



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^{EME} RENCONTRE FRANCO-ITALIENNE
ENTRE LES BARREAUX DE NICE ET DE MILAN**

**4° 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
DIFFICULTES**

L'APPLICATION DES REFORMES

**LES CONDITIONS SUBJECTIVES DE LA FAILLITE
ET LE RÔLE DE L'AVOCAT**

Prof. Avv. Nicola RONDINONE

Président de la Chambre civile au Tribunal de Milan,
Professeur de Droit commercial à l'Université de Milan – Bicocca

On peut dire que la récente réforme de la Loi italienne sur les Faillites a globalement abouti à une augmentation (en puissance) du rôle de l'avocat dans le cadre des procédures collectives, même si, d'après de nombreux observateurs, cela n'a pas toujours eu lieu dans des directions appréciables d'un point du système général.

En vérité, en Italie la fonction de syndic de faillite et de commissaire judiciaire est exercée, dans la très grande majorité des cas, par des sujets appartenant à d'autres catégories professionnelles (notamment des experts-comptables et comptables). Sur ce point, la réforme n'a pas apporté de nouveautés qui puissent faire prévoir un changement de la situation; toutefois, elle a augmenté considérablement les pouvoirs du “*comité des créanciers*”, ou devraient figurer surtout les avocats des créanciers les plus forts, en prévoyant même pour ceux-ci une forme de rémunération.

Avant que l'on n'engage une procédure collective, l'avocat représente par ailleurs un consultant indispensable lorsqu'il y a un entrepreneur en difficulté, parce qu'il suggère à ce dernier les meilleures stratégies pour faire face à l'assaut des créanciers sans en arriver à la faillite, ou parce que, sur le front opposé, il conseille au créancier les voies préférentielles afin de réussir à obtenir satisfaction du dit débiteur en difficulté. Par rapport à ces rôles en opposition dialectique (mais chaque avocat peut naturellement se retrouver à devoir les prendre en charge tous les deux, pour des clients différents), l'impact de la réforme récente n'a pas été insignifiant, en ce sens qu'il a augmenté les “*atouts*” de l'avocat du débiteur en difficulté et de toute façon a rendu plus complexe et digne d'étude et de spécialisation ce qui pourrait être dénommé un “droit de la pré-faillite”.

La principale référence est la modification de l'art. 1 de la loi sur les Faillites relatif à la définition du “petit entrepreneur” (qui en Italie est traditionnellement soustrait à la faillite et aux autres procédures collectives). En effet, cette figure a été considérablement amplifiée par l'effet d'augmenter de bien loin le groupe des sujets soustraits à la faillite et au concordat préventif. En application de la norme précitée, aujourd'hui l'entrepreneur commercial, tant individuel que collectif, n'est considéré “non petit” que s'il a “*effectué des*

investissements dans l'entreprise pour un capital d'une valeur supérieure à € 300.000” ou, en alternative, s'il a “réalisé, de quelque façon que ce soit, des profits bruts calculés sur la moyenne des trois dernières années ou depuis le début de l'activité si elle est d'une durée inférieure, pour un montant global annuel supérieur à € 200.000 ”

Les deux critères, surtout le premier – qu'il y a lieu, d'après l'interprétation prédominante, de constater en des termes actualisés – permettent différents dispositifs opportuns au débiteur qui souhaiterait éviter la faillite par défaut de la condition subjective (d'entrepreneur commercial non petit), par exemple en créant les conditions pour justifier une réduction du capital social net ou omettant de déposer les derniers comptes sociaux. Sur le front opposé, l'avocat du créancier doit démontrer d'être capable d'offrir la preuve qu'au moins l'un des deux indicateurs est réalisé, souvent également au-delà des résultats formels. C'est une “bataille” qui prend de nouveaux aspects par rapport au passé (où il était presque impossible de démontrer d'être de petits entrepreneurs, et de toute façon, les sociétés ne pouvaient jamais être considérées comme telles), et qui postule une plus grande préparation spécifique de l'avocat qui la combat (sur l'un quelconque des deux fronts).

Un autre secteur où la préparation de l'avocat doit s'adapter aux nouvelles directives de la Loi sur les Faillites, et probablement gagne en espaces opérationnels, concerne l'élargissement du domaine d'application du concordat préventif – auquel le législateur a essayé de faciliter l'accès de différentes manières – et l'introduction des institutions connues sous le nom de “*accords de restructuration*” et de “*plans d'assainissement*”. Même sous ce profil, l'avocat du débiteur se voit mettre à sa disposition un ensemble d'outils plus vaste pour permettre à son client de prévenir la faillite, et inversement pour les créanciers il devient plus important de se servir d'un bon avocat capable d'évaluer les mécanismes juridiques complexes et l'avantage du concordat ou des nouvelles institutions d'origine extra-judiciaires.

