

LA PARTICIPATION ACTIVE DU CREANCIER DANS LA PROCEDURE COLLECTIVE

Lettre d'information N°4

Les créanciers, et particulièrement les établissements de crédit, obtiennent, dans le cadre de cette réforme, de nouvelles prérogatives rendant de fait incontournable leur participation active à la procédure de sauvegarde.

Deux éléments de la réforme doivent être ici particulièrement soulignés :

- le rôle des créanciers désignés contrôleurs (procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaire) (1).
- la création des comités de crédit (procédure de sauvegarde) (2).

1. Le rôle du contrôleur dans la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005, dite de sauvegarde des entreprises

Aux termes de la loi en date du 26 juillet 2005, les créanciers désignés contrôleurs se voient octroyer de nouvelles prérogatives très importantes qui devraient leur permettre de ne plus vivre passivement la procédure collective de leurs débiteurs.

Ainsi, à côté de leur rôle traditionnel d'assistant du mandataire judiciaire ou du juge-commissaire qui est renforcé, s'ajoute celui de la défense de l'intérêt collectif des créanciers en cas de carence du mandataire judiciaire.

La fonction de contrôleur, identique dans la procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire, confère alors un rôle privilégié au créancier ainsi désigné tiré directement de son nouveau statut. De ce fait l'intérêt que peut représenter une telle nomination tout spécialement pour un établissement bancaire en raison des informations particulières dont il dispose, devient évident.

1.1. La nouvelle mission de défense de l'intérêt collectif des créanciers

a) Les prérogatives traditionnelles des contrôleurs sont maintenues et renforcées

Comme auparavant, les contrôleurs sont informés et consultés sur les décisions importantes constituant des étapes de la procédure et peuvent formuler des demandes dans le cadre de la surveillance de la procédure.

Les contrôleurs sont entendus par le Tribunal avant la prise de toute décision importante quant à l'avenir de l'entreprise (adoption d'un plan de sauvegarde ou de redressement, modification substantielle du plan, offres de reprises ...)

Ils reçoivent également diverses informations. Désormais, dans la procédure de sauvegarde comme dans le redressement judiciaire, les propositions de règlement des dettes doivent leur être communiquées au fur et à mesure de leur élaboration ainsi que l'état des réponses des créanciers, les offres en cas de cession. La formulation du texte permet de penser qu'ils devraient recevoir spontanément ces informations sans être obligés de les réclamer ...

Ils peuvent, comme précédemment, consulter tous les documents transmis à l'administrateur et au mandataire judiciaire.

Ils sont enfin consultés notamment sur le rapport présentant le bilan économique et social et le projet de plan, tandis que leurs observations sont recueillies par le juge-commissaire lorsqu'il décide de la vente des biens meubles ou immeubles du débiteur.

Les contrôleurs peuvent par ailleurs formuler individuellement des demandes qui produiront des effets sensibles sur l'avenir de l'entreprise.

Ainsi, tout contrôleur peut, comme auparavant, demander au tribunal, pendant la période d'observation, d'ordonner la cessation partielle de l'activité en sauvegarde ou en redressement judiciaire ou la conversion de la sauvegarde en redressement judiciaire ou du redressement en liquidation.

Au regard de ces prérogatives, même s'il s'agit de formuler des demandes ou des avis portant sur les étapes fondamentales du déroulement de la procédure, le rôle du contrôleur s'inscrit dans un rôle traditionnel d'assistance du mandataire judiciaire dans ses fonctions et d'assistance du juge-commissaire dans sa mission de surveillance de l'administration de l'entreprise.

Le législateur a cependant innové en renforçant considérablement le rôle des contrôleurs vis-à-vis du mandataire judiciaire.

b) Les nouvelles prérogatives des contrôleurs

Le nouvel article L. 622-20 du Code de commerce maintient le principe du monopole de la défense de l'intérêt collectif par le mandataire judiciaire, mais il ajoute : « *Toutefois, en cas de carence du mandataire judiciaire, tout créancier nommé contrôleur peut agir dans cet intérêt dans des conditions fixées en Conseil d'Etat* ».

Bien que le décret d'application de la loi ne soit pas encore paru, les grandes lignes des modalités d'actions ressortent du livre VI du Code de commerce, le législateur ayant distingué selon le type d'action envisagé.

