**.

La notion d'« acte de gestion commerciale normale » fait l'objet d'une interprétation stricte. Cette qualification, dont la jurisprudence précise qu'elle doit être retenue **au regard du seul intérêt propre de l'entreprise qui décide de l'abandon**¹, est en effet subordonnée à la preuve que celui-ci trouve son **fondement dans l'existence d'une contrepartie réelle et suffisante, autre qu'une augmentation de l'actif** (en particulier, la remise de dette ainsi accordée ne doit pas correspondre à un élément du prix de revient d'une autre société). Sur la question écrite de notre collègue Paul Girod, il a de la sorte été indiqué que les remises de dettes effectuées dans le cadre de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985, relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, s'analysent comme des abandons de créances qui ne peuvent être admis en déduction des résultats de l'entreprise créancière que si ils ont été

¹ CE 1^{er} mars 2004, req. n° 237013.

consentis dans l'intérêt direct de l'exploitation de celle-ci et ont trouvé leur fondement dans l'existence d'une contrepartie réelle et suffisante¹.

Tirant les conséquences logiques de ces conditions, la jurisprudence relève que « *l'abandon de créance accordé par une entreprise au profit d'un tiers ne relève pas, en règle générale, d'une gestion commerciale normale, sauf s'il apparaît qu'en consentant de tels avantages, l'entreprise a agi dans son propre intérêt*² ». Il en va ainsi, par exemple, de l'abandon de créance réalisé en faveur d'une société cliente qui se trouve en difficulté et dont la mise en liquidation compromettrait la poursuite de l'activité de l'entreprise créancière, le montant de cette remise de dette devant toutefois rester proportionné au niveau de relations commerciales entretenues par ces entreprises entre elles. En d'autres termes, **l'abandon de créance n'est déductible que s'il est avéré comme nécessaire à assurer la pérennité de l'entreprise qui l'a effectué.**

La plupart du temps, d'ailleurs, seules sont admis comme procédant d'une « gestion normale » les abandons de créances qui bénéficient à une filiale en situation difficile ou, éventuellement, à une société sœur au sein d'un même groupe. C'est le cas, par exemple, de la remise de dettes consentie, en vue d'éviter le dépôt de bilan d'une filiale, dans le cadre d'un plan de redressement judiciaire. Hors ces hypothèses intéressant des entreprises organiquement liées, seules les entreprises confrontées à un péril commercial plus ou moins grave, du fait des difficultés que traverse une autre, peuvent procéder à la déduction des créances qu'elles ont renoncé à recouvrer auprès de cette dernière.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ : LA GÉNÉRALISATION DE LA DÉDUCTIBILITÉ EN CAS DE SAUVEGARDE OU DE REDRESSEMENT

Le présent article a été introduit par un amendement de notre collègue député Xavier de Roux, rapporteur de la commission des lois, adopté par l'Assemblée nationale avec l'avis favorable du gouvernement. Il vise à **ajouter, à la liste des charges déductibles du bénéfice imposable que dresse l'article 39, précité, du code général des impôts, la mention des abandons de créances consentis ou supportés dans le cadre d'un redressement judiciaire ou de la future procédure de sauvegarde** instaurée par le présent projet de loi.

Cette proposition tend à rendre fiscalement déductible l'ensemble des abandons de créances réalisés en faveur d'une entreprise faisant l'objet d'un plan de sauvegarde ou de redressement. Elle a été formulée **en considération des décisions de remises de dettes que les comités de créanciers** – créés par

¹ JO Débats Sénat du 6 novembre 1986, p. 1.559 (question n° 1.718).

² CE 10 janvier 2005, req. n° 253490.

l'article 92 du projet de loi (futur article L. 626-27 du code de commerce), qui prévoit sous cette forme la réunion des établissements de crédits d'une part, des principaux fournisseurs d'autre part – **pourront adopter à la majorité de leurs membres**. Dans cette hypothèse, en effet, à supposer que le droit positif qu'on a rappelé demeure inchangé, **les éventuels créanciers minoritaires risqueraient de devoir supporter un abandon de créance**, décidé au profit d'une entreprise en difficulté, **sans pouvoir déduire de leur résultat imposable la perte** que cet abandon les amènerait à subir. Il n'en irait autrement que si la survie commerciale de ces créanciers eux-mêmes se trouvait liée à l'issue favorable du redressement ou de la sauvegarde de l'entreprise en difficulté et, partant, à la remise de la dette en cause – auquel cas leur non consentement à cette remise, du point de vue de la rationalité économique, n'aurait guère de sens.

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES : UNE MESURE OPPORTUNE ET ÉQUILIBRÉE

Votre commission des finances approuve la mesure proposée par le présent article, **qui s'efforce de neutraliser les conséquences injustes qu'aurait pu recéler, envers les membres minoritaires des comités de créanciers mis en place, la procédure de décision à la majorité** des remises de dettes accordées aux entreprises faisant l'objet d'un plan de sauvegarde ou d'un redressement judiciaire. Cette mesure, en même temps, contribue à **inciter les créanciers privés¹ – membres ou non des comités – aux abandons volontaires de créances**, et les en dédommage en partie.

Les sacrifices que l'intérêt économique et social général permet d'exiger, dans un dispositif qui tend à préserver le maintien en activité des entreprises en difficulté, de la part des créanciers de ces entreprises, justifient, en effet, une contrepartie. Celle qui a été retenue par l'Assemblée nationale, en l'espèce de la déductibilité fiscale des abandons de créances, constitue une solution équilibrée. D'un côté, elle permet de compenser une part de la perte nette liée, par nature, à l'abandon d'une créance – alors que cette remise de dette, comme on l'a souligné, peut être, pour les membres minoritaires d'un comité de créanciers, contrainte. De l'autre côté, néanmoins, elle **évite les écueils auxquels se serait immanquablement heurtée l'instauration, également envisageable a priori, d'un traitement fiscal préférentiel au bénéfice des créanciers minoritaires** au sein des comités. Ces écueils auraient revêtu deux aspects :

1 En ce qui concerne les créanciers publics, ils sont encouragés à consentir des remises de dettes concomitantes à celles des créanciers privés par le nouvel article L. 626-4-1 du code de commerce prévu par le présent projet de loi (cf. commentaire de l'article 72).

- d'une part, la perturbation du fonctionnement des comités de créanciers, du fait de la forme d'**encouragement à l'attentisme** qu'aurait constitué une telle mesure, nul n'ayant alors plus intérêt, en effet, à effectuer une remise volontaire de dettes ;

- d'autre part, plus généralement, une **rupture de l'égalité devant l'impôt**, entre les créanciers minoritaires et majoritaires d'un comité, mais aussi entre les créanciers membres de ce dernier et les créanciers non membres (lesquels, consultés par les comités, ne peuvent cependant demander à en faire partie selon le dispositif proposé par l'article 92 du présent projet de loi [futur article L. 626-30 du code de commerce]).

Il convient au reste de souligner que la dimension incitative de la déductibilité fiscale des abandons de créances devrait contribuer à réduire, sur ce point, les clivages majorité/minorité au sein des comités de créanciers.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'émettre un avis favorable sur cet article.

ARTICLE 188

Restitution par le comptable public de l'excédent des sommes perçues à titre provisionnel

Commentaire : le présent article vise à permettre au comptable public de restituer l'excédent des sommes encaissées par lui à titre provisionnel, afin de permettre la répartition du produit de la liquidation judiciaire.

I. LE DROIT EXISTANT

Lorsque les procédures de redressement, de liquidation judiciaire et, à l'avenir, de sauvegarde, sont engagées vis-à-vis du débiteur de la collectivité publique, le jugement d'ouverture implique en principe l'arrêt des poursuites individuelles.

