



**Proposition de directive du
Parlement européen et du
Conseil 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
Analyse et propositions**



Étude de l'OCED
présentée au Bureau du 13 juillet 2017

**Proposition de directive du
Parlement européen et du
Conseil 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
Analyse et propositions**

**Étude de l'OCED
présentée au Bureau du 13 juillet 2017**

Les développements qui suivent sont le fruit d'échanges menés au sein du groupe d'experts de l'**Observatoire Consulaire des Entreprises en Difficultés** (OCED), centre d'observation et de recherches de la Chambre de commerce et d'industrie de région Paris Ile-de-France ; composé de :

- ✓ **Yves LELIÈVRE**, Président honoraire du Tribunal de commerce de Nanterre, Président sortant de la Conférence générale de juges consulaires de France ;
- ✓ **Guilhem BREMOND**, Avocat, Président honoraire de l'Association pour le retournement des entreprises (ARE),
- ✓ **Henri CHRQUI**, Expert en diagnostic d'entreprises ;
- ✓ **Stéphane COHEN**, Expert-comptable, Président sortant de l'Ordre des experts-comptables Paris Ile-de-France ;
- ✓ **Reinhard DAMMANN**, Avocat, spécialiste des droits anglo-saxons, français et allemand ;
- ✓ **Alain LIENHARD**, Rédacteur en chef du Recueil Dalloz ;
- ✓ **Thierry MÉTEYÉ**, Directeur de la Délégation nationale AGS ;
- ✓ **Jean-Luc VALLENS**, Magistrat ;
- ✓ **Béatrice VEYSSIÈRE**, Responsable juridique de la Délégation nationale AGS ;

et, pour la Chambre de commerce et d'industrie de région Paris Ile-de-France, **Anne OUTIN-ADAM**, Directeur des politiques juridiques et économiques, Déléguée de l'OCED ; **Claudine ALEXANDRE-CASELLI**, Responsable de l'OCED et **Maxime DUFOUR**, chargé d'études en droit des affaires.

On précisera que le présent document peut, sur certains points, différer des préconisations de ces experts.

Sommaire

INTRODUCTION	ERREUR ! SIGNET NON DÉFINI.
CHAPITRE 1	9
SUR L'ÉCONOMIE GÉNÉRALE DE LA PROPOSITION DE DIRECTIVE	
GENÈSE ET FONDEMENT JURIDIQUE	9
▪ Genèse	9
▪ Fondement juridique	10
APPRÉCIATION SUR L'ÉCONOMIE GÉNÉRALE DE LA PROPOSITION DE DIRECTIVE	11
▪ Sur le premier axe	11
▪ Sur le deuxième axe	11
▪ Sur le troisième axe	11
CHAPITRE 2	12
ANALYSE DE LA PROPOSITION DE DIRECTIVE ARTICLE PAR ARTICLE	
ARTICLE 1 - OBJET ET CHAMP D'APPLICATION	12
ANALYSE ET OBSERVATIONS	12
▪ Sur les « procédures de restructuration préventive accessibles aux débiteurs en difficulté financière lorsqu'il existe une probabilité d'insolvabilité » (§ 1 (a))	12
▪ Sur la possibilité de la seconde chance pour l'entrepreneur surendetté (§ 1 (b))	13
▪ Sur l'application des procédures de seconde chance aux consommateurs (§ 3).	13
ARTICLE 2 - DÉFINITIONS	14
ANALYSE ET PROPOSITIONS	14
ARTICLE 3 : ALERTE RAPIDE	15
ANALYSE ET OBSERVATIONS	15
▪ Sur l'alerte rapide (§1 et 2)	15
ARTICLE 4 : DISPONIBILITÉ DES CADRES DE RESTRUCTURATION PRÉVENTIVE	16
ANALYSE ET OBSERVATIONS	16
▪ Sur l'accès à un cadre de restructuration préventive (§ 1)	16
▪ Sur la demande d'ouverture d'une procédure de restructuration préventive (§ 4)	16
ARTICLE 5 : DÉBITEUR NON DESSAISI	18
ANALYSE ET OBSERVATIONS	18
▪ Sur le principe du non-dessaisissement du débiteur (§ 1)	18
▪ Sur la désignation d'un praticien de la restructuration (§ 2 et 3)	18

ARTICLE 6 : SUSPENSION DES POURSUITES INDIVIDUELLES	19
ANALYSE ET OBSERVATIONS	19
▪ Sur le bénéfice de la suspension des poursuites individuelles (§ 1)	19
▪ Sur le champ d'application de la suspension des poursuites individuelles (§ 2)	19
▪ Sur l'exclusion des créances salariales (§ 3)	19
▪ Sur la durée et l'initiateur de la suspension des poursuites individuelles et de ses éventuelles prolongations (§ 4 à 7)	20
▪ Sur la levée de la suspension des poursuites individuelles (§ 8)	20
▪ Sur le refus de l'autorité judiciaire d'accorder la suspension des poursuites individuelle ou sur la levée de celle-ci par l'autorité judiciaire (§ 9)	20
ARTICLE 7 : CONSÉQUENCES DE LA SUSPENSION DES POURSUITES INDIVIDUELLES	21
ANALYSE ET OBSERVATIONS	21
▪ Sur la levée de l'obligation pour le débiteur de solliciter l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité lorsque celle-ci naît au cours de la période de répit (§ 1 et § 3) ;	21
▪ Sur la possibilité offerte au débiteur de payer certains créanciers. (§ 6) ;	21
▪ Sur l'impossibilité de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité par un ou plusieurs créanciers en période de suspension générale des poursuites individuelles (§ 2) ;	21
▪ Sur la continuité de l'exécution des contrats (§ 4 et 5)	21
▪ Sur l'échec de la procédure de restructuration préventive (§ 7)	21
ARTICLE 8 : CONTENU DES PLANS DE RESTRUCTURATION	22
ANALYSE ET OBSERVATIONS	22
▪ Sur le contenu proprement dit du plan de restructuration. (§ 1)	22
▪ Sur la mise en ligne d'un modèle de plan de restructuration par les États membres (§ 2)	22
ARTICLE 9 : ADOPTION DES PLANS DE RESTRUCTURATION	23
ANALYSE ET OBSERVATIONS	23
▪ Sur le droit de vote des créanciers (§ 1 et 2)	23
▪ Sur l'examen par les autorités judiciaires ou administratives de la répartition en classes (§ 3)	24
▪ Sur la majorité requise pour l'adoption du plan de restructuration (§ 4)	24
▪ Sur l'absence de majorité pour l'adoption du plan qui peut alors être imposé aux créanciers récalcitrants (§ 6)	24
ARTICLE 10 : VALIDATION DES PLANS DE RESTRUCTURATION	25
ANALYSE ET OBSERVATIONS	25
▪ Sur la validation des plans par une autorité judiciaire (§ 1)	25
▪ Sur les conditions auxquelles un plan de restructuration doit être validé par une autorité judiciaire ou administrative pour devenir contraignant à l'ensemble des parties concernées (§ 2)	25
▪ Sur le délai de 30 jours entre le dépôt de la demande et la validation par le tribunal (§ 4)	26
ARTICLE 11 : APPLICATION FORCÉE INTERCLASSE	27
ANALYSE ET OBSERVATIONS	27
▪ Sur les modalités de validation d'un plan n'ayant pas été approuvé par toutes les classes (§ 1 et 2)	27

ARTICLE 12 : DÉTENTEURS DE CAPITAL	28
ANALYSE ET OBSERVATIONS	28
▪ Sur l'impossibilité pour les détenteurs de capital d'empêcher l'adoption d'un plan de restructuration d'une entreprise viable, pour autant que leurs intérêts légitimes sont protégés (§ 1 et 2)	28
ARTICLE 13 : DÉTERMINATION DE LA VALEUR DE LIQUIDATION PAR L'AUTORITÉ JUDICIAIRE OU ADMINISTRATIVE	30
ANALYSE ET OBSERVATIONS	30
▪ Sur la détermination de la valeur de l'entreprise	30
ARTICLE 14 : EFFETS DES PLANS DE RESTRUCTURATION	31
ANALYSE ET OBSERVATIONS	31
▪ Sur les effets des plans de restructuration sur les parties concernées (§ 1) et non concernées (§ 2)	31
ARTICLE 15 : RECOURS	32
ANALYSE ET OBSERVATIONS	32
▪ Sur les recours possibles (§ 1 à 3)	32
▪ Sur les conséquences des recours (§ 4)	32
ARTICLE 16 : PROTECTION ACCORDÉE AUX FINANCEMENTS NOUVEAUX ET AUX FINANCEMENTS PROVISOIRES	34
ANALYSE ET OBSERVATIONS	35
ARTICLE 17 : PROTECTION ACCORDÉE À D'AUTRES TRANSACTIONS LIÉES À UNE RESTRUCTURATION	35
ANALYSE ET OBSERVATIONS	35
ARTICLE 18 : OBLIGATIONS DES DIRIGEANTS	36
ANALYSE ET OBSERVATIONS	36
ARTICLE 19 : POSSIBILITÉ DE RÉHABILITATION	38
ANALYSE ET OBSERVATIONS	38
ARTICLE 20 : DÉLAI DE RÉHABILITATION	39
ANALYSE ET OBSERVATIONS	39
ARTICLE 21 : DÉLAI DE DÉCHÉANCE	40
ANALYSE ET OBSERVATIONS	40
ARTICLE 22 : RESTRICTIONS	41
ANALYSE ET OBSERVATIONS	41
ARTICLE 23 : CONSOLIDATION DES PROCÉDURES CONCERNANT LES DETTES PROFESSIONNELLES ET LES DETTES PERSONNELLES	42
ANALYSE ET OBSERVATIONS	42
▪ Sur la coexistence de dettes professionnelles et de dettes non professionnelles	42

ARTICLE 24 : AUTORITÉS JUDICIAIRE ET ADMINISTRATIVE	43
ANALYSE ET OBSERVATIONS	43
ARTICLE 25 : PRATICIENS DANS LE DOMAINE DE LA RESTRUCTURATION, DE L'INSOLVABILITÉ ET DE LA SECONDE CHANCE	44
ANALYSE ET OBSERVATIONS	44
▪ Sur la formation et la spécialisation des juges et des praticiens de l'insolvabilité	44
ARTICLE 26 : DÉSIGNATION DES PRATICIENS DANS LE DOMAINE DE LA RESTRUCTURATION, DE L'INSOLVABILITÉ ET DE LA SECONDE CHANCE	45
ANALYSE ET OBSERVATIONS	45
▪ Sur la désignation, la surveillance et la rémunération des praticiens	45
ARTICLE 27 : SURVEILLANCE ET RÉMUNÉRATION DES PRATICIENS DANS LE DOMAINE DE LA RESTRUCTURATION, DE L'INSOLVABILITÉ ET DE LA SECONDE CHANCE	46
ANALYSE ET OBSERVATIONS	46
ARTICLE 28 : UTILISATION DE MOYENS DE COMMUNICATION ÉLECTRONIQUES	47
ANALYSE ET OBSERVATIONS	47
▪ Sur la communication numérique	47

En matière d'entreprises en difficultés, trois messages préalables doivent être formulés.