- Les actions en responsabilité patrimoniale (comblement de passif, contribution aux dettes sociales, sanctions pénales) peuvent désormais être engagées par les contrôleurs.

Leur action suppose toutefois que le mandataire n'ait préalablement engagé aucune action et qu'il n'ait pas donné suite – dans le délai et les conditions qui seront fixés par décret – à la mise en demeure qui lui aura été adressée en ce sens.

Un contrôleur ne pourra cependant pas agir individuellement, le droit d'action n'étant accordé qu'à la majorité des contrôleurs désignés.

- Une seconde série d'actions est ouverte aux contrôleurs par application du principe général posé par l'article L. 622-20 susvisé.

Chaque contrôleur peut agir seul et aucun type d'action n'est visé : il suffit que cette action ait pour objectif de défendre l'intérêt collectif des créanciers (actions en nullité de la période suspecte, actions pauliennes, actions en extension pour confusion de patrimoine, ...) et qu'il y ait carence du mandataire judiciaire.

Enfin, le mandataire judiciaire est désormais tenu de communiquer au juge-commissaire et au ministère public les observations qui lui sont transmises à tout moment de la procédure par les contrôleurs de sorte que la transparence de celle-ci devrait s'en trouver renforcée.

1.2. Le nouveau statut de contrôleur : des attributions mais pas d'obligation

• Nomination

Comme antérieurement, le juge-commissaire désigne un à cinq contrôleurs parmi les créanciers qui en font la demande, et quand il en désigne plusieurs, il doit veiller à ce que l'un d'entre eux soit titulaire d'une sûreté et à ce qu'un autre soit créancier chirographaire.

Les incompatibilités ont été étendues à toute 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, extension qui se justifie pleinement par la volonté de garantir l'indépendance du contrôleur.

Si le débiteur exerce une profession libérale, l'ordre professionnel ou l'autorité compétente dont il relève est d'office contrôleur.

• Révocation

Par ailleurs, désormais, si les contrôleurs peuvent toujours être révoqués par le tribunal, ce dernier ne peut plus intervenir qu'à la demande du ministère public. Cette modification résulte des nouvelles attributions des contrôleurs et leur assure l'indépendance nécessaire à leur statut.

• Exercice de la fonction

La fonction de contrôleur est toujours gratuite et comme auparavant le créancier peut se faire représenter par l'un de ses préposés ou par ministère d'avocat.

En outre, il est désormais expressément interdit au contrôleur :

- de présenter une offre de reprise totale ou partielle, toute possibilité de dérogation étant exclue pour les contrôleurs ;
- d'acquérir dans les cinq années suivant la cession, tout ou partie des biens dépendant de la liquidation, ainsi que d'acquérir des parts ou titres de capital de toute société ayant dans son patrimoine tout ou partie de ces biens, ainsi que des valeurs mobilières donnant accès, dans le même délai, au capital de cette société.

Les contrôleurs ne sont plus astreints au secret professionnel sanctionné par l'article 226-13 du Code pénal mais restent soumis à une obligation de confidentialité.

Ils n'ont en revanche pas les obligations d'un organe de la procédure, leur responsabilité ne peut être engagée qu'en cas de faute lourde. Par le maintien de cette règle, le législateur vient implicitement atténuer toute obligation pesant sur les contrôleurs, tant en cas d'inaction de leur part que d'action.

La mise en œuvre de la responsabilité d'un contrôleur en cas d'inaction semble difficilement envisageable, parce qu'il ne s'agit pas d'une faute lourde et parce qu'il pourra toujours se retrancher derrière le droit d'action du mandataire judiciaire.

La seule véritable possibilité consistera alors à envisager sa révocation, celle-ci ne pouvant intervenir qu'à la demande du ministère public.

En cas de carence du mandataire judiciaire, sauf action abusive ou dilatoire, la responsabilité du contrôleur ne pourra là encore être recherchée qu'en cas de faute lourde.

L'ensemble de ces règles définissant le statut du contrôleur apparaît comme avantageux à bien des égards puisqu'il lui est conféré des attributions et même des prérogatives sans pour autant qu'il n'encourt réellement de responsabilité. Ce statut devrait contribuer quelque part à l'assainissement de

la vie économique de notre pays en permettant plus facilement d'écartier de celle-ci les chefs d'entreprises peu scrupuleux.