Toutefois, en application de l'article L. 269 A du Livre des procédures fiscales :

« Le comptable public compétent peut pour ses créances privilégiées, dès lors qu'il les a déclarées même s'il n'est pas encore admis, exercer son droit de poursuite individuelle si le liquidateur n'a pas entrepris la liquidation des biens grevés dans le délai de trois mois à compter du jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire ».

Par ailleurs, en application de l'article L. 622-24 du code de commerce, les créanciers peuvent bénéficier du paiement d'une quote-part d'une créance définitivement admise, tout en constituant une garantie auprès d'un établissement de crédit :

« Le juge-commissaire peut, d'office ou à la demande du représentant des créanciers, du liquidateur, du commissaire à l'exécution du plan ou d'un créancier, ordonner le paiement à titre provisionnel d'une quote-part d'une créance définitivement admise ».

« Ce paiement provisionnel peut être subordonné à la présentation par son bénéficiaire d'une garantie émanant d'un établissement de crédit ».

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Le présent article prévoit la restitution, à la première demande du liquidateur, de tout ou partie des sommes perçues par le comptable public dans les deux cas évoqués ci-dessus, c'est-à-dire :

- d'une part, lorsque le comptable public a exercé le droit de poursuite individuel qui lui est reconnu par l'article L. 269 A précité ;

- d'autre part, lorsque le comptable a fait usage de l'article L. 622-24 précité, renuméroté L. 643-3 par le présent projet de loi, qui lui permet de bénéficier du paiement d'une quote-part de sa créance. Ledit article L. 643-3 est, par ailleurs, complété d'un nouvel alinéa, introduit par l'article 134 du présent projet de loi. Ce nouvel alinéa dispose que la garantie bancaire n'est pas due lorsque la demande de paiement à titre provisionnel émane des administrations financières, des organismes de sécurité sociale ou des institutions gérant l'assurance-chômage. Cette garantie devenait inutile, dans la mesure où un mécanisme de restitution est prévu par le présent article afin de permettre la répartition du produit de la liquidation.

III. LES MODIFICATIONS DE L'ASSEMBLÉE NATIONALE

A l'initiative de sa commission des lois, l'Assemblée nationale a précisé le dispositif initialement présenté par le gouvernement, sur deux points :

- en premier lieu, le dispositif de restitution a été étendu au cas du paiement provisionnel prévu par le nouvel article L. 622-8¹ du code de commerce, dans l'hypothèse d'un redressement judiciaire ou d'une sauvegarde. Ledit article prévoit un paiement provisionnel qui n'est pas subordonné à la constitution d'une garantie pour les créanciers publics, ce qui est cohérent avec le dispositif prévu par l'article 134 précité ;

¹ Le nouvel article L. 622-8 se substitue à l'article L. 621-25 du code de commerce (dans sa numérotation actuelle), en le modifiant à la marge pour qu'il s'applique dans le cas d'une procédure de sauvegarde. Ledit article L. 621-25 prévoit qu'« en cas de vente d'un bien grevé d'un privilège spécial, d'un nantissement ou d'une hypothèque, la quote-part du prix correspondant aux créances garanties par ces sûretés est versée en compte de dépôt à la Caisse des dépôts et consignations (...). Le juge-commissaire peut ordonner le paiement provisionnel de tout ou partie de leur créance aux créanciers titulaires de sûretés sur le bien. Sauf décision spécialement motivée du juge-commissaire ou lorsqu'il intervient au bénéfice du Trésor ou des organismes sociaux ou organismes assimilés, ce paiement provisionnel est subordonné à la présentation par son bénéficiaire d'une garantie émanant d'un établissement de crédit. »

- en second lieu, il a été expressément indiqué que la restitution prévue par le présent article portait sur *l'excédent* des sommes perçues à titre provisionnel par rapport aux montants résultant de la répartition des produits de la liquidation.

IV. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Le présent article tire les conséquences logiques du nouvel article L. 643-3 du code de commerce, qui exonère les comptables publics de constituer une garantie en cas d'encaissement provisionnel avant une liquidation. Il est également cohérent avec le nouvel article L. 622-8 du même code, qui prévoit un dispositif d'encaissement provisionnel dans le cadre d'une procédure de sauvegarde ou de redressement, là encore sans constitution de garantie de la part des comptables publics.

La discussion du texte à l'Assemblée nationale a utilement clarifié ce dispositif qui paraît, en l'état, satisfaisant.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'émettre un avis favorable sur cet article.

EXAMEN EN COMMISSION

Réunie le mercredi 25 mai 2005 sous la présidence de M. Jean Arthuis, président, la commission a procédé à l'examen du **rapport pour avis de M. Philippe Marini, rapporteur général**, sur le **projet de loi n° 235** (2004-2005), adopté par l'Assemblée nationale, après déclaration d'urgence, de **sauvegarde des entreprises**.

A titre liminaire, **M. Philippe Marini, rapporteur général**, a indiqué que le nombre de procédures collectives avoisinait les 50.000 chaque année, ce flux étant redevenu croissant depuis 2001, de même d'ailleurs que le flux des créations d'entreprises.

Il a rappelé que la législation française en la matière procédait de plusieurs étapes successives, les textes étant réformés ou aménagés environ tous les dix ans. Il a constaté que le présent projet de loi de sauvegarde des entreprises constituait la seconde réforme importante du cadre institué en 1984 et 1985, après la loi n° 94-475 du 10 juin 1994 qui avait d'ailleurs eu, elle aussi, pour objectif d'améliorer les procédures de prévention. Il a ensuite approuvé les orientations générales d'un texte dont il a toutefois jugé qu'il procédait davantage à des adaptations qu'à des modifications substantielles du droit des procédures collectives.

S'agissant du principal volet du projet de loi, consacré à la prévention, il a indiqué que le texte visait à améliorer la détection des difficultés, en renforçant les procédures d'alerte et en réformant le régime de publicité du retard de paiement des dettes fiscales. Au sujet de la procédure de conciliation, destinée à succéder au dispositif de règlement amiable mis en place en 1984, il a mis l'accent sur l'institution d'un nouveau privilège dit de « l'argent frais », qui constituait, selon lui, l'un des apports importants du projet de loi.

Il a ensuite évoqué la nouvelle procédure de sauvegarde, soulignant qu'il ne s'agissait pas d'un dispositif de simplification du droit existant, mais d'un nouvel « étage » à l'édifice des procédures collectives. Il a indiqué que cette procédure, qui s'apparentait à un redressement judiciaire anticipé, avait vocation à être déclenchée à la demande d'un débiteur « justifiant de difficultés susceptibles de le conduire à la cessation des paiements », et qu'elle était destinée à « 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 ». Il a ajouté que l'élaboration du plan de sauvegarde donnait lieu à la mise en place de deux comités de créanciers, ce qui renvoyait à une approche contractuelle du droit des procédures collectives, mais que cet aspect du projet de loi demeurait imparfait car le juge conservait une marge d'appréciation, dans la mesure où il lui revenait, in fine, d'arrêter le plan de sauvegarde.

S'agissant du second volet de la loi, consacré à la modernisation des procédures existantes, il a indiqué que le redressement judiciaire était renoué par l'effet de renvois à des dispositions qui concernaient la sauvegarde. Il a ajouté que la procédure de liquidation judiciaire était également réformée, par l'institution d'une procédure simplifiée dont la durée serait inférieure à un an.

Il a ensuite évoqué la réforme du régime des sanctions, ainsi que la modification du régime de la responsabilité des créanciers pour « soutien abusif » à laquelle avait procédé l'Assemblée nationale.

M. Philippe Marini, rapporteur général, a ensuite justifié le champ de la saisine de la commission des finances, qui s'étendait au droit bancaire et à la définition des responsabilités des différents acteurs de la procédure collective. A ce titre, il a indiqué qu'il s'était notamment intéressé à la question de la transparence des rémunérations des mandataires de justice, sujet sur lequel le service des études juridiques du Sénat avait adressé, à sa demande, une étude à la commission des finances.

