

L'OUVERTURE DE LA PROCÉDURE DE SAUVEGARDE

Claudine ALEXANDRE-CASELLI

Rédacteur en chef de la Lettre de l'OCEC

Sandra BIENVENU

Juriste à la CCI de Paris

Aux termes de l'article L. 620-1 du Code de commerce, la sauvegarde est ouverte à tout débiteur qui, «sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter» et tend 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».

C'est en 2005, à l'occasion de la réforme de la loi traitant des difficultés des entreprises (v. loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 entrée en vigueur au 1er janvier 2006) que le législateur français a créé cette procédure, en s'inspirant de l'esprit du *chapter 11* du droit américain. Il s'agissait là d'une innovation importante dans la mesure où cette procédure rompait avec l'idée qui avait jusque là prévalu selon laquelle il fallait attendre la cessation des paiements pour obtenir du tribunal l'ouverture d'une procédure collective entraînant la suspension des poursuites à l'encontre de l'entreprise en difficulté.

De fait, la sauvegarde relève de deux logiques, qui peuvent, de prime abord, apparaître contradictoires. D'une part, elle s'inscrit dans une culture de la prévention, comme le mandat ad hoc et la conciliation, puisque la sauvegarde s'adresse au chef d'entreprise qui rencontre des difficultés sans pour autant être en cessation des paiements.

D'autre part, elle est une procédure collective, au même titre que le redressement ou la liquidation judiciaire, ce qui implique une absence de confidentialité mais permet aussi au débiteur, en se mettant sous la protection du tribunal, d'être à l'abri des poursuites de ses créanciers.

Le nombre de sauvegardes ouvertes en 2006 et 2007 sur l'ensemble du territoire étant peu élevé (un millier pour les deux années, soit 1,2 % de l'ensemble des procédures collectives), le législateur est intervenu de nouveau, par l'ordonnance du 18 décembre 2008 (entrée en vigueur au 15 février 2009) pour rendre cette procédure plus attractive et corriger, trois ans après, les premières imperfections mises à jour par la pratique.

À l'occasion notamment de la crise, cet outil d'anticipation des difficultés a montré qu'il offrait une véritable solution pour les entreprises : pour peu qu'elles sollicitent la protection du tribunal avant qu'il ne soit trop tard, ce dispositif peut efficacement les aider à assainir leurs finances et à se restructurer. C'est ainsi que, le nombre d'entreprises qui ont eu recours à la sauvegarde a doublé en un an : alors que 706 procédures avaient été ouvertes en 2008, 1 415 l'ont été en 2009.

Les premières données disponibles pour 2010 semblent indiquer un net ralentissement des saisines.

ENTREPRISES CONCERNÉES

La sauvegarde est ouverte :

- ✓ aux personnes, physiques ou morales, exerçant une activité commerciale ou artisanale ;
- ✓ aux personnes morales de droit privé, même non commerçantes (sociétés civiles, associations, groupements d'intérêt économique,...) ;
- ✓ aux agriculteurs ;
- ✓ et aux personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou

règlementaire ou dont le titre est protégé (article L. 620-2 du Code de commerce).

On précisera que la loi de 2005 a étendu aux professions libérales exercées sous forme individuelle, et plus généralement aux professions indépendantes, la possibilité d'ouvrir une procédure collective, non seulement la sauvegarde mais aussi le redressement ou la liquidation judiciaire. C'était déjà le cas pour les professions exercées sous forme de société.

TRIBUNAL COMPÉTENT

Le tribunal de commerce, si le débiteur exerce une activité commerciale ou artisanale, ou le tribunal de grande instance, dans les autres cas, territorialement compétent est celui dans le ressort duquel le débiteur :

- ✓ a déclaré l'adresse de son entreprise ou de son activité, s'il s'agit d'une personne physique ;
- ✓ a immatriculé son siège, s'il s'agit d'une personne morale.

À défaut de siège en territoire français, le tribunal

compétent est celui dans le ressort duquel se situe le centre principal des intérêts de l'entreprise en France.

Toutefois, pour les personnes morales qui ont transféré leur siège dans les six mois ayant précédé la demande, le président de la juridiction dans laquelle se trouvait le siège initial demeure seul compétent. Ce délai court à compter de l'inscription modificative au registre du commerce et des sociétés du siège initial.

CONDITIONS D'OUVERTURE

L'ouverture de la sauvegarde suppose :

- ✓ d'une part, l'existence de difficultés que l'entreprise n'est pas en mesure de surmonter ;
- ✓ d'autre part, l'absence d'un état de cessation des paiements.

NOTA BENE :

Dans la mouture initiale de la loi, c'est-à-dire celle qui s'est appliquée du 1er janvier 2006 au 15 février 2009, l'entreprise devait être confrontée à des difficultés «de nature à la conduire à la cessation des paiements». Afin d'inciter les entreprises à anticiper plus en amont encore, cette partie de phrase a été supprimée par l'ordonnance de 2008.

Attention ! Une nouvelle procédure de sauvegarde ne peut être ouverte à l'égard de toute personne déjà soumise à une telle procédure, ou à une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, tant qu'il n'a pas été mis fin aux opérations du plan qui en résulte ou que la procédure de liquidation judiciaire n'a pas été clôturée.

➤ **Le demandeur doit, en premier lieu, faire état de difficultés sérieuses qu'il n'est pas en mesure de surmonter**

Les magistrats des tribunaux de commerce doivent faire preuve d'une grande prudence pour apprécier la réalité de la situation, s'assurer que les difficultés invoquées sont réelles et, partant, que la procé-

de l'entreprise est loyale à l'égard des créanciers de l'entreprise qui en demande le bénéfice.

❖ *Écarter les demandes abusives*

Il s'agit pour les magistrats de rejeter les procédures abusives par lesquelles un débiteur demanderait l'ouverture d'une sauvegarde dans le but de se soustraire à l'exécution de ses obligations contractuelles, dans un contexte où la pérennité de son entreprise n'est pas menacée.

C'est ainsi que dans l'affaire «Coeur Défense», l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris en date du 25 février 2010 rappelle fermement qu'en raison de la force obligatoire des contrats, un débiteur ne saurait demander l'ouverture d'une procédure de sauvegarde à la seule fin de faire échec à l'impossibilité juridique d'imposer unilatéralement un changement des stipulations contractuelles.

❖ *Difficultés prises en compte*

Sont prises en considération les difficultés rencontrées par l'entreprise susceptibles de l'amener ou non, à brève échéance ou de manière plus lointaine, à la cessation des paiements.

Ces difficultés peuvent être d'ordre économique, financier ou juridique, rien dans les textes ne limitant le champ des possibles.

Le plus fréquemment, sont invoquées les situations suivantes :

- des besoins non couverts par un financement adapté aux possibilités de l'entreprise ;
- un endettement excessif et/ou la nécessité d'une restructuration financière ;
- des difficultés liées à la perte de contrats ou de clients importants ;
- la disparition d'un marché ou une évolution négative prévisible de celui-ci ;
- un contentieux qui risque d'entraîner une condamnation à payer des indemnités importantes ;
- des difficultés d'ordre social...

Pour résumer, toutes les situations qui peuvent entraîner une rapide dégradation financière de l'entreprise peuvent être invoquées à l'appui d'une demande d'ouverture de la sauvegarde. Ainsi, même si l'exigence d'une perspective de cessation des paiements a été supprimée de la loi, la jurisprudence retient les difficultés qui sont suffisamment graves pour empêcher l'entreprise de poursuivre son activité.

C'est dans cette logique que les juges parisiens ont,

dans l'arrêt du 25 février 2010 précité, souligné que la demanderesse «n'a pas prétendu éprouver des difficultés à poursuivre son activité» ou encore qu'elle ne pouvait solliciter l'ouverture d'une sauvegarde «en l'absence de réelles difficultés affectant son activité», sa requête faisant «seulement état des circonstances imprévues rendant plus onéreuse» l'exécution de ses obligations contractuelles.

S'agissant des sociétés qui font partie d'un groupe, il résulte de la jurisprudence que la situation de la société débitrice qui demande l'ouverture d'une sauvegarde doit être appréciée en elle-même, c'est-à-dire sans que soient retenues les capacités financières du groupe auquel elle appartient.

❖ *Moment où l'existence des difficultés doit être apprécié*

La Cour de cassation a également été amenée à préciser que les difficultés dont il faut tenir compte sont celles qui existent au jour du jugement d'ouverture de la procédure. Cette précision interdit aux magistrats de se placer :

- au jour de la demande, qui précède le jugement d'ouverture, de quelques jours seulement en principe ;
- mais également au jour où la juridiction saisie en appel statue, parfois plusieurs mois après le jugement d'ouverture.

➤ **Le demandeur doit, en second lieu, établir qu'il n'est pas en cessation des paiements**

Les magistrats doivent non seulement s'assurer que le débiteur éprouve des difficultés sérieuses, mais également que ces dernières n'ont pas encore conduit l'entreprise à la cessation des paiements. À défaut, l'entreprise relève du redressement ou de la liquidation judiciaire, voire de la conciliation si la cessation des paiements date de moins de 45 jours (cf Mode d'emploi sur «La conciliation», Lettre de l'OCED n°32, juillet 2008).

