



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

**PRINCIPALES NOUVEAUTES DE LA REFORME
DE LA LOI ITALIENNE SUR LES FAILLITES**

Maître Fabio SIGNORELLI
Avocat et Professeur à l'Université de Milan

La loi italienne sur les faillites (Décret Royal n° 267 du 16 mars 1942 ci-après L.F.) s'est concrétisée, en plus de 60 ans d'application, par une volonté prononcée de « liquidation » des actifs de l'entreprise adoptant une attitude pratiquement de sanction et de punition envers l'entrepreneur qui subissait une complète dépossession de son patrimoine et une série de conséquences négatives notamment sur le plan personnel. En revanche, la finalité de recouvrement du patrimoine de l'entreprise, certainement marginale et passée au second plan, s'est caractérisée par la très faible attention portée à la sauvegarde des biens de production et du niveau de l'emploi.

La réforme du droit de faillite a, en revanche, soutenu une vision nouvelle et différente de l'insolvabilité, la faillite étant considérée comme « un épisode physiologique et non comme un accident pathologique causé par une conduite frauduleuse », introduisant, comme nous le verrons ci-après, le phénomène de la privatisation et l'aspect extrajudiciaire de la procédure de faillite. La nouvelle réglementation a été introduite par le Décret loi du 14 mars 2005, n° 35, converti en Loi n° 80 du 14 mai 2005 (qui s'applique pour toutes les procédures engagées après le 17 mars 2005) et, enfin, par le Décret législatif n° 5 du 9 janvier 2006 qui est entré en vigueur le 16 juillet 2006.

Compte tenu de l'ampleur de la réforme du droit de la faillite et du (peu) de temps dont je dispose, je devrai nécessairement me limiter à présenter les interventions et les nouveautés les plus significatives, sans aucune prétention de complétude et d'exhaustivité. J'ajoute simplement que la réforme semble, par ailleurs, plus le fruit d'une intervention législative hâtive, opaque et très politique plutôt qu'une révision de grande envergure, équilibrée et servant de médiatrice avisée entre les différentes instances qui s'affrontent, inévitablement, chaque fois qu'une débâcle financière de l'entrepreneur est prononcée.

LES CONDITIONS DE LA DECLARATION DE FAILLITE

Selon le premier alinéa de l'article 1 de la L.F. peuvent faire l'objet d'une faillite et d'un concordat préalable les entrepreneurs qui exercent une activité commerciale, à l'exclusion des entreprises publiques et des petits entrepreneurs. La définition d'activité commerciale découle implicitement de la théorie générale de l'entreprise mais, pour une meilleure compréhension, il est bon de préciser que la doctrine et la jurisprudence ont retenu le concept d'un point de vue négatif, en statuant qu'une entreprise commerciale est une entreprise non agricole et que par conséquent il convient de considérer comme entrepreneurs commerciaux tous ceux qui exercent une activité d'entreprise autre que l'agriculture.

Le débat juridique qui s'est déroulé autour de la personne du petit entrepreneur a été énorme, à tel point que les interprétations des tribunaux italiens ont été assez différentes. En l'absence d'une définition juridique claire, ils se sont repliés sur des notions empiriques et les critères de la « prévalence du travail personnel de l'entrepreneur et des membres de sa famille ».

Le législateur est (finalement) intervenu à ce propos, en s'appuyant sur des paramètres de type quantitatif (et non plus qualitatif) et en statuant que ne sont pas de petites entreprises (et donc sujet à faillite), les sujets, y compris les sociétés commerciales, qui se caractérisent par les deux éléments suivants :

- a) ont effectué des investissements dans l'entreprise pour un capital d'un montant supérieur à 300 000 € (trois cent mille) ;
- b) ont réalisé, quel qu'en soit la manière, un chiffre d'affaires brut moyen sur les trois dernières années ou depuis le début de l'activité en cas de durée inférieure, d'un montant total annuel supérieur à 200 000 € (deux cent mille).

Ces limites pourront être actualisées tous les trois ans par décret du Ministère de la justice.

