

Commentaire de la décision n° 2005-522 DC du 22 juillet 2005

Loi de sauvegarde des entreprises

Adoptée le 13 juillet 2005, dernier jour de la session extraordinaire, la loi de sauvegarde des entreprises a aussitôt été déférée au Conseil constitutionnel par plus de soixante députés et par plus de soixante sénateurs.

Deux séries de dispositions étaient contestées.

I) Articles 8, 33 et 108

Aux termes du premier alinéa de l'article L. 611-11 du code de commerce, dans la rédaction que lui donne l'article 8 de la loi déférée :

" En cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire subséquente, les personnes qui consentent, dans l'accord homologué mentionné au II de l'article L. 611-8, un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité sont payées, pour le montant de cet apport, par privilège avant toutes créances nées antérieurement à l'ouverture de la conciliation, selon le rang prévu au II de l'article L. 622-17 et au II de l'article L. 641-1 "

Pour leur part, les articles 33 et 108 définissent le nouvel ordre de paiement des créances dans le cadre des procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire.

Ces dispositions faisaient l'objet de deux griefs.

1) Rupture d'égalité entre créanciers.

Si la loi déférée n'affecte pas le rang prioritaire des créances salariales, elle attribue un privilège aux créances résultant d'un *" nouvel apport en trésorerie "*.

Ainsi, relevaient les requérants, des personnes privées faisant un apport en *" argent frais "* à une entreprise en difficulté bénéficieront, au moment de l'apurement du passif de l'entreprise, d'un privilège de paiement de leur créance par rapport à celles de l'Etat ou des organismes sociaux lorsque ceux-ci accordent des remises de dettes.

Sans doute, admettaient-ils, le bénéfice de ce privilège a-t-il été réduit au cours des débats, puisqu'il ne peut profiter ni aux *" actionnaires et associés du débiteur dans le cadre d'une augmentation de capital "*, ni *" directement ou indirectement "* aux créanciers antérieurs à l'ouverture d'une procédure de conciliation au titre de leurs concours passés.

Mais, selon les saisines, cela n'était pas suffisant pour rendre le dispositif conforme au principe d'égalité, dès lors qu' *" en l'espèce, le législateur fait le choix de régler de façons*

différentes des situations objectivement semblables au regard de l'objet de la loi et de l'intérêt général poursuivi, c'est-à-dire, au cas présent, l'aide aux entreprises en difficulté ".

Selon les auteurs des saisines, la loi rompait l'égalité entre créanciers en reconnaissant un privilège aux créances nées d'un nouvel apport en trésorerie et non aux créances de l'Etat, des organismes de sécurité sociale et des institutions d'assurance chômage, lorsque ceux-ci consentent des remises de dettes aux entreprises en difficulté (ce dont la loi déferée prévoit expressément la possibilité).

Le moyen n'était pas fondé.

Le Conseil constitutionnel a déjà admis qu'une loi puisse modifier " *le rang des créances assorties de sûretés réelles à l'avantage de créanciers qui, depuis l'ouverture de la procédure [de redressement], ont concouru à la réalisation de l'objectif d'intérêt général de redressement des entreprises en difficulté ...* ", car il est loisible au législateur de soumettre " *à des règles différentes des créanciers placés dans des situations différentes au regard de l'objectif poursuivi* " (n° 84-183 DC du 18 janvier 1985, cons. 5).

C'est bien le cas ici, car il n'est pas douteux qu'au regard du but poursuivi (favoriser la " remise à flot " d'une entreprise en difficulté), l'apport d'argent frais est plus décisif que l'abandon de créance. Au regard des objectifs poursuivis, le privilège institué revêt un caractère incitatif : il s'agit de pousser des créanciers à prendre un risque supplémentaire, en apportant des fonds ou des biens nouveaux, ce qui se distingue objectivement du simple aménagement du recouvrement de créances anciennes par remise de dette ou ré-échelonnement, même si la gestion de ces créances concourt incontestablement au sauvetage des entreprises en difficulté.

Le législateur est parti du constat que le régime de l'actuel " règlement amiable " n'incite pas les créanciers à participer au redressement d'une entreprise qui connaît des difficultés, puisque ceux d'entre eux qui acceptent de renoncer à certaines de leurs créances ou de consentir des liquidités nouvelles (" argent frais ") ne bénéficient d'aucun traitement privilégié par rapport à ceux qui n'ont apporté aucune aide à ce stade amiable.