On signalera à cet égard que la loi précise, depuis la réforme de 2008, que «le débiteur qui établit que les réserves de crédit ou les moratoires dont il bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face au passif exigible avec son actif disponible n'est pas en cessation des paiements».

La définition de la cessation des paiements ainsi modifiée contribue à élargir le champ des cas où il est possible pour le débiteur de se placer sous la protection du tribunal au titre de la sauvegarde.

SAISINE DU TRIBUNAL

❖ Auteur de la saisine

Comme pour les procédures amiables, seul le dirigeant (débiteur personne physique ou représentant légal de la personne morale) peut saisir le tribunal en vue de l'ouverture d'une sauvegarde.

Aucun créancier, aucun associé (même majoritaire), ni aucun tiers (ex. comité d'entreprise, commissaire aux comptes) ne peut l'initier. De même, le président du tribunal ne peut se saisir d'office.

La demande doit donc être adressée au tribunal compétent.

❖ Contenu de la demande

Le demandeur doit motiver sa demande, en exposant «la nature des difficultés qu'il rencontre et les raisons pour lesquelles il n'est pas en mesure de les surmonter».

La partie réglementaire du Code de commerce fixe, de manière précise, la liste des pièces et des informations que le débiteur doit fournir.

Il s'agit :

- 1°/ des comptes annuels du dernier exercice ;
- 2°/ d'un extrait d'immatriculation au RCS ou au répertoire des métiers ou, le cas échéant, du numéro unique d'identification datant du jour du dépôt ;
- 3°/ d'une situation de trésorerie de moins de 8 jours ;
- 4°/ d'un compte de résultat prévisionnel ;
- 5°/ du nombre des salariés employés à la date de la demande et du montant du chiffre d'affaires, à la date de clôture du dernier exercice comptable ;
- 6°/ de l'état chiffré des créances et des dettes

avec l'indication du nom et du domicile des créanciers ainsi que, par créancier ou débiteur, le montant total des sommes à payer et à recouvrer au cours d'une période de trente jours à compter de la demande ;

- 7°/ de l'état actif et passif des sûretés ainsi que celui des engagements hors bilan ;
- 8°/ de l'inventaire sommaire des biens du débiteur ;
- 9°/ du nom et de l'adresse des représentants du comité d'entreprise ou des délégués du personnel habilités à être entendus par le tribunal, s'ils ont déjà été désignés ;
- 10°/ d'une attestation sur l'honneur certifiant l'absence de désignation d'un mandataire ad hoc ou l'ouverture d'une conciliation dans les dix-huit mois précédant la demande ou, dans le cas contraire, d'une attestation mentionnant la date de la désignation du mandataire ad hoc ou de l'ouverture de la conciliation ainsi que l'autorité qui y a procédé ;
- 11°/ de la mention de l'ordre professionnel ou de l'autorité dont il relève, lorsque le débiteur exerce une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé ;
- 12°/ de la copie de la décision d'autorisation ou de la déclaration, lorsque le débiteur exploite une ou des installations classées, au sens du titre Ier du livre V du code de l'environnement ;
- 13°/ du nom et de l'adresse de l'administrateur judiciaire proposé, le cas échéant, à la désignation du tribunal par le débiteur.

Sur la base de l'ensemble de ces informations, les greffes ont le plus souvent établi des formulaires que l'on peut demander aux secrétariats des greffes des tribunaux de commerce ou télécharger sur leur site.

Pour la circonscription géographique de la CCIP, les greffes suivants sont compétents :

Pour le département de Paris (75)
Grefe du Tribunal de Commerce de Paris
1 quai de la corse - 75181 PARIS cedex 04
Centre d'appels : 0 891 01 75 75 (0,22 euros/mn)
<http://www.grefe-tc-paris.fr/>

Pour le département des Hauts de Seine (92)
Grefe du Tribunal de Commerce de Nanterre
4, rue Pablo Neruda - 92020 Nanterre Cedex
Tél. 01 40 97 17 17
<http://www.greffes.com/fr/accueil/>

Pour le département de Seine-Saint-Denis (93)
Grefe du Tribunal de Commerce de Bobigny
1/13 rue Michel de l'Hospital - 93008 Bobigny cedex
Tél. 08 91 01 11 11 (gratuit depuis un poste fixe)
<http://www.grefe-tc-bobigny.fr//>

Pour le département du Val de Marne (94)
Grefe du Tribunal de Commerce de Créteil
Immeuble le Pascal - 1 av du G^{al} de Gaulle - 94049 Créteil Cedex
Tél. 08 91 01 11 11 (gratuit depuis un poste fixe)
<http://www.greffes.com/fr/accueil/>

Tous les documents ainsi que le formulaire de demande doivent être datés, signés et certifiés sincères et véritables par le débiteur. Si l'un des documents ne peut être fourni partiellement ou intégralement, le débiteur doit indiquer les motifs qui empêchent cette production.

Attention ! Lors du dépôt de la demande d'ouverture, une provision d'un montant de 300 euros, à valoir sur les frais de greffe, taxe et débours, est consignée. Le paiement se fait par chèque de banque ou en espèces.

❖ *Pouvoirs d'investigation du tribunal*

Avant toute décision statuant sur l'ouverture de la procédure, le tribunal convoque et entend le débiteur, les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel ou encore toute personne dont l'audition lui paraît utile.

De plus, si le débiteur exerce une profession libé-

le soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, l'ordre professionnel ou l'autorité compétente est également entendu.

Par ailleurs, avant de statuer, le tribunal peut aussi nommer un juge en vue de recueillir toute information sur la situation financière, économique et sociale de l'entreprise. Dans ce cas, celui-ci établira un rapport qui sera déposé au greffe et communiqué par le greffier au débiteur et au ministère public. De plus, le greffier informera le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel que leurs représentants peuvent prendre connaissance du rapport au greffe.

NOTA BENE :

Il s'agit pour le tribunal d'avoir une image aussi exacte que possible de la situation économique et financière de l'entreprise et, notamment, de vérifier qu'elle n'est pas en situation de cessation des paiements.

JUGEMENT D'OUVERTURE DE LA PROCÉDURE

❖ *Publicité du jugement*

Le jugement qui ouvre la procédure de sauvegarde est notifié au débiteur dans les huit jours qui suivent son prononcé.

Par ailleurs, le greffier adresse une copie du jugement aux mandataires de justice désignés, c'est-à-dire à l'administrateur judiciaire et au mandataire judiciaire, ainsi qu'au procureur de la République.

Il adresse également une copie du jugement au trésorier payeur général (TPG) des départements dans lesquels l'entreprise a son siège et son établissement principal. Dans ce dernier cas, il s'agit d'informer par avance le TPG, qui est en même temps secrétaire de la Commission des chefs de services financiers, au cas où des demandes de délais ou de remises de dettes seraient formulées auprès des créanciers publics (cf. Mode d'emploi "Négociateur des délais ou des remises avec ses créanciers publics," Lettre de l'OCED n°34, octobre 2009).

Le jugement est publié dans le BODACC ainsi que dans un journal d'annonces légales du lieu où le débiteur a son siège.

Ces insertions précisent :

- ✓ le nom et l'adresse du débiteur (le siège ou l'adresse professionnelle, selon les cas) ;
- ✓ le numéro SIRENE ou le numéro unique d'identification ainsi que le lieu où l'immatriculation a été

faite ;

- ✓ l'activité exercée ;
- ✓ la date du jugement d'ouverture de la procédure ;
- ✓ le nom et l'adresse du mandataire judiciaire ;
- ✓ le nom et l'adresse de l'administrateur judiciaire, s'il en a été nommé un, avec mention de ses pouvoirs.

Lorsque le demandeur exerce une profession libérale organisée, une copie du jugement est également communiquée à l'ordre professionnel ou à l'autorité compétente dont il relève.

❖ *Les organes de la procédure et leur mission*

Dans le jugement d'ouverture, le tribunal désigne les organes de la procédure, au premier rang desquels figurent le juge-commissaire, l'administrateur judiciaire et le mandataire judiciaire.

☛ *LE JUGE-COMMISSAIRE*

Choisi parmi les juges consulaires, le juge-commissaire est chargé de veiller au déroulement rapide la procédure ainsi qu'à la protection des intérêts en présence.

☛ *L'ADMINISTRATEUR JUDICIAIRE*

Dans la procédure de sauvegarde, le principe est celui du non dessaisissement du chef d'entreprise : l'administration de l'entreprise reste donc assurée

par son dirigeant. Cela étant, le tribunal nomme, dans le jugement d'ouverture, un administrateur judiciaire dont la mission est de surveiller le débiteur dans sa gestion ou de l'assister pour tous les actes de gestion ou pour certains d'entre eux. À tout moment, le tribunal peut modifier la mission de l'administrateur sur la demande de celui-ci, du mandataire judiciaire ou du ministère public.