2. La création des comités de créanciers dans la nouvelle procédure de sauvegarde

A ce niveau, le législateur français s'est largement inspiré du droit fédéral américain en constituant les comités de créanciers (article L 626-29 et suivants du Code de commerce).

Il est ainsi créé deux comités de créanciers :

- un comité regroupant « les principaux fournisseurs de biens et de services ».
- un comité rassemblant les établissements de crédit.

2.1. Conditions de création des comités de créanciers.

Il existe un double critère pour la constitution de ces comités. Ces critères concernent le débiteur en sauvegarde :

- le critère de la fiabilité des informations financières : cette garantie doit être apportée :
 - soit par l'existence d'un commissaire aux comptes,
 - soit par l'établissement des comptes par un expert-comptable,
- le critère dimensionnel : le débiteur doit dépasser certains seuils (en termes de salariés, de chiffre d'affaires) dont les montants seront définis par décret en conseil d'Etat (*l'avant-projet de décret (article 171) évoque le nombre de 150 salariés et un chiffre d'affaires de 20 millions d'euros*).

Dans cette hypothèse, la mise en place des comités de créanciers est de plein droit.

Par exception, les comités de créanciers pourront être constitués même si les critères définis ci-dessus ne sont pas atteints, lorsque le débiteur ou l'administrateur judiciaire en auront fait la demande. Cette décision de constitution appartient alors au Juge-commissaire.

2.2. Les prérogatives des comités de créanciers.

Le débiteur doit présenter aux comités de créanciers, dans un délai de 2 mois à compter de leur constitution, son projet de plan de sauvegarde.

Ce plan fait l'objet d'une discussion au sein de chacun des comités, avec le débiteur et l'administrateur judiciaire. **Des modifications du plan peuvent ainsi être proposées.** Il importe donc à ce niveau que chaque établissement de crédit prenne une part active à cette négociation et ce afin de faire valoir la défense de ses propres intérêts dans la mesure de ce qui est compatible avec le redressement de l'entreprise dans le cadre de la procédure de sauvegarde.

Les comités de créanciers doivent se prononcer sur ce plan dans un délai de 30 jours.

La décision d'adoption du plan ou de rejet est prise aux conditions de vote suivantes :

- vote à la majorité simple des membres de chaque comité de créanciers,
- cette majorité doit représenter au moins les 2/3 du montant total des créances de chaque comité.

Il semble que l'accord de chacun des comités soit indispensable pour que le Tribunal puisse arrêter le plan conformément au projet adopté.

Ainsi, un établissement de crédit qui représente plus d'1/3 du montant des dettes bancaires du débiteur en sauvegarde dispose d'un véritable droit de veto sur l'adoption ou non du plan qui est soumis au comité.

2.3. Solution de la consultation

2.3.1. **Dans l'hypothèse où les comités de créanciers ont accepté le plan de sauvegarde** proposé, intégrant le cas échéant une ou plusieurs modifications, le Tribunal entérine ce plan après s'être seulement assuré que ce plan protège « suffisamment » les intérêts de tous les créanciers.

Le contentieux que ne manquera pas de générer cette notion « d'intérêts suffisamment protégés » permettra d'en apprécier le contenu.

Quoi qu'il en soit, le Tribunal, dans cette hypothèse, est tenu d'arrêter le plan aux conditions adoptées par les comités de créanciers, cette décision s'étendant à tous leurs membres et donc notamment aux créanciers minoritaires.

2.3.2. **Dans l'hypothèse où les comités de créanciers ne se sont pas prononcés ou ont refusé le plan proposé**, le mandataire judiciaire doit procéder à la consultation individuelle des créanciers selon la voie ordinaire.

* * *

Le mérite de cette réforme, pour les établissements de crédit, est d'organiser une véritable négociation à double sens entre d'une part le débiteur en sauvegarde et son représentant, et d'autre part les comités de créanciers. Cette négociation peut d'ailleurs aboutir à un traitement plus favorable de certains créanciers.

Pour ces raisons, cette réforme doit conduire chaque établissement de crédit à s'investir au sein de ces comités à l'effet de s'assurer de la préservation optimale de leurs intérêts.