

2008

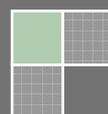
# Entreprises en difficulté

## Droit des procédures collectives

Afin d'éviter les conséquences économiques et sociales résultant des défaillances des entreprises et de permettre le redressement de celles-ci, le législateur a mis en place une réglementation, qui forme le livre VI du Code de commerce, tendant :

- d'une part, à organiser la prévention des difficultés des entreprises et à permettre le règlement amiable de ces difficultés (Loi 84-148 du 1-3-1984) ;
- d'autre part, à privilégier la sauvegarde de l'entreprise et le maintien de l'emploi (Loi 85-98 du 25-1-1985).

Les objectifs poursuivis par les lois de 1984 et 1985 n'ont pas été atteints, près de neuf entreprises sur dix étant mises en liquidation judiciaire, car leurs dirigeants tardent à déposer le bilan. La loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises a en conséquence réformé le livre VI du Code de commerce. Cette loi a renforcé les mesures tendant à la prévention en permettant aux entreprises de conclure un accord avec leurs principaux créanciers alors même qu'elles ont cessé leurs paiements. Elle a profondément réformé les procédures collectives en créant une nouvelle procédure, la sauvegarde, dont peuvent bénéficier, à l'initiative uniquement de leurs dirigeants, les entreprises qui ne sont pas encore en cessation des paiements, en allégeant les sanctions encourues par les dirigeants et, enfin, en organisant une procédure accélérée de liquidation pour les entreprises qui ont cessé leur activité. Nous présentons ci-après la réglementation issue de la loi de 2005 et du décret pris pour son application, étant souligné qu'elle n'est applicable qu'aux procédures ouvertes à compter du 1er janvier 2006. Les lecteurs intéressés par le régime applicable avant la réforme peuvent se reporter à l'édition 2005 du Mémento. Nous continuons à faire référence aux décisions de justice rendues pour l'application des anciennes dispositions lorsque les précisions qu'elles apportent conservent toute leur valeur.



**Sommaire :**

<b>Section 1 : Prévention des difficultés des entreprises.....</b>	<b>4</b>
<b>I. Procédure d'alerte.....</b>	<b>4</b>
A. Alerte par les commissaires aux comptes.....	4
1. Sociétés anonymes.....	4
2. Autres formes de sociétés commerciales.....	5
B. Alerte par les associés.....	5
C. Alerte par le comité d'entreprise.....	6
D. Alerte par le président du tribunal de commerce.....	6
<b>II. Conciliation.....</b>	<b>7</b>
A. Entreprises concernées.....	7
B. Ouverture de la procédure.....	7
C. Effets de l'ouverture de la conciliation.....	7
D. Conclusion d'un accord amiable.....	7
1. Constatation judiciaire de l'accord.....	8
2. Homologation de l'accord.....	8
E. Confidentialité.....	8
<b>Section 2 : Procédure collective.....</b>	<b>9</b>
<b>I. Conditions d'ouverture d'une procédure collective.....</b>	<b>9</b>
A. Champ d'application.....	9
B. Sauvegarde.....	9
C. Redressement ou liquidation judiciaire.....	10
D. Procédure.....	10
1. Tribunal compétent.....	10
2. Saisine du tribunal.....	10
E. Ouverture de la procédure collective.....	11
1. Décision du tribunal.....	11
2. Intervenants à la procédure.....	11
3. Recours contre le jugement d'ouverture.....	11
4. Publicité du Jugement d'Ouverture (JO).....	11
<b>II. Conséquences de l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de la société.....</b>	<b>12</b>
A. Conséquences à l'égard de la société.....	12
1. Sauvegarde et redressement judiciaire.....	12
a. Sort de la société.....	12
b. Période d'observation.....	12
c. Plan de sauvegarde ou de redressement.....	14
2. Liquidation judiciaire.....	14
a. Sort de la société.....	14
b. Cessation d'activité.....	14
c. Réalisation de l'actif.....	14
B. Conséquences à l'égard des associés.....	15
1. Ouverture d'une procédure collective.....	15
2. Modifications des statuts.....	15
a. Au cours de la période d'observation.....	15
b. Après l'adoption d'un plan de sauvegarde ou de redressement.....	16
C. Conséquences à l'égard des dirigeants sociaux.....	16
1. Remplacement des dirigeants sociaux.....	16
2. Sort des droits sociaux.....	16
a. Mesures conservatoires en cas de redressement judiciaire de la société.....	16
b. Expropriation des dirigeants sociaux.....	16
3. Action en responsabilité contre les dirigeants sociaux.....	17
4. Sanctions patrimoniales.....	17
a. Dirigeants visés.....	18
b. Conditions du prononcé des sanctions.....	18
c. Procédure.....	19

d.	Condamnation du dirigeant.....	20
5.	Faillite personnelle et interdiction de gérer .....	21
a.	Dirigeants visés .....	22
b.	Conditions du prononcé de la sanction .....	22
c.	Procédure .....	22
d.	Conséquences de la condamnation.....	22
e.	Durée de la sanction .....	23
6.	Banqueroute .....	23
D.	Le sort des salariés de l'entreprise.....	24
1.	Le sort des contrats de travail.....	24
a.	Le principe de la continuation des contrats en cours.....	24
b.	Les licenciements.....	24
2.	Le paiement des créances salariales .....	24
a.	L'établissement et la vérification des créances salariales .....	24
b.	L'intervention de l'AGS (Association pour la garantie des salaires) .....	24
<b>III.</b>	<b>Les modifications de l'actif de l'entreprise .....</b>	<b>25</b>
A.	Les nullités de la période suspecte.....	25
1.	Les nullités de droit.....	25
a.	Les actes sans contrepartie effective .....	25
b.	Les paiements anormaux.....	25
c.	Les garanties suspectes .....	25
2.	Les nullités facultatives .....	25
3.	L'exception .....	26
B.	Les revendications mobilières .....	26
1.	Le domaine de revendication.....	26
2.	Les conditions de revendication .....	26
3.	Les effets de la revendication .....	26
C.	Les droits du conjoint .....	27
1.	Le sort des biens personnels du conjoint.....	27
2.	Le sort des biens acquis par le conjoint .....	27
<b>IV.</b>	<b>La détermination et l'aménagement du passif de l'entreprise .....</b>	<b>28</b>
A.	La déclaration des créances .....	28
1.	Les créances concernées.....	28
2.	Le montant de la déclaration .....	28
3.	La procédure de déclaration .....	28
a.	Les délais.....	28
b.	L'information des créances .....	28
4.	Le relevé de forclusion.....	28
B.	La vérification et l'admission des créances .....	28
1.	La vérification par le mandataire judiciaire .....	28
2.	La décision d'admission par le juge commissaire .....	29
3.	Les contestations de la décision du juge commissaire .....	29
4.	Les conséquences de l'admission .....	29
C.	Les restrictions des droits des créanciers de l'entreprise .....	29
1.	La suspension des poursuites individuelles .....	29
a.	La suspension des actions en justice .....	29
b.	La suspension des voies d'exécution .....	29
2.	L'arrêt du cours des intérêts .....	30
a.	Le principe .....	30
b.	Les exceptions .....	30
3.	L'interdiction des inscriptions.....	30
a.	Le principe .....	30
b.	Les cas particuliers.....	30

## Section 1 : Prévention des difficultés des entreprises

### I. Procédure d'alerte

Indépendamment des dispositions destinées à améliorer l'information sur les prévisions financières, le Code de commerce prévoit un dispositif d'alerte tendant à appeler l'attention des dirigeants sociaux, en cas d'évolution préoccupante de la situation de l'entreprise, sur la nécessité pour eux de prendre des mesures en vue de redresser cette situation. La loi 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises a apporté quelques modifications à ce dispositif.

La mise en œuvre de cette procédure d'alerte incombe principalement aux commissaires aux comptes et au comité d'entreprise, mais elle n'est pas applicable, dans les sociétés commerciales, lorsqu'une procédure de conciliation ou de sauvegarde a été engagée par les dirigeants (art. L 234-4). Elle peut aussi être le fait des associés minoritaires et du président du tribunal de commerce.

#### A. Alerte par les commissaires aux comptes

##### 1. Sociétés anonymes

Dans les sociétés anonymes, les commissaires aux comptes sont tenus d'appeler l'attention des dirigeants sociaux sur tous « faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation » qu'ils auront constatés lors de l'accomplissement de leur mission (art. L 234-1, al. 1). La responsabilité des commissaires ne peut pas être engagée pour les informations ou divulgations de faits auxquelles ils procèdent à cet égard. Ils sont déliés du secret professionnel à l'égard du président du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance lorsqu'ils appliquent cette procédure (art. L 822-15, al. 1).

La procédure d'alerte comprend les **trois phases** suivantes :

**1. Information du président.** Le commissaire aux comptes doit, dans un premier temps, informer le président du conseil d'administration ou du directoire des faits qu'il a relevés, sans délai, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Le président du conseil d'administration ou le directoire est tenu de lui répondre par lettre recommandée avec demande d'avis de réception dans les quinze jours qui suivent (art. L 234-1, al. 1 et R 234-1).

**2. Réunion du conseil.** A défaut de réponse, ou s'il juge que la réponse donnée ne permet pas d'être assuré de la continuité de l'exploitation, le commissaire aux comptes doit, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception dont copie est transmise au président du tribunal de commerce, inviter le président ou le directoire à réunir le conseil d'administration ou le conseil de surveillance pour qu'il délibère sur les faits relevés ; il doit être convoqué à cette réunion (art. L 234-1, al. 2).

Les commissaires aux comptes de sociétés faisant appel public à l'épargne doivent communiquer à l'Autorité des marchés financiers une copie de la lettre transmise au président du conseil d'administration ou au directoire (C. mon. fin. art. L 621-22, IV).

Cette convocation doit être faite dans les huit jours qui suivent la réception de la lettre du commissaire et le conseil doit délibérer dans les quinze jours de cette réception (art. R 234-2).

Un extrait du procès-verbal des délibérations du conseil d'administration ou du conseil de surveillance est communiqué au commissaire aux comptes, au président du tribunal de commerce et au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, dans les huit jours qui suivent la réunion du conseil (art. L 234-1, al. 2 et R 234-2).

**3. Rapport à l'assemblée.** En cas d'inobservation des dispositions qui précèdent ou si, malgré les décisions prises, le commissaire aux comptes constate que la continuité de l'exploitation demeure compromise, il invite le président du conseil d'administration ou du directoire à faire délibérer une assemblée générale sur les faits relevés. Cette demande est faite par lettre recommandée avec demande d'avis de réception dans le délai de quinze jours à compter de la réception de la délibération du conseil ou de l'expiration du délai imparti pour celle-ci. Elle est accompagnée d'un rapport spécial du commissaire aux comptes (art. L 234-1, al. 3 et R 234-3).

Ce rapport spécial est présenté à l'assemblée. Il est également communiqué au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel, par le président du conseil d'administration ou du directoire, dans les huit jours qui suivent sa réception (art. R 234-3).

Le conseil d'administration ou le directoire doit procéder à la convocation de l'assemblée générale dans les huit jours qui suivent la demande faite par le commissaire aux comptes (sur les conditions de cette convocation, voir n° 10130 s.) et l'assemblée doit, en tout état de cause, être réunie au plus tard dans le mois suivant la date de notification de cette demande (art. R 234-3).

En cas de carence du conseil d'administration ou du directoire, le commissaire aux comptes convoque l'assemblée générale dans un délai de huit jours à compter de l'expiration du délai imparti au conseil d'administration ou au directoire et en fixe l'ordre du jour.

Avis au président du tribunal de commerce. Si, à l'issue de la réunion de l'assemblée générale, le commissaire aux comptes constate que les décisions prises ne permettent pas d'assurer la continuité de l'exploitation, il doit, sans délai, informer de ses démarches le président du tribunal de commerce et lui en communiquer les résultats.

## 2. Autres formes de sociétés commerciales

Dans les sociétés autres que les sociétés anonymes (sociétés en nom collectif, à responsabilité limitée, en commandite simple, société en commandite par actions ou société par actions simplifiée) dotées d'un commissaire aux comptes (voir n° 3990 s. et 5540), la procédure d'alerte peut être mise en œuvre par le commissaire aux comptes même si celui-ci a été nommé par les associés alors que cette nomination n'était pas obligatoire. Il est alors délié du secret professionnel à l'égard du président du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance lorsqu'il applique cette procédure (art. L 822-15, al. 1).

Celle-ci ne comporte que deux phases :

1. Demande d'explications au dirigeant par le commissaire aux comptes sur les faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, sans délai, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Dans les quinze jours qui suivent la réception de cette demande, le dirigeant doit établir sa réponse et la faire parvenir au commissaire par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Le dirigeant doit, dans cette réponse, donner une analyse de la situation et préciser, le cas échéant, les mesures envisagées. Copie de la demande et de la réponse doit être adressée (dans les mêmes formes et délais que pour le commissaire) au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel et, s'il en existe, au conseil de surveillance. En outre, le commissaire aux comptes doit en informer le président du tribunal de commerce.

2. Rapport à l'assemblée. En cas d'inobservation des dispositions qui précèdent ou si, en dépit des décisions prises, la continuité de l'exploitation demeure compromise, établissement d'un rapport spécial par le commissaire aux comptes qui doit aussi inviter le dirigeant à faire délibérer sur les faits relevés une assemblée générale, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, dans les quinze jours qui suivent la réception de la réponse du dirigeant ou la date d'expiration du délai imparti pour celle-ci. Copie de cette invitation est adressée sans délai au président du tribunal, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Dans les huit jours de leur réception, le dirigeant communique l'invitation et le rapport du commissaire au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel et procède à la convocation de l'assemblée. L'assemblée doit, en tout état de cause, être réunie au plus tard dans le mois suivant la date de l'invitation faite par le commissaire.

En cas de carence du dirigeant, le commissaire aux comptes convoque l'assemblée générale dans un délai de huit jours à compter de l'expiration du délai imparti au dirigeant. Il fixe l'ordre du jour de l'assemblée et peut, en cas de nécessité, choisir un lieu de réunion autre que celui éventuellement prévu par les statuts, mais situé dans le même département. Dans tous les cas, les frais entraînés par la réunion de l'assemblée sont à la charge de la société.

Avis au président du tribunal de commerce. Si, à l'issue de l'assemblée générale, le commissaire aux comptes constate que les décisions prises ne permettent pas d'assurer la continuité de l'exploitation, il doit informer de ses démarches le président du tribunal de commerce et lui en communiquer les résultats, sans délai, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

### B. Alerte par les associés

Dans les sociétés anonymes, un ou plusieurs actionnaires représentant au moins un vingtième du capital social ou, s'il s'agit d'une société cotée sur un marché réglementé, une association d'actionnaires de la société (n° 17816) peuvent, deux fois par exercice, poser par écrit des questions au président du conseil d'administration ou au directoire « sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation » (art. L 225-232).

A la différence du cas de demande de désignation d'un expert (n° 13081), la loi ne prévoit pas la possibilité, pour les actionnaires de sociétés non cotées qui ne réunissent pas le vingtième du capital, de se grouper en vue d'atteindre ce minimum.

Le président du conseil d'administration ou le directoire doit donner sa réponse par écrit dans le délai d'un mois et, dans ce même délai, adresser au commissaire aux comptes copie de la question et de sa réponse.

Contrairement au régime applicable lorsque la procédure d'alerte est mise en œuvre par les commissaires aux comptes, aucune disposition légale ne permet aux actionnaires de saisir le conseil d'administration (ou le conseil de surveillance), voire l'assemblée générale si les réponses à leurs questions ne leur donnent pas satisfaction. Mais, comme ces réponses doivent être communiquées au commissaire aux comptes, on a tout lieu de penser que ce dernier engagera lui-même la procédure d'alerte s'il estime, lui aussi, que les réponses données par le président du conseil d'administration ou le directoire ne sont pas satisfaisantes.