Il convient d'ajouter à cela que l'on ne donne pas suite à la déclaration de faillite si le montant des dettes échues et non payées est globalement inférieur à 25 000 € (vingt cinq mille) et les entrepreneurs individuels et collectifs peuvent être déclarés en faillite dans l'année suivant leur suppression du registre des sociétés.

Les premières critiques sur l'absence d'une référence temporelle relative au capital investi n'ont pas manqué. En effet, il n'est pas clairement défini s'il convient de se référer à l'ensemble de la vie de l'entreprise (comme il semblerait que ce soit le cas) ou à un laps de temps non précisé, comme c'est le cas pour le chiffre d'affaires. De même, le concept de « capital investi » n'est pas très clair, étant donné que même les spécialistes de l'entreprise ne sont pas d'accord sur ce délai.

En revanche, la référence au chiffre d'affaires, quelle qu'en soit la forme, semble très bien adapté surtout en ce qui concerne les produits extra comptables.

LES ORGANES DE LA PROCEDURE DE FAILLITE

Le Tribunal

Le Tribunal perd le pouvoir de déclarer la faillite d'office et n'autorise plus les actes d'administration exceptionnelle, alors que le Ministère Public a la faculté de présenter des requêtes de mise en faillite. Le Syndic est tenu uniquement d'informer le tribunal de tous les actes dont la valeur est supérieure à 50 000 € (cinquante mille) et de toutes les transactions. Pour autant, le Tribunal n'a pas de droit de veto, sachant que cette obligation d'information vise uniquement à permettre une évaluation globale de l'activité du Syndic qui peut toujours, à tout moment, être révoqué par le Tribunal.

À la différence du passé, tous les actes du Tribunal sont aujourd'hui sujets à recours, y compris pour le décret de révocation du Syndic. Enfin, il a été prévu à juste titre, que le juge délégué ne peut pas faire partie du Collège qui doit statuer d'un recours formé contre l'une de ses mesures.

Le Tribunal de faillite sera, de par sa fonction et de manière inéluctable, compétent pour toutes les affaires découlant de la faillite et la procédure de faillite sera traitée selon la pratique des Chambres qui garantit la rapidité et la promptitude du traitement de ladite procédure.

Le juge délégué

Le juge délégué exerce désormais uniquement une fonction de surveillance et de contrôle sur la régularité de la procédure, perdant cette fonction de direction qui l'avait tant caractérisé.

L'administration est en fait attribuée entièrement au Syndic, sous le contrôle et la surveillance du Comité des créanciers qui est également doté de pouvoirs d'intervention importants au niveau du bien fondé et du fond des décisions prises. Ainsi, la fonction du Juge délégué est entièrement dépouillée et relégué à un rôle tout juste notarial. Le « vulnus » (vulnérabilité) qui pourrait être le plus important du personnage du Juge délégué, provient de la possibilité que, au niveau de la vérification de l'état du passif, les créanciers qui représentent la majorité des créances admises au passif puisse demander (et obtenir) le remplacement du Syndic, en en indiquant les raisons et en désignant son

remplaçant. Le risque le plus évident est que la masse des créanciers, en particulier le « noyau dur » (banques, institutions financières, etc.), aura la possibilité d'influer sur l'administration du Syndic. Ce « dessaisissement » du Juge délégué et du Tribunal des faillites se traduit donc par la privatisation de la faillite avec l'objectif déclaré de garantir une résolution plus rapide de la crise de l'entreprise.

Le Syndic

La fonction de Syndic dans la gestion de la faillite en ressort grandement renforcée avec une autonomie pratiquement totale, en compagnie du Comité des créanciers. Il est chargé de l'administration des actifs objet de la faillite et accomplit toutes les opérations de la procédure sous la surveillance (formelle) du Juge délégué et Comité des créanciers. La fonction de Syndic peut-être également exercée par un Cabinet d'associés ou une Société constituée de professionnels, à condition que tous les associés de ces structures satisfassent aux critères nécessaires pour être désignés comme Syndic.