Pour rendre la sauvegarde plus attractive, l'ordonnance de 2008 a autorisé le chef d'entreprise à proposer le nom d'un administrateur à la désignation du tribunal. Cette pratique est d'autant plus opportune que l'existence de liens de confiance mutuelle est un facteur déterminant pour que l'administrateur et le chef d'entreprise puissent élaborer ensemble le bilan économique et social de l'entreprise au vu duquel le débiteur va proposer son plan de sauvegarde.

Le ministère public peut également soumettre le nom d'un mandataire judiciaire : dans ce cas, le rejet de sa proposition doit être spécialement motivé.

Lorsque la procédure est ouverte à l'égard d'un débiteur qui bénéficie ou a bénéficié d'un mandat ad hoc ou d'une procédure de conciliation dans les dix-huit mois qui précèdent, le ministère public peut en outre s'opposer à ce que le mandataire ad hoc ou le conciliateur soit désigné en qualité d'administrateur ou de mandataire judiciaire.

NOTA BENE :

La désignation d'un administrateur judiciaire est facultative pour les petites entreprises, définies comme celles dont le chiffre d'affaires hors taxes est inférieur à 3 millions d'euros et le nombre de salariés inférieur à 20. Néanmoins, jusqu'au jugement arrêtant le plan, le tribunal peut, à la demande du débiteur, du mandataire judiciaire ou du ministère public, décider de nommer un administrateur judiciaire.

☛ **LE MANDATAIRE JUDICIAIRE**

Le mandataire judiciaire désigné par le tribunal a seul qualité pour agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers. Pour cette raison, il est encore en pratique connu sous le nom de «représentant des créanciers».

Le mandataire judiciaire communique au juge-commissaire et au ministère public les observations qui lui sont transmises à tout moment de la procédure par les contrôleurs, avec lesquels il communique régulièrement.

Il est chargé d'établir la liste des créances déclarées, puis de proposer au juge commissaire de prononcer pour chacune d'entre elles leur admission au passif du débiteur, leur rejet ou leur renvoi devant la juridiction compétente.

☛ **LES CONTRÔLEURS**

Un à cinq contrôleurs sont désignés par le juge commissaire parmi les créanciers qui en font la demande. En cas de pluralité de contrôleurs, le juge-commissaire veille à ce que l'un d'eux au moins soit choisi parmi les créanciers titulaires de sûretés et qu'un autre le soit au sein des créanciers chirographaires.

Attention !

Aucun parent ou allié jusqu'au quatrième degré inclusivement du débiteur personne physique ou des dirigeants de la personne morale, ni aucune personne détenant directement ou indirectement tout ou partie du capital de la personne morale débitrice ou dont le capital est détenu en tout ou partie par cette même personne, ne peut être nommé contrôleur ou représentant d'une personne morale désignée comme contrôleur.

Lorsque le débiteur exerce une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, l'ordre professionnel ou l'autorité compétente dont, le cas échéant, il relève est d'office nommé contrôleur. Dans ce cas, le juge-commissaire ne peut désigner plus de quatre contrôleurs.

Tout créancier nommé contrôleur peut être révoqué par le tribunal à la demande du ministère public.

Les contrôleurs ont pour mission d'assister le mandataire judiciaire dans ses fonctions et le juge-commissaire dans sa mission de surveillance de l'administration de l'entreprise. Ils peuvent prendre connaissance de tous les documents transmis à l'administrateur et au mandataire judiciaire. Ils sont tenus à la confidentialité. Les fonctions de contrôleur sont gratuites.

☛ **LE REPRÉSENTANT DES SALARIÉS**

Il n'est pas désigné par le jugement d'ouverture qui se borne à «inviter» le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel à désigner un représentant parmi les salariés de l'entreprise. En l'absence de comité d'entreprise et de délégués du personnel, le représentant est élu par l'ensemble des salariés

Lorsqu'aucun représentant des salariés ne peut être

désigné ou élu, un procès-verbal de carence est établi par le débiteur.

☛ AUTRES INTERVENANTS

Si le débiteur en fait la demande, le tribunal désigne en outre, en considération de leurs attributions respectives, un commissaire-priseur judiciaire, un huissier de justice, un notaire ou un courtier en marchandises assermenté aux fins de réaliser l'inventaire. Cette désignation est seulement facultative. En effet, depuis la réforme de 2008, l'inventaire - dont l'établissement demeure obligatoire - peut être dressé par le débiteur lui-même et certifié par un commissaire aux comptes ou, à défaut, par un expert-comptable.

Le tribunal peut enfin, nommer un ou plusieurs experts en vue d'une mission spécifique qu'il détermine.

NOTA BENE :

Aucun parent ou allié, jusqu'au quatrième degré

inclusivement, du débiteur personne physique ou des dirigeants, s'il s'agit d'une personne morale, ne peut être désigné à l'une de ces fonctions, sauf dans les cas où cette disposition empêche la désignation d'un représentant des salariés.

❖ *Durée de la période d'observation*

Dans le jugement qui ouvre la sauvegarde, la durée de la période d'observation est fixée et ne peut pas excéder six mois, sauf pour les exploitations agricoles dont on ne traitera pas ici. Toutefois, elle peut être renouvelée une fois par décision motivée à la demande de l'administrateur, du débiteur ou du ministère public.

Elle peut, en outre, être exceptionnellement prolongée à la demande du procureur de la république par décision motivée du tribunal pour une nouvelle période de six mois au maximum.

Au final, la durée de la période d'observation peut donc aller jusqu'à dix-huit mois.

VOIES DE RECOURS

Le jugement statuant sur l'ouverture de la procédure de sauvegarde est susceptible d'appel et de pourvoi en cassation. Il peut également faire l'objet d'une tierce opposition.

On notera à cet égard qu'au fil de la jurisprudence, la tierce opposition a été ouverte :

- aux assureurs-crédit ;
- et aux créanciers domiciliés à l'étranger. En effet, à défaut de leur reconnaître ce pouvoir, les créanciers résidant à l'étranger seraient privés de la possibilité effective de contester la compétence des tribunaux français, dont dépend de surcroît la loi applicable à la procédure.

Le jugement statuant sur la tierce opposition est susceptible d'appel et de pourvoi en cassation de la part du tiers opposant.

Attention !

La doctrine considère que l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris du 25 février 2010 dans l'affaire «Coeur défense» généralise la recevabilité de la tierce opposition des créanciers en l'étendant aux créanciers français de l'entreprise qui a bénéficié du jugement d'ouverture de la sauvegarde.

Si elle se confirme, cette tendance jurisprudentielle fragilisera la procédure de sauvegarde, en raison de l'augmentation du risque que le jugement d'ouverture de la procédure soit finalement rétracté.

LE DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE DE SAUVEGARDE

Edmond SCHLUMBERGER

Juriste à la CCI de Paris

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE : LA PÉRIODE D'OBSERVATION

Les mesures intéressant les droits des tiers

- La situation des créanciers -
 - ❖ *Le gel de l'exercice des droits des créanciers*
 - ❖ *L'encadrement de la reconnaissance des droits des créanciers*
- La situation des salariés -
 - ❖ *Les règles concernant les créances afférentes au contrat de travail*
 - ❖ *Les garanties des salariés*
 - ❖ *Les règles de licenciement*

Les mesures intéressant la gestion de l'entreprise

- L'encadrement de l'administration de l'entreprise -
 - ❖ *Le contrôle de l'administrateur judiciaire*
 - ❖ *Le contrôle du juge-commissaire*
- Le maintien de l'activité de l'entreprise -
 - ❖ *Le maintien des contrats en cours*
 - ❖ *Le paiement des créanciers postérieurs utiles à l'entreprise*

SECONDE PARTIE : LE PLAN DE SAUVEGARDE

La préparation du plan

- Le bilan économique et social -
 - ❖ *Son élaboration*
 - ❖ *Sa communication*
- Le projet de plan de sauvegarde -
 - ❖ *Son élaboration*
 - ❖ *Les modalités d'adoption*

L'arrêt du plan

- Le jugement arrêtant le plan -
 - ❖ *Les conditions préalables*
 - ❖ *La décision du tribunal*
- Le contenu du plan -
 - ❖ *L'apurement du passif*
 - ❖ *Les effets du plan sur l'entreprise*

La création de la procédure de sauvegarde par la loi du 26 juillet 2005 a offert aux entreprises faisant face à des difficultés, qu'elles ne sont pas en mesure de surmonter, un outil appréciable pour assurer leur pérennité. Ne pouvant être déclenchée qu'en l'absence de cessation des paiements, elle s'inscrit dans une logique de prévention, au même titre que le mandat ad hoc et la conciliation. Cependant, elle constitue dans le même temps une procédure collective au sens strict du terme, qui soumet à ses règles l'ensemble des acteurs de l'entreprise concernée et est placée jusqu'à son terme sous le contrôle du juge. Son déroulement est, par conséquent, marqué par ces différents aspects, et guidé par l'objectif qui lui est assigné par la loi, à savoir « la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif ».