Les associés de SARL peuvent eux aussi, deux fois par exercice, poser par écrit des questions au gérant « sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation » (art. L 223-36). Contrairement aux SA, cette faculté est ouverte à tous les associés non gérants, quelle que soit la proportion de leurs droits dans le capital.

Le gérant doit répondre par écrit, dans le délai d'un mois, aux questions qui lui sont posées. Dans ce même délai, il doit adresser copie de la question et de sa réponse au commissaire aux comptes, s'il en existe (art. L 223-36 et R 223-29).

### C. Alerte par le comité d'entreprise

Le comité d'entreprise dispose, lui aussi, du droit de mettre en œuvre une procédure d'alerte des dirigeants sociaux s'il a connaissance « de faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise ».

Lorsqu'il constate de tels faits, le comité d'entreprise peut demander au président ou au gérant de lui fournir des explications. Cette demande doit être satisfaite dès la prochaine séance du comité.

S'il estime la réponse de l'employeur insuffisante ou si cette réponse confirme le caractère préoccupant de la situation, le comité d'entreprise (ou, dans les entreprises d'au moins mille salariés, sa commission économique) établit un rapport qui doit être transmis à l'employeur et, s'il en existe, au commissaire aux comptes.

Le comité d'entreprise décide ensuite s'il convient de saisir des conclusions de ce rapport le conseil d'administration ou le conseil de surveillance (s'il s'agit d'une société par actions) ou de faire communiquer par les dirigeants ce rapport aux associés (s'il s'agit d'une autre forme de société) ou aux membres du groupement (s'il s'agit d'un GIE).

S'il décide de saisir le conseil d'administration ou le conseil de surveillance, la question doit être inscrite à l'ordre du jour de la plus prochaine réunion du conseil à condition que celui-ci ait pu être saisi au moins quinze jours à l'avance (C. trav. art. L 432-5, III). Si ce délai ne peut être respecté, la question devra être examinée lors de la réunion suivante.

La réponse du conseil d'administration ou du conseil de surveillance aux conclusions du rapport du comité d'entreprise doit être motivée.

Un extrait du procès-verbal des délibérations du conseil contenant cette réponse doit être adressé au comité d'entreprise dans le mois qui suit la réunion.

Lorsque le comité d'entreprise n'a pas eu de réponse du conseil, il peut demander en justice la désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée générale de la société.

Remarque : Tous les documents échangés entre le comité d'entreprise et les organes de la société (demandes d'explications par le comité, réponses du président du conseil d'administration ou du directoire, rapport du comité d'entreprise au conseil d'administration ou au conseil de surveillance, réponse du conseil) doivent être communiqués au commissaire aux comptes (art. L 234-3, al. 2).

En l'absence de comité d'entreprise, le droit d'alerte pourra être exercé par les délégués du personnel mais selon des modalités simplifiées : pas d'établissement d'un rapport ; pas d'intervention de salariés de l'entreprise non délégués ; transmission au conseil ou aux associés de la demande d'explications formulée par les délégués.

### D. Alerte par le président du tribunal de commerce

Lorsqu'il résulte de tout acte, document ou procédure qu'une société commerciale ou un GIE connaît des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, ses dirigeants peuvent être convoqués par le président du tribunal de commerce pour que soient envisagées les mesures propres à redresser la situation (art. L 611-2, I-al. 1).

Le président du tribunal compétent est celui du lieu du siège social (art. R 600-2). Il fait convoquer par le greffier le représentant légal de la personne morale par lettre recommandée avec demande d'avis de réception et par lettre simple (cette double convocation résulte, semble-t-il, d'une erreur de rédaction). Elle est envoyée un mois au moins à l'avance et est accompagnée d'une note par laquelle le président du tribunal expose les faits qui ont motivé son initiative.

L'entretien donne lieu à l'établissement par le président du tribunal d'un procès-verbal qui ne mentionne que la date et le lieu de l'entretien ainsi que l'identité des personnes présentes. Il est signé par ces dernières et par le président du tribunal.

Si le représentant légal de la personne morale ne répond pas à la convocation, un procès-verbal de carence est dressé le jour même par le greffier. Il est notifié sans délai par le greffier au représentant légal de la personne morale par lettre recommandée avec demande d'avis de réception reproduisant les termes de l'article L 611-2, I-al. 2.

A l'issue de l'entretien, ou si les dirigeants ne se sont pas rendus à sa convocation, le président peut obtenir communication, par les commissaires aux comptes, les membres et représentants du personnel, les administrations publiques, les organismes de sécurité et de prévoyance sociales ainsi que les services chargés de centraliser les risques bancaires et les incidents de paiement, des renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière de la société.

Cette demande de renseignements doit être adressée aux personnes et organismes dans le délai d'un mois à compter de la date de l'entretien ou du procès-verbal de carence. Elle doit être accompagnée de la copie du procès-verbal d'entretien ou de carence.

Le droit de communication peut être exercé « nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire » de sorte qu'aucune des personnes ou organismes énumérés ci-dessus ne peut opposer le secret professionnel à l'enquête du président. Si la demande a été présentée dans les formes et délai qui précèdent, les personnes et organismes interrogés doivent communiquer les renseignements réclamés dans le délai d'un mois. Dans le cas contraire, ils ne sont pas tenus d'y répondre.

## II. Conciliation

La procédure de conciliation, régie par les articles L 611-4 et suivants du Code de commerce issus de la loi 2005-845 du 26 juillet 2005 et qui remplace le règlement amiable, tend à favoriser le redressement des entreprises en difficulté grâce à l'intervention d'un conciliateur désigné par le président du tribunal de commerce et ayant pour mission d'obtenir la conclusion d'un accord entre les dirigeants de l'entreprise et les créanciers de celle-ci sur des délais de paiement ou des remises de dettes.

### A. Entreprises concernées

La conciliation est ouverte à toute personne morale de droit privé - et donc à toute société commerciale - qui éprouve une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible et qui ne se trouve pas en cessation des paiements depuis plus de 45 jours.

### B. Ouverture de la procédure

Le représentant légal de la société en difficulté doit présenter par écrit sa demande de conciliation au président du tribunal de commerce, en exposant sa situation financière, économique et sociale, ses besoins financiers et, le cas échéant, les moyens d'y faire face (art. L 611-6, al. 1).

La requête doit être accompagnée des pièces suivantes :

- un extrait d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés ;
- l'état des créances et dettes accompagnées d'un échéancier ainsi que la liste des principaux créanciers ;
- l'état actif et passif des sûretés ainsi que celui des engagements hors bilan ;
- les comptes annuels, le tableau de financement et la situation de l'actif réalisable et disponible (valeurs d'exploitation exclues) et du passif exigible des trois derniers exercices, si ces documents ont été établis.

Le cas échéant, la requête précise la date de cessation des paiements.

Outre les pouvoirs d'enquête dont il dispose, le président du tribunal de commerce peut obtenir des établissements bancaires ou financiers tout renseignement de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière de l'entreprise. Le président du tribunal de commerce peut aussi demander à un **expert** d'établir un rapport sur la situation économique, sociale et financière de l'entreprise (art. L 611-6, al. 2).

S'il considère que la situation de la société et les propositions des dirigeants le permettent, le président du tribunal de commerce ouvre la conciliation et désigne un conciliateur pour une durée n'excédant pas quatre mois mais qui peut être prorogée d'un mois au plus à la demande de celui-ci (art. L 611-6, al. 3). Le dirigeant de la société peut proposer un conciliateur tout comme il peut récuser celui qui a été désigné.

### C. Effets de l'ouverture de la conciliation

La conciliation n'emporte pas la suspension des poursuites individuelles des créanciers contre la société ; en cas de poursuite, le dirigeant peut seulement demander au juge d'accorder à la société des délais de paiement par application des articles 1244-1 et suivants du Code civil (art. L 611-7, al. 5).

Le redressement et la liquidation judiciaires ne pouvant pas être demandés par un créancier si une conciliation est en cours, la demande de conciliation permet à l'entreprise d'échapper à ces procédures jusqu'à la clôture de la procédure de conciliation et, au maximum, pendant six mois et demi après la cessation des paiements (45 jours, plus quatre mois de procédure, renouvelables pour un mois). En revanche, même si elle a donné lieu à un accord amiable, elle n'interdit pas au dirigeant de solliciter l'ouverture d'une procédure collective.

### D. Conclusion d'un accord amiable

Le but de la conciliation est de favoriser la conclusion, entre la société et ses principaux créanciers et, le cas échéant, ses cocontractants habituels, d'un accord amiable destiné à mettre fin à ses difficultés (art. L 611-7, al. 1).

Peuvent ainsi être appelés à y participer les garants susceptibles de donner leur accord sur de nouveaux financements ou sur des délais de paiement qui les engagent pour une durée allongée, les fournisseurs non créanciers qui peuvent accepter des délais de paiement ou encore les actionnaires, actuels ou nouveaux, qui peuvent apporter des avances en compte courant, s'engager à recapitaliser l'entreprise ou accepter l'incorporation de leurs créances au capital.

L'accord obtenu sous l'égide du conciliateur peut être soit constaté soit homologué par le juge.

## 1. Constatation judiciaire de l'accord

La constatation de l'accord par le président du tribunal se fait à la requête conjointe des parties et lui donne force exécutoire ; elle ne fait l'objet ni de publicité ni de voie de recours (art. L 611-8, I). Une obligation de confidentialité pesant toujours sur les personnes appelées à la conciliation et sur celles en ayant connaissance par leurs fonctions (n° 28587), le contenu de l'accord n'est pas communicable aux créanciers qui n'y ont pas été appelés. Dès lors, si l'accord et ses annexes sont déposés au greffe du tribunal de commerce, des copies ne peuvent être délivrées qu'aux parties et aux personnes qui peuvent se prévaloir de l'accord.

## 2. Homologation de l'accord

Le dirigeant peut demander au tribunal d'homologuer l'accord si les conditions suivantes sont remplies :

- il n'est plus en état de cessation des paiements ou l'accord met fin à cet état ;
- l'accord est de nature à assurer la pérennité de l'activité de l'entreprise ;
- l'accord ne porte pas atteinte aux droits des créanciers non signataires.

L'accord homologué est transmis au commissaire aux comptes de la société lorsque celle-ci est soumise au contrôle légal des comptes.

Le jugement d'homologation est déposé au greffe du tribunal où tout intéressé peut en prendre connaissance et fait l'objet des mesures de publicité suivantes à la diligence du greffier du tribunal de commerce :

- insertion dans le Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales (BODACC) ;
- publication d'un avis dans un journal d'annonces légales du lieu du siège social.

L'homologation de l'accord suspend pendant la durée de l'exécution de celui-ci toute action en justice et toute poursuite en vue d'obtenir le paiement des créances qui en font l'objet. Elle emporte également la levée de plein droit de l'interdiction d'émettre des chèques mise en œuvre à l'occasion du rejet d'un chèque émis avant l'ouverture de la procédure de conciliation.

Les créanciers ayant accordé à l'entreprise un nouvel apport en trésorerie en vue d'assurer la poursuite et la pérennité de son activité bénéficient d'un privilège de paiement sur les créanciers antérieurs à l'ouverture de la conciliation (art. L 611-11, al. 1). En sont toutefois exclus les associés et actionnaires ayant consenti des apports dans le cadre d'une augmentation de capital.

Ce privilège subsiste si la société fait ensuite l'objet d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire à condition d'avoir été porté à la connaissance des organes de la procédure collective dans un délai dont la durée varie selon la nature de la procédure ouverte contre le débiteur.

Dans la mesure où la date de cessation des paiements ne peut pas être reportée, sauf cas de fraude, à une date antérieure à la décision d'homologation de l'accord (art. L 631-8, al. 2), les actes contenus dans celui-ci ne peuvent pas tomber sous le coup des nullités de la période suspecte.

En cas d'inexécution de l'accord homologué, l'une des parties à celui-ci peut saisir le tribunal pour obtenir la résolution de l'accord et la déchéance de tout délai de paiement. La décision du tribunal prononçant la résolution de l'accord fait l'objet des mesures de publicité.

La mise en redressement ou en liquidation judiciaire de l'entreprise ne peut être prononcée sur demande d'un des créanciers participants que si les conditions d'ouverture de ces procédures sont remplies.

## E. Confidentialité

Toute personne appelée à une procédure de conciliation ou qui, par ses fonctions, en a connaissance est tenue à la confidentialité (art. L 611-15) et s'expose, en cas de révélation, à une action en responsabilité civile et, le cas échéant, aux sanctions pénales prévues par l'article 226-13 du Code pénal (un an d'emprisonnement et 15 000 € d'amende) si elle est par ailleurs soumise au secret professionnel. Tel est par exemple le cas des avocats et des établissements de crédit.

Le contenu de l'accord homologué n'est pas soumis à la confidentialité.

## Section 2 : Procédure collective

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2006, la procédure applicable lorsqu'une personne physique ou morale connaît des difficultés économiques est régie par les articles L 620-1 à L 670-8 du Code de commerce, issus de la loi 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises et du décret du 28 décembre 2005.

Lorsqu'il apparaît, dès l'ouverture de la procédure, qu'aucun espoir de redressement ne peut être envisagé sérieusement, la société est mise en liquidation judiciaire.

Dans le cas contraire, la société peut faire l'objet soit d'une procédure de sauvegarde, si elle n'est pas encore en état de cessation des paiements, soit d'une procédure de redressement judiciaire si elle est en cessation des paiements. Ces deux procédures comportent deux étapes :

1. Une phase d'observation d'une durée de six mois renouvelable au cours de laquelle un administrateur nommé en justice doit dresser un bilan économique, social et, le cas échéant, environnemental de l'entreprise et établir un projet de plan de sauvegarde ou de redressement.

2. A l'expiration de la phase d'observation, le tribunal, au vu du rapport de l'administrateur, arrête un plan de sauvegarde ou de redressement. Si aucune solution de redressement n'est possible, le tribunal prononce la liquidation judiciaire.

Pour les entreprises de petite taille (entreprises dont le chiffre d'affaires hors taxes n'excède pas 3 millions d'euros et le nombre de salariés est inférieur à 20), le tribunal peut décider de ne pas désigner d'administrateur judiciaire.

Les dirigeants d'une société faisant l'objet d'une procédure collective encourent, selon la procédure ainsi que la nature et l'importance des fautes commises :

- des sanctions patrimoniales tendant à les obliger au paiement du passif social ;
- des déchéances : faillite personnelle et autres interdictions dont la conséquence principale est la déchéance du droit de diriger, gérer, administrer ou contrôler une entreprise à forme individuelle ou sociale ;
- des sanctions pénales : peines réprimant le délit de banqueroute.

### I. Conditions d'ouverture d'une procédure collective

#### A. Champ d'application

La procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire est applicable à « toute personne morale de droit privé » (art. L 620-2, L 631-2 et L 640-2) donc notamment à toutes les sociétés, qu'elles soient civiles ou commerciales, et aux groupements d'intérêt économique.

#### Sociétés dissoutes

Les sociétés dissoutes peuvent faire l'objet d'une procédure collective (sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaire) aussi longtemps qu'elles conservent leur personnalité morale. Mais une fois la clôture de la liquidation publiée, les sociétés peuvent seulement être mises en redressement ou en liquidation judiciaire sur assignation de l'un de leurs créanciers. Ceux-ci peuvent saisir le tribunal à cette fin pendant le délai d'un an qui suit la radiation de la société au registre du commerce consécutive à la publication de la clôture des opérations de liquidation .

C'est la saisine du tribunal par un créancier qui doit intervenir dans le délai d'un an.