1. Le premier tient tout naturellement au questionnement plus large et essentiel sur la nécessité d'une harmonisation du droit des entreprises en difficulté qui s'imposerait à l'ensemble des entreprises européennes quels que soient leur taille et leur périmètre d'activité en Europe. En effet, on peut considérer qu'il existe deux grandes branches du droit de l'insolvabilité : l'une concerne les entreprises purement nationales / locales (la très grande majorité des TPE) pour lesquelles cette harmonisation n'est pas souhaitable ; l'autre a trait aux entreprises transfrontières qui interviennent sur plusieurs territoires européens et pour qui une harmonisation trouve pleinement matière. Mais l'enjeu se situe principalement au niveau des règles de financement des entreprises. En effet, les sociétés concernées, moyennes à grandes, intégrées ou non dans des groupes, font généralement appel à des financements structurés, et il faut pouvoir, en cas de défaillance, apporter un traitement similaire sur l'ensemble de l'UE, évitant ainsi le forum shopping ou encore que les négociations et le traitement de la défaillance se fassent exclusivement sur des territoires où existent des marchés de la dette, comme en Grande-Bretagne.
2. S'agissant du second message, on insistera sur le fait que la présente proposition de directive « sur les cadres de restructuration préventifs » n'aura pas les mêmes conséquences dans tous les États membres. C'est pourquoi, il apparaît indispensable de laisser une plus grande place à l'optionnel pour la transposition. Si tel n'était pas le cas, le risque serait grand qu'en modélisant les systèmes, on mette à mal des dispositifs nationaux préventifs qui ont fait leur preuve, comme la conciliation notamment en droit français.
3. Le troisième message rejoint la nécessité de remettre l'efficacité économique au centre du droit des faillites.

La Commission européenne a publié, le 22 novembre 2016, une proposition de directive sur les procédures préventives de restructuration, la seconde chance et les mesures accroissant l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et de décharge de dettes¹. Via un système de procédures plus « efficaces », cette proposition, qui modifie une directive CE 2012/30 relative au droit des sociétés², s'inscrit dans le prolongement de la Recommandation de la Commission européenne du 12 mars 2014³ relative à une nouvelle approche en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises en prescrivant aux États membres de modifier leur loi sur l'insolvabilité. Il s'agit de dépasser le règlement européen du 20 mai 2015⁴ portant sur les procédures d'insolvabilité. Par cette démarche, l'Union européenne entend soutenir la croissance et protéger les emplois en développant une « culture commune de sauvetage ».

La Commission souligne qu'un degré plus élevé d'harmonisation, de transparence et de prévisibilité du droit de l'insolvabilité est indispensable au bon fonctionnement du marché unique et à l'instauration d'une véritable union des marchés des capitaux. Néanmoins, en raison de la grande diversité des systèmes juridiques des États membres, la Commission a écarté l'idée d'une harmonisation totale qui nécessiterait des changements trop profonds du droit commercial, du droit civil et du droit des sociétés. Dès lors, la présente proposition s'attache plutôt à atteindre un niveau minimal d'harmonisation autour de trois axes :

- Élaborer un cadre plus souple et plus efficace à la restructuration précoce d'entreprises viables qui connaissent des difficultés financières ;
- Donner la possibilité pour les entrepreneurs honnêtes d'avoir une seconde chance ;
- Mettre en place des mesures rendant les procédures d'insolvabilité et de restructuration plus efficaces, notamment en en réduisant la durée et le coût.

Dans ce prolongement et pour mettre à profit toute cette expertise confrontée à l'expérience de terrain, la CCI Paris Ile-de-France entend réagir aux points essentiels de la proposition de directive européenne.

Dès lors, il conviendra, dans un premier temps, de s'arrêter sur l'économie générale de la proposition (I) pour étudier sa genèse et son fondement juridique ainsi que sa portée. Dans un second temps, une analyse de la proposition de directive, article par article, sera menée au regard du droit français (II).

CHAPITRE 1

SUR L'ÉCONOMIE GÉNÉRALE DE LA PROPOSITION DE DIRECTIVE

GENÈSE ET FONDEMENT JURIDIQUE

Genèse

La proposition de directive s'inscrit dans le mouvement d'harmonisation des règles du droit des entreprises en difficulté à l'échelle européenne initiée en 2011. Le Parlement européen avait adopté une résolution⁵ concernant les procédures

d'insolvabilité qui contenait des recommandations d'harmonisation d'aspects spécifiques du droit matériel de l'insolvabilité, dont les restructurations, et du droit des sociétés. La même année, le Conseil avait invité les États membres à limiter à un maximum de trois ans, au plus tard en 2013, le délai de réhabilitation et le règlement des dettes pour un entrepreneur honnête ayant fait « faillite »⁶.

Tout en reconnaissant la grande divergence entre les cadres juridiques en matière d'insolvabilité des États membres, la Commission européenne a publié en décembre 2012 une communication⁷ qui mettait en exergue le besoin d'une approche par étapes⁸.

La première étape a consisté à modifier le règlement (CE) n° 1346/2000⁹, ce qui a conduit à l'adoption du règlement (UE)

¹ Proposition de directive, 22 novembre 2016, COM (2016) 723 final : <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/FR/COM-2016-723-F1-FR-MAIN-PART-1.PDF>

² Directive 2012/30/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 : JO L 315 du 14.11.2012, p. 74. La proposition de directive modifie cette directive relative aux sociétés commerciales. En effet, les articles 19, 29, 34, 35, 40, 41 et 42 de cette directive prévoient la nécessité de convoquer une assemblée générale des actionnaires. En cas d'augmentation du capital souscrit par apports en numéraire, l'article 33 prévoit l'existence, au profit des actionnaires, d'un droit préférentiel de souscription des nouvelles actions. Or, ces exigences concernant à la fois une assemblée générale des actionnaires et les droits préférentiels de souscription pourraient mettre en péril l'efficacité de l'adoption et de la mise en œuvre du plan de restructuration. Dès lors, la proposition impose aux États membres de déroger à ces dispositions du droit des sociétés dans la mesure et pour la période nécessaires pour garantir que les actionnaires ne font pas obstacle aux efforts de restructuration en exerçant de façon abusive les droits que leur confère cette directive.

³ Recommandation de la Commission du 12 mars 2014, n° 2014/135/UE : http://ec.europa.eu/justice/civil/files/c_2014_1500_fr.pdf

⁴ Règlement UE n° 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/fr/TXT/?uri=CELEX%3A32015R0848>

⁵ Rapport contenant des recommandations à la Commission sur les procédures d'insolvabilité dans le cadre du droit européen des sociétés, 2001/2006(INI) du 17 octobre 2011.

⁶ Conclusions du Conseil sur le réexamen du « Small Business Act » pour l'Europe, adoptées le 30 mai 2011, 10975/11 : <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=FR&f=ST%2010975%202011%20INIT>

⁷ Communication de la Commission européenne du 12 décembre 2012 « Nouvelle approche européenne en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises », COM(2012) 742.

⁸ Seconde chance pour les entrepreneurs, délais de réhabilitation, ouverture de procédures d'insolvabilité et de restructuration, présentation de créances et leur vérification, promotion de plans de restructuration.

⁹ Règlement CE n° 1346/2000 du Conseil européen du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A32000R1346>

2015/848 relatif aux procédures d'insolvabilité¹⁰. Ce dernier, comme le précédent, met l'accent sur la résolution de conflits de juridiction et de lois dans les procédures d'insolvabilité transfrontières et garantit la reconnaissance des décisions judiciaires d'insolvabilité dans toute l'UE. En revanche, il n'harmonise pas le droit matériel de l'insolvabilité des États membres.

Puis deuxième étape, la Commission a adopté en 2014 la Recommandation sur la restructuration et la seconde chance¹¹. Fondatrice, elle propose aux États membre d'instituer, d'une part, des procédures de pré-insolvabilité efficaces pour aider les débiteurs viables à se restructurer et ainsi éviter l'insolvabilité et, d'autre part, des dispositions relatives à la seconde chance pour permettre aux entrepreneurs de bénéficier d'une réhabilitation dans un délai n'excédant pas trois ans après l'insolvabilité. Toutefois, si elle a fourni un éclairage utile aux États membres ayant entamé un processus de réforme de leur droit de l'insolvabilité, elle n'a pas eu l'effet désiré en termes de changements sur le terrain. Des divergences importantes entre les cadres juridiques des États membres demeurent. Preuve en est, le rapport des cinq présidents du 22 juin 2015 intitulé « Compléter l'Union économique et monétaire européenne » qui cite le droit de l'insolvabilité parmi les principaux goulets d'étranglement empêchant l'intégration des marchés des capitaux dans la zone euro et au-delà¹².

Troisième étape, le plan d'action 2015 pour la mise en place d'une union des marchés des capitaux¹³ a annoncé une initiative législative sur l'insolvabilité des entreprises, comprenant la restructuration précoce et la seconde chance pour garantir la mise en place, par les États membres, d'un environnement réglementaire permettant de gérer l'échec sans décourager les entrepreneurs de se lancer à nouveau dans des projets innovants¹⁴. Dans le même esprit, les conclusions du Conseil de juillet 2016 sur une feuille de route pour l'achèvement de l'union bancaire ont souligné l'importance des travaux de la Commission sur une proposition législative d'harmonisation minimale du droit de l'insolvabilité dans le contexte de l'union des marchés des capitaux, notamment pour soutenir les efforts visant à réduire les niveaux futurs des prêts non productifs¹⁵. Plus récemment, dans sa communication intitulée « Union des marchés des capitaux - Accélérer les réformes », la Commission a répété que le manque d'efficacité et la différence des cadres législatifs nationaux en la matière créent des obstacles à la récupération de valeur par les créanciers et empêchent la restructuration efficiente des entreprises viables dans l'Union, notamment dans le cas des groupes transfrontaliers¹⁶.

¹⁰ Règlement UE n° 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/fr/TXT/?uri=CELEX%3A32015R0848>

¹¹ Recommandation de la Commission du 12 mars 2014, n° 2014/135/UE :

http://ec.europa.eu/justice/civil/files/c_2014_1500_fr.pdf

¹² « Compléter l'Union économique et monétaire européenne », rapport préparé par J.-C. JUNKER en étroite coopération avec D. TUSK, J. DIJSSELBLOEM, M. DRAGUI et M. SCHULZ, le 22 juin 2015, p. 10.

¹³ Plan d'action pour la mise en place d'une union des marchés capitaux, COM(2015) 468 final, p.25.

¹⁴ Communication de la Commission européenne : « Améliorer le marché unique : de nouvelles opportunités pour les citoyens et les entreprises », COM(2015) 550 final, p. 6.