Parmi les nouveautés les plus significatives il convient d'énumérer les programmes de liquidation que le Syndic doit présenter au Juge délégué avant les 60 (soixante) jours suivant la rédaction de l'inventaire, après obtention de l'avis favorable du Comité des créanciers et la possibilité que le Syndic exige l'arrêt de la procédure compte tenu d'une prévision d'insuffisance de réalisation des actifs.

Le délai de 60 (soixante) jours risque fort de se révéler entièrement insuffisant notamment en ce qui concerne les grandes entreprises, compte tenu que dans un laps de temps aussi bref le Syndic devra indiquer : les modalités et les conditions de réalisation de l'actif, l'éventuelle opportunité d'exploitation provisoire ou de location de l'entreprise ; l'existence de propositions de concordat et leur contenu ; les actions possibles en matière d'indemnisation, de recouvrement ou de révocation ; les conditions de cession des différents éléments de l'actif.

Le Comité des créanciers

Le comité des créanciers passe du statut d'organe purement consultatif, dont l'avis n'était pratiquement jamais opposable et dont le fonctionnement, à la longue, s'était avéré médiocre, à celui d'organe de surveillance de l'activité du Syndic. Il a donc, désormais, des fonctions décisionnaires compte tenu qu'il est appelé à donner un avis opposable sur des questions plus importantes telles que : la continuation temporaire de l'exploitation de l'entreprise ; la location de l'entreprise ou l'approbation du programme de liquidation.

Il est rappelé, comme j'ai déjà eu l'occasion de le préciser précédemment, qu'au niveau de la phase de vérification de l'état du passif les créanciers qui représentent la majorité des créances admises au passif peuvent désigner soit de nouveaux membres au Comité des créanciers soit un nouveau Syndic. La majorité n'est pas définie par tête mais par montant de créances admises. Par conséquent, par exemple, un seul institut de crédit pourrait, en hypothèse, demander et obtenir le remplacement du Syndic : il s'agit là d'une preuve supplémentaire de la privatisation de la procédure de faillite, toujours au nom des principes de promptitude et de rapidité de la résolution de la crise de l'entreprise.

LES EFFETS DE LA FAILLITE POUR LE DEBITEUR

La réforme a atténué les conséquences négatives, notamment au niveau personnel, sur la personne objet de la faillite si bien qu'aujourd'hui l'équation *decoctor ergo fraudator* n'est plus d'aucune actualité.

En effet, le registre des faillis a été supprimé si bien que les incapacités qui frappaient le failli cessent automatiquement avec la clôture de la faillite et ne subsistent plus, comme par le passé, jusqu'à la réhabilitation civile.

Le législateur a introduit dans la loi sur les faillites le principe de libération des dettes, inconnue jusqu'ici de la législation italienne, qui consiste à exonérer le failli des actions exécutoires individuelles de la part des créanciers du concordat qui n'ont pas été remboursés ou ne l'ont été qu'en partie après la clôture de la faillite.

Le bénéfice de la libération des dettes n'est accordé qu'à la seule condition que le failli ait loyalement collaboré avec les organes d'administration de la faillite sans faire d'obstruction à l'exécution des opérations de la procédure et en fournissant toutes informations et tous documents utiles pour la confirmation du passif ; n'avoir pas déjà bénéficié d'une telle exonération de passif au cours des 10 années précédentes ; n'avoir pas distrait de l'actif ou exposé ou présenté des dettes inexistantes et ne pas avoir été condamné ni avoir fait l'objet de condamnations passées pour banqueroute frauduleuse, délit contre l'économie publique, l'industrie ou le commerce ou contre l'activité d'entreprises ; la dernière condition est qu'il a été possible de procéder à un quelconque type de répartition même minime en faveur des créanciers.

LES EFFETS DE LA FAILLITE DES CREANCIERS

S'agissant des effets de la faillite sur les créanciers je n'ai aucune nouveauté particulière à signaler qui aurait une incidence sur les principes ayant réglementé la matière jusqu'à présent. Il s'agit de précisions, de règles et de coordinations concernant principalement la réforme récente du droit des sociétés.