#### Sociétés non encore immatriculées

Les sociétés non encore immatriculées au registre du commerce ne peuvent pas être soumises à une procédure collective puisqu'elles sont dépourvues de personnalité morale. Mais peuvent être l'objet d'une procédure collective :

- les personnes qui ont agi pour le compte de la société en formation si elles se sont comportées comme des commerçants, ce qui suppose qu'elles aient accompli des actes de commerce à titre de profession habituelle ;
- les personnes qui se sont comportées comme des associés de fait.

#### Sociétés nulles

Une société nulle peut faire l'objet d'une procédure collective car ni la société ni les associés ne peuvent se prévaloir d'une nullité à l'égard des tiers de bonne foi (art. L 235-12).

Lorsqu'il apparaît qu'une société soumise à une procédure collective est fictive, cette procédure peut être étendue à la personne physique ou morale qui se dissimulait derrière la société.

#### B. Sauvegarde

Une société peut demander le bénéfice d'une procédure de sauvegarde si elle justifie de difficultés, qu'elle n'est pas en mesure de surmonter, de nature à la conduire à la cessation des paiements (art. L 620-1, al. 1). Contrairement au régime antérieur à la réforme de 2005, la société peut donc faire l'objet d'une procédure collective même si elle peut faire face à son passif exigible.

La loi ne précise pas la nature des difficultés pouvant conduire à la cessation des paiements. Elles peuvent être tant juridiques que financières ou économiques. Cependant, les difficultés rencontrées doivent avoir des répercussions comptables et financières pour la société dans la mesure où elles doivent être susceptibles de la conduire à la cessation des paiements si aucune mesure n'est prise.

## C. Redressement ou liquidation judiciaire

Les sociétés ne peuvent être soumises au redressement ou à la liquidation judiciaire que si elles sont en état de cessation des paiements, c'est-à-dire si elles sont dans l'impossibilité de faire face à leur passif exigible avec leur actif disponible (art. L 631-1, al. 1 et L 640-1, al. 1).

Le passif à prendre en considération pour caractériser l'état de cessation des paiements est le passif « exigible et exigé », dès lors que le créancier est libre de faire crédit au débiteur. De plus, il convient de prendre en compte le passif exigible et non pas celui rendu exigible par l'effet du jugement d'ouverture de la procédure, en l'espèce la liquidation judiciaire.

La loi de 1985 qui a définie l'entreprise en cessation des paiements comme celle qui est dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible. Ainsi l'analyse doit se fonder sur la trésorerie de l'entreprise indépendamment de la situation financière. C'est donc l'existence de dettes impayées si les dettes sont certaines, liquides et exigibles. C'est également le fait qu'on arrive à effectuer des moyens frauduleux (ventes à perte ; effets de complaisance) ou ruineux (emprunt à un taux normal sans caractère usuraire mais excessif eu égard de la situation de l'entreprise). L'état de cessation des paiements ne se déduit pas de la seule constatation de l'existence d'une perte d'exploitation et du non-paiement de salaires. La situation de la société s'apprécie au jour où le tribunal ou, sur appel, la cour d'appel statue.

### Cas du locataire gérant

C'est dans l'hypothèse où l'on va redresser l'entreprise par le biais d'une cession à un tiers. Il est prévu que l'on peut prévoir que le cessionnaire donc le reprenneur de l'entreprise achètera l'entreprise au terme d'une location gérance (2 ans au maximum). Une fois engagé dans le plan de rachat le locataire gérant ne peut plus y renoncer c'est un terme définitif. S'il ne peut plus ou ne veut plus reprendre cette entreprise après cette période il y a l'ouverture d'une procédure collective automatique à son encontre sans qu'il y ait lieu de constater sa propre cessation des paiements.

## D. Procédure

### 1. Tribunal compétent

La procédure collective est ouverte par le tribunal de commerce ou le tribunal de grande instance (TGI) selon que le débiteur est ou non commerçant. Ainsi, pour les sociétés commerciales, c'est le tribunal de commerce qui est compétent.

Le tribunal territorialement compétent est celui dans le ressort duquel la société a son siège social.

S'il s'avère que le siège social est fictif et que le véritable centre des intérêts de la personne morale est situé dans un autre lieu, il est conforme à l'intérêt des créanciers et à la réalité économique de retenir la compétence du tribunal de commerce du lieu où la personne morale a le centre principal de ses intérêts. Le seul fait que les choix économiques d'une société soient contrôlés par sa société mère ne suffit pas à écarter la compétence du tribunal du lieu de son siège social.

En cas de changement de siège social dans les six mois ayant précédé la saisine du tribunal, le tribunal dans le ressort duquel se trouvait le siège initial est seul compétent.

Ce délai de six mois court à compter de l'inscription modificative au registre du commerce de l'ancien siège.

### 2. Saisine du tribunal

La procédure de sauvegarde ne peut être ouverte qu'à la demande de la société débitrice et donc de son représentant légal.

La demande d'ouverture de la procédure de sauvegarde est déposée au greffe du tribunal compétent. Elle doit exposer la nature des difficultés rencontrées par la société et les raisons pour lesquelles celle-ci n'est pas en mesure de les surmonter. A cette demande sont jointes, outre les comptes annuels du dernier exercice, les pièces ci-après, datées, signées et certifiées sincères et véritables par le représentant légal : un extrait d'immatriculation au registre du commerce ; une situation de trésorerie datant de moins de huit jours ; un compte de résultat prévisionnel ; l'état chiffré des créances et des dettes avec l'indication des noms et du domicile des créanciers ; l'état actif et passif des sûretés ainsi que celui des engagements hors bilan ; l'inventaire sommaire des biens.

Le tribunal est saisi en vue de l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire soit par le représentant de la société, soit par les créanciers, soit encore par le ministère public dans les conditions présentées ci-après.

**1. Déclaration de cessation des paiements.** La déclaration de la cessation des paiements de la société doit être faite au greffe du tribunal compétent dans le délai de quarante-cinq jours à compter de cette cessation si l'ouverture d'une procédure de conciliation n'a pas été demandée dans ce délai (art. L 631-4, al. 1 et L 640-4, al. 1).

Le comité d'entreprise doit être informé et consulté avant cette déclaration.

La déclaration incombe au représentant légal de la personne morale (gérant, directeur général, directeur général délégué ou président du directoire, président, liquidateur) (art. R 631-1, al. 1). En cas de cogérance, la déclaration de la cessation des paiements peut être accomplie par un seul des gérants.

L'obligation de faire la déclaration est impérative et ne souffre qu'une exception : l'existence d'une procédure de conciliation. En revanche, le fait que la procédure soit ouverte par un tiers et notamment par un créancier ne dispense pas le représentant légal de cette obligation.

Les représentants du personnel (comité d'entreprise ou, à défaut, délégués du personnel) ne sont pas habilités à demander la mise en redressement ou en liquidation judiciaire de la société. Toutefois, ils peuvent communiquer au président du tribunal ou au ministère public tout fait révélant que celle-ci est en état de cessation des paiements.

**2. Assignation par un créancier.** Les créanciers sociaux peuvent, quelle que soit la nature de leur créance, assigner la société en redressement ou en liquidation judiciaire lorsqu'elle ne fait pas l'objet d'une procédure de conciliation en cours.

**3. Saisine d'office ou par le ministère public.** Lorsque la société ne fait pas l'objet d'une procédure de conciliation en cours, le tribunal peut se saisir d'office pour décider l'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. Il peut aussi être saisi par le ministère public.

En cas d'échec de la procédure de conciliation, lorsqu'il ressort du rapport du conciliateur que la société est en cessation des paiements, le tribunal se saisit d'office afin de statuer sur l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire.

## E. Ouverture de la procédure collective

### 1. Décision du tribunal

Le tribunal ne peut statuer qu'après avoir entendu (ou dûment appelé) le débiteur et les représentants du CE (ou, à défaut, des DP) ; il peut également entendre toute personne (par exemple, le commissaire aux comptes) dont l'audition lui paraît utile.

Si la société n'est pas en cessation des paiements, le tribunal peut ouvrir une procédure de sauvegarde.

S'il constate la cessation des paiements, le tribunal a le choix entre deux procédures : liquidation judiciaire immédiate ou redressement judiciaire. Il prononce la liquidation judiciaire si le redressement est manifestement impossible (art. L 640-1, al. 1).

Il fixe provisoirement la date de cessation des paiements, celle-ci pouvant être modifiée ultérieurement sans pouvoir être antérieure de plus de dix-huit mois à la date du jugement d'ouverture ou être reportée à une date antérieure à la décision ayant homologué un accord amiable conclu dans le cadre d'une procédure de conciliation.

S'il apparaît, après l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, que la société était déjà en cessation des paiements au moment du prononcé du jugement, le tribunal la constate et en fixe la date. Il convertit la procédure de sauvegarde en une procédure de redressement judiciaire. Le tribunal est saisi par l'administrateur, le mandataire judiciaire ou le ministère public. Il peut également se saisir d'office. Il se prononce après avoir entendu ou dûment appelé les représentants de la société (art. L 621-12).

### 2. Intervenants à la procédure

Dans le jugement d'ouverture, le tribunal nomme les organes de la procédure, c'est-à-dire :

- Un juge-commissaire : C'est un magistrat qui appartient soit au tribunal de commerce soit au TGI nommé en son sein. En principe il doit être seul mais possibilité depuis 2006 plusieurs juges pour les dossiers. Son rôle est de veiller au déroulement rapide de la procédure et à la protection des intérêts en présence. Il est tenu informé du déroulement de la procédure par l'administrateur. Il est le seul à pouvoir prendre des actes importants tel que le licenciement, la vente de certains biens ... Il statue par voies d'ordonnances qui peuvent faire l'objet d'un recours devant le tribunal compétent dans les 8 jours ;
- L'administrateur et un mandataire judiciaire (appelé représentant des créanciers avant la réforme de 2005) en cas de sauvegarde ou de redressement judiciaire. Le tribunal n'est pas tenu de désigner un administrateur judiciaire lorsque la société a moins de vingt salariés et un chiffre d'affaires hors taxes inférieur à 3 millions d'euros (art. L 621-4, al. 4) sinon c'est obligatoire ;
- Un liquidateur en cas de liquidation judiciaire.

Enfin, il invite le comité d'entreprise (ou, à défaut, les délégués du personnel ou, encore à défaut, les salariés) à désigner un représentant des salariés.

Le tribunal qui ouvre une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire peut désigner un ou plusieurs experts. Il doit en outre nommer une personne (commissaire-priseur, notaire) chargée de faire l'inventaire des biens de la société et de les évaluer.

Le juge-commissaire, quant à lui, doit désigner des contrôleurs (un à cinq) choisis parmi les créanciers qui lui en font la demande. Il appartient enfin à l'administrateur judiciaire de réunir les deux comités de créanciers de la société, l'un composé des établissements de crédit, l'autre des principaux fournisseurs.

La constitution de comités de créanciers est obligatoire lorsque la société répond aux critères suivants :

- Ses comptes sont certifiés par un commissaire aux comptes ou établis par un expert-comptable ;
- Le nombre de salariés employés à la date de la demande d'ouverture de la procédure est supérieur à 150 ou son chiffre d'affaires excède 20 millions d'euros.

### 3. Recours contre le jugement d'ouverture

- L'appel : Le représentant légal de la société peut interjeter appel du jugement d'ouverture dans les **dix jours** qui suivent la notification de la décision. Seul le représentant légal de la société a qualité pour le faire.
- L'opposition : Elle est possible pour les créanciers et tiers intéressés qui étaient absents le jour de l'audience dans les 10 jours de la notification aux parties ;
- La tierce opposition : Elle est ouverte à tout intéressé qui n'a pas été partie à l'instance et qui indirectement subit le jugement ;
- Le pourvoi en cassation : Dans les 2 mois de la notification aux parties le pourvoi est ouvert aux intéressés.

### 4. Publicité du jugement d'ouverture (JO)

C'est un jugement qui va être rendu public par le greffier d'office pour en informer les tiers. La décision est tout d'abord signifiée au débiteur par voie d'huissier et une copie est adressée au mandataire de justice, au procureur de la république, au service des impôts. Le JO est mentionné en marge du RCS au répertoire des métiers. Pour les personnes n'ayant pas d'inscription au RCS sinon c'est au TGI où il y a un registre notamment pour les associations et les professions libérales par exemple.

Il y a un extrait du JO qui est publiée au BODACC dans les 8 jours. Enfin un extrait dans un JAL doit être publié.

## II. Conséquences de l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de la société

### A. Conséquences à l'égard de la société

#### 1. Sauvegarde et redressement judiciaire

##### a. Sort de la société

En cas de sauvegarde ou de redressement judiciaire, la société n'est pas dissoute. Il en résulte notamment que les organes de la société doivent être maintenus.

**1. Dirigeants sociaux.** Les dirigeants de la société (président, administrateurs, directeurs généraux, membres du directoire ou gérants) restent en fonction s'ils ne sont pas frappés d'une interdiction de gérer ou d'administrer.

Toutefois, s'il estime que la survie de l'entreprise le requiert, le tribunal peut exiger le remplacement d'un ou plusieurs dirigeants sociaux et subordonner l'adoption du plan de sauvegarde ou de redressement à ce remplacement.

En cas de sauvegarde, les dirigeants continuent à percevoir la rémunération afférente à leurs fonctions, sauf décision contraire des associés. Si la société est mise en redressement judiciaire, leur rémunération est fixée par le juge-commissaire et, si celui-ci décide de ne pas leur en octroyer, les dirigeants peuvent obtenir des subsides pour eux-mêmes et leur famille (art. L 631-11).

**2. Organes de contrôle.** Les CAC et les MCS restent en fonction comme les autres organes de la société.

Comme pour toutes les créances qui sont nées régulièrement après l'ouverture de la procédure et en contrepartie d'une prestation fournie à la société pour les besoins de son activité (art. L 622-17), les honoraires d'un CAC pour des prestations effectuées après le jugement d'ouverture doivent être payés à leur échéance par priorité aux créances nées avant le jugement d'ouverture.

**3. Assemblées générales.** Les AG d'associés peuvent être réunies pour prendre les décisions de caractère interne (par exemple, approbation des comptes annuels, nomination ou révocation des membres des organes d'administration ou de contrôle).

##### b. Période d'observation

Le jugement de sauvegarde ou de redressement judiciaire ouvre une période d'observation (art. L 621-3, al. 1 et L 631-7) au cours de laquelle l'administrateur judiciaire établit un bilan économique, social et, pour les sociétés exploitant une installation classée, environnemental. Au vu de ce bilan, il propose un plan de sauvegarde ou de redressement. Si le redressement est manifestement impossible, le tribunal prononce la liquidation judiciaire.

La période d'observation est tout d'abord limitée à 6 mois renouvelable une fois dans une limite de 12 mois au total. Il y a une prorogation exceptionnelle demandée par le Procureur de la République pour une durée maximale de 6 mois donc au total 18 mois. Tous ces délais sont des durées maximales. Donc la période d'observation peut tout à fait être d'une durée inférieure voire nulle.

#### CONTINUATION DE L'ACTIVITÉ SOCIALE

Pendant la période d'observation, la société continue en principe son activité. Toutefois, le tribunal peut, à tout moment, ordonner la cessation partielle de cette activité ou convertir la procédure (en redressement ou liquidation judiciaire lorsqu'une procédure de sauvegarde a été ouverte, ou seulement en liquidation judiciaire lorsque la société fait l'objet d'un redressement judiciaire).

En cas de redressement judiciaire, le tribunal doit se prononcer, au vu d'un rapport établi par l'administrateur judiciaire, sur la poursuite de la période d'observation dans les deux mois à compter du jugement d'ouverture et il ne peut ordonner la poursuite de cette période que s'il lui apparaît que l'entreprise dispose à cette fin de capacités de financement suffisantes (art. L 631-15, I).

#### GESTION DU PATRIMOINE SOCIAL

Pendant la période d'observation, la société est placée sous la tutelle du juge-commissaire et de l'administrateur, étant souligné que la tutelle est moins étendue lorsque la société bénéficie d'une procédure de sauvegarde.