¹⁵ Conclusions du Conseil du 17 juin 2016 : http://www.consilium.europa.eu/press-releases-pdf/2016/6/47244642837_fr.pdf.

¹⁶ COM (2016) 601 final: http://ec.europa.eu/finance/capital-markets-union/docs/20160913-cmu-accelerating-reform_en.pdf.

C'est dans ce prolongement que se situe la directive, dégageant des standards minimums qui devront être respectés par les États membres consistant, d'une part, à garantir la mise en place de cadres de restructuration préventive, d'insolvabilité et de seconde chance et, d'autre part, à accroître l'efficacité de l'ensemble des procédures collectives. La Commission s'est ainsi inspirée de régimes nationaux qui ont fait leur preuve en la matière, comme le système de prévention – les procédures amiables – mis en place en France depuis 23 ans, celui-ci a permis à de nombreuses entreprises de surmonter leurs difficultés¹⁷, en négociant avec leurs principaux créanciers une restructuration de leur dette, comme ce fut le cas lors de la grave crise immobilière de 1994. Le modèle français associe une part amiable, la négociation menée avec l'aide d'un tiers sous le regard du tribunal de commerce. Autre modèle auquel la Commission semble s'être référé et qui vient contrebalancer les règles françaises : le *chapter 11* américain.

On ajoutera que si la proposition de directive affiche clairement sa volonté de concerner uniquement le droit matériel des entreprises en difficulté des États membres, elle interagit avec d'autres branches du droit, telles que le droit du travail, le droit de sociétés parfois inévitablement. Dès lors, la proposition se doit d'être cohérente et ne doit pas porter atteinte aux différents textes pouvant être affectés par son champ d'application.

Fondement juridique

La proposition de directive est fondée sur les articles 53 et 114 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Cette proposition dépassant la simple coopération judiciaire, il convient d'écarter l'application de l'article 81 du TFUE comme base juridique. En fixant des normes matérielles minimales, ladite proposition tend à influencer sur l'avenir des évolutions législatives des États membres et à anticiper tout risque futur de divergence avec les difficultés qui en découleraient.

1/ Ne pas toucher à l'existant : ce qui a servi de modification ne doit pas être affecté.

2/ Une attention particulière doit être portée aux PME.

Au vu de l'étude d'impact, la Recommandation de la Commission de 2014 n'ayant pas été suffisante en soi pour atteindre les objectifs de convergence, il apparaît ainsi nécessaire de mettre en œuvre un instrument contraignant sous la forme d'une directive afin de fixer un cadre minimal harmonisé pour atteindre ces objectifs stratégiques. Pour ce faire, la présente proposition respecte le principe de subsidiarité de l'article 5 du TFUE en proposant une action uniquement si et dans la mesure où les États membres ne sont pas capables d'atteindre par eux-mêmes les objectifs fixés. Elle fixe des objectifs communs et des règles générales, tout en laissant les États membres libres de déterminer les moyens d'atteindre ces objectifs, en respectant ainsi le principe de proportionnalité.

¹⁷ Près de 23 000 procédures amiables ont été ouvertes sur la période 2005-2015 au plan national et un peu plus de 4 000 en Ile-de-France depuis janvier 2008.

APPRECIATION SUR L'ÉCONOMIE GÉNÉRALE DE LA PROPOSITION DE DIRECTIVE

Elle s'articule autour de trois axes :

1. des principes communs pour l'utilisation de cadres de restructuration précoce, qui aideront les entreprises à poursuivre leur activité et à préserver les emplois ;
2. des règles autorisant les entrepreneurs à bénéficier d'une seconde chance, puisqu'ils seront entièrement libérés de leurs dettes à l'expiration d'un délai maximal de trois ans ;
3. des mesures ciblées pour que les États membres améliorent l'efficacité des procédures d'insolvabilité, de restructuration et de réhabilitation.

Sur le premier axe

Les entreprises confrontées à des difficultés financières, notamment les petites et moyennes entreprises, devront avoir accès à des outils d'alerte précoce pour déceler des situations commerciales se dégradant et permettre une restructuration à un stade le plus avancé possible. En ce sens, elle offre la possibilité pour le débiteur, pendant la période de renégociation, de bénéficier d'une suspension temporaire des poursuites individuelles et pour les créanciers assurant le financement de cette période un droit de priorité pour le remboursement de leur créance et une garantie contre le risque d'annulation. La proposition permet même, sous certaines conditions, d'imposer un plan à une classe de créanciers qui l'aurait refusé. L'idée est que les créanciers et actionnaires minoritaires dissidents ne puissent être en mesure de bloquer un plan de restructuration permettant à l'entreprise de surmonter ses difficultés financières.

- ❖ Pour la CCI Paris Ile-de-France, la finalité de la proposition sur la phase de pré-insolvabilité doit être soutenue, d'autant que la France est précurseur en la matière. La précocité du traitement des difficultés financières, pour des entreprises viables dans le cadre de procédures souples permettant au chef d'entreprise de mener sur une courte période un processus de négociation avec ses créanciers afin de restructurer sa dette, est essentielle. Les procédures de restructuration préventive offrent une réelle chance à l'entreprise débitrice de maintenir son activité et ses équipes car anticiper les difficultés est certainement le meilleur moyen d'éviter le dépôt de bilan.
- ❖ Il faut souligner que, dans un souci d'efficacité économique, la proposition vise à augmenter l'influence des créanciers et à améliorer leur protection dans les procédures de restructuration préventive. La transposition de l'ensemble de ces règles dans la législation française leur donnerait ainsi un rôle plus important que celui déjà enclenché avec la

création en 2005 des comités de créanciers ou encore la possibilité reconnue, en 2014, à tout créancier membre d'un comité de soumettre un projet de plan alternatif.

Sur le deuxième axe

Le but est de réduire les effets négatifs du surendettement et de la défaillance 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. Parallèlement, des garde-fous sont prévus pour éviter les abus et l'aléa moral. Cette initiative a également pour finalité d'éviter la pratique du forum shopping, encourageant les entrepreneurs surendettés à déménager dans d'autres États membres afin de bénéficier de délais de réhabilitation plus courts ou de conditions de réhabilitation plus attrayantes, ce qui engendre une insécurité juridique et des coûts supplémentaires pour les créanciers lors du recouvrement de leurs créances.

- ❖ La CCI Paris Ile-de-France estime que cet objectif, déjà largement mis en exergue en France, doit être soutenu. Là encore, la France a mis en place en 2014 une procédure (le rétablissement professionnel visant à proposer aux petits entrepreneurs surendettés un traitement souple, rapide et efficace. Instaurer un dispositif assurant une véritable seconde chance aux débiteurs malchanceux mais honnêtes, devrait ouvrir la voie à un changement de mentalité en Europe en éliminant le stigmate de l'échec à l'instar des pays anglo-saxons, en stimulant l'activité entrepreneuriale et en promouvant l'esprit d'entreprise.

Sur le troisième axe

D'une part, pour favoriser la prévisibilité des procédures et réduire leur durée, elle prévoit par exemple le recours à des moyens de communication électronique pour la production de créances, les notifications envoyées par le débiteur ou par les praticiens dans les domaines de la restructuration, de l'insolvabilité et de la seconde chance, le vote sur un plan de restructuration ou le dépôt des recours. D'autre part, elle propose d'améliorer la formation et la spécialisation des praticiens et des juridictions en la matière et prévoit l'existence de normes minimales pour la désignation, la supervision et la rémunération de ces praticiens.

- ❖ la CCI Paris Ile-de-France considère que cet objectif, dont le droit français connaît déjà l'essentiel, doit être approuvé. En effet, ces exigences minimales concernant les professionnels de l'insolvabilité et l'inclusion du numérique dans la sphère de l'insolvabilité et du préventif semblent être les étapes indispensables au développement de l'efficacité et l'efficacité des procédures d'insolvabilité.



la CCI Paris Ile-de-France soutient la proposition de directive en ce qu'elle met l'accent sur l'attractivité du dispositif préventif pour inciter les chefs d'entreprises à y recourir davantage et éviter dans la mesure du possible l'impact négatif d'une procédure d'insolvabilité sur l'entreprise elle-même, l'emploi, les partenaires et, *in fine*, le tissu économique. 060006003

ANALYSE DE LA PROPOSITION DE DIRECTIVE ARTICLE PAR ARTICLE

La présente proposition s’articule autour de six titres : les dispositions générales ; les cadres de restructuration préventive ; la seconde chance pour les entrepreneurs ; les mesures visant à accroître l’efficacité des procédures de restructuration, d’insolvabilité et de seconde chance ; le suivi des procédures de restructuration, d’insolvabilité et de réhabilitation ; les dispositions finales.

ARTICLE 1 - OBJET ET CHAMP D’APPLICATION

1. La présente directive établit des règles concernant :

(a) les procédures de restructuration préventive accessibles aux débiteurs en difficulté financière lorsqu’il existe une probabilité d’insolvabilité ;

(b) les procédures ouvrant la voie à une remise des dettes contractées par des entrepreneurs surendettés et leur permettant de recommencer une nouvelle activité ;

(c) les mesures visant à accroître l’efficacité des procédures mentionnées aux points a) et b) ainsi que des procédures d’insolvabilité ;

2. La présente directive ne s’applique pas aux procédures mentionnées au paragraphe 1 du présent article lorsque le débiteur concerné appartient à une des catégories suivantes :

(a) entreprises d’assurance et entreprises de réassurance, au sens de l’article 13, points 1) et 4), de la directive 2009/138/CE ;

(b) établissements de crédit, au sens de l’article 4, point 1), du règlement (UE) n° 575/2013 ;

(c) entreprises d’investissement et organismes de placement collectif, au sens de l’article 4, paragraphe 1, points 2) et 7), du règlement (UE) n° 575/2013 ;

(d) contreparties centrales, au sens de l’article 2, point 1), du règlement (UE) n° 648/2012 ;

(e) dépositaires centraux de titres, au sens de l’article 2, point 1), du règlement (UE) n° 909/2014 ;

(f) autres établissements financiers et entités énumérés à l’article 1er, paragraphe 1, premier alinéa, de la directive 2014/59/UE ;

(g) personnes physiques qui ne sont pas des entrepreneurs.

3. Les États membres peuvent étendre l’application des procédures mentionnées au paragraphe 1, point b), aux personnes physiques surendettées qui ne sont pas des entrepreneurs.

ANALYSE ET OBSERVATIONS

Sur les « procédures de restructuration préventive accessibles aux débiteurs en difficulté financière lorsqu’il existe une probabilité d’insolvabilité » (§ 1 (a))

À l’inverse du règlement UE 2015/848 qui ne vise que les procédures publiques, la proposition de directive ne fait pas de distinction entre les procédures publiques et les procédures confidentielles.

