



Haut Comité Juridique
de la Place financière de Paris

RAPPORT

*du Haut Comité Juridique
de la Place Financière de Paris (HCJP)
relatif à la proposition de directive
du 22 novembre 2016 relative aux cadres
de restructuration préventifs, à la seconde
chance et aux mesures à prendre pour
augmenter l'efficacité des procédures
de restructuration, d'insolvabilité
et d'apurement et modifiant
la directive 2012/30/UE*

7 juillet 2017



INTRODUCTION

Le champ d'application de la proposition de directive du 22 novembre 2016 (ci-après « la Directive ») est défini à son article premier. Sont visées les procédures de restructuration préventive¹ et les procédures ouvrant la voie à une remise des dettes contractées par des entrepreneurs surendettés, personnes physiques, leur permettant de recommencer une nouvelle activité (seconde chance)². Enfin, la Directive consacre un titre IV spécifique aux mesures visant à accroître l'efficacité des deux catégories de procédures précitées ainsi que des procédures d'insolvabilité.

La transposition des mesures relatives à la seconde chance concerne en droit français les procédures de redressement et de liquidation judiciaire. Les mesures d'amélioration de l'efficacité des procédures définies au titre IV de la Directive concernent l'ensemble des procédures du livre VI du code de commerce. La question est plus délicate s'agissant des règles qui concernent « *les procédures de restructuration préventive accessibles aux débiteurs en difficulté financière lorsqu'il existe une probabilité d'insolvabilité* », et les praticiens ainsi que la doctrine s'interrogent sur le champ d'application de ces mesures, et notamment sur le point de savoir si la transposition aura des effets sur la procédure de sauvegarde de droit commun, créée par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 et régie par les articles L. 626-1 et suivants du code de commerce, qui permet au tribunal d'arrêter un plan lorsqu'il existe une possibilité sérieuse pour l'entreprise d'être sauvegardée, ou sur celle de la conciliation, procédure créée par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005, et régie par les articles L. 611-4 à L. 611-15 du code de commerce, voie préventive dont l'objectif est également la sauvegarde de l'entreprise.

Le groupe de travail note que la Directive opère une distinction entre les procédures de restructuration préventive et les procédures d'insolvabilité, telles que définies par le règlement (CE) n° 1346/2000. En effet, l'article 2, § 1, point a) de la Directive définit la procédure d'insolvabilité comme étant « *une procédure d'insolvabilité collective entraînant le dessaisissement partiel ou total du débiteur et la désignation d'un liquidateur* ».

Il relève qu'elle n'a pas pour objectif d'abroger ou de modifier des procédures d'insolvabilité de droit commun, mais de créer un socle juridique commun à tous les Etats membres en matière de prévention. En conséquence, chaque Etat membre doit se doter d'une procédure de restructuration préventive qui satisfait les conditions définies par la Directive. Si un Etat membre ne dispose pas d'une telle procédure, alors le législateur national devra la créer, selon le cadre imposé par la Directive. Si un Etat membre est déjà doté de plusieurs outils de prévention, il devra alors s'assurer qu'au moins l'un d'entre eux satisfait les conditions de la Directive.

¹ Art. 1, § 1, pt. a) de la Directive.

² Art. 1, § 1, pt. b) de la Directive.



En effet, la Directive vise à harmoniser les procédures de restructuration préventive dans les Etats membres. L'objectif de la Commission n'est pas « [d'] interférer avec ce qui fonctionne »³.

Le groupe de travail, qui avait dans son précédent rapport fait ressortir le caractère constructif et opérant des mesures de prévention, se félicite que le législateur de l'Union européenne ait la volonté de voir se développer la prévention. Il ajoute que ces mesures, comme le relève la Commission dans son exposé des motifs, « favorisent le commerce et les investissements, et contribuent à créer et à sauvegarder des emplois », rejoignant ainsi l'objectif recherché par le législateur national.

L'article 1, § 1, point a) de la Directive vise « les procédures accessibles aux débiteurs en difficulté financière ». Il semble dès lors que le mandat *ad hoc* soit exclu du champ d'application de la Directive dans la mesure où l'article L. 611-3 du code de commerce vise uniquement la désignation d'un mandataire *ad hoc*, dont la mission est déterminée par le président du tribunal. Il ne s'agit donc pas d'une procédure au sens de la Directive mais d'une simple mesure d'accompagnement du débiteur qui doit conserver toute sa flexibilité.

Conformément à l'article 1, § 1, point a) de la Directive, un débiteur en difficulté financière doit pouvoir solliciter l'ouverture d'une procédure de restructuration préventive « lorsqu'il existe une probabilité d'insolvabilité ». La Directive ne définit pas le concept de « probabilité d'insolvabilité ». Le considérant 2 se contente d'énoncer que la procédure préventive doit pouvoir être ouverte « à un stade précoce » afin d'éviter l'insolvabilité du débiteur. Le considérant 18 envisage d'ailleurs l'ouverture d'une procédure « informelle » pour autant que les droits de tiers ne soient pas affectés.

En droit français, c'est donc la procédure de conciliation qui paraît entrer dans le champ d'application de la Directive, dans la mesure où cette procédure peut être ouverte dès lors qu'un débiteur éprouve une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, et ne se trouve pas en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours.

Mais la procédure de conciliation doit pouvoir se « combiner » avec les procédures de sauvegarde financière accélérée (SFA) instituée par la loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière, l'objet de cette procédure étant de donner effet à un accord de conciliation qui n'a pas été adopté par tous les créanciers financiers, ou de sauvegarde accélérée (SA) créée par l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, procédure qui peut être ouverte lorsqu'une entreprise bénéficie d'un accord de conciliation qui réunit l'assentiment d'une grande partie des créanciers mais qui se heurte au refus de l'un ou de plusieurs d'entre eux⁴.

³ V. Exposé des motifs de la Directive, p. 7.

⁴ Ces deux dernières procédures sont en l'état régies par le chapitre VIII du Titre 2 du Livre VI, composé des articles L. 628-1 à L. 628-10 du code de commerce.



En effet, contrairement à la procédure de sauvegarde de droit commun, ces procédures ne sont pas autonomes. Elles ne peuvent être ouvertes que dans le cadre d'une conversion d'une procédure de conciliation et permettent de rendre effectifs les accords préalablement négociés dans le cadre de la conciliation. A cet égard, il est intéressant de relever que l'article 4, § 2, de la Directive reconnaît expressément la possibilité pour les Etats membres de combiner une ou plusieurs procédures dans le cadre de la restructuration préventive d'entreprises en difficulté⁵.

Se pose ensuite la question de savoir si la procédure de sauvegarde de droit commun tombe dans le champ d'application de la Directive. Une réponse négative s'impose. En effet, la procédure préventive au sens de la Directive peut être ouverte en amont d'une procédure de sauvegarde.

Cette interprétation est conforme à l'objectif poursuivi par le législateur de l'Union européenne. Un débiteur doit disposer dans chaque Etat membre au moins d'une procédure de prévention « *harmonisée* », ce qui n'exclut nullement une coexistence avec d'autres procédures de droit commun qui pourraient être ouvertes en amont d'une situation d'insolvabilité du débiteur.