Dans une première phase, dénommée période d'observation, il convient de réaliser un diagnostic de la situation de l'entreprise et d'apprécier si sa survie est à terme concevable. Encore faut-il lui en donner les moyens, ce qui explique que le législateur ait prévu toute une série de règles dérogatoires au droit commun destinées à la fois à maintenir l'activité normale de l'entreprise et à permettre la recherche de remèdes à ses difficultés (première partie).

La période d'observation ne prend tout son sens qu'en tant que prélude à la seconde phase de la procédure, qui consiste à dégager des solutions prenant la forme d'un plan de sauvegarde, dont l'adoption est subordonnée à l'existence d'une possibilité sérieuse pour l'entreprise de poursuivre son activité économique. Avant d'être définitivement arrêté par le tribunal et mis à exécution, ce plan doit être négocié de concert avec les créanciers, selon des modalités qui varieront en fonction de leur identité et de l'importance de l'activité économique du débiteur (seconde partie).

PREMIÈRE PARTIE : LA PÉRIODE D'OBSERVATION

En vue de parvenir au diagnostic le plus fiable possible sur la situation du débiteur, la période d'observation implique à la fois le déclenchement d'un

ensemble de mesures intéressant les droits des tiers et l'adaptation de la gestion normale de l'entreprise pour préserver son activité.

Les mesures intéressant les droits des tiers

Pendant la période d'observation, il importe de préserver de toute atteinte le patrimoine du débiteur placé en sauvegarde. Il est donc nécessaire de fixer les droits de ses créanciers au jour du jugement

d'ouverture de la procédure. Parmi ceux-ci, les salariés bénéficient d'un traitement protecteur particulier.

- La situation des créanciers -

Les créanciers de l'entreprise en sauvegarde sont doublement affectés par le déclenchement de la procédure. Tout au long de la période d'observation l'exercice de leurs droits est gelé et leur reconnaissance de leurs droits est encadrée.

❖ *Le gel de l'exercice des droits des créanciers*

Ce gel concerne l'ensemble des créanciers dont la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture, ainsi que ceux dont la créance est née postérieurement, mais non pour les besoins du déroulement de la procédure ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur.

➤ **L'arrêt des poursuites individuelles et des voies d'exécution**

Le jugement d'ouverture de la sauvegarde interrompt toute action en justice en cours. De même, elle interdit toute action en justice nouvelle, de la part des créanciers précédemment visés, qu'ils soient chirographaires ou privilégiés, quand elles visent à la condamnation au paiement d'une somme d'argent ou à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement. Les instances en cours peuvent être reprises à l'initiative du créancier une fois que celui-ci a procédé à la déclaration de sa créance, mais elles tendront uniquement à la constatation de la créance en cause et à la fixation de son montant.

Il convient de noter que l'arrêt des poursuites individuelles bénéficie également aux personnes physiques solidairement obligées avec le débiteur, lui ayant consenti une sûreté personnelle (cautionnement ou garantie autonome) ou ayant affecté ou

cédé un bien en garantie pour son compte.

Attention !

Les actions ayant pour objet la revendication ou la restitution de meubles, soumises à des règles particulières, échappent à l'arrêt des poursuites individuelles.

En outre, le jugement d'ouverture interrompt toute procédure d'exécution en cours et en interdit toute nouvelle de la part des mêmes créanciers, tant sur les meubles que sur les immeubles du débiteur, de sorte que toutes les formes de saisies sont frappées par la mesure.

Attention !

La Cour de cassation a jugé que la saisie-attribution d'une créance à exécution successive telle que des loyers, si elle a été pratiquée à l'encontre de son titulaire avant la date du jugement d'ouverture, poursuit ses effets sur les sommes échues en vertu de cette créance après ce jugement, en dépit de la règle d'arrêt des voies d'exécution.

➤ **L'interdiction de paiement des créances**

Ce principe est le corollaire du précédent : si les créanciers ne peuvent réclamer en justice le paiement forcé de leurs créances, il en va de même pour un paiement spontané de la part du débiteur. À nouveau, la règle vise par principe tous les créanciers, chirographaires ou privilégiés, quelle que soit l'origine de leurs créances. Mais plusieurs exceptions doivent être signalées.

Ainsi, l'interdiction de paiement ne fait pas obstacle au règlement par compensation de créances dites

connexes, qu'elles proviennent d'un même contrat ou d'un même ensemble contractuel unique servant de cadre général aux relations d'affaires entre les parties.

En outre, s'agissant d'un débiteur personne physique, l'interdiction de paiement ne s'applique pas aux créances alimentaires, quelle que soit leur date de naissance.

Enfin, le juge-commissaire peut autoriser, au cas par cas, le débiteur à payer des créances antérieures pour retirer un bien retenu par le créancier, pour obtenir le retour de biens et droits transférés à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire ou pour lever l'option d'achat afférente à un contrat de crédit-bail, lorsque ces retrait, retour ou levée d'option sont justifiés par la poursuite de l'activité du débiteur.

➤ L'arrêt du cours des intérêts

Le jugement d'ouverture arrête le cours des intérêts légaux et conventionnels ainsi que de tous les intérêts de retard et majorations relatifs aux créances nées antérieurement à la date de ce jugement. La règle vise à nouveau toutes les créances quelle que soit leur nature, chirographaire ou privilégiée, et profite à tous les garants personnes physiques du débiteur.

Deux exceptions sont prévues par la loi, d'une part pour les contrats de prêts conclus pour une durée supérieure ou égale à un an, d'autre part pour les contrats assortis d'un paiement différé d'un an ou plus.

Attention !

La notion de prêt est ici entendue strictement par la Cour de cassation, elle ne recouvre donc pas le contrat de crédit-bail.

➤ L'interdiction des inscriptions

Le jugement d'ouverture interdit aux créanciers garantis d'inscrire postérieurement à la date de ce jugement une hypothèque, un gage, un nantissement ou un privilège. Suivant la même logique, les actes et les décisions judiciaires translatifs ou constitutifs de droits réels sont également interdits, à moins que ces actes n'aient acquis date certaine ou que ces décisions ne soient devenues exécutoires antérieurement au jugement d'ouverture.

La loi a cependant prévu deux exceptions à cette interdiction. En premier lieu, le Trésor public conserve son privilège pour les créances qu'il n'était pas tenu d'inscrire à la date du jugement d'ouverture et pour les créances mises en recouvrement après cette date. En second lieu, le vendeur de

fonds de commerce a toujours la possibilité d'inscrire son privilège.

❖ *L'encadrement de la reconnaissance des droits des créanciers*

Les créanciers dont l'exercice des droits est gelé sont tenus de respecter une procédure particulière pour être en mesure de participer à la procédure. Ceux qui revêtent en parallèle la qualité de propriétaire d'un bien détenu entre les mains du débiteur au moment de l'ouverture de la procédure doivent également respecter certaines formalités spécifiques pour bénéficier d'un traitement privilégié.

➤ L'admission des créances

Dans un premier temps, les créanciers doivent adresser la déclaration de leur créance au mandataire judiciaire. L'obligation vise tous les créanciers, quelle que soit la nature ou l'origine de la créance. La déclaration doit inclure tous les éléments de la créance (principal, intérêts, pénalités, majorations, accessoires) et recouvrer la totalité des sommes échues et à échoir. Elle doit intervenir dans un délai de 2 mois à compter de la publication du jugement d'ouverture au BODACC, le point de départ de ce délai étant reporté à la date de notification de l'avertissement personnel de l'ouverture de la procédure pour les créanciers titulaires d'une sûreté publiée ou liés au débiteur par un contrat publié.

Attention !

La déclaration peut être faite par tout préposé ou mandataire au choix du débiteur. Dans ce cas, la personne auteur de la déclaration doit, si elle n'est pas avocat, être munie d'un pouvoir spécial, donné par écrit, avant l'expiration du délai de déclaration. Lorsqu'elle est un préposé du débiteur, elle doit simplement être titulaire d'une délégation de pouvoirs lui permettant d'accomplir un tel acte.

Si le créancier n'a pas déclaré sa créance dans le délai requis, il est en principe forclus, de sorte que sa créance est inopposable à la procédure. Toutefois, il peut encore agir en relevé de forclusion dans un délai de 6 mois à compter de la publication de l'ouverture de la sauvegarde au BODACC ou de la réception de l'avis d'ouverture de la procédure pour les créanciers titulaires d'une sûreté publiée ou liés au débiteur par un contrat publié. Pour obtenir gain de cause, il doit établir que sa défaillance n'est pas due à son fait ou qu'elle est due à une omission volontaire du débiteur lors de l'établissement de la liste des créances faisant suite à l'ouverture de la sauvegarde.

Dans un second temps, le mandataire judiciaire ayant reçu les différentes déclarations a la charge

de vérifier l'existence et le montant des créances déclarées, puis d'en établir la liste en vue de leur admission ou de leur rejet par le juge-commissaire désigné par le tribunal. Dans le cadre de cette mission, il avise le créancier en cas de discussion sur tout ou partie d'une créance et l'invite à faire connaître ses explications.

Attention !

