



Ordre des Avocats  
au Barreau de Nice



ORDINE DEGLI  
AVVOCATI DI MILANO

avec la participation de l'Union des Avocats Européens et de l'Institut Méditerranéen des Procédures Collectives

**4<sup>ÈME</sup> RENCONTRE FRANCO-ITALIENNE  
ENTRE LES BARREAUX DE NICE ET DE MILAN**

**4<sup>º</sup> INCONTRO ITALO-FRANCESE  
FRA GLI ORDINI DEGLI AVVOCATI DI MILANO E NIZZA**

Nice – Samedi 12 mai 2007- Salle Pierre JOSELET

**IL DIRITTO FALLIMENTARE ITALIANO  
LE DROIT FRANÇAIS DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉS**

**L'APPLICATION DES REFORMES**

**LE NOUVEAU RÔLE DU JUGE DÉLÉGUÉ DANS LE CADRE DES  
NOUVELLES PROCÉDURES DE CONCORDAT PRÉVENTIF, DE  
RESTRUCTURATION ET DES PLANS DE REDRESSEMENT**

**Madame Maria Rosaria GROSSI**  
Magistrat au Tribunal de la Faillite de Milan

## **Le rôle du juge délégué dans la faillite**

Comme nous tous savons, les normes appelées à régir la crise de l'entreprise sont, dans tous les systèmes modernes, l'objet d'interventions de modification continues, visant à harmoniser ces normes au changement du contexte économique social. Un phénomène bizarre s'est au contraire produit en Italie, pour lequel la loi sur la faillite est restée inchangée de 1942 à 2005, malgré les nombreux projets de réforme établis par tous les gouvernements qui se sont succédés dans le temps.

En 2005, une première réforme partielle est entrée en vigueur ne concernant que le concordat préventif et l'action révocatoire de la faillite, qui prévoyait dans le régime réformé une réglementation très rigide et très punitive, tant pour les fournisseurs que pour les banques.

Ce n'est qu'en 2006, qu'une réforme organique du droit collectif a été approuvée. Mais, l'entrée en vigueur de modifications partielles additionnelles est prévue pour le mois de juillet prochain.

Toutes les interventions législatives de modification démontrent catégoriquement la volonté du législateur de transformer la faillite de mécanisme d'expulsion du marché des entreprises non solvables, en outil pour surmonter la crise, si possible conservatoire des éléments sains de l'entreprise, et, corrélativement, de soustraire la solution de la crise de l'entreprise, tant dans une perspective liquidatrice que dans le but du redressement, au contrôle rigide de l'autorité judiciaire et de la confier à la volonté des sujets protagonistes, le débiteur et ses créanciers.

Et c'est en ce qui concerne la figure du juge délégué que la limitation de la zone de l'intervention juridictionnelle a sa manifestation la plus accentuée.

Selon l'article 25, alinéa premier, du nouveau texte : « le juge délégué exerce les fonctions de surveillance et de contrôle sur la régularité de la procédure... ». Cette prévision marque un tournant décisif, par rapport à la précédente, selon laquelle le juge délégué dirigeait les opérations de la faillite et surveillait le travail du *curatore* (mandataire judiciaire).

De manière spéculaire, l'article 31 du nouveau texte prévoit que « le *curatore* (mandataire judiciaire) a l'administration du patrimoine de la faillite et effectue toutes les opérations de la procédure sous la surveillance et le contrôle du juge délégué et du comité des créanciers ... ».

De la lecture combinée des normes, il ressort que les nouveautés sont notamment deux.

La première est que le pouvoir du juge délégué de direction de la procédure fait défaut, pouvoir qui, de fait, l'investissait de la gestion de la faillite, conjointement au *curatore* (mandataire judiciaire).

La seconde est que l'administration de la faillite qui, à présent ne peut être rapportée qu'au *curatore* (mandataire judiciaire), est assujettie au contrôle et à la surveillance du comité des créanciers, mais en précisant que, étant le contrôle du juge limité à la régularité formelle de la procédure (comme il peut être déduit, non seulement par le texte de l'article 25, mais aussi par le fait que l'article 36 précise que la réclamation contre les actes ou les comportements d'omission du *curatore* (mandataire judiciaire) ou les autorisations et les dénégations du comité des créanciers, n'est admissible que pour une violation de la loi), les pouvoirs de contrôle et de surveillance reconnus au comité des créanciers sont bien plus pénétrants par rapport à ceux du juge, pouvant ceux-ci concerner aussi le fond et l'opportunité de la gestion de l'administration légale.

L'élimination de l'intervention du juge délégué en nombre de moments, dont certains cruciaux, de la faillite, vient justement de cette redéfinition conceptuelle des rôles et des fonctions des organes.

Il est possible d'identifier, sans prétentions d'exhaustivité absolue, les principales zones de *déjuridictionalisation*.

Le juge délégué n'autorise plus les transactions, les réductions de créances, les compromis, les renoncements aux litiges, les reconnaissances de droits de tiers, les annulations d'hypothèques, les restitutions de gages, les libérations de cautions et les acceptations de successions et de donations d'une valeur inférieure à 103,29 Euros (article 35).

Ces actes, tout comme ceux d'une valeur supérieure, qui étaient, auparavant, liés à l'autorisation du tribunal, sont à présents sujets, comme déjà dit, à l'autorisation du comité des créanciers.

Et encore, le juge délégué perd l'exclusivité d'autorisation de l'action de responsabilité contre le *curatore* (mandataire judiciaire) révoqué, du moment que l'action peut être autorisée à présent même par le seul comité des créanciers (article 38, alinéa 2).

La nécessité de l'autorisation du juge délégué (remplacée par celle du comité des créanciers) dans le choix, auquel le *curatore* (mandataire judiciaire) est appelé, de succéder ou de se libérer des contrats en cours d'exécution au moment de la faillite (article 72), disparaît.

Le juge délégué n'autorise plus l'établissement de l'inventaire, ne nomme plus l'expert qui devra apprécier les biens contenus dans l'inventaire (article 87, alinéas premier et 2), ne choisit plus la banque auprès de laquelle ouvrir le compte courant établi pour la procédure

(article 34), activités toutes réservées à présent à l'autonomie du *curatore* (mandataire judiciaire) ; il ne vise plus le livre journal, qui devra être visé par au moins un des membres du comité des créanciers (article 38, alinéa premier).

Le juge délégué n'autorise plus, remplacé par le comité des créanciers, la renonciation du *curatore* (mandataire judiciaire) à dresser un inventaire ou à liquider des biens de valeur non importante (article 42 et 104 ter).

Dans le cadre de la nouvelle réglementation de la liquidation de l'actif, le juge délégué n'autorise plus les ventes, qui sont effectuées en pleine autonomie par le *curatore* (mandataire judiciaire), au travers de procédures compétitives précédées par des formes appropriées de publicité, avec la seule prévision de l'obligation pour le *curatore* (mandataire judiciaire), de donner l'information maximale et de garantir la participation à tous les intéressés (article 107, alinéa premier).

Le devoir, par le *curatore* (mandataire judiciaire), d'informer le juge et le comité des créanciers sur les résultats des procédures de vente est le seul prévu, suite au dépôt au greffe de la documentation relative (article 107, alinéa 4).