Dès lors, le groupe de travail considère que le droit national comprend des règles conformes au socle commun défini par le projet de directive, règles qui se trouvent dans le tandem « conciliation – SFA » ou dans celui « conciliation-SA ». En effet, la procédure de conciliation répond aux critères définis par la Directive dans la mesure où elle peut être ouverte dès lors qu'un débiteur éprouve une difficulté juridique, économique ou financière avérée ou prévisible et ne se trouve pas en cessation des paiements depuis plus de 45 jours et la conversion d'une conciliation en SFA ou SA est possible dès lors que le débiteur justifie avoir élaboré un plan tendant à assurer la pérennité de l'entreprise, susceptible de recueillir de la part des créanciers concernés un soutien suffisamment large pour rendre vraisemblable son adoption dans les délais requis.

En conséquence, ce rapport s'attachera à rechercher si les dispositions de la Directive paraissent opportunes et dans l'affirmative, si elles impliquent des modifications des dispositions du droit national concernées.

Le Titre II de la Proposition de Directive fera l'objet de la première partie du rapport, relative aux cadres de restructuration préventive (**Partie 1**) et les titres III à VI feront l'objet d'une seconde partie, relative à la notion de seconde chance pour les entrepreneurs et aux autres dispositions de la Proposition de Directive (**Partie 2**).

⁵ Art. 4, § 2, de la Directive.



Partie 1 – Cadres de restructuration préventive

Titre II

Le Titre II de la Proposition de Directive met en place les éléments de base communs des cadres de restructuration préventive pour permettre aux débiteurs en difficulté financière – qu’il s’agisse de personnes physiques ou de personnes morales – d’accéder de manière effective à des procédures facilitant une négociation précoce de plans de restructuration, leur adoption par les créanciers et leur validation éventuelle par une autorité judiciaire ou administrative.

1- La nomination d’un praticien dans le domaine des restructurations

La nomination d’un « *praticien dans le domaine des restructurations* » est en principe optionnelle, en application de l’article 5, § 2, de la Directive. Toutefois, conformément à l’article 5, § 3, les Etats membres peuvent exiger la désignation d’un praticien dans le domaine des restructurations lorsque le débiteur bénéficie d’une suspension générale des poursuites individuelles ou lorsque le plan de restructuration doit être validé par une autorité judiciaire ou administrative en cas d’application forcée d’un plan de restructuration⁶.

Sur ce point, le droit français adopte une approche légèrement différente, puisque le conciliateur est systématiquement désigné par l’autorité judiciaire. Négociateur avéré, il joue un rôle clé dans la conciliation et, en pratique, le succès de la procédure repose largement sur lui. De même, la nomination d’un administrateur judiciaire s’impose dans le cadre d’une SFA ou d’une SA.

Compte tenu de l’efficacité du modèle français, on peut penser que la Directive pourrait être assouplie afin de permettre aux Etats membres de prévoir la désignation d’un praticien dans le domaine des restructurations préventives, si la procédure est menée sous l’égide d’une autorité judiciaire ou administrative, ce qui est le cas en France.

2- La suspension des poursuites individuelles

Selon l’article 6, §1, de la Directive, les Etats membres veillent à ce que les débiteurs qui négocient un plan de restructuration avec leurs créanciers puissent bénéficier d’une suspension (générale ou partielle) des poursuites individuelles si, et dans la mesure où, cette suspension est nécessaire au bon

⁶ Article 2 (7) et (8) de la Directive : application forcée d’un plan de restructuration aux créanciers dissidents ou d’une ou plusieurs classes de créanciers concernées.



déroulement des négociations⁷. Cette suspension concerne aussi les créanciers bénéficiant de sûretés réelles ou de privilèges⁸. Toutefois, un créancier individuel ou une classe de créanciers pourrait s'y opposer dès lors que la mise en place de la suspension lui cause un préjudice excessif.

Dans la mesure où il s'agit d'une restriction importante aux droits des créanciers, l'article 6, §4, de la Directive limite la durée de la mesure à quatre mois. La Directive prévoit également la possibilité pour une autorité judiciaire ou administrative de lever la suspension des poursuites dans trois cas de figure⁹.

L'article 7 de la Directive complète ce dispositif, en prévoyant¹⁰ que la suspension générale des poursuites individuelles fait obstacle à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à la demande d'un ou de plusieurs créanciers.

La Directive entend par ces mesures favoriser la conclusion d'un accord de restructuration tout en évitant d'affecter de manière excessive les droits des créanciers : ainsi, la suspension des poursuites doit préserver la valeur globale du patrimoine et éviter qu'un créancier minoritaire contestataire puisse « monnayer sa valeur de nuisance ».

Le régime français de la suspension des poursuites individuelles est moins complexe et, en pratique, donne pleinement satisfaction. Il apparaît en outre conforme avec les objectifs recherchés par la Directive.

Au cours de la procédure de conciliation, il existe une interdiction pour un créancier de solliciter l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires, conformément à la Directive. En outre, le débiteur mis en demeure ou poursuivi par un créancier peut demander au juge l'octroi d'un délai de grâce d'une durée maximale de 24 mois¹¹.

Par ailleurs, l'ouverture d'une procédure de SFA ou de SA entraîne, de plein droit, une suspension des poursuites individuelles à l'égard des créanciers concernés.

Le groupe de travail considère dans ces conditions que le droit national est compatible avec le texte et l'esprit de la Directive. Il est opposé à une transposition qui imposerait une suspension générale ou partielle des poursuites individuelles dès l'ouverture de la procédure de conciliation, remettant ainsi en cause le principe de confidentialité indispensable pour une mise en œuvre harmonieuse d'une procédure préventive et garant de la préservation de la valeur de l'entreprise.

⁷ Une exception est prévue par l'article 6, §3, de la Directive, en faveur des créances salariales.

⁸ Article 6, §2, de la Directive.

⁹ Articles 8 et 9 in fine de la Directive.

¹⁰ Article 7, §2, de la Directive.

¹¹ Article L. 611-7 du code de commerce.



3- Les plans de restructuration

a) Le contenu des plans de restructuration

L'article 8 de la Directive prévoit les informations minimales à inclure obligatoirement dans les plans de restructuration. Les Etats membres peuvent exiger que d'autres renseignements lui soient fournis obligatoirement pour autant que ceux-ci ne représentent pas une charge disproportionnée pour les débiteurs. Les Etats membres devraient mettre au point des modèles de plan de restructuration en ligne avec des informations pratiques sur la manière dont l'entreprise qui proposera le plan peut utiliser ces modèles.

L'obligation d'évaluation contenue au (b) du 1 de l'article 8 impliquerait une modification du droit français, si cette évaluation devait s'entendre comme impliquant une véritable expertise de la valeur de l'entreprise, alors que le droit français prévoit seulement que le juge est saisi par une requête du débiteur exposant sa situation économique, financière, sociale et patrimoniale, ses besoins de financement et, le cas échéant, les moyens d'y faire face¹² et qu'en cas d'ouverture d'une procédure de SFA ou de SA seuls quelques éléments chiffrés sont fournis par un formulaire rempli par l'entreprise. Cette obligation serait coûteuse et pourrait également être la source d'une perte de temps. Il serait en conséquence opportun d'assouplir la règle, qui n'a de sens qu'en cas de désaccord, en anticipation des recours des créanciers minoritaires.

b) Les classes de créanciers

L'article 9 de la Directive prévoit l'adoption de plans de restructuration par les créanciers ou classes de créanciers concernés. Lorsque la restructuration met en présence des créanciers ayant des intérêts divergents, ceux-ci doivent être traités dans des classes distinctes. Le texte précise qu'il convient toujours d'établir une distinction au moins entre les créanciers garantis et les créanciers non garantis. Il ajoute que les Etats membres peuvent également prévoir de traiter les salariés dans une classe distincte de celles des autres créanciers.

