

**TOULOUSE  
CAPITOLE**  
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de  
l'Université Toulouse 1 Capitole.

*LA SITUATION DES CRÉANCIERS DANS LA LOI DU 26 JUILLET 2005 DE SAUVEGARDE  
DES ENTREPRISES*

FRANCINE MACORIG-VENIER, CORINNE SAINT-ALARY-HOUIN

Référence de publication : Revue de Droit bancaire et financier n° 1, Janvier 2006, dossier 2

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,  
contacter [portail-publi@ut-capitole.fr](mailto:portail-publi@ut-capitole.fr)

## *LA SITUATION DES CRÉANCIERS DANS LA LOI DU 26 JUILLET 2005 DE SAUVEGARDE DES ENTREPRISES*

1 - « Le rôle des créanciers est valorisé ». C'est ainsi que s'exprimait le Garde des Sceaux à l'ouverture du Congrès national des tribunaux de commerce sur la sauvegarde des entreprises dans l'Europe consulaire<sup>Note 1</sup> lorsqu'il y présentait la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, complétée depuis par le décret d'application n° 2005-1677 du 28 décembre 2005 et rentrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2006. Effectivement, le nouveau texte favorise les prérogatives des contrôleurs « garants de la transparence des procédures »<sup>Note 2</sup>, institue des comités de créanciers dont l'intervention va modifier le processus d'élaboration des plans et encourage les créanciers à soutenir l'entreprise en difficulté avant comme après l'ouverture de la procédure.

2 - La situation des créanciers, quelle que soit la date de naissance de leur créance, est donc sensiblement modifiée par la réforme qui, de surcroît va s'appliquer aux créanciers des professionnels indépendants qui, jusqu'alors, relevaient des procédures civiles.

Ce « réaménagement »<sup>Note 3</sup> des droits des créanciers s'explique aisément. Les procédures collectives ont pour but le paiement des créanciers et même si leur finalité a changé dans la mesure où la fonction première qui leur est assignée est le sauvetage de l'entreprise en difficulté<sup>Note 4</sup>, la préoccupation de parvenir à l'apurement du passif demeure essentielle, particulièrement dans les liquidations judiciaires qui représentent toujours 90% des procédures. C'est pourquoi la loi est animée du souci de rétablir un équilibre entre les droits de l'entreprise et ceux des créanciers.

3 - Ce faisant, elle se situe dans la ligne des textes précédents dont l'idée directrice était cependant plus affirmée.

La loi du 25 janvier 1985 avait fait le choix de réduire le rôle des créanciers dans la procédure de redressement et de liquidation judiciaires en les privant du droit de voter le plan, en supprimant tout mode d'expression collective et en les soumettant avec sévérité aux règles de la procédure gel de leur situation au jour du jugement d'ouverture et soumission à la procédure de déclaration, de vérification et d'admission des créances au risque de subir l'extinction des créances non déclarées.

La loi du 10 juin 1994 était animée d'une préoccupation inverse afin de rétablir un équilibre inutilement rompu entre les droits de l'entreprise à redresser pour sauver l'activité et l'emploi et ceux des

créanciers « sacrifiés sur l'autel du redressement ». C'est pourquoi, tout en moralisant les procédures et, particulièrement la cession, la loi du 10 juin 1994 avait restauré les droits des créanciers antérieurs titulaires de sûretés spéciales et des créanciers propriétaires en les avertissant d'avoir à déclarer et en améliorant leurs chances de paiement dans la liquidation judiciaire.

4 - La loi du 26 juillet 2005 est difficile à situer au sein de cette évolution. Certes, le rôle des créanciers est « valorisé » dans la mesure où ils sont associés aux solutions de sauvetage, mais, à l'inverse, la nouvelle organisation des procédures fait reculer leur influence ou la fractionne.

5 - D'un côté, leur fonction est anoblie.

Les créanciers sont étroitement associés à la sauvegarde. Rompant, tout d'abord, avec les orientations de la loi du 25 janvier 1985, la loi du 26 juillet 2006 permet une association des créanciers antérieurs à la réorganisation de l'entreprise. Susceptibles d'être réunis au sein de comités - des établissements de crédit et de fournisseurs - ces créanciers peuvent désormais donner leur avis sur le projet de plan de sauvegarde et le voter. Ils interviennent aussi dans le déroulement de la procédure par l'intermédiaire des contrôleurs. Ils ne seront plus nécessairement les spectateurs passifs du redressement et, à cet égard, le texte revient, dans une moindre mesure,<sup>Note 5</sup> à la procédure concordataire.

Cette valorisation des créanciers déborde les procédures judiciaires de sauvegarde et de redressement pour se propager vers la procédure de conciliation où les créanciers, parties à l'accord, sont favorisés lorsqu'ils apportent leur concours au sauvetage du débiteur.

L'article L. 611-11 du Code de commerce crée, en effet, un nouveau privilège au profit des *« personnes qui avaient consenti, dans l'accord homologué, mentionné au II de l'article L. 611-8 un nouvel apport en trésorerie »*... ou qui *« fournissent dans l'accord homologué, un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise et sa pérennité »*. Ce privilège dit « de new money » est destiné à encourager les créanciers, banquiers ou fournisseurs, notamment, à aider l'entreprise à surmonter les difficultés qu'elle rencontre. En cas d'ouverture ultérieure d'une procédure collective, ils seront payés en priorité ce qui démontre la volonté du législateur de « sécuriser » les engagements des créanciers au soutien des entreprises en difficulté.

Il en est de même de la règle selon laquelle la date de cessation des paiements, en cas de redressement ou de liquidations judiciaires, ne pourra être reportée avant la date d'homologation d'un accord amiable, sauf l'hypothèse de la fraude.<sup>Note 6</sup>

L'article L. 650-1 énonce, de manière très générale, tant dans la conciliation que dans les procédures judiciaires que *«les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnés par rapport à ceux-ci »*. Ce principe d'irresponsabilité, applicable aux procédures contractuelles comme judiciaires a été déclaré constitutionnel, dans la mesure où il ne supprime pas totalement la responsabilité et se justifie par la protection d'un intérêt supérieur.<sup>Note 7</sup>Toutes ces dispositions sont de nature à inciter les créanciers à faire crédit à l'entreprise en difficulté.

6 - Mais, d'un autre côté, l'importance des créanciers est édulcorée ou éclatée à la fois parce que « la sauvegarde de l'entreprise est un enjeu crucial pour notre économie<sup>Note 8</sup> » ce qui fait reculer l'influence des créanciers et parce que « les faits sont têtus » : les créanciers, le plus souvent, ne seront pas payés dans les liquidations.

Parce qu'il faut inciter le débiteur à anticiper sur la cessation des paiements, la maîtrise du déclenchement de la procédure échappe parfois aux créanciers. Pas plus qu'ils ne peuvent demander la désignation d'un conciliateur, ils n'auront le droit de solliciter l'ouverture de la sauvegarde. Le débiteur est le maître de la demande d'ouverture de la procédure et ce, d'autant plus qu'il peut choisir la voie de la conciliation, même s'il se trouve en état de cessation des paiements depuis moins de 45 jours. Les créanciers se trouvent ainsi soumis à sa décision.

Par souci de pragmatisme, dans la liquidation judiciaire, leurs créances ne seront même pas vérifiées si elles ne viennent pas en rang utile. Le fait que les créanciers ne seront pas désintéressés est acquis. Les multiples incitations à ce qu'ils accordent des remises de dettes constituent une autre manière d'entériner le fait que leurs chances d'être payées sont minces, témoignant encore d'un certain défaitisme

7 - Le principe de l'égalité des créanciers antérieurs, déjà écorné, subit, enfin, de nouvelles entorses. La situation des créanciers, à bien des égards, est éclatée.

La constitution des comités de créanciers ne concerne que les établissements de crédit et les fournisseurs. Les créanciers institutionnels, administrations financières, organismes de sécurité sociale ou de gestion du régime d'assurance chômage sont les grands exclus du processus de restructuration. Si un effort nouveau peut leur être demandé sous la forme d'abandons de créances, ils ne voteront pas le projet de plan. Tout au plus accompagnent-ils l'effort de sauvetage ce qui est souhaitable, mais qui constitue « une valorisation » réduite au sacrifice financier.

La situation des créanciers est, en outre, de plus en plus différente selon le type de procédure : sauvegarde, redressement, liquidation. Leurs chances d'être désintéressés fluctuent selon l'issue choisie et ce, d'autant plus que les cautions, coobligés et les garants autonomes, personnes physiques, ne pourront être poursuivis dans la sauvegarde.

8 - Au bénéfice de ces observations, il est difficile de dire que les créanciers sont les grands gagnants de cette loi qui maintient la primauté de l'objectif de sauvegarde et qui, par souci de réalisme, entérine le non-paiement des créances.

Il apparaît cependant que, globalement, le législateur manifeste une considération nouvelle pour les créanciers antérieurs qui reviennent sur le devant de la scène<sup>Note 9</sup>. Corrélativement, la loi entend cantonner le passif postérieur- ancien passif de l'article 40 de la loi du 25 janvier 1985- à ce qui est nécessaire au sauvetage de l'entreprise et à sa pérennité, Il ne s'agit pas de générer de nouvelles dettes sans intérêt pour le redressement et qui ne feront qu'aggraver le risque de non-paiement des créances antérieures. Le clivage fondamental demeure toujours celui des créanciers qui ont fait crédit au débiteur avant l'ouverture de la procédure et des créanciers qui lui ont apporté leur concours après celle-ci. Mais, le rapport de force est souvent inversé. La considération du législateur pour les créanciers antérieurs est compensée (1) par l'affaiblissement de la situation des créanciers postérieurs qui seront moins nombreux à pouvoir se prévaloir d'un privilège de paiement et qui devront se soumettre aux contraintes de la procédure (II).

## **I. - LA CONSIDÉRATION DU LÉGISLATEUR POUR LES CRÉANCIERS ANTÉRIEURS**

9 - Cette considération assoit la présence des créanciers antérieurs au plan collectif dans ces procédures et prolonge un mouvement amorcé en 1994.

L'amélioration de la situation collective des créanciers antérieurs s'accompagne de mesures tendant généralement à préserver leurs droits individuels, leur droit de créance et, le cas échéant, les garanties sur les biens du débiteur dont ce droit est assorti ainsi que leur droit de poursuite. S'agissant du règlement de leur créance, une parenté étroite entre la nouvelle procédure de sauvegarde et le redressement judiciaire peut être observée, tandis que la liquidation participe d'une autre logique. Si les modifications apportées aux droits individuels des créanciers antérieurs leur sont globalement favorables, le propos méritera d'être nuancé à la fois parce que la faveur légale n'est pas uniforme et parce qu'elle n'est pas sans limites, le législateur ayant fait preuve d'un certain réalisme quant à la mesure de l'apurement du passif susceptible de résulter de ces procédures.

## **A. - L'AMÉLIORATION DE LA SITUATION COLLECTIVE DES CRÉANCIERS ANTÉRIEURS**

10- Elle se manifeste, d'une part, par le renforcement des pouvoirs des contrôleurs, d'autre part, par l'institution de comités de créanciers appelés à intervenir activement dans l'élaboration des plans.

### **» 1° Le renforcement du rôle des contrôleurs**

11 - Déjà nettement accru en 1994, le rôle des contrôleurs est renforcé par la loi de sauvegarde des entreprises<sup>Note 10</sup>. Toutefois, un tel renforcement s'accompagne de contreparties destinées à assurer l'indépendance des contrôleurs et à en garantir la neutralité.

Le propos concerne les contrôleurs créanciers, seules figures connues jusqu'à présent, auxquelles la loi du 26 juillet 2005 a ajouté une nouvelle figure, lorsque le débiteur exerce une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé L'ordre professionnel ou l'autorité compétente dont il relève, ont la qualité de contrôleur de droit, leur présence conduisant à réduire de 5 à 4 le nombre de contrôleurs créanciers désignés par le juge-commissaire<sup>Note 11</sup>. Ce contrôleur n'est toutefois pas investi des mêmes prérogatives que les autres contrôleurs et ne peut assumer le rôle nouveau qui leur est reconnu de défense de l'intérêt collectif des créanciers.

#### *a) L'extension des pouvoirs des contrôleurs*

12 - Présents aux étapes essentielles de la procédure, laquelle présence est même encore plus étroitement assurée<sup>Note 12</sup>, les contrôleurs créanciers sont désormais dotés du pouvoir d'agir pour la défense de l'intérêt collectif des créanciers « en cas de carence du mandataire judiciaire », conformément à l'article L. 622-20, alinéa 1er du Code de commerce. Ce dernier conserve, selon la même disposition, le monopole

de la représentation de l'intérêt collectif des créanciers. Le changement d'appellation du « représentant des créanciers », devenu le « mandataire judiciaire », aurait pu apparaître chargé de sens. Toutefois, en dépit des interrogations soulevées sur l'éventuelle accession des contrôleurs à la qualité d'organe de la procédure à la suite de l'adoption de la loi, le décret du 28 décembre 2005 le distingue des organes de la procédure<sup>Note 13</sup>.

Le rôle ici joué par les contrôleurs créanciers est un rôle seulement subsidiaire, leur intervention étant subordonnée à l'inertie du représentant naturel des créanciers, le mandataire judiciaire. Le décret<sup>Note 14</sup> détermine précisément les conditions d'intervention des contrôleurs. Cette intervention nécessite une mise en demeure du mandataire judiciaire par lettre recommandée avec demande d'avis de réception restée sans effet à l'expiration d'un délai de deux mois à compter de la réception de la mise en demeure. On ajoutera que, parfois, la loi impose l'intervention d'au moins deux contrôleurs<sup>Note 15</sup>. Même ainsi limitée et encadrée, la reconnaissance de cette nouvelle prérogative est remarquable, alors qu'elle avait été écartée en 1994. Son exercice est favorisé dans les procédures de sauvegarde et de redressement par un allongement de la durée des fonctions des contrôleurs<sup>Note 16</sup>.