La disposition additionnelle, selon laquelle le juge délégué garde le pouvoir de suspendre ou d'empêcher les ventes pour des raisons d'opportunité, ou au cas où il envisagerait un prix remarquablement inférieur à celui de marché (article 108), ne semble pas appropriée pour assurer une forme de contrôle effective par l'organe juridictionnel sur la liquidation de l'actif, du moment que l'activation de ce pouvoir dépend de l'existence d'une requête du failli, du comité des créanciers ou d'un autre sujet intéressé, requête qui reste une pure éventualité.

La seule forme de contrôle envisageable concrètement reste par conséquent celle que le juge exerce, à titre préventif, au moment où le programme de liquidation (article 104 ter) lui est proposé par le *curatore* (mandataire judiciaire), pour l'approbation.

Le juge délégué n'autorise plus le paiement des dettes de la masse, sauf si celles-ci sont d'un montant supérieur à vingt-cinq mille Euros, dans ce cas, l'alternativité de l'autorisation du juge délégué et du comité des créanciers (article 111 bis) est prévue.

Et encore, le juge délégué ne nomme plus les avocats plaidants de la faillite dans les affaires entendues à reconstruire l'axe de la faillite (actions révocatoires, de recouvrement de créances et de responsabilité civile) et dans les affaires passives : le pouvoir de nomination est réservé au *curatore* (mandataire judiciaire), alors que la prérogative d'autoriser les actions en justice et les constitutions en cause, la liquidation des rétributions (à effectuer toutefois sur une proposition précise du *curatore* (mandataire judiciaire)), la révocation des

professionnels préalablement nommés (article 25, alinéa premier, n° 4 et 6), reste parmi les prérogatives du juge.

Il faut enfin mettre en évidence que, dans la nouvelle réglementation de la vérification du passif, les pouvoirs officieux/inquisitoires du juge délégué qui caractérisaient, avant la réforme, la vérification des créances, sont éliminés.

En application du principe du juste procès, la modification prévoit une procédure caractérisée d'une part, par le principe de disposition, et de l'autre part, par la mise en valeur de la fonction du *curatore* (mandataire judiciaire), qui doit dresser une liste des demandes d'admission, avec ses conclusions, qui doit déposer un projet d'état passif, quinze jours au moins avant l'audience de vérification, qui a la charge de soulever les exceptions non relevables d'office (article 95).

Bref, il faut donc envisager une très forte perte de fonctions par le juge délégué, bien avant que le tribunal des faillites.

### **Le concordat préventif : les limites au pouvoir de l'autorité judiciaire**

Le législateur de la réforme a prévu – conjointement à la faillite – certaines procédures mineures visant à éviter la liquidation de la faillite, au travers de solutions établies d'un commun accord de la crise.

En ce qui concerne le concordat préventif, la procédure mineure principale a des prédéterminations de résultat rigides et des contrôles « extérieurs ». Elle est notamment sujette au contrôle de l'autorité judiciaire et le plus possible à l'accord entre les parties, en donnant à leur autonomie le choix sur les modalités de réalisation du résultat.

Il faut reconnaître que la « vieille » configuration des procédures mineures, dans les cas où l'entreprise aussi – même si en crise – conservait une, bien que modeste, capacité soit de reprise soit de rétablissement de la situation des dettes, mettait un grand nombre de limites à l'autonomie des parties que les concordats préventifs, qui ont pourtant montré, au moins dans l'expérience milanaise, de réaliser des résultats plutôt appréciables, étaient d'une quantité assez limitée. Les concordats de faillite aussi, visant la clôture de la faillite, et plus agiles en théorie, parce que non liés à un pourcentage obligatoire de satisfaction pour les créanciers chirographaires, étaient très rares parce que, pour en faire apprécier l'avantage, le failli (ou un tiers) devait offrir quelque chose en plus par rapport à la liquidation déjà exécutée ou en cours d'exécution.

Du reste, c'est dans le sens de la négociation de la solution de la crise d'entreprise que les systèmes européens, et d'autres continents aussi, se sont pour la plupart orientés. Et de ces

modèles, le législateur ne pouvait pas, malgré tout, ne pas tenir compte, parce que les modalités par lesquelles un système gère la crise de l'entreprise, qui a des retombées importantes pour une suite indéterminée d'autres entreprises, est un des facteurs qui déterminent sa compétitivité et est en mesure, avec les autres, d'attirer des capitaux et des investissements.

Il faut tout d'abord penser, aux Etats-Unis, à la législation desquels le nouveau législateur s'est fortement inspiré. Dans ce pays, il existe des cours spécialisées, qui s'occupent exclusivement de procédures collectives, les *Bankrupt Courts*, formées pour la plupart par des juges experts entrepreneuriaux, qui accompagnent par des interventions minimales la formation des accords. Le désormais célèbre Chapitre 11, qui a été grandement repris par le législateur italien pour la réglementation du nouveau concordat préventif, prévoit la possibilité pour le débiteur (et aussi pour chacun des créanciers, mais celui-ci est un chemin sur lequel notre législateur ne s'est pas senti de s'aventurer) de proposer aux créanciers une solution conventionnelle de la crise, solution qui peut prendre un contenu plutôt varié, parce que les créanciers peuvent être divisés en classes et un traitement différencié peut être offert à chacune des classes, ce qui permet au débiteur de moduler ses offres même par rapport à la capacité contractuelle de chacune des classes, de sorte à pouvoir atteindre plus facilement la majorité nécessaire pour l'approbation de la proposition concordataire. Le pouvoir de la Cour est plutôt limité ; le plus important est peut-être celui rattaché au dénommé *cram down*, ou à la vérification que la classe en désaccord, ou les classes en désaccord, ne reçoivent pas par le plan établi par le débiteur un traitement mauvais par rapport à la liquidation de la faillite. Il s'agit ici d'une règle de grande efficacité, parce qu'elle permet de surmonter les désaccords sans motifs ou instrumentaires, en assurant – en même temps – à la classe en désaccord un traitement raisonnable.

Par conséquent, en Italie aussi, les protagonistes de la crise, débiteur et créanciers, ont souvent essayé, même avant la réforme, d'éviter le recours à une procédure collective au travers d'une solution établie d'un commun accord, surtout avec les établissements de crédit, les sujets les plus engagés (et exposés) par les événements entrepreneuriaux. Le cas où le débiteur parviendrait avec la classe bancaire à un accord qui lui permettrait de jouir de la créance nécessaire à la continuation de l'activité et d'établir donc un plan de paiements en renégociant avec les créanciers les termes et les délais des versements, était et est fréquent. Les banques sont souvent devenues protagonistes du plan en acquérant des participations dans les sociétés en crise au travers de la transformation de leurs crédits en capital de risque, pour partager avec l'entrepreneur les choix fondamentaux pour la solution de la crise. Le phénomène a pris une telle importance que la Banque d'Italie est

intervenue – depuis longtemps – avec les instructions du 23 juin 1993 pour régler la prise de participations de ce type (en fixant surtout les limites et en soumettant le plan à la vérification de la même Banque d'Italie).

Les solutions extrajudiciaires de la crise présentent, naturellement, une série de points critiques : tout d'abord, l'exposition du patrimoine de l'entrepreneur débiteur aux actions exécutoires individuelles pendant la période nécessaire à la réalisation du plan, ensuite la révocabilité de tous les actes exécutés dans la pleine conscience des créanciers de l'état de crise, la non-pré-déductibilité de la créance accordée, normalement par les banques pour la réalisation du plan (la dénommée nouvelle finance), la responsabilité pénale de tous les sujets concourants pour les actes de disposition patrimoniale effectués en pleine crise (vraisemblablement lorsque le capital social aussi avait été entièrement perdu).