Seuls les créanciers affectés par le plan (« affected creditors ») participent au vote. Sur ce point, l'article 9, § 1, de la Directive correspond au principe édicté par l'article L. 626-30-2, alinéa 5 du code de commerce selon lequel ne prennent pas part au vote les créanciers pour lesquels le projet de plan ne prévoit pas de modification des modalités de paiement ou prévoit un paiement intégral en numéraire dès l'arrêté du plan ou dès l'admission de leurs créances. L'article 9, §2, de la Directive établit quant à lui les règles relatives à la constitution des classes de créanciers. A l'instar du droit

¹² Article 6, §2, de la Directive.



allemand, la Directive fait une distinction entre un premier classement obligatoire des créances et la création facultative de sous-catégories complémentaires de classes de créanciers.

La définition de la « répartition en classes » est donnée par l'article 2 (6) de la Directive : il s'agit de regrouper des créanciers et des détenteurs de capital concernés par un plan de restructuration de façon à refléter les droits ainsi que le rang des créances et des intérêts affectés, compte tenu de possibles droits, privilèges ou accords entre créanciers préexistants.

Dans un second temps, la Directive prévoit la possibilité de créer des sous-catégories à l'intérieur de chaque classe de créanciers, à la condition que chacune de ces sous-catégories comprenne des créances ou des intérêts assortis de droits suffisamment similaires pour que ses membres puissent être considérés comme un groupe homogène caractérisé par une communauté d'intérêts¹³. Ce système de création facultative de nouvelles « sous-classes » s'inspire du modèle allemand (§ 222 alinéa 2 InsO) et du Chapter 11 américain (§ 1222 (a) de l'US Bankruptcy Code – BC).

En France, la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 avait introduit le concept des « comités de créanciers » en optant pour une approche assez simpliste. La sélection entre les différentes catégories de créanciers était opérée en fonction de la qualité du créancier et non pas de celle de leurs créances. Ainsi le code de commerce distingue entre trois catégories de créanciers : les créanciers financiers, les fournisseurs et les obligataires.

La pertinence de ce classement est remise en cause par certains¹⁴. Il ne correspondrait pas aux meilleurs standards internationaux dans un monde de financement des entreprises de plus en plus sophistiqué. L'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 a tenté d'y remédier en introduisant la possibilité pour l'administrateur judiciaire de moduler les droits de vote par la prise en compte de l'existence de garanties et d'accords de subordination¹⁵. Mais on ne retrouve pas ce modèle dans d'autres législations européennes.

Aussi le groupe de travail est favorable à l'instauration d'un mécanisme tel que celui institué par la Directive.

Il observe, à titre liminaire, que le terme de « catégories » pourrait être plus adéquat que le terme de « classes » afin d'éviter l'idée d'un classement.

¹³ *Homogenous group with commonality of interest.*

¹⁴ *V. R. Damman et G. Podeur, D. 2014, Chron. 752.*

¹⁵ *Article L. 626-30-2, al. 4 du code de commerce.*



Par ailleurs, au-delà des procédures de restructuration concernées, les règles de la Directive ne semblent pas pouvoir s'appliquer à toute société, mais plutôt à celles qui nécessitent une restructuration financière, compte tenu des conditions à réunir¹⁶. Plus précisément, les coûts engendrés par de telles procédures ainsi que la complexité d'un fonctionnement par classes de créanciers ne permettent pas de les ouvrir à toute société connaissant des difficultés.

Ainsi la mise en place des classes de créanciers ne devrait être possible que lorsque la négociation doit nécessairement déboucher sur l'ouverture d'une procédure de SFA, et uniquement en cas d'intérêts divergents. Sur ce dernier point, l'exposé des motifs de la Directive est clair, mais pas l'article 9.

Dans ces conditions, le groupe de travail pense qu'il est souhaitable d'établir des seuils clairs à partir desquels la constitution de « classes de créanciers » serait obligatoire. Ils pourraient être ceux existants en droit français pour la consultation en comités de créanciers¹⁷.

Toutefois, des exceptions seraient nécessaires : ainsi, une possibilité de ne pas se soumettre à ces modalités d'élaboration d'un plan de restructuration devrait permettre aux sociétés atteignant les seuils mais ayant des problématiques autres que financières de ne pas créer des classes qui ne répondent pas à leurs difficultés. A l'inverse, le débiteur qui n'atteindrait pas les seuils devrait pouvoir volontairement se soumettre à cette modalité d'élaboration du plan.

S'agissant des règles énoncées par la Directive et relatives à la constitution des classes de créanciers, elles sont suffisamment flexibles pour être appliquées dans tout dossier¹⁸. Ainsi, il résulte de l'exposé des motifs¹⁹ que les parties concernées doivent être traitées dans des classes distinctes qui correspondent aux critères de répartition en classes prévus par la législation.

Ces critères doivent être objectifs et non discriminatoires. Ils devraient permettre une adaptation fine pour chaque cas d'espèce afin que chaque classe « *comprenne des créances ou des intérêts assortis de droit suffisamment similaires pour que ses membres puissent être considérés comme un groupe homogène caractérisé par une communauté d'intérêt* »²⁰.

L'insertion des règles de la Directive ne poserait pas de difficultés concernant la procédure de conciliation, combinée avec l'ouverture d'une SFA ou d'une SA. Il conviendrait de préciser que

¹⁶ R. Dammann et M. Boché-Robinet, *D.* page 1264.

¹⁷ Articles L. 626-29 et R. 626-52 du code de commerce.

¹⁸ En droit français, le traitement des créanciers prévu dans le projet de plan de restructuration doit prendre en compte les accords de subordination existants. La pratique démontre cependant qu'une telle règle n'est pas toujours appliquée stricto sensu, de sorte que les nouveaux critères qui seront issus de la directive doivent être flexibles.

¹⁹ Point 25.

²⁰ Article 9 -2 de la Directive.



la constitution des classes de créanciers doit être préparée pendant la conciliation s'il apparaît vraisemblable qu'une procédure de SFA ou de SA est nécessaire pour approuver un plan à la majorité qualifiée des créanciers. La constitution des classes à proprement parler interviendra au jour de l'ouverture de la procédure de SFA ou de SA et cette répartition en classes sera validée par le juge s'il est appelé à statuer sur le plan de restructuration, conformément aux dispositions de l'article 9- 3 de la Directive.

Cependant certains pensent qu'un recours immédiat devrait être organisé dès la constitution de classes, afin de purger rapidement les contestations qui pourraient s'élever sur ce point. Il pourrait s'agir d'un recours devant le juge commissaire désigné par le jugement d'ouverture de la procédure collective accéléré, qui devrait être exercé dans de brefs délais, car la crainte que l'on peut avoir à l'égard de l'ouverture d'une voie de recours à ce stade de la procédure est bien sûr celle d'un allongement des délais de traitement du dossier.

La majorité maximale requise pour l'adoption d'un plan de restructuration au sein de chaque classe (75% du montant des créances) semble logique²¹ et en phase avec les pratiques existantes au sein des différents pays de l'Union Européenne. Elle est supérieure à la majorité requise au sein des comités de créanciers de droit français (2/3 du montant des créances détenues par les membres ayant exprimé un vote). Une réforme du droit français sur ce point ne sera donc pas nécessaire.

c) Les principes guidant la validation des plans de restructuration

Délai de validation du plan de restructuration

L'article 10- 4 de la Directive prévoit qu'une décision est prise dans les meilleurs délais après le dépôt de la demande de validation, et dans un délai maximal de 30 jours. L'introduction en droit français d'un tel délai de validation par les juridictions du plan de restructuration²² semble pertinente, car le sauvetage de l'entreprise implique la célérité dans le traitement du dossier.