Un large débat s'est ensuite instauré.

Remerciant M. Philippe Marini, rapporteur général, pour la qualité de son analyse, **M. Jean Arthuis, président**, a tout d'abord jugé que les finalités du texte étaient très consensuelles puisqu'il s'agissait de faire en sorte que les difficultés des entreprises soient traitées le plus en amont possible, afin de maximiser les chances de succès de la procédure.

M. Jean-Jacques Jégou a, pour sa part, estimé que le titre du projet de loi était sans doute un peu excessif eu égard à sa portée réelle. Il a mis l'accent sur la nécessité de faire œuvre pédagogique auprès des chefs d'entreprise, afin que ceux-ci soient mieux formés et mieux informés. Il a approuvé les orientations de M. Philippe Marini, rapporteur général, s'agissant des rémunérations des administrateurs et mandataires judiciaires, regrettant une trop grande proximité entre ces professions et la justice consulaire, et déplorant l'insuffisance des contrôles. Enfin, il a indiqué partager l'avis de M. Philippe Marini, rapporteur général, au sujet de la portée des décisions des comités de créanciers.

Mme Nicole Bricq s'est ensuite inquiétée des effets de la procédure de sauvegarde sur la situation des salariés, dans la mesure où cette procédure était destinée à réorganiser l'entreprise. Elle a regretté que les conditions d'ouverture de la procédure ne soient pas définies de façon plus restrictive. Elle a, par ailleurs, jugé que le texte était très déséquilibré en faveur des banquiers, ce qui risquait d'être préjudiciable aux autres créanciers, notamment l'UNEDIC. Elle a, enfin, regretté que l'étendue de la responsabilité des banques ait été restreinte lors de la discussion à l'Assemblée nationale.

M. Paul Girod a jugé nécessaire de réformer la carte judiciaire, ce qui lui semblait un préalable indispensable au renforcement de la transparence voulu par M. Philippe Marini, rapporteur général. Par ailleurs, il s'est déclaré favorable à l'assouplissement des règles de licenciement dans le cadre de la procédure de sauvegarde, afin de laisser à l'entreprise la possibilité de se réorganiser pour survivre.

M. Jean Arthuis, président, s'est demandé si les difficultés des entreprises ne provenaient pas de l'essor du crédit inter-entreprise, qui empêchait les banques de connaître la situation réelle de leurs débiteurs. Par ailleurs, il a jugé que le droit du travail constituait un frein certain à l'adaptation des entreprises aux changements de leur environnement. S'agissant des professions judiciaires, il a jugé que la transparence pouvait être un facteur de régulation efficace et qu'il fallait qu'il soit fait appel à un plus grand nombre de professionnels.

Répondant tout d'abord à M. Jean-Jacques Jégou, **M. Philippe Marini, rapporteur général**, a jugé que le titre du projet de loi constituait sans doute une commodité, qui risquait, à l'avenir, de susciter des déceptions. Il a néanmoins considéré que le texte présenté par le gouvernement était, malgré sa complexité, utile et sans aucun doute préférable au statu quo.

A l'attention de Mme Nicole Bricq, il a indiqué que l'instauration d'un nouveau privilège en faveur des banquiers était un moyen de les inciter à venir en aide aux entreprises en difficulté. Jugeant que les compromis, dans ce domaine, étaient délicats, il a estimé que les opposants à ce mécanisme devaient, à tout le moins, proposer une autre solution afin de renforcer l'efficacité des procédures. S'agissant de la situation des salariés, il s'est étonné que l'examen en première lecture à l'Assemblée nationale n'ait pas levé les craintes qui s'étaient exprimées à ce sujet.

Approuvant les propos de MM. Paul Girod et Jean-Jacques Jégou, concernant la nécessité d'améliorer l'adaptabilité du tissu économique, il a jugé que la flexibilité du droit du travail était un levier important de création d'emplois, mais que ce débat dépassait le champ du projet de loi examiné ce jour.

Répondant à M. Philippe Marini, rapporteur général, qui jugeait que la plupart des dysfonctionnements importants étaient observés dans les gros ressorts judiciaires, **M. Paul Girod** a considéré, pour sa part, que l'accumulation d'anomalies, même mineures, dans les ressorts judiciaires de petite taille, créait un climat de méfiance très regrettable à l'égard de la justice consulaire.

En ce qui concernait le crédit inter-entreprise, évoqué par M Jean Arthuis, président, **M. Philippe Marini, rapporteur général**, a estimé qu'un véritable changement des pratiques contractuelles dans ce domaine était peu

probable, tant le milieu des petites et moyennes entreprises était accoutumé à ce type de crédit qui créait une véritable culture d'interdépendance.

M. Jean Arthuis, président, a toutefois regretté le « clair-obscur » qui résultait de l'essor du crédit inter-entreprise, jugeant que les banques devraient être plus exigeantes à l'égard de leurs clients dans ce domaine.

La commission a, ensuite, procédé à l'examen des amendements présentés par **M. Philippe Marini, rapporteur général**.

Après les interventions de **MM. Gérard Longuet et Philippe Adnot**, la commission a adopté, à l'article 3, un amendement relatif au financement des groupements de prévention agréés.

Après les interventions de **Mme Nicole Bricq** et de **MM. Gérard Longuet et Jean-Jacques Jégou**, la commission a adopté un amendement à l'article 8 relatif au nouveau privilège de l'« argent frais » apporté lors d'une procédure de conciliation, et, à l'unanimité, un amendement à l'article 92 relatif aux comités de créanciers.

Après les interventions de **MM. Gérard Longuet, Jean-Jacques Jégou et Paul Girod** et de **Mme Nicole Bricq**, la commission a adopté à l'unanimité un amendement à l'article 142 bis (nouveau) relatif à la limitation de la responsabilité des créanciers pour « soutien abusif » du débiteur.

Après l'intervention de **M. Jean-Jacques Jégou**, la commission a adopté à l'unanimité un sous-amendement à l'amendement n° 155, portant article additionnel après l'article 178, présenté par M. Jean-Jacques Hyst, au nom de la commission des lois, relatif à la rémunération des auxiliaires de justice. Elle a par ailleurs donné mandat à M. Philippe Marini, rapporteur général, pour en parfaire, le cas échéant, la rédaction.

La commission a également adopté à l'unanimité deux amendements portant articles additionnels après l'article 183 bis, relatifs à la rémunération des auxiliaires de justice.

Elle a ensuite adopté un amendement à l'article 184 ter (nouveau) relatif à l'octroi du privilège de l'« argent frais » au fonds de garantie des dépôts des établissements de crédit, ainsi que, à l'unanimité, un amendement à l'article 185, relatif au régime de publicité obligatoire des privilèges fiscaux et à son extension aux privilèges douaniers.

Enfin, un large débat s'est instauré quant à l'opportunité d'adopter des dispositions modifiant le régime de la solidarité fiscale des dirigeants, et sur le régime applicable aux dirigeants de fait.

A l'issue de cet examen, **la commission a émis un avis favorable à l'adoption du projet de loi ainsi amendé.**

AMENDEMENTS ADOPTÉS PAR LA COMMISSION

ARTICLE 3

Rédiger comme suit cet article :

L'article L. 611-1 est ainsi modifié :

1°) La dernière phrase du quatrième alinéa est ainsi rédigée :

"Les groupements de prévention agréés peuvent aussi bénéficier d'aides directes ou indirectes des collectivités territoriales et des chambres de commerce et d'industrie." ;

2°) Après le quatrième alinéa , il est inséré un alinéa ainsi rédigé :

"Les groupements de prévention peuvent solliciter du fonds mentionné à l'article L. 814-7 l'attribution de subventions pour le financement, au profit de leurs adhérents, d'expertises destinées à prévenir les difficultés des entreprises. Un décret en Conseil d'Etat fixe les conditions d'application du présent alinéa."