Elle place presque le contrôleur au rang d'organe de la procédure et justifie à son égard des exigences légales plus sévères, qui constituent autant de contreparties au renforcement de ses pouvoirs.

#### *b) Les contreparties au renforcement des pouvoirs des contrôleurs*

13 - La loi ajoute, en premier lieu, des restrictions nouvelles aux règles relatives à la désignation des contrôleurs (*C. com.*, art. L. 621-10, al. 2). L'interdiction de désigner les parents ou alliés du chef d'entreprise ou du dirigeant de la personne morale, jusqu'au quatrième degré inclus, déjà posée par la loi, est ainsi complétée par une interdiction de nommer comme contrôleur ou représentant de la personne morale contrôleur, toute personne détenant directement ou indirectement tout ou partie du capital de la personne morale débitrice ou dont le capital est détenu en tout ou partie par cette même personne. Le créancier demandant à être désigné contrôleur devra attester sur l'honneur remplir ces exigences selon l'article 74 alinéa 4 du décret. L'indépendance des contrôleurs est ainsi assurée. Leur neutralité devrait l'être également.

En second lieu, en effet, la loi interdit aux créanciers de présenter des offres d'acquisition des biens de l'entreprise ou de l'entreprise elle-même. Cette interdiction résulte de l'article L. 642-3 du Code de commerce concernant la cession de l'entreprise dans la liquidation, disposition également applicable par

renvoi de l'article L. 642-20 en cas de ventes d'actifs séparés, Il s'agit pour les contrôleurs d'une interdiction absolue, contrairement à l'interdiction posée par la même disposition à l'égard des proches du chef d'entreprise ou dirigeant. A cette mesure est, par ailleurs, ajoutée une interdiction d'acquiescer, dans les 5 ans de la cession, tout ou partie des biens dépendant de la liquidation, directement ou indirectement. Le législateur a pris en compte une critique formulée par la doctrine qui dénonçait la situation particulièrement avantageuse dans laquelle était placée le contrôleur en l'absence d'une telle interdiction, alors qu'il était informé du contenu des offres de cession.

La considération manifestée par le législateur pour les créanciers antérieurs se traduit, en outre, par l'institution de comités de créanciers dans lesquels ces derniers sont appelés à jouer un rôle actif.

#### » 2° Le rôle actif des créanciers au sein des comités de créanciers

14 - Alors qu'ils n'étaient plus que consultés dans la procédure de redressement judiciaire, la consultation étant alors limitée aux délais, voire aux remises de leurs créances, les créanciers antérieurs retrouvent un rôle d'acteurs dans les procédures de sauvegarde et de redressement au travers de l'institution de comités de créanciers. Dans les procédures de sauvegarde et de redressement, pourtant incontestablement judiciaires, le législateur a entendu insuffler la négociation. Cela n'a pas manqué de réveiller la mémoire de ceux qui ont connu le concordat, encore que des différences sensibles séparent les plans négociés de la loi de sauvegarde des concordats d'antan.

La négociation ne sera toutefois pas systématique : elle n'existera pas dans toutes les procédures et ne concernera pas tous les créanciers. Elle pourra échouer par ailleurs.

Lorsqu'elle aura lieu, son domaine sera vaste et ses effets importants : elle porte sur le plan lui-même dont l'adoption est soumise à la loi de la majorité.

#### *a) L'existence des comités de créanciers et leur composition*

15 - La présence de comités de créanciers n'est pas systématique. Elle n'est obligatoire, selon l'article L. 626-29 alinéa 1er du Code de commerce, que dans l'hypothèse où l'entreprise dépasse l'un ou l'autre des deux seuils fixés par décret (150 salariés ou 20 millions d'euros de chiffre d'affaires selon l'article 162 du décret) et si, en outre, ses comptes sont certifiés par un commissaire aux comptes ou établis par un expert-comptable. Toutefois, dès lors que cette dernière exigence sera remplie, la réunion de comités de créanciers pourra être autorisée par le juge-commissaire, à la demande du débiteur ou de

l'administrateur (*C. com.*, art. L 626-29, al. 2). Il peut être observé que si un administrateur n'avait pas été désigné, il le sera alors nécessairement<sup>Note 17</sup>, mais aux seules fins d'exercer les missions dévolues à l'administrateur pour le fonctionnement des comités de créanciers. Le mandataire judiciaire n'a, quant à lui, aucun rôle à jouer à cet égard, ce qui a surpris<sup>Note 18</sup> mais s'explique peut-être par l'implication directe des créanciers.

Les dispositions relatives aux comités de créanciers, insérées dans le chapitre VI du titre II, concernent non seulement le plan de sauvegarde, mais également la procédure de redressement judiciaire en dépit de la formulation ambiguë de l'article L. 631-1, alinéa 2 in fine<sup>Note 19</sup>, précisant à propos de la procédure de redressement judiciaire « qu'elle donne lieu à un plan arrêté par jugement à l'issue d'une période d'observation et, *le cas échéant*, à la constitution de deux comités de créanciers, conformément aux dispositions des articles L. 626-29 et L. 626-30 ».

16 - Lorsque les conditions légales sont remplies, deux comités doivent être réunis, ce qui révèle un certain morcellement de l'intérêt collectif<sup>Note 20</sup>. Leur **composition** doit être précisée, Il résulte de l'article L. 626-30, alinéa 1er que les deux comités sont, d'une part un comité comprenant les établissements de crédit et, d'autre part, un comité comprenant les principaux fournisseurs de biens ou de services<sup>Note 21</sup>.

Tous les établissements de crédit forment le premier comité. Le décret du 28 décembre 2005 est venu préciser quels étaient les établissements de crédit concernés : il s'agit de « ceux mentionnés à l'article L. 511-1 - du Code monétaire et financier, (des) institutions mentionnées à l'article L. 518-1 du même code et (des) établissements intervenant en libre établissement ou en libre prestation de services sur le territoire des États parties à l'accord sur l'Espace économique européen mentionnés au livre V du même code ». Ces derniers sont avisés dans les trente jours de l'ouverture de la procédure par l'administrateur de leur qualité de membres de droit de ce comité<sup>Note 22</sup>.

Seuls les principaux fournisseurs siègeront dans le second comité. La loi donne des précisions sur ce qu'il faut entendre par principaux fournisseurs : il s'agit des fournisseurs représentant plus de 5% du montant total des créances des fournisseurs, le décret<sup>Note 23</sup> indiquant que le calcul des créances prises en compte pour déterminer la composition de ce comité est effectué à la date du jugement d'ouverture, Il précise également que c'est la liste des créances que le débiteur doit remettre sans délai à l'administrateur ainsi que le montant de chacune d'elles certifié par le commissaire aux comptes ou par l'expert-comptable qui servent de base pour procéder à ce calcul.

Par souci d'éviter une trop grande rigidité, la loi permet toutefois que les autres fournisseurs soient éventuellement membres du comité. Ils devront, pour cela, être sollicités par l'administrateur et, selon l'article 166 du décret, répondre positivement à sa demande par écrit dans les 8 jours de la réception de l'avis, à défaut de quoi ils seront réputés avoir refusé de devenir membre du comité.

17 - Même lorsque les **comités** seront réunis, ils **ne comprendront** donc **pas** tous les créanciers antérieurs de l'entreprise. Les *créanciers qui ne sont ni des établissements de crédit, ni des fournisseurs de biens ou de services* ne peuvent y prendre part. Sont expressément exclus du comité des principaux fournisseurs «*les collectivités territoriales et leurs établissements publics*», quand bien même ils fourniraient de tels services. Il a été observé que l'exclusion concernait l'ensemble des collectivités publiques et les organismes sociaux en raison du régime particulier des remises applicables aux créances publiques et sociales, au demeurant encouragées par le législateur, mais incompatibles avec la soumission de ces créanciers à la loi de la majorité<sup>Note 24</sup>. Pour les créanciers étrangers aux comités, conformément à l'article L. 626-33 du Code de commerce, est suivie une procédure de consultation, identique à celle qui précède aujourd'hui l'adoption du plan de continuation et à celle qui sera applicable en l'absence de comités, si ce n'est que les fonctions du mandataire judiciaire sont exercées par l'administrateur. Les créanciers publics et assimilés sont soumis à des règles particulières.

Ne font pas davantage partie des comités *les obligataires*, lesquels, conformément à l'article L. 626-32, doivent être réunis en assemblée générale, en principe à l'initiative des représentants de la masse des obligataires préalablement convoqués par l'administrateur judiciaire pour leur présenter le projet de plan à défaut par l'administrateur lui-même. L'assemblée générale est appelée à délibérer sur ce projet, la délibération pouvant porter sur un abandon total ou partiel des créances des obligataires.

#### *b) Le rôle des comités de créanciers dans la négociation des plans*

18 - Les comités **discutent** avec le débiteur et l'administrateur des propositions en vue de l'élaboration du projet de plan qui doivent leur être soumises par le débiteur dans un délai de deux mois en principe à compter de leur constitution<sup>Note 25</sup> (*C. com., art. L. 626-30, al. 2*). En réalité, (compte tenu du délai dont dispose le débiteur), c'est un véritable projet de plan qui leur sera soumis. Il est prévu que faute de présentation des propositions dans ce délai, la procédure est reprise selon les règles applicables en l'absence de comités (*C. com., art. L. 626-34 in fine*). Sans doute cette sanction participe-t-elle d'un souci du législateur d'éviter l'enlisement de la procédure, mais elle paraît excessive, ou plutôt inappropriée car

elle prive les créanciers de toute possibilité de négociation. Elle révèle en tout état de cause que les créanciers « n'ont pas la main ».

Ces discussions peuvent donner lieu à une modification du projet tel que soumis par le débiteur<sup>Note 26</sup>. Les comités doivent ensuite **se prononcer sur ce projet**, éventuellement modifié, dans un délai record de 30 jours à compter de la transmission des propositions du débiteur. Aucune possibilité d'allongement de ce délai n'est prévue. Or, à défaut pour l'un ou l'autre comité de s'être prononcé dans ce délai, il est également prévu que c'est la procédure suivie en l'absence de comités qui sera suivie (*C. com., art. L. 626-34*). Chaque comité se prononce sur le projet après avoir entendu les observations du mandataire judiciaire, des représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel. La décision est prise, selon l'article L. 626-30, alinéa 3, à la majorité de ses membres représentant au moins deux tiers du montant des créances de l'ensemble des membres du comité. Ce montant est celui indiqué par le débiteur et certifié ou bien par son commissaire aux comptes, ou, à défaut, établi par son expert-comptable et ce, selon le décret<sup>Note 27</sup> au plus tard huit jours avant la date du vote. L'adoption du plan nécessite une décision en ce sens des deux comités de créanciers, le refus du plan par l'un d'eux conduisant à reprendre la procédure pour préparer un plan selon les règles applicables en l'absence de comités de créanciers (*C. com., art. L. 626-34*).

L'adoption du projet de plan par les deux comités est nécessairement suivie d'une décision du tribunal qui doit s'assurer que les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés (*C. com., art. L. 626-22*). Dans le cas contraire, il pourra refuser d'arrêter le plan<sup>Note 28</sup>, la procédure étant alors reprise pour préparer le plan selon les règles prévues aux articles L. 626-5 à L. 626-7, règles applicables en l'absence de comités de créanciers. Si, en revanche, les intérêts des créanciers lui semblent préservés, il arrête le plan conformément au projet adopté par les comités.

Ainsi arrêté, le plan s'impose à tous les membres des comités, y compris aux minoritaires.

Outre le renforcement de la place des créanciers au plan collectif dans la procédure, la loi nouvelle apporte des modifications aux droits individuels des créanciers antérieurs qui leur sont globalement favorables.

## **B. - LES MODIFICATIONS DES DROITS INDIVIDUELS DES CRÉANCIERS ANTÉRIEURS**

19 - Le législateur se montre soucieux de préserver les droits des créanciers antérieurs en adoucissant les contraintes qui pesaient sur eux, liées pour l'essentiel à l'établissement de leurs droits dans la procédure. En revanche, il ne favorise pas indistinctement le paiement de ces créanciers. Au contraire, le paiement de créanciers antérieurs au travers des nouvelles règles adoptées se révèle un paiement à géométrie fort variable, paiement auquel la loi incite même à renoncer, en partie au moins.

» **1° La préservation des droits individuels des créanciers antérieurs**

20 - Soumis à un véritable parcours d'obstacles au titre de l'obligation de déclaration de leur créance, les créanciers antérieurs risquaient jusqu'à la perte même de leur droit depuis la loi du 25 janvier 1985. Quant à ceux qui avaient échappé à cette sanction, ils risquaient de voir leur droit de poursuite paralysé en cas de clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif ou d'adoption d'un plan de cession. La réforme du 10 juin 1994 s'était déjà efforcée d'atténuer la rigueur légale. La loi du 26 juillet 2005 va au-delà, particulièrement dans le domaine de l'établissement des créances. Elle apporte des modifications plus nuancées de la règle de l'extinction du droit de poursuite : pour beaucoup favorables aux créanciers, ces modifications bénéficient parfois au débiteur que l'on n'a pas souhaité priver de la chance d'un nouveau départ.