Respect des intérêts des créanciers et créanciers fournisseurs

L'article 10 de la Directive soumet la validation d'un plan de restructuration à la condition qu'il respecte au mieux les intérêts des créanciers, ce critère permettant de garantir qu'aucun créancier

²¹ Paragraphe 4 de l'article 9 de la Directive.

²² Paragraphe 4. de l'article 10 de la Directive.



dissident ne se trouve dans une situation moins favorable du fait du plan de restructuration que celle qu'il connaîtrait dans le cas d'une liquidation²³.

Cette définition est inédite en droit français. Toutefois, en l'état du droit positif, le tribunal doit s'assurer que « *les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés* », ce qui, de manière implicite, semble recouvrir le même principe, sans cependant impliquer de comparer précisément le sort de chaque créancier dans le cadre du plan avec la situation qui serait la sienne en cas de liquidation.

Ce principe, qui guide l'application des règles suivantes, est pertinent et devrait être transposé, sous la réserve, encore une fois, d'une interprétation souple. Mais il impliquera qu'il faille procéder à une simulation et établir la valeur de liquidation de l'entreprise en prenant en considération la valeur la plus favorable dans l'hypothèse d'une vente des actifs isolés ou d'un plan de cession, puis simuler une clé de répartition entre les différents créanciers afin de vérifier qu'un créancier minoritaire dissident n'aurait reçu davantage dans le cadre d'une liquidation judiciaire que ce que lui attribue le plan.

Application forcée interclasse

L'article 11 de la Directive énonce les conditions à remplir pour qu'un plan de restructuration qui n'a pas le soutien de l'ensemble des classes de créanciers soit néanmoins validé par une autorité judiciaire ou administrative. Bien qu'un plan de restructuration devrait toujours être réputé adopté s'il récolte la majorité requise dans chaque classe concernée, un plan de restructuration qui ne recueille pas cette majorité peut quand même être validé par une autorité judiciaire ou administrative, pour autant qu'il soit soutenu par au moins une classe de créanciers concernée et que les classes dissidentes ne soient pas injustement lésées par le plan proposé. Tel est le mécanisme de « *l'application forcée interclasse* ». Par ailleurs le plan doit respecter la « *règle de la priorité absolue* » selon laquelle une classe dissidente de créanciers est intégralement désintéressée avant qu'une classe de rang inférieur ne puisse bénéficier des répartitions ou conserver un intéressement dans le cadre du plan de restructuration²⁴.

A première vue, ces dispositions semblent familières. En réalité, on assiste à un changement de paradigme. A l'instar des droits américain et allemand, la Directive introduit un mécanisme de « *cramdown* » pour vaincre l'opposition de créanciers minoritaires.

L'introduction d'un mécanisme d'application forcée interclasse semble légitime. Cette mesure va dans le même sens que l'exclusion forcée des actionnaires introduite par le législateur français (mesure

²³ Considérant 27 de la Directive.

²⁴ Point 28 de l'exposé des motifs de la Directive.



également proposée par la proposition de directive²⁵) au cours des dernières années, c'est-à-dire vers la recherche de remèdes à un pouvoir de nuisance trop important d'une partie à la procédure d'insolvabilité.

Mais les modalités de vote lors de l'application forcée interclasse devraient être celles choisies par le législateur national.

En effet, la règle proposée par la Directive est inspirée par le système américain. Il est complexe et nécessite une expertise pour déterminer la valorisation de l'entreprise afin de déterminer la classe des créanciers qui doit nécessairement approuver le plan de restructuration. D'autres systèmes, plus simples, existent, tel le système allemand qui impose seulement d'avoir une majorité simple des classes de créanciers pour approuver le plan (deux quand il y a trois classes, trois quand il y en a cinq).

Règle de la « priorité absolue »

La Directive soumet la validation d'un plan de restructuration à la règle de la priorité absolue²⁶ dont le principe est intéressant et répond à une volonté de prévisibilité des plans de restructuration. Cela signifie que l'on ne peut discriminer un créancier qui est dans une classe supérieure par rapport à un créancier d'une classe inférieure. Une fois les classes définies, le tribunal aura simplement pour mission de vérifier que le désintéressement de la classe inférieure se fait après celui de la classe supérieure.

Le groupe de travail ne voit pas de raison de s'opposer à l'application d'un tel principe, susceptible d'éviter des blocages. Il apparaît en effet protecteur des intérêts des créanciers et poursuit un mouvement de balancier du droit français vers une prise en compte plus importante des intérêts de ces derniers.

Il convient toutefois de préciser que cette règle ne s'applique qu'aux créanciers affectés par le plan de restructuration, étant observé que, dans la plupart des cas, les fournisseurs ne sont pas concernés afin de préserver leur rôle déterminant dans le cadre de la poursuite de l'activité de l'entreprise.

Il est à noter par ailleurs qu'une autre mesure de la Directive (article 10.3) vise à empêcher l'adoption de plans jugés irréalisables, ce qui est une bonne initiative.

²⁵ Paragraphe 1 de l'article 12 de la Directive.

²⁶ Article 11.1(c) de la Directive.



d) La détermination de la valeur de liquidation par l'autorité judiciaire ou administrative

L'un des axes d'amélioration de la Directive est la problématique de la valorisation.

Cependant, si la Directive a pour objectif premier de rendre plus efficaces les procédures de restructuration préventive au sein de l'Union Européenne, l'introduction de références à la valeur (valeur de continuation et valeur liquidative) risque d'avoir l'effet inverse, en entraînant un certain nombre de difficultés (méthode de détermination de la valeur, coût et temps attachés à l'exercice de détermination de la valeur), rendant ainsi inutilisables les procédures existantes.

De plus, plusieurs valorisations sont évoquées.

Il apparaît que la « *valeur de liquidation* »²⁷ est applicable en cas de *cramdown* intraclasse (lorsqu'un plan de restructuration adopté par la majorité des créanciers d'une classe est imposé aux créanciers minoritaires au sein de cette classe), tandis que la « *valeur d'une entreprise sur la base de sa valeur comme entreprise en activité* »²⁸ est applicable en cas de *cramdown* interclasse (lorsqu'un plan de restructuration adopté par plusieurs classes de créanciers est imposé aux classes de créanciers récalcitrantes).

L'article 8.1 (b) de la Directive, dont on relève l'imprécision, fait par ailleurs référence à « *une évaluation de la valeur actuelle du débiteur ou de l'entreprise du débiteur* », qui doit être contenue dans le plan de restructuration soumis pour validation à l'autorité judiciaire. Comme cela a été précédemment évoqué, le groupe de travail considère que les éléments chiffrés actuellement communiqués dans le cadre d'une demande d'ouverture d'une procédure de SFA ou de SA (formulaire précisant l'état de l'actif, en ce compris l'actif disponible et l'actif disponible et l'état du passif, en ce compris le passif échu et le passif à échoir) sont suffisants pour permettre à la juridiction de s'assurer de la pérennité de l'entreprise.

En tout état de cause, une clarification des dispositions mêmes de la Directive serait souhaitable.