ARTICLE 8

I. - Supprimer la dernière phrase du texte proposé par cet article pour l'article L. 611-11 du code de commerce.

II. - Compléter le texte proposé par cet article pour l'article L. 611-11 du code de commerce, par deux alinéas ainsi rédigés :

"Cette disposition ne s'applique pas aux apports consentis par les actionnaires et associés du débiteur dans le cadre d'une augmentation de capital.

"Les créanciers signataires de l'accord ne peuvent bénéficier directement ou indirectement de cette disposition au titre de leurs concours antérieurs à l'ouverture de la conciliation".

ARTICLE 92

I.- Compléter *in fine* le premier alinéa du texte proposé par cet article pour l'article L. 626-27 du code de commerce par une phrase ainsi rédigée :

Le mandataire judiciaire siège à ces deux comités avec voix consultative.

II.- Rédiger ainsi la fin de la première phrase du texte proposé par cet article pour l'article L. 626-28 du code de commerce :

... le tribunal s'assure que les intérêts des créanciers sont équitablement protégés.

ARTICLE 142 BIS

Rédiger ainsi le premier alinéa du texte proposé par cet article pour l'article L. 650-1 du code de commerce :

"*Art. L. 650-1.* - Les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf lorsqu'ils ont connaissance de la situation irrémédiablement compromise du débiteur lors de l'octroi de leurs concours, et dans les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnés à ceux-ci.

SOUS-AMENDEMENT A L'ARTICLE ADDITIONNEL APRES L'ARTICLE 178

A.- Rédiger comme suit le texte proposé par le II. de l'amendement n° 155 pour l'article L. 663-2 du code de commerce :

"*Art. L. 663-2* .- Un décret en Conseil d'Etat, pris sur le rapport du Garde des sceaux, ministre de la justice, et du ministre chargé des finances, fixe les modalités de rémunération des administrateurs judiciaires, des mandataires judiciaires, des commissaires à l'exécution du plan et des liquidateurs."

"Cette rémunération est exclusive de toute autre rémunération ou remboursement de frais au titre de la même procédure ou au titre d'une mission subséquente qui n'en serait que le prolongement."

"Lorsque la procédure est ouverte au bénéfice d'une personne dont le nombre de salariés et le chiffre d'affaires hors taxe sont supérieurs aux seuils prévus au quatrième alinéa de l'article L. 621-4, cette rémunération est établie ainsi qu'il suit :

"L'administrateur ou le mandataire judiciaire présente au tribunal de grande instance sa demande de rémunération accompagnée de tous les justificatifs utiles. Le tribunal fixe la rémunération de l'administrateur ou du mandataire judiciaire, après avis d'une commission placée auprès de la cour d'appel dont la composition et les modalités de fonctionnement sont fixées par le décret susmentionné, en tenant compte de :

"- la difficulté et la complexité du redressement ou de la liquidation ;

"- la qualité du travail accompli par l'administrateur ou le mandataire judiciaire ;

"- la préservation de l'intérêt général, liée notamment à la poursuite de l'activité et au maintien de l'emploi ;

"- la préservation des intérêts des créanciers ;

"- l'importance des diligences et moyens mis en oeuvre par l'administrateur ou le mandataire judiciaire pour accomplir sa mission.

"La décision du tribunal est susceptible d'appel ou de pourvoi en cassation de la part du débiteur, de l'administrateur ou du mandataire judiciaire, du représentant des créanciers, du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, ainsi que du ministère public. L'appel du ministère public est suspensif."

B.- Supprimer le IV. du texte de l'amendement n° 155.

C.- Compléter le texte de l'amendement n° 155 par un paragraphe additionnel ainsi rédigé :

"...- Les dispositions du premier alinéa du texte prévu par le II. pour l'article L. 663-2 du code de commerce sont applicables à compter du 1er juin 2006."

ARTICLE ADDITIONNEL APRES L'ARTICLE 183 BIS

Après l'article 183 bis, insérer un article additionnel ainsi rédigé :

L'article L. 814-6 du code de commerce est ainsi rédigé :

"Art. L. 814-6. - "Les tribunaux de commerce et les tribunaux de grande instance adressent, avant le 31 janvier de chaque année, à la commission prévue au quatrième alinéa de l'article L. 663-2, la liste des administrateurs et mandataires judiciaires désignés par eux au cours de l'année précédente, ainsi que le chiffre d'affaires et le nombre de salariés des entreprises en cause. Lorsqu'il apparaît que les mêmes professionnels ont été désignés dans une part substantielle des affaires, le tribunal doit justifier cette situation.

"La commission susmentionnée publie, avant le 31 mars de chaque année, un rapport faisant apparaître les dossiers et rémunérations attribués au cours de l'année précédente, dans le ressort de la cour d'appel, à chaque administrateur ou mandataire judiciaire."

ARTICLE ADDITIONNEL APRES L'ARTICLE 183 BIS

Après l'article 183 bis, insérer un article additionnel ainsi rédigé :

L'article L. 814-7 du code de commerce est ainsi rédigé :

"Art. L. 814-7. - La commission mentionnée à l'article précédent peut être saisie par les créanciers, les administrateurs et les mandataires judiciaires en cas de différend relatif à l'attribution d'un dossier de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires, dès la désignation des administrateurs ou mandataires judiciaires par le tribunal. Elle rend son avis dans les cinq jours de sa saisine. Cet avis est transmis au ministère public, ainsi qu'à la cour d'appel en cas d'appel du jugement de nomination de l'administrateur, du représentant des créanciers ou des liquidateurs conformément à l'article L. 661-6."

ARTICLE 184 TER

Rédiger comme suit cet article :

Le II de l'article L. 312-5 du code monétaire et financier est complété par deux alinéas ainsi rédigés :

« Les sommes versées par le fonds de garantie dans le cadre de l'intervention préventive bénéficient du privilège mentionné à l'article L. 611-11 du code de commerce.

« Le fonds de garantie ne peut être tenu pour responsable des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf dans les cas limitativement énumérés à l'article L. 650-1 du même code. »

ARTICLE 185

Dans le texte proposé par le I de cet article, pour la première phrase du 4 de l'article 1929 quater du code général des impôts, remplacer le mot :

trimestre

par le mot :

semestre

ANNEXES

1. Les défaillances d'entreprises en 2004

Statistiques par région et par tranche d'effectif en 2004

(nombre d'entreprises défaillantes)

Région	Total 2004	Sans salarié	1 à 2 salariés	3 à 5 salariés	6 à 9 salariés	10 à 49 salariés	50 à 99 salariés	100 salariés et plus
Alsace	1 244	493	356	196	91	94	11	3
Aquitaine	2 502	1 302	635	280	135	138	8	4
Auvergne	795	430	194	95	35	37	3	1
Basse-Normandie	797	423	179	86	42	51	12	4
Bourgogne	1 035	491	292	124	52	66	6	4
Bretagne	1 699	904	455	180	72	72	9	7
Centre	1 580	772	394	197	93	114	6	4
Champagne	744	297	210	94	67	64	7	5
Corse	291	132	85	40	15	19		0
Franche-Comté	781	360	221	100	46	49	4	1
Haute-Normandie	1 003	446	255	134	62	88	11	7
Ile-de-France	11 753	4 819	3 228	1 581	845	1 179	66	35
Languedoc-Roussillon	2 380	1 354	551	257	115	93	5	5
Limousin	530	281	128	51	34	29	4	3
Lorraine	1 552	662	450	215	104	102	13	6
Midi-Pyrénées	2 053	967	558	267	106	135	15	5
Nord-Pas de Calais	2 592	1 078	699	335	195	243	25	17
Pays de la Loire	1 825	906	435	211	114	139	11	9
Picardie	1 105	491	313	120	79	84	9	9
Poitou-Charentes	1 109	554	265	128	73	78	10	1
Provence alpes Côte d'Azur	5 486	2 777	1 557	598	258	279	12	5
Rhône-Alpes	4 496	1 986	1 293	578	278	314	29	18
Outre mer ou inconnue	859	423	174	119	62	76	2	3
Total France	48 211	22 348	12 927	5 986	2 973	3 543	278	156