Le défaut de réponse du créancier dans un délai de 30 jours interdit toute contestation ultérieure de la proposition du mandataire judiciaire.

Dans un troisième temps, au vu des propositions du mandataire judiciaire, le juge-commissaire décide de l'admission ou du rejet des créances, sa décision étant portée sur l'état des créances déposé au greffe du tribunal ; elle est notifiée au débiteur et au créancier en cause. Ces derniers peuvent former un recours contre l'ordonnance du juge-commissaire dans un délai de 10 jours à compter de la notification de la décision.

➤ **Les revendications et restitutions**

Les propriétaires de biens détenus par le débiteur à l'ouverture de la sauvegarde ont la possibilité de faire reconnaître leur droit de propriété, selon des conditions strictes.

Le demandeur doit exercer son droit de revendication dans les 3 mois suivant la publication du jugement d'ouverture. La demande est adressée par lettre recommandée avec avis de réception à l'administrateur ou, à défaut, au débiteur. L'administrateur judiciaire avec l'accord du débiteur ou, à défaut, le débiteur après accord du mandataire judiciaire peut acquiescer à la demande dans le délai d'un mois à compter de la réception de la demande. En l'absence d'accord, le demandeur doit, sous peine de forclu-

sion, saisir le juge-commissaire dans un délai d'un mois à compter de l'expiration du délai de réponse.

Le bien revendiqué doit exister en nature entre les mains du débiteur. La revendication en nature peut toutefois s'exercer dans les mêmes conditions sur les biens mobiliers incorporés dans un autre bien lorsque la séparation de ces biens peut être effectuée sans dommage ou sur des biens fongibles lorsque des biens de même nature et de même qualité se trouvent entre les mains du débiteur.

Attention !

Selon la Cour de cassation, la demande de restitution de sommes d'argent ne peut être formée par voie de revendication, la seule voie ouverte au créancier étant de déclarer sa créance à la procédure. Cependant, la loi permet au propriétaire de revendiquer le prix ou la partie du prix non encore payé au débiteur en cas de revente du bien concerné.

Si la revendication est admise, l'administrateur procède à la restitution du bien à son propriétaire. Dans le cas contraire (tardiveté de la demande, forclusion ou rejet de l'action), le demandeur ne peut faire valoir que son droit de créance à la procédure, dans les conditions précédemment décrites.

Le propriétaire est dispensé de faire reconnaître son droit de propriété lorsque le contrat portant sur ce bien a fait l'objet d'une publicité. Il doit malgré tout réclamer la restitution de son bien par lettre recommandée avec avis de réception auprès de l'administrateur judiciaire ou, à défaut, du débiteur. Cette demande n'est cependant enfermée dans aucun délai, de même qu'une éventuelle action auprès du juge-commissaire si l'administrateur n'a pas répondu favorablement à la demande de restitution.

- La situation des salariés -

À côté des dispositions applicables aux créanciers, le législateur a institué, dans un but protecteur, des règles spécifiques pour les salariés. Elles concernent à la fois les créances afférentes au contrat de travail, les garanties associées à leur paiement et le licenciement des salariés.

❖ *Les règles concernant les créances afférentes au contrat de travail*

Contrairement aux autres créanciers, les salariés sont dispensés de procéder à la déclaration de leurs créances auprès du mandataire judiciaire. Il en va

de même pour les salariés licenciés avant le prononcé du jugement d'ouverture de la sauvegarde. Le mandataire judiciaire établira donc les relevés de créances salariales à partir des informations fournies par le débiteur, l'administrateur judiciaire et le représentant des salariés.

Les relevés de créances salariales sont ensuite portés sur l'état des créances déposé au greffe du tribunal. Les salariés dont la créance ne figure pas en tout ou partie sur un relevé peuvent saisir à peine de forclusion le conseil des prud'hommes dans un délai de 2 mois à compter de la publicité du relevé.

Par ailleurs, lorsque l'AGS refuse le règlement d'une créance figurant sur le relevé, elle fait connaître son refus au mandataire judiciaire, qui en informe immédiatement le représentant des salariés et le salarié concerné. Ce dernier pourra alors saisir du litige le conseil des prud'hommes.

❖ Les garanties des salariés

Les salariés bénéficient d'une double faveur pour le paiement de leurs créances. Ils jouissent, d'une part, d'un privilège de paiement par rapport aux autres créanciers et, d'autre part, d'une garantie de paiement par le régime d'assurance de l'AGS.

➤ Le privilège de paiement des salariés

Les salariés bénéficient d'un super-privilège censé leur assurer un paiement rapide et par préférence à toutes les autres créances d'une fraction de leurs créances salariales. À l'ouverture de la sauvegarde, les rémunérations de toute nature dues aux salariés pour les 60 derniers jours de travail doivent être payées nonobstant l'existence de toute autre créance privilégiée et ce, jusqu'à concurrence d'un plafond mensuel identique pour toutes les catégories de bénéficiaires. Ce plafond est fixé à deux fois le plafond retenu pour le calcul des cotisations de sécurité sociale⁽¹⁾.

Le paiement de ces créances salariales super-privilégiées doit intervenir dans les 10 jours du prononcé du jugement d'ouverture. Il est effectué, sur ordonnance du juge-commissaire, par le débiteur ou, lorsqu'il a une mission d'assistance, par l'administrateur, si le débiteur ou l'administrateur disposent des fonds nécessaires. À défaut de disponibilités, les sommes dues doivent être acquittées sur les premières rentrées de fonds enregistrées par le débiteur.

➤ La garantie du paiement des créances salariales par l'AGS⁽²⁾

L'obligation d'assurer le risque de non-paiement des sommes dues aux salariés en exécution d'un contrat de travail s'applique à tout employeur pouvant faire l'objet d'une procédure de sauvegarde, le paiement de la cotisation étant à sa charge. Le régime d'assurance est mis en oeuvre par l'AGS.

Toutefois, contrairement à ce qui se produit en cas de redressement ou de liquidation judiciaire, l'AGS ne couvre pas les sommes dues par l'employeur au jour du jugement d'ouverture de la sauvegarde, mais seulement les créances salariales résultant de la rupture des contrats de travail intervenant pendant la période d'observation. De surcroît, l'entreprise étant normalement *in bonis*, le mandataire judiciaire doit justifier que l'insuffisance des fonds disponibles est caractérisée, insuffisance dont la réalité peut être contestée par l'AGS dans un délai de 10 jours devant le juge-commissaire. Si celui-ci autorise l'avance des fonds, l'AGS verse alors au mandataire judiciaire les sommes restées impayées, lesquelles sont ensuite immédiatement allouées aux salariés concernés. L'AGS est en outre subrogée dans les droits des salariés pour lesquels elle a consenti des avances de sorte qu'elle peut demander immédiatement le remboursement des sommes avancées au débiteur⁽³⁾.

❖ Les règles de licenciement

La loi n'a prévu aucune disposition spéciale relative au licenciement pour motif économique en cas de procédure de sauvegarde. Il n'est donc pas possible pour l'employeur faisant l'objet d'une telle procédure de déroger aux contraintes afférentes au droit commun du licenciement. Si des licenciements sont cependant décidés dans le respect des conditions posées par le droit du travail, l'AGS couvrira les sommes dues au titre de la rupture des contrats de travail.

Les mesures intéressant la gestion de l'entreprise

La libre gestion de l'entreprise n'est que partiellement affectée par l'ouverture de la procédure. Durant la période d'observa-

tion, l'administration de l'entreprise est encadrée et son activité perdue par principe.

⁽¹⁾ NDLR : en mai 2011, il est de 5 892 euros par mois.

⁽²⁾ DNLR : L'AGS intervient en moyenne dans 1 procédure de sauvegarde sur 5 (au plus fort de la crise en 2009, son taux d'intervention est passé à 25 %).

⁽³⁾ NDLR : voir à ce sujet l'interview de Thierry Méteyé, Directeur de la Délégation Unédic-AGS, la Lettre de l'OCED, n°31, décembre 2007, p. 15-18.

- L'encadrement de l'administration de l'entreprise -

Bien qu'étant maintenu en place à l'occasion de l'ouverture de la sauvegarde, le chef d'entreprise est malgré tout soumis au contrôle conjugué de l'administrateur judiciaire et du juge-commissaire.

❖ *Le contrôle de l'administrateur judiciaire*

Désigné dans le jugement d'ouverture, il n'a pas pour fonction de se substituer au chef d'entreprise qui garde la maîtrise de son affaire. Il est néanmoins présent à ses côtés tout au long de la période d'observation.

Attention !

Sa nomination n'est pas obligatoire pour les entreprises dont le nombre de salariés est inférieur à 20 et le chiffre d'affaires hors taxes à 3 millions d'euros.

➤ **Les mesures conservatoires**

Dès son entrée en fonction, l'administrateur judiciaire est tenu de requérir du dirigeant ou, selon le cas, de faire lui-même tous les actes nécessaires à la conservation des droits de l'entreprise contre les débiteurs de celle-ci. Il a en particulier qualité pour inscrire au nom de l'entreprise tous hypothèques, nantissements, gages ou privilèges que le dirigeant aurait négligé de prendre ou de renouveler.