Le groupe de travail quant à lui s'accorde pour dire que la valorisation faite sur la base d'une valeur de continuation de l'entreprise doit s'imposer en cas de *cramdown* interclasses et la valeur liquidative de l'entreprise, en cas de *cramdown* intraclasse. Pour lui, dans les deux cas, il appartient au créancier minoritaire qui s'estime lésé par un vote majoritaire de fournir, en cas de contestation du plan, la preuve qu'il aurait été mieux traité en cas de liquidation de l'entreprise, retenue pour sa valeur de continuation dans le premier cas et sa valeur liquidative en cas de *cramdown* intraclasse.

²⁷ Article 13. 1 de la Directive.

²⁸ Article 13.2 de la Directive



e) Les recours contre une décision validant un plan de restructuration

L'article 15 énonce des règles minimales en matière de recours qui font office de garde-fous permettant de protéger les intérêts légitimes des parties, tout en veillant à ce que ces garde-fous ne retardent pas la validation ou la mise en œuvre des plans de restructuration.

Ainsi le recours formé contre la décision validant le plan n'a pas d'effet suspensif²⁹. Le droit national prévoit des dispositions similaires (absence d'effet suspensif) pour le recours en annulation contre un jugement arrêtant un plan de sauvegarde³⁰, de sorte que l'on ne peut qu'approuver une disposition qui paraît s'inspirer du système français.

L'article 15, 4, b, prévoit quant à lui la possibilité pour le juge de valider le plan et d'octroyer une compensation financière aux créanciers dissidents, payable par le débiteur ou par les créanciers ayant voté en faveur du plan.

Le groupe de travail est favorable à la transposition d'une telle disposition qui apporte souplesse et pragmatisme au dispositif de restructuration.

4- Les détenteurs de capital et les obligations des dirigeants

a) Le contexte de l'article

L'article 12 prend place dans le chapitre 3 du titre II de la Directive relatif aux plans de restructuration et s'inscrit dans les cadres de restructuration préventive. Ce rappel est nécessaire pour placer l'article 12 en perspective. Il s'attache à empêcher les actionnaires et autres détenteurs de capital intéressés au sort d'un débiteur seulement menacé d'insolvabilité de s'opposer à l'adoption et à la mise en œuvre du plan de restructuration³¹. Une telle approche en droit français n'est introduite qu'avec la plus grande mesure en sauvegarde (C. com, art. L. 626-3) dans une procédure judiciaire préventive et en redressement judiciaire (C. com., art. 631-19-2), c'est-à-dire lorsque le débiteur est d'ores et déjà en cessation des paiements, pour reprendre les termes du droit de l'Union européenne, lorsqu'il est déjà insolvable. Par suite, il faut souligner qu'une telle approche pour être novatrice est compatible avec le droit français au regard des conditions de vote des plans dans le cadre des procédures de sauvegarde et de ses déclinaisons.

²⁹ Article 15. 3 de la Directive.

³⁰ Article L. 661-1 du code de commerce.

³¹ Sur les considérations économiques sous-tendant cette disposition et sur les exigences du droit constitutionnel français à l'aune de la décision rendue par le Conseil constitutionnel lors de l'adoption de la loi du 6 août 2015 (Cons. Const., 5 août 2015, n° 2015-715 DC) introduisant une possible cession forcée des actionnaires, voir R. Dammann et M. Boché-Robinet, Transposition du projet de directive du 22 novembre 2016 sur l'harmonisation des procédures de restructuration préventive en Europe : une chance à saisir pour la France p. 14, à paraître D. 2017.



L'utilité de cette disposition se comprend également lorsque l'article est mis en perspective avec le sort des créanciers : on favorise discrètement le marché secondaire de la dette. Surtout le texte permet de veiller à ce que les créanciers bénéficient d'un plan de restructuration leur assurant un paiement, au moins partiel, mais notamment prévisible, il convient donc de pouvoir obliger les actionnaires et autres détenteurs de capital de se comporter « raisonnablement ». Ainsi assurés contre une position « déraisonnable » des détenteurs de capital, les créanciers seront en mesure d'accepter une conversion de leurs créances en capital. Les enjeux sont clairement posés³².

b) L'analyse du texte

L'analyse du texte lui-même est instructive. La structure de l'article apparaît nettement. Le premier paragraphe est directif : « Les Etats membres prennent les dispositions nécessaires... ». Le second paragraphe est une modalité d'application du premier et il est facultatif : « les Etats membres peuvent prendre des dispositions... ». Ce second paragraphe est révélateur du rapprochement du sort des créanciers et de celui des détenteurs de capital... en permettant à ces derniers de former une ou plusieurs classes distinctes de leur propre initiative leur octroyant un droit de vote sur l'adoption des plans de restructuration accompagné du risque d'un « *cramdown* ».

Le premier paragraphe comporte quelques éléments clefs. Il rappelle que le débiteur est confronté à un risque d'insolvabilité, le plan de restructuration visé s'inscrit nettement dans un cadre préventif des difficultés. Il vise les détenteurs de capital au sens large : les actionnaires, mais aussi les ORA. L'objectif du plan de restructuration est nettement précisé : rétablir la viabilité de l'entreprise concernée. Dans l'ensemble ces exigences peuvent être considérées comme compatibles avec le droit français qui connaît des procédures préventives, préparées en conciliation puis arrêtées dans le cadre d'une SA ou d'une SFA ou dans le cadre de la sauvegarde comportant des dispositions permettant aux détenteurs du capital de se voir contraints par un plan de restructuration. Le groupe de travail s'interroge sur le point de savoir si elles peuvent trouver une correspondance avec les mesures prudentes existantes dans le code de commerce (art. L. 626-3 et L. 631-19-2) en sauvegarde et en redressement judiciaire.

Une difficulté cependant apparaît avec la référence faite à la notion « *déraisonnable* ». D'après le texte, les actionnaires et autres détenteurs de capital ne devraient pas empêcher de *façon déraisonnable* l'adoption et la mise en œuvre du plan de restructuration. Cette notion sera nécessairement une source de contentieux et elle est étrangère au droit français. Il convient également de mettre en évidence le fait que cette exigence de la directive ne met pas seulement en cause le droit français des entreprises en difficulté, mais aussi le droit des sociétés.

³² R. Dammann et M. Boché-Robinet, *Transposition du projet de directive du 22 novembre 2016 sur l'harmonisation des procédures de restructuration préventive en Europe : une chance à saisir pour la France* p.14, à paraître D. 2017.



Le second paragraphe laisse plus de liberté aux Etats membres dans le cadre de la transposition de la prochaine directive tout en leur permettant de prévoir des mesures contraignantes à l'égard des actionnaires et détenteurs de capital. En effet, il est possible de les obliger à former une ou plusieurs classes distinctes de leur propre initiative et de leur accorder un droit de vote sur l'adoption des plans de restructuration. Dans ce cas, le revers de la médaille pour ces classes est d'accepter le mécanisme d'application forcée interclasse de l'article 11 prévu pour les classes de créanciers...

Toutefois, la Directive ne prévoit un « *cramdown* » des actionnaires qu'à la condition d'un consentement du débiteur. Cette condition est la bienvenue pour ne pas ôter de l'attractivité aux procédures préventives. Ainsi, une conversion de créances en capital ou une cession forcée des titres ne peut être imposée par les créanciers qu'avec l'accord des dirigeants du débiteur.