La préservation des droits des créanciers antérieurs, qui procède également des règles tendant à assurer le respect des droits de propriété d'autrui (inventaire...), n'est toutefois pas sans limites : limites issues pour la plupart d'un certain réalisme du législateur (non vérification de certaines créances même privilégiées dans la liquidation judiciaire simplifiée<sup>Note 29</sup> ; nécessité pour le créancier d'un précédent propriétaire exerçant son droit de suite de déclarer sa créance dans la procédure d'ordre pour faire valoir ses prérogatives, c'est-à-dire participer aux distributions<sup>Note 30</sup>, et limites résultant de la création d'un nouveau cas de nullité de la période suspecte : une nullité simplement facultative susceptible d'atteindre les saisies, jusque là à l'abri du jeu des nullités de la période suspecte<sup>Note 31</sup>.

*a) En matière de déclaration des créances antérieures*

21 - La loi de sauvegarde des entreprises réduit quelque peu le nombre des créances antérieures soumises à déclaration, elle modifie sensiblement les modalités de la déclaration et de l'action en relevé de forclusion et plus encore la sanction du défaut de déclaration.

1) Le champ d'application réduit de l'obligation de déclaration des créances antérieures

22 - Le principe de l'obligation de déclaration des créances nées antérieurement à l'ouverture de la procédure, principe traditionnel du droit des procédures collectives, dont le domaine avait été élargi par la jurisprudence puis par la loi, est naturellement maintenu. Dans le nouveau livre VI du Code de commerce, il est énoncé par l'article L. 622-24, disposition également applicable dans le redressement judiciaire (par renvoi de l'article L. 631-14 1) et dans la procédure de liquidation (par renvoi de l'article L. 641-3, alinéa 2).

Le champ d'application de cette disposition subit toutefois diverses modifications, dont l'existence est parfois même discutée.

On observera, en premier lieu, que la rédaction de la loi quant à la détermination des créanciers antérieurs est quelque peu modifiée par rapport aux dispositions de l'article L. 621-43. Ce dernier visait les créanciers dont la créance a son *origine* antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure, tandis que l'article L. 622-24 vise désormais les créanciers dont la créance est *née* antérieurement au jugement d'ouverture. Dénuée de portée véritable pour certains auteurs<sup>Note 32</sup>, ce changement a pour objet d'uniformiser l'approche légale quant à la césure entre créanciers antérieurs et postérieurs, l'article L. 622-17-1 instituant le privilège de la procédure, et reprenant à cet égard les dispositions de l'article L. 621-32 du Code de commerce, disposant que «*les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture... sont payées à leur échéance*». 23 - Il est nécessaire de s'interroger en second lieu sur le sort, incertain, des **créances alimentaires**. Tandis que certains auteurs affirment que les créances alimentaires antérieures sont soustraites à l'obligation de déclaration<sup>Note 33</sup>, d'autres<sup>Note 34</sup> défendent une solution opposée. Il convient de rappeler qu'une jurisprudence audacieuse récente<sup>Note 35</sup> les dispense d'une telle obligation et permet leur paiement. Les travaux préparatoires montrent que le législateur ne semble pas avoir souhaité mettre fin à ce régime de faveur. Les dispositions légales nouvelles sont toutefois ambiguës<sup>Note 36</sup>. L'article L. 622-24, en effet, dans un alinéa cinq, que ne comportait pas l'article L. 621-43 vise, pour les soumettre également à l'obligation de déclaration «*les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture, autres que celles mentionnées au 1 de l'article L. 622-17 7 et les créances alimentaires* » (précisant qu'elles «*sont soumises aux dispositions du présent article*»). Cet alinéa paraît, à première vue, ne concerner que des créances postérieures. Son objet est de soumettre à l'obligation de déclaration celles qui, bien que nées régulièrement, ne bénéficient pas du privilège de la procédure. On ne voit cependant pas pourquoi alors avoir visé «*les créances autres que celles mentionnées au 1 de l'article L. 622-17 et les créances alimentaires*», ces dernières entrant par hypothèse dans la catégorie des créances autres que celles mentionnées au 1 de l'article L. 622-17. Cela ne pourrait-il signifier que l'ensemble des créances alimentaires, antérieures et postérieures est ainsi visé. Toutefois, les virgules contredisent cette

interprétation<sup>Note 37</sup>. Il aurait certes mieux valu substituer à la conjonction de coordination « et » le pronom « dont ». La question demeure alors posée de la déclaration des créances alimentaires antérieures. Sans doute ne sont-elles pas expressément exclues de l'obligation de déclaration, mais l'absence d'exclusion expresse n'a pas empêché la jurisprudence de les soustraire à cette obligation. Il conviendra malheureusement d'attendre que celle-ci se prononce pour être éclairé à cet égard.

24 - En revanche, la loi dispense sans ambiguïté les créanciers soumis à un plan, de déclarer leurs créances et sûretés lorsque le plan est résolu et une nouvelle procédure ouverte, solution totalement contraire à celle posée jusqu'alors par l'article L. 621-82 alinéa 3 de l'ancien livre VI du Code de commerce. L'article L. 626-27 III, qui énonce cette règle et qui s'appliquera aux procédures de redressement judiciaire en cours au 1er janvier 2006<sup>Note 38</sup>, indique, par ailleurs, que les créances inscrites à ce plan sont admises de plein droit, déduction faite des sommes perçues.

La réduction, quelque peu incertaine cependant, du nombre des créances antérieures déclarées, « compensée » par la soumission de certains créanciers postérieurs à déclaration, est complétée par une retouche de certaines des modalités de la déclaration des créances.

## 2) Les retouches apportées aux modalités de la déclaration des créances

25 - Diverses innovations méritent d'être indiquées : en particulier l'élargissement du nombre de créanciers avertis par lettre recommandée avec demande d'avis de réception d'avoir à déclarer leurs créances et la diversification des règles relatives au délai de déclaration (durée et point de départ)<sup>Note 39</sup>.

**26 - La loi de sauvegarde des entreprises élargit le nombre des bénéficiaires de l'avertissement personnel de l'obligation de déclaration.** Il s'agit désormais des créanciers titulaires d'une sûreté publiée ou liés au débiteur par un contrat publié<sup>Note 40</sup> et non plus seulement les créanciers crédits-bailleurs. Ainsi, seront avertis par cette voie les créanciers ayant fait publier une réserve de propriété, les bailleurs ayant fait publier un bail, un contrat de location-gérance... L'avantage conféré par cette disposition est important. Le législateur a, semble-t-il, entendu consacrer la jurisprudence dont il résultait que pour ces créanciers le délai de déclaration ne courait qu'à compter de la réception de l'avertissement<sup>Note 41</sup>, jurisprudence ayant rendu inutile l'action en inopposabilité de la forclusion prévue en 1994 en cas de défaut d'avertissement, action qui disparaît avec la loi de sauvegarde. L'article L. 622-24 fait courir le délai « à compter de la *notification* de cet avertissement ». Conformément aux dispositions de l'article 668 du Nouveau code de procédure civile, la date de la notification est à l'égard de celui à qui

elle est faite la réception de la lettre. Il aurait été préférable toutefois que ce terme soit employé, ce qu'a fait en revanche le législateur deux dispositions plus loin à propos du point de départ de l'action en relevé de forclusion pour ces mêmes créanciers.

27 - Ainsi, existe t-il plusieurs *points de départ* du **délai de déclaration des créances** antérieures : publicité du jugement d'ouverture au BODACC, notification de l'avis du mandataire judiciaire, mais également pour les créances nées d'une infraction pénale, date de la décision définitive en fixant le montant selon l'alinéa 6 de l'article L. 622-24. Quant à la *durée* du délai de déclaration, si elle demeure, en principe, de deux mois à compter de la décision d'ouverture au BODACC, elle est augmentée de deux mois non seulement pour les créanciers non domiciliés sur le territoire métropolitain lorsque la procédure ouverte contre le débiteur a été ouverte en métropole, mais également, inversement désormais, pour les créanciers métropolitains lorsque la procédure est ouverte devant une juridiction qui a son siège dans un département ou une collectivité d'outre-mer<sup>Note 42</sup>.

En revanche, disparaît de la version définitive du décret la mesure permettant un allongement du délai de déclaration lorsque la liquidation judiciaire est prononcée au cours d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, allongement dans la double limite du délai pour agir en relevé de forclusion et du délai fixé pour la vérification des créances.

Des règles particulières ont naturellement été posées s'agissant du délai de déclaration pour les créances postérieures soumises à déclaration : elles seront exposées plus loin.

Le législateur a également modifié les règles relatives à l'action en relevé de forclusion.

### 3) Le relevé de forclusion

28 - La loi de sauvegarde modifie sensiblement les règles applicables<sup>Note 43</sup>, en particulier concernant le délai pour agir. Elle crée, en outre, un nouveau cas de relevé de forclusion.

Au fond, un nouveau cas de relevé de forclusion a été ajouté à l'absence de fait du créancier. Il s'agit de la preuve par le créancier que l'absence de déclaration est due à une omission volontaire du débiteur lors de l'établissement de la liste que ce dernier doit remettre au mandataire judiciaire et à l'administrateur dès l'ouverture de la procédure en vertu de l'article L 622-6 alinéa 2 du Code de commerce.

S'agissant du délai, le point de départ est retardé et la durée réduite en principe. Le délai d'action en relevé de forclusion court désormais à compter de la publicité du jugement d'ouverture et non plus à compter de la décision elle-même. Sa durée est en revanche de six mois au lieu d'un an.

Des règles particulières sont toutefois posées :

Ainsi, le point de départ est pour les créanciers avertis personnellement, celui de la réception de l'avis d'avoir à déclarer leurs créances<sup>Note 44</sup>. Ils ne pourront être relevés de forclusion que par la preuve que leur défaillance n'est pas due à leur fait. Ayant par hypothèse été avertis, ils devront démontrer une impossibilité d'agir, telle par exemple que la maladie.

La durée du délai est allongée de six mois pour les créanciers placés dans l'impossibilité de connaître l'existence de leur créance avant l'expiration du délai de six mois<sup>Note 45</sup>.

Les créanciers forclos ne subiront plus l'extinction de leur créance.

#### 4) La disparition de l'extinction de la créance pour défaut de déclaration

29 - L'innovation la plus remarquable est sans nul doute la disparition de la sanction instituée par l'article 53 la loi du 25 janvier 1985 en cas de défaut de déclaration et d'absence de relevé de forclusion : l'extinction de la créance. Très vivement critiquée alors, cette sanction qui constituait une solution singularisant le droit français, a donc été abandonnée<sup>Note 46</sup>. Aucune sanction n'est expressément substituée à l'extinction de la créance. Il convient de considérer, avec les premiers commentateurs de la loi, que la créance sera frappée d'inopposabilité à la procédure<sup>Note 47</sup>. Le créancier ne pourra invoquer sa créance dans la procédure. Il ne pourra logiquement pendant la procédure ni recevoir paiement (ce qui au demeurant est exceptionnel) ni participer aux répartitions.

Des difficultés ne manqueront pas de surgir. Aucune exception ne pourra-t-elle vraiment être invoquée ? Ainsi, si un paiement provisionnel au profit du créancier défaillant est exclu<sup>Note 48</sup>, ce créancier ne pourra-t-il utilement exercer un droit de rétention et obtenir paiement de sa créance avant toute restitution du bien ou, en cas de vente du bien dans la liquidation, par report du droit de rétention sur le prix ? La créance n'étant pas opposable à la procédure, le droit de rétention nous paraît en ce cas perdre la légitimité requise par la loi<sup>Note 49</sup>.

Par ailleurs, lorsque la procédure aura pris fin par l'adoption d'un plan, peut-on admettre que le créancier puisse exiger paiement de la créance non déclarée ou faut-il attendre la fin de l'exécution du plan ? C'est cette dernière solution que le législateur a envisagée<sup>Note 50</sup> et qui a les faveurs de la doctrine se fondant sur l'opposabilité à tous des dispositions du plan<sup>Note 51</sup>.

De même, en cas de liquidation, les effets de la clôture pour insuffisance d'actif devraient s'appliquer à ce créancier<sup>Note 52</sup>, bien que la question puisse être discutée<sup>Note 53</sup>. Ce dernier ne saurait profiter de sa négligence pour échapper à la paralysie des poursuites. Pour pouvoir poursuivre, il lui faudra invoquer une exception permettant la reprise des poursuites. En revanche, il ne pourra à défaut d'admission de sa créance, obtenir un titre exécutoire par ordonnance du président du tribunal, ainsi que le prévoit l'article L. 643-11 V.

L'incidence de la disparition de l'extinction de la créance sur le sort des cautions doit enfin être évoquée. Elle paraît, de prime abord, considérable. La créance n'étant pas éteinte en effet, la caution n'est plus libérée par la providentielle exception inhérente à la dette dont elle avait ainsi bénéficié. Elle doit toutefois être nuancée de manière générale par la possibilité pour la caution quelle qu'elle soit, sinon d'invoquer le bénéfice de l'article 2037<sup>Note 54</sup>, du moins la responsabilité du créancier. En outre et surtout, les cautions personnes physiques, tant pendant la procédure de sauvegarde que pendant la procédure de redressement judiciaire ne peuvent être poursuivies en paiement. Ces mêmes cautions pourront également se prévaloir des dispositions du plan de sauvegarde, mais non des dispositions du plan de redressement<sup>Note</sup>

<sup>55</sup>.

Si les contraintes pesant sur les créanciers antérieurs au titre de la déclaration des créances ont ainsi été adoucies, la paralysie des poursuites qu'ils subissent est moins franchement atténuée.