Dans l'hypothèse où les comptes annuels n'ont pas été établis convenablement, l'administrateur doit dresser un état de la situation à l'aide de tout document disponible. Il peut à cette fin requérir la remise auprès de tout tiers détenteur des documents et livres comptables en vue de leur examen.

Le débiteur doit dresser un inventaire de son patrimoine ainsi que des garanties qui le grevent, au besoin en sollicitant la nomination d'un officier public ou ministériel qui sera alors chargé de le réaliser pour son compte. Cet inventaire, complété par la mention des biens détenus par le débiteur susceptibles d'être revendiqués, est ensuite déposé au greffe et remis à l'administrateur judiciaire.

Le débiteur doit également lui communiquer un certain nombre d'informations dans le prolongement du jugement d'ouverture. Il s'agit de :

- la liste des différents établissements, du personnel et tous éléments permettant de déterminer les salaires et indemnités à payer ;
- la liste des créanciers, du montant des dettes et des principaux contrats en cours ;

- la liste des instances en cours auxquelles il est partie.

➤ **Les mesures de gestion**

Quand un administrateur est désigné, il n'assume en aucun cas la représentation de l'entreprise. Il est seulement chargé de surveiller le débiteur dans sa gestion ou de l'assister pour tous les actes de gestion ou pour certains d'entre eux.

Concrètement, quand il relève un comportement nuisible à l'intérêt de l'entreprise ou des créanciers, il est tenu d'en avertir le juge-commissaire et, éventuellement, solliciter la modification de sa mission auprès du tribunal. Par ailleurs, au titre de sa mission d'assistance, sa présence est requise aux côtés du débiteur pour les actes de gestion visés par le jugement d'ouverture. Ainsi, la mission de l'administrateur judiciaire est amenée à varier.

Enfin, si le débiteur a fait l'objet d'une interdiction d'émettre des chèques, l'administrateur judiciaire peut faire fonctionner sous sa signature les comptes bancaires ou postaux du débiteur.

❖ *Le contrôle du juge-commissaire*

Un certain nombre d'actes passés au nom de l'entreprise par le débiteur sont subordonnés à l'autorisation du juge-commissaire ; en l'absence de celle-ci, ils seront frappés de nullité.

Les actes visés sont la passation d'un acte de disposition étranger à la gestion courante, l'octroi d'une hypothèque, d'un gage ou d'un nantissement, et la conclusion d'un compromis ou d'une transaction. Pour rappel, le juge-commissaire peut également autoriser le paiement de créances antérieures, par dérogation au principe d'interdiction, pour retirer un bien retenu par le créancier, pour obtenir le retour de biens et droits transférés à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire ou pour lever l'option d'achat afférente à un contrat de crédit-bail, lorsque ces retrait, retour ou levée d'option sont justifiés par la poursuite de l'activité du débiteur.

Par ailleurs, en cas de vente d'un bien grevé d'une sûreté, le juge-commissaire peut autoriser des paiements provisionnels pour tout ou partie de leurs créances aux créanciers garantis. La provision est allouée à hauteur d'un montant non sérieusement contestable. Le paiement définitif interviendra après l'adoption du plan de sauvegarde, les fonds correspondant au prix de vente du bien étant en principe indisponibles et déposés à la Caisse des dépôts et consignations.

- Le maintien de l'activité de l'entreprise -

L'activité de l'entreprise est poursuivie pendant la période d'observation, de manière à ce que l'entreprise soit maintenue en vie et qu'un plan de sauvegarde puisse être élaboré. Les contrats en cours ont donc vocation à être poursuivis et les créanciers postérieurs au jugement d'ouverture à être payés à échéance s'ils sont utiles à l'entreprise.

❖ *Le maintien des contrats en cours*

La survenance d'une procédure de sauvegarde n'entraîne nullement cessation des différents contrats conclus par l'entreprise avant le jugement d'ouverture. Autrement dit, aucune clause de ces contrats ne peut prévoir leur résiliation ou résolution du seul fait de l'ouverture d'une telle procédure.

L'administrateur judiciaire peut donc obliger le cocontractant à poursuivre l'exécution du contrat durant la période d'observation, pour peu qu'il lui fournisse la prestation due par le débiteur au titre de la convention en cause. A défaut d'administrateur, cette faculté est exercée par le débiteur, après avis conforme du mandataire judiciaire. Le cocontractant ne peut invoquer le défaut d'exécution par le débiteur d'engagements antérieurs au jugement d'ouverture pour se dérober à ses obligations. Il peut simplement déclarer au passif de la procédure la créance correspondante.

Attention !

La jurisprudence admet qu'un concours bancaire puisse être interrompu au cours de la période d'observation, moyennant le respect d'un délai de préavis.

La continuation des contrats en cours est toutefois conditionnée à la présence des fonds nécessaires pour remplir les obligations en découlant par le débiteur. Si ces fonds sont indisponibles, l'administrateur judiciaire est tenu de mettre un terme au contrat.

En outre, le cocontractant désireux de résilier le contrat peut mettre en demeure l'administrateur de prendre position sur sa poursuite. S'il refuse expressément de continuer le contrat ou si la mise en demeure reste plus d'un mois sans réponse, la résiliation intervient de plein droit. De son côté, l'administrateur peut solliciter la résiliation du contrat par le juge-commissaire si elle est nécessaire à la sauvegarde du débiteur et ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts du cocontractant.

Enfin, en cas de défaut d'exécution du contrat poursuivi, celui-ci est résilié de plein droit et le ministère public, l'administrateur ou le mandataire judiciaire peut saisir le tribunal aux fins de mettre un terme à la période d'observation.

Les baux des immeubles affectés à l'activité de l'en-

treprise sont pour leur part soumis à un régime spécial. Ils sont réputés maintenus postérieurement au jugement d'ouverture, nonobstant toute clause contraire, et l'administrateur a seul la faculté de décider d'y mettre en terme. Le bailleur ne peut donc le mettre en demeure de prendre position. Par ailleurs, en cas de défaut de paiement des loyers afférents à une occupation postérieure au jugement d'ouverture, le bailleur ne peut agir en résiliation du bail que dans un délai de 3 mois à compter dudit jugement.

❖ *Le paiement des créanciers postérieurs utiles à l'entreprise*

Les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture sont payées à leur échéance, pour peu qu'elles soient utiles à la procédure, autrement dit qu'elles interviennent pour les besoins de son déroulement ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur. Ne sont pas concernées les créances d'indemnités dues en cas de résiliation d'un contrat régulièrement poursuivi, les créances de restitution, et plus généralement l'essentiel des créances de type délictuel.

Attention !

La date de naissance des créances est, dans ce cadre, le plus souvent appréciée par la jurisprudence à l'aune non du fait générateur de la créance, mais de sa date d'exigibilité.

Lorsque ces créances ne sont pas payées à échéance, le créancier concerné n'est pas atteint par la règle d'arrêt des poursuites individuelles, et peut en conséquence en poursuivre le recouvrement par voie d'exécution forcée.

À défaut, ces créances sont payées par privilège à toutes les autres, à l'exception du super-privilège des salariés, des frais de justice afférents au déroulement de la procédure et des créances bénéficiant du privilège de conciliation. Le paiement de ces créances se fait dans l'ordre suivant :

- créances salariales dont le montant n'a pas été avancé par l'AGS ;
- créances de prêts et de paiement différé afférentes à un contrat poursuivi ;
- autres créances selon leur rang.

Toutefois, les créances impayées perdent leur privilège si elles n'ont pas été portées à la connaissance de l'administrateur et, à défaut, du mandataire judiciaire ou, lorsque ces organes ont cessé leurs fonctions, du commissaire à l'exécution du plan ou du liquidateur, dans le délai d'un an à compter de la fin de la période d'observation.

SECONDE PARTIE : LE PLAN DE SAUVEGARDE

La procédure de sauvegarde tend à l'établissement d'un plan entre le débiteur et ses créanciers, destiné à organiser au mieux à la fois le règlement de leurs créances et la poursuite de

l'activité du débiteur. Elle suppose donc la préparation du plan durant la période d'observation, puis l'arrêt de ce plan qui marque le terme de cette période.

La préparation du plan

L'élaboration du plan de sauvegarde passe par deux étapes parallèles dans chacune desquelles l'administrateur judiciaire joue un rôle crucial. D'une part, celui-ci livre un diagnostic sur l'état de l'entreprise

par l'établissement d'un bilan économique et social. D'autre part, il apporte un concours décisif au projet de plan de sauvegarde qui sera présenté par le débiteur.

- Le bilan économique et social -

Le bilan économique et social permet d'avoir une compréhension complète de la situation de l'entreprise. Son dépôt est incontournable pour que l'on puisse apprécier si la sauvegarde est susceptible de se poursuivre.

❖ *Son élaboration*

Dès l'ouverture de la sauvegarde, l'administrateur, avec le concours du débiteur et l'assistance éventuelle d'un ou plusieurs experts, est chargé de dresser, dans un rapport, le bilan économique et social de l'entreprise. Ce dernier est complété par un bilan environnemental dans le cas où l'entreprise exploite une installation classée.