Quant à la condition d’« une probabilité d’insolvabilité » - notion non définie ni dans le texte lui-même ni dans les considérants, il est intéressant de s’attacher au terme anglais de « likelihood ». Il y a là la manifestation d’une approche très large du risque d’insolvabilité, **nettement éloignée** de celle des procédures classiques d’insolvabilité qui s’appuient sur une insolvabilité avérée ou encore, imminente (droit allemand) ou à bref délai (droit belge), ou des difficultés que l’on n’est pas en mesure de surmonter (droit français).

Dès lors, quelles seraient les procédures françaises entrant dans le champ de la directive ?

Dans le Titre 1er du Livre VI du Code de commerce consacré à la prévention des difficultés des entreprises du code de commerce, la conciliation est « la » procédure qui permet une restructuration précoce de la dette. Elle peut être ouverte lorsque les difficultés sont avérées ou prévisibles et que l’entreprise ne se trouve pas en cessation des paiements depuis plus de 45 jours. Elle permet ainsi de traiter, bien en amont de l’insolvabilité, des difficultés notamment financières.

Ce type de procédure, utilisée depuis plus de 20 ans, a permis de faire face à de graves crises comme celle de l’immobilier en 1994. Elle a succédé en 2006 au règlement amiable, et permet de trouver des solutions dans 60-70 % des cas.

La Commission s’est d’ailleurs largement inspirée de cette procédure pour construire sa proposition de directive.

⇒ La limite s’établit ainsi indiscutablement entre :

1. D’une part, la procédure de conciliation, seule visée au Titre 1er sur la prévention qui peut éventuellement déboucher sur une procédure de sauvegarde accélérée dérogatoire, SA ou SFA ;

2. D’autre part, les procédures collectives d’insolvabilité (au sens du règlement UE 2015/848), dont la sauvegarde qui est devenue, en France depuis 2005, le droit commun de ces

procédures. Cet équilibre ne saurait être affecté conformément aux termes de la Commission dans son propos introductif.

Sur la possibilité de la seconde chance pour l'entrepreneur surendetté (§ 1 (b))

En droit français, d'une part, l'article L. 643-11 du code de commerce prévoit, sous réserve d'exceptions, le déchargement sans délai du paiement du passif non réglé pour le débiteur bénéficiant de la clôture d'une liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif. D'autre part, l'ordonnance du 12 mars 2014 a créé une procédure de rétablissement professionnel – alternative à la liquidation judiciaire – destinée à favoriser le rebond des petits exploitants personnes physiques en leur procurant un effacement de leurs dettes après une procédure sans liquidation (article L. 645-1 du code de commerce).

Sur l'application des procédures de seconde chance aux consommateurs (§ 3).

Ce paragraphe dispose que des particuliers insolvables pourraient bénéficier d'un délai de réhabilitation qui encouragerait le remboursement de la dette sans porter atteinte « *au droit à une vie décente* ».

En droit français, existe déjà une procédure spécifique : le rétablissement personnel applicable au débiteur de bonne foi dont la situation est irrémédiablement compromise (articles L. 330-1 et L. 332-5 et suivants du Code de la consommation).

ARTICLE 2 - DÉFINITIONS

Aux fins de la présente directive, on entend par :

- (1) « procédure d'insolvabilité » : une procédure d'insolvabilité collective entraînant le dessaisissement partiel ou total du débiteur et la désignation d'un liquidateur ;
- (2) « restructuration » : toute modification de la composition, des conditions ou de la structure de l'actif et du passif d'un débiteur ou de toute autre part de la structure financière d'un débiteur, y compris le capital social, ou une combinaison de ces éléments, y compris la vente d'actifs ou de parties de l'activité, aux fins de permettre la poursuite, en totalité ou en partie, de l'activité de l'entreprise ;
- (3) « parties concernées » : les créanciers ou classes de créanciers et, le cas échéant, selon le droit national, les détenteurs de capital dont les créances ou les intérêts sont affectés par un plan de restructuration ;
- (4) « suspension des poursuites individuelles » : un sursis à l'exécution du droit d'un créancier de réaliser une créance à l'encontre d'un débiteur, ordonné par une autorité judiciaire ou administrative ;
- (5) « contrat exécutoire » : tout contrat entre un débiteur et un ou plusieurs créanciers en vertu duquel chaque partie conserve des obligations à honorer au moment où est ordonnée la suspension des poursuites individuelles ;
- (6) « répartition en classes » : le regroupement des créanciers et des détenteurs de capital concernés dans 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, et leur traitement dans le plan de restructuration ;
- (7) « application forcée aux créanciers dissidents » : la validation par une autorité judiciaire ou administrative d'un plan de restructuration qui a le soutien d'une majorité de créanciers en valeur, ou d'une majorité en valeur dans chacune des classes de créanciers, passant outre le désaccord d'une minorité de créanciers ou le désaccord d'une minorité de créanciers dans chaque classe ;
- (8) « application forcée interclasse » : la validation par une autorité judiciaire ou administrative d'un plan de restructuration passant outre le désaccord d'une ou de plusieurs classes de créanciers concernées ;
- (9) « critère du respect des intérêts des créanciers » : le fait qu'aucun créancier dissident ne doit se trouver dans une situation moins favorable du fait du plan de restructuration que celle qu'il connaîtrait dans le cas d'une liquidation, que cette dernière se fasse par distribution des actifs ou par la cession de l'entreprise en activité ;
- (10) « règle de la priorité absolue » : la règle selon laquelle une classe dissidente de créanciers doit être intégralement désintéressée avant qu'une classe de rang inférieur ne puisse bénéficier des répartitions ou conserver un intéressement dans le cadre du plan de restructuration ;
- (11) « nouveau financement » : toute forme de financement, que ce dernier soit fourni par un créancier existant ou par un nouveau créancier, qui est nécessaire pour mettre en œuvre un plan de restructuration et qui est approuvé dans le cadre de ce plan de restructuration et ensuite validé par une autorité judiciaire ou administrative ;
- (12) « financement provisoire » : toute forme de financement, que ce dernier soit fourni par un créancier existant ou par un

nouveau créancier, qui est raisonnablement et immédiatement nécessaire pour permettre la poursuite ou la survie de l'entreprise du débiteur, ou pour préserver ou accroître la valeur de cette entreprise dans l'attente de la validation d'un plan de restructuration ;

(13) « entrepreneur surendetté » : 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 exigibles ;

(14) « remise de dettes totale » : l'annulation de dettes échues ou à échoir qui fait suite à une procédure comprenant la réalisation d'actifs et/ou un plan de remboursement/règlement ;

(15) « praticien dans le domaine des restructurations » : une personne ou un organisme désigné par une autorité judiciaire ou administrative pour exécuter une ou plusieurs des missions suivantes :

(a) assister le débiteur ou les créanciers dans la rédaction ou la négociation d'un plan de restructuration ;

(b) superviser l'activité du débiteur pendant les négociations relatives à un plan de restructuration et faire rapport à une autorité judiciaire ou administrative ;

(c) prendre le contrôle partiel des actifs ou des affaires du débiteur pendant des négociations.

ANALYSE ET PROPOSITIONS

La définition retenue pour les « procédures d'insolvabilité » correspond au règlement 2015/848 (Cf. article 1 relatif au champ, et la définition donnée dans l'article 2), ce qui est essentiel pour la cohérence du droit communautaire. Elle permet d'écartier tout risque de confusion avec les procédures de restructuration préventive. Elle s'articule aussi avec les définitions retenues par le droit français pour le redressement et la liquidation judiciaires.

En revanche, le terme « liquidateur » n'est pas adapté à toutes les situations.

PROPOSITION

Il serait plus judicieux, de retenir dans la directive le terme de « praticien de l'insolvabilité » à l'instar du règlement UE 2015/848.

L'ensemble des autres définitions n'appelle pas de remarques particulières.

ANALYSE DE LA PROPOSITION DE DIRECTIVE ARTICLE PAR ARTICLE

ARTICLE 3 : ALERTE RAPIDE

1. Les États membres veillent à ce que les débiteurs et les entrepreneurs aient accès à des outils d'alerte rapide permettant de détecter une dégradation de leur situation commerciale et de signaler au débiteur ou à l'entrepreneur la nécessité d'agir d'urgence.

2. Les États membres veillent à ce que les débiteurs et les entrepreneurs aient accès à des informations utiles, actualisées, claires, concises et facilement exploitables au sujet de l'existence des outils d'alerte rapide et de tout moyen mis à leur disposition pour leur permettre de se restructurer à un stade précoce et d'obtenir une remise de dette personnelle.

3. Les États membres peuvent limiter l'accès prévu aux paragraphes 1 et 2 aux petites et moyennes entreprises ou aux entrepreneurs.

ANALYSE ET OBSERVATIONS

Sur l'alerte rapide (§1 et 2)

Il s'agit de généraliser une culture de l'anticipation, spécifiquement dans les PME, via des « outils d'alerte rapide ».

Au plan européen, deux États membres ont mis en place des systèmes d'alerte :

- ✓ En Belgique, les chambres d'enquête commerciale créées de manière prétorienne ont été confirmées par la loi du 31 janvier 2009 relative à « la continuité des entreprises »¹⁸. Ces chambres ont pour mission de détecter les entreprises confrontées à des difficultés sérieuses, de déterminer celles qui sont viables et de sensibiliser les chefs d'entreprise pour qu'ils prennent la pleine mesure de leurs difficultés.
- ✓ En France, dès 1984, alors que les défaillances augmentaient inexorablement et très sensiblement, le législateur français a eu pour objectif de mettre en place des procédures dites d'alerte, celles-ci visant à détecter les signes avant-coureurs d'une mauvaise santé financière. L'objectif était et est toujours de sensibiliser le dirigeant et de l'amener à traiter les difficultés de son entreprise. Il s'agit de : l'alerte du comité d'entreprise (art. L. 2323-50 du code du travail), l'alerte du commissaire aux comptes (art. L. 612-3 du code de commerce) et surtout la procédure d'alerte du président du tribunal de commerce (art. L. 611-2 du code de commerce).

⇒ En tant que précurseur en la matière, le droit français ne peut qu'être en accord avec le principe du dispositif.

¹⁸ V.OCED : Droits belge et français de l'insolvabilité : convergences et divergences, Zoom sur n°9, juillet 2010.

ARTICLE 4 : DISPONIBILITÉ DES CADRES DE RESTRUCTURATION PRÉVENTIVE

1. Les États membres prennent les dispositions nécessaires pour que, lorsqu'il existe une probabilité d'insolvabilité, les débiteurs en difficulté financière aient accès à un cadre de restructuration préventive efficace leur permettant de restructurer leurs dettes ou leur entreprise, de rétablir leur viabilité et d'éviter l'insolvabilité.

2. Les cadres de restructuration préventive peuvent consister en une ou en plusieurs procédures ou mesures.

3. Les États membres mettent en place des dispositions limitant l'intervention d'une autorité judiciaire ou administrative aux cas où cette intervention est nécessaire et proportionnée, de façon à sauvegarder les droits de toute partie concernée.