ACTION REVOCATOIRE DE FAILLITE

La situation avant la réforme

La mise en place des mesures en cas de faillite est prévue et régie par l'article 67 de la loi sur les faillites.

Ledit article prévoyait deux hypothèses distinctes :

Premier alinéa

Sont révoqués à moins que l'autre partie ne prouve qu'elle ne connaissait pas l'état d'insolvabilité du débiteur :

- 1) les actes à titre onéreux effectués dans les **deux** années précédant la déclaration de faillite, pour lesquels les prestations livrées ou les obligations assumées par le failli dépassent de manière significative ce qui lui a été donné ou promis ;
- 2) les actes relatifs à des extinctions de dettes pécuniaires échues et exigibles non effectués sous forme d'argent ou par d'autres moyens de paiement normaux s'ils ont été effectués dans les **deux** années précédant la déclaration de faillite ;
- 3) les gages, nantissemets et hypothèques volontaires constitués dans les **deux** années précédant la déclaration de faillite pour des dettes préexistantes non échues ;
- 4) les gages, nantissemets et hypothèques judiciaires ou volontaires constitués dans **l'année** précédant la déclaration de faillite pour des dettes échues ;

Deuxième alinéa

Sont également révoqués, si le Syndic prouve que l'autre partie connaissait l'état d'insolvabilité du débiteur, les paiements de dettes liquides et exigibles, les actes à titre onéreux et les actes constituant un droit de préemption pour des dettes constituées simultanément, s'ils interviennent dans l'année précédant la déclaration de faillite.

Les raisons de l'instauration de ces mesures

L'instauration de ces mesures sont faciles à comprendre et sont liées à l'intention d'éviter que certains créanciers ne puissent être privilégiés au détriment d'autres créanciers à l'approche de la faillite de l'entrepreneur.

En effet, l'esprit de la loi sur les faillites vise justement à garantir ce que l'on appelle techniquement la *par condicio creditorum*, à savoir, l'égalité de situation entre tous les créanciers au niveau du paiement des dettes, afin d'éviter, en des mots simples, d'être confronté au typique « assaut de la diligence », selon lequel le « le premier arrivé aura la meilleure place », aux dépens des autres créanciers de même rang.

Premier alinéa de l'article 67 L.F.

Par exemple, il a été prévu, sans préjudice du droit du créancier sujet à révocation de prouver qu'il ne connaissait pas l'état d'insolvabilité de l'entrepreneur, de révoquer les actes à titre onéreux accomplis dans les deux années précédant la déclaration de faillite, dans laquelle il existe une disproportion entre ce qui a été payé et ce qui a été donné.

Je donne un exemple.

Si un entrepreneur du bâtiment en difficulté financière me vend un appartement à vil prix, c'est-à-dire à un prix très bas, et que j'avais connaissance des difficultés de l'entrepreneur, à ce moment-là cet achat, s'il a eu lieu dans les deux ans précédant la déclaration de faillite, pourra être révoqué et je devrai restituer l'appartement (ou accessoirement sa valeur financière) et je ne pourrai demander la restitution du prix uniquement qu'en m'intégrant au passif de la faillite.

Que signifie un vil prix, c'est-à-dire un prix tel qu'il existe une disproportion entre le prix payé et la valeur de l'appartement ? La jurisprudence a établi, de manière générale et sauf cas spécifique, qu'il existe une disproportion entre le prix payé et la chose reçue si cette différence est « *ultra dimidium* », c'est-à-dire moins de la moitié de sa valeur. Ainsi, à titre d'exemple, si l'appartement valait 100 et que je l'ai payé 40, cette vente pourra être révoquée, je devrai restituer l'appartement et m'intégrer dans le passif de la faillite pour le prix que j'ai payé.

Je donne un deuxième exemple.