Les nouvelles normes répondent, en différentes mesures, à ces exigences. Il faut tout d'abord dire qu'aucune intervention n'a été exécutée sur les normes qui régissent les conséquences pénales de l'insolvabilité, par conséquent, très rigoureusement, l'incrimination pour banqueroute pour celui qui gère la crise est encore possible. Mais le problème peut être résolu, comme il l'a été fréquemment dans le passé, sur la base de l'appréciation de l'élément subjectif, du moment que – dans la plupart des cas – les parties qui ont participé au plan pourront démontrer de n'avoir pas eu l'intention de nuire à l'entreprise, mais, au contraire, celle de l'aider à surmonter le moment critique.

Mais voyons quels sont, dans le système italien, les instruments les plus nouveaux de solution établie d'un commun accord de la crise.

La nouvelle loi sur la faillite prévoit, tout d'abord, le remède classique du concordat, et deux différentes hypothèses d'accords : les plans de redressement réglementés par la lettre d) du troisième alinéa de l'article 67 de la loi financière, et les accords de restructuration des dettes réglementés par l'article 182 bis de la loi financière.

En empruntant l'orientation générale exprimée par les systèmes étrangers (surtout par le Chapitre 11 du *Bankruptcy Code* américain de 1978), le législateur de 2005, suite à un travail long et ardu, a représenté le concordat préventif comme un instrument de composition et de dépassement de la crise au travers de l'accord entre débiteur et créanciers, accord qui, libre de pourcentages minimaux obligatoires de satisfaction des créanciers (40% au moins dans la vieille loi), peut être articulé de différentes manières.

Sur cette liberté de détermination du contenu de l'accord se fonde une des nouveautés les plus fortes de la réforme, le dépassement du principe, estimé jusqu'à présent intangible, de la *par condicio creditorum*. Elle est en effet prévue, comme la nouveauté la plus importante, avec la division des créanciers en classes et avec la possibilité d'offres de contenus

différents aux différentes « classes » de créanciers. Par exemple, à une ou plusieurs classes de créanciers, il est possible d'offrir la conversion de la créance entière, ou d'une partie de celle-ci, en parts de capital ou en d'autres instruments financiers ; à certaines classes (pensez aux créanciers pour un montant très modeste), il est possible même d'offrir le paiement entier pour arriver à avoir peu, ou très peu, d'interlocuteurs avec lesquels interagir de manière plus svelte et rapide ; à d'autres, il est possible d'offrir un paiement atermoyé ou particulièrement diminué, comme il peut arriver pour les fournisseurs intéressés à continuer le rapport commercial avec l'entrepreneur. Les créanciers privilégiés aussi pourraient avoir intérêt à un paiement partiel, mais répondant au produit effectif du bien lié par la garantie : pensez au créancier hypothécaire dont la créance n'est garantie qu'en partie par le bien hypothéqué, pour lequel il est dans la substance partiellement un créancier chirographaire, et à tous les créanciers assistés par un privilège général ou spécial sur les biens n'existant plus dans le patrimoine.

Il ne faut pas oublier que c'était justement celui-ci un des problèmes qui s'opposait à la proposition de plusieurs concordats : le montant des créances privilégiées qui ne tenait pas compte de la réalisabilité effective du privilège. Mais il s'agit d'un problème sur lequel nous reviendrons.

L'initiative est attribuée exclusivement à l'entrepreneur qui, mieux que tous, peut évaluer l'opportunité d'un accord avec les créanciers, même en l'absence de symptômes extérieurs d'insolvabilité, donc opportunément. Il est inutile de dire, et l'expérience nous le démontre tous les jours, que le recours opportun à la procédure est la meilleure garantie de sa réussite. Cependant, dans notre système – et il s'agit ici d'un des motifs de plus grandes critiques par la doctrine –, les systèmes de prévention et d'alerte présents au contraire dans d'autres systèmes, et notamment dans celui français, manquent.

La seule prescription subjective requise par la norme dans la version réformée est la qualité d'entrepreneur commercial sujet à la faillite (donc, pas petite), tant individuelle que collective. En effet, la vision du concordat comme avantage réservé à l'entrepreneur honnête, mais malchanceux, a été complètement dépassée, par conséquent, l'entrepreneur aussi non immatriculé dans le registre des entreprises peut être admis.

La tenue régulière de la comptabilité, qui constituait auparavant la prescription dont il faut tenir compte pour la proposition de la requête concordataire, n'est plus requise.

Tout comme, de manière surprenante, l'absence de condamnation pour des délits de banqueroute ou contre la foi publique, l'économie publique, l'industrie ou le commerce, qui n'est plus requise.



En substance, les présuppositions de mérite ont été éliminées : il s'agit de la confirmation que le concordat n'est plus un bénéfice réservé à l'entrepreneur méritant, mais plutôt un instrument pour surmonter la crise visant non seulement la sauvegarde de l'intérêt particulier de l'entreprise, mais aussi celui plus général de l'économie de récupérer l'entreprise même ou, en tout cas, l'entrepreneur comme sujet actif sur le marché.

Tout d'abord, l'entrepreneur qui propose aux créanciers une solution concordataire doit se trouver en « état de crise ». La réglementation abrogée demandait l'état d'insolvabilité, donc la même prescription sur laquelle se fonde la déclaration de faillite, par rapport à laquelle le concordat se présentait, et se présente comme une alternative favorable pour l'entrepreneur et pour les créanciers.

L'état de crise, dont le législateur ne donne pas la définition, est un *status* riche en nuances, qui comprend la véritable insolvabilité, irréversible, mais peut être aussi seulement un état de déséquilibre économique financier qui met l'entreprise dans une situation de risque d'insolvabilité et que l'entrepreneur ne réussit pas à surmonter au travers des instituts ordinaires de la restructuration des dettes et avec le recours ordinaire au crédit.

### **Le plan concordataire**

Le débiteur peut soumettre aux créanciers un plan concordataire qui doit être caractérisé par les prescriptions de la faisabilité et de la véracité des données contenues dans celui-ci et peut prévoir alternativement :

- la continuation de l'exercice de l'entreprise avec le même entrepreneur ;
- l'attribution des biens de l'entreprise à un garant, qui peut décider à son tour si continuer, ou ne pas continuer, l'exercice.

Au cas où l'entrepreneur choisirait la première des deux alternatives considérées, le plan devra prévoir nécessairement la restructuration des dettes et la satisfaction des créances au travers de toute modalité d'exécution (cession des biens, prise en charge et opérations extraordinaires de différente nature), qui doit en tout cas comporter des changements de la nature, de la durée et/ou de l'importance des créances, ou une modification substantielle des rapports juridiques en cours au moment de la présentation de la requête entre les créanciers (ou catégories de créanciers) et l'entrepreneur en crise.

La restructuration des créances peut consister tant dans le remboursement partiel de certaines classes de créanciers, que dans l'attribution des délais de remboursement de toutes (ou seulement de certaines) les classes de créanciers, de sorte à convertir, par exemple, les créances qui, au moment de la présentation de la proposition de concordat,

étaient des créances de « fonctionnement » à court terme, en véritables créances de « financement » à moyen et long terme.