Statistiques par âges de l'entreprise

(nombre d'entreprises défailiantes)

Age	Total 2002	Total 2003	Total 2004	Evolution 2004/2003
Moins d'un an	424	424	603	42 %
1 à 2 ans	9 581	9 406	9 741	4 %
3 à 5 ans	13 033	14 023	13 907	- 1 %
6 à 10 ans	9 657	10 128	10 451	3 %
11 à 15 ans	5 381	5 461	5 484	0 %
16 à 50 ans	5 842	6 538	7 082	8 %
51 ans et plus	46	63	61	- 3 %
Non connu	969	907	882	- 3 %

Source : Groupe Bil (Bil et D&B France)¹

¹ Le groupe BIL, issu du rapprochement entre les sociétés BIL et D&B France, collecte l'ensemble des jugements auprès des greffes des Tribunaux de commerce ou des chambres commerciales des Tribunaux d'instance ou de grande instance. Sont retenues comme défailiantes, dans les deux tableaux de la présente annexe, les entreprises ayant fait l'objet de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire directe.

2. Note du service des études juridiques du Sénat sur la rémunération des administrateurs et des mandataires judiciaires

I. La rémunération des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires : situation actuelle

1. Principes

Les administrateurs judiciaires comme les mandataires judiciaires au redressement et à la liquidation des entreprises sont rémunérés sur la base d'un tarif « à l'acte » établi par décret.

Ce décret, pris sur le fondement de l'article 37 de la loi n° 85-99 du 25 janvier 1985, en date du 27 décembre 1985 (Il s'agit aujourd'hui de l'article L.814-6 du code de commerce), a récemment été modifié par le décret n° 2004-518 du 10 juin 2004.

➤ Les administrateurs judiciaires perçoivent une rémunération constituée de quatre composantes :

- ♦ un droit fixe de 2.287 euros (article 2 du décret de 1985 modifié). Ce droit est réduit d'un tiers en cas de procédure de redressement judiciaire simplifiée. Le décret de 2004 n'a pas modifié le montant de ce droit ;

- ♦ un droit proportionnel dégressif calculé sur le montant du chiffre d'affaires (article 6 du décret). Ce droit a été très critiqué dans la mesure notamment où, fonction du chiffre d'affaires durant la période d'observation, il peut inciter à un allongement de la durée de celle-ci¹. Le décret de 2004 a procédé à une revalorisation de ce droit pour les chiffres d'affaires supérieurs à 450.000 euros.

¹ Jean-Jacques Hyest, rapport n° 180 (2001-2002) sur le projet de loi modifiant la loi n° 85-99 du 25 janvier 1985, p. 80.

Barème 1985	Calcul (€)*	Barème 2004	Calcul (€)*	Différentiel (€)
De 0 jusqu'à 152.450 € [2 %]	3.049,00	De 0 à 150.000 € [2 %]	3.000	- 49
De 152.450 jusqu'à 457.350 € [1 %]	6.098,00	Au delà de 150.000 € et jusqu'à 450.000 € [1 %]	6.000	- 98
De 457.350 jusqu'à 1.524.490 € [0,5 %]	11.433,70	Au delà de 450.000 € et jusqu'à 1.500.000 € [0,65 %]	12.825	+ 1.391,13
De 1.524.490 jusqu'à 4.573.470 € [0,2 %]	17.531,66	Au delà de 1.500.000 € et jusqu'à 4.500.000 € [0,5 %]	27.825	+ 10.293,34
Au delà de 4.573.470 € jusqu'à 40.000.000 € [0,1 %]	52.958,19	Au delà de 4.500.000 € jusqu'à 40.000.000 € [0,35 %]	152.075	+ 99.116,81

* Calcul à partir de l'élément haut de la fourchette

♦ un **droit proportionnel dégressif calculé sur le prix de cession de l'entreprise** (article 7 du décret). Ce droit a, lui aussi, fait l'objet de nombreuses critiques dans la mesure où il tendrait à privilégier les plans de cession sur les plans de continuation. Le décret de 2004 n'en a pas substantiellement modifié le calcul ;

♦ **une rémunération destinée à couvrir les frais de l'élaboration du bilan économique et social et du plan de redressement** (article 5 du décret). Cette rémunération est exprimée en taux de base et proportionnelle au nombre de salariés de l'entreprise. Elle est, en principe, d'au plus 41.400 euros. Toutefois, la rémunération obtenue par application du tarif peut être augmentée ou réduite par le président du tribunal de commerce en fonction du travail réellement effectué.

➤ Les **mandataires liquidateurs de justice** perçoivent, quant à eux, une rémunération constituée de quatre composantes :

♦ un **droit fixe** identique à celui des administrateurs judiciaires (article 12 du décret) ;

♦ un **droit fixe pour la vérification des créances autres que salariales** (article 13). Le décret de 2004 a sensiblement réévalué ce droit comme le montre le tableau suivant :

Ancien barème 1985	Calcul	Nouveau barème 2004	Calcul	Différentiel
23 € par créance dont le montant est compris entre 38 € et 152 €	23 €	30 € par créance dont le montant est compris entre 40 € et 150 €	30 €	+ 7 €
38 € par créance dont le montant est supérieur à 152 €	38 €	50 € par créance dont le montant est supérieur à 150 €	50 €	+ 12 €

♦ **un droit fixe par salarié pour la vérification des créances salariales** (article 14 du décret). Ce droit, dont le montant unitaire était, jusqu'en 2004, dégressif à mesure de l'importance de l'effectif de l'entreprise, a été redéfini. En effet, le décret de 2004 supprime toute dégressivité. Par ailleurs, le montant par salarié est substantiellement relevé. Il passe à 120 euros alors qu'il se situait auparavant dans une fourchette de 15 à 76 euros ;

Ancien barème 1985	Calcul *	Nouveau barème 2004	Calcul*	Différentiel I
Du 1 ^{er} au 9 ^e salarié : 76 € par salarié	684 €	Du 1 ^{er} au 9 ^e salarié : 120 € par salarié	1.080 €	+ 396 €
Du 10 ^e au 19 ^e salarié : 61 € par salarié	610 €	Du 10 ^e au 19 ^e salarié : 120 € par salarié	1.200 €	+ 590 €
Du 20 ^e au 49 ^e salarié : 46 € par salarié	1.380 €	Du 20 ^e au 49 ^e salarié : 120 € par salarié	3.600 €	+ 2.220 €
Du 50 ^e au 99 ^e salarié : 38 € par salarié	1.900 €	Du 50 ^e au 99 ^e salarié : 120 € par salarié	6.000 €	+ 4.100 €
Du 100 ^e au 199 ^e salarié : 30 € par salarié	300 €	Du 100 ^e au 199 ^e salarié : 120 € par salarié	12.000 €	+ 9.000 €
Du 200 ^e au 499 ^e salarié : 23 € par salarié	6.900 €	Du 200 ^e au 499 ^e salarié : 120 € par salarié	36.000 €	+ 29.100 €
Au delà du 500 ^e salarié : 15 € par salarié	7.500 €	Au delà du 500 ^e salarié : 120 € par salarié	60.000 €	+ 52.500 €

* Calcul à partir de l'élément haut de la fourchette

♦ **un droit proportionnel dégressif pour les recouvrements d'actifs** après le jugement de liquidation (article 18 du décret). Le décret de 2004 modifie légèrement le montant de ce droit, comme le montre le tableau suivant :