#### *b) En matière de reprise des poursuites*

**30 - Les créanciers antérieurs demeurent soumis à la règle classique de l'interdiction des poursuites** édictée désormais par l'article L. 622-21. Afin de soumettre à cette interdiction certains créanciers postérieurs, la rédaction de cette disposition est modifiée par rapport à celle du précédent article L. 621-40. Sont en effet visés «*tous les créanciers dont la créance n'est pas mentionnée au 1 de l'article L. 622-17* », ce qui englobe les créanciers postérieurs ne bénéficiant pas du privilège de la procédure et les créanciers antérieurs. Si le domaine de la règle ne prête aucunement à discussion, il n'en demeure pas

moins que la rédaction du texte est tout à fait singulière dans la mesure où les termes de « créance antérieure » ou de « créanciers antérieurs » en sont désormais totalement absents. Cette disposition est particulièrement significative du brouillage de la distinction entre créanciers antérieurs et postérieurs précédemment souligné. Il peut être, par ailleurs, indiqué que la loi nouvelle substitue le terme « interrompt » au terme « suspend », entérinant ainsi la rectification opérée par la jurisprudence<sup>Note 56</sup>.

Cette règle est applicable tant dans la procédure de sauvegarde que dans la procédure de redressement<sup>Note 57</sup> ou de liquidation<sup>Note 58</sup>. Pendant la procédure de liquidation, certains créanciers titulaires de sûretés ont cependant la possibilité de reprendre des poursuites. Il convient, à cet égard, de signaler que les conditions de la reprise des poursuites ont été quelque peu modifiées pour tenir compte de la perspective de cession de l'entreprise introduite dans la liquidation judiciaire par la loi de sauvegarde<sup>Note 59</sup>. En effet, lorsque le tribunal estime que la cession de l'entreprise est envisageable et qu'il a, à cette fin, autorisé la poursuite de l'activité pour une durée initiale de trois mois en principe, susceptible d'être prolongée une fois pour la même durée selon l'article 231 du décret, il doit fixer un délai pour le dépôt des offres de cession. La reprise des poursuites est nécessairement différée à l'expiration de ce délai et suppose l'absence d'offre de cession pendant celui-ci.

31 - Sous cette réserve, les poursuites des créanciers sont interdites. La **clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif** ne fait pas recouvrer aux créanciers leur droit de poursuite. Le **principe de la paralysie des poursuites est maintenu** par L. 643-11 posant les règles applicables, sous réserve d'exceptions auxquelles il a été apporté certaines modifications, dont beaucoup procèdent d'améliorations rédactionnelles visant à clarifier les règles légales et à leur donner plus de cohérence. Les travaux préparatoires révèlent qu'aucun parti pris n'a animé le législateur, les modifications sont ainsi pour certaines favorables au débiteur, d'autres aux créanciers dont, au demeurant, les droits sont de manière générale mieux préservés par une disposition plus claire. Il convient d'indiquer, avant d'évoquer ces différentes modifications, que selon l'article 191 de la loi de sauvegarde, cette disposition est applicable aux procédures en cours au jour de l'entrée en vigueur de la loi.

32 - S'agissant des **exceptions jouant au profit de certains créanciers** en raison de la nature de leur créance, exceptions énoncées à l'article L. 643-11 1 il peut être observé que, désormais, ce ne sont plus seulement les créances résultant d'une condamnation pénale pour des faits étrangers à l'activité professionnelle et pour fraude fiscale qui sont visées, mais plus largement les créances résultant de toute condamnation pénale du débiteur. L'élargissement de cette exception prend en considération les critiques adressées à cette disposition<sup>Note 60</sup>, dont l'effet paradoxal rappelé par M. Roux, était de favoriser les

délinquants d'affaires, les créances résultant de condamnations pour des infractions relatives à l'activité professionnelle ne pouvant faire l'objet de poursuites.

33 - Ce sont surtout les **exceptions** dites **générales à la paralysie des poursuites** qui ont fait l'objet de modifications. Celles-ci touchent, en premier lieu, à leur présentation même. Elles sont visées dans deux paragraphes distincts. Celles qui jouent de plein droit sont énumérées par l'article L. 643-11 III, tandis que l'hypothèse de la fraude, laquelle suppose une décision du tribunal, est visée par l'article L. 643-11 IV.

34 - L'article L. 643-11 III est lui-même subdivisé en quatre points où sont successivement exposées les *quatre exceptions à la paralysie des poursuites jouant automatiquement*. Il apparaît qu'un nouveau cas (le dernier) a été ajouté aux exceptions existantes, tandis qu'un autre a été restreint et un dernier reformulé. Selon l'article L. 643-11 III 4<sup>o</sup>). les créanciers recouvrent leur droit de poursuite individuelle lorsque la procédure a été ouverte en tant que procédure territoriale au sens du paragraphe 2 de l'article 3 du règlement (CE) n<sup>o</sup> 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité. Il s'agissait d'éviter certains abus auxquels pouvaient conduire, à défaut, l'application du droit communautaire lorsque est ouverte une procédure territoriale à l'encontre d'un établissement français d'une entreprise dont le siège est situé sur un autre État de l'Union européenne<sup>Note 61</sup>. La règle de la paralysie des poursuites était, en effet, de nature à favoriser la fermeture d'un établissement très endetté et la réouverture d'un autre établissement exploitant la même activité. Une telle manœuvre est ainsi privée d'intérêt.

Le prononcé de sanctions, civiles ou pénales, liées à l'ouverture d'une procédure collective constitue deux autres exceptions à l'extinction du droit de poursuite. Au titre des sanctions civiles, seule la faillite personnelle est désormais visée (*C. com.*, art. L. 643-11 III 1<sup>o</sup>) et non plus une simple interdiction de diriger ou contrôler une entreprise. L'article 191 de la loi indique que, malgré l'entrée en vigueur immédiate des dispositions de l'article L. 643-11 dans les procédures en cours, les poursuites déjà engagées sur le fondement d'une interdiction de gérer ne sont pas remises en question et que les sommes perçues par les créanciers leur restent acquises.

L'exception dite de « récidive » voit par ailleurs son domaine circonscrit et la rédaction des dispositions légales est améliorée. Comme l'avait jugé la Cour de cassation<sup>Note 62</sup>, malgré la lettre de la loi, l'exception jouait en cas de procédure *antérieure* de liquidation clôturée pour insuffisance d'actif, procédure ouverte contre le débiteur personne physique ou contre la personne morale qu'il dirigeait.

L'article L. 643-1 3° consacre cette solution et limite la reprise des poursuites aux hypothèses où ces procédures antérieures ont été clôturées pour insuffisance d'actif moins de 5 ans avant l'ouverture de la procédure à laquelle le débiteur se trouve soumis. Ainsi, la paralysie des poursuites pourra jouer plusieurs reprises, sous réserve de l'écoulement d'un laps de temps suffisant.

35 - La *fraude* fait clairement l'objet d'un traitement particulier, contenu à l'article L. 643-11 IV. Elle nécessite, en application de la loi nouvelle, une décision du tribunal la constatant et autorisant la reprise des poursuites de tout créancier, solution consacrant celle préconisée par la plupart des auteurs<sup>Note 63</sup>. Le tribunal rendra sa décision, soit au moment de la clôture de la procédure après avoir entendu ou dûment appelé le débiteur, le liquidateur et les contrôleurs, soit après la clôture, à la demande de tout intéressé. Peu importe que la fraude invoquée ait eu lieu à l'égard d'un créancier seulement ou de plusieurs créanciers, ce que la loi précise. Les termes des dispositions antérieures visaient, au contraire, la fraude à l'égard des créanciers. La jurisprudence avait toutefois interprété ces dispositions largement<sup>Note 64</sup>, interprétation ainsi consacrée par la loi nouvelle. La loi, en revanche, ne précise pas la notion de fraude qu'il reviendra au tribunal d'apprécier. Il est probable qu'une approche souple de la notion de fraude soit maintenue. En revanche, le contentieux concernant les créances non déclarées en raison de l'omission (volontaire) par le débiteur du créancier de la liste des créanciers, devrait sinon se tarir du moins fortement diminuer. On se souvient que dans cette hypothèse après avoir admis l'action du créancier<sup>Note 65</sup>, la Cour de cassation avait précisé que la créance éteinte ne pouvait revivre mais que cette fraude autorisait le créancier à agir en responsabilité contre le débiteur<sup>Note 66</sup>, ce qui au demeurant aurait dû être admis sans passer par le détour de l'article L. 622-32 de l'ancien livre VI du Code de commerce. Aujourd'hui, l'omission volontaire constitue un cas autonome de relevé de forclusion. Même dans cette hypothèse, si le créancier n'a pas été complètement désintéressé, il pourra prétendre l'être en arguant de cette exception.

36-On observera enfin que les modalités de la reprise des poursuites par les créanciers dont les créances n'ont pas été vérifiées est désormais envisagée. L'article L. 643-11 V V précise qu'à défaut d'admission de leur créance, l'exercice de leur droit est mise en oeuvre selon les règles du droit commun, alors que les créanciers admis peuvent obtenir un titre exécutoire par ordonnance du président du tribunal<sup>Note 67</sup>.

Si les droits (droit de créance, droit de poursuite) des créanciers antérieurs sont globalement mieux préservés, il apparaît que le paiement qu'ils peuvent espérer obtenir est à géométrie variable.

» **2° Le paiement des créanciers antérieurs : un paiement à géométrie variable**

37- La loi du 26 juillet 2005 malmène la règle de l'égalité des créanciers<sup>Note 68</sup>. Elle introduit, en effet, des règles nouvelles qui sont susceptibles d'aboutir à des disparités très fortes dans le paiement des créances antérieures (paiement qu'elle s'efforce certes d'améliorer tout en leur demandant de consentir spontanément-à certains sacrifices). Elle récompense, par ailleurs, certains d'entre eux de leurs efforts, ce qui se traduit par une modification des priorités de paiement<sup>Note 69</sup> qu'elle en profite également pour clarifier.

*a) Des disparités de paiement accentuées*

38 - Le paiement des créances antérieures dans les plans obéit désormais en large partie à une pluralité de règles distinctes en présence de comités de créanciers. En outre, les créanciers dotés de garanties personnelles ou de coobligés sont soumis à des règles différenciées résultant de la volonté du législateur de privilégier les procédures de conciliation et de sauvegarde.

1) Traitement différencié des créances antérieures dans les plans de sauvegarde et de redressement

39 - Le plan doit énoncer les personnes tenues de l'exécuter et les engagements souscrits, parmi lesquels ceux qui portent sur le règlement du passif né antérieurement au jugement d'ouverture<sup>Note 70</sup>. Concernant le paiement de ce passif antérieur, **deux séries de règles distinctes coexistent**, ces règles pouvant être cumulativement applicables : il s'agit des règles relatives aux créances des créanciers membres des comités d'une part, et, d'autre part, des règles concernant le paiement des créances antérieures en l'absence de comités<sup>Note 71</sup> également applicables aux créanciers non membres des comités.

Ces derniers sont consultés selon la procédure « ordinaire », procédure reprise de la consultation qui précédait, sous l'empire des dispositions antérieures, l'adoption d'un plan de redressement et désormais définie aux articles L. 626-5 à L. 626-7. Ainsi que le prévoit l'article L. 626-33, les dispositions du plan les concernant sont arrêtées selon les dispositions des articles L. 626-12 (disposition relative à la durée du plan) et L. 626-18 à L. 626-20 (dispositions relatives aux délais et remises), dispositions qui a contrario ne concernent pas les créanciers membres des comités. Déjà, l'article L. 626-30 exclut l'application des dispositions des articles L. 626-12 et des dispositions des alinéas deux et trois de l'article L. 626-18 au *projet de plan* adopté par les comités. La première de ces dispositions précise que la durée des plans est fixée par le tribunal dans la limite de 10 ans en principe (portée à 15 ans pour les agriculteurs). Quant à l'article L. 626-18 alinéa 2, il impose que le premier paiement ne puisse intervenir au-delà du délai d'un an, l'alinéa suivant exigeant, ce qui est une innovation, un montant minimum pour les dividendes du plan, ce minimum étant fixé à 5% du passif admis, sauf pour les exploitations agricoles.

Les délais et remises, le montant des dividendes, la durée du plan sont donc fixés librement par la majorité des créanciers membres des comités, sous la seule réserve que les intérêts de tous les créanciers soient suffisamment protégés, ce dont le tribunal doit s'assurer avant d'arrêter le plan voté par les comités. En aucun cas cependant, ils ne sont tenus d'observer strictement la règle de l'égalité entre créanciers.

40 - convient, par ailleurs, de signaler l'existence de **règles particulières aux créanciers publics et assimilés** auxquels le législateur permet plus largement de consentir des **remises**, règles qui rapprochent cependant leur situation de celle des créanciers privés<sup>Note 72</sup>. Ces règles, édictées par l'article L. 626-6, reçoivent application tant dans la procédure de sauvegarde que dans la procédure de redressement judiciaire<sup>Note 73</sup>, dans laquelle existaient déjà en partie de telles règles<sup>Note 74</sup>. Elles s'appliquent même, pour la plupart d'entre elles, dans la procédure de conciliation<sup>Note 75</sup>. Elles ont un champ d'application plus vaste que les règles antérieures tant en ce qui concerne les créanciers visés que les créances concernées<sup>Note 76</sup>. Ce sont désormais l'ensemble des administrations financières (et non plus seulement le Trésor) qui sont visées. En outre, aux organismes de sécurité sociale et institutions régies par le livre IX du Code de la sécurité sociale, ont été ajoutées les institutions gérant le régime de l'assurance chômage prévu par les articles L. 351-3 et suivants du Code du travail. Les administrations financières peuvent remettre l'ensemble des impôts directs, les remises étant, pour les impôts indirects, limitées aux intérêts de retard, majorations, pénalités ou amendes.