Comme l'indiquait par ailleurs le Gouvernement dans ses observations, la situation des créanciers vis-à-vis de l'entreprise, et du risque qui affecte leur créance, diffère selon la nature et la date de leur apport. L'effort consenti à une entreprise en difficulté n'est pas de même nature selon, d'une part, que le créancier apporte de nouvelles ressources de trésorerie ou fournit un nouveau bien ou service destiné à maintenir l'activité ou, d'autre part, qu'il se borne à ré-échelonner le remboursement de créances antérieures. L'apport nouveau en trésorerie ou en biens ou services, alors que l'apporteur a nécessairement conscience, du fait de la procédure de conciliation, que l'entreprise est en difficulté, comporte un risque supplémentaire par rapport aux créances antérieurement constituées et traduit un engagement particulier en faveur de la poursuite de l'activité.

Enfin, il est clair que l'Etat et les organismes sociaux sont placés, devant une entreprise en difficulté, dans une situation radicalement différente de celle des créanciers ordinaires (immunité face au risque de cessation de paiement de l'entreprise, relation non contractuelle avec celle-ci).

La différence de traitement dénoncée ne conduit donc pas, comme il était soutenu, " à établir des règles évidemment discriminatoires ne pouvant se revendiquer d'aucune différence objective de situation ni davantage de critères objectifs et rationnels suffisants ".

2) Erreur manifeste d'appréciation

Selon le second grief dirigé contre les articles 8, 33 et 108, ceux-ci étaient entachés d'une erreur manifeste d'appréciation.

Si on comprend bien le grief, l'erreur manifeste d'appréciation commise par le législateur tiendrait à ce que les établissements bancaires (qui sont principalement concernés par la mesure) disposent déjà de la possibilité de facturer le risque et que la priorité établie à leur profit par la loi critiquée ferait donc en quelque sorte double emploi avec la prime de risque collectée par eux : " *contrairement aux autres créanciers, un établissement de crédit a la faculté de tarifier l'apport en trésorerie à une entreprise en tenant compte notamment de son risque de défaillance au motif que le financement d'un risque plus grand justifie une rémunération supplémentaire* ".

Toutefois, en estimant que les conditions actuelles de tarification du crédit bancaire en fonction du risque ne suffisaient pas à compenser la réticence des banques à prêter aux entreprises en difficulté, le législateur n'a pas commis d'erreur manifeste.

Le Conseil constitutionnel ne pourrait remettre en cause une telle appréciation qu'en se substituant au législateur. Or il ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement (n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, cons. 1 ; n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, cons. 20 ; n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, cons. 55 ; n° 98-407 DC du 14 janvier 1999, cons. 4 ; n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000, cons. 41).

II) Article 126

Aux termes de l'article L. 650-1 du code de commerce, dans la rédaction que lui donne l'article 126 de la loi déferée :

" Les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci.

Pour le cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours sont nulles ".

Pour les requérants, cette disposition " *réduit radicalement les motifs susceptibles d'entraîner la condamnation d'un créancier pour soutien abusif* ".

En résulteraient une méconnaissance du principe de responsabilité (1) et une violation du droit au recours (2).

1) Méconnaissance du principe de responsabilité

Lorsqu'un établissement de crédit prête à une entreprise qui fait par la suite l'objet d'une procédure collective, la responsabilité de cet établissement peut être recherchée pour ce qu'il est convenu d'appeler un octroi ou un maintien abusif de crédit. L'engagement de responsabilité repose sur la considération que le maintien, de manière artificielle, de l'activité déficitaire d'une entreprise, cause un préjudice tant à cette dernière qu'à ses créanciers.

Les actions intentées à cette fin sont peu nombreuses, mais leur retentissement est grand. M. Xavier de Roux, rapporteur à l'Assemblée Nationale, a relevé à ce propos : " *En pratique, le risque de condamnation pour soutien abusif est systématiquement avancé par les représentants des établissements de crédit comme non seulement les sanctionnant parfois, mais surtout comme les dissuadant de s'aventurer dans des dossiers qui pourraient s'avérer fragiles et parfois aussi comme argument définitif pour ne pas prendre un risque financier jugé, en tout état de cause excessif* " (Rapport n° 2095, AN, p. 152).

Les demandeurs peuvent être le liquidateur, les créanciers (par l'intermédiaire de leurs représentants dans les procédures collectives) ou même le débiteur lui-même (ou une personne qui s'est portée caution pour lui).

La jurisprudence judiciaire repose sur l'application des principes traditionnels de la responsabilité civile résultant de l'article 1382 du code civil : une faute ; un dommage ; un lien de causalité entre la faute et le dommage. Elle se fonde aussi sur la responsabilité contractuelle de l'article 1147 du code civil.