Au cas où la seconde alternative aurait lieu, le plan devra expliquer les modalités par lesquelles le garant entend effectuer le concordat. La possibilité que se soient les mêmes créanciers, et aussi les salariés, à se proposer comme garants, même au travers de sociétés auxquelles ils participent ou à constituer au cours de la procédure, est explicitement prévue. Dans tous les cas où tant l'alternative sous a), que l'alternative sous b) auraient lieu, le plan semblerait devoir prévoir en tout cas la satisfaction totale des créanciers privilégiés, qui, n'étant pas appelés à exprimer le vote, ne peuvent pas résulter endommagés ; le paiement de cette classe de créanciers peut être aussi atermoyé, à condition que le paiement des intérêts soit garanti. Même si les interprétations les plus novatrices qui admettent une satisfaction partielle des créanciers privilégiés aussi, comme du reste le législateur a prévu explicitement pour le concordat de faillite, ne manquent pas.

La division des créanciers en classes est, comme il a été dit, un institut emprunté du Chapitre 11 du *Bankruptcy Code* américain de 1978 ; il a le double objectif de simplifier les négociations entre le débiteur et les créanciers en vue d'obtenir des adhésions au plan dans les termes et dans la majorité requise par le législateur et les opérations de vote consécutives, ainsi que de faciliter la préparation et la réalisation du plan au travers de traitements différenciés des classes. L'application de la règle du *cram down*, qui permet au tribunal d'éviter le désaccord d'un ou plusieurs créanciers ou d'une ou plusieurs classes de créanciers, à condition qu'il soit assuré en tout cas aux créanciers en désaccord un traitement non mauvais pas rapport à celui consécutif « aux alternatives concrètement applicables », ou à la faillite, complète la fonction de la subdivision en classes.

Les critères indiqués par la norme pour la division en classes sont l'homogénéité de la position juridique et des intérêts économiques.

La formulation de la norme, expressément ample et générale, permet de représenter des classifications diversifiées. Pour approfondir les différentes divisions possibles, la plus simple est celle fondée sur l'homogénéité de position juridique et prévoit la division des créanciers dans les catégories classiques de privilégiés et collectifs, là où devient suffisante, pour l'approbation du plan, la voix favorable de la majorité simple des créanciers chirographaires. Naturellement, le créancier privilégié qui renonce totalement ou en partie à la préemption se situe automatiquement, aux seules fins du concordat, parmi les chirographaires. L'« intérêt économique » doit être au contraire situé par rapport à la catégorie d'appartenance économique des créanciers, à l'importance de chacune des créances par rapport à l'endettement d'ensemble de l'entreprise en crise, ou au rôle que des

créanciers spécifiques (même si appartenant à des catégories économiques différentes) peuvent jouer par rapport aux hypothèses de développement futur et de continuation de l'entreprise. Il s'agira donc d'un critère substantiellement objectif, mais qui devra être considéré par rapport à la réalité spécifique de l'entreprise.

La division pour « intérêt économique » pourrait, donc, être effectuée en faisant des distinctions de ce type :

- banques / fournisseurs de biens / fournisseurs de services / ...

(ou) :

- créances de valeur unitaire négligeable / créances de valeur unitaire plus importante

(ou) :

- créances pouvant se rapporter à une branche d'entreprise dont l'activité sera continuée et exécutée / créances concernant les branches d'entreprise à dessaisir.

Le débiteur doit déposer avec le recours une série de documents, et notamment, un rapport mis à jour sur la situation patrimoniale, économique et financière de l'entreprise en crise, accompagné par l'état analytique et estimatif des activités, la liste des noms des créanciers (en précisant les montants dus et les raisons de préemption), ainsi que par la liste des titulaires de droits réels ou personnels sur des biens appartenant à l'entrepreneur ou sur les biens dont l'entrepreneur en tout cas dispose.

Dans le cas d'entreprise administrée sous forme sociétaire avec des associés à responsabilité illimitée, il faut produire, avec le recours, la liste des créanciers particuliers de ces associés et indiquer la valeur des biens appartenant aux mêmes.

Le plan et la documentation produite avec le recours doivent être accompagnés par le rapport d'un professionnel, choisi parmi ceux qui peuvent prendre la charge de *curatore* (mandataire judiciaire) (ou des professionnels inscrits au barreau des avocats, au tableau des experts comptables ou des comptables et, après la réforme, même des cabinets associés, des sociétés de professionnels et de managers qualifiés), attestant la véracité des données représentées par le débiteur et la faisabilité du plan proposé, ou la réalisabilité concrète de la proposition.

Donc, deux conditions additionnelles sont requises pour l'admission à la procédure de concordat préventif. Tout d'abord, que les données fournies (et la situation représentée) par l'entrepreneur soient vraies. Ceci veut dire que ce qui est représenté par le débiteur doit brosser un tableau fidèle de la situation patrimoniale, économique et financière dans laquelle se trouve l'entreprise en crise. Le concept de véracité se rapportant à « l'état analytique des biens » doit être au contraire entendu dans le sens que la description et la liste des activités doivent être complètes, suffisamment analytiques (afin de permettre la

compréhension immédiate de la nature des actifs différents qui forment le patrimoine entrepreneurial et des liens de complémentarité qui les lient). L'appréciation relative des biens doit être enfin correcte, dans le sens qu'il faudra éviter des surestimations et/ou de sous-estimations.

Des considérations tout à fait analogues peuvent être faites pour la liste des créanciers, dans laquelle toutes les dettes devront être représentées analytiquement en mettant en évidence – pour une appréciation correcte de chacune des positions – en plus des droits de préemption éventuels, les parties pour lesquelles pourrait être effectuée la compensation.

Deuxièmement, la norme établit que le rapport du professionnel, en plus de la véracité des données d'entreprise, doit attester la faisabilité du plan sur lequel se fonde la proposition du débiteur, dans le sens que le professionnel doit exprimer un avis motivé dans lequel il doit faire état de la crédibilité, de la durabilité et de la cohérence du plan, en mettant en évidence les aspects critiques éventuels.

Tout d'abord, le plan pourra être considéré « crédible » si formulé sur la base d'hypothèses réalistes et justifiables et s'il rapporte des résultats finaux pouvant être raisonnablement obtenus.

Pour évaluer la crédibilité du plan, le professionnel chargé devra par conséquent vérifier si le même se présente :

- compatible avec les dynamiques compétitives du secteur de référence dans lequel travaille l'entreprise en crise (évolution de la demande et des parts de marché, tendances en cours, comportement des concurrents, contexte normatif, contexte technologique, ...)
- comparable avec les résultats historiques, dans le sens que plus les résultats proposés dans le plan diffèrent (en mieux) de ceux passés, plus il sera nécessaire que le débiteur fournisse des éléments en soutien de leur crédibilité ;
- caractérisé par un degré élevé de visibilité, entendue comme possibilité de saisir directement du plan que les résultats prévus sont déjà en cours de formation, ou qu'il manque peu pour que les mêmes résultats commencent à se produire, de sorte à rendre élevée la probabilité que les prévisions faites puissent se concrétiser réellement.

Le plan proposé par le débiteur devra apparaître aussi « durable ».