Si un entrepreneur doit me payer une fourniture de marchandises et qu'il n'a pas l'argent pour le faire mais que, par exemple, il me propose de me céder un immeuble, de l'outillage ou bien d'autres marchandises lui appartenant où la fourrure de son épouse, un tableau de valeur, ou bien d'autres choses, ce paiement anormal » parce qu'il a été acquitté avec des moyens inhabituels pourra être révoqué. Je devrai restituer le bien qui m'a été remis en paiement et je devrai m'intégrer dans le paiement de la faillite pour le prix qui ne m'a pas été payé.

Voici un troisième exemple.

Si je suis créancier d'un entrepreneur pour une certaine somme d'argent qui devra m'être versée, par exemple, d'ici un mois, mais que je suspecte que cet entrepreneur ne sera pas en mesure de me payer à l'échéance et que je réussis à me faire donner comme garantie une hypothèque sur son immeuble, ladite hypothèque pourra être révoquée et je pourrai faire valoir ma créance uniquement à travers le passif de la faillite.

Voici un quatrième exemple.

Si je suis créancier d'un entrepreneur pour une certaine somme d'argent pour des marchandises que je lui ai livré et que je me rends compte que celui-ci ne sera pas en mesure de me payer régulièrement et que je réussis à me faire restituer mes marchandises ou tout autre bien de l'entreprise, ces opérations, même s'il s'agit d'une simple restitution de ma propre marchandise, seront révoqués par le syndic et, en ce qui me concerne, je ne pourrai faire valoir ma créance qu'à travers le passif de la faillite.

Deuxième alinéa de l'article 67 L.F.

C'est cette disposition de loi qui a suscité des polémiques interminables du fait de son caractère apparemment non raisonnable et injuste.

Je donne un exemple.

Si je fournis des marchandises à un entrepreneur et que celui-ci me paie régulièrement mais que le syndic parvient à démontrer que j'étais au courant de l'état d'insolvabilité du débiteur, tous les paiements que j'ai reçus au cours de l'année précédant la déclaration de faillite (dite « période suspecte ») pourront être révoqués et je pourrai, au mieux, m'intégrer dans le passif à concurrence du prix de la marchandise.

Chacun y verra une possible injustice (bien qu'il n'en soit pas toujours ainsi) d'une règle qui semblerait destinée à frapper des transactions commerciales normales. L'unique correctif à ce système (farfelu) est que le Syndic doit démontrer que j'étais au courant de l'état d'insolvabilité du débiteur ce qui, heureusement, n'est pas toujours chose facile.

La réforme

Le décret-loi n° 35 du 14 mars 2005 publié au journal officiel numéro 62 du 16 mars 2005 en vigueur depuis le 17 mars 2005, a radicalement modifié les termes et les conditions de l'action en matière de faillite.

Les deux nouveautés fondamentales de ce décret-loi sont les suivantes :

- 1) **division par deux** de tous les délais prévus et relatifs à la dite « période suspecte » si bien que la durée biennale a été réduite à **un an** et que le délai annuel a été réduit à **six mois** ; de plus, il est précisé que dorénavant on ne fait plus référence à la disproportion entre ce qui a été donné et ce qui a été reçu, mais le cadre est beaucoup plus circonscrit, sachant que l'on peut révoquer tous les actes dont la disproportion entre ce qui a été donné et ce qui a été reçu est supérieure à **un quart**, aux dépens du failli ;
- 2) caractère **irrévocable** des actes suivants :
 - a) les paiements de biens et de services effectués dans le cadre de l'exploitation de l'entreprise selon les règles d'usage ;
 - b) les remises effectuées sur un compte courant bancaire, à condition qu'elles n'aient pas réduit de manière importante et durable l'encours débiteur du failli envers la banque ;
 - c) les ventes à juste prix d'immeubles à usage d'habitation, destinés à constituer l'habitation principale de l'acquéreur, de ses parents ou de sa famille jusqu'au troisième degré ;
 - d) les actes, paiement et garanties concédés sur des biens du débiteur bien que mis en œuvre en exécution d'un plan qui semble apte à permettre la régularisation des encours bancaires et assurer le rééquilibrage de sa situation financière et dont le caractère raisonnable est confirmé aux termes de l'article 2501-bis, quatrième alinéa du Code civil (les mêmes critères raisonnables que dans le cas de fusion) ;
 - e) les actes, les paiements et les garanties mis en œuvre en exécution du concordat préalable, de l'administration judiciaire, ainsi que de l'accord homologué aux termes de l'article 182-bis (de la loi sur les faillites) ;