**1. Actes soumis à l'autorisation du juge-commissaire.** Les actes de disposition étrangers à la gestion courante de l'entreprise, les constitutions d'hypothèque ou de nantissement sur les biens sociaux, les compromis ou les transactions doivent être autorisés par le juge-commissaire (art. L 622-7, al. 2 et L 631-14, I).

Les licenciements sont possibles dès le début du JO sur accord sur juge-commissaire s'ils revêtent un caractère urgent, inévitable et indispensable.

De même, sont interdits, d'une part, les paiements de créances antérieures au jugement d'ouverture de la procédure sauf paiement par compensation de dettes connexes ou autorisation du juge-commissaire et, d'autre part, les paiements de créances postérieures à ce jugement qui ne sont pas nées pour les besoins du déroulement de la procédure ou en contrepartie d'une prestation fournie à la société.

L'inobservation de cette disposition entraîne la nullité de l'acte passé sans autorisation. Toutefois, l'action en nullité ne peut être exercée que pendant un délai de trois ans à compter de la date de conclusion de cet acte ou, s'il était soumis à publicité (cas, par exemple, de l'hypothèque ou du nantissement), à compter de la date de la publicité.

**2. Intervention du mandataire judiciaire.** Seul le mandataire judiciaire a qualité pour agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers. Néanmoins, en cas de carence du mandataire, tout créancier nommé contrôleur peut agir dans cet intérêt après mise en demeure adressée au mandataire et restée infructueuse pendant deux mois.

**3. Intervention de l'administrateur.** La tutelle de l'administrateur sur les dirigeants sociaux est plus ou moins étendue selon la mission confiée à celui-ci par le tribunal (art. L 622-3, al. 1 et L 631-14, I).

En effet, indépendamment des pouvoirs qu'il tient de la loi pour le déroulement de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, l'administrateur peut être chargé par le tribunal :

- soit de surveiller la gestion qui continue alors à être exercée par les dirigeants sociaux (anciens ou nouveaux) ;
- soit d'assister la société pour tous les actes concernant la gestion ou pour certains d'entre eux ;
- soit d'assurer seul, entièrement ou en partie, l'administration de l'entreprise.

En cas de sauvegarde, seules les deux premières missions peuvent être confiées à l'administrateur (art. L 622-1, II) et la loi précise que l'administration de l'entreprise est assurée par son dirigeant.

Lorsque la société est mise en redressement judiciaire, le tribunal ne peut confier à l'administrateur qu'une mission d'assistance ou d'administration (art. L 631-12, al. 2).

Lorsque l'administrateur est chargé d'assurer seul et entièrement l'administration, que la société en redressement judiciaire emploie au moins 20 salariés et que son chiffre d'affaires hors taxes atteint 3 millions d'euros, le tribunal doit désigner un ou plusieurs experts aux fins d'assister l'administrateur dans sa mission de gestion. Dans les autres cas, il a la faculté de les désigner.

Il s'ensuit que les pouvoirs des dirigeants sont d'autant plus restreints que la mission donnée à l'administrateur est plus large.

Toutefois, même s'ils nécessitaient l'intervention de l'administrateur en raison des pouvoirs conférés à celui-ci par le tribunal, les actes de gestion courante (d'administration ou de disposition) passés par les dirigeants sociaux seuls sont réputés valables et engagent la société à l'égard des tiers de bonne foi.

En revanche, si le débiteur dessaisi effectue, sans l'accord de l'administrateur judiciaire, des actes étrangers aux pouvoirs propres qui lui sont attribués par la loi, il reste tenu au respect des obligations légales et conventionnelles incombant au chef d'entreprise susceptibles d'engager sa responsabilité pénale.

#### L'AMÉNAGEMENT DES CONDITIONS D'EXPLOITATION DE L'ENTREPRISE

##### La préférence accordée aux nouveaux créanciers : créanciers méritants

L'article 622-17 : « Les créances nées régulièrement après le JO sont payées à leur échéance normale lorsque l'activité est poursuivie et que la créance en question présente un intérêt pour la structure ». La loi de juillet 2005 a malgré tout posé des règles.

A cet effet sont visés par ce principe :

- Les créances nées pour le besoin du déroulement de la procédure : Ce sont notamment les frais et honoraires exposés par les intervenants (greffier, avocat, ...)
- Les créances nées pour les besoins de la période d'observation ;
- Les créances nées en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pour son activité professionnelle et pendant la période d'observation ;
- Toutes les créances alimentaires, dépenses liées au besoin de la vie courante du débiteur personne physique. Ce sont par exemple les dettes de loyer, dettes relatives à l'éducation et l'entretien des enfants (pension alimentaire, ...)

Toutes ces dépenses sont payées à échéances normales. A défaut de liquidité suffisante il y aura mise en place d'un paiement par privilège.

##### Le droit d'exiger la poursuite des contrats en cours

L'exécution de certains contrats peut être imposée au cocontractant. Ce droit s'applique aux contrats conclus avant l'ouverture de la procédure mais non encore exécutés totalement au jour du JO. Il s'agit principalement du contrat de crédit bail, la convention d'ouverture de crédit de la banque (contrat à exécution successive). Ce droit d'option entre poursuite et renonciation est un principe d'ordre public (article 6 du Code Civil). Donc il ne peut pas être écarté par une clause contractuelle prévoyant la résolution ou la résiliation du contrat du seul fait d'une procédure collective.

Une opposition est apparue entre ce principe que l'on a le droit d'exiger et l'article 60 de la loi bancaire de 1984. Cet article donne le droit à toute banque de résilier unilatéralement sans préavis une convention d'ouverture de crédit qu'elle soit à durée déterminée ou indéterminée dès lors que l'entreprise est dans une situation gravement compromise. A la vue de ce clivage la Cour de Cassation prévoit que la loi de 85 s'impose au détriment de la loi de 84 car il s'agit de deux lois spéciales et celle de 85 est postérieure.

En ce qui concerne le droit d'option c'est à l'administrateur ou au débiteur de prendre partie pour ce type de contrat à exécution successive, soit il le fait de façon expresse soit de façon tacite. Pour lever toute incertitude sur le sort du contrat le cocontractant peut mettre en demeure l'administrateur ou le débiteur de lui faire connaître son choix. L'absence de réponse pendant plus d'un mois équivaut à une renonciation de la continuation du contrat. Donc le contrat est résilié et disparaît pour le futur. Deux solutions se présentent alors :

- La continuation du contrat qui a été choisi : On s'engage à contrario à fournir la prestation promise à savoir un paiement : Le créancier est qualifié de créancier méritant ;
- Le non continuation du contrat : Cette situation peut donner lieu à des dommages-intérêts mais qui ne bénéficient pas du qualificatif de « créances méritantes ».

Il souffre trois exceptions au principe de la continuation des contrats en cours :

- Le contrat de travail : tout salarié a le droit de démissionner ;
- Le contrat de bail : Le bailleur peut résilier la location en cas de non paiement du loyer et des charges après le JO (3 mois d'impayés) ou en cas d'une obligation non faite pour assurer l'immeuble notamment ;
- Le contrat d'assurance : Chaque partie peut en demander la résiliation dans les 3 mois du JO.

### c. Plan de sauvegarde ou de redressement

Le plan de sauvegarde, qui est arrêté dans le cadre de la procédure de sauvegarde, et le plan de redressement, dont peuvent bénéficier les sociétés en redressement judiciaire, obéissent au même régime.

Après avoir entendu (ou dûment appelé) les dirigeants sociaux, l'administrateur, le mandataire judiciaire, les contrôleurs ainsi que les représentants du personnel et s'il estime, au vu du rapport de l'administrateur, qu'il existe une possibilité sérieuse pour l'entreprise d'être sauvegardée, le tribunal arrête un plan de sauvegarde ou de redressement, qui peut être assorti, s'il y a lieu, de l'arrêt, de l'adjonction ou de la cession d'une ou de plusieurs activités (art. L 626-1 et L 626-9).

Le redressement de l'entreprise mise en redressement judiciaire peut être opéré par la voie d'un plan de cession. Le tribunal peut ordonner la cession totale ou partielle de l'entreprise si la société est dans l'impossibilité d'en assurer elle-même le redressement et dès l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, les tiers sont admis à soumettre à l'administrateur des offres tendant au maintien de l'activité de l'entreprise, par une cession totale ou partielle de celle-ci ; la cession est alors régie par les dispositions propres à la liquidation judiciaire.

Les personnes physiques qui se sont portées caution des engagements de la société, ce qui est souvent le cas des dirigeants sociaux, peuvent se prévaloir des délais de paiement éventuellement accordés à la société dans le plan de sauvegarde pour payer ses créanciers (art. L 626-11, al. 2), mais non de ceux accordés dans le plan de redressement.

La mise en œuvre du plan de sauvegarde ou de redressement, dont la durée ne peut excéder dix ans (art. L 626-12), peut être confiée à l'administrateur.

Les créances non soumises aux délais et remises de dettes sont :

- Les créances salariales ne peuvent se voir imposer de telles choses ;
- Les créances les plus faibles dans la limite de 5% du passif estimé sont remboursés sans délais ni remises les créances d'un montant inférieure ou égale à 150 € dans l'ordre croissant de leur montant.

## 2.Liquidation judiciaire

### a. Sort de la société

Le jugement ordonnant la liquidation judiciaire de la société entraîne la dissolution de celle-ci.

Sont néanmoins écartées certaines conséquences de la dissolution. En effet, afin d'éviter la désignation d'un liquidateur amiable pour permettre à la société d'exercer les droits propres qui lui sont reconnus, la loi prévoit que les dirigeants sociaux en fonction lors du prononcé du jugement de liquidation judiciaire le demeurent, sauf disposition contraire des statuts ou décision de l'assemblée générale. Les dirigeants peuvent donc former un recours au nom de la société contre le jugement ayant prononcé la liquidation judiciaire.

Le siège social est réputé fixé au domicile du représentant légal de l'entreprise ou du mandataire désigné.

Les pouvoirs des dirigeants sociaux demeurés en fonction sont néanmoins très restreints. En effet, le tribunal nomme un liquidateur judiciaire qui est chargé de procéder aux opérations de liquidation.

Sauf en cas de poursuite d'exploitation autorisée par le tribunal, les fonctions des commissaires aux comptes prennent fin après vérification des comptes établis jusqu'à la date du jugement de liquidation judiciaire.

Société unipersonnelle. Lorsque l'associé unique d'une personne morale mise en liquidation judiciaire est une autre personne morale, la dissolution de la première, par l'effet de sa liquidation judiciaire, n'entraîne pas la transmission universelle de son patrimoine à l'associé unique ; en effet, à compter du jugement ouvrant la liquidation judiciaire, le patrimoine de la société ne peut être cédé ou transmis que selon les règles d'ordre public applicables à la liquidation judiciaire.

### b. Cessation d'activité

En principe, la liquidation judiciaire entraîne cessation de l'activité de l'entreprise. Toutefois, si la cession totale ou partielle de l'entreprise est envisageable ou si l'intérêt public ou celui des créanciers l'exige, le tribunal peut autoriser le maintien de l'activité sociale mais seulement pendant une durée maximale de six mois.

La société est dessaisie de l'administration et de la disposition de tous ses biens. Les droits et actions concernant son patrimoine sont exercés par le liquidateur judiciaire (art. L 641-9, I).

Les actes accomplis au mépris de ce dessaisissement ne sont pas frappés de nullité mais seulement d'inopposabilité à la procédure collective. Ils restent donc valables entre les parties encore que, dans la plupart des cas, cette règle soit sans portée pratique.

### c. Réalisation de l'actif

Deux modalités de réalisation de l'actif sont prévues : soit un plan de cession organisant la cession totale ou partielle de l'entreprise (art. L 642-1 s.), soit la vente isolée des actifs de la société (art. L 642-18 s.).

Les offres d'acquisition doivent émaner de tiers indépendants de la société en liquidation judiciaire. Ni les dirigeants de la société ni leurs parents ou alliés jusqu'au deuxième degré inclusivement ni les personnes désignées contrôleur au cours de la procédure ne peuvent, directement ou par personne interposée, présenter une offre.

De même, il est fait interdiction à ces personnes d'acquérir, dans les cinq années suivant la cession, tout ou partie des biens

dépendant de la liquidation, directement ou indirectement, ainsi que d'acquérir des parts ou titres de capital de toute société ayant dans son patrimoine, directement ou indirectement, tout ou partie de ces biens, ainsi que des valeurs mobilières donnant accès, dans le même délai, au capital de cette société (art. L 642-3, al. 1).

Tout acte passé en violation de ces dispositions est nul ; l'action en nullité, ouverte à tout intéressé et au ministère public, doit être présentée dans un délai de trois ans à compter de la conclusion de l'acte ou de la publicité de l'acte, si celui-ci est soumis à publicité.

Lorsqu'il arrête un plan de cession, le juge peut autoriser la conclusion d'un contrat de location-gérance, d'une durée maximale de deux ans, au profit de la personne qui a présenté l'offre d'acquisition « permettant dans les meilleures conditions d'assurer le plus durablement l'emploi et le paiement des créanciers » (art. L 642-13 s.). L'intéressé doit acquérir le fonds au terme du contrat. S'il n'exécute pas cette obligation dans les conditions et délais fixés par le plan, le tribunal ordonne la résolution du plan et peut condamner le locataire-gérant à des dommages-intérêts (art. L 642-17, al. 1).

En cas de cession de l'entreprise, le dirigeant et principal animateur de la société est tenu d'une obligation de loyauté à l'égard du repreneur de cette entreprise que sa gestion a conduite au redressement judiciaire. Il doit donc s'abstenir, même en l'absence de toute clause de non-concurrence ou de non-rétablissement, de développer une activité concurrente dans des conditions susceptibles de détourner la clientèle régulièrement cédée.

Jugé que si l'auteur d'une offre d'achat de la totalité des actifs d'une entreprise en redressement judiciaire peut l'assortir de la condition suspensive que le ou les dirigeants de cette entreprise souscrivent personnellement tel engagement de non-concurrence à son égard, il n'entre pas dans les pouvoirs du tribunal, lorsqu'il arrête le plan de cession, d'imposer à ce ou ces dirigeants une obligation de non-concurrence qu'ils n'ont pas acceptée.

## B. Conséquences à l'égard des associés

### 1. Ouverture d'une procédure collective

A l'égard des associés, la procédure collective de la société ne produit, en principe, aucun effet.

En effet, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2006, date d'entrée en vigueur de la loi 2005-845 du 26 juillet 2005, le jugement qui ouvre le redressement ou la liquidation judiciaire de la société ne produit plus ses effets sur les associés qui sont indéfiniment et solidairement responsables du passif social. Par suite, le tribunal ne doit plus ouvrir à l'égard de chacun d'eux une procédure collective.

Toutefois, la procédure collective de la société peut être étendue à un associé s'il est établi que ce dernier avait confondu son patrimoine avec celui de la société. Les associés restent tenus de libérer leurs apports si cela n'a pas déjà été fait.

### 2. Modifications des statuts

#### a. Au cours de la période d'observation

Si l'administrateur envisage de proposer au tribunal un plan de sauvegarde ou de redressement assorti d'une modification du capital, une assemblée des associés ou actionnaires doit être convoquée. Au cours de cette assemblée, les actionnaires ou associés devront d'abord reconstituer les capitaux propres à concurrence du montant proposé par l'administrateur (ou le juge-commissaire en l'absence de désignation d'un administrateur) sans que ce montant puisse être inférieur à la moitié du capital social.

L'assemblée pourra également être appelée à décider la réduction puis l'augmentation du capital en faveur d'une ou plusieurs personnes qui s'engageront à exécuter le plan.