4. Les cadres de restructuration préventive sont accessibles à la demande des débiteurs, ou à la demande des créanciers avec l'accord des débiteurs.

ANALYSE ET OBSERVATIONS

Sur l'accès à un cadre de restructuration préventive (§ 1)

Chaque législation nationale doit donner au débiteur la possibilité d'avoir accès à un cadre de restructuration préventive lorsqu'une « *probabilité d'insolvabilité* » existe.

Comme on l'a vu, c'est possible en droit français, avec la procédure de conciliation.

Sur la demande d'ouverture d'une procédure de restructuration préventive (§ 4)

Le débiteur ainsi que les créanciers, avec l'accord du débiteur, pourraient demander l'ouverture d'une procédure de restructuration. L'initiative ainsi reconnue aux créanciers soulève de nombreuses interrogations.

➤ L'hypothèse d'une saisine par des créanciers n'est pas sans conséquence sur les équilibres entre débiteur et créanciers. Même si l'on peut penser, *a priori*, que ce système permettrait de faire obstacle à la passivité du débiteur, il risquerait d'être contreproductif au regard des objectifs de la directive, susceptible de laisser le débiteur sous la « pression » de créanciers puissants et lui ôtant *de facto* l'esprit d'initiative.

Au demeurant, quid de cette faculté offerte aux créanciers financiers avec l'articulation de leur devoir de non-immixtion dans la gestion des entreprises et le risque éventuel d'instrumentalisation de la phase préventive ?

De même, quid de l'éventuelle mise en œuvre de la responsabilité du débiteur qui aurait refusé de donner son accord à l'ouverture d'une procédure préventive sur l'initiative d'un créancier ? Ce refus pourrait-il s'analyser ultérieurement en une faute de gestion ?

Parallèlement, la responsabilité du créancier pourrait-elle être recherchée au motif d'une demande abusive ?

En droit français, l'initiative de l'ouverture d'une procédure préventive est reconnue exclusivement au débiteur. Ce n'est pas sans raison : cette règle marque en effet la dichotomie entre les procédures préventives et les procédures collectives.

➤ A titre subsidiaire, la seule solution envisageable serait que cette hypothèse apparaisse clairement à titre optionnel. D'ailleurs, en insérant un « ou » entre « *la demande des débiteurs* » et « *la demande des créanciers* », la Commission n'a-t-elle pas choisi cette voie ?

PROPOSITION :

1. Exclure la possibilité pour les créanciers de solliciter l'ouverture d'une procédure de restructuration préventive, y compris avec l'accord du débiteur. Cette voie met en cause les fondements et la philosophie de ces procédures. Il s'agit là de la ligne jaune à ne pas franchir.
2. Pour le moins, ne la laisser qu'à titre d'option pour les États membres.

ANALYSE DE LA PROPOSITION DE DIRECTIVE ARTICLE PAR ARTICLE

ARTICLE 5 : DÉBITEUR NON DESSAISI

1. Les États membres veillent à ce que les débiteurs qui accèdent à des procédures de restructuration préventive conservent totalement ou au moins partiellement le contrôle de leurs actifs et de la gestion courante de leur entreprise.

2. La désignation par une autorité judiciaire ou administrative d'un praticien dans le domaine des restructurations n'est pas obligatoire dans chaque cas.

3. Les États membres peuvent exiger la désignation d'un praticien dans le domaine des restructurations dans les cas suivants :

(a) lorsque le débiteur bénéficie d'une suspension des poursuites individuelles en vertu de l'article 6 ;

(b) lorsque le plan de restructuration doit être validé par une autorité judiciaire ou administrative par voie d'application forcée interclasse, en vertu de l'article 11.

ANALYSE ET OBSERVATIONS

Sur le principe du non-dessaissement du débiteur (§ 1)

Dans ce type de procédure, le débiteur, a su anticiper et a librement saisi le tribunal afin de faire bénéficier son entreprise de la chance d'une résolution amiable ou d'un traitement judiciaire précoce. Lui retirer le contrôle de son entreprise mettrait à mal le recours à ces procédures préventives, en risquant de l'en dissuader fortement.

Le droit français connaît déjà cette règle. En conciliation, le débiteur garde la main ; et même en cas de passage en sauvegarde accélérée (SA ou SFA), l'administration de l'entreprise demeure assurée par son dirigeant et l'administrateur judiciaire désigné aura une « simple » mission de surveillance.

Sur la désignation d'un praticien de la restructuration (§ 2 et 3)

En droit français, l'autorité judiciaire désigne systématiquement un praticien dans le cadre d'une conciliation. Cette nomination apparaît comme le pendant de sa réussite car elle renforce la sécurité juridique pour toutes les parties concernées. Les créanciers seront ainsi plus disposés à prendre part aux négociations, rassurés par la présence du praticien en tant que garant de leurs intérêts, spécifiquement dans une hypothèse d'adoption forcée du plan.

Néanmoins, cette nomination systématique va à l'encontre du caractère facultatif énoncé dans le paragraphe 2, sans correspondre aux deux hypothèses du paragraphe 3. Et en même temps, il serait pour le moins paradoxal d'abandonner un système qui a fait ses preuves...

Dès lors, pour que les modalités de la conciliation soient pleinement adaptées au libellé de l'article 5, il serait indispensable d'ajouter une autre hypothèse dans le paragraphe 3 : lorsque la procédure est ouverte sur décision d'une autorité judiciaire ou administrative.

PROPOSITION :

Ajouter à l'article 5 § 3, une troisième hypothèse permettant de rendre obligatoire la nomination d'un praticien dans le domaine de la restructuration :

« (c) lorsque la procédure est ouverte sur décision d'une autorité judiciaire ou administrative. »

ARTICLE 6 : SUSPENSION DES POURSUITES INDIVIDUELLES

1. Les États membres veillent à ce que les débiteurs qui négocient un plan de restructuration avec leurs créanciers puissent bénéficier d'une suspension des poursuites individuelles si et dans la mesure où cette suspension est nécessaire pour permettre le bon déroulement des négociations relatives à un plan de restructuration.

2. Les États membres veillent à ce que la suspension des poursuites individuelles puisse être ordonnée à l'égard de tous les types de créanciers, y compris des créanciers garantis et des créanciers privilégiés. La suspension peut être générale, de façon à concerner tous les créanciers, ou limitée, auquel cas elle ne concerne qu'un ou plusieurs créanciers individuels, conformément au droit national.

3. Le paragraphe 2 ne s'applique pas aux créances impayées des travailleurs, excepté si et dans la mesure où les États membres veillent, par d'autres moyens, à ce que le paiement de ces créances soit garanti à un niveau de protection au moins équivalent à celui prévu par les dispositions nationales applicables transposant la directive 2008/94/CE.

4. Les États membres limitent la durée de la suspension des poursuites individuelles à une période maximale ne dépassant pas quatre mois.

5. Les États membres peuvent toutefois permettre aux autorités judiciaires ou administratives de prolonger la durée initiale de la suspension des poursuites individuelles ou d'accorder une nouvelle suspension des poursuites individuelles à la demande du débiteur ou de créanciers. La prolongation ou le renouvellement de la suspension des poursuites individuelles sont accordés uniquement s'il apparaît que :

(a) des progrès significatifs ont été accomplis dans les négociations relatives au plan de restructuration ; et

(b) le maintien de la suspension des poursuites individuelles ne porte pas une atteinte excessive aux droits ou aux intérêts de parties concernées, quelles qu'elles soient.

6. Toute prolongation supplémentaire ne sera accordée que si les conditions énoncées au paragraphe 5, points a) et b), sont remplies et si les circonstances de l'affaire indiquent une forte probabilité qu'un plan de restructuration sera adopté.

7. La durée totale de la suspension des poursuites individuelles, prolongations et renouvellements compris, n'excède pas douze mois.

8. Les États membres veillent à ce que les autorités judiciaires ou administratives puissent lever la suspension des poursuites individuelles, en tout ou en partie :

(a) lorsqu'il apparaît qu'une proportion de créanciers qui, en vertu du droit national, serait en mesure de bloquer l'adoption du plan de restructuration ne souhaite pas poursuivre les négociations ; ou

(b) à la demande du débiteur ou du praticien dans le domaine des restructurations.

9. Les États membres font en sorte que, lorsqu'un créancier individuel ou une seule classe de créanciers subit ou subirait un préjudice excessif du fait d'une suspension des poursuites individuelles, l'autorité judiciaire ou administrative puisse décider de ne pas accorder la suspension des poursuites individuelles ou puisse lever une suspension des poursuites individuelles déjà accordée, pour ce créancier individuel ou cette classe de créanciers, à la demande des créanciers concernés.

ANALYSE ET OBSERVATIONS

Sur le bénéfice de la suspension des poursuites individuelles (§ 1)

En droit français, la suspension « collective » des poursuites individuelles n'est pas utile au bon déroulement de la conciliation. Si besoin, le juge a recours à des mesures « individuelles » sous forme de délais de « grâce », permettant de fait une suspension des poursuites au cas par cas.

La nécessité d'un dispositif collectif (général ou partiel) de suspension des poursuites ne démarre que dans la phase de basculement de la conciliation en sauvegarde accélérée (SA ou SFA). Elle s'applique à l'ensemble des créanciers de l'ouverture de la procédure à l'arrêt du plan. Elle se révèle plus large que le projet de texte européen, puisque ce gel est élargi aux garants et coobligés personnes physiques.

PROPOSITION

Prévoir que le bénéfice de la suspension des poursuites individuelles puisse être étendu aux garants et coobligés personnes physiques. Cette mesure inciterait les dirigeants de PME à demander, plus rapidement et sans crainte, l'ouverture d'une procédure préventive.

Sur le champ d'application de la suspension des poursuites individuelles (§ 2)

La suspension des poursuites individuelles s'impose à l'égard de tous les types de créanciers, y compris garantis ou privilégiés. Elle peut être générale ou limitée à certains créanciers.

En droit français, la suspension peut, le cas échéant, ne s'appliquer qu'à certains créanciers en sauvegarde accélérée.

Sur l'exclusion des créances salariales (§ 3)

Les États membres doivent veiller à ce que le paiement de ces créances salariales soient garanties à un niveau équivalent à celui prévu par la directive 2008/94/CE mettant en place les organismes (AGS en France) qui prennent en charge les créances impayées en procédures d'insolvabilité.

Cette disposition paraît opportune dans la mesure où le débiteur ayant anticipé les difficultés, l'entreprise est normalement *in bonis* ; il ne devrait pas y avoir de salaires antérieurs impayés.

Sur la durée et l'initiateur de la suspension des poursuites individuelles et de ses éventuelles prolongations (§ 4 à 7)

Le droit français se démarque de la directive :

- En termes de durée, la période de suspension des poursuites se révèle en deçà des durées initiales prévues : 1 à 2 mois pour la SFA et 3 mois pour la SA.
- Sur l'initiateur de la demande de prolongation, seuls le débiteur ou l'administrateur judiciaire peuvent la demander.