Une compatibilité d'ensemble de l'article 12 de la Directive avec les procédures judiciaires préventives françaises doit être recherchée. Pour autant, les mesures suggérées supposent un déplacement du curseur français vers plus de sévérité et de contraintes imposées aux actionnaires et détenteurs de capital pour qu'ils ne puissent pas entraver l'adoption et la mise en œuvre du plan de restructuration ce qui ne va pas sans impact sur le droit des sociétés et sur le droit des entreprises en difficulté. Il subsiste une difficulté pour envisager la transposition du critère « déraisonnable ». Toute la question est celle de l'opportunité de mesures imposées aux détenteurs de capital, notamment des conversions en capital contre la volonté des actionnaires, dans le cadre des procédures préventives sans fragiliser ces dernières. Si des dirigeants du débiteur décidaient de mettre en œuvre un « *cramdown* » à l'encontre des actionnaires, il pourrait en résulter de fortes tensions entre eux, ce qui nuirait au bon déroulement de la procédure préventive. Dès lors, la majorité du groupe de travail considère qu'il n'est pas opportun d'introduire, à ce stade précoce, la possibilité de créer une classe spécifique pour les actionnaires, hors le cas où les capitaux propres seraient négatifs.

En effet, un actionnaire qui aurait tout perdu et dont les capitaux propres seraient négatifs ne devrait pas pouvoir s'opposer à une dilution forcée, conformément à la règle de la priorité absolue, sous réserve de prévoir des règles de protection adéquates pour s'assurer que les capitaux propres sont bien négatifs. Cette règle de protection, combinée avec l'obligation d'un consentement du débiteur en matière d'application forcée interclasses, semble constituer un équilibre satisfaisant entre les intérêts du débiteur, des actionnaires et des créanciers, en ce compris les salariés.

Il peut être rappelé, par ailleurs, que les détenteurs de capital votent dans le cadre de l'assemblée générale des associés, celle-ci devant nécessairement se prononcer lorsque le projet de plan de restructuration prévoit une modification du capital ou des statuts.

c) Les obligations des dirigeants

Tout d'abord, le contexte de l'article 18 doit être précisé. Il est l'unique article du chapitre 5 du titre II de la Directive. Ce chapitre s'attache aux « Obligations des dirigeants en rapport avec la négociation



d'un plan de restructuration préventive ». Il est nécessairement lié à l'article 12 et à l'impératif qui leur est adressé de participer à l'effort de restructuration de l'entreprise en amont³³. Une interrogation s'est imposée : ce titre sous-entendrait que la directive concernerait prioritairement les débiteurs « personnes morales » alors que les articles 1 et 2 de la Directive ne semblent pas aussi catégoriques. Cependant, ces dispositions peuvent être comprises comme concernant une partie des débiteurs entrant dans le champ d'application de la proposition de la directive. La notion de dirigeant devrait être précisée, s'agit-il du dirigeant de droit, de fait ? Est-ce une notion autonome du droit de l'Union européenne ou une notion définie par renvoi aux droits nationaux ?

Dans sa teneur générale, l'article 18 vise à responsabiliser les dirigeants afin de les encourager (les contraindre implicitement ?) à recourir à la prévention dès lors qu'une « probabilité d'insolvabilité » existe. Une telle approche peut se comprendre pour contrer l'inertie de certains dirigeants privant l'entreprise d'une chance d'adoption de mesures de restructuration en amont des difficultés. Il reste que le texte s'inscrit dans le cadre de la prévention de l'insolvabilité menaçante, or introduire une responsabilité élargie des dirigeants dans ce cadre n'est pas anodin et mériterait qu'elle soit clairement circonscrite. En effet, il n'est pas impossible que cette responsabilité devienne un instrument de pression entre les mains de créanciers soucieux d'obliger les dirigeants à négocier des plans de restructuration alors même que le débiteur n'est pas insolvable, en cessation des paiements, selon le critère du droit français. La philosophie du droit français est que le débiteur est maître de son entreprise et de ses choix en prévention. La transposition de cette responsabilité modifiera cette approche et risque de changer la perception de la prévention en droit français. Ce constat explique un regret quant à la rédaction de l'article qui manque d'éléments objectifs d'appréciation.

L'analyse des dispositions de l'article révèle un manque de précision et de référence à des éléments objectifs d'appréciation de la responsabilité des dirigeants. Il est énoncé que les Etats membres « fixent » les règles pour imposer aux dirigeants des obligations énoncées en quatre points. La transposition s'imposera donc aux Etats membres. Les obligations listées ne font pas référence à des critères objectifs. Première hésitation, dans un contexte de responsabilité, quels sont les critères permettant de circonscrire la notion de « *probabilité d'insolvabilité* » ?

Le a) vise des mesures immédiates pour minimiser les pertes des créanciers, travailleurs, actionnaires et autres parties prenantes... Que faut-il comprendre par minimiser les pertes des créanciers ? Est-ce que « minimiser » signifie simplement la décision de recourir aux procédures préventives ? En cas de recours des créanciers, qui sera susceptible de payer les pertes subies et dans quelles conditions ? La question peut être déclinée pour les salariés, actionnaires et autres parties prenantes, c'est-à-dire des « victimes » du manque de diligence des dirigeants non circonscrites juridiquement... Comment transposer des termes aussi généraux et imprécis ?

³³ En ce sens également, R. Dammann et M. Boché-Robinet, art. préc., p. 15.



Le b) impose aux dirigeants de tenir dûment compte des intérêts des créanciers et des autres parties prenantes... Cette dernière notion reste mystérieuse. Quant à la prise en compte des intérêts des créanciers : quels créanciers ? Quels intérêts ? Ces derniers peuvent être divergents...

Le comble de l'imprécision se trouve dans le point c). Comment comprendre « *les mesures raisonnables pour éviter l'insolvabilité* » ?

Seul le dernier point d) visant un comportement intentionnel ou toute négligence grave menaçant la viabilité de l'entreprise pourrait trouver un écho dans les sanctions prévues par le droit national : responsabilité pour insuffisance d'actif, interdiction de gérer... Si leur extension aux procédures préventives peut paraître sévère, elle permettrait toutefois de répondre aux objectifs fixés par la Directive.

Une transposition en droit français entraînerait un net durcissement du droit français. Elle impliquerait que pour les dirigeants ne pas prendre les mesures préventives constituerait une faute susceptible d'engager leur responsabilité ultérieurement dans le cadre d'une procédure collective (redressement judiciaire ou liquidation judiciaire). Bref, on introduit une responsabilité pour ne pas avoir recouru à la prévention.

Cependant le législateur national a déjà fait un lien entre la cessation des paiements, le fait d'omettre sciemment de déclarer cet état dans le délai de 45 jours et l'absence de demande d'ouverture d'une procédure de conciliation³⁴.

Le groupe de travail estime dans ces conditions que, si le principe est louable pour introduire un moyen de contrer l'inertie, la mauvaise volonté, l'inconscience de certains dirigeants, la rédaction trop imprécise de l'article n'emporte pas l'adhésion. Le manque de critères objectifs et prévisibles laisse prévoir un contentieux important générant une jurisprudence dont la cohérence sera difficile à établir en raison de nombreuses demandes imprévisibles et extrêmement variées. Le système national qui sanctionne les fautes de gestion des dirigeants n'est-il pas suffisamment incitatif pour que ceux-ci agissent conformément aux obligations définies aux alinéas (a), (b), (c) et (d) de l'article 18 ?

5- La protection des financements nouveaux et transitoires

Les articles 16 et 17 de la Directive prévoient une protection minimale des nouveaux financements nécessaires à la mise en œuvre d'un plan de restructuration, des financements provisoires servant à garantir la continuité des activités d'une entreprise au cours des négociations portant sur sa restructuration et d'autres transactions étroitement liées à un plan de restructuration. Ils disposent que ces financements et transactions ne sont pas déclarés nuls, annulables ou inapplicables en tant qu'actes préjudiciables aux créanciers dans le cadre de procédures d'insolvabilité ultérieures, sauf si ces transactions ont été réalisées de manière frauduleuse ou de mauvaise foi.