**Auteur de la convocation.** Conformément au droit commun, il appartient au gérant, au conseil d'administration ou au directoire de convoquer l'assemblée. Néanmoins, lorsque la société fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire, l'administrateur judiciaire doit le faire si l'organe social compétent n'y procède pas.

**Modalités de la convocation.** En principe, les modalités de convocation et de réunion de l'assemblée sont les mêmes que celles applicables en régime normal ; elles varient selon la forme de société concernée.

Toutefois, pour les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions, des mesures spéciales ont été prises. Ces mesures sont les suivantes.

**1. Contenu de l'avis de convocation.** Outre les indications habituelles, l'avis de convocation doit indiquer :

- la date à laquelle se réunira éventuellement la deuxième assemblée au cas où la première n'atteindrait pas le quorum requis, étant rappelé que le délai entre les deux assemblées doit être d'au moins six jours ;
- le délai pendant lequel les actionnaires peuvent demander l'inscription de projets de résolution à l'ordre du jour (voir § 2).

**2. Inscription de projets de résolution à l'ordre du jour de l'assemblée.** Cette inscription peut être demandée par tout actionnaire remplissant les conditions requises, sous pli recommandé avec accusé de réception, quinze jours au moins avant la date de l'assemblée réunie sur première convocation.

**Adoption des modifications.** Les règles à suivre pour l'adoption des modifications proposées ne font l'objet d'aucune mesure dérogatoire. Notamment, s'il est prévu une augmentation du capital social, cette augmentation de capital, assortie éventuellement de la suppression du droit préférentiel de souscription en faveur des « repreneurs » intéressés, doit être décidée dans les conditions de droit commun.

**Agrément des nouveaux associés.** S'il existe dans les statuts des clauses d'agrément, celles-ci ne sont pas applicables aux tiers qui

accepteraient de souscrire à l'augmentation de capital (art. L 626-3, al. 4 et L 631-19, I).

L'application de cette disposition n'appelle aucune observation en ce qui concerne les sociétés par actions puisque, dans ces sociétés, l'agrément des nouveaux actionnaires ne peut être exigé qu'en vertu d'une clause statutaire.

Mais, s'il s'agit d'une SARL, l'agrément des tiers non associés - qui s'applique à notre avis non seulement en cas de cessions entre vifs mais aussi à l'occasion d'une augmentation de capital. Dès lors, le souscripteur non associé de parts de SARL doit, même pour l'exécution d'un plan de sauvegarde ou de redressement, être agréé par les associés représentant au moins la moitié des parts sociales. Toutefois, lorsque l'agrément a une origine conventionnelle comme c'est le cas pour le conjoint, l'ascendant ou le descendant d'un associé de SARL, il doit être écarté.

## b. Après l'adoption d'un plan de sauvegarde ou de redressement

Le plan doit mentionner les modifications statutaires nécessaires à la réorganisation de l'entreprise (art. L 626-15 et L 631-19, I). Ces modifications statutaires - autres que celles qui auraient pu déjà avoir été décidées pendant la période d'observation et qui deviennent exécutoires -, si elles n'ont pas été approuvées régulièrement par les associés à l'initiative des dirigeants sociaux, sont soumises à une assemblée générale convoquée par l'administrateur.

En cas d'augmentation de capital en numéraire prévue par le plan, les associés ou actionnaires ne sont pas tenus de libérer immédiatement la totalité des parts ou actions qu'ils ont souscrites. Cette libération doit intervenir dans le délai fixé par le tribunal.

En cas de libération immédiate, et seulement dans ce cas, les associés ou actionnaires peuvent compenser la dette résultant de leur souscription avec leurs créances sur la société si ces créances ont été admises au passif de la société et sous réserve de la réduction dont elles ont pu faire l'objet dans le plan (art. L 626-17).

A défaut pour les associés d'avoir procédé aux opérations de restructuration du capital prévues par le plan de continuation (ou de sauvegarde) de l'entreprise, celui-ci peut être résolu.

## C. Conséquences à l'égard des dirigeants sociaux

### 1. Remplacement des dirigeants sociaux

Lorsqu'il estime que la survie de l'entreprise le requiert, le tribunal de commerce peut, sur la demande du ministère public et de lui seul, subordonner l'adoption du plan de sauvegarde ou de redressement de l'entreprise au remplacement d'un ou plusieurs des dirigeants sociaux.

Le tribunal ne peut prendre sa décision qu'après avoir entendu (ou dûment appelé) les dirigeants et les représentants du CE ou, à défaut, des DP ainsi que l'administrateur judiciaire, s'il en a été désigné un, et le mandataire judiciaire.

L'éviction des dirigeants ne doit pas être la sanction de leurs erreurs passées, mais une mesure de sauvegarde de l'entreprise. En l'occurrence, il a été jugé que, même s'il a commis des erreurs graves passibles de sanctions pénales et commerciales, le gérant d'une société en redressement judiciaire doit être maintenu en fonction dès lors que son intervention est indispensable pour la survie de l'entreprise.

Lorsque le tribunal ordonne le remplacement, l'administrateur judiciaire (ou, s'il n'en a pas été désigné, le mandataire judiciaire) convoque les organes sociaux compétents aux fins de délibérer sur la demande de remplacement.

### 2. Sort des droits sociaux

#### a. Mesures conservatoires en cas de redressement judiciaire de la société

A partir du jugement ouvrant la procédure de redressement judiciaire d'une société, ses dirigeants de droit ou de fait, rémunérés ou non, ne peuvent, à peine de nullité, céder leurs droits dans la société que dans les conditions fixées par le tribunal de commerce.

L'interdiction ne concerne que les parts sociales ou actions détenues par les dirigeants en fonction au jour du jugement ayant décidé l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire.

Les actions doivent être virées à un compte spécial bloqué ouvert par l'administrateur au nom de leur titulaire et tenu par la société émettrice (titres nominatifs) ou par un intermédiaire financier habilité (titres au porteur). Aucun mouvement ne peut être effectué sur ce compte sans l'autorisation du juge-commissaire (art. L 631-10, al. 2).

A moins qu'ils ne soient privés du droit de vote, les dirigeants sociaux peuvent obtenir de l'administrateur la délivrance d'un certificat qui leur permettra de participer aux assemblées de la société.

En pratique, ce certificat n'a d'intérêt que si les titres des dirigeants sont des titres « au porteur ». En effet, s'il s'agit de titres nominatifs, les dirigeants n'ont à fournir aucun document pour pouvoir assister à l'assemblée puisque leurs titres, même bloqués, sont inscrits à un compte ouvert à leur nom. Ils sont donc connus de la société émettrice.

Sauf décision contraire du tribunal, il est mis fin au compte spécial, à la demande de la personne la plus diligente, après l'adoption du plan de redressement ou après la clôture des opérations.

En cas de cession forcée ou d'incessibilité, il est mis fin au compte spécial après que la décision ordonnant la cession ou levant la mesure d'incessibilité est passée en force de chose jugée.

#### b. Expropriation des dirigeants sociaux

Lorsque la société fait l'objet d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire et que sa survie le requiert, le tribunal peut, sur demande du ministère public, prononcer l'incessibilité des parts sociales, actions ou autres valeurs mobilières donnant accès au capital détenus par un ou plusieurs dirigeants de droit ou de fait et décider que le droit de vote attaché à ces droits sociaux sera exercé, pour la durée qu'il fixe, par un mandataire de justice désigné à cet effet (art. L 626-4, al. 2 et L 631-19, I).

### 3. Action en responsabilité contre les dirigeants sociaux

Les dirigeants sociaux peuvent être l'objet d'une action en réparation du préjudice personnel qu'ils ont pu causer à un associé ou à un créancier. Conformément aux règles du droit commun, il appartient au demandeur de prouver que les dirigeants ont commis une faute et qu'il existe une relation de cause à effet entre cette faute et le préjudice qu'il a subi.

Encore faut-il que la faute commise ne soit pas une faute de gestion au sens de l'article L 651-2 car, nous le verrons, une telle faute ne peut donner ouverture qu'à une action en comblement de passif. Toujours conformément au droit commun, il faut qu'il s'agisse d'une faute personnelle du dirigeant séparable de ses fonctions.

L'action en justice doit tendre à la réparation d'un préjudice particulier et distinct de celui de l'ensemble des associés ou des créanciers.

Tel est le cas de l'action d'un créancier, qui n'a pas pour objet la réparation d'une insuffisance d'actif causée par des fautes de gestion des dirigeants d'une personne morale, mais celle d'un préjudice résultant « d'une série d'opérations, de manœuvres et de dissimulations fautives » auxquelles ces dirigeants avaient participé et qui avaient privé le créancier d'une chance d'être remboursé d'un prêt qu'il avait consenti à la personne morale. Le créancier s'était en effet abstenu de prendre une hypothèque compte tenu d'un acte de cautionnement qui lui avait été produit par les dirigeants et qui s'était ensuite révélé être un faux.

### 4. Sanctions patrimoniales

Jusqu'à la réforme opérée par la loi 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2006, le dirigeant d'une société faisant l'objet d'une procédure collective encourait deux sortes de sanctions patrimoniales : la mise en redressement ou liquidation judiciaire personnelle dans des cas déterminés par la loi et l'obligation de supporter tout ou partie des dettes sociales, sanction connue sous le nom de « comblement du passif social ». La loi nouvelle a conservé cette dernière sanction en y apportant quelques modifications et a remplacé la première par une « obligation aux dettes sociales » que nous appellerons, dans les développements qui suivent, « obligation aux dettes de l'article L 652-1 ».

Lorsque, au 1<sup>er</sup> janvier 2006, une procédure collective est en cours à l'encontre de la société, le dirigeant de celle-ci ne peut plus être mis personnellement en redressement ou en liquidation judiciaire. En revanche, les procédures de redressement ou liquidation qui, à cette date, sont déjà ouvertes contre le dirigeant à titre de sanction ne sont pas affectées par l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions (Loi du 26-7-2005 art. 192).

S'agissant du comblement de passif, les dispositions de la loi en la matière sont applicables aux procédures en cours au 1er janvier 2006, à l'exception de l'article L 651-2 définissant les nouvelles conditions d'ouverture de l'action. Il s'ensuit que l'ancien article L 624-3 (remplacé par l'article L 651-2) demeure applicable pour condamner les dirigeants au paiement de l'insuffisance d'actif d'une personne morale soumise à une procédure collective ouverte avant le 1er janvier 2006.

La procédure collective de la société peut néanmoins, comme auparavant, être étendue au dirigeant s'il a confondu son patrimoine avec celui de la société ou si la société qu'il dirige est fictive (art. L 621-2, al. 2, L 631-7 et L 641-1, I).

#### DISTINCTION ENTRE L'OBLIGATION AUX DETTES DE L'ARTICLE L 652-1 ET LE COMPLEMENT DU PASSIF SOCIAL

La nouvelle obligation aux dettes de l'article L 652-1 ressemble étrangement à l'obligation aux dettes qui existait avant la réforme de 2005 et connue sous le nom de « comblement de passif ». Dans les deux cas, le dirigeant peut être condamné à payer tout ou partie des dettes sociales s'il a commis une faute.

Sur le plan des principes, l'action en comblement de passif est une action en responsabilité et est qualifiée comme telle par la loi. Elle suppose une faute, un préjudice (l'insuffisance d'actif) et un lien de causalité entre les deux (l'insuffisance d'actif doit trouver sa cause dans la faute du dirigeant) et elle conduit à condamner le dirigeant à réparer le préjudice en comblant le passif.

Au contraire, l'obligation aux dettes de l'article L 652-1 n'est pas une action en responsabilité car elle ne tend pas à réparer le préjudice (la cessation de paiement) que les agissements du dirigeant causent à la société. Il s'agit d'une sanction patrimoniale applicable dès lors que l'un des faits limitativement énumérés à l'article L 652-1 a été commis par le dirigeant, sans corrélation avec le préjudice qui a pu en résulter pour la société.

#### CUMUL DE SANCTIONS

Le dirigeant qui a commis un fait sanctionné par l'obligation aux dettes de l'article L 652-1 ne peut pas être poursuivi en comblement

du passif (art. L 652-1, al. 2).

De même, la Cour de cassation a nettement affirmé que le régime spécial de responsabilité de l'action en comblement de passif exclut la possibilité de mettre en œuvre également l'action en responsabilité de droit commun, qu'elle soit fondée sur les dispositions spécifiques du droit des sociétés ou sur l'article 1382 du Code civil.

Mais un mandataire judiciaire peut engager une action en responsabilité pour faute de gestion sur le fondement du droit des sociétés à l'encontre d'un dirigeant dès lors qu'il n'allègue aucune insuffisance d'actif. De même, un associé peut engager une action sociale tendant à la réparation du préjudice subi par la société, voire une action en réparation du préjudice qu'il a subi personnellement, distinct du préjudice social, dès lors que la procédure collective ne fait pas apparaître d'insuffisance d'actif.

Enfin, un créancier peut valablement engager une action en responsabilité à l'encontre du dirigeant d'une société faisant l'objet d'une procédure collective pour des faits antérieurs au jugement d'ouverture, à condition d'alléguer un préjudice personnel distinct de celui des autres créanciers résultant d'une faute du dirigeant séparable de ses fonctions.

Le cumul reste possible entre l'action en comblement de passif et l'action en responsabilité fiscale prévue par l'article L 267 du LPF ou l'action civile en réparation du préjudice résultant d'une infraction.

### a. Dirigeants visés

Les sanctions patrimoniales peuvent être prononcées à l'encontre de tous les dirigeants de droit ou de fait de sociétés soumises à une procédure collective (art. L 651-1, L 651-2 et L 652-1).

Seuls les dirigeants en fonction après l'immatriculation de la société au registre du commerce peuvent voir leur responsabilité pécuniaire mise en jeu.

#### DIRIGEANTS DE DROIT

La notion de dirigeant de droit vise le directeur général, les directeurs généraux délégués, les administrateurs, les membres du directoire, le président ou les autres dirigeants de SAS, les gérants, les liquidateurs, qu'ils soient associés ou non, français ou étrangers, la loi ne faisant aucune distinction à cet égard.

La qualité de dirigeant de droit résulte non de l'activité, des attributions ou des pouvoirs de la personne concernée, mais de sa désignation régulière, soit par les statuts, soit par les organes sociaux compétents.

Les actions en comblement de passif et en obligation aux dettes de l'article L 652-1 peuvent aussi être exercées à l'encontre des représentants permanents des dirigeants personnes morales (art. L 651-1).

Lorsqu'une personne morale est représentée au conseil d'administration d'une société anonyme faisant l'objet d'une procédure collective par un représentant permanent autre que son représentant légal, ce dernier ne saurait être condamné à payer les dettes sociales dès lors qu'il n'est pas démontré qu'il était personnellement dirigeant de droit ou de fait de la SA.

#### DIRIGEANTS DE FAIT

C'est au demandeur qu'il appartient d'établir qu'une personne n'ayant pas la qualité de dirigeant de droit peut être considérée comme dirigeant de fait et appelée ainsi à supporter les dettes sociales.

La qualification de dirigeant de fait se caractérise par l'exercice en toute liberté et indépendance, seul ou en groupe, de façon continue et régulière, d'activités positives de gestion et de direction engageant la société. De plus, cette qualité ne peut être appréciée de manière abstraite mais doit être examinée en fonction de la spécificité des relations contractuelles liant les parties.

#### ANCIENS DIRIGEANTS

Le plus souvent, les dirigeants poursuivis sont ceux qui étaient en fonction au moment où le juge a ouvert la procédure collective de la société.

Toutefois, les dirigeants qui ont cessé leurs fonctions ne sont pas à l'abri d'une condamnation. Ainsi, la sanction du comblement de passif peut, nous semble-t-il, être prononcée à l'encontre des dirigeants qui n'assumaient plus la direction de la société au moment de la résolution du plan ou de la mise en liquidation judiciaire de la société, dès lors que les agissements des intéressés ont contribué à l'insuffisance d'actif constatée. De même, l'obligation aux dettes sociales peut être mise à la charge des dirigeants qui ont cessé leurs fonctions, si les faits qu'ils ont commis ont contribué à la cessation des paiements.