Quelle que soit l'hypothèse, ces remises ne peuvent être accordées que concomitamment à l'effort consenti par d'autres créanciers et, par souci du respect des principes du droit de la concurrence, dans des conditions similaires à celles pouvant être accordées dans la même situation par des opérateurs privés 41 - -Quelques règles communes peuvent toutefois être signalées : celles qui concernent les abandons de créances des créanciers privés et celles relatives à l'exécution de l'obligation de paiement.

Le législateur s'efforce d'inciter les créanciers privés à des abandons de créance par le biais de règles fiscales avantageuses<sup>Note 77</sup>. La déductibilité de ces abandons de créances est désormais permise sans ambiguïté que ces abandons aient été spontanément consentis ou qu'ils aient été imposés au sein des comités à certains créanciers minoritaires par un vote de la majorité des créanciers. L'article 182 de la loi de sauvegarde des entreprises a en effet modifié en ce sens le 1 de l'article 39 du code général des impôts<sup>Note 78</sup>.

Quels qu'ils soient, les créanciers recevront paiement de leurs dividendes du commissaire à l'exécution du plan entre les mains duquel la loi impose désormais au débiteur de les payer<sup>Note 79</sup>. En cas de défaut de paiement de ces dividendes et si le tribunal n'a pas prononcé la résolution du plan, c'est également le commissaire à l'exécution du plan qui est chargé par la loi de procéder à leur recouvrement<sup>Note</sup>

80.

A défaut de pouvoir obtenir immédiatement paiement de leur débiteur, les créanciers ayant obtenu l'engagement d'un tiers au paiement de la dette se tournent naturellement vers ces derniers. Ils sont également soumis à un traitement différencié.

## 2) Traitement différencié des créanciers bénéficiaires de l'engagement de tiers

42 - La loi de sauvegarde conduit à distinguer le sort de ces créanciers à la fois selon la procédure ouverte et la nature du plan adopté, plan de sauvegarde ou plan de redressement et, en principe, selon la qualité du garant ou coobligé, personne physique ou personne morale.

Après avoir énoncé que *«le jugement qui arrête le plan en rend les dispositions opposables à tous»*, l'article L. 626-11 dans son alinéa second précise que *«à l'exception des morales, les coobligés et les personnes ayant consenti un cautionnement ou une garantie autonome peuvent s'en prévaloir»*. Or, selon l'article L. 631-20 ces dispositions ne sont pas applicables au plan de redressement. Cette différence de traitement résulte de la volonté du législateur d'encourager les dirigeants cautions, garants, voire coobligés, à s'engager dans la voie de la sauvegarde plutôt que dans celle du redressement<sup>Note 81</sup>.

Ainsi, selon qu'un plan de sauvegarde ou un plan de redressement a été adopté, la situation des créanciers diffère profondément. En cas de plan de sauvegarde, il faut encore distinguer selon que le tiers caution, garant ou coobligé est une personne physique ou une personne morale. Ce n'est, en effet, que lorsque le tiers est une personne physique que cette dernière pourra invoquer les dispositions du plan de sauvegarde, délais et remises, tandis que le créancier pourra poursuivre le tiers personne morale<sup>Note 82</sup>.

Dans la procédure de sauvegarde, les tiers personnes physiques peuvent, en outre, invoquer les dispositions légales libérant le débiteur des intérêts de moins d'un an dont le cours est arrêté<sup>Note 83</sup>. En revanche, plus aucune distinction ne résulte de la nature de la garantie. En particulier, la garantie autonome est alignée sur le cautionnement ! De telles dispositions risquent fort de détourner les créanciers

des sûretés personnelles au profit des sûretés réelles dont l'ordre de paiement connaît des modifications et précisions.

*b) Des priorités de paiement modifiées*

43 - Certains créanciers antérieurs aux procédures de sauvegarde, redressement ou liquidation se voient dotés d'un privilège leur conférant une priorité de paiement très intéressante au cas où seraient ouvertes ces procédures : pour l'essentiel les créanciers apporteurs « d'argent frais » dans le cadre d'un accord amiable conclu à l'issue d'une procédure de conciliation.

Le législateur a, par ailleurs, profité de la réforme pour apporter quelques éclaircissements sur le rang de certaines créances antérieures garanties.

Signalons, enfin, avant de développer ces deux points, que les créanciers antérieurs titulaires de sûretés profiteront également d'un élargissement inattendu de l'assiette de leur sûreté : le produit de l'obligation aux dettes de la personne morale à laquelle les dirigeants peuvent être condamnés sur le fondement de l'article L. 652-1 du nouveau Livre VI, en raison de certaines fautes, est affecté au désintéressement des créanciers «selon l'ordre de leurs sûretés». La solution contraste avec celle maintenue par l'article L. 651-2 alinéa 3 pour le produit de l'action en comblement du passif sanctionnant la faute de gestion. Cette distinction ajoute encore à la disparité des solutions déjà soulignée.

1) La primauté des créanciers « de la conciliation » sur les créanciers antérieurs et postérieurs

44 - La nouvelle définition des priorités constitue un instrument de la politique législative de sauvetage des entreprises à laquelle les créanciers sont ainsi étroitement associés<sup>Note 84</sup>. Si les créanciers antérieurs vont globalement profiter de la réduction du domaine du privilège de la procédure (de sauvegarde, de redressement ou de liquidation), ainsi qu'il en sera question dans les développements consacrés aux créanciers postérieurs, certains d'entre eux bénéficient d'un nouveau privilège dont le rang est particulièrement intéressant. Ce privilège résulte de l'article L. 611-11, disposition figurant dans le chapitre premier « de la prévention des difficultés des entreprises, du mandat ad hoc et de la procédure de conciliation » du titre premier du livre VI consacré à la prévention des difficultés des entreprises. Il est dénommé privilège de la conciliation ou de la « new-money ».

45 - Ce privilège ne joue au profit des **créanciers désignés** parce texte et qu' «*en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire subséquente*». Les créanciers concernés sont donc nécessairement des créanciers antérieurs à ces procédures. Il s'agit des créanciers «*qui avaient consenti, dans l'accord homologué mentionné au II de l'article L. 611-8, un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité* » et «*des personnes qui fournissent dans l'accord homologué, un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise et sa pérennité* ».

Le bénéfice du privilège nécessite l'ouverture préalable d'une procédure de conciliation achevée par un accord homologué par le tribunal. Il ne peut profiter aux créanciers qui auraient consenti un apport en trésorerie ou fourni un bien ou un service en vertu d'un accord simplement constaté par le président du tribunal. Cette restriction est approuvée car en l'absence d'homologation, aucune publicité n'est effectuée<sup>Note 85</sup>. Cela dit, la publicité du jugement d'homologation ne constitue pas, à proprement parler, la publicité d'un privilège.

Deux catégories de créanciers sont élues. En premier lieu, ce sont ceux qui apportent de la trésorerie « dans l'accord » et non ceux qui consentiraient des délais et remises, contrairement à la solution initialement envisagée. Un apport d'argent « frais » est nécessaire. Il ne doit pas s'agir d'un concours renégocié se substituant à un ancien concours, la loi précisant ensuite que «*les créanciers signataires de l'accord ne peuvent bénéficier directement ou indirectement de cette disposition au titre de leurs concours antérieurs à l'ouverture de la conciliation*». Le privilège n'est pas davantage applicable aux «*apports consentis par les actionnaires et associés du débiteur dans le cadre d'une augmentation de capital*».

En second lieu, bénéficient du privilège ceux qui fournissent un nouveau bien ou un service dans l'accord.

46 - Le **rang de préférence** que leur confère leur privilège, clairement défini par rapport aux créanciers postérieurs à l'ouverture des procédures de sauvegarde, redressement ou liquidation, l'est un peu moins à l'égard des créanciers antérieurs à ces procédures.

L'article L. 611-11 alinéa 1er précise que les créanciers visés sont payés «*par privilège avant toutes créances nées antérieurement à l'ouverture de la conciliation, selon le rang prévu au II de l'article L. 622-17 et au II de l'article L. 641-13* ». Or, ces deux dispositions qui constituent respectivement le fondement du privilège des procédures de sauvegarde et redressement et de la procédure de liquidation

placent les créanciers de l'article L. 611-11 après le superprivilège et le privilège des frais de justice et avant les créanciers bénéficiaires du privilège qu'elles instituent. Les créanciers antérieurs à ces procédures, passant après ce privilège, sous réserve de certains créanciers titulaires de sûretés dans la liquidation judiciaire, il est permis de considérer que les créanciers bénéficiaires du privilège de la conciliation passent avant l'ensemble des créanciers antérieurs, que leur créance soit antérieure à la procédure de conciliation ou soit née dans l'intervalle séparant l'homologation de l'accord de l'ouverture de la procédure de sauvegarde, redressement ou liquidation<sup>Note 86</sup>.

Dans la liquidation judiciaire, des clarifications sont par ailleurs utilement apportées quant à la situation de certains créanciers garantis.

## 2) Les clarifications apportées au rang de préférence de certains créanciers antérieurs

47 - La portée des modifications intervenues en 1994 au profit de certains créanciers antérieurs titulaires de sûretés dans la procédure de liquidation judiciaire, auxquels la réforme octroyait une primauté sur les créanciers postérieurs, avait fait l'objet de discussion. En effet, tandis que le législateur avait songé aux créanciers titulaires de sûretés spéciales, étaient visés dans le nouvel article 40 devenu sans changement en 2000 l'article L. 621-32, «*les sûretés immobilières ou mobilières spéciales assorties d'un droit de rétention*». En conséquence de cette rédaction, soit toutes les créances antérieures assorties de sûretés immobilières générales (en fait des privilèges généraux et en particulier le privilège général de salaires) ou spéciales devaient être payées avant les créanciers postérieurs, soit les seules créances garanties par des sûretés immobilières spéciales assorties d'un droit de rétention, c'est-à-dire uniquement l'antichrèse<sup>Note 87</sup> !

Désormais, sont visées par l'article L. 641-13 II «*les créances garanties par des sûretés immobilières ou par des sûretés mobilières spéciales assorties d'un droit de rétention ou constituées en application du chapitre V du titre II du livre V*». Toutes les sûretés immobilières antérieures sont donc concernées.

Il est permis de regretter que le législateur n'ait pas profité de l'occasion qui lui était ainsi offerte pour améliorer véritablement le sort des créanciers antérieurs titulaires de sûretés mobilières spéciales en supprimant toute exigence relative à l'existence d'un droit de rétention, les créanciers concernés bénéficiant de règles plus favorables qu'une simple priorité de rang sur certains créanciers seulement. Or,

ces règles, qui lui permettent d'éluider tout concours et consistent dans le paiement du créancier en cas de retrait du bien retenu ou du report du droit de rétention sur le prix, ont été maintenues<sup>Note 88</sup>.

48 - On observera pour finir, que la loi de sauvegarde maintient une différence de rang entre créanciers antérieurs et postérieurs selon les procédures appliquées, seule la procédure de liquidation judiciaire leur étant à cet égard favorable. Cette faveur devrait leur profiter plus largement, les plans de cession ayant désormais vocation à être adoptés dans le cadre de cette procédure<sup>Note 89</sup>. Si en revanche un plan de cession est adopté à l'issue d'une procédure de redressement judiciaire, possibilité finalement réintroduite dans la loi tandis qu'elle avait été écartée par le projet de loi, les créanciers antérieurs subiront la primauté des créanciers postérieurs, la loi n'ayant renvoyé qu'aux seules dispositions de la section 1 du Chapitre II du titre IV relatives à la cession d'entreprise, dont ne fait partie l'article L. 641-13 inclus dans le chapitre 1. Il en résulte une disparité de traitement entre les créanciers selon le moment de l'arrêt du plan de cession

En dépit de quelques réserves, le sort des créanciers antérieurs dans les procédures de sauvegarde, redressement et liquidation est plutôt amélioré par la loi nouvelle. Au contraire, les créanciers postérieurs voient leur situation globalement affaiblie.

## **II. - L'AFFAIBLISSEMENT DE LA SITUATION DES CRÉANCIERS POSTÉRIEURS**

49- La loi du 26 juillet 2006 a repensé la situation juridique des créanciers postérieurs en opposant clairement ceux qui sont titulaires d'un privilège et ceux qui en sont dépourvus. Corrélativement, elle a réduit le périmètre du privilège des créanciers dont la créance est née régulièrement après l'ouverture de la procédure. En le rendant plus étroit, elle a accru les hypothèses où des créanciers postérieurs n'en bénéficieront pas.

Il en résulte que le nouveau texte définit la situation de ces créanciers non privilégiés en les obligeant à déclarer leurs créances et elle rejette en dehors de la procédure ceux qui ne respecteront pas cette obligation

Il convient donc de distinguer la situation des créanciers postérieurs privilégiés dont la situation est affaiblie (A) et celle des créanciers non privilégiés qui voient leurs chances d'être payés quasi-inexistantes (B).

### **A. - L'AFFAIBLISSEMENT DE LA SITUATION DES CRÉANCIERS PRIVILÉGIÉS**

50 - Le premier apport du nouveau texte a trait à une définition précise de la **nature juridique du droit à un paiement prioritaire** reconnu aux créanciers postérieurs : il s'agit d'un privilège. Les articles L. 622-15 et L. 643-13 énoncent, en effet, que ces créances «*sont payées par privilège, avant toutes les autres créances*». Sur ce point, la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle la priorité de paiement instituée par l'article L. 621-32 du Code de commerce ne constitue pas un privilège au sens de l'article 2095 du Code civil, est condamnée<sup>Note 90</sup>. Le législateur s'en tient à la définition donnée par le code : le privilège est un droit de préférence attaché à la qualité de la créance, c'est-à-dire, dans le cas présent, à sa naissance après l'ouverture de la procédure pour les besoins de celle-ci<sup>Note 91</sup>.