Ainsi, selon la Cour de cassation, la responsabilité d'une banque peut être engagée :

- si la banque octroie un nouveau crédit ou maintient un crédit existant à une entreprise " *dont la situation est irrémédiablement compromise* " ;
- si elle octroie un crédit dont le montant est sans rapport avec les capacités de financement de l'entreprise ou ses perspectives économiques ou selon l'expression la plus récente utilisée par la cour de cassation un " *crédit ruineux pour l'entreprise devant nécessairement provoquer une croissance continue et insurmontable de ses charges financières* " (Cass. Com, 22 mars 2005, en cours de publication, N° de pourvoi : 03-12922) ;
- si elles octroie des crédits frauduleux.

La notion de " *situation irrémédiablement compromise* " se distingue de la simple cessation des paiements en ce qu'elle implique l'absence de toute possibilité raisonnable de redressement.

L'article 126 de la loi déferée reflète la volonté du législateur (Rapport Sénat n° 335, p. 137) :

- d'" *éviter que les personnes susceptibles d'aider financièrement l'entreprise, mais soucieuses de prévenir toute action contentieuse, s'abstiennent de lui apporter un concours financier alors que sa situation financière pourrait malgré tout être redressée* ",
- et de limiter " *le risque juridique encouru par les banques pour encourager la prise de risque économique qui consiste à apporter un soutien financier à une entreprise en difficulté* ".

Pour les requérants, l'article 126 poussait trop loin cette limitation, puisque, selon eux, il " *annihile quasiment toute faculté d'engager la responsabilité délictuelle des créanciers* ".

Dès lors, le législateur aurait " *manifestement méconnu le principe de responsabilité* ".

Comme le rappelaient justement les saisines, le principe énoncé par l'article 1382 du code civil (" *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* ") s'est vu reconnaître un rang constitutionnel par le Conseil sur le fondement de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 (nul n'a le droit de nuire à autrui).

A été ainsi :

- censuré un régime " *soustrayant à toute réparation les dommages résultant de fautes civiles imputables à des personnes physiques ou morales de droit privé, quelle que soit la gravité de ces fautes* " (n° 82-144 DC du 22 octobre 1982, cons. 3 à 6) ;

- jugé que " *la faculté d'agir en responsabilité met en oeuvre l'exigence constitutionnelle posée par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, dont il résulte que tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*" (n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, cons. 70).

Pour autant, le Conseil constitutionnel ne donne pas une portée générale et absolue au principe de responsabilité, puisque la règle posée par l'article 1382 du code civil ne doit être observée par le législateur qu' " *en principe* " (n° 82-144 DC précitée, cons. 3).

Si la faculté d'agir en responsabilité met en oeuvre l'exigence constitutionnelle posée par les dispositions de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 aux termes desquelles : " *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui* ", cette exigence ne fait pas obstacle à ce que, en certaines matières, et pour un motif d'intérêt général, le législateur aménage les conditions dans lesquelles la responsabilité peut être engagée.

Ainsi, le principe de responsabilité n'interdit pas au législateur d'instituer, en certaines matières et pour des raisons d'intérêt général, des régimes de réparation dérogeant partiellement à ce principe, notamment en adjoignant ou en substituant à la responsabilité de l'auteur du dommage la responsabilité ou la garantie d'une autre personne physique ou morale (n° 82-144 DC précitée, cons. 4) ou en prévoyant une réparation forfaitaire du préjudice (n° 87-237 DC du 30 décembre 1987, cons. 23 ; n° 99-425 DC du 29 décembre 1999, cons. 23).

Ainsi encore, à propos du statut des représentants des salariés dans les conseils d'administration ou de surveillance, le Conseil a relevé que " *l'atténuation de responsabilité résultant des termes de l'article 22 (cf. note 1) de la loi, visiblement inspirée de l'alinéa 2 de l'article 1992 du code civil, n'équivaut ni en droit ni en fait à la suppression de toute responsabilité* " et indiqué que le principe selon lequel l'auteur de toute faute doit en répondre civilement ne s'opposait pas " *à l'aménagement de régimes de responsabilité spéciaux moins rigoureux que le régime de droit commun, comme en témoigne d'ailleurs l'alinéa 2 de l'article 1992 du code civil qui, comme il a été dit, a visiblement inspiré la rédaction de l'article 22 de la loi* " (n° 83-162 DC, du 20 juillet 1983, Loi relative à la démocratisation du secteur public, cons. 77).

Le principe de responsabilité posé par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 n'interdit donc pas de prévoir des aménagements de responsabilité pourvu que ces aménagements ne soustraient pas à toute réparation les dommages résultant de fautes civiles et soient justifiés par des raisons d'intérêt général à l'appréciation du législateur.