La durabilité devra être considérée par rapport aux modalités d'exécution par lesquelles l'entrepreneur estime de pouvoir obtenir les objectifs préétablis. Sous ce profil, le rapport du professionnel ne pourra par conséquent pas faire abstraction de considérer la quantité et la qualité des ressources (financières et managériales) disponibles et d'indiquer si ces ressources, conjointement à celles qui se rendront disponibles au cours de la procédure, sont, ou ne sont pas, appropriées pour permettre la réalisation du plan.

Le plan devra enfin apparaître « cohérent ».

Le rapport du professionnel devra de plus développer, de manière claire, les aspects critiques du plan et formuler un jugement sur les interventions de rectification que le débiteur estime de pouvoir mettre en place à la survenue des événements défavorables.

### **Le contrôle préliminaire du tribunal**

Sur le plan proposé par le débiteur, le tribunal doit formuler un premier jugement d'admissibilité qui semble avoir un contenu exclusivement formel, en ne devant concerner que l'exhaustivité et la régularité de la documentation, accompagnée, d'ailleurs, par le rapport du professionnel qui doit avoir effectué un contrôle bien plus important.

Un autre moment de contrôle est attribué au tribunal : si le débiteur a prévu la division des créanciers en classes, le tribunal doit évaluer au préalable la « correction des critères de formation des différentes classes ». La vérification est, dans ce cas, orientée à éviter qu'il y ait une utilisation instrumentaire de la division, c'est pourquoi le tribunal est tout d'abord appelé à vérifier que la division en classes soit effectivement caractérisée par les critères d'identité de position juridique et d'homogénéité d'intérêts économiques à l'intérieur de chacune des classes. Deuxièmement, le tribunal doit vérifier si la division en classes effectuée par le créancier débiteur est fonctionnelle à une formation correcte de la majorité requise pour l'approbation du plan et cohérente avec les objectifs sur lesquels se fonde la proposition de concordat préventif.

Si les deux contrôles ont un résultat positif, le tribunal avec un arrêt motivé déclare ouverte la procédure, nomme le juge délégué, le commissaire judiciaire et fixe la réunion des créanciers pour la votation.

### **Le commissaire judiciaire**

Le commissaire judiciaire est un organe de conseil et de contrôle.

Il revient, notamment, au commissaire judiciaire, qui est défini explicitement officier public et est considéré non pas un simple assistant, mais un véritable organe de la procédure :

- la surveillance de la gestion du patrimoine et de l'exercice de l'entreprise par le débiteur ;
- la vérification de la liste des créanciers et des débiteurs d'après les écritures comptables ;
- la communication aux créanciers de la date de convocation ;
- l'établissement d'un premier rapport dont l'objectif est informer les créanciers avant le vote et d'un second définitif dans le jugement d'homologation ;

- la surveillance sur l'exécution du concordat.

En cas d'admission au concordat préventif, le débiteur garde la gestion de l'entreprise, mais est sujet à la surveillance du commissaire. L'ouverture de la procédure ne comporte pas, en effet, une dépossession analogue à celle qui se produit à la suite de la déclaration de faillite, mais une seule « dépossession atténuée ».

L'entrepreneur admis à la procédure de concordat préventif garde la légitimation processive, tant active que passive. Ceci comporte que, si un créancier n'a pas vu reconnue sa prétention par le commissaire judiciaire, qui procède à la vérification des créances, il doit proposer un jugement ordinaire à l'encontre de l'entrepreneur, pour obtenir un titre à opposer au commissaire.

### **Effets du dépôt du recours**

Le dépôt du recours produit comme premier effet l'imperméabilité du patrimoine du débiteur aux actions exécutoires individuelles, qui ne peuvent plus être proposées à peine de nullité. La disposition vise à empêcher à tous les créanciers, dont la raison de créance est survenue en une époque antérieure au décret d'admission à la procédure, d'entreprendre, ou de continuer, des actions exécutoires sur le patrimoine du débiteur, et ce tant que l'homologation du concordat n'a pas eu lieu. Il faut préciser à ce propos que c'est la simple présentation du recours à produire pour les créanciers l'interdiction d'intenter, ou de continuer, des actions exécutoires : elle opère indépendamment de leur connaissance du début de la procédure concordataire et indépendamment aussi de la publicité de l'arrêt d'admission à la procédure.

L'interdiction d'actions exécutoires ne s'étend pas à celles de connaissance, dont l'objectif est celui de vérifier la créance et d'obtenir la formation d'un titre exécutoire. En effet, étant donné que dans le concordat préventif il n'existe pas une procédure de vérification des créances, des contestations éventuelles sur l'existence et sur le montant d'une prétention créancière doivent être résolues par un procès de connaissance ordinaire, même après le passage en force de chose jugée de l'homologation du concordat préventif.

Le commissaire judiciaire peut, il doit même, acquérir les écritures comptables et, sur la base des mêmes, procéder à la vérification de la liste des créanciers et des débiteurs, qui doit accompagner aussi la « nouvelle » requête.

D'autre part, le but des opérations de vérification n'est pas seulement celui d'identifier tous les créanciers afin de leur envoyer la communication, mais aussi celui de vérifier les

omissions éventuelles du débiteur dans la dénonciation des créanciers ou l'encours de passifs inexistants, ce qui peut porter à la déclaration de faillite.

Le concordat préventif ne prévoit pas une véritable vérification judiciaire du passif, bien qu'en termes de connaissance sommaire prévus pour la faillite. En effet, le commissaire judiciaire procède à une simple vérification de type administratif, dont l'objectif n'est que celui de déterminer quels créanciers ont droit de participer au vote. Il doit, ensuite, communiquer aux créanciers la date à laquelle aura lieu la réunion des créanciers pour exprimer leur vote.

Le commissaire judiciaire dresse ensuite l'inventaire du patrimoine du débiteur et un rapport détaillé concernant les raisons de la débâcle, la conduite du débiteur et les propositions de concordat et le dépose au greffe trois jours au moins avant la réunion des créanciers.

Le rapport détaillé sur les raisons de la débâcle et sur la proposition de concordat a l'objectif d'illustrer aux créanciers et au tribunal la situation économique juridique d'ensemble du débiteur, en mettant en évidence, notamment, l'avantage du concordat préventif par rapport à la faillite.

Si le commissaire vérifie que le débiteur a caché ou camouflé de manière dolosive une partie de l'actif, omis une ou plusieurs créances, exposé des passifs inexistants ou commis d'autres actes de fraude, il doit rapporter immédiatement au juge délégué qui doit introduire la déclaration de faillite.

### **La réunion des créanciers**

Le commissaire judiciaire et le débiteur ou qui en a la représentation légale doivent intervenir obligatoirement à la réunion des créanciers, qui est présidée par le juge délégué, assisté par le greffier.

Pendant la réunion des créanciers, le commissaire judiciaire illustre son rapport et les propositions définitives du débiteur. En illustrant son rapport, le commissaire donne des éclaircissements sur la proposition concordataire qui, au moment de la réunion, prend un caractère définitif. La votation, par conséquent, exprimée par la réunion constitue le dernier terme pour apporter des modifications à la proposition.

Chacun des créanciers peut exposer les raisons pour lesquelles il n'estime pas admissible ou acceptable la proposition de concordat et soulever des contestations sur les créances courantes.