51 - Cette nature juridique a une incidence sur certaines solutions du droit positif et, notamment, dans le cas d'un conflit entre un créancier postérieur et un créancier hypothécaire, comme dans l'espèce tranchée par la Cour de cassation, elle conduit à admettre la priorité du créancier postérieur sur le créancier hypothécaire.

Il faudrait aussi admettre, en bonne logique, le maintien de la sûreté malgré la succession de procédures<sup>Note 92</sup>. Aucune raison ne justifie la disparition du privilège en cas de résolution du plan de continuation et d'ouverture de la liquidation judiciaire, par exemple<sup>Note 93</sup>.

Ces privilèges ne devraient pas plus être éteints que ceux qui garantissent le paiement des créances antérieures. Cette analyse semble confortée par la rédaction de l'article L. 641-13 qui privilégie les créances nées après le jugement de liquidation ou après le jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde ou de redressement «*qui l'a précédée*». Par conséquent, les créances de la période d'observation du redressement ou de la sauvegarde conservent leur privilège, même si une liquidation est ouverte par la suite.

Une telle interprétation donnerait de l'intérêt à cette garantie destinée à favoriser la sauvegarde de l'entreprise car, à d'autres points de vue, la loi nouvelle la fragilise. Elle réduit, d'une part, les créances susceptibles d'être garanties et elle affaiblit, d'autre part, leur rang de paiement.

#### » 1° Réduction du domaine du privilège

52 - La loi du 26 janvier 2005 a modifié le domaine du privilège en restreignant les créances susceptibles d'être garanties<sup>Note 94</sup>.

Le nouvel article L. 622-17 du Code de commerce énonce, en effet,<sup>Note 95</sup> que doivent être payées à leur échéance *«les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture, pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur, pour son activité professionnelle pendant cette période»*. Ce texte inséré dans le chapitre II (De l'entreprise au cours de la période d'observation) du Titre 2 sur la procédure de sauvegarde s'applique aussi par renvoi au redressement judiciaire.

Dans la liquidation judiciaire, l'article L. 641-13 édicté une règle analogue en ce qui concerne les créances nées après le jugement qui ouvre ou prononce celle-ci et qui sont nées *«régulièrement après le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire ou, dans ce dernier cas, après le jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire qui l'a précédée, pour les besoins du déroulement de la procédure, pour les besoins, le cas échéant, de la période d'observation antérieure, ou en raison d'une prestation fournie au débiteur, pour son activité professionnelle postérieure à l'un de ces deux jugements »*.

53 - Pour bénéficier du privilège, les créances doivent donc être nées régulièrement, c'est-à-dire, comme autrefois, dans le respect des règles de répartition des pouvoirs *et* après le jugement qui ouvre la procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation. C'est la double exigence traditionnelle de régularité et de postériorité, mais en outre, ces créances et, là réside la nouveauté, doivent être nées pour les besoins de la procédure ou en contrepartie d'une prestation faite au débiteur pour son activité professionnelle.

Le législateur complète le critère de régularité et le critère chronologique utilisé par la Cour de cassation par un critère issu de la finalité de la créance : celle-ci doit être née pour les besoins du déroulement de la procédure, pour les besoins de la période d'observation ou en raison d'une prestation fournie au débiteur pour son activité professionnelle après le jugement (critère téléologique).

Le passif privilégié est ainsi cantonné aux créances utiles à la poursuite de l'activité ou à la procédure elle-même. Les créances personnelles au débiteur ou indépendantes du déroulement de la sauvegarde, du redressement ou de la liquidation judiciaires ne bénéficient pas de la garantie.

Cette volonté du législateur de limiter le passif postérieur privilégié, qui était déjà celle de la loi du 25 janvier 1985, et dont s'était écartée la Cour de cassation doit être approuvée<sup>Note 96</sup> car le recours aux seuls critères de la régularité et de la postériorité de la créance aboutissait à un gonflement excessif des créances

prioritaires, la Cour de cassation y faisant, notamment, rentrer des créances issues de condamnations - dommages-intérêts, dépens, astreintes -, dès lors qu'elles étaient prononcées après le jugement d'ouverture même si leur fait générateur était antérieur<sup>Note 97</sup>. Ce système présentait le grave défaut de permettre « une sélection très insuffisante des créanciers bénéficiant d'un traitement préférentiel, qui conduisait à des résultats contraires à l'objectif de redressement de l'entreprise en difficulté ».<sup>Note 98</sup>

De telles créances devraient logiquement échapper au périmètre du privilège lorsque l'action exercée a été commencée avant l'ouverture de la procédure car elle n'est pas née pour les besoins de la période d'observation ou de la procédure et ne correspond pas à une prestation nouvelle fournie au débiteur<sup>Note 99</sup>. Il faut cesser de confondre la naissance de la créance avec sa sanction. Pareillement, la créance environnementale naît de l'obligation de remettre les lieux en l'état et n'est pas utile au déroulement de la procédure.

Dans bien des cas, cette exigence de l'utilité de la naissance de la créance sera discriminante et permettra de réduire le périmètre du privilège.

54 - Il est probable, cependant, que les nouveaux textes donneront lieu aussi à des difficultés d'interprétation, les expressions « besoins » du déroulement de la procédure ou de la période d'observation<sup>Note 100</sup> ou « prestation fournie au débiteur pour son activité professionnelle postérieure au jugement » étant parfois difficiles à cerner, même si, dans de nombreuses situations, elles éclairciront les solutions antérieures<sup>Note 101</sup>.

Un impôt postérieur au jugement est-il, par exemple, né pour « les besoins » de la procédure ou est-il le résultat d'une « prestation » fournie au débiteur ? Il faudra probablement établir de nouvelles distinctions. Si la créance d'impôt est liée à la poursuite de l'activité, la TVA afférente à des opérations postérieures, par exemple, ou l'impôt sur les sociétés relatif aux bénéfices de la période d'observation, elle sera privilégiée. Si la créance d'impôt est indépendante du déroulement de la procédure et de la période d'observation ou si elle ne correspond pas à une prestation professionnelle, elle ne devrait pas l'être. Il en sera ainsi de la taxe d'habitation ou de l'impôt foncier relatifs au logement personnel du débiteur. Mais, l'on imagine déjà les discussions. Ainsi, l'impôt foncier, par lui-même, est inutile au déroulement de la période d'observation et de la procédure... mais si l'entreprise n'a plus le sol, assiette de ses constructions, la solution est différente ! Même interrogation pour une cotisation de sécurité sociale : si elle est assise sur le salaire d'un ouvrier de l'entreprise, elle sera privilégiée parce que le travail est généré par les besoins du

déroulement de la procédure, mais si elle a trait au salaire d'un employé de maison, elle ne bénéficiera pas du privilège.

Bien d'autres hypothèses seront délicates à résoudre...

55 - Il faudra, à notre sens, conformément aux vœux du législateur, interpréter strictement le texte afin d'éviter la multiplication des dettes postérieures assorties d'un privilège.

Dans le même souci de cantonner ce passif, la loi précise, par exemple, que la non-continuation d'un contrat peut donner lieu à des dommages-intérêts mais à déclarer au passif au profit de l'autre partie contractante (*C. com.*, art. L. 622-13) et que les indemnités et pénalités dues en cas de résiliation d'un contrat régulièrement poursuivi sont exclues aussi du bénéfice du privilège (*C. com.*, art. L. 622-17-111-3°). Il est clair, en effet, que l'intention des auteurs de la réforme est de limiter le périmètre du privilège aux créances utiles à la sauvegarde ou au redressement de l'entreprise ce qui l'affaiblit tout comme les conditions mises à son exercice.

#### » 2° L'affaiblissement de l'exercice du privilège

56 - S'agissant de l'exercice du privilège de paiement, il s'effectue toujours en deux temps.

En principe, les créances postérieures sont payées à l'échéance. En cas de défaillance, le créancier peut exercer son droit de poursuite et saisir le prix à répartir tant qu'il n'est pas déposé à la Caisse des dépôts et consignations<sup>Note 102</sup> et, d'une manière générale, il peut appréhender toutes les créances saisissables détenues par un tiers. Il est le premier payé quel que soit l'ordre de sa créance. Cette priorité ne peut se heurter qu'au recouvrement des créances alimentaires antérieures qui échappent à l'obligation de déclarer et qui sont recouvrables par paiement direct, mais aussi aux demandes en paiement des créances alimentaires postérieures<sup>Note 103</sup>.

A défaut de paiement à l'échéance, ou de poursuite en paiement, les créanciers postérieurs sont payés par priorité aux créances antérieures à l'exception du super-privilège des salariés et des frais de justice.

Mais, la loi apporte une double entorse à ces règles tenant à l'obligation de faire connaître les créances postérieures et à la modification de leur rang de paiement.

*a) Obligation de faire connaître les créances postérieures aux mandataires de justice*

57 - D'une part désormais, les créances postérieures impayées doivent être portées à la connaissance des mandataires de justice.

L'article L. 622-17-IV du Code de commerce dispose, en effet, que *«les créances impayées perdent le privilège que leur confère le présent article si elles n'ont pas été portées à la connaissance du mandataire judiciaire et de l'administrateur lorsqu'il en a été désigné, ou lorsque ces organes ont cessé leurs fonctions, du commissaire à l'exécution du plan ou du liquidateur, dans le délai d'un an à compter de la fin de la période d'observation»*.

L'article 90 du décret précise que la liste des créances ainsi communiquée au mandataire judiciaire et, s'il y a lieu, à l'administrateur judiciaire doit être transmise par ces derniers, dès la cessation de leurs fonctions, au commissaire à l'exécution du plan, ou au liquidateur, selon le cas qui la complète<sup>Note 104</sup>.

L'article L.64I-13-IV du Code de commerce comporte une disposition analogue dans la liquidation, mais le délai d'information est abrégé à six mois à compter de la publication du jugement ouvrant ou prononçant la liquidation. Il demeure d'un an à compter de celle du jugement arrêtant le plan de cession. La liste est déposée au greffe par le liquidateur, le greffier la fait publier au BODACC où toute personne intéressée peut en prendre connaissance et la contester devant le juge-commissaire dans un délai d'un mois à dater de sa publication<sup>Note 105</sup>.

Est ainsi rétablie la liste des créanciers de l'article 40, prévue par la loi du 25 janvier 1985 et supprimée par la loi du 10 juin 1994, mais cette fois-ci avec une sanction précise : la perte du privilège pour les créances qui ne sont pas portées à la connaissance du mandataire compétent.

Que deviennent-elles ? En toute hypothèse, il conserve son droit de poursuite individuelle qui n'est pas arrêté. Ainsi que l'observe M<sup>me</sup> Pérochon, *« le créancier doit être payé à l'échéance et peut agir cette fin, son droit de poursuite n'étant nullement affecté par le défaut d'information »*<sup>Note 106</sup>. Mais peut-on participer aux répartitions comme créancier chirographaire ? La loi ne le prévoit pas.

*b) Rétrogradation*

58 - D'autre part, le rang de la sûreté est rétrogradé directement à l'égard du privilège de frais de justice ainsi qu'en cas de conclusion d'un accord amiable homologué faisant naître le privilège de « new money » et indirectement si un plan de cession est arrêté.

En effet, ces créances, toujours payées après le super-privilège des salariés le sont aussi après celles qui bénéficient du privilège des frais de justice et de celles garanties par le privilège établi par l'article L. 61 1-1 du code, c'est-à-dire après les créances nées d'un nouvel apport en trésorerie ou de la fourniture d'un nouveau bien ou service faits au débiteur dans un accord amiable homologué consécutif à une procédure de conciliation.

Il en résulte qu'en cas de plan de sauvegarde ou de continuation, lorsqu'elles ne sont pas payées à l'échéance, les créances postérieures sont payées par privilège à toutes les autres créances, assorties ou non de privilèges ou sûretés, à l'exception des créances salariales super privilégiées, du privilège des frais de justice et des créances de l'accord amiable (*C. com., art. L. 622-17*).

59 - En outre, si la distinction à effectuer entre la continuation et la liquidation demeure la même, ce n'est qu'un trompe-l'oeil en cas de cession.

Certes, dans l'hypothèse d'une sauvegarde ou d'un redressement judiciaire, ces créances postérieures sont réglées tout de suite après le super privilège des salariés, le privilège des frais de justice et le privilège de l'article L. 611-11 alors qu'en cas de liquidation, elles sont toujours réglées après les créances garanties par le super privilège, les frais de justice, les créances de l'article L. 61 1-1 les créances garanties par des sûretés immobilières ou mobilières spéciales assorties d'un droit de rétention ou constituées sous la forme d'un nantissement sur le matériel et l'outillage (*C. com., art. L. 641-13*).

Mais, l'identité globale de régime avec le droit issu de la loi du 10 juin 1994 n'est qu'apparente car le plan de cession basculant, pour sa réalisation, dans la liquidation, c'est le classement de l'article L. 641-13 qui va s'appliquer à la distribution du prix de cession et non celui de l'article L. 622-17 7 du Code de commerce. Sur le prix de cession, les créanciers postérieurs vont être primés par nombre de créanciers antérieurs : salariés super privilégiés-,frais de justice, créanciers de la phase de conciliation, titulaires de sûretés immobilières étant précisé qu'elles peuvent être générales ou spéciales,, de gages, de nantissemments sur le matériel... Les créanciers postérieurs ont tout intérêt à la réussite des plans de sauvegarde et de continuation sauf à considérer qu'ils sont les grands perdants de la réforme !