Les dirigeants peuvent également être condamnés s'ils ont continué à s'immiscer dans la gestion alors qu'ils n'étaient plus en fonction. Le défaut de publication de la cessation des fonctions d'un dirigeant ne permet pas de poursuivre celui-ci en paiement des dettes sociales dès lors qu'il a effectivement cessé d'exercer ses fonctions.

#### HÉRITIERS DES DIRIGEANTS

En cas de décès du dirigeant concerné, l'action en sanction pécuniaire peut être intentée contre ses héritiers.

Pour écarter cette éventualité ou en limiter les conséquences, les héritiers doivent renoncer à la succession ou ne l'accepter que sous bénéfice d'inventaire (ou à concurrence de l'actif net, pour les successions ouvertes depuis le 1er janvier 2007).

#### MEMBRES DU CONSEIL DE SURVEILLANCE

Les membres du conseil de surveillance n'ont pas la qualité de dirigeant de droit. Même s'ils ont commis des fautes personnelles dans l'exécution de leurs fonctions, ils ne sauraient être tenus de contribuer au paiement du passif social s'il n'est pas établi qu'ils ont agi ensemble ou séparément en dirigeants de fait. Mais ils peuvent être condamnés à des dommages-intérêts s'il apparaît qu'en s'abstenant de surveiller la gestion des membres du directoire ils ont commis une faute ayant causé un préjudice aux créanciers.

### b. Conditions du prononcé des sanctions

### COMBLEMENT DU PASSIF SOCIAL

Alors que, sous l'empire des textes antérieurs à la réforme de 2005, un dirigeant pouvait être poursuivi en comblement de passif même lorsque la société était mise en redressement judiciaire, il ne peut désormais plus l'être en cas d'ouverture d'une procédure de redressement ou de sauvegarde.

En effet, les dirigeants peuvent être condamnés à supporter tout ou partie des dettes sociales - mesure connue sous le nom d'« action en comblement de passif » - lorsque la résolution du plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire ou la liquidation judiciaire de la société fait apparaître une insuffisance d'actif (art. L 651-2).

#### Insuffisance d'actif

Les dirigeants sociaux ne peuvent être condamnés à combler le passif social qu'en présence d'une insuffisance d'actif dont l'existence et le montant sont appréciés au jour où le tribunal statue sur la sanction.

Lorsque l'action en comblement est engagée à la suite de la liquidation judiciaire de la société, les dettes nées après le jugement d'ouverture de la procédure collective n'entrent pas dans le passif pris en compte pour calculer le montant de l'insuffisance d'actif qui peut être mis à la charge des dirigeants.

#### Fautes de gestion

Les dirigeants ne peuvent être tenus de combler le passif social que s'ils ont commis des fautes de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif (art. L 651-2, al. 1).

Le demandeur en comblement du passif doit donc prouver :

- d'une part, l'existence d'une faute de gestion de la part du dirigeant ;
- d'autre part l'existence d'une insuffisance d'actif ;
- enfin, un lien de causalité entre cette faute et l'insuffisance d'actif.

Toute faute de gestion, même légère, toute imprudence ou négligence peut entraîner la mise en cause de la responsabilité des dirigeants sociaux.

**Antériorité de la faute de gestion.** La responsabilité des dirigeants ne peut concerner que leur gestion antérieure soit au jugement d'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire, soit au prononcé de la résolution du plan de sauvegarde ou de redressement. Relèvent du droit commun de la responsabilité les fautes de gestion postérieures à l'ouverture de la procédure ou au prononcé de la résolution du plan.

Un paiement préférentiel au profit de certains créanciers effectué en période suspecte constitue une faute de gestion et justifie la condamnation du dirigeant au comblement du passif sans qu'il soit nécessaire de faire constater préalablement, par une action en justice, la nullité de ce paiement.

### OBLIGATION AUX DETTES DE L'ARTICLE L 652-1

Cette nouvelle sanction créée par la loi du 26 juillet 2005 peut être prononcée à l'encontre des dirigeants ayant commis l'un des faits qui, auparavant, autorisaient l'ouverture d'une procédure collective personnelle à leur encontre, mais seulement si la société qu'ils dirigent est mise en liquidation judiciaire.

#### Agissements répréhensibles

Le tribunal peut décider de mettre à la charge du dirigeant d'une société en liquidation judiciaire tout ou partie des dettes de celle-ci lorsque ce dirigeant a commis l'un des faits énumérés ci-après, à condition que ses agissements aient contribué à la cessation des paiements de la société (art. L 652-1) :

- avoir disposé des biens sociaux comme des siens propres ;
- sous le couvert de la société masquant ses agissements, avoir fait des actes de commerce dans un intérêt personnel ;
- avoir fait des biens ou du crédit de la société un usage contraire à l'intérêt de celle-ci à des fins personnelles ou pour favoriser une autre personne morale ou entreprise dans laquelle il était intéressé directement ou indirectement ;
- avoir poursuivi abusivement, dans un intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la société ;
- avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif ou frauduleusement augmenté le passif de la société.

#### Date des agissements

Le Code de commerce n'apporte aucune précision sur la date à laquelle les agissements répréhensibles du dirigeant doivent avoir été commis. Toutefois, compte tenu du fait que, selon l'article L 652-1, les agissements du dirigeant doivent « avoir contribué à la cessation des paiements » de la société pour être fautifs, seuls des faits antérieurs au jugement ouvrant la liquidation judiciaire de la société peuvent, à notre avis, justifier le prononcé de l'obligation aux dettes de l'article L 652-1.

## c. Procédure

### TRIBUNAL COMPÉTENT

Le tribunal compétent pour statuer sur l'action en comblement de passif ou en obligation aux dettes de l'article L 652-1 est celui qui a

ouvert ou prononcé la sauvegarde, le redressement ou la liquidation judiciaire de la société.

Afin de garantir l'impartialité des juges, le juge-commissaire ne peut ni siéger dans la formation de jugement, ni participer au délibéré.

#### QUALITÉ POUR AGIR

L'action en comblement de passif ou en obligation aux dettes de l'article L 652-1 peut être introduite par le mandataire judiciaire, le liquidateur judiciaire ou le ministère public. Le tribunal peut aussi être saisi, ce qui est nouveau, par la majorité des créanciers nommés contrôleurs lorsque le mandataire de justice ayant qualité pour agir n'a pas engagé l'action après une mise en demeure restée sans suite. Cette mise en demeure doit être délivrée au moyen d'une LRAR par au moins deux créanciers contrôleurs et être restée infructueuse pendant deux mois à compter de sa réception.

#### RECHERCHE D'INFORMATIONS

Le président du tribunal peut charger le juge-commissaire (ou, à défaut, un membre de la juridiction) d'obtenir, de la part des administrations et organismes publics, des organismes de prévoyance et de sécurité sociale et des établissements de crédit, communication de tout document ou information sur la situation patrimoniale des dirigeants poursuivis.

Lorsque cette mesure est ordonnée, ce qui n'est qu'une simple faculté pour le tribunal, le rapport du juge désigné est déposé au greffe du tribunal où les dirigeants peuvent en prendre connaissance au moins un mois avant l'audience.

#### MESURES PROVISOIRES

Afin d'éviter que les dirigeants n'organisent leur insolvabilité, le président du tribunal peut ordonner toute mesure conservatoire utile à l'égard des biens des dirigeants poursuivis (art. L 651-4, al. 2 et L 652-5).

#### EXISTENCE DE POURSUITES PÉNALES

Si des poursuites pénales sont exercées à l'encontre des dirigeants, le tribunal saisi de l'action en comblement de passif ou en obligation aux dettes de l'article L 652-1 n'est pas tenu de surseoir à statuer jusqu'à ce que le tribunal répressif ait pris sa décision à condition que le sort des poursuites pénales soit sans incidence sur celui de l'action. Tel est le cas, par exemple, lorsque le dirigeant est à la fois l'objet d'une action en comblement du passif et de poursuites pénales pour abus de biens sociaux. En revanche, si, par exemple, une décision pénale a rejeté la qualité de dirigeant de fait dans des poursuites pour infraction à la législation sur les sociétés et pour banqueroute, les tribunaux civils ne peuvent plus, en raison de l'autorité au civil de la chose jugée au pénal, retenir cette qualité pour condamner l'intéressé à supporter les dettes sociales.

#### PRESCRIPTION

L'action en comblement de passif se prescrit par trois ans à compter du jugement qui prononce la liquidation judiciaire ou la résolution du plan (art. L 651-2, al. 2).

Compte tenu de la durée pendant laquelle un plan peut être arrêté (dix ans), le dirigeant peut être poursuivi treize ans après le jugement ayant ouvert la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire.

Aucune solidarité n'existe entre les dirigeants de droit ou de fait d'une même personne morale au regard de la mise en œuvre de l'action en comblement de passif. Il en résulte que l'action engagée dans le délai légal contre un dirigeant n'interrompt pas la prescription à l'égard des autres dirigeants, qu'ils soient de droit ou de fait. Ainsi, a été déclarée prescrite l'action formée contre le dirigeant de fait d'une société plus de trois ans après le jugement qui avait prononcé la liquidation judiciaire de la société, peu important qu'entre-temps le dirigeant de droit de la société ait été lui-même poursuivi en paiement d'une partie de l'insuffisance d'actif/ L'action en obligation aux dettes de l'article L 652-1 se prescrit par trois ans à compter du jugement qui prononce la liquidation judiciaire de la société (art. L 652-4).

### d. Condamnation du dirigeant

#### DÉCISION DU TRIBUNAL

Le comblement de passif et l'obligation aux dettes de l'article L 652-1 sont des sanctions facultatives. Le tribunal dispose d'une large

faculté d'appréciation et peut écarter toute condamnation même si le dirigeant s'est rendu coupable de l'un des agissements permettant le prononcé de l'une de ces deux sanctions. De même, il bénéficie d'une grande latitude pour déterminer si le dirigeant doit être condamné à prendre en charge toutes les dettes ou seulement une partie d'entre elles. En revanche, le dirigeant de droit ne peut pas obtenir un allègement de sa sanction en faisant valoir qu'il n'a pas exercé ses fonctions de direction.

### **Etendue de la contribution aux dettes sociales**

Le montant total des condamnations mises à la charge des dirigeants au titre du comblement de passif ne peut pas excéder le montant de l'insuffisance d'actif. Avant la réforme de 2005, la Cour de cassation admettait que le dirigeant puisse être condamné à supporter la totalité des dettes sociales même si la faute de gestion qu'il avait commise n'était que l'une des causes de l'insuffisance d'actif et si elle n'était à l'origine que d'une partie des dettes sociales. On peut se demander si, depuis la réforme, ce principe est toujours applicable : en effet, le nouvel article L 651-2 précise que les dettes sociales sont supportées par les dirigeants « ayant contribué à la faute de gestion ».

En cas de liquidation judiciaire commune à plusieurs sociétés en raison de la confusion de leurs patrimoines, le dirigeant de l'une d'entre elles ne peut pas se voir condamné à supporter tout ou partie de l'insuffisance d'actif des sociétés dont il n'était pas dirigeant. Pour déterminer s'il y a lieu de prononcer une condamnation, le tribunal peut prendre en considération non seulement la gravité des fautes de gestion et le montant de l'insuffisance d'actif mais également la situation personnelle du dirigeant et ses facultés contributives.

S'agissant de l'obligation aux dettes de l'article L 652-1, le montant des dettes sociales mises à la charge des dirigeants peut, à notre avis, excéder le montant de l'insuffisance d'actif, contrairement à la solution retenue en matière de comblement de passif. En effet, et comme on l'a vu, l'action fondée sur l'article L 652-1 n'est pas une action en responsabilité tendant à la réparation du préjudice subi par la société. Le dirigeant peut donc, à notre avis, être condamné à payer la totalité des dettes, même si la réalisation de l'actif social dans le cadre de la liquidation judiciaire permet d'apurer certaines d'entre elles.

### **Répartition de la contribution entre plusieurs dirigeants**

En cas de pluralité de dirigeants fautifs, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables.

Pour la répartition de cette contribution au passif, le tribunal n'est pas obligé de tenir compte de l'existence ou de l'absence de rémunération des dirigeants et peut décider que les dettes sociales seront supportées par le gérant non rémunéré dans la même proportion que le gérant rémunéré. De même, il n'est pas tenu par les conventions qui auraient pu être passées entre les dirigeants en vue de la répartition entre eux du passif mis à leur charge.

## CONSÉQUENCES D'UNE CONDAMNATION

### **Pour les créanciers**

En cas de comblement de passif, les sommes versées par les dirigeants sociaux entrent dans le patrimoine de la société et sont réparties entre tous les créanciers en proportion de leurs créances (au marc le franc) (art. L 651-2, al. 3).

Cette répartition doit être faite de manière égalitaire entre tous les créanciers sans qu'il y ait lieu de tenir compte de la nature, privilégiée ou non, de leurs créances.

La répartition du montant de la condamnation est différente lorsque celle-ci a été prononcée au titre de l'obligation aux dettes de l'article L 652-1. Dans ce cas, en effet, les sommes recouvrées sont affectées au désintéressement des créanciers selon l'ordre de leurs sûretés. Il en résulte que les sommes doivent être versées au liquidateur judiciaire et non directement entre les mains d'un créancier.

### **Pour le dirigeant**

Lorsque le dirigeant condamné au paiement d'une partie du passif social est, par ailleurs, créancier de la société, il ne peut pas compenser le montant de la condamnation avec celui de sa. De même, la condamnation ne peut pas faire l'objet d'une transaction. Ces solutions rendues en matière de comblement de passif nous semblent transposables à l'obligation aux dettes de l'article L 652-1. Par ailleurs, le dirigeant condamné à combler le passif social est en droit de retrancher les sommes ainsi versées des revenus qu'il tire de son activité rémunérée dans la société (mais non de ses dividendes) et de constater éventuellement un déficit déductible de son revenu imposable.

## SANCTIONS DE L'INEXÉCUTION DE LA CONDAMNATION

Lorsqu'un dirigeant n'a pas acquitté les dettes sociales qui ont été mises à sa charge au titre du comblement de passif ou de l'obligation aux dettes de l'article L 652-1, il peut être frappé de faillite personnelle ou de l'interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, soit toute entreprise commerciale, artisanale et toute personne morale, soit une ou plusieurs de celles-ci (art. L 653-6 et L 653-8) ; le tribunal peut, en outre, enjoindre à ce dirigeant de céder ses actions ou parts sociales dans la société ou ordonner leur cession forcée par les soins d'un mandataire de justice, au besoin après expertise ; le produit de la vente est affecté au paiement de la part des dettes sociales mise à la charge du dirigeant (art. L 653-9, al. 2).

Ces sanctions sont applicables même si le dirigeant s'est acquitté partiellement de sa dette.

## *5.Faillite personnelle et interdiction de gérer*

Lorsqu'une société est mise en redressement ou en liquidation judiciaire, ses dirigeants peuvent être frappés d'une sanction personnelle : faillite personnelle ou interdiction de gérer, la première étant, comme on le verra (n° 28813 s.), plus lourde que la

seconde.

Ces sanctions personnelles sont facultatives : le tribunal peut ne pas en prononcer même si les conditions exigées par les textes sont remplies. En outre, il dispose d'un pouvoir souverain pour opter entre la faillite personnelle et l'interdiction de gérer.

### a. Dirigeants visés

Peuvent être frappées de faillite personnelle ou faire l'objet d'une interdiction de gérer les personnes physiques qui sont dirigeants de droit ou de fait de personnes morales ou représentants permanents des personnes morales dirigeantes.