- f) les paiements des montants relatifs à des prestations de travail de personnes et autres collaborateurs, y compris non salariés, du failli ;
- g) les paiements de dettes liquides et exigibles effectuées à l'échéance pour obtenir la prestation de services utiles à l'accès aux procédures de concordat, d'administration judiciaire et de concordat préalable.

Dans ces cas spécifiques, les paiements et les ventes ne seront plus révocables, **indépendamment de la période au cours desquelles ils ont été effectués**. Cela signifie, pour donner un exemple, que dorénavant les paiements pour les biens et services effectués par un entrepreneur au profit d'un autre sujet dans le cadre de son activité d'entreprise ne seront plus révocables, indépendamment de la période de paiement (y compris à quelques jours seulement de la faillite), garantissant ainsi une plus grande stabilité des relations commerciales entre entreprises et sujets privés.

La nouvelle révocatoire « bancaire »

La règle est la suivante : toutes les remises effectuées sur un compte courant bancaire ne sont pas soumises à l'action révocatoire. En revanche, l'exception est la suivante : « *à condition qu'elles n'aient pas réduit de manière consistante et durable l'encours débiteur du failli envers la banque* ». Une première analyse sommaire montre que cette formule est l'application revue et corrigée de la théorie des opérations « équilibrées » ou ce cas d'espèce de jurisprudence selon lesquels sont irrévocables les remises qui ont servi à reconstituer la provision qui permet à la banque d'effectuer simultanément (d'où la référence à la locution « durable ») de nouvelles opérations en faveur du client.

Il y a beaucoup à dire sur le terme « durable » et « consistant », qui, une nouvelle fois, exprime à première vue le concept selon lequel la remise concernée n'est pas une simple variation qui fait fluctuer le compte, mais doit rester sur ce dernier de manière pratiquement définitive et qu'il s'agit de sommes d'une importance significative non pas en termes absolus, (c'est moi qui l'ajoute), mais par rapport aux mouvements bancaires qui ont été enregistrés sur le compte.

L'article 67, troisième alinéa, lettre b), est ensuite coordonné avec l'article 70, alinéa trois suivant qui prévoit que « *dès lors que la révocation a fait l'objet d'actes mettant fin à certaines relations continues et récurrentes (sous-traitance, fourniture, ventes à livraisons échelonnées, affacturage et compte courant, etc.), le tiers doit restituer une somme égale à la différence entre le montant maximum atteint par ses demandes, au cours de la période pour laquelle il est prouvé que le tiers connaissait l'état d'insolvabilité de l'entrepreneur, et le montant résiduel de celles-ci, à la date où s'est ouvert le concordat* ».

Ceci semble signifier que la référence concerne le montant maximum de la créance de la banque, avec la conséquence que la distinction entre compte « débiteur » et compte « à découvert » et celle entre remises visant simplement à « reconstituer » la provision (non révocables) et celles équivalant à un « remboursement » (révocables parce que en mesure de réduire l'endettement envers la banque) sembleraient totalement dépassées.

En l'état, la conclusion que l'on pourrait en tirer est que le législateur, dans l'intention de favoriser la profession bancaire en la protégeant de la règle habituelle, parfois excessivement punitive de la révocation bancaire, a créé un embrouillamini juridique certainement plus assimilable à un « casse-tête » qu'à un éclaircissement définitif sur les intentions réelles du législateur.