Barème 1985	Calcul (€)*	Barème 2004	Calcul (€)*	Différentiel
De 0 jusqu'à 15.245 € [7 %]	1.067,15	Tranche de 0 à 15.000 € [7 %]	1.050	- 17,15 €
De 15.245 jusqu'à 45.735 € [6 %]	2.896,55	Tranche au delà de 15.000 € et jusqu'à 50.000 % [6 %]	3.150	+ 253,45 €
De 45.735 jusqu'à 152.450 € [4 %]	7.165,15	Tranche au delà de 50.000 € et jusqu'à 150.000 % [4 %]	7.150	- 15,15 €
De 152.450 jusqu'à 228.675 € [2 %]	8.689,65	Tranche au delà de 150.000 € et jusqu'à 300.000 % [2 %]	10.150	+ 1.460,35 €
De 228.675 € jusqu'à 457.350 € [1 %]	10.976,64	Au delà de 300.000 € [1 %]	13.150	+ 2.173,36 €
Soit un calcul sur 5.000.000 €	56.403,14	Soit un calcul sur 5.000.000 €	60.150	+ 3.746,86 €

* Calcul à partir de l'élément haut de la fourchette

♦ enfin, il convient de relever que le décret de 2004 a supprimé une cinquième composante de la rémunération des mandataires liquidateurs de justice, à savoir le droit sur les créances contestées. L'article 15 du décret de 1985 établissait un droit de 5 % sur le montant des créances contestées. Ce droit représentait entre 15 et 20 % du chiffre d'affaires des cabinets. Il faisait l'objet de nombreuses critiques. En particulier, il encourageait la multiplication des contestations et donnait lieu à des montants excessifs.

II. Éléments statistiques

Les statistiques fournies par le ministère de la justice sont minces. Elles se résument aux deux tableaux suivants :

Administrateurs judiciaires : 117 professionnels

	2000	Évolution 2000/2001	2001
CA moyen	743.607 €	- 3,06 %	720.831 €
Charges moyennes	492.528 €	- 2,88 %	478.346 €
Résultat moyen	251.079 €	- 3,42 %	242.485 €
Rentabilité moyenne*	33,77 %	- 0,37 %	33,64 %

* rapport résultat/CA

Mandataires judiciaires : 310 professionnels

	2000	Évolution 2000/2001	2001
CA moyen	779.511 €	0,57 %	783.975 €
Charges moyennes	495.526 €	3,39 %	513.450 €
Résultat moyen	283.985 €	- 4,74 %	270.524 €
Rentabilité moyenne*	36,43 %	- 5,28 %	34,51 %

* rapport résultat/CA

On peut, par ailleurs, rappeler les statistiques contenues dans le rapport « Montebourg » sur la justice commerciale¹. Pour Paris et les Hauts-de-Seine (années 1994 à 1996), de très grandes différences, selon les cabinets, étaient perceptibles en termes de bénéfices non commerciaux :

- ♦ pour les **administrateurs judiciaires**, 2 cabinets étaient en déficit sur 37, 12 dégageaient un bénéfice annuel inférieur à 1 million de francs, 7 un bénéfice compris entre 1 et 2 millions de francs, 6 un bénéfice compris entre 2 et 5 millions de francs et 6 un bénéfice supérieur à 6 millions de francs ;

- ♦ sur 16 cabinets de **liquidateurs**, 4 déclaraient un bénéfice compris entre 1 et 2 millions de francs, 10 un bénéfice compris entre 2 et 5 millions de francs, 2 un bénéfice supérieur à 5 millions de francs.

III. Les questions soulevées par la rémunération des administrateurs judiciaires et des mandataires liquidateurs de justice

Plusieurs problèmes peuvent être relevés : le niveau de cette rémunération, sa répartition, son fondement.

1. Le niveau de la rémunération des administrateurs judiciaires et des mandataires liquidateurs de justice

Le niveau élevé des revenus de la profession est le problème généralement évoqué par les commentateurs². Cette problématique présente le mérite de la simplicité et fait l'objet d'articles de presse réguliers.

Elle fut choisie, à titre principal, par M. Arnaud Montebourg dans son rapport sur la justice commerciale précité qui consacra d'importants développements à la question.

Elle est encore retenue par le ministère de la justice qui justifie la réforme du tarif de la profession par le décret du 10 juin 2004 par la nécessité de réduire la rémunération des mandataires. Du reste, cette réforme a été perçue par de nombreux observateurs comme une revalorisation des revenus desdits mandataires.

La problématique du niveau de rémunération est directement liée à celle de l'existence d'un tarif officiel. La présence de ce tarif établi par décret donne en effet à penser que ces hauts niveaux de rémunération sont le fait des Pouvoirs publics, ce qui suscite certaines critiques.

¹ Rapport n°1038 XIe législature fait au nom de la commission d'enquête sur l'activité et le financement des tribunaux de commerce, 1998.

² Le récent article du magazine Capital de mars 2005, p. 124, n'y fait pas exception en évoquant « un métier de croquemort qui a mauvaise presse mais rapporte gros ».

Par ailleurs, comme tout tarif à l'acte, celui des administrateurs judiciaires et des mandataires liquidateurs de justice est imparfait. Il peut assez aisément faire l'objet d'une application insatisfaisante voire choquante¹. En tout état de cause, il est, par nature, avant tout quantitatif et non qualitatif. D'une certaine façon, il ne peut être satisfaisant car il ouvre droit à des rémunérations, parfois très élevées, sans prendre en considération la qualité des prestations fournies.

2. La répartition de la rémunération

Les rémunérations moyennes, on l'a vu, cachent de grandes disparités entre les professionnels concernés, ce qui pose au moins deux problèmes :

➤ En premier lieu, celui de l'équité des saisines des administrateurs judiciaires et des mandataires liquidateurs de justice. En effet, ces professionnels sont totalement dépendants du tribunal de commerce pour leur désignation (articles L.621-8 du code de commerce pour les administrateurs judiciaires, L.622-2 pour les liquidateurs judiciaires²). En la matière, plusieurs cas d'administrateurs judiciaires ou de liquidateurs judiciaires évincés des affaires ont défrayé la chronique. S'il peut exister des préférences en matière de nomination, il en va de même, semble-t-il, en ce qui concerne le niveau de fixation des rémunérations. Cela est particulièrement vrai en ce qui concerne, s'agissant des administrateurs judiciaires, la fixation des droits proportionnels au chiffre d'affaires ou au prix de cession et, s'agissant des liquidateurs judiciaires, de la fixation des droits de vérification des créances et du droit proportionnel au recouvrement d'actifs. En effet, dans tous ces cas, lorsque l'application du tarif excède un certain seuil (38.112 ou 68.602 euros selon les cas)³, la rémunération de l'auxiliaire de justice est arrêtée par le président du tribunal de commerce sur proposition du juge commissaire. Il en résulte, parfois, des conséquences lourdes et complexes.

Dans une affaire très importante mettant notamment en jeu l'assise financière de la BNP-PARIBAS, un liquidateur judiciaire qui avait obtenu des résultats exceptionnels - comme l'ont reconnu le tribunal de grande instance et la Cour d'appel de Paris - et notamment la réduction du passif du groupe de sociétés concernées de 3,3 milliards de francs à 40 millions de francs, s'est trouvé en conflit avec le président du tribunal de commerce sur le montant de la rémunération devant lui être allouée. Le liquidateur et le président du tribunal de commerce s'opposaient notoirement, par ailleurs, à propos d'autres différends. S'estimant sanctionné de façon déguisée et arbitraire, le liquidateur

¹ Dans l'affaire Montlaur, le liquidateur judiciaire avait perçu, par le biais de 244 notes d'honoraires distinctes, 5 millions de francs d'honoraires pour la contestation d'une même créance de 2,5 millions de francs.