Un dirigeant de droit ne peut, pour se soustraire à la faillite personnelle ou à l'interdiction de gérer, prétendre qu'il n'avait été que le prête-nom du dirigeant de fait de la société.

Les dirigeants qui n'étaient plus en fonction lors de la survenance des faits susceptibles d'entraîner une sanction personnelle échappent à toute poursuite.

Il en est de même de ceux qui, avant l'immatriculation de la société au registre du commerce, avaient démissionné des postes auxquels ils avaient été nommés.

En revanche, les dirigeants peuvent être poursuivis, même s'ils n'étaient plus en fonction au moment de l'ouverture de la procédure collective de la société lorsqu'ils ont commis l'un des agissements sanctionnés par la loi à l'époque où ils étaient dirigeants.

En cas de décès du dirigeant fautif, la faillite personnelle ou l'interdiction de gérer ne peut être prononcée ni contre lui ni contre ses héritiers.

### b. Conditions du prononcé de la sanction

La faillite personnelle ou l'interdiction de gérer peut être prononcée lorsque la société fait l'objet d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire (art. L 653-1, I). Cette sanction est donc exclue dans le cadre de la procédure de sauvegarde.

#### AGISSEMENTS JUSTIFIANT LA FAILLITE PERSONNELLE

Elle peut être prononcée contre un dirigeant social :

- d'une part, dans tous les cas pouvant justifier le prononcé de la condamnation au paiement de dettes sociales sur le fondement de l'article L 652-1 :

- d'autre part, dans les différents cas énumérés par l'article L 653-5, c'est-à-dire lorsque le dirigeant a :

- exercé une activité commerciale, artisanale ou agricole ou une fonction de direction ou d'administration d'une personne morale contrairement à une interdiction prévue par la loi ;

- dans l'intention d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, fait des achats en vue d'une revente au-dessous du cours ou employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds ;

- souscrit, pour le compte d'autrui, sans contrepartie, des engagements jugés trop importants au moment de leur conclusion eu égard à la situation de l'entreprise ou de la personne morale ;

- payé ou fait payer, après la cessation des paiements et en connaissance de cause de celle-ci, un créancier au préjudice des autres créanciers ;

- fait obstacle au bon déroulement de la procédure en s'abstenant de coopérer avec les organes de celle-ci ;

- fait disparaître des documents comptables, tenu une comptabilité fictive, manifestement incomplète ou irrégulière au regard des dispositions applicables ou n'a pas tenu de comptabilité alors que les textes applicables en font obligation.

Depuis la réforme du 26 juillet 2005, les dirigeants n'encourent plus la faillite personnelle lorsqu'ils ont omis de faire, dans le délai légal, la déclaration de l'état de cessation des paiements.

#### AGISSEMENTS JUSTIFIANT L'INTERDICTION DE GÉRER

Cette sanction peut être prononcée dans tous les cas de faillite personnelle.

Elle peut aussi être prononcée à titre autonome et frapper les dirigeants qui, de mauvaise foi, n'auraient pas remis au mandataire judiciaire, à l'administrateur ou au liquidateur judiciaire les documents nécessaires à l'inventaire du débiteur prévus à l'article L 622-6 dans le mois qui suit le jugement d'ouverture de la procédure.

Elle peut également sanctionner le dirigeant qui a omis de faire, dans le délai de quarante-cinq jours, la déclaration de cessation des paiements, sans avoir, par ailleurs, demandé l'ouverture d'une procédure de conciliation (art. L 653-8, al. 3). La date de cessation des paiements ne peut pas être différente de celle retenue par le jugement d'ouverture de la procédure collective de la société.

### c. Procédure

Les personnes qui peuvent intenter l'action en faillite personnelle et en interdiction de gérer sont énumérées à l'article L 653-7 ; ce sont les mêmes que celles qui peuvent demander des sanctions patrimoniales contre les dirigeants.

Le tribunal compétent pour statuer sur cette action est celui devant lequel est diligentée la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire de la société.

Le juge-commissaire ne peut ni siéger dans la formation de jugement, ni participer au délibéré (art. L 653-7, al. 3).

L'action en faillite personnelle ou en interdiction de gérer se prescrit par trois ans à compter du jugement qui ouvre le redressement ou la liquidation judiciaire de la société.

### d. Conséquences de la condamnation

#### FAILLITE PERSONNELLE

La faillite personnelle entraîne de nombreuses déchéances et interdictions (déchéance de certains droits civiques, politiques, professionnels, honorifiques, etc.).

Elle comporte de surcroît l'interdiction de diriger, de gérer, d'administrer ou de contrôler, directement ou indirectement, toute entreprise (qu'elle soit commerciale, artisanale, agricole ou qu'elle ait toute autre activité indépendante) et toute personne morale.

En outre, la faillite personnelle prive les dirigeants sociaux qui en sont frappés du droit de vote dans les assemblées de la société soumise au redressement ou à la liquidation judiciaire, ce droit étant exercé par un mandataire désigné par le tribunal à cet effet, à la requête de l'administrateur, du liquidateur ou du commissaire à l'exécution du plan (art. L 653-9, al. 1).

Le tribunal peut aussi enjoindre à ces dirigeants ou à certains d'entre eux de céder leurs actions ou parts sociales dans la société ou ordonner leur cession forcée par les soins d'un mandataire de justice, au besoin après expertise (art. L 653-9, al. 2).

Par ailleurs, il peut prononcer l'incapacité du dirigeant d'exercer une fonction publique élective pour une durée égale à celle de la faillite personnelle, dans la limite de cinq ans. Cette incapacité prend effet à compter de sa date de notification à l'intéressé par le ministère public (art. L 653-10).

#### INTERDICTION DE GÉRER

Le tribunal peut interdire au dirigeant fautif de diriger, gérer, administrer ou contrôler soit toute entreprise commerciale, artisanale ou agricole et toute personne morale, soit seulement une ou plusieurs de celles-ci (art. L 653-8, al. 1). Cette sanction est moins lourde que la faillite personnelle pour laquelle l'interdiction de gérer qu'elle emporte est générale. S'il choisit de ne prononcer que l'interdiction de gérer, le tribunal peut limiter l'interdiction à une ou plusieurs entreprises ou sociétés déterminées.

Comme en cas de faillite personnelle, les dirigeants frappés de l'interdiction de gérer sont privés du droit de vote dans leur société et peuvent être tenus de céder leurs actions ou parts sociales.

#### VIOLATION D'UNE INTERDICTION OU DÉCHÉANCE

Le dirigeant condamné à la faillite personnelle ou à une interdiction de gérer qui exercerait une activité interdite s'expose à de lourdes sanctions pénales : emprisonnement de deux ans et amende de 375 000 € (art. L 654-15).

#### e. Durée de la sanction

Le tribunal qui prononce la faillite personnelle ou l'interdiction de gérer d'un dirigeant social doit fixer la durée de cette mesure, laquelle ne peut pas être supérieure à quinze ans. Les déchéances, les interdictions et l'incapacité d'exercer une fonction publique élective cessent de plein droit au terme fixé, sans qu'il y ait lieu au prononcé d'un jugement.

En cas de clôture de la procédure collective de la société pour extinction du passif, le jugement constatant la clôture rétablit les dirigeants de la personne morale dans tous leurs droits. Il les relève de toutes les déchéances, interdictions et incapacité d'exercer une fonction publique élective (art. L 653-11, al. 2).

Si le dirigeant a apporté au paiement du passif une contribution jugée suffisante par le tribunal, ce dernier peut, sur demande de l'intéressé, le relever, en tout ou partie, des déchéances et interdictions auxquelles il a été condamné (art. L 653-11, al. 3).

En cas de condamnation non à la faillite personnelle, mais à une simple interdiction de gérer, le tribunal peut aussi relever le dirigeant qui présente toutes les garanties démontrant sa capacité à diriger ou contrôler une entreprise ou une personne morale (art. L 653-11, al. 4). Ces garanties peuvent consister en une formation professionnelle.

Lorsqu'il y a relèvement total des déchéances, interdictions et incapacité, la décision du tribunal emporte réhabilitation.

## 6. Banqueroute

Les dirigeants des sociétés commerciales (et les représentants de personnes morales dirigeantes) et leurs complices s'exposent à un emprisonnement de cinq ans et à une amende de 75 000 € (art. L 654-3) s'ils se sont rendus coupables de l'un des faits suivants :

- si, dans l'intention d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, ils ont soit fait des achats en vue d'une revente au-dessous du cours, soit employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds ;
- s'ils ont détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif du débiteur ;
- s'ils ont frauduleusement augmenté le passif du débiteur ;
- s'ils ont tenu une comptabilité fictive ou fait disparaître des documents comptables de la société ou encore s'ils se sont abstenus de tenir toute comptabilité lorsque les textes applicables en font l'obligation ;
- ou enfin s'ils ont tenu une comptabilité manifestement incomplète ou irrégulière au regard des dispositions légales.

Ils encourent également certaines peines complémentaires : interdiction des droits civiques, interdiction pendant cinq ans d'exercer l'activité dans l'exercice de laquelle l'infraction a été commise, interdiction pendant cinq ans d'émettre des chèques, etc. (art. L 654-5).

Le tribunal peut (ce n'est pas une obligation) prononcer en outre à leur encontre soit la faillite personnelle, soit seulement l'interdiction de gérer (art. L 654-6). La durée de la sanction ainsi prononcée ne peut pas excéder quinze ans.

Si le créancier d'une société en redressement judiciaire ne peut obtenir devant la juridiction répressive le montant de sa créance commerciale, il conserve le droit de demander au dirigeant de la société et à ses complices réparation du préjudice particulier qu'il subit du fait de l'infraction de banqueroute qu'ils ont commise, à condition que la procédure collective ne leur soit pas étendue.

## D. Le sort des salariés de l'entreprise

### 1. Le sort des contrats de travail

#### a. Le principe de la continuation des contrats en cours

Que l'entreprise soit redressée avec le même employeur, cédée à un tiers ou mise en location gérance le principe est que les droits acquis par les salariés sont pleinement opposables au nouvel employeur (Article L1224-1 du Code du Travail) donc aucun changement n'est possible dans les prérogatives détenues par les salariés.

#### b. Les licenciements

Les licenciements sont possibles avec consultation des représentants du personnel sinon délit d'entrave, information de l'inspection du travail (sauf pour les salariés protégés où il faut quand même l'accord préalable de l'inspecteur du travail).

C'est le juge commissaire qui a seule compétence pour autoriser ou non ces licenciements. Ils doivent avoir un caractère urgent, inévitable et indispensable.

Toutes les dispositions concernant le licenciement économique n'ont pas à être respectées au cours d'une procédure collective. La seule condition imposée est que le licenciement doit avoir eu lieu dans les 30 jours qui suivent le jugement qui arrête le plan.

### 2. Le paiement des créances salariales

#### a. L'établissement et la vérification des créances salariales

Le salarié n'a pas de déclaration à faire, il appartient au mandataire judiciaire d'établir le relevé des créances salariales et de le faire viser, contrôlé par le représentant des salariés.

- Les créances garanties par le superprivilège des salariés : Les 60 derniers jours de travail ou d'apprentissage, les appointements ou commissions, les indemnités de fin de CDD, les indemnités de congés payés, de préavis. Ces créances doivent être établies, vérifiées et payées dans les 10 jours du jugement qui arrête le plan. Le superprivilège est limité par un plafond identique pour tout les bénéficiaire à 2 fois le PMSS.
- Les créances garanties par le privilège général des salaires : Il y a les 6 derniers mois de travail effectif et ses accessoires, les indemnités de licenciement ou d'ancienneté, les sommes non couvertes par le superprivilège car supérieures au plafond, l'intéressement, la participation, les dommages intérêts pour licenciement abusif, les frais de déplacement. Toutes ces créances doivent être établies, vérifiées et payées dans les 3 mois du jugement qui arrête le plan. Ici la totalité est due. Les éventuelles autres créances salariales suivent le traitement de droit commun pour les créanciers chirographaires.

#### b. L'intervention de l'AGS (Association pour la garantie des salaires)

C'est la loi du 27 décembre 1973 qui a instituée l'obligation pour les employeurs de s'assurer contre le risque d'un dépôt de bilan donc contre leur propre cessation des paiements notamment pour les salaires. Les fonds sont gérés par les ASSEDIC avec un taux de 0,1 % de la masse salariale brute. En 2002 l'AGS était en déficit et en 2003 depuis ils sont remontés.

Les salariés bénéficient de l'AGS même si l'employeur de mauvaises foi n'a pas rempli son obligation de cotisation. L'AGS s'applique à toute personne engagée dans un lien de subordination juridique à l'égard de l'employeur. Donc il faut un contrat de travail obligatoirement !

L'AGS couvre toutes les sommes dues à un salarié mais dans la limite d'un plafond qui a été modifié en 2003 suite à l'affaire AEM – AIRLIB.

Le plafond est le suivant :

Si le salarié a une ancienneté de moins de 6 mois on donne 16 fois le PMSS

>=6 mois mais inférieur à 2,5 ans : 20 fois le plafond

Au-delà 24 fois le plafond mensuel

L'intervention de l'AGS doit se faire dans un délai de 5 jours pour le superprivilège des salaires soit dans les 15 jours qui suivent le jugement arrêtant le plan. Dans le privilège général le délai est de 8 jours soit dans les 100 jours du jugement arrêtant le plan.

L'AGS ne fait que des avances et elle demande toujours le remboursement à l'entreprise si elle le peut.

### III. Les modifications de l'actif de l'entreprise

L'administrateur, le juge commissaire peuvent avoir intérêt à demander que certains biens qui sont sortis du patrimoine le réintègre pour augmenter cet actif. Cela se fera soit par pure restitution ou suite à la nullité ou l'annulation d'un acte passé en période suspecte.

Les modification d'actif suppose que la structure soit en l'état de cessation des paiements donc redressement et liquidation judiciaire uniquement et non pas la procédure de sauvegarde.

#### A. Les nullités de la période suspecte

Certains actes doivent ou peuvent être annuler par le tribunal car ils ont été passer à un moment où la structure aurait due déposer le bilan et non pas diminuer son actif en donnant des biens. Ces nullités peuvent être demander par toute personne partie : L'administrateur, mandataire judiciaire, liquidateur, commissaire exécuter du plan, et depuis 2005 par les contrôleurs en raison de leur mission de défense des intérêts collectif et financier.

##### 1. Les nullités de droit

Ce sont des nullités que le tribunal doit absolument prononcé à l'encontre de certains actes passés durant la période suspecte. Les juges n'ont aucun pouvoir d'appréciation.

##### a. Les actes sans contrepartie effective

Il s'agit en règle générale d'une donation. Quelque soit l'objet, meuble ou immeuble, quelque soit la forme ou la nature de la donation, acte authentique devant notaire ou acte sous seing privé, donation déguisé (vente à un prix très bas) sera annulée.

Par exemple la dote au profit d'une jeune femme pour un cadeau de mariage lui offre des immeubles alors qu'il était en période suspecte. Donc dans cette situation la nullité prononcée oblige le donataire (celui qui reçoit) de rendre le bien reçu et les fruits qu'il a pu en percevoir. Si ce donataire a déjà donner le bien à un tiers ce dernier de bonne foi est tenu lui-même à restituer ce bien sous remboursement de la fille ou bien la fille redonne l'argent aux créanciers.

##### b. Les paiements anormaux

- Le paiement de dettes non échues ;
- Le paiement de dettes échues mais avec des procédés qualifiés d'anormaux (cession de créance ; cadeaux pour payer) ;

##### c. Les garanties suspectes

Ce sont les sûretés sur des meubles, des immeubles conventionnelles ou judiciaire qui ont été consentis en période suspecte pour des dettes antérieures.