LES CONTRATS EN COURS

Dans le nouveau système, la règle générale est fournie par la faculté donnée au Syndic, pour tous les contrats en cours, de décider de manière autonome, après autorisation du Comité des créanciers, s'il convient de résilier un contrat ou de l'exécuter. En l'attente de ce choix, le contrat est suspendu, le Syndic ayant 60 (soixante) jours pour décider s'il doit le poursuivre ou le résilier.

Pour les immeubles à construire, la législation a prévu (par Décret loi n° 122 du 20 juin 2005) l'obligation à la charge du constructeur de remettre à l'acquéreur une caution bancaire ou une assurance garantissant les sommes versées à l'avance ou devant l'être à titre d'acompte. En cas de crise de l'entreprise de construction, il est donc prévu la résiliation du contrat si, avant que le Syndic n'ait communiqué son choix entre l'exécution ou la résiliation de celui-ci, l'acquéreur déclare vouloir résilier le contrat et fait jouer la caution.

LE NOUVEAU CONCORDAT DE FAILLITE

La première observation qui ressort de la lecture des dispositions sur le concordat de faillite concerne le failli lui-même qui, de fait, perd son caractère central et est exclu. En effet, il n'a plus l'exclusivité de la proposition du concordat mais, au contraire, il subit deux délais imposés, du fait qu'il ne peut pas présenter, y compris indirectement, sa proposition avant que ne se soient écoulés 6 (six) mois suivant la déclaration de faillite ni 2 (deux) ans à compter du décret rendant exécutoire l'état du passif. La véritable légitimation est assignée aux créanciers est conférée aux créanciers et à tout autre tiers, y compris avant l'ordonnance qui rend l'état du passif exécutoire.

Le Juge délégué perd tout rôle en matière d'évaluation de l'adéquation du concordat et le Tribunal se limite à exercer une simple fonction de contrôle juridique. Le véritable acteur du concordat sera, comme l'on pourrait s'y attendre, Syndic qui, entre autres prérogatives, disposera de celle très importante de donner un avis préalable sur les résultats prévisibles de la liquidation et donc, de fait, sur l'adéquation de la proposition. Le comité des créanciers aura une fonction de support de l'activité du Syndic, qui n'est donc plus limitée à celle de simple contrôle, mais donne à son tour, un avis préalable relatif au résultat prévisible de la liquidation et donc sur l'adéquation du concordat.

La proposition de concordat pourra prévoir :

- la subdivision des créanciers en classes, selon des positions juridiques et des intérêts économiques homogènes ;
- des traitements différenciés, justifiés de manière adéquate, entre créanciers appartenant à des classes différentes, avec la précision que le traitement fixé pour chacune d'elles, ne peut avoir l'effet d'altérer l'ordre des motifs légitimes de préemption ;
- la restructuration des dettes et l'acquittement des créances par le biais de toutes les formes, y compris moyennant la cession de biens, la délégation ou d'autres opérations exceptionnelles, y compris l'attribution d'actions, obligations ou autres instruments participatifs et de crédit.

La proposition peut également prévoir que les créanciers munis d'un droit de préemption ne soient pas intégralement remboursés, à condition que le plan prévoie qu'ils le soient à un niveau qui ne soit pas inférieur à la valeur de cession éventuelle des biens donnés en garantie.

Le concordat est approuvé s'il recueille le vote favorable des créanciers qui représentent la majorité des créances admises au vote. Lorsque différentes classes de créanciers sont prévues, le concordat est approuvé s'il recueille le vote favorable des créanciers qui représentent la majorité des créances admises au vote dans lesdites classes.

LE NOUVEAU CONCORDAT PREALABLE

À la suite de la réforme, le concordat préalable n'est plus celui qui concernait, comme nous avons l'habitude de le dire, l'entrepreneur « honnête mais malchanceux ». L'inscription au registre n'est plus prévue depuis au moins deux ans ; l'absence de procédures de concordat au cours des 5 (cinq) années précédentes ; l'absence de condamnations pour des délits de faillite ou d'abus de biens sociaux ou de délits contre la foi publique, l'économie publique, l'industrie et le commerce ; mais, surtout, il y a eu disparition du jugement de mérite sur lequel tant de tribunaux insistaient.