Attention !

En l'absence d'administrateur judiciaire, la loi écarte la nécessité de procéder à un bilan économique, social et environnemental, compte tenu du fait que l'activité de l'entreprise est alors limitée.

Pour élaborer ce bilan, l'administrateur judiciaire consulte notamment les représentants du personnel et le mandataire judiciaire et, au-delà, entend toute personne susceptible de l'informer sur la situation de l'entreprise, les modalités de règlement du passif et les conditions sociales de la poursuite de l'activité. Il recueille également les observations du débiteur.

Il reçoit du juge-commissaire tous renseignements et documents utiles à l'accomplissement de sa mission et de celle des experts. Cette coopération s'explique au regard de la possibilité pour le juge-commissaire d'obtenir communication des renseignements de nature à lui donner une exacte information

sur la situation économique, financière, sociale et patrimoniale du débiteur. Ces renseignements peuvent être sollicités par le juge-commissaire auprès des commissaires aux comptes, des experts-comptables, des représentants du personnel, des administrations et organismes publics, des organismes de prévoyance et de sécurité sociale, des établissements de crédit ainsi que des services chargés de centraliser les risques bancaires et les incidents de paiement.

❖ *Sa communication*

Le bilan économique et social doit permettre au juge-commissaire, au mandataire judiciaire, aux contrôleurs, au tribunal et aux candidats à une reprise partielle, de connaître les caractéristiques essentielles de l'entreprise. Le bilan précise l'origine, l'importance et la nature des difficultés de l'entreprise.

L'administrateur dépose finalement le bilan économique et social au greffe et le communique par lettre recommandée avec demande d'avis de réception aux représentants du personnel, au mandataire judiciaire, aux contrôleurs, à l'autorité administrative compétente en matière de droit du travail, au tribunal et au ministère public.

Le dépôt du bilan économique et social peut mettre fin à la période d'observation s'il révèle l'état de cessation des paiements de l'entreprise. En ce cas, l'administrateur peut proposer au tribunal de prononcer le redressement ou la liquidation judiciaire. Cette mesure peut également intervenir à l'initiative du débiteur, du mandataire judiciaire, des contrôleurs ou du ministère public.

- Le projet de plan de sauvegarde -

Le projet de plan présente un contenu strictement encadré par la loi, dans la mesure où il doit prendre en compte une pluralité d'intérêts. Son adoption impose en outre de solliciter l'approbation des créanciers, voire des associés si le débiteur est organisé en société.

❖ *Son élaboration*

Au vu du bilan économique, social et, le cas échéant, environnemental, un plan de sauvegarde est proposé par le débiteur, avec le concours de l'administrateur. Le projet de plan doit comporter un volet économique, un volet financier et un volet social et environnemental.

Le volet économique du projet recouvre les perspectives de redressement en fonction des possibilités et des modalités d'activités, de l'état du marché et des moyens de financement disponibles. Dans ce cadre, il conviendra de préciser les activités dont l'arrêt, ou plus exceptionnellement l'adjonction, est proposé.

Le volet financier indique les modalités de règlement du passif et les garanties éventuelles que le débiteur doit souscrire pour en assurer l'exécution.

Le volet social et environnemental expose et justifie le niveau et les perspectives d'emploi ainsi que les conditions sociales envisagées pour la poursuite d'activité. Lorsque le projet prévoit des licenciements pour motif économique, il rappelle les mesures déjà intervenues et définit les actions à entreprendre en vue de faciliter le reclassement et l'indemnisation des salariés dont l'emploi est menacé. Enfin, le projet tient compte des travaux recensés par le bilan environnemental.

Par ailleurs, le cas échéant, le projet recense et analyse les éventuelles offres d'acquisition présentées par des tiers, portant sur une ou plusieurs activités du débiteur. Le rôle de l'administrateur est à cet égard déterminant, puisqu'il doit s'assurer que ces offres sont conformes à la loi, sérieuses et dépourvues d'anomalies, ainsi que les comparer entre elles.

❖ *Les modalités d'adoption*

Le projet de plan ne peut être avalisé que s'il recueille l'adhésion des créanciers. La négociation avec ces derniers est en principe individuelle, mais peut recouvrir une dimension collective lorsque ces créanciers sont réunis en comités. Enfin, la recapitalisation, fréquemment nécessaire du débiteur s'il est constitué en société, impose également d'obtenir l'accord des associés.

➤ **Les propositions de règlement des dettes**

Les propositions pour le règlement des dettes sont élaborées par l'administrateur judiciaire qui les communique au mandataire judiciaire, aux contrôleurs ainsi qu'aux représentants du personnel. Elles visent pour l'essentiel à obtenir de la part des créanciers des délais et remises.

Le mandataire judiciaire doit ensuite recueillir, individuellement ou collectivement, l'accord de chaque créancier ayant déclaré sa créance. En cas de consultation écrite, le défaut de réponse dans les 30 jours de la réception de la lettre du mandataire judiciaire vaut acceptation de la proposition par le créancier.

Attention !

Pour les sociétés par actions, la loi permet désormais de proposer aux créanciers un paiement par conversion de leurs créances en titres donnant ou pouvant donner accès au capital. L'accord de chaque créancier doit alors être impérativement obtenu par écrit et ce, dans les 30 jours de la réception de la lettre du mandataire judiciaire.

S'agissant des créanciers publics, ceux-ci peuvent également accepter des remises de tout ou partie de leurs dettes. Ces remises doivent cependant intervenir dans des conditions similaires à celles que lui octroierait, dans des conditions normales de marché, un opérateur économique privé placé dans la même situation. Ainsi, elles ne sauraient être accordées si l'entreprise n'est plus viable et ne peuvent constituer un avantage économique injustifié pour le bénéficiaire. Elles sont exclues si le débiteur ou, s'il est une personne morale, ses organes ou représentants, a fait l'objet dans les 10 années précédentes d'une condamnation définitive pour travail dissimulé.

Les créanciers visés sont le fisc, les organismes de sécurité sociale, les institutions gérant le régime d'assurance chômage et les institutions de retraite complémentaire.

Attention !

Le texte réglementaire applicable ne conditionne plus les remises de dettes par les créanciers publics à un abandon concomitant des dettes privées. Il exige simplement une coordination entre les efforts des créanciers publics et ceux des autres créanciers en vue de faciliter le redressement durable de l'entreprise et permettre le recouvrement de recettes publiques futures. L'examen de la demande devra aussi prendre en compte les efforts financiers consentis par les actionnaires et les dirigeants.

Enfin, le mandataire judiciaire n'est pas tenu de consulter les créanciers pour lesquels le projet de plan ne modifie pas les modalités de paiement ou prévoit un paiement intégral en numéraire dès l'arrêt du plan ou dès l'admission de leurs créances.

➤ La consultation des comités de créanciers

Deux conditions cumulatives sont requises pour la constitution des comités de créanciers :

- les comptes du débiteur doivent être certifiés par un commissaire aux comptes ou établis par un expert-comptable ;
- le nombre de salariés employés par le débiteur à la date de l'ouverture de la procédure doit être supérieur à 150 ou le chiffre d'affaires hors taxe à la clôture du dernier exercice supérieur à 20 millions d'euros.

Toutefois, à la demande du débiteur ou de l'administrateur exclusivement, le juge-commissaire peut autoriser qu'il soit également recouru aux comités de créanciers en deçà de ces derniers seuils.

Dans l'une ou l'autre de ces hypothèses, deux comités de créanciers sont institués, regroupant respectivement les établissements de crédit et les principaux fournisseurs de biens et services.

Le premier comité rassemble l'ensemble des établissements de crédit créanciers, y compris les entités auprès desquelles le débiteur a conclu une opération de crédit, indépendamment du montant de leurs créances. Il inclut également tous les titulaires d'une créance acquise auprès de tels établissements ou d'un fournisseur de biens ou de services.

Le second comité regroupe les fournisseurs dont la créance représente plus de 3 % du total des créances des fournisseurs, à l'exclusion des collectivités territoriales et de leurs établissements publics. Ceux dont la créance n'atteint pas ce pourcentage peuvent être membres du comité s'ils le souhaitent, par acceptation écrite dans les 8 jours de leur sollicitation par l'administrateur.

Ces comités sont réunis par l'administrateur judiciaire sans délai impératif. Ils doivent cependant adopter le projet de plan dans les 6 mois de l'ouverture de la procédure. Ce projet est élaboré de concert entre le débiteur, avec le concours de l'administrateur, et tous les créanciers membres des comités, chacun d'entre eux ayant la possibilité de soumettre des propositions au débiteur et à l'administrateur. Ainsi, dans ce cadre, une véritable négociation intervient entre le débiteur et ses créanciers. Il peut inclure des délais de paiement, des remises de dettes et/ou des conversions de créances en titres donnant ou pouvant donner accès au

capital, mais aussi de nouveaux crédits ou avances. Il peut enfin établir un traitement différencié entre les créanciers si les différences de situation le justifient.