Le mécanisme doit, par principe, rester entre les mains du débiteur et du praticien. Néanmoins, de manière exceptionnelle, un créancier peut avoir un intérêt à solliciter une prolongation de la suspension des poursuites lorsqu'elle est de nature à favoriser l'émergence d'une solution. Cette prolongation devrait être conditionnée par la présentation par le créancier d'un projet de plan suffisamment avancé.

PROPOSITION :

1. Limiter la possibilité pour les créanciers de solliciter la prolongation de la suspension des poursuites individuelles à ceux qui justifient de la présentation d'un projet de plan de restructuration, avec une forte probabilité d'être adoptée.
2. Subsidièrement, ne laisser la règle qu'à titre optionnel, ce qui permettrait à chaque État de l'adapter.

Sur la levée de la suspension des poursuites individuelles (§ 8)

La possibilité de lever la suspension des poursuites individuelles paraît surprenante au regard du droit français où il n'existe aucun mécanisme de ce type. Rappelons que toute suspension des poursuites individuelles vise à donner du temps au débiteur pour reconstruire sa trésorerie et préparer au mieux sa réorganisation. Elle concourt ainsi à assurer au débiteur une « bulle » de tranquillité, c'est en quelque sorte le « garant » du succès des négociations.

Ceci précisé, si la demande de la levée de la suspension par le débiteur ou le professionnel peut éventuellement se comprendre, dans la mesure où ils sont les mieux placés pour connaître les évolutions de la situation financière de l'entreprise, il en va tout autrement pour les créanciers.

En effet, si des créanciers obtenaient gain de cause, cela signifierait qu'ils pourraient purement et simplement sortir de la procédure à tout moment, avec pour conséquence la possibilité de reprendre leurs poursuites individuelles. Cette sortie réduirait voire annulerait toute chance d'aboutir à un accord de restructuration ! Le principe d'équilibre des droits débiteur/créanciers que semble mettre en œuvre la Commission revient à donner un pouvoir exorbitant aux créanciers bien avant le vote du plan.

En bref, ce dispositif peut devenir contreproductif, avec un risque non négligeable d'entraîner l'entreprise vers l'insolvabilité et éventuellement sa liquidation.

De plus, sans anticiper sur l'article 11 qui prévoit la possibilité d'une application forcée à une classe dissidente, les créanciers qui, par anticipation, pensent se trouver confrontés à cette

situation, n'auront-ils pas un intérêt particulier à agir et obtenir très vite la levée de la suspension des poursuites ?

Enfin, pour pouvoir accorder la levée de la suspension des poursuites, la juridiction en charge de l'affaire devrait, outre le fait que les créanciers demandeurs ne souhaitent plus poursuivre les négociations, vérifier qu'ils sont bien en mesure de bloquer l'adoption du plan. Quel montant de créances faudrait-il alors réunir pour obtenir cette levée, sachant que les créanciers concernés pourront être réunis dans différentes classes ?

Face à ces diverses difficultés, il serait bien préférable de retenir le système français, dans lequel la suspension des poursuites s'applique à l'ensemble des créanciers, sans distinction et sur l'ensemble de la période, cela sans levée possible. Ce dispositif se révèle simple à mettre en œuvre et a prouvé son efficacité.

PROPOSITION :

Exclure la levée de la suspension des poursuites individuelles par des créanciers, y compris ceux susceptibles de bloquer l'adoption du plan de restructuration.

Sur le refus de l'autorité judiciaire d'accorder la suspension des poursuites individuelle ou sur la levée de celle-ci par l'autorité judiciaire (§ 9)

La Commission prévoit que le juge peut décider de ne pas accorder ou de lever la suspension des poursuites individuelles, pour un créancier individuel ou une classe de créanciers, à la demande du ou des créanciers concernés, dès lors que ceux-ci subissent ou subiraient un préjudice excessif. Si le texte lui-même reste silencieux sur ce qu'est un « *préjudice excessif* », le considérant 20 apporte quelques éclaircissements. Il précise que pour établir l'absence de préjudice, les tribunaux « *peuvent tenir compte du fait que la suspension préserverait la valeur globale du patrimoine* ». À l'inverse pour démontrer l'existence de ce préjudice, le tribunal devra faire le constat « *que le débiteur agit de mauvaise foi ou dans l'intention de nuire ou qu'il ne satisfait généralement pas aux attentes légitimes de l'ensemble des créanciers* ». Il est même ajouté qu'« *un créancier unique ou une classe de créanciers seraient injustement lésés par la suspension si, par exemple, leurs créances étaient nettement moins avantageuses avec la suspension que sans celle-ci, ou s'ils étaient défavorisés par rapport à d'autres créanciers se trouvant dans une position similaire* ».

Les mêmes arguments que ceux développés ci-dessus en défaveur de la levée de la suspension valent ici.

En outre, le mécanisme repose sur des appréciations subjectives sources de contentieux.

En tout état de cause, ce dispositif est incompatible avec les procédures accélérées dérogatoires du droit français.

PROPOSITION :

1. Fortes réserves quant à ce dispositif.
2. Rester, pour le moins, dans un dispositif optionnel pour les États membres.

ARTICLE 7 : CONSÉQUENCES DE LA SUSPENSION DES POURSUITES INDIVIDUELLES

1. Lorsque l'obligation pour le débiteur de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité en vertu de la législation nationale naît au cours de la période de suspension des poursuites individuelles, cette obligation est levée pour la durée de cette suspension.

2. Une suspension générale des poursuites individuelles s'appliquant à tous les créanciers fait obstacle à l'ouverture des procédures d'insolvabilité à la demande d'un ou de plusieurs créanciers.

3. Les États membres peuvent déroger au paragraphe 1 lorsque le débiteur ne dispose plus de liquidités et n'est donc plus en mesure de payer ses dettes lorsqu'elles deviennent exigibles pendant la période de suspension. Dans un tel cas, les États membres veillent à ce que les procédures de restructuration ne prennent pas fin automatiquement et à ce que, au moment de l'examen des perspectives de conclusion d'un accord sur un plan de restructuration efficace au cours de la période de suspension, une autorité judiciaire ou administrative puisse décider de différer l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et maintenir le bénéfice de la suspension des poursuites individuelles.

4. Les États membres prennent les dispositions nécessaires pour que, pendant la période de suspension, les créanciers auxquels cette dernière s'applique ne puissent pas suspendre l'exécution de leurs obligations ni résilier, accélérer ou modifier d'une quelconque autre façon des contrats exécutoires au détriment du débiteur pour des dettes nées avant la suspension des poursuites individuelles. Les États membres peuvent limiter l'application de cette disposition aux contrats essentiels qui sont nécessaires à la poursuite de la gestion courante de l'entreprise.

5. Les États membres veillent à ce que les créanciers ne puissent pas suspendre l'exécution de leurs obligations ni résilier, accélérer ou modifier d'une quelconque autre façon des contrats exécutoires au détriment du débiteur en vertu d'une clause contractuelle prévoyant de telles mesures, en raison uniquement du lancement par le débiteur de négociations en vue d'une restructuration, d'une demande de suspension des poursuites individuelles, de la décision de suspension des poursuites individuelles elle-même, ou de tout événement similaire en rapport avec cette suspension.

6. Les États membres veillent à ce que rien n'empêche le débiteur de payer, dans le cadre de son activité ordinaire, les créances des créanciers non concernés ou dues à ceux-ci et les créances des créanciers concernés qui naissent après l'octroi de la suspension des poursuites individuelles et qui continuent de naître pendant la période de suspension.

7. Les États membres s'abstiennent d'exiger des débiteurs qu'ils demandent l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité si la période de suspension des poursuites individuelles expire sans qu'un accord sur un plan de restructuration ait pu être atteint, excepté lorsque les autres conditions de l'ouverture d'une telle procédure imposées par la législation nationale sont remplies.

ANALYSE ET OBSERVATIONS

Dans l'ensemble ces mécanismes sont connus du droit français.

Sur la levée de l'obligation pour le débiteur de solliciter l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité lorsque celle-ci naît au cours de la période de répit (§ 1 et § 3) ;

Sur la possibilité offerte au débiteur de payer certains créanciers. (§ 6) ;

Sur l'impossibilité de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité par un ou plusieurs créanciers en période de suspension générale des poursuites individuelles (§ 2) ;

Ces règles sont le pendant de celles relatives à la suspension des poursuites individuelles.

Sur la continuité de l'exécution des contrats (§ 4 et 5)

Les mécanismes mis en place par la directive, à l'instar de ceux existant en droit français, visent à faciliter la recherche d'une solution permettant le sauvetage de l'entreprise :

- d'une part, en ne la privant pas des contrats indispensables à la poursuite de son activité ;
- d'autre part, en n'alourdissant pas les charges et obligations du seul fait de l'ouverture d'une procédure de restructuration ou d'une suspension des poursuites.

Ces mécanismes renvoient aux notions de contrats en cours, d'inefficacité des dispositifs contractuels et de créanciers postérieurs privilégiés.

Sur l'échec de la procédure de restructuration préventive (§ 7)

On insistera sur le fait que l'échec de la procédure préventive ne doit pas entraîner automatiquement l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, sauf si les conditions sont remplies.

⇒ Il s'agit là d'un principe qu'il faut soutenir.

ARTICLE 8 : CONTENU DES PLANS DE RESTRUCTURATION

1. Les États membres exigent que les plans de restructuration soumis pour validation à une autorité judiciaire ou administrative contiennent au moins les informations suivantes :

(a) l'identité du débiteur ou de l'entreprise du débiteur pour lequel ou laquelle le plan de restructuration est proposé ;

(b) une évaluation de la valeur actuelle du débiteur ou de l'entreprise du débiteur ainsi qu'une déclaration motivée décrivant les causes et l'ampleur des difficultés financières du débiteur ;

(c) l'identité des parties concernées, soit nommées individuellement soit décrites au moyen d'une référence à une ou à plusieurs catégories de dettes, ainsi que leurs créances ou intérêts concernés par le plan de restructuration ;

(d) les classes dans lesquelles les parties concernées ont été regroupées aux fins de l'adoption du plan, ainsi que la motivation de ce regroupement, et des informations sur la valeur respective des créanciers et des membres de chaque classe ;

(e) l'identité des parties non concernées, soit nommées individuellement soit décrites au moyen d'une référence à une ou à plusieurs catégories de dettes, ainsi que les raisons pour lesquelles il est proposé de ne pas les inclure parmi les parties concernées ;

(f) les conditions du plan, incluant sans s'y limiter :

i) sa durée envisagée ;

ii) des propositions éventuelles concernant le rééchelonnement ou l'annulation des dettes ou leur conversion en d'autres formes d'obligation ;

iii) de nouveaux financements éventuels anticipés dans le cadre du plan de restructuration ;

(g) un avis ou une déclaration motivée de la personne chargée de proposer le plan de restructuration expliquant pourquoi l'entreprise est viable et comment la mise en œuvre du plan proposé permettra probablement au débiteur d'éviter l'insolvabilité et de rétablir sa viabilité à long terme, et qui précise les éventuelles conditions préalables nécessaires au succès de ce plan.