Le débiteur a la faculté de répondre et de contester à son tour les créances, et il a le devoir de donner au juge les bons éclaircissements.

Il est accordé aussi au débiteur d'intervenir pour contester l'existence d'une créance ou la titularité d'un droit. Il a également l'obligation de donner au juge tous les éclaircissements requis.

### **L'approbation du concordat**

Le concordat est approuvé s'il obtient la voix favorable des créanciers qui représentent la majorité des créances admises au vote. Là où seraient prévues différentes classes de créanciers, le concordat est approuvé s'il obtient la voix favorable des créanciers qui représentent la majorité des créances admises au vote dans la classe même.

Le tribunal, ayant dans tous les cas vérifié la majorité absolue des créances admises au vote, peut approuver le concordat malgré le désaccord d'une ou plusieurs classes de créanciers, si la majorité des classes a approuvé la proposition de concordat et au cas où il estimerait que les créanciers appartenant aux classes en désaccord pourraient être satisfaits par le concordat dans une mesure non inférieure par rapport aux alternatives concrètement praticables.

Les créanciers munis de privilège, de gage ou d'hypothèque, bien que la garantie soit contestée, n'ont pas droit au vote s'ils ne renoncent pas, même partiellement, au droit de préemption.

Des adhésions ultérieures des créanciers, même par courrier, peuvent arriver au greffe dans les vingt jours suivants.

### **La décision du tribunal**

Si dans le délai établi (20 jours après la réunion), la majorité prévue n'est pas obtenue, le juge délégué doit rapporter immédiatement au tribunal, afin qu'il puisse déclarer la faillite du débiteur.

Si, au contraire, la proposition est approuvée par la majorité des créanciers, le juge délégué renvoie les parties au Collège pour l'homologation du concordat en fixant l'audience pour la discussion.

Le débiteur, le commissaire judiciaire, les créanciers éventuels en désaccord et tout intéressé doivent se constituer partie dans le jugement d'homologation et le commissaire judiciaire doit déposer son avis motivé.



Le tribunal, dans le débat contradictoire des parties, prend aussi d'office toutes les informations et les preuves nécessaires, il homologue donc le concordat ou rejette la requête, s'il estime les oppositions fondées.

Le concordat homologué est obligatoire pour tous les créanciers antérieurs à l'arrêt d'ouverture de la procédure de concordat. Toutefois, leurs droits contre les coobligés, les cautions du débiteur et les obligés en voie de régression ne sont pas affectés. Sauf autre pacte, le concordat de la société est efficace à l'encontre des associés à responsabilité illimitée.

Le concordat ne s'achève donc pas en un accord de négociation, parce que les effets d'extinction des créances sont valables à l'égard de tous les créanciers, y compris aussi ceux en désaccord, exclus ou absents et pour les créanciers vérifiés judiciairement dans une phase postérieure au procédé d'homologation, ainsi que pour les obligations soumises à terme ou condition s'étant produits après l'homologation. Tous les créanciers chirographaires pour titre ou pour raison antérieure à l'arrêt d'admission à la procédure subissent la réduction de leur créance sur la base de ce qui est établi dans le concordat, même s'ils n'ont pas participé à la résolution ou qu'ils n'auraient pas été introduits dans la liste vérifiée du commissaire judiciaire.

Alors que, les créances découlant d'obligations survenues pendant le concordat, à condition qu'instrumentaires à la gestion de la procédure, sont pré-déductibles de la faillite consécutive éventuelle.

Après l'homologation du concordat, le commissaire judiciaire en surveille l'exécution, selon les modalités établies dans l'arrêt d'homologation. L'exécution est, dans le concordat pour garantie, l'œuvre du débiteur et de ses garantis, alors que dans le concordat pour cession des biens, elle revient au liquidateur nommé par le tribunal, assisté par le comité des créanciers.

Avec l'homologation du concordat préventif, les fonctions d'ingérence active du commissaire judiciaire et du juge délégué s'achèvent, en devenant des pures fonctions de supervision et de contrôle sur l'exécution.

Dans le concordat pour garantie, le contrôle se limitera à la vérification de l'exécution aux échéances prévues et, notamment, du paiement du pourcentage concordataire dans les délais.

Dans le concordat pour cession, ce contrôle est significativement plus actif, jusqu'à se concrétiser dans des pouvoirs d'orientation en ce qui concerne la correspondance de l'activité liquidatrice avec ce qui est établi en phase d'homologation.

## Les accords de restructuration des dettes

La réforme a introduit aussi une nouvelle procédure fondée sur l'accord entre débiteur et créanciers, les accords de restructuration des dettes, qui est une procédure simplifiée de définition des rapports avec la classe créancière sur la présupposition que l'entrepreneur se trouve dans un état de crise, ou de véritable insolvabilité.

La présupposition est donc commune au concordat.

L'accord doit être accompagné par une requête – à la présentation de laquelle le seul entrepreneur, même dans ce cas, est légitimé – par laquelle le débiteur expose les raisons de la requête, fait état d'être parvenu à un accord avec 60% de ses créanciers (et il n'est pas exclu que parmi les adhérents apparaissent aussi les créanciers privilégiés, qui pourraient aussi se contenter d'un paiement réduit) et en demande l'homologation du tribunal ; l'accord doit être joint au recours, ou à l'ensemble d'accords atteints avec cette part de créanciers, ainsi que toute la documentation prévue pour le concordat préventif ; dans ce cas aussi, la requête doit être accompagnée par le rapport d'un expert. Quant aux caractéristiques professionnelles de l'expert, la norme ne prescrit rien : nous pourrions déduire que l'expert, non seulement un professionnel ayant les prescriptions pour la nomination de *curatore* (mandataire judiciaire), puisse être aussi, selon les prévisions de la loi déléguation pour la réforme organique de loi sur la faillite pour les *curatori* (mandataires judiciaires), une société de professionnels et, peut-être, comme propose une partie de la doctrine, aussi un sujet aux « capacités managériales prouvées ».

Le rapport doit avoir un contenu spécifique et concerne la « réalisabilité » du plan, « avec une référence particulière à sa capacité d'assurer le paiement régulier des créanciers étrangers ». La position des créanciers restés « étrangers » au plan, ou de ceux qui n'auraient pas adhéré avant la présentation, est en effet particulière : ils doivent être payés « régulièrement », ou l'interprétation qui semble préférable, entièrement et aux échéances établies.

Nous trouvons en faveur de cette thèse, la circonstance que les créanciers étrangers, n'étant pas appelés à voter, ont comme défense unique l'opposition, qui doit, à peine de déchéance, être proposée dans un délai plutôt court (trente jours) à compter d'un événement dont il n'est pas possible de présumer la connaissance, la publication de l'accord dans le registre des entreprises.

Selon l'autre interprétation possible, la mention « paiement régulier des créanciers étrangers » à l'accord devrait être entendue comme paiement selon les règles établies dans l'accord homologué. Donc, dans le même pourcentage et avec les mêmes échéances

temporelles établies avec les créanciers adhérant à l'accord. Et, en effet, celle-ci semble la solution la plus efficace, la seule en mesure de rendre l'instrument performant, parce que le paiement entier de 40% des créances (celles qui peuvent être restées étrangères à l'accord) pourrait résulter une condition très lourde pour l'entrepreneur, telle à rendre pratiquement non réalisable tout accord. Alors qu'une proposition raisonnable, qui représente une alternative convenable à d'autres solutions (et non seulement à la faillite) pourrait bien lier tous les créanciers si approuvée par une partie qualifiée des mêmes (60%), à condition qu'il soit assuré aux autres un instrument d'opposition efficace et effectif.