Les inscriptions prises au cours d'une procédure de saisie conservatoire :

La saisie conservatoire c'est une procédure de saisie qui vise à mettre sous séquestre par décision de justice des biens du débiteur afin que ce débiteur n'en dispose pas ou ne les fasse pas disparaître. Elle est demandée dans l'attente de la réponse à un procès qui va confirmer ou infirmer la situation du débiteur.

Si le procès confirme la dette la saisie conservatoire va être transformer en saisie définitive. A contrario si le procès informe la dette il y a remboursement des biens et indemnisation.

Si une saisie conservatoire a été accordé à un créancier au cours de la période suspecte elle doit être annulée car on considère comme anormale cette procédure eu égard à l'égalité des autres créanciers. Par contre à l'inverse une saisie attribution faite en période suspecte n'est plus nulle depuis la loi de juillet 1991.

##### 2. Les nullités facultatives

La sanction n'est pas obligatoire, ce sont les juges qui apprécient au cas par cas les circonstances. Ils pourront annuler les actes fait à titre gratuit fait dans les 6 mois qui précède la cessation des paiements.

Les actes fait à titre onéreux, les actes saisis à tiers détenteur et les saisis attributions peuvent être annulées sous deux conditions :

- Il faut que le tiers cocontractant ait eut officiellement connaissance de la cessation des paiements au jour où l'acte a été passé, il agit donc de mauvaise foi ;
- L'acte en question doit avoir causé un préjudice à l'entreprise.

### 3.L'exception

Les nullités de droit et facultatives ne sont plus applicables en cas de paiement effectué par lettre de change, billet à ordre ou chèque. Car tout paiement par effet de commerce est inattaquable.

Pour limiter les abus la nullité sera quand même applicable en cas de mauvaise foi du cocontractant et il n'a accepter que l'effet de commerce pour être payer.

## B. Les revendications mobilières

Pour connaître la situation patrimoniale du débiteur il faut déterminer son actif c'est-à-dire l'ensemble des biens et des droits dont il est propriétaire. Ceci implique la nécessité de faire un tri entre les biens qu'il lui appartienne et les biens dont il n'est que le détenteur précaire en vertu de certains contrats tels que le bail, le crédit bail, le mandat, le dépôt ... .

### 1.Le domaine de revendication

La loi de juillet 1985 pose le principe que peuvent être revendiqué les marchandises consignées au débiteur soit à titre de dépôt, soit pour être vendues pour le compte du propriétaire. Ce texte ne vise expressément que le contrat de dépôt et celui de mandat de vente.

La jurisprudence a été confronté à des revendications autres et a interpréter l'article en indiquant que ce texte vise également et admet que la loi vise aussi les revendications du bailleur, du crédit bailleur, de l'acheteur d'un corps certain qui n'a pas encore reçu délivrance du bien. Cela peut être également les hypothèses d'une personne qui à confier à un artisan un bien à façonner, à réparer, l'entrepreneur de constructeur qui entreposait des outils sur un chantier dont le maître de l'ouvrage est en procédure collective. Enfin, la revendication possible des biens vendus avec une clause de réserve de propriété.

### 2.Les conditions de revendication

Il faut respecter 3 conditions :

- Le revendiquant doit démontrer sa qualité de propriétaire détenu par le débiteur au jour du JO.
- Le bien en question doit se retrouver en nature chez le débiteur (dans les locaux de l'entreprise qui a déposer le bilan en principe) sans avoir subi d'altérations trop grave qui l'auraient éventuellement transformer ;
- La revendication doit être faite dans un délai préfixe de 3 mois qui court à compter du JO. Pas de relevé de forclusion possible.

La demande doit être formulée par LRAR.

### 3.Les effets de la revendication

Si les conditions sont remplies le bien doit être restitué à son véritable propriétaire. L'entreprise peut avoir intérêt à garder ce bien litigieux pour pouvoir continuer à travailler et à honorer ses contrats et par voie de conséquence augmenté son actif (cas du tissu par exemple).

Pour les contrats en cours à exécution successive (crédit bail par exemple) l'administrateur ou à défaut le juge commissaire peut en imposer la continuation à condition d'honorer toutes les échéances.

Pour les contrats avec une clause de réserve de propriété l'administrateur peut bloquer la revendication en payant immédiatement le prix intégral.

Si les biens revendiqués par leur propriétaire ont déjà été revendu, mise en gage, en nantissement, ... la revendication s'avère dans ce cas là impossible. Le sous acquéreur de bonne foi est rentré en possession des biens et de ce fait protégé par l'article 2279 du Code Civil qui dispose « qu'en fait de meuble possession vaut titre ». La loi de 1985 avait prévue qu'en cas de revente le droit de propriété est alors reporté sur le prix ou la partie du prix non encore réglée entre le débiteur et le tiers acquéreur de bonne foi.

Sur le plan pénal c'est de l'abus de confiance si l'on détourne le bien pour en faire un usage différent de ce qu'il était destiné au départ.

## C. Les droits du conjoint

On fera seulement l'hypothèse de la mise en redressement judiciaire d'une entreprise individuelle où la distinction entre le patrimoine de l'entrepreneur professionnel et personnel est très restreinte donc très lié.

*Rappel sur le régime matrimonial :*

La communauté légale réduite aux acquêts : Tout ce qui est acquis avant le mariage reste personnel donc un bien propre. Tout ce qui est acquis après le mariage est commun aux deux conjoints quelque soit le régime de financement. C'est un mariage sans contrat. Lors de la rupture du contrat on sépare les deux en moitié. Possibilité d'acquérir des biens propres pendant le mariage.

Le régime de séparation de bien : Tout ce qui est acheté avant et pour ce qui est acheté après le mariage par ses deniers personnel sont propres.

Le régime de communauté universel : Tout est commun.

Régime primaire : C'est un régime qui s'applique à tous les couples marier au niveau de la vie courante. Il y a obligation de participation à hauteur de ses possibilités pour les dépenses du ménage et l'éducation des enfants.

### *1. Le sort des biens personnels du conjoint*

Quelque soit le régime matrimonial (sauf communauté universelle) un conjoint peut donc posséder des biens personnels (biens propres). A ce conjoint commerçant de rapporter la preuve que les biens en question lui appartiennent en propre. Faute de preuve les biens en question sont censés être commun et pourront être saisis par les créanciers d'entreprises. Tout type de preuve est admis.

### *2. Le sort des biens acquis par le conjoint*

Le cas où le conjoint qui a acquis des biens pendant le mariage peut l'avoir fait grâce aux deniers fourni par le débiteur car provenant de l'activité commerciale, artisanale, agricole du débiteur. L'administrateur peut demander à ce que ces acquisitions puissent réintégrer l'actif de l'entreprise individuelle. La preuve est faite par tous moyens. Si l'administrateur ne rapporte pas la preuve le bien reste personnel, l'administrateur est débouté.

Depuis 1994 le conjoint doit être dûment entendu ou appelé lors de la procédure. L'action en revendication du conjoint doit être exercé dans les 3 mois du JO.

## IV. La détermination et l'aménagement du passif de l'entreprise

### A. La déclaration des créances

#### 1. Les créances concernées

A compter de la publication du JO tous les créanciers dont la créance est née antérieurement au JO doivent en faire la déclaration au mandataire judiciaire.

Les créanciers garantis par une caution doivent également déclarer leur créance. Depuis la loi de 2005 les créanciers protégés par une caution négligeant qui ne déclarent pas leur créance ne perdent plus la créance contrairement à avant où il y avait une sanction. La loi de juillet 2005 impose aux créanciers non méritant dont la créance est née après le JO a également l'obligation de déclarer leurs créances. Il y a 3 exceptions :

- Les salariés par mesure de faveur n'ont pas à déclarer leur créance, cette initiative incombe au mandataire judiciaire avec le représentant des salariés ;
- La caution est autorisée à déclarer sa créance de recours contre l'entreprise débitrice et ce avant même d'avoir payer le créancier de l'entreprise ;
- Les créanciers alimentaires.

#### 2. Le montant de la déclaration

Le créancier doit déclarer le principal de sa créance augmenté des intérêts échus au jour du JO. Les créances libellées en devise sont déclarées en euro selon le cours de change à la date du JO sans tenir compte des fluctuations postérieures à la date du JO. De même que les créances qui comportent une clause d'indexation elles doivent être arrêtées au jour du JO sans prendre en compte les mouvements postérieurs à la date du JO. Les déclarations du Trésor Public et de l'Urssaf doivent être faites après déduction des impôts non encore établis à la date du JO.

#### 3. La procédure de déclaration

##### a. Les délais

Le délai de déclaration est un délai préfixe de 2 mois à compter de la publication du JO au BODACC. Les créanciers hors France métropolitaine ont deux mois supplémentaires.

Les cocontractants dont le contrat est à exécution successive qui a été résilié a un mois supplémentaire. De même que le bailleur de l'immeuble pour non paiement des loyers par le débiteur a un mois supplémentaire donc 3 mois.

##### b. L'information des créances

Les délais de déclaration étant assez bref, les créanciers doivent être avertis et informés de l'ouverture de la procédure collective et ceci dans les 15 jours du JO par le mandataire judiciaire. Il doit avertir personnellement par écrit les créanciers de l'entreprise qu'ils ont 2 mois. En pratique tous les créanciers ne sont pas informés. La réponse du créancier est la déclaration de la créance qui doit être envoyée par LRAR.

#### 4. Le relevé de forclusion

Le juge commissaire a la faculté de relever les créanciers retardataires de leur forclusion (hors délai) s'ils établissent bien que leur négligence/défaillance n'est pas liée à leur fait personnel. Par exemple le débiteur qui a omis de noter le nom du créancier. La demande de relevé de forclusion doit être faite dans un délai de 6 mois à compter du JO. Les créanciers relevés de leur forclusion ne peuvent cependant concourir que pour la répartition des dividendes existants postérieurement à leur demande car ce qui a été distribué ne peut pas être redistribué. Ceux qui arrivent en retard prennent en cours ce qui reste.

La loi de juillet 2005 a abrogé la sanction de l'extinction définitive des sanctions non déclarés. Les créanciers peuvent donc toujours espérer d'être payés.

### B. La vérification et l'admission des créances

#### 1. La vérification par le mandataire judiciaire

La loi de 1985 avait posé comme principe nouveau que la décision définitive sur le sort de la structure n'est plus du tout suspendue à l'achèvement de la procédure de déclaration et de vérification des créances. La solution peut être prise au vu d'une approche approximative. Pour éviter les longueurs le tribunal fixe un délai au cours duquel les créances doivent être vérifiées.

S'il y a discussion sur tout ou partie d'une créance, son existence, son montant, ses intérêts, ... le mandataire judiciaire en informe, en avise le créancier concerné par tous moyens et lui demande de fournir des explications. Le défaut de réponse dans le délai de 30 jours suivant la réception de cette information interdit alors toute contestation ultérieure de la proposition du mandataire.

## 2. La décision d'admission par le juge commissaire

Seul le juge commissaire a le pouvoir de décider de l'admission ou du rejet des créances déclarées. Le juge commissaire ne peut rejeter tout ou partie d'une créance qu'après avoir expressément entendu le créancier, le mandataire judiciaire, le débiteur et l'administrateur.

Il existe deux créances que le juge commissaire n'a pas le droit d'apprécier :

- Les créances sociales : salaires et charges sociales ;
- Les créances fiscales.

Une fois les créances admises par le juge commissaire les créances sont regroupées sur un document qu'on appelle l'état des créances qui est déposé au greffe et qui peut être consulté par toute personne intéressée.

## 3. Les contestations de la décision du juge commissaire

Le dépôt de l'état des créances donne lieu à publicité au BODACC. Court alors un délai de 15 jours durant lequel tout tiers intéressé peut en prendre connaissance et former une réclamation. Si la somme est supérieure à 4 000 € il est possible de faire appel.

Les créanciers dont la créance a été discutée par le mandataire et qui n'ont pas répondu dans le délai de 30 jours ne peuvent pas contester le refus de la créance.

## 4. Les conséquences de l'admission

La décision d'admission du juge commissaire a pour effet de constater de façon irrévocable le montant et l'existence des créances. Les créances admises ne peuvent plus être contestées par qui que ce soit. Ce caractère irrévocable souffre trois exceptions :

- Les créances du Trésor Public et de l'URSSAF qui peuvent régulièrement être admises donc modifiées tant que le délai de prescription n'est pas atteint (4 ans pour les impôts et 2 ans pour le social) ;
- Lorsque l'admission a été faite sous réserve et que cette réserve se justifie ;
- En cas d'admission à tort où il y a l'admission d'une créance d'un vendeur mais qui n'a jamais livré la marchandise. On ne peut pas remettre en cause cette créance sauf hypothèse de fraude.

## C. Les restrictions des droits des créanciers de l'entreprise

### 1. La suspension des poursuites individuelles

Ce principe signifie qu'il est interdit aux créanciers de poursuivre en paiement la structure qui fait l'objet d'une procédure collective. Grâce à ce principe l'entreprise bénéficie d'un moratoire destiné à soulager sa trésorerie et à fonctionner et faciliter la préparation du plan de redressement. Tous les créanciers sont concernés.

#### a. La suspension des actions en justice

Sont interdites les actions tendant à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent. Et sont interdites les actions tendant à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement du prix. A l'inverse sont autorisées les poursuites contre le débiteur qui ne tendent pas à obtenir le paiement d'une somme. Par exemple procès pour publicité mensongère. On peut intenter un procès pour concurrence déloyale. Instance en cours devant les Prud'hommes.

#### b. La suspension des voies d'exécution

Les voies d'exécution saisie, avis à tiers détenteurs, sont interdites dès le J.O et ce jusqu'à l'achèvement du plan de sauvegarde, redressement, liquidation. Ceci s'explique par le fait que les délais de paiement sont imposés aux créanciers et ce jusqu'à la fin de leur dette. On ne peut pas essayer de se faire rembourser par anticipation c'est interdit.

Pour les saisies attribution déclenchées avant le J.O mais non encore achevées au jour du J.O demeurent valables.

## *2.L'arrêt du cours des intérêts*

### a. Le principe

Le J.O arrête le cours de intérêts légaux et conventionnels ainsi que tout intérêt de retard et toute majoration. Les intérêts échus au jours du J.O s'ajoutent au capital mais pas ceux d'après.

### b. Les exceptions

- Les cautions et coobligés (personne solidairement engagée dans une créance) :
  - Si on est en sauvegarde : Ces personnes peuvent se prévaloir de la règle de l'arrêt du cours des intérêts. Cette règle de l'arrêt ne vaut que pour les cautions personne physique ;
  - Si on est en redressement et liquidation : Dans cette hypothèse là ces personnes ne peuvent pas se prévaloir de cette règle. Ils continueront à payer des intérêts qui continuent à courir. En échange le J.O suspend toute action en poursuite contre ces cautions et coobligés pendant toute la période d'observation. Le tribunal peut lors de l'adoption du plan accordé à ces personnes des différés de paiement dans la limite de 2 ans. Les créanciers bénéficiaire de ces cautionnements peuvent eux prendre des mesures conservatoires de protection sur les biens desdites cautions. Ceci afin que les cautions qui ont obtenu des délais de paiements jusqu'à 2 ans aient changer de revers de fortune.
- Les crédits à moyen et à long terme : Ce principe de l'arrêt des cours des intérêts ne s'applique pas aux contrats concluent pour une durée supérieure à 1 an.

## *3.L'interdiction des inscriptions*

### a. Le principe

Il est interdit d'inscrire une hypothèque, nantissement, privilège postérieurement au J.O. A défaut elle est nulle et toute personne peut en demander la radiation.

### b. Les cas particuliers

- Le vendeur du fonds de commerce qui peut continuer à inscrire son privilège et ce dans le délai de 15 jours suivant la vente du fonds ;
- Le Trésor Public détient un privilège mobilier sur les biens de l'entreprise et il se doit de l'inscrire régulièrement chaque trimestre.