Le compte-rendu exposé ci-dessus sur l'incidence qu'a eu la réforme de la loi italienne sur les Faillites sur le rôle de l'avocat dans les procédures collectives n'empêche pas de

constater que les aspects de la réforme examinés ci-dessus doivent compter justement parmi ceux qui ont été les plus critiques, de sorte que, en définitive, si le bilan est positif sur le front de la valorisation de la préparation et du rôle professionnel de l'avocat, il ne l'est pas en même temps d'un point de vue systématique général.

L'impression est que dans le combat l'avocat du débiteur a été un peu trop avantagé par rapport à l'avocat du créancier, non pas tant par le fait que l'on a augmenté la possibilité de l'entrepreneur en difficulté de recourir à des outils de prévention de la faillite – puisque dans d'autres systèmes juridiques, entre autre le système français, la préoccupation de conserver l'intégrité de l'entreprise dès que possible est primordiale, et a inspiré à plusieurs reprises des modifications législatives dans l'optique de poursuivre ce résultat (la plus récente en France est la *Loi de sauvegarde des entreprises* de 2005) – mais par le fait que l'on a considérablement diminué le groupe des sujets soustraits à la base à la faillite, en contre-tendance absolue par rapport à ce que l'on peut observer dans les principaux systèmes juridiques européens.

On sait qu'historiquement la limitation de la faillite au commerçant est de marque française, s'étant enraciné avec le Code de commerce de Napoléon, suivi en cela par la législation italienne, dès le Code de commerce de 1865; et déjà cette solution n'était pas partagée depuis longtemps par d'autres systèmes juridiques principaux, en Europe (notamment en Allemagne et en Espagne) comme aux Etats-Unis. Lors de ces dernières années, le législateur français s'est par ailleurs relativement détaché de la tradition, en arrivant à réglementer des procédures collectives non lointaines de la faillite (pour la présence en dernière instance d'une composante de liquidation) étendues aux artisans et ensuite aux entrepreneurs agricoles – la référence est à la procédure de *redressement judiciaire* – si ce n'est auparavant aux personnes physiques non commerçantes qui seraient dans une situation de *surendettement* (attendu que la procédure éventuelle de *rétablissement personnel* prévue pour ceux-ci dans le *Code de la Consommation* en cas d'insuccès de la tentative juridique et administrative de résolution de la crise, prend la forme d'une véritable procédure collective de liquidation). De façon différente, le

législateur italien non seulement a maintenu la limitation des procédures collectives à l'entrepreneur commercial, mais il a également considérablement augmenté le groupe des entrepreneurs commerciaux qui ne tombent pas en faillite car ils sont considérés comme “petits”.

Cette dernière option porte avec elle deux graves inconvénients: d'un côté, celui qui est soustrait à la faillite ne peut pas même se servir des procédures transactionnelles de la crise, qui sont restées conçues elles aussi comme étant réservées aux entrepreneurs commerciaux non petits; de l'autre, la faillite, réduite comme elle l'est désormais énormément dans son domaine d'application, s'avère définitivement avilie dans son rôle d'institution de liquidation qui, même si elle est la dernière dans la succession des institutions prévues pour discipliner l'entreprise en difficulté, précédemment également avait de toute façon un rôle de “responsabilisation” du débiteur, par l'effet de garantir un niveau minimum d'efficacité dans le système des paiements.

Face à tout cela, le fait qu'après la déclaration de faillite, l'avocat du créancier puisse s'asseoir avec de nouveaux pouvoirs dans le dit “*comité des créanciers*”, organe dans la vision du législateur qui s'élève presque au même niveau que le syndic de faillite et peut-être supérieur à celui du juge, représente une maigre consolation. En effet, non seulement celui-ci assumera entre-temps pour cette raison des responsabilités qu'il n'avait pas auparavant (et qui induisent la plupart à éviter d'accepter cette fonction); mais surtout, de plus en plus souvent, pour les raisons qui ont été énumérées ci-dessus, on ne pourra arriver à la base à la faillite du débiteur, même lorsque celui-ci a été négligent et coupable de sa déconfiture et que bien entendu il manque des perspectives sérieuses d'assainissement de l'entreprise. Et cela, pour les auteurs de droit sur la faillite qui entendent se préoccuper également des équilibres du système (dans l'arbitrage des intérêts) ne peut qu'être vu avec préoccupation.