Or, si la première interprétation est fondée, contrairement au plan approuvé après sa présentation dans le cadre de la procédure de concordat préventif, l'accord qui précède l'homologation à titre simplifié lie les seuls créanciers adhérents, comme un concordat extrajudiciaire. Si, au contraire, la seconde est fondée, l'accord, bien que conservant sa nature contractuelle, en vertu de l'homologation, lierait tous les créanciers.

### **Les pouvoirs du tribunal**

L'accord, une fois obtenue l'approbation de 60% des créanciers, doit être soumis au tribunal, qui, d'ailleurs, n'a aucun pouvoir – devoir de vérification préventive, la détermination et l'approbation préventive du plan étant confiées uniquement à l'accord entre les parties et à l'accord des créanciers, mais doit procéder à l'homologation de l'accord « en chambre de conseil par arrêt motivé ».

La protection des créanciers en désaccord est assurée par la faculté de présenter une opposition. La publicité imposée par l'accord est instrumentaire à la proposition d'oppositions par des créanciers et par « tout autre intéressé » : l'accord doit être publié dans le registre des entreprises, et le délai de trente jours pour la proposition de l'opposition court à partir de la date de la publication. Etant donné que l'entrepreneur pourrait ne pas consulter tous les créanciers avant de déposer l'accord au tribunal pour l'homologation, puisqu'il est suffisant qu'il ait obtenu l'accord préventif des créanciers représentant 60% des créances, identifier dans la publication dans le registre des entreprises le *dies a quo* pour la proposition de l'opposition pour les créanciers et pour tout autre intéressé peut préjuger le droit de défense, surtout des premiers. Et ce n'est que l'assurance du paiement entier qui pourrait faire estimer surmonté l'intérêt à l'opposition.

Toutes les oppositions doivent être évaluées et décidées au cours du jugement d'homologation. Le jugement se déroule dans les formes rapides et simplifiées de la procédure de la chambre, que le législateur ne s'est pas préoccupé de régler, même pas dans

ses lignes essentielles. Il faut estimer que, ayant déposé le recours et ayant nommé le juge rapporteur, celui-ci procède à l'instruction de la requête, en nommant, si besoin est, un conseil technique et rapporte ensuite au tribunal. Celui-ci fixera l'audience pour la comparution du débiteur et des opposants éventuels.

Le contrôle du tribunal, en l'absence d'oppositions, est de pure régularité formelle, en devant le même vérifier tout d'abord la procédure de l'approbation de la proposition, tant en ce qui concerne les modalités d'expression de l'accord, qu'en ce qui concerne le calcul de la majorité requise. Nous pourrions nous demander à quel moment il faut rapporter cette majorité, étant donné que – s'agissant d'une entreprise en exercice – celle-ci peut être différente de manière significative à la date de collecte des accords et à la date du dépôt de l'accord. Ce dernier semble, cependant, le moment important.

Le tribunal vérifiera ensuite que toute la documentation prévue, ainsi que le rapport de l'expert, soient annexés à la déclaration. Celle-ci, comme nous avons déjà dit, devra attester que le plan est réalisable, ou que les ressources disponibles soient telles à assurer la satisfaction des créanciers adhérant dans la mesure et avec les modalités (même temporelles) établies. Et, en ce qui concerne les créanciers étrangers, selon l'interprétation préférable de l'institut, telles à en assurer le paiement entier.

L'absence de la figure du commissaire judiciaire ne permet même pas le contrôle limité précédant l'homologation qui est assuré dans le concordat préventif.

Le jugement s'achève par un arrêt motivé qui homologue l'accord. Si, au contraire, des oppositions ont été proposées, le jugement doit concerner celles-ci aussi. Le pouvoir de contrôle du tribunal est donc sollicité par les oppositions et pourra, dans ce cas, concerner non seulement la régularité de la proposition et de l'expression de l'accord par la majorité qualifiée des créanciers, mais investir aussi le fond de la proposition même, déjà certifiée par l'expert. Du moins sous le profil de la garantie du paiement entier (ou tout à fait égal à celui réservé aux créanciers qui sont d'accord, si nous accédons à la thèse alternative susmentionnée) des créanciers restés étrangers à l'accord ou parce qu'ils n'ont pas estimé d'y adhérer ou parce qu'ils n'ont même pas été consultés par le débiteur.

Peut-être que c'est justement en ce qui concerne ce rapport que le tribunal peut exprimer un jugement sur le fond, où l'attestation de réalisabilité du plan apparaît *prima facie* non fondée. Au cas où le tribunal estimerait que l'accord ne serait pas réalisable, ou que le même nuise aux droits des créanciers restés étrangers au même et, en même temps, que le débiteur ne soit pas en mesure d'exécuter les obligations, tant celles découlant de l'accord, que celles à l'égard des créanciers étrangers, il en pourra déclarer la faillite.

L'accord a la grande qualité de pouvoir rester secret, même à une partie considérable des créanciers (40%). Naturellement, l'exécution de l'accord pourrait avoir aussi lieu à titre exclusivement extrajudiciaire, mais avec l'exposition du débiteur et des créanciers aux risques évoqués ci-dessus : le risque d'actions exécutoires individuelles, qui pourraient rendre vaine la réalisation du plan ; celui d'incrimination pénale pour banqueroute préférentielle ; les créanciers risqueraient, ensuite, des actions révocatoires au résultat plus vraisemblablement défavorable.

Alors que la présentation préventive de l'accord au tribunal et son homologation immédiate, au travers de la procédure rapide de la chambre, assurent à l'accord même la protection de l'autorité judiciaire. Mais quelle protection ? Sûrement de l'action révocatoire, étant donné aussi que les actes accomplis en exécution d'un accord de restructuration homologué sont soustraits à l'action révocatoire au sens de la lettre e) de l'article 67 de la loi sur la faillite, qui régit l'action révocatoire de la faillite. Mais ceci qu'après l'homologation. Par conséquent, si l'accord n'est pas homologué, tous les actes éventuellement déjà mis en œuvre par le débiteur (puisqu'il est possible, même probable, que l'exercice de l'entreprise continue) sont sujets à l'action révocatoire.

Il ne nous semble pas possible de dire que l'accord assure de la protection contre les actions individuelles des créanciers, même pas après le dépôt de l'accord auprès du registre des entreprises aussi. Les effets de l'accord sont en effet limités à la sphère juridique des parties adhérant à l'accord. Les créanciers étrangers restent au contraire libres d'agir coercitivement pour obtenir la protection judiciaire de leur créance.

Donc, ce type d'accord se situe dans une position intermédiaire entre le concordat préventif, qui ne voit que des phases scandées par le contrôle judiciaire, et l'accord extrajudiciaire, qui bouge entièrement sur le plan privé, dans le sens que celui-ci passe par une première phase extrajudiciaire, mais doit obtenir par la suite l'*imprimatur* du tribunal.