2. Les États membres mettent un modèle de plan de restructuration en ligne. Ce modèle contient au minimum les informations requises en vertu du droit national et fournit des informations générales mais concrètes sur la façon de l'utiliser. Le modèle est mis à disposition dans la ou les langues officielles de l'État membre. Les États membres s'efforcent de rendre le modèle disponible dans d'autres langues, en particulier dans celles utilisées dans le domaine du commerce international. Le modèle est conçu de façon à pouvoir être adapté aux besoins et aux circonstances de chaque cas.

3. Les parties peuvent choisir d'utiliser ou non le modèle de plan de restructuration.

ANALYSE ET OBSERVATIONS

Sur le contenu proprement dit du plan de restructuration. (§ 1)

Dans un souci d'efficacité et de crédibilité du plan, des normes minimales sont prévues. Le plan doit permettre de présenter un tableau complet et suffisamment précis de l'avenir possible de l'entreprise, tel qu'il peut résulter de l'adoption des propositions émises au cours de la négociation.

Toutefois, le d) suscite une interrogation, celui-ci prévoyant que des informations relatives à « la valeur respective des créanciers » seront données. Cette expression renvoie-t-elle à la garantie attachée à la créance avec, d'un côté, les chirographaires et, de l'autre, les créanciers munis d'une sûreté ou bien s'agit-il du montant des créances ?

⇒ Préciser l'expression « la valeur respective des créanciers ».

Sur la mise en ligne d'un modèle de plan de restructuration par les États membres (§ 2)

Ce dispositif s'insère dans l'idée d'améliorer l'efficacité et la rapidité des procédures de restructuration préventive.

Le modèle de plan présentera un intérêt tout particulier pour les PME et au-delà, quelle que soit la taille de l'entreprise, pour permettre au juge d'établir des comparaisons à partir d'un socle commun.

⇒ Cette proposition est à soutenir fortement.

ARTICLE 9 : ADOPTION DES PLANS DE RESTRUCTURATION

1. Les États membres veillent à ce que tout créancier concerné ait le droit de voter sur l'adoption d'un plan de restructuration. Les États membres peuvent aussi accorder un droit de vote aux détenteurs de capital concernés, sur le fondement de l'article 12, paragraphe 2.

2. Les États membres veillent à ce que les parties concernées soient traitées dans des classes distinctes tenant compte du critère de répartition en classes. Les classes sont formées de façon à ce que chacune d'elles 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'intérêt. Au minimum, les créances garanties et les créances non garanties sont traitées dans des classes distinctes aux fins de l'adoption d'un plan de restructuration. Les États membres peuvent également prévoir que les travailleurs sont traités dans une classe distincte.

3. La répartition en classes est examinée par l'autorité judiciaire ou administrative dans les cas où elle reçoit une demande de validation du plan de restructuration.

4. Un plan de restructuration est réputé adopté par les parties concernées à la condition qu'une majorité calculée sur le montant de leurs créances ou intérêts soit obtenue dans chacune des classes. Les États membres établissent les majorités requises pour l'adoption d'un plan de restructuration, lesquelles n'excèdent en aucun cas 75 % du montant des créances ou intérêts dans chaque classe.

5. Les États membres peuvent disposer qu'un vote sur l'adoption d'un plan de restructuration prend la forme d'une consultation et d'un accord de la majorité requise des parties concernées dans chaque classe.

6. Lorsque la majorité nécessaire n'est pas atteinte dans une ou plusieurs classes dissidentes autorisées à voter, le plan peut toutefois être validé s'il remplit les conditions relatives à l'application forcée interclasse prévues à l'article 11.

ANALYSE ET OBSERVATIONS

Sur le droit de vote des créanciers (§ 1 et 2)

L'adoption du plan de restructuration se fait par un vote des créanciers rassemblés en classes homogènes. Ce mécanisme s'inspire des droits américain et allemand.

Aucun seuil d'application, ni aucune exception ne sont prévus. S'agissant des critères de répartition en classes, la proposition laisse une grande marge de manœuvre aux États membres. La seule obligation réside dans le fait qu'il faut au minimum une classe pour les créanciers chirographaires et une autre pour les créanciers privilégiés.

Il est également précisé qu'une classe peut être dédiée aux détenteurs de capital (§ 1) et une autre aux salariés (§ 2).

En droit français, l'approche est différente :

1/ La conciliation

Seule une consultation des créanciers appelés à la table des négociations est prévue, ceux-ci devant se prononcer à l'unanimité pour que le rapport soit adopté ou homologué. Par conséquent, la question de la mise en place des classes ne se pose pas.

Toutefois, dans la mesure où il arrive que la conciliation « bascule » en SA ou SFA (16 cas depuis juillet 2014), il est probable que le praticien anticipe le dispositif (voir ci-après).

2/ La SA et la SFA

En sauvegarde accélérée –SA-, la procédure entraîne automatiquement la constitution de deux comités de créanciers, regroupant les établissements de crédit et assimilés et les principaux fournisseurs de biens et de services, auquel on ajoute - le cas échéant - une assemblée des obligataires (article L. 626-30-2 du code de commerce).

En sauvegarde financière accélérée –SFA-, la procédure entraîne automatiquement la constitution du seul comité de établissements de crédit et, le cas échéant, s'y ajoute l'assemblée des obligataires (le plan est soumis au vote des seuls créanciers affectés par le plan).

Aussi, pour les SA et les SFA, le mécanisme des « classes homogènes de créanciers » devrait se substituer à celui des comités de créanciers. On notera que la directive, si elle est adoptée, aura probablement, par porosité, une portée étendue à l'ensemble des procédures collectives, bien au-delà des procédures de pré-insolvabilité.

Sur le principe :

Un mouvement en France s'est déjà prononcé favorablement sur l'introduction des « classes » en droit français : d'une part, la constitution des comités de créanciers ne reflète pas la réalité de la situation des créanciers, spécifiquement pour les membres du comité des établissements de crédit ; d'autre part, les classes permettent de tenir davantage compte de la nature de la créance et non de son titulaire.

⇒ **On introduirait opportunément un mécanisme plus prévisible, correspondant aux standards européens voire internationaux.**

Sur les modalités :

1. *A minima, deux classes de créanciers devraient être mis en place – les garantis et les chirographaires.*

Dès lors, il sera possible, en fonction de la nature des affaires, de créer des sous-classes, notamment pour les créanciers financiers (créances subordonnées, CDS...). Les obligataires pourraient constituer, à part entière, la sous-catégorie des créanciers subordonnés ; ce qui permettrait, au demeurant, de réduire leur pouvoir de blocage par rapport au système français.

Ce mécanisme conduirait à répartir les créanciers de manière fine, en respectant au plus près la structure des créances, à chaque classe. (Par exemple, un créancier qui pour une créance de 1000 disposerait d'une créance hypothécaire de 100, se verrait affecté à la classe des créanciers privilégiés pour un montant de 100 et à la classe des chirographaires pour un montant de 900.)

2. *Pour autant, la transposition ne sera pas simple.*

Pour s'en convaincre, il suffit de se référer à la réglementation française qui distingue les privilèges (généraux, spéciaux), les sûretés (réelles, personnelles), etc.

Parmi les spécificités, on pointera ici le cas des créanciers publics – ceux-ci étant systématiquement présents dans les entreprises les plus petites – qui ne peuvent être affectés par le plan. Il en va de même pour les salariés, le plan de restructuration en SA ou SFA ne les concernant pas.

Sans oublier les difficultés liées à la grande variété des garanties : la créance Dailly, le gage sans dépossession, la fiducie... On pense aussi à la situation des salariés partis en préretraite qui perçoivent, de manière contractuelle, une pension de leur entreprise via un fonds de garantie ou une fiducie.¹⁹

Ceci dit, l'interprétation des garanties entre les différents droits nationaux, prend une acuité toute particulière en présence d'une entreprise transfrontalière.

⇒ **Inéluctablement, la mise en place du dispositif affectera la portée de l'harmonisation souhaitée.**

3. *Les modalités de création des classes doivent être suffisamment souples pour pouvoir tenir compte au plus près des*

spécificités de chaque affaire (taille, secteur, activité, structure de l'endettement), tout en respectant des critères.

Il est également prévu de distinguer les créances en fonction de leur rang et de prendre en compte les accords conclus entre les créanciers. Reste à déterminer les critères d'appréciation permettant aux tribunaux de valider les classes constituées, ceux proposés par la directive étant trop vagues. Ces critères doivent relever du choix de chacun des États membres.

Autre question pendante : qui, dans chaque affaire, aura l'initiative de proposer la répartition en classes, le débiteur, le praticien, sous le contrôle de l'autorité judiciaire ou administrative ?

⇒ **Les classes de créanciers pourraient opportunément être constituées par le praticien de la restructuration sous contrôle de l'autorité judiciaire ou administrative.**

Sur l'examen par les autorités judiciaires ou administratives de la répartition en classes (§ 3)

Il serait judicieux que l'autorité judiciaire ou administrative puisse examiner la répartition en classes de manière plus précoce, comme cela est indiqué dans le considérant 25. Cela permettrait de purger le plus tôt possible les contentieux potentiellement nombreux et souvent traités beaucoup trop tardivement, si l'on se réfère, par exemple, à l'expérience française des comités de créanciers.

PROPOSITION

S'inspirer de la fin du considérant 25 pour l'intégrer dans le paragraphe 3 : « ... **ces autorités peuvent aussi examiner la répartition en classes à un stade antérieur...** ».

Sur la majorité requise pour l'adoption du plan de restructuration (§ 4)

La Commission européenne s'est largement inspirée du droit français qui prévoit que les membres des comités de créanciers se prononcent sur le projet de plan de sauvegarde par un vote à la majorité des 2/3 du montant des créances détenues par les membres ayant voté. Il s'agira donc de transposer cette règle pour les classes de créanciers.

Sur l'absence de majorité pour l'adoption du plan qui peut alors être imposé aux créanciers récalcitrants (§ 6)

L'objectif est d'éviter un blocage en « forçant la main » de certains créanciers. Néanmoins, pour imposer le plan à une classe de créanciers dissidente, des exigences minimales ont été posées dans l'article 11.

⇒ **Le droit français, en SA ou SFA, ne connaît pas cette règle de forçage (sauf à l'intérieur d'un comité), puisqu'il faut l'accord de tous les comités de créanciers pour qu'un plan soit adopté, on renvoie ici à nos observations sous l'article 11.**

¹⁹ C'est le cas dans de secteurs industriels où la pénibilité des postes de travail est très présente.