Quand le projet est arrêté, il est soumis au vote des comités dans un délai de 20 à 30 jours suivant sa transmission, délai qui peut être augmenté ou réduit à la demande du débiteur ou de l'administrateur. La décision d'adoption du projet est prise par chaque comité à la majorité des deux tiers du montant des créances détenues par les membres ayant exprimé un vote. Ne prennent toutefois pas part au vote les créanciers pour lesquels le projet de plan ne prévoit pas de modification des modalités de paiement ou prévoit un paiement intégral en numéraire dès l'arrêt du plan ou dès l'admission de leurs créances.

Attention !

Depuis la réforme de 2008, il est mis fin à la règle de majorité par nombre de créanciers, qui s'ajoutait à la majorité des deux tiers du montant des créances.

En cas de refus du plan par l'un des comités, la procédure d'élaboration du plan est reprise selon la voie normale de proposition de règlement des dettes.

Attention !

Les créanciers obligataires, quand il en existe, ne sont pas regroupés en un comité propre, mais réunis en assemblée générale pour délibérer sur le projet de plan adopté par les deux comités de créanciers. Ils doivent l'approuver à la majorité des deux tiers du montant des créances obligataires détenues par les porteurs ayant exprimé leur vote.

➤ Les propositions de recapitalisation du débiteur

Quand le débiteur est constitué en société, le projet de plan peut prévoir une modification de son capital. Cette modification peut résulter d'une simple recapitalisation de la société par ses associés et/ou par la conversion de créances en titres de capital. En outre, si les capitaux propres sont inférieurs à la moitié du capital social, l'administrateur propose un montant de reconstitution de ces capitaux.

La modification du capital doit être avalisée par l'assemblée générale extraordinaire ou l'assemblée des associés, ainsi que, le cas échéant, les assemblées spéciales de titulaires d'actions de catégorie ou de porteurs de valeurs mobilières donnant accès au capital.

Les divers engagements de souscription pris par les associés ou de nouveaux souscripteurs sont toutefois subordonnés dans leur exécution à l'acceptation du plan par le tribunal.

L'arrêt du plan

L'adoption d'un plan de sauvegarde suppose nécessairement un jugement du tribunal pour le rendre

exécutoire. Avant de se prononcer, celui-ci contrôlera donc avec attention son contenu.

- Le jugement arrêtant le plan -

Plusieurs hypothèses peuvent se présenter au tribunal durant la période d'observation, de sorte que la décision d'arrêter un plan n'est pas l'issue systématique de la procédure de sauvegarde.

❖ *Les conditions préalables*

Au cours de la période d'observation, il est tout d'abord possible que le tribunal n'ait à sa disposition aucune proposition de plan. En pareil cas, il doit en prendre acte et convertir la procédure en redressement ou liquidation judiciaire si les conditions d'ouverture de ces procédures sont réunies, la liquidation s'imposant le plus souvent. En outre, à la demande du seul débiteur, il peut décider la conversion en redressement judiciaire si l'adoption d'un plan de sauvegarde est manifestement impossible et si la clôture de la procédure conduirait, de manière certaine et à bref délai, à la cessation des paiements. Dans ce dernier cas, le redressement intervient en l'absence même de cessation des paiements, spécialement dans le cas où la cession totale de l'entreprise apparaît comme la seule possibilité de poursuivre l'activité.

Il peut ensuite arriver qu'un projet de plan de sauvegarde existe, mais qu'il ne soit pas recevable car non conforme aux exigences légales. À nouveau, dans une telle hypothèse, le tribunal est contraint de convertir la procédure en redressement ou liquidation judiciaire si les conditions de l'une ou l'autre de ces procédures sont réunies. La voie de la liquidation sera majoritairement empruntée.

Le tribunal doit donc disposer au moins d'un projet de plan remplissant les différentes exigences légales pour pouvoir l'arrêter. Si plusieurs projets sont en concurrence, quelles qu'en soient les modalités, le tribunal jouit d'un pouvoir souverain d'appréciation pour sélectionner le projet de son choix. Aucune hiérarchie n'est établie par la loi entre les différents critères à prendre en compte, de sorte qu'une

sauvegarde avec cession partielle d'activité peut être selon les cas préférée à une sauvegarde à périmètre constant. La jurisprudence exige simplement que le choix du tribunal soit motivé.

❖ *La décision du tribunal*

Préalablement à sa décision, le tribunal doit avoir entendu ou dûment appelé le débiteur, l'administrateur, le mandataire judiciaire, les contrôleurs et les représentants du personnel, et recueilli l'avis du ministère public. Il statue au vu du bilan économique et social et du projet de plan.

Lorsque la procédure est ouverte au bénéfice d'un débiteur qui, à la date d'ouverture de la sauvegarde, emploie plus de 20 salariés ou justifie d'un chiffre d'affaires hors taxes de plus de 3 millions d'euros, les débats doivent avoir lieu en présence du ministère public.

En tout état de cause, le tribunal doit statuer avant l'expiration de la période d'observation. Pour éviter que le débiteur ne choisisse délibérément de se maintenir en sauvegarde, lorsqu'il n'est pas présenté de projet de plan en temps utile, le tribunal peut être saisi aux fins de clôture de la procédure par le ministère public, par tout créancier ou par le mandataire judiciaire.

Si un projet répondant aux conditions légales lui est transmis, le tribunal est libre d'arrêter ou de rejeter le plan. Le jugement d'arrêt ou de rejet est notifié au débiteur et aux représentants du personnel, et porté à la connaissance du ministère public et du mandataire judiciaire par le greffier, dans les huit jours de la date du jugement. En cas de rejet définitif, et si les conditions de conversion en redressement ou liquidation judiciaire ne sont pas remplies, le tribunal se saisit d'office pour clôturer la procédure.

- Le contenu du plan -

L'arrêt d'un plan de sauvegarde emporte toute une série d'engagements prioritairement destinés à régler le passif du débiteur. Il est également source d'autres effets intéressant l'entreprise.

❖ *L'apurement du passif*

Il convient à cet égard de distinguer deux types de créanciers, selon le comportement qu'ils ont adopté

au cours de la préparation du projet de plan.

D'une part, pour les créanciers qui ont accepté des délais de paiement, des remises de dettes ou une conversion de créances en titres de capital, leur accord est entériné par le plan de sauvegarde, le tribunal ayant toutefois la faculté de réduire de tels délais et remises.

D'autre part, les créanciers qui n'ont pas accepté les propositions de règlement se voient imposer des délais uniformes de paiement qui ne peuvent excéder la durée du plan, sous réserve des délais supérieurs stipulés par les parties avant l'ouverture de la procédure. Le tribunal ne peut, en revanche, leur imposer aucune remise de dette.

Par ailleurs, l'adoption du plan par le tribunal rend applicables à tous leurs membres les propositions acceptées par chacun des comités de créanciers.

Il convient de préciser que toutes les personnes physiques coobligées ainsi que celles ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie au profit du débiteur peuvent se prévaloir des délais de paiement et remises de dettes prévus par le plan. Cette faveur ne bénéficie toutefois pas aux personnes morales coobligées ou garantes.

Le tribunal fixe enfin la durée du plan, qui ne peut excéder 10 ans, ainsi que les modalités de paiement des dividendes. Le premier paiement ne peut intervenir au-delà du délai d'un an, le montant de chacune des annuités prévues par le plan, à compter de la troisième, ne peut être inférieur à 5 % de chacune des créances admises.

Attention !

Ces conditions de délais et modalités de paiement ne sont pas applicables en cas de négociation menée

avec des comités de créanciers.

En cas d'inexécution des engagements souscrits par le débiteur, le tribunal qui a arrêté le plan peut prononcer sa résolution. En pareil cas, les créanciers recouvrent l'intégralité de leurs créances et sûretés, déduction faite des sommes perçues. La résolution du plan emporte également déchéance de tout délai de paiement accordé. Cette résolution est prononcée de plein droit en cas de cessation des paiements du débiteur, et s'accompagne de l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire.

❖ Les effets du plan sur l'entreprise

Outre le règlement du passif, le plan comporte divers engagements relatifs à l'avenir de l'activité et aux modalités du maintien et du financement de l'entreprise, soit toutes les mesures de restructuration. Dans ce cadre, il mentionne notamment les modifications de statuts nécessaires à la réorganisation de l'entreprise, ainsi que le délai dans lequel le capital nouvellement souscrit doit être libéré par les associés. Il précise également les biens qu'il déclare inaliénables en raison de leur importance pour la continuation de l'entreprise, la durée de l'inaliénabilité ne pouvant excéder celle du plan.

De plus, il expose et justifie le niveau et les perspectives d'emploi ainsi que les conditions sociales envisagées pour la poursuite de l'activité. Il peut donc prévoir des mesures de licenciement pour motif économique, dont l'homologation par le tribunal prive le juge prud'homal du pouvoir d'appréciation sur leur légitimité.

Tout manquement à ces différents engagements est susceptible d'entraîner la résolution du plan par le tribunal, avec les effets précédemment décrits.