De même, on ne demande plus que, dans la proposition de concordat, le débiteur offre de sérieuses garanties personnelles en vue du paiement d'au moins 40 % (quarante pour cent) du montant des créances chirographaires dans les six mois suivant la date d'homologation du concordat.

Aujourd'hui il suffit de 3 (trois) préalables :

- 1) être une moyenne/grande entreprise et faire l'objet, en tant que telle, d'une faillite ;
- 2) l'état de crise (et non d'insolvabilité) ;
- 3) la présentation d'un plan de concordat concret et réalisable.

Le législateur a précisé que l'état de crise englobe également l'état d'insolvabilité.

La réforme a confirmé, également et surtout pour le concordat préalable, le caractère extrajudiciaire souvent mentionné pour qualifier la procédure en confiant les évaluations relatives à la fiabilité de la comptabilité et à la faisabilité du plan à un professionnel doté des compétences nécessaires pour être désigné en tant que syndic. L'intervention du Tribunal est prévue uniquement dans le cas où la proposition de concordat prévoit la subdivision des créanciers en classes, en limitant son intervention à la vérification du bien-fondé des critères de formation des différentes classes.

La nouveauté qui est peut-être la plus importante réside dans la possibilité de prévoir une répartition des créanciers en classes et en traitements différenciés selon la classe à laquelle ils appartiennent.

Le concordat est approuvé s'il recueille le vote favorable des créanciers représentant la majorité des créances admis au vote (et non plus la majorité des créanciers votants, qui représente deux tiers de la totalité des créanciers admis au vote). Lorsque différentes classes de créanciers sont prévues, le concordat est approuvé s'il recueille le vote favorable des créanciers qui représentent la majorité des créances admises au vote dans lesdites classes.

La question liée à la possibilité de subdiviser également en classes les créanciers privilégiés qui pourraient alors subir une importante réduction de leurs créances concernées par la faillite et entièrement ouverte. Les premiers commentaires et les premières décisions des tribunaux italiens sembleraient militer en faveur d'une disposition pour l'indemnisation intégrale des créanciers dotés de droit de préemption, comme le prévoyait l'ancienne législation.

LES ACCORDS DE RESTRUCTURATION DES DETTES

Le débiteur qui a conclu avec ses propres créanciers représentant au moins 60 % (soixante pour cent) des créances dont il fait l'objet un accord de restructuration de ses dettes, peut en demander l'homologation. Dans ce sens, l'accord sera déposé au tribunal en même temps que la documentation attestant de la situation économique et financière du débiteur et le rapport établi par un expert sur la faisabilité de cet accord, en particulier en ce qui concerne son aptitude à assurer le paiement régulier des créanciers étrangers à l'accord.

L'accord sera également publié dans le registre des sociétés et prendra effet le jour de sa publication. A partir de cette date les créanciers et quiconque sera concerné disposeront de 30 (trente) jours pour faire opposition.

Le tribunal, après décision sur les éventuelles oppositions, homologue l'accord par une ordonnance motivée qui peut être réclamée dans les 15 jours suivant sa publication au registre des sociétés auprès de la Cour d'appel.

Aux termes de l'article 67, troisième alinéa lettre e) de la L.F. les actes, paiements et garanties mis en œuvre en exécution de l'accord homologué par le tribunal sont exonérés de l'action en faillite révocatoire en matière de faillite.

Les créanciers ne participant pas à l'accord sont payés intégralement.

Nonobstant la volonté politique affichée d'accélérer et de rendre plus fiables les accords de nature extrajudiciaire en les soustrayant aux dangers de la révocation et des condamnations pénales, après plus d'un an d'expérience après l'entrée en vigueur de ces dispositions, la jurisprudence fait état de très peu de mesures prises et publiées dans le cadre d'accords de restructuration des dettes, signe tangible du faible succès rencontré par cette pratique, ce qui conduit les entrepreneurs à utiliser l'instrument plus traditionnel du concordat préalable.