³⁴ Article L. 653-8, alinéa 3, du code de commerce.



L'article 16 vise ainsi à encourager les financements nouveaux en s'inspirant très largement du dispositif français de « new money » dans le cadre d'une conciliation homologuée. Mais le droit français devrait être modifié pour que les financements « provisoires » soient à l'abri d'une qualification de « *financement suspect* » dès lors (i) que leurs montants sont raisonnables, (ii) qu'ils sont autorisés par le juge, et (iii) qu'ils ne bénéficient pas du privilège réservé aux financements dans le cadre d'un plan homologué.

Le groupe de travail n'est pas favorable à cette extension du privilège de la conciliation aux financements provisoires qui pourrait être source de discrimination entre les créanciers dans le cadre d'une procédure collective ultérieurement ouverte.

Par ailleurs le groupe de travail comprend difficilement la référence à une responsabilité pénale des créanciers qui apportent des financements nouveaux ou provisoires, telle qu'elle figure au 3 de l'article 16 de la Directive.

Enfin, l'article 17 de la Directive étend cette protection dite de « safe harbour » en faveur de toute une série de transactions réalisées pour favoriser la négociation d'un plan de restructuration, validé par une autorité judiciaire ou administrative. Sur ce point, le groupe de travail considère que la conciliation homologuée semble assurer une protection équivalente, mais est d'avis qu'une réflexion pourrait être engagée sur le point de savoir s'il ne faut pas subordonner spécifiquement la protection de certaines transactions visées à l'article 17 § 2 à une autorisation préalable du conciliateur.



Partie 2 – Une seconde chance pour les entrepreneurs, et autres dispositions

Titre III et IV

Le titre III de la Proposition de Directive met en place des dispositions minimales en matière de remise de dettes pour les entrepreneurs surendettés qui constituent les conditions de base à l'octroi d'une seconde chance. Ainsi les articles 19 à 23 énoncent des règles destinées à réduire les effets négatifs du surendettement et de la faillite des entrepreneurs, en particulier en permettant une remise de dettes intégrale après un certain délai et en limitant la longueur des injonctions de déchéance émises concernant le surendettement du débiteur, sauf lorsque ce dernier est malhonnête ou a agi de mauvaise foi. Des règles sont également édictées afin de réduire la durée excessive des procédures d'insolvabilité³⁵, qui entraîne une insécurité juridique pour les créanciers et les investisseurs et des taux de recouvrement bas.

Le titre IV édicte, quant à lui, des mesures visant à accroître l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et de seconde chance, qui doivent en conséquence s'appliquer aux procédures préventives, à celles relatives à la réhabilitation, mais aussi aux procédures d'insolvabilité, c'est-à-dire au redressement et à la liquidation judiciaires.

1- Les règles relatives à la seconde chance

a) Son champ d'application

Selon la Directive, « l'entrepreneur surendetté » s'entend d'une personne physique exerçant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, qui est dans l'incapacité plus que temporaire de payer ses dettes lorsqu'elles deviennent exigibles³⁶.

Cette définition de l'entrepreneur est identique à celle du droit français. Elle ne recouvre donc pas le mandataire social. Il serait peut-être utile que le texte même le précise, de même qu'il devrait indiquer que sont seuls concernés les entrepreneurs exerçant à titre individuel.

Par ailleurs, le texte européen invite les Etats membres à étendre l'application des principes en matière de réhabilitation aux personnes physiques qui ne sont pas des entrepreneurs, c'est-à-dire aux consommateurs³⁷.

³⁵ Points 37, 38 et 39 de l'exposé des motifs de la Directive.

³⁶ Article 2 (13) de la Directive.

³⁷ Contexte de la Directive, page 16.



Toutefois notre droit national prévoit des règles spécifiques très adaptées pour les consommateurs³⁸, applicables à une situation de surendettement résultant uniquement de dettes non professionnelles, qui fixent notamment les règles de procédures de rétablissement personnel avec ou sans liquidation judiciaire. Les dossiers font l'objet d'un examen et de propositions par des commissions spécialisées appelées « commissions de surendettement des particuliers » puis relèvent de la compétence du juge du tribunal d'instance. Des coordinations sont établies entre les juridictions compétentes lorsque le débiteur a procédé à une déclaration de constitution de patrimoine affecté, dédié à son activité professionnelle. Dans ces conditions, le groupe de travail considère qu'il n'est pas utile de modifier sur ce point le droit existant pour soumettre les consommateurs au régime institué pour les entrepreneurs individuels.

b) Les règles relatives à la seconde chance

L'article 19 énonce le principe selon lequel un entrepreneur surendetté doit pouvoir être libéré de ses dettes, après un remboursement partiel ou même sans remboursement. Les délais dits de « réhabilitation » sont explicités par l'article 20.

Notre droit national, que certains jugent très sophistiqué, institue des mécanismes particulièrement adaptés à l'entrepreneur, personne physique, exerçant à titre individuel.

Tel est le cas de la procédure de liquidation simplifiée, introduite par la loi du 26 juillet 2005, qui a pour objet de permettre une réalisation rapide des opérations de liquidation qui doivent être terminées au plus tard un an après l'ouverture de la procédure, qu'elle soit obligatoire³⁹ ou facultative⁴⁰. Elle implique toutefois l'absence de biens immobiliers et le respect de seuils relatifs au chiffre d'affaires et au nombre de salariés.

Tel est également le cas de la procédure de rétablissement personnel introduite dans notre droit par l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014⁴¹ dont le but est de parvenir à l'effacement des dettes du débiteur, personne physique, qui n'a que très peu d'actifs, afin de lui permettre de se réinstaller.

Mais ces mécanismes, compte tenu des seuils exigés, ne peuvent être mis en œuvre dans tous les cas.

³⁸ Articles L. 711-1 à L. 762-2 du code de la consommation.

³⁹ Article L. 641-2 du code de commerce.

⁴⁰ Article L. 641-2-1 du code de commerce.

⁴¹ Article L. 645-1 du code de commerce.



Or, l'article 20 de la Directive prévoit que les entrepreneurs doivent bénéficier d'une remise complète de leurs dettes au terme d'un délai maximal de trois ans, sans qu'ils doivent s'adresser à nouveau à une autorité judiciaire ou administrative. La date d'ouverture de ce délai de trois ans variera selon que l'entrepreneur effectue des paiements en faveur de créanciers dans le cadre d'un plan de remboursement ou que la procédure consiste uniquement en une réalisation des actifs. Les restrictions à l'application d'un délai de réhabilitation de courte durée sont prévues à l'article 22.

Le droit français ne fixe pas à l'heure actuelle de délai impératif. S'il ne peut que souscrire à l'objectif d'une réduction des délais dans le cadre d'une réalisation des actifs, le groupe de travail est plus réservé sur une durée limitée, sans exception, à trois ans dans le cadre d'un plan de remboursement. Il estime en effet qu'une telle exigence pourrait se révéler contreproductive, parce que les remboursements possibles ne seraient que très faibles et qu'il y aurait alors un risque que le juge privilégie la liquidation pure et simple.

L'article 22 de la Directive accorde aux Etats membres un large pouvoir d'appréciation pour fixer les restrictions aux dispositions relatives à l'accès à la réhabilitation et aux délais de réhabilitation, pour autant que ces restrictions soient clairement spécifiées et nécessaires à la protection d'un intérêt général.