En l'espèce, la disposition critiquée ne méconnaît pas l'exigence constitutionnelle de responsabilité en raison :

- de son champ d'application restreint (prêt aux entreprises en difficulté) ;
- de l'objectif d'intérêt général qu'elle poursuit (sauvegarde de l'activité économique et de l'emploi) ;
- et, surtout, de ce que la limitation de responsabilité qu'elle énonce exclut une liste de comportements qui correspondent aux faits les plus caractéristiques, les plus graves ou les plus préjudiciables que peut commettre un prêteur qui octroie abusivement un crédit (fraude, immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur, garanties prises disproportionnées aux concours apportés).

Comme l'exposait le Gouvernement dans ses observations, le but du législateur est de modifier les comportements observés quant à l'octroi de concours aux entreprises, en clarifiant le cadre juridique de mise en jeu de la responsabilité des créanciers :

" Pour l'heure, sont mises en oeuvre, par voie jurisprudentielle, des règles de responsabilité fondées sur les articles 1382 et 1383 du code civil, par le biais de la notion de " soutien abusif " qui entend cerner la faute par laquelle un créancier - établissement de crédit ou fournisseur de biens ou de services - apporte à une entreprise, dont la situation est " irrémédiablement compromise ", un concours permettant de poursuivre une activité déficitaire et contribuant ainsi à l'aggravation du passif. La jurisprudence de la Cour de cassation apprécie certes ces éléments de façon restrictive. Mais il demeure que la mise en oeuvre de ces critères demeure incertaine et que l'insécurité juridique qui en résulte conduit très souvent les créanciers à limiter ou refuser des concours financiers aux entreprises en difficulté, au détriment du maintien de l'activité économique et de la préservation de l'emploi "

2) Violation du droit au recours juridictionnel

Les requérants estimaient qu'en dressant de manière limitative les cas où la responsabilité du prêteur peut être engagée sur le terrain de la faute, l'article 126 violait le droit au recours juridictionnel des autres créanciers.

Ils estimaient à cet égard que certains concours abusifs ne pourraient plus donner lieu à réparation dans les conditions actuellement admises par la jurisprudence judiciaire. Par exemple, *" un créancier victime d'une entreprise en raison de l'ouverture d'une procédure collective tardive ne pourrait plus engager la responsabilité de la banque qui aurait, par manque de vigilance, par son soutien financier abusif retardé l'ouverture de ladite procédure alors qu'elle connaissait la fragilité de l'entreprise (Cour de cassation, Ch. Commerciale, 26 mars 1996, Bull. civ. IV, n° 95) "*.

Le droit au recours juridictionnel a été fondé par le Conseil constitutionnel sur l'article 16 de la Déclaration de 1789 (*"Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution"*). Il résulte de cette disposition, a jugé le Conseil, qu' *" en principe il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction "* (n° 96-373 DC du 9 avril 1996, cons. 83 ; voir aussi n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000, cons. 44).

En l'espèce, la loi déferée ne coupe pas les créanciers du juge de la responsabilité civile. Elle ne comporte aucune interdiction procédurale de saisir les juridictions compétentes, qui

conserver un entier pouvoir pour apprécier si les conditions d'engagement de la responsabilité telles que définies par le législateur sont réunies. Un comportement jugé fautif, au vu de ces conditions, conduira à la réparation intégrale du préjudice imputable, sans limite a priori et conformément au droit commun de la responsabilité civile.

La loi déferée se borne à circonscrire celle-ci. Une telle délimitation du fond du droit de la responsabilité est inassimilable à une fermeture de l'accès au juge.

On observera au demeurant que, tout comme pour la responsabilité civile, le Conseil constitutionnel n'a pas fait de l'accès au juge un principe général et absolu. En témoigne le libellé même du précédent de 1996 (" *en principe* ", " *atteintes substantielles* ").

1) L'article en cause disposait : « *Le mandat de membre du conseil d'administration ou de surveillance des représentants des salariés est gratuit, sans préjudice du remboursement par l'entreprise des frais exposés pour l'exercice dudit mandat. Lorsque leur responsabilité d'administrateur est mise en cause, elle s'apprécie en tenant compte du caractère gratuit de leur mandat. En aucun cas, ils ne peuvent être déclarés solidairement responsables avec les administrateurs représentant les actionnaires. lorsque leur responsabilité de membre du conseil de surveillance est mise en cause, elle s'apprécie en tenant compte du caractère gratuit de leur mandat* ».