Les premiers commentateurs discutent si l'accord constitue une forme particulière de concordat, ou une alternative à celui-ci, aux caractéristiques encore plus fortement contractuelles. La solution a des effets de grande importance surtout aux fins de la protection du patrimoine, parce que si on estime que celle à l'étude soit une forme simplifiée de concordat, le dépôt de l'accord au greffe du tribunal des faillites expliquera les effets propres du concordat et notamment que « de la date de la présentation du recours et jusqu'au passage en force de chose jugée de l'homologation du concordat, les créanciers pour titre ou raison antérieure à l'arrêt ne peuvent pas, à peine de nullité, commencer ou continuer des actions exécutoires sur le patrimoine du débiteur ».

Non seulement, même sous le profil fiscal, il y aurait des retombées importantes, parce que les survenances actives, découlant des renonciations partielles à leurs créances par des créanciers adhérant à l'accord, ne seraient pas assujetties à taxation, comme composants du revenu.

## **Les plans de redressement**

Enfin, le nouvel article 67, qui régit de nombreux cas d'exemption de l'action révocatoire, et qui constitue une des grandes nouveautés de la réforme, introduit une troisième figure de solution établie d'un commun accord des crises ; la disposition prévoit, en effet, que les actes, les paiements et les garanties, accordées sur des biens du débiteur mises en œuvre en exécution d'un plan qui apparaisse approprié pour permettre le redressement de l'encours de la dette de l'entreprise et pour assurer le rééquilibre de la situation financière et dont le caractère raisonnable soit attesté au sens de l'article 2501 bis, quatrième alinéa, du code civil, à propos de fusion, ne sont pas sujets à l'action révocatoire.

Il est évident que le plan dont on parle est un concordat extrajudiciaire, qui permet au débiteur de renégocier de la manière la plus ample et avec les modalités les plus diverses l'encours entier de la dette et d'obtenir ainsi le rééquilibre de la situation financière de l'entreprise. Il s'agit donc de cas où l'entreprise se trouve dans une situation qui permet encore le redressement. Selon une certaine interprétation, les cas où sont possibles la seule liquidation des activités et le paiement consécutif des dettes, qui pourront être résolues au travers de l'accès à un concordat préventif ou aux accords de restructuration, en resteraient exclus.

Rapidement, le redressement de l'encours de la dette est la réduction de l'endettement qui se réalise par de nouveaux apports des associés, par la réalisation d'activités patrimoniales qui ne se rapportent pas à l'activité principale de l'entreprise, la consolidation des dettes avec des renonciations partielles des créanciers au capital ou aux intérêts, la conversion des créances en capital, la concession de nouvelle finance, le *pactum de non petendo* qui garantisse la mise en demeure des paiements et l'abstention des actions exécutoires pour la période entière pendant laquelle le plan sera exécuté. Le rééquilibre de la situation financière est obtenu lorsque la situation financière et celle de liquidité sont en mesure de s'améliorer par effet de la gestion et est par conséquent rattaché au rééquilibre de l'entreprise.

A défaut de l'intervention de garantie du tribunal et, en exécution d'une nouvelle ligne de tendance qui, corrélativement à l'affaiblissement des garanties juridictionnelles, demande l'intervention d'un professionnel, l'exemption de l'action révocatoire est conditionnée par

L'attestation d'un expert qui certifie, dans ce cas, le caractère raisonnable du plan. Comme nous avons vu, la figure de l'expert, avec différentes caractéristiques et différentes missions, nous la retrouvons aussi dans le concordat préventif et dans les accords de restructuration. La référence au caractère raisonnable du plan nous laisse perplexes, parce qu'il ne sera pas facile de remplir de contenus concrets la formule si ample et générale, qui pourrait permettre à l'expert nommé « d'approuver », en l'estimant raisonnable, tout plan. Exception, naturellement, faite de sa responsabilité en cas de faillite du plan ou de faillite de l'entrepreneur.

Il vaut la peine de rappeler que, à propos de concordat préventif, le rapport de l'expert doit, au sens de l'article 161, contenir la véracité sur les données de l'entreprise et la faisabilité du plan et, pour les accords de restructuration, la réalisabilité du plan même, surtout par rapport à sa capacité d'assurer le paiement entier des créanciers étrangers à l'accord.

La norme à l'étude, au contraire, est parallèle à l'article 2501 bis du code civil explicitement évoqué qui, à propos de fusion suite à acquisition avec endettement, demande le rapport d'un expert, inscrit au tableau des réviseurs comptables ou parmi les sociétés de révision inscrites dans le tableau spécial, attestant le caractère raisonnable « des indications contenues dans le projet de fusion ». Nous nous demandons si le système des rappels doit s'étendre aussi à l'article 2501 sexies qui dispose que – au cas où le débiteur serait une S.p.A. ou une société cotée – la nomination du réviseur ou de la société de révision revient au président du tribunal. Ce qui renvoie, à son tour, à la réglementation sanctionnatrice typique prévue par l'article 64 du code de procédure civile, qui, pour les conseils techniques nommés par le juge, prévoit l'application des dispositions du code pénal relatives aux experts. Notamment, l'article 373 du code pénal, relatif à la fausse expertise, inapplicable pour les hypothèses de nomination de l'expert par le débiteur, serait applicable.

Malheureusement, la clarté n'est pas une qualité particulière du nouveau législateur italien.

Pour conclure, il est significatif de récapituler quel est le régime relié à chacune des figures de solution de la crise justement par rapport au régime d'exemption de l'action révocatoire, tant de faillite qu'ordinaire (ce dernier profil a été peu exploré par l'élaboration doctrinale qui s'est formée jusqu'ici, mais la solution positive apparaît la plus probable). Pour le plan de redressement, il s'agit d'actes, de paiements et de garanties accordées sur des biens du débiteur mis en œuvre pour l'exécution du plan. Il faut donc estimer, pour identifier un moment précis, que l'expert ait attesté le caractère raisonnable du plan et que l'entrepreneur débiteur commence à lui donner cours.

Pour les accords de restructuration, la norme étend l'exemption aux actes, aux paiements et aux garanties accordées en exécution de l'accord homologué, par conséquent, tous les actes précédents restent sujets à l'action révocatoire ; ce qui assure que, du moins, les oppositions éventuelles des créanciers étrangers à l'accord ont été pesées et surmontées ; quant, enfin, au concordat préventif, tous les actes mis en œuvre en exécution du concordat, ainsi que tous les paiements exécutés pour rémunérer des services instrumentaires (surtout professionnels) à l'accès aux deux procédures, sont soustraits à l'action révocatoire.

Les nouvelles normes, fonctionneront-elles ? Difficile à dire, parce que ce qui manque en Italie est la culture de l'entreprise, il faudrait faire comprendre à l'entrepreneur italien que c'est son devoir de faire ressortir opportunément la crise, avant qu'elle ne devienne irréversible. La culture américaine est devenue la nôtre, culture qui cependant se fonde sur certains principes éthiques très forts ; mais les transférer dans notre système sans introduire des systèmes de contrôle spéciaux peut se révéler inutile. Nous pouvons dire la même chose pour les rapports différents demandés aux experts remplaçant le contrôle de l'autorité judiciaire. Les experts devraient être indépendants, mais ils sont liés à l'entrepreneur défaillant par un rapport contractuel. En Amérique, il y a, d'ailleurs, une culture spéciale sur l'attestation de la vérité, que notre système et, malheureusement, notre culture ne connaissent pas.