Ces dispositions n'appellent pas d'observations particulières, le droit français fixant avec précision les règles relatives à la responsabilité de l'entrepreneur. Cependant le (b) du 1 de ce texte semble affirmer que, si le débiteur refuse tout plan, aucune réhabilitation ne sera possible. Une modification du droit français sera donc nécessaire sur ce point.

Enfin, selon l'Article 23 de la Directive, les dettes personnelles de nature professionnelle et non professionnelle sont souvent étroitement liées, et les États membres devraient s'efforcer de regrouper, le cas échéant, les procédures distinctes en cours afin que les entrepreneurs puissent réellement obtenir une seconde chance.

Comme il a été indiqué précédemment, le traitement des dettes professionnelles et celui des dettes non professionnelles est séparé et relève de juridictions différentes. Mais les procédures sont coordonnées, le débiteur devant indiquer à la commission de surendettement si une procédure instituée par les titres II à IV du livre VI du code de commerce est ouverte à son bénéfice et auprès de quelle juridiction⁴².

⁴² Article L. 7-11-8 du code de la consommation.



2- Les mesures visant à accroître l'efficacité des procédures

a) Les juges

L'article 24 impose aux Etats membres de veiller à ce que les membres des autorités judiciaires et autres autorités compétentes acquièrent une formation et une spécialisation adéquates dans les questions de restructuration, d'insolvabilité et de seconde chance.

Le titre VII de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIème siècle dite « Justice 21 » a pour ambition de rénover et adopter la justice commerciale aux enjeux économique et de l'emploi. Elle renforce les garanties d'indépendance des juges des tribunaux de commerce en mettant en place un certain nombre d'incompatibilités de l'exercice d'un mandat de juge d'un tribunal de commerce avec d'autres mandats⁴³. Elle insère également dans la partie relative au statut de ces juges, des règles consacrées à l'obligation de formation et à la déontologie.

Ainsi le juge du tribunal de commerce est désormais tenu de suivre une formation initiale ainsi qu'une formation continue. S'il ne satisfait pas à cette obligation, il est réputé démissionnaire⁴⁴.

Enfin la loi crée un dispositif en matière de déontologie et de prévention des conflits d'intérêts des juges des tribunaux de commerce qui n'existait pas auparavant. En effet, si une procédure disciplinaire existait déjà, elle était très peu utilisée en pratique. La nouvelle loi réforme donc la procédure disciplinaire, en attribuant notamment au premier président de cours d'appel le pouvoir de délivrer un avertissement en dehors de toute action disciplinaire.

b) Les praticiens

L'article 25 impose aux Etats membres d'encourager la formation initiale et continue des praticiens chargés de questions de restructuration, d'insolvabilité et de seconde chance et la mise en place de codes de bonne conduite les concernant. En outre, l'article 26 fixe des normes minimales concernant leur désignation, leur supervision et leur rémunération.

En France, les administrateurs et mandataires judiciaires exercent une profession libérale strictement réglementée. Les conditions d'accès sont exigeantes en termes de diplômes, de formation et de stages. Leur rémunération fait l'objet d'un tarif fixé par décret qui doit prendre en compte les coûts pertinents du service rendu et une rémunération raisonnable, définie sur la base de critères objectifs⁴⁵. Ils sont

⁴³ Article L. 722-6-1 du code de commerce.

⁴⁴ Article L. 722-17 du code de commerce.

⁴⁵ Article L. 444-2 du code de commerce, créé par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015, dite loi Macron.



désignés, pour chaque affaire, par le tribunal de commerce. Enfin, ils sont soumis à des contrôles réguliers, qui peuvent porter sur l'ensemble de leur activité, la représentation des fonds, le calcul et l'encaissement des honoraires, et tout manquement peut faire l'objet de sanctions prononcées par une commission de discipline.

Il semble ainsi que les dispositions précitées de la Directive, relatives aux autorités judiciaires ou administratives ainsi qu'aux praticiens, s'inspirent directement du droit national. Le groupe de travail s'en félicite et rappelle à cet égard que les exigences de formation, de spécialisation et de célérité sont essentielles pour le sauvetage des entreprises et que ce sauvetage est possible en raison notamment d'une intervention précoce du juge et du praticien. Il croit en conséquence qu'il faut développer la formation, puis les dispositifs d'information et d'alerte, encore insuffisants s'agissant des entrepreneurs, personnes physiques. Des initiatives novatrices existent, telle la création de l'assurance Santé Entreprise qui couvre la responsabilité sociétale du dirigeant en matière d'anticipation et de gestion des risques.



CONCLUSION

La France bénéficie déjà de règles relatives au traitement des difficultés des entreprises très élaborées. Parmi elles, figurent des mécanismes dits préventifs, qui permettent d'intervenir en amont d'une situation de cessation des paiements.

Les dispositions de la Directive doivent s'insérer dans ces mécanismes sans entraîner une modification complète de notre législation.

Les modifications requises porteraient essentiellement sur deux points :

- la création de «classes de créanciers», qui correspondrait à un souhait exprimé par la majorité des praticiens. Cette modification ne devrait toutefois impacter qu'un nombre très limité de procédures, celles qui nécessitent la restructuration d'une dette complexe, et ne devrait en conséquence pas entraîner de changement ou d'alourdissement des procédures de droit commun de mandat *ad hoc* ou de conciliation. La question se pose cependant de savoir si les règles relatives aux plans de sauvetage ou de redressement devront être modifiées ; et

- le traitement des associés. Il s'agit du point le plus délicat et sur lequel le groupe de travail est resté divisé. En tout état de cause, sur ce point, les modifications envisagées devraient tenir compte des exigences du droit constitutionnel français exprimées par le Conseil constitutionnel lors de l'adoption de la loi du 6 août 2015⁴⁶. Il convient enfin de rappeler que le mécanisme adopté aurait, de toute façon, le mérite de pouvoir être utilisé comme un levier de négociation envers des actionnaires récalcitrants.

⁴⁶ Voir note 31.



ANNEXE 1

Composition du groupe de travail



COMPOSITION DU GROUPE DE TRAVAIL

- **Claire Favre**, présidente honoraire de la Chambre commerciale, économique et financière de la Cour de cassation ; vice-présidente de l'Autorité de la concurrence, présidente du groupe de travail ;
- **Reinhard Dammann**, avocat associé du cabinet Clifford Chance dans la pratique Restructurations ;
- **Lionel Spizzichino**, avocat associé du cabinet Willdie Farr & Gallagher dans la pratique Restructurations ;
- **Dominique Borde**, avocat associé du cabinet Paul Hasting ;
- **Gérard Gardella**, secrétaire général du Haut Comité Juridique de la place Financière de Paris, ancien magistrat et ancien directeur des affaires juridiques du groupe Société Générale ;
- **Jean-François Biard**, ancien banquier d'affaires et consultant ;
- **Caroline Henry**, avocat général à la Cour de cassation en service extraordinaire ;
- **Thierry Montéran**, avocat associé du cabinet UGGC, membre du Conseil de l'Ordre ;
- **Fabienne Beuzit**, avocat associée du cabinet Weil, Gotshal & Manges ;
- **Perrine Macorigh**, avocat collaboratrice du cabinet Cleary Gottlieb Steen & Hamilton.

Avec la participation :

- de représentants de la Direction générale du Trésor ;
- et de représentants de la Chancellerie.