² Nouveaux articles L.621-4 pour la procédure de sauvegarde, L.631-9 pour le redressement et L.641-1 pour la liquidation dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises.

³ Le seuil est de 38.112 euros pour le droit proportionnel au prix de cession, de 68.602 euros dans tous les autres cas.

a saisi les tribunaux civils qui lui ont accordé un surcroît de rémunération de 28 millions de francs venant s'ajouter aux 20,2 millions déjà alloués¹. Ce dossier illustre, de façon exceptionnelle, le pouvoir du président du tribunal de commerce sur le niveau de rémunération des auxiliaires de justice. Il montre aussi que les juges professionnels peuvent avoir un regard très critique sur l'usage de ce pouvoir. Il convient toutefois de noter qu'il est rare qu'un liquidateur judiciaire ose contester les décisions du président du tribunal de commerce devant la juridiction civile. Pour un contentieux judiciaire public, combien de désaccords cachés ?

➤ Le second problème, lié au premier, est celui de l'indépendance des administrateurs judiciaires et des liquidateurs de justice face aux tribunaux de commerce². Dans certains cas, et particulièrement dans les juridictions où existe une concurrence entre cabinets, on a pu relever la très grande dépendance financière des cabinets par rapport à des juges commerciaux. Cette dépendance a pu donner prise, à certaines occasions, à une accusation de soumission des administrateurs judiciaires et des liquidateurs judiciaires aux juges commerciaux³ avec tous les risques de compromissions dans le traitement de certaines procédures qui pouvaient s'ensuivre. Le Parquet de Paris a ainsi fait état d'accusations de mesures de rétorsion financières portées par des mandataires à l'encontre des juges commerciaux⁴.

Lors de l'examen des conclusions de la commission mixte paritaire sur le projet de loi modifiant la loi n° 85-99 du 25 janvier 1985 relative aux administrateurs judiciaires, aux mandataires-liquidateurs et experts en diagnostic d'entreprise, Pierre Bédier, secrétaire d'État aux programmes immobiliers de la justice, soulignait la nécessité pour la profession de recouvrer son indépendance⁵.

A l'inverse, des cas de dépendance de certains juges commerciaux par rapport aux auxiliaires de justice ont pu être relevés. On peut invoquer à l'appui de cette hypothèse, une compétence technique conjuguée à la détention des informations relatives aux entreprises et à la permanence permettant à certains administrateurs judiciaires et liquidateurs de justice de s'imposer à des juges commerciaux mal formés et peu disponibles.

¹ *Cour d'appel de Paris, Isabelle Didier, 19 décembre 2001 (n° 2001/11801).*

² *Philippe Marini, Responsabilité et transparence pour la justice consulaire, La semaine juridique, édition générale, n° 36, 2 septembre 1998.*

³ *Le cas de Mme Isabelle Didier est ici emblématique.*

⁴ *Mme Marie-José Fulgeras, chef de la section financière du Parquet de Paris, in Rapport n° 1038 fait au nom de la commission d'enquête sur l'activité et le financement des tribunaux de commerce.*

⁵ *Sénat, séance du 19 décembre 2002.*

3. Le fondement de la rémunération de l'auxiliaire de justice

En la matière, deux logiques s'opposent. Elles touchent, en réalité, à la conception que l'on se fait du rôle des administrateurs judiciaires et des liquidateurs judiciaires qui, elle-même, découle de l'idée que l'on a des finalités des procédures collectives. Rappelons, à cet égard, que ces finalités ont évolué dans le temps.

Il s'est agi, à l'origine, de punir les commerçants qui n'honoraient pas leurs engagements. Puis, la priorité retenue a été de protéger les créanciers impayés. Enfin, notamment avec la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985, le législateur a mis au cœur de ses préoccupations la survie des entreprises¹. Relevons que l'article L.620-1 du code de commerce, issu de l'article 1^{er} de la loi de 1985, retient dans l'ordre, comme objets des procédures collectives :

- ✓ le redressement de l'entreprise,
- ✓ le maintien de l'activité et de l'emploi,
- ✓ enfin l'apurement du passif.

Opérer le redressement de l'entreprise, tel est bien l'objectif premier de la loi qui, à cet effet, crée une période d'observation, ce qui la distingue nettement de la loi du 13 juillet 1967 qui la précédait et qui autorisait la liquidation immédiate de l'entreprise.

Pourtant, et au delà de l'article L.620-1 du code de commerce, une autre logique sous-tend le droit des procédures collectives et semble, aujourd'hui, le régir. La multiplicité des actes prévus, leur encadrement rigoureux, le caractère impératif des règles édictées donnent une forme pour tout dire très juridique et administrative à ces procédures. Dans cette logique, les administrateurs judiciaires et les liquidateurs de justice doivent accomplir un certain nombre d'actes, souvent obligatoires, en remplacement des mandataires sociaux. Ils sont, dans ce cadre, encadrés, guidés par les dispositions du Livre VI du code de commerce. C'est, au fond, la logique du tarif officiel édicté par décret et conçu, pour l'essentiel, comme un tarif à l'acte. Dans cette hypothèse, sont rémunérés un certain nombre d'actes sans qu'un lien logique efficace soit établi avec l'objet principal de la loi, à savoir la survie des entreprises.

Au demeurant, le principe du tarif à l'acte est bien antérieur à la loi de 1985, mais contemporain de législations très administratives et dont l'objet premier n'était pas, précisément la survie de l'entreprise. Alors que la loi de 1985 a redéfini les finalités des procédures collectives et, par conséquent, celle de la mission des administrateurs judiciaires et des liquidateurs de justice, le

¹ Cf. Yves Guyon, *Droit des affaires, tome 2, pp. 7 et suivantes.*

mode de rémunération de ces auxiliaires de justice, lui, n'a pas varié dans son principe, et a continué d'obéir essentiellement à la logique de la collation des actes et de l'inventaire des actifs permettant de préserver les intérêts des créanciers. La réforme du tarif des administrateurs judiciaires et des liquidateurs de justice, par le décret du 10 juin 2004, s'inscrit aussi dans cette perspective. C'est du moins ainsi que le ministère de la justice le présente lui-même en insistant non pas sur le fait que le nouveau tarif serait plus efficace en termes de préservation des entreprises, mais qu'il réduirait « *significativement la rémunération des mandataires* ».

Pourtant, une autre logique existe. Dans cette hypothèse, ce n'est plus la quantité d'actes effectués qui doit être rémunérée, c'est l'efficacité de ces actes en termes de survie de l'entreprise et/ou de préservation de l'intérêt général. Cet intérêt peut être fondé, soit sur la qualité de certains actifs de la société (équipements performants, personnels formés et motivés, capacité d'innovation...), soit, *in fine*, sur l'intérêt bien compris des créanciers. Cet angle d'attaque, qui correspond à l'économie générale du projet de loi sur la sauvegarde des entreprises, a été choisi à plusieurs reprises par les tribunaux lors de différends sur le montant des émoluments à verser aux administrateurs judiciaires ou aux liquidateurs de justice. A cet égard, l'affaire jugée par la Cour d'appel de Paris le 19 décembre 2001, et déjà citée, est intéressante. En effet, pour faire droit aux demandes du liquidateur judiciaire, la Cour a retenu quatre critères :

- ✓ la difficulté et la complexité du dossier,
- ✓ la qualité du travail accompli et la satisfaction des parties
- ✓ la préservation de l'intérêt des créanciers « *mais aussi de l'intérêt général* »,
- ✓ l'importance des diligences et moyens mis en œuvre.

En d'autres termes, la Cour a voulu apprécier la qualité de la prestation fournie par le liquidateur judiciaire pour évaluer le montant de sa rémunération.