Toutefois, il semble qu'il en soit autrement si le plan de cession est arrêté dans le cadre du redressement judiciaire. L'article L. 631-13 du Code de commerce prévoit, en effet, que 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 selon les dispositions de la section 1 du chapitre II du titre IV et l'article L. 631-22 ajoute qu'à l'exception du 1 de l'article L. 642-2, les dispositions de la section 1 du chapitre II du Titre IV sont applicables à cette cession. Or, ces dispositions n'englobent pas l'article L. 641-13 qui ne figure pas dans la section 1 du chapitre II du titre IV. La répartition du prix d'une cession décidée en redressement judiciaire doit donc se faire, logiquement, selon les règles de l'article L. 622-17, comme en sauvegarde.

Les créanciers postérieurs ont donc intérêt à ce que soit décidée une « cession-redressement », plutôt qu'une « cession-liquidation ». Une distorsion est ainsi effectuée entre créanciers postérieurs privilégiés selon le moment de l'arrêt du plan de cession.

Une différenciation plus grave se constate entre créanciers postérieurs privilégiés et non privilégiés

## **B. - L'AUGMENTATION DES CRÉANCES POSTÉRIEURES NON PRIVILÉGIÉES**

60 - Deux situations sont ici à distinguer, selon que la créance postérieure est née régulièrement ou pas. Dans le premier cas, elle est soumise au régime des créances antérieures et dans le second, elle demeure extérieure à la procédure collective.

### **» 1° Créances postérieures régulières assimilées aux créances antérieures**

61 - Lorsque les créances postérieures sont régulières, mais ne remplissent pas les conditions requises pour être privilégiées parce qu'elles ne sont pas nées pour les besoins de la procédure, de la période d'observation ou ne correspondent pas à une prestation fournie au débiteur pour son activité professionnelle, l'article L. 622-24 alinéa 5 énonce qu'elles doivent être déclarées dans les conditions prévues par l'article L. 622-24, c'est-à-dire dans les deux mois, non de la publication du jugement d'ouverture, mais de la date d'exigibilité de la créance.

Le texte dispose que, toutefois, les créanciers dont les créances résultent d'un contrat à exécution successive déclarent l'intégralité des sommes qui leur sont dues et l'article 107 du décret précise que cette déclaration est faite pour la totalité des sommes échues et à échoir, sur la base d'une évaluation, dans un délai de deux mois, à compter du jugement d'ouverture au BODACC.

S'agissant des contrats à exécution successive conclus après le jugement d'ouverture, dans la mesure où ils ne rentrent pas dans le domaine de l'article L.622-17, ils font également naître des créances à déclarer à la procédure *«pour la totalité des sommes échues et à échoir, sur la base d'une évaluation dans un délai de deux mois à compter de la conclusion du contrat ou de la première échéance impayée qu'elle ait été ou non régularisée»*.

Ces textes soumettent donc au régime des créances antérieures des créances nées après le jugement d'ouverture, mais qui ne sont pas utiles au déroulement de la procédure, de la période d'observation ou à l'activité professionnelle du débiteur.

Bien que cela ne soit pas précisé, la sanction du défaut de déclaration doit être la même que pour les créances antérieures : le créancier ne participe pas aux distributions de dividendes et aux répartitions. Il devient un créancier « hors procédure », mais sa créance n'est pas éteinte. Les créanciers postérieurs devront être extrêmement vigilants et avant de s'engager, s'assurer de l'utilité de la créance pour la procédure. A défaut, la priorité de paiement à laquelle ils sont susceptibles de croire ne sera qu'un leurre.

La situation est encore pire pour les autres créanciers postérieurs dont la créance n'est pas née régulièrement.

#### » 2° Créances postérieures hors procédure

62 - Ces créanciers dont la créance est née après l'ouverture de la procédure, mais de manière irrégulière, parce que les règles de la répartition des pouvoirs n'ont pas été respectées, ne pourront déclarer leurs créances, ni réclamer paiement de leurs créances pendant la procédure car l'article 622-21 du Code de commerce soumet à l'arrêt des poursuites tous les créanciers *«dont la créance n'est pas mentionnée au 1 de l'article L. 622-17 »*.

Le pourront-ils à la clôture dans la mesure de l'actif subsistant ? En d'autres termes sont-ils soumis au principe de l'arrêt des poursuites comme les créanciers antérieurs ? La réponse paraît être affirmative car le jugement de clôture de liquidation judiciaire pour l'insuffisance d'actif ne fait pas recouvrer « aux créanciers l'exercice individuel de leurs actions contre le débiteur ».

Mais, ce texte concernait traditionnellement les créanciers antérieurs. Pour retenir cette solution, il faut considérer qu'il s'applique aussi aux créanciers postérieurs, Il est vrai qu'il ne distingue pas. *Ubi lex non distinguit, non debemus distinguere...*

63 - En définitive, la loi a singulièrement compliqué la situation des créanciers postérieurs en créant plusieurs catégories : les privilégiés, les non-privilégiés qui déclarent et les non privilégiés hors procédure, Il en résulte un affaiblissement de la situation des créanciers qui contractent avec le débiteur après la cessation des paiements. S'ils veulent être payés, ils doivent se livrer à un contrôle de la finalité de la créance à naître...dans le doute, il leur est conseillé de s'abstenir !

La situation des créanciers antérieurs n'est pas non plus dépourvue de complexité. Éclatés en différentes catégories lorsqu'ils sont dans la procédure, ils comprennent désormais aussi des créanciers hors procédure pour n'avoir pas déclaré leurs créances. Ainsi, à de nombreux égards, la loi de sauvegarde des entreprises, en dépit des intentions louables qui l'animaient, constitue un rendez-vous manqué avec la simplification du droit, ambition pourtant proclamée haut et fort par le législateur.

Note 1 Allocution prononcée le 18 novembre 2005

Note 2 ibidem

Note 3 Sur l'évolution générale : C. Saint-Alaru-Houin. De la faillite au droit des entreprises en difficulté, Regards sur les évolutions du dernier quart de siècle, in Regards critiques sur quelques (dévolutions récentes du droit », ss dir 1 Krunen et M Hécquard-Théron, Travaux I FR Mutations des normes juridiques Presses Universitaires de Toulouse, 2005, p 389. - Pd. Pétel. Le nouveau droit des entreprises en difficulté, JCP E 2005, n° 1509 spéc p 1740 5.

Note 4 P. Clément. AN, 1 séance 13 juill 2005 « Nous quittons définitivement le domaine de la faillite pour rentrer dans celui de la sauvegarde ». - D, Perben « L'objectif de sauvegarde est crucial », Exposé des motifs

Note 5 En cas de refus de vote ou de vote négatif, le tribunal peut, en effet, passer outre

Note 6 C. com., art. L. 631-8.

Note 7 Cons. const., déc n° 2005-522 DC, 22 juill. 2005JO 27 juill. 2005, p 12225

Note 8 Exposé des motifs du projet de loi

Note 9 Mme Béhar-Touchais fait de manière très imagée, et en guise de clin d'oeil à l'inspiration nord-américaine de la loi de sauvegarde, état d'un « come-back des créanciers : Les plans de sauvegarde et de continuation, in La sauvegarde des entreprises, Colloque Toulouse 23 sept 2005 Rev proc coll. 4/2005, p. 363 et s., n° 1

Note 10 .Cf Ph. Roussel-Galle Les contrôleurs, gardiens de l'intérêt collectif Gaz Pal 9/10 sept 2005, p. 3

Note 11 . C. com., an. L. 621-10, al 4

Note 12 . Ainsi, par exemple les contrôleurs seront-ils entendus ou dûment appelés avant que le tribunal ne statue sur une modification substantielle dans les objectifs ou moyens du plan (C com., art L 626-26. al. 2 concernant le plan de sauvegarde, également applicable au plan de redressement conformément à l'article L. 631-19 II.

Note 13 . Ainsi l'intitulé de la section 2 du chapitre 1er du Titre II du décret est « Des organes de la procédure et des contrôleurs distinction disparue, il est vrai, dans la loi

Note 14 . D n° 2005-1677, 28 déc 2005, art 93.

Note 15 . Tel est le cas pour exercer une action en comblement du passif IC com., art L. 651-3, al 2. - D art 3171

Note 16 . Tandis que dans la procédure de redressement judiciaire, les fonctions des contrôleurs prenaient fin, conformément à l'article 3 1-3 du décret du 27 décembre 1985 au jour où la décision arrêtant le plan de continuation était passée en force de chose jugée, et en cas de plan de cession icomme en cas de

liquidation judiciaire au jour où la décision de clôture de la procédure était définitive l'article 75 du décret du 28 décembre 2005 retarde la cessation des fonctions des contrôleurs à l'approbation du compte-rendu de fin de mission de l'administrateur, du mandataire judiciaire et le cas échéant du commissaire à l'exécution du plan. L'article 226 de ce même décret fixe la fin de la mission des contrôleurs, en cas de liquidation judiciaire à la décision prise sur la reddition des comptes du liquidateur La démission n'est plus envisagée par les dispositions réglementaires Quant à la révocation prévue par l'article L 621-10, alinéa 4, elle ne peut être prononcée par le tribunal qu'à demande du ministère public alors que jusqu'à présent le juge-commissaire, l'administrateur, le représentant des créanciers et le liquidateur pouvaient également saisir le tribunal à cette fin (D. 27 déc 1985, art 31-3, al. 2)

Note 17 D 28 déc 2005 art 163, La désignation d'un ou plusieurs administrateurs n'est elle-même obligatoire, conformément à l'article L. 621-4, al. 5. que si l'entreprise atteint un effectif de 20 salariés ou de 3 millions d'euros de chiffre d'affaires hors taxes selon l'article 53 du même décret. Cette dernière disposition précise que le nombre de salariés s'apprécie par rapport au nombre des salariés employés par le débiteur à la date de la demande d'ouverture de la procédure. Quant au montant du chiffre d'affaires, il est apprécié à la date de la clôture du dernier exercice comptable. Cette disposition est également applicable à cet égard pour le calcul des seuils relatifs à la constitution des comités de créanciers par renvoi de l'article L 162 al. 2 du décret à l'article 53.

Note 18 Ph. Petel. Le nouveau droit des entreprises en difficulté : JCP E 2005, 1509, n° 95

Note 19 En ce sens. M. Behar-Touchais, Les plans de sauvegarde et de continuation, in La sauvegarde des entreprises. Colloque Toulouse 23 sept. 2005 : Rev. proc. coll. 4/2005. p. 363 et s

Note 20 Ils doivent l'être à l'initiative de l'administrateur dans les 30 jours suivant le jugement d'ouverture selon l'article L 626-30, al 1er du Code de commerce, délai dont le dépassement n'est pas sanctionné.

Note 21 De nouveaux clivages paraissent se dessiner dans la loi entre les créanciers antérieurs : entre les fournisseurs de crédit et les fournisseurs de biens et services, entre ces derniers et les autres En réalité, bien qu'exprimée sous une forme nouvelle, la première distinction recouvre assez largement, mais non exclusivement, les créanciers titulaires de sûretés et les créanciers chirographaires. Sous cette forme nouvelle, ces deux catégories de créanciers sont également présentes dans l'article L. 611-11 du Code de commerce instaurant un privilège à leur profit dès lors qu'ils ont consenti, à l'issue d'une procédure de conciliation, pour les premiers une avance de fonds, pour les seconds un bien ou un service dans un accord amiable homologué par le tribunal.

Note 22 D. 28 déc 2005, art. 164 imposant un avis par lettre recommandée avec demande d'avis de réception

Note 23 D 28 déc. 2005, art. 165.

Note 24 Ph Pétel. Le nouveau droit des entreprises en difficulté JCP E 2005, 1509, n° 92

Note 25 Ce délai est renouvelable une fois par le juge-commissaire à la demande du débiteur ou de l'administrateur

Note 26 Le décret ne précise pas selon quelles modalités le projet « circule » entre les deux comités qui peuvent séparément envisager des modifications

Note 27 D. 28 déc 2005, art 167

Note 28 Les comités, dont la personnalité juridique demeurerait à établir, ne disposent d'aucune voie de recours contre la décision du tribunal Conformément à l'article L. 661-1 2°. l'appel et le pourvoi en cassation ne sont ouverts contre les décisions statuant sur la liquidation judiciaire, arrêtant ou rejetant un plan de sauvegarde ou le plan de redressement qu'au débiteur, à l'administrateur, au représentant des créanciers ou comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel et au ministère public

Note 29 Art. L. 644-3 précisant que « par dérogation aux dispositions de l'article L 641-4, il est procédé à la vérification des seules créances susceptibles de venir en rang utile dans les répartitions et des créances résultant d'un contrat de travail ».

Note 30 D. 28 déc. 2005, art 292,

Note 31 Art. L. 632-2, al. 2 énonçant que « tout avis à tiers détenteur, toute saisie attribution ou toute opposition peut également être annulé lorsqu'il a été délivré ou pratiqué par un créancier après la date de cessation des paiements et en connaissance de celle-ci ».

Note 32 . F Pérochon, Les créanciers postérieurs et la réforme du 26 juillet 2005 : Gaz. Pal. 7/8 sept. 2005, p 57, n° 11 ; contra cependant P-M. LeCorre, Lesort des créanciers antérieurs LPA 10 juin 2004. p. 25, n° 5 et s. - C Saint-Alary Houin, La date de naissance des créances. LPA, 9 nov 2004, p. 11 n° 17 et s.