IV. Pistes de réforme

1. Assurer l'indépendance des auxiliaires de justice et des tribunaux de commerce

Trois moyens peuvent être envisagés à titre principal :

a) L'information sur la répartition des dossiers

L'article 106-1 du décret n 85-1389 du 27 décembre 1985 relatif au statut des professions d'administrateur et de mandataire judiciaire dispose que le greffe du tribunal de commerce et celui du tribunal de grande instance établissent chaque semestre la liste des administrateurs judiciaires et les liquidateurs de justice désignés par la juridiction pendant cette période. Cette liste, qui est adressée au procureur de la République, comporte pour chaque professionnel :

- ✓ les dossiers attribués,
- ✓ le chiffre d'affaires,
- ✓ et le nombre de salariés de chaque entreprise concernée.

Cependant, l'équitable répartition des dossiers ne peut se juger que sur le moyen et le long terme et non pas sur six mois. Aussi pourrait-il être proposé que cette liste semestrielle procède, en sus, à un récapitulatif des dossiers confiés aux différents cabinets sur 2 ou 3 ans.

Par ailleurs, le montant de la rémunération pour les affaires clôturées, ou des acomptes pour les affaires en cours, devrait figurer parmi les informations diffusées par cette liste. Enfin, comme vous le proposiez en 1998, une commission paritaire constituée de magistrats et de mandataires pourrait, dans le ressort de chaque cour d'appel, déposer un rapport public faisant apparaître les dossiers et rémunérations attribués à chaque administrateur, liquidateur ou représentant des créanciers.

b) Instaurer un seuil maximal pour la proportion d'affaires traitées par un cabinet

Il pourrait être proposé, comme vous l'aviez fait en 1998, qu'aucun administrateur judiciaire ou liquidateur judiciaire ne puisse traiter plus d'une certaine proportion (20 à 30 %) des procédures placées sous le contrôle d'une même juridiction. Toutefois, cette limite devrait probablement être modulée en fonction du nombre d'auxiliaires de justice par juridiction et de l'activité de ces juridictions. En la matière, de grandes disparités existent. Si, en 2002, Paris a dû ouvrir 6799 procédures de redressement ou de liquidation

judiciaires, le tribunal d'Oloron-Sainte-Marie n'en a ouvert que 18, celui de Paimpol 21, celui de Millau 27....

La meilleure solution pourrait être de procéder à un regroupement de juridictions pour apprécier la part de marché des cabinets.

c) Améliorer les conditions d'attribution des dossiers

A l'heure actuelle, les dossiers sont attribués par le tribunal de commerce. Les seules contraintes pesant sur lui sont l'interdiction de désigner un parent du dirigeant de l'entreprise ainsi que la possibilité offerte au Parquet de demander la désignation de plusieurs administrateurs (cf. article L.621-8 du code de commerce).

En cas de différend sur les attributions de dossiers, le juge civil peut être saisi, mais uniquement sur décision du Parquet (article L.623-6 du code de commerce). Cette procédure est longue, lourde et complexe. Elle joue très rarement. Elle présente surtout l'inconvénient de n'intervenir qu'*a posteriori*.

Il pourrait être proposé que les attributions de dossiers, soit relèvent directement, et *a priori*, d'une commission composée, par exemple, d'un juge consulaire, d'un représentant du Parquet et d'un greffier, soit relèvent toujours du tribunal de commerce, mais après avis de cette commission. Une troisième solution serait d'ouvrir la possibilité au débiteur, aux créanciers et aux auxiliaires de justice, en sus du ministère public, de saisir cette commission pour contester *a posteriori* les attributions. Dans tous les cas, l'appréciation des attributions devrait se faire sur le plan quantitatif (nombre), mais aussi qualitatif (perspectives de rémunération).

2. Choisir un mode de rémunération fondé sur la qualité des prestations fournies par les auxiliaires¹

Plusieurs hypothèses peuvent être retenues. En 1998, vous proposiez une procédure en trois étapes :

- ♦ à l'ouverture de la procédure, un expert-comptable désigné par le tribunal de commerce et indépendant du mandataire, établirait une situation approchée de l'actif et du passif ;

- ♦ puis, un comité *ad hoc*, composé de l'expert-comptable, du juge-commissaire et du mandataire, pourrait fixer le point de départ de l'administration judiciaire ou de la liquidation ainsi qu'un délai pour l'accomplissement des diligences nécessaires ;

¹ « La première exigence est, me semble-t-il, de sortir de l'automatisme des barèmes et de trouver un moyen d'apprécier la qualité des diligences effectuées. », *Philippe Marini*, Responsabilité et transparence pour la justice consulaire, La semaine juridique, édition générale, déjà citée.

♦ la rémunération du mandataire comporterait un plancher défini par rapport à ses frais de gestion. Au delà, des compléments seraient déterminés par le tribunal de commerce sur la base des rapports établis par le comité *ad hoc*. La Cour d'appel arbitrerait les éventuels désaccords.

Ce schéma semble aujourd'hui difficilement compatible avec le projet de loi de sauvegarde des entreprises, à moins d'en modifier l'économie générale. Aussi, dans un souci de simplicité, et afin de renforcer encore l'indépendance des auxiliaires, il pourrait être ainsi proposé de confier le soin de fixer la rémunération du mandataire au tribunal de grande instance. Le juge devrait se déterminer en prenant en compte cinq critères qui pourraient être inscrits dans la loi et que la Cour d'appel de Paris a déjà dégagés dans sa jurisprudence de décembre 2001 :

- ✓la difficulté et la complexité des dossiers,
- ✓la qualité du travail accompli,
- ✓la préservation de l'intérêt général liée à la poursuite de l'activité et au maintien de l'emploi,
- ✓la préservation de l'intérêt des créanciers,
- ✓l'importance des diligences et moyens mis en œuvre.

Cette procédure, *en sortant de la logique du tarif*, présenterait au moins quatre avantages importants : elle renforcerait radicalement l'indépendance des administrateurs et mandataires, elle induirait vraisemblablement une plus grande transparence dans la détermination des rémunérations, elle fonderait le niveau de rémunération sur la qualité du travail fourni, elle se traduirait *ipso facto* par un contrôle de la rémunération par les tribunaux.

V. Le cas de l'expertise préalable

L'expertise préalable intervient avant le jugement d'ouverture d'une procédure. Autant la rémunération des administrateurs judiciaires et liquidateurs de justice est encadrée, autant celle des experts en diagnostic d'entreprises reste libre. Aucune disposition n'existe en la matière. L'article 5 du décret n° 85-1390 du 27 décembre 1985 prévoit seulement qu'une fois intervenu le jugement d'ouverture, la rémunération de l'expert peut être imputée sur celle de l'administrateur judiciaire. L'actuel projet de loi de sauvegarde des entreprises ne comble pas cette lacune.

Le souci de détecter en amont les difficultés des entreprises et de mettre en place des procédures sûres de règlement amiable des difficultés des entreprises, la création d'une procédure de sauvegarde avant la cessation des paiements sont autant d'éléments qui plaident pour le développement du rôle

des experts en diagnostic d'entreprises. Toutefois, l'expérience a montré que leur intervention lors des mesures de prévention des difficultés des entreprises (mandats *ad hoc* et règlement amiables notamment), était peu sollicitée en raison notamment de son coût, en particulier pour les petites et moyennes entreprises. La mutualisation de ce coût, et sa prise en charge, au moins partielle, par des organismes spécialisés, pourrait constituer une solution permettant son allègement pour les entreprises concernées.

Le renforcement du financement des groupements de prévention agréés par l'article 3 du projet de loi de sauvegarde des entreprises pourrait être encore accentué en prévoyant que lesdits groupements peuvent :

1. recevoir des subventions des chambres de commerce et d'industrie aux fins de financer des diagnostics d'entreprise ;

2. se voir affecter, aux mêmes fins, une part des dépôts des administrateurs et mandataires judiciaires recueillis par la Caisse des dépôts et consignations.