Note 33 P-M Le Corre. Les nouvelles règles de fixation du passif du débiteur : Gaz. Pal. 9/10 sept. 2005, p 1 n° 6 - F Pérochon. Les créanciers postérieurs et la réforme du 26 juillet 2005 : Gaz. Pal, 7/8 sept. 2005. p. 57, n° 69

Note 34 F Vauvillé note sous Cass. com., 10 mai 2005 : Gaz, Pal. 5 nov. 2005. n° 309, p 52

Note 35 . Cass com., 8 ocl. 2003. 2 arrêts concernant l'un une pension alimentaire, l'autre une prestation compensatoire : D 2003. 2637. -A. Lienhard D 2004. Som 54, F-X Lucas et Sont. 1965, A. Danis-Fatôme ; RTDcom 2004, 368, A Martin-Serf Rev. proc coli 2004, p 242. C Saint-Alary Houin.

Note 36 En ce sens G lazottes Les innovations des procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire in La sauvegarde des entreprises Colloque Toulouse 23 sept 2003 : Rev. proc coll 4/2005. p. 358 s., spéc. 361

Note 37 Pour soumettre toutes les créances alimentaires à déclaration, il aurait fallu que la première phrase de l'alinéa 5 soit rédigée ainsi : les créances nées régulièrement après le jugement

d'ouverture autres que celles mentionnées au 1 de l'article L. 622-17 7 et les créances alimentaires sont soumises aux dispositions du présent article.

Note 38 Cf. L. n° 2005-845, 26 mil. 2005, art. 191

Note 39 Signalons, en outre, que la loi permet expressément désormais une déclaration sur la base d'une évaluation pour les créances dont le montant n'est pas définitivement fixé (C. com., art L. 622-24, al 3).

Note 40 C com., art. L, 622-24, al 1er.

Note 41 Cass com, 14 mars 2000 D, 2000, p. 167, A Lienhard - Cass. com., 15 mai 2001 RIDA 10/01. n° 994.

Note 42 D. 28 déc. 2005. art, 99 al 3 La Cour de cassation avait précisément refusé d admettre en pareilles circonstances un allongement du délai de déclaration Cass. com. 23 nov. 1999 D 2000, act. jurispr 31, A. Lienhard.

Note 43 . Elles sont contenues à l'article L. 622-26

Note 44 . Il ne s'agit pas à notre sens d'un nouveau cas de relevé de forclusion contrairement à l'opinion soutenue par un auteur qui y voit un cas de relevé de forclusion autonome reposant sur la démonstration de l'absence de réception de l'avertissement : P-M, Le Corre, Le sort des créanciers antérieurs : LPA. 10 juin 2004 p 25, n° 11. Comment admettre en effet un tel cas ayant pour point de départ la réception d'un avertissement qui, par hypothèse, n'a pu être fait ?

Note 45 . On a préféré doubler le délai plutôt que d en retarder le point de départ au moment de la connaissance de l'existence de la créance, moment qui aurait pu varier selon les créanciers, ce qui aurait engendré une incertitude

Note 46 Il a été souligné qu s'agissait de mettre le droit français en conformité avec l'article 5 du règlement communautaire n° 1346/2000 du 2 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, selon lequel l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ne doit pas affecter le droit réel d'un créancier ou d'un tiers sur des biens se trouvant au moment de l'ouverture de la procédure sur le territoire d un autre État membre (Rapport X Roux, n° 2095, p 235).

Note 47 P M Le Corre. Les nouvelles règles de fixation du passif du débiteur Gaz. Pal. 9/10 sept 2005. p 17, n° 13. – G. Jazottes, Les innovations des procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire, in La sauvegarde lies entreprises Colloque Toulouse 23 sept. 2003 : Rev. proc. coli 4/2005, p 358 et s spéc. p. 361 et 362

Note 48 Dans la liquidation la loi subordonne un tel paiement à l'admission de la créance (C. com., art L 643-31. Si aucune condition n est expressément formulée en cas de procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire par l'article L. 622-8, la déclaration de la créance est nécessaire, ce que confirme l'article 93 du décret (comme précédemment l'article 55-1 du décret du 27 décembre 19851, précisant que

le juge-commissaire saisi d'une telle demande statue au vu de la déclaration de créances, des documents justificatifs...

Note 49 Telle est au demeurant la solution adoptée sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967 Cass. com., 27 avr 1978 : D, 1980, inf. rapp 291, F, Derrida En ce sens M. Cahrillac et Ch. Mouly, Droit des sûretés. Manuel juris Classeur : Litec, 7e éd., n° 553, affirmant à propos du droit de rétention « cet acte de justice privée ne peut être légitime que s'il est mis au service d'une créance incontestable en son principe » et « que ne répond pas à cette exigence une créance qui n'a pas été déclarée au passif d'une procédure collective de même qu'une créance qui a été rejetée ».

Note 50 Rapport X. Roux, n° sous art 39

Note 51 P M Le Corre, Les nouvelles règles de fixation du passif du débiteur Gaz Pal 9/10 sept 2005, p 17, n° 14 - Ph Pétel. Le nouveau droit des entreprises en difficulté JCP E 2005, 1509, n° 97.

Note 52 Ce qui suppose de décorrélérer la déclaration des créances de l'arrêt des poursuites

Note 53 C Saint-Alary-Houin. Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises. continuité rupture ou retour en arrière Dr. et patrimoine. janv 2005, p 24 et s., spéc p 39

Note 54 Il faudra pour que cette disposition trouve certainement application que le défaut de déclaration de la créance par le créancier ait privé la caution d'un droit préférentiel ce qui suppose que le créancier bénéficiait par ailleurs d'un tel droit.

Note 55 Art. L 626-1 al. 2 pour le plan de sauvegarde et L. 631-20 pour le plan de redressement.

Note 56 . Cf F Macorig-Venier : Rev proc. coll. 3/2005, p. 210. n° 1

Note 57 . Par renvoi de l'article L, 631-14 1

Note 58 . Par renvoi de l'article L 641-3 al 1er

Note 59 . C com., art. L 643-2. ai 2

Note 60 . Cf F Pérochon et R Bonhomme, Entreprises en difficulté LGDI. 6e éd., n° 417, – F. Macorig-Venier. Le devenir du chef d'entreprise, Le poids du passé : le poids du passif impayé après la clôture de la procédure Rev proc coll. 2/2003, p 186, n° 23.

Note 61 . Cf. Rapport X. Roux, n° 2095 sous Art 138

Note 62 Cuss corn 9 juin 1998 : Act. proc. coll. 5/1998. n° 76, M, Béhar-Touchais.

Note 63 F. Pérochon Entreprises en difficulté LGDI, 6e éd n° 420

Note 64 Cass crim., 7 nov 1994 Bull. crim. 1994, n° 353 Rev proc. coll. 1995, 341, n° 1 B. Dureuil. – Cass. com., 16 nov 1993 D 1994, p 157 Amlavy et Derrida

Note 65 Cass. com., 16 nov. 1993, préc.

Note 66 Cass com., 26 ocl. 1999 D 1999, act jurispr. p. 93, A Lienhard RTD co., 2001 p 226 A Martin-Serf - V aussi : F Pérochon, Fraude du débiteur et poursuites du créancier forclos, Mélanges Honorat, p. 161 – J. Vallansan. Le créancier oublié : RI com 2000, 55.

Note 67 Cf D 28 die. 2005, art. 309.

Note 68 M Behar-Touchais Les plans de sauvegarde et de continuation Rev. proc coll. déc 2005, p 363, n° 1 2 - Ph Pétri, Le nouveau droit des entreprises en difficulté JCP E 2005, 1509 n° 95

Note 69 M. Pelel fait état de manière très éclairante d'une redistribution des priorités » Le nouveau droit des entreprises en difficulté : JCP E 2005, 1509, n° 75 et s

Note 70 C com., art. L 626-10

Note 71 Elles sont également applicables si l'un ou l'autre ne s est pas prononcé dans les délais ou a refusé les propositions faites ou si le tribunal a refusé d'arrêter le plan voté par les comités

Note 72 B Laarie. Le Trésor public : un créancier comme les autres : Gaz Pal 10. sept 2005, p. 28.

Note 73 En vertu de l'article L 631-191, les dispositions du chapitre VI du titre II sont en effet applicables au plan de redressement

Note 74 Elles étaient édictées par l'article L 621-60 alinéa 3 du précédent livre VI du Code de commerce

Note 75 . L'article L, 611-7 alinéa 3 n'évoque que les remises de dettes dans les conditions de l'article L 626-6 et non les cessions de rang de privilège ou d'hypothèque ou les abandons de ces sûretés.

Note 76 . Cf. Ph. Pétel, Le nouveau droit des entreprises en difficulté JCP E 2005, 1509, n° 68 à 72

Note 77 Cf Pli Pétel Le nouveau droit des entreprises en difficulté JCP E 2005, 1509, n° 73 et 75

Note 78 Cette disposition a été complétée par un 8° ainsi rédigé « les abandons de créances à caractère commercial consentis ou supportés dans le cadre d'un plan de sauvegarde ou de redressement

Note 79 . C. com., art. L 626-21

Note 80 . C. com art. L. 626-27, al.

Note 81 . Cf. M. Béftar-Touchais, préc. n° 27 - F. Macorig-Venier RI com sept. 2005, p 425 et Rev. proc. coll. sept 2005, p 210 n° 2

Note 82 . Curieusement, tous les tiers coobligés, garants ou cautions peuvent invoquer l'accord amiable conclu dans le cadre de la procédure de conciliation : Art. L 611-10. al 2 in fine.

Note 83 C. com., art. L. 622-28.

Note 84 Les règles sur la priorité de paiement sont au demeurant complétées par des règles écartant en principe la responsabilité des fournisseurs de crédit

Note 85 . Ph, Pétel, préc. n° 78

Note 86 . En ce sens Ph, Petel. préc n° 80

Note 87 . En ce sens F Pérochon et R Bonhomme, Entreprises en difficulté : LCDI, 6e éd. n° 223

Note 88 C. com., art. L. 642-25.

Note 89 . Le basculement du plan de cession dans la liquidation en principe, s'il aboutit ainsi à une modification favorable du rang de préférence de certains créanciers antérieurs titulaires de sûretés ne

conduit pas à remettre en question la paralysie de certaines prérogatives normalement emportées par ces sûretés, telles que le droit de suite (la règle est désormais édictée par l'article L 642-12 du Code de commerce) Au demeurant, le législateur a profité de la réforme adoptée pour ajouter la précision selon laquelle aucun droit de surenchère ne pouvait être exercé lorsque l'entreprise cédée comprenait un fonds de commerce (C com., art L. 642-8), précision destinée il est vrai plus particulièrement sans doute à la surenchère du sixième

Note 90 . Cass. com., 5 févr. 2002 : Bull civ. IV, n° 27 ; D. aff, 2002, ad. jurispr p 805 obs A Liénhard ; JCP E 2002, chron 816, n° 15, obs, M C P P P, Rev prof. coli 200 nos obs

Note 91 V. nos obs Rev proc. coll 2003

Note 92 . V. P. Crocq. Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises et le respect des contés du droit des sûretés Dr et patrimoine 2005, n° 133, p. 1 37. - Jazottes, Le privilège des créanciers postérieurs Quel périmètre ?, In « La loi du 25 janvier 1985 a vingt ans Entre bilan et réforme Revue Lamy Droit des affaires, supplément mars 2005, n° 80. p 132.

Note 93 L'article 641-13 prévoit d'ailleurs que le privilège concerne « les créances nées le cas échéant, pour les besoins de la période d'observation antérieure » signifiant par là qu'il demeure malgré l'ouverture de la liquidation.

Note 94 . V, J Jazottes, article préc

Note 95 Dans sa rédaction après adoption du texte par le Sénat

Note 96 V C Saint-Alary-Houin, La date de naissance des créances en procédures collectives in La date de naissance des créances LPA 9 nov 2004. n° 116. p. 16, Ph, Pétel. Pour une relecture de l'article L 621-32, Mélanges en l'honneur d'Yves Guyon : Dalloz. p 918 ; Le nouveau droit des entreprises en difficulté JCP E 2005, n° 1509, p 1730 s, spéc 81 s.

Note 97 V. par ex., F Pérochon, Le sort des créanciers postérieurs LPA 10 juin 2004, n° 116 p, 16 - Pfi, Pétel, Pour une relecture de l'article L 621-32 du Code de commerce, précité. - C Saint- Alary-Houin. La date de naissance des créances en droit des procédures collectives : LPA nov. 2004. n° 224, p 11 Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises, continuité, rupture ou retour en arrière ? Dr et patrimoine, 01/2005, p. 34

Note 98 . F Pérochon. Les créanciers postérieurs et la réforme du 26 juillet 2005 Gaz Pal 7/8 sept. 2005,p 57

Note 99 En ce sens, C. Jazottes, article précité

Note 100 . V F Pérochon. Le sort des créanciers postérieurs LPA juin 2004. n° 116. p 16

Note 101 En ce sens. G. Jazottes. article précité. Les créances nées de la continuation des contrats professionnels seront, sans aucun doute privilégiées (contrepartie de la prestation) ou celles qui constituent des frais de justice (besoins de la procédure)

Note 102 L'article L 622- interdit alors toute opposition ou toute saisie.

Note 103 V. Les pertinentes remarques de F Pérochon. article précité Gaz Pal. sept. 2005 p. 64, n° 43.

Note 104 Le commissaire à l'exécution du plan ou le liquidateur la dépose alors au greffe à l'issue du délai d'un an faisant suite à la fin de la période d'observation où tout intéressé peut en prendre connaissance. Le greffier fait publier au BODACC une insertion indiquant ce dépôt Tout intéressé peut contester la liste devant le juge-commissaire dans un délai d'un mois à compter de la publication.

Note 105 . D. 28 déc. 2005, art. 50.

Note 106 F. Pérochon, article précité, p 68, n° 62.