ANALYSE DE LA PROPOSITION DE DIRECTIVE ARTICLE PAR ARTICLE

ARTICLE 10 : VALIDATION DES PLANS DE RESTRUCTURATION

1. Les États membres veillent à ce que les plans de restructuration suivants ne puissent s'imposer aux parties que s'ils sont validés par une autorité judiciaire ou administrative :

(a) les plans de restructuration qui affectent les intérêts des parties concernées dissidentes ;

(b) les plans de restructuration qui prévoient de nouveaux financements.

2. Les États membres veillent à ce que les conditions auxquelles un plan de restructuration peut être validé par une autorité judiciaire ou administrative soient clairement précisées et à ce qu'elles comprennent au moins les éléments suivants :

(c) le plan de restructuration a été adopté conformément aux dispositions de l'article 9 et a été notifié à tous les créanciers connus susceptibles d'être concernés ;

(d) le plan de restructuration respecte au mieux les intérêts des créanciers ;

(e) tout nouveau financement est nécessaire pour mettre en œuvre le plan de restructuration et ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts des créanciers.

3. Les États membres veillent à ce que les autorités judiciaires ou administratives puissent refuser de valider un plan de restructuration lorsque ce dernier n'offre pas une perspective raisonnable d'éviter l'insolvabilité du débiteur et de garantir la viabilité de l'entreprise.

4. Lorsqu'une autorité judiciaire ou administrative doit valider un plan de restructuration pour que celui-ci devienne contraignant, les États membres veillent à ce qu'une décision soit prise dans les meilleurs délais après le dépôt de la demande de validation et, en tout état de cause, dans un délai maximal de 30 jours après celui-ci.

ANALYSE ET OBSERVATIONS

Sur la validation des plans par une autorité judiciaire (§ 1)

Pour la conciliation française, l'accord est soit constaté par le président du tribunal, soit homologué par le tribunal. En outre, en cas de basculement en SA ou SFA, l'autorité judiciaire valide systématiquement le plan.

Sur les conditions auxquelles un plan de restructuration doit être validé par une autorité judiciaire ou administrative pour devenir contraignant à l'ensemble des parties concernées (§ 2)

La directive donne aux États membres le soin de déterminer les règles de validation des plans, celles-ci devant *a minima* reprendre les trois conditions suivantes : plan adopté selon les dispositions de l'article 9 ; intérêts des créanciers respectés « au mieux » ; nouveaux financements ne devant pas porter une atteinte excessive aux intérêts des créanciers.

Pour cela, il doit vérifier que le « critère du respect des intérêts des créanciers » (*best interest of creditors test*) a bien été pris en compte. Il est défini dans le considérant 27 comme « *le fait qu'aucun créancier 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 liquidation, que cette dernière se fasse par distribution des actifs ou par la cession de l'entreprise en activité* ». Selon la valeur de liquidation déterminée par l'article 13, ce critère permet aux juges de passer outre le refus d'une classe de créanciers.

En droit français, lorsque l'accord de conciliation est homologué, le tribunal subordonne l'homologation au constat que les intérêts des créanciers non parties à l'accord sont préservés. Dans les SA et SFA, le tribunal vérifie, selon une disposition applicable aux plans adoptés dans le cadre des comités de créanciers (article L. 626-31 du code de commerce), que les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés, sans autre précision. Il ne s'agit pas de la règle du « *best interest of creditors test* », l'article ne prévoyant pas de déterminer la quote-part qui reviendrait aux créanciers concernés en cas de liquidation.

L'adoption de la directive entraînerait en cela la modification de notre approche, ce à quoi la CCI Paris Ile-de-France n'est pas opposé. Néanmoins, ce ne sera pas un bouleversement, car s'il n'existe pas de règle impérative, la pratique met déjà en œuvre ce principe.

⇒ Approuver la référence à la règle du *best interest test*.

Sur le délai de 30 jours entre le dépôt de la demande et la validation par le tribunal (§ 4)

En droit français, le tribunal doit statuer avant l'expiration des délais relatifs à la durée de la période d'observation pour les SA et les SFA.

S'agissant des procédures accélérées dérogatoires, la prise en compte de ce délai ne devrait pas poser de difficultés.

ANALYSE DE LA PROPOSITION DE DIRECTIVE ARTICLE PAR ARTICLE

ARTICLE 11 : APPLICATION FORCÉE INTERCLASSE

1. Les États membres veillent à ce que tout plan de restructuration qui n'est pas approuvé par toutes les classes de parties concernées puisse être validé par une autorité judiciaire ou administrative sur la proposition d'un débiteur, ou d'un créancier avec l'accord du débiteur, et être imposé à une ou à plusieurs classes dissidentes, lorsque ce plan de restructuration:

- (a) remplit les conditions énoncées à l'article 10, paragraphe 2 ;
- (b) a été approuvé par au moins une classe de créanciers concernés, autre qu'une classe de détenteurs de capital, et par une quelconque autre classe qui, après détermination de la valeur de l'entreprise, n'aurait droit à aucun paiement ni à aucune autre contrepartie si le classement normal des priorités de liquidation était appliqué ;
- (c) respecte la règle de la priorité absolue.

2. Les États membres peuvent modifier le nombre minimal de classes concernées requis, fixé au paragraphe 1, point b), pour approuver le plan.

ANALYSE ET OBSERVATIONS

Sur les modalités de validation d'un plan n'ayant pas été approuvé par toutes les classes (§ 1 et 2)

Les classes de créanciers qui sont réellement concernés auront une influence déterminante sur l'adoption du plan. Ils doivent l'emporter par rapport à ceux qui ont déjà tout perdu (*out of money*). En tout état de cause, le débiteur reste maître de la situation, le mécanisme ne s'appliquant que s'il le propose, sous le contrôle de l'autorité judiciaire.

Le droit français ne connaît pas ce processus en SA ou SFA. C'est seulement au sein d'un même comité de créanciers qu'un « *cram down* » peut s'appliquer, par la règle de la majorité.

La démarche inspirée des droits croisés allemand et américain va bien au-delà et combine opportunément plusieurs évaluations : la valeur liquidative (qui semble visée au b) et la valeur de continuation – *on going concern* – (qui semble visée au c).

Ce changement de rapports de force débiteur/créanciers peut être opportun sur le plan économique. Si l'initiative de l'ouverture de la procédure doit rester entre les mains du débiteur, il est aussi légitime de reconnaître aux créanciers avec l'accord du débiteur à ce stade de la procédure, un droit d'action pour faire valider un plan et en proposant l'application forcée interclasse.

Là-encore, la portée de la directive, si elle est adoptée, ira – toujours par effet de porosité – bien au-delà des procédures de pré-insolvabilité...

⇒ **Approbaton par la CCI Paris Ile-de-France du dispositif.**

ARTICLE 12 : DÉTENTEURS DE CAPITAL

1. Les États membres prennent les dispositions nécessaires pour que, lorsqu'une probabilité d'insolvabilité existe, les actionnaires et les autres détenteurs de capital ayant des intérêts auprès d'un débiteur ne puissent pas, de façon déraisonnable, empêcher l'adoption ou la mise en œuvre d'un plan de restructuration qui permettrait de rétablir la viabilité de l'entreprise concernée.

2. Pour atteindre l'objectif visé au paragraphe 1, les États membres peuvent prendre des dispositions obligeant les détenteurs de capital à former une ou plusieurs classes distinctes de leur propre initiative et leur accordant un droit de vote sur l'adoption des plans de restructuration. Dans un tel cas, l'adoption et la validation des plans de restructuration sont soumises au mécanisme d'application forcée interclasse prévu à l'article 11.

ANALYSE ET OBSERVATIONS

Sur l'impossibilité pour les détenteurs de capital d'empêcher l'adoption d'un plan de restructuration d'une entreprise viable, pour autant que leurs intérêts légitimes sont protégés (§ 1 et 2)

D'inspiration anglo-saxonne mais aussi allemande, la directive demande à chaque État membre de mettre en place des mécanismes empêchant les actionnaires de bloquer « de façon déraisonnable » l'adoption d'un plan, alors qu'ils ont tout perdu.

En revanche, elle laisse toute latitude aux États membres dans la mise en œuvre. Par exemple, une législation nationale peut décider, comme le précise le considérant 29, que l'adoption d'un plan de restructuration « ne devrait pas être subordonnée à l'accord des détenteurs de capital hors-jeu, à savoir ceux qui, lors de la détermination de la valeur de l'entreprise, ne recevraient aucun paiement ni autre rémunération si le classement normal des priorités de liquidation était appliqué ». Les États membres pourront aussi prendre des mesures obligeant les détenteurs de capital à se regrouper en classes, libres à eux d'en fixer le nombre en fonction des circonstances. De fait, la directive place les actionnaires au même niveau que les créanciers dans le but de les soumettre à la loi de la majorité et éventuellement de leur appliquer le mécanisme d'application forcée interclasse.

Le mécanisme proposé doit bien être soupesé à l'aune du problème des délocalisations des entreprises, dans la mesure où il pourrait y avoir un effet « repoussoir » sur les investisseurs. En même temps, il pose à juste titre la problématique en termes d'efficacité économique du droit des faillites et du rééquilibrage des droits entre les parties prenantes. Au-delà, la question de son champ d'application se pose crucialement. Si en droit allemand, ce processus est connu depuis plusieurs années, en droit français il est réservé au redressement judiciaire et à des conditions de mise en œuvre très restrictives. Les procédures préventives, par essence contractuelles, en sont exclues. Toutefois, dans le cadre d'une procédure de conciliation, les créanciers peuvent toujours, lors de la négociation, subordonner leurs efforts aux efforts concomitants des actionnaires. Mais, il ne peut être question de forcer la main des détenteurs de capital. En décider autrement reviendrait à nier la philosophie des procédures contractuelles qui est la garantie de leur réussite. Autrement dit, l'intégration d'une telle règle n'a de signification que dans le cadre des procédures collectives. Cela va d'ailleurs dans le sens de l'article 4 § 3 qui pose le principe d'une intervention réduite du judiciaire en prévention.

À titre subsidiaire, on observera que le renvoi à l'article 11 est de toute façon source de confusion, celui-ci s'appliquant aux créanciers. C'est le mécanisme de l'application forcée en lui-même qui est visé et son application concerne un champ différent de celui de l'article 11 : les détenteurs de capital.

En conclusion, l'article 12 marque, de manière manifeste, la confusion entretenue entre les procédures préventives et les procédures collectives, qui trouve sa source dans le flou entourant le champ d'application de la directive.

Dans notre analyse qui cantonne ce champ aux seules procédures préventives et subséquentes (en droit français SA et SFA), ce dispositif n'a pas sa place, il devrait être cantonné aux procédures collectives.

Il résulte que :

- ⇒ **Le maintien ou la suppression de l'article 12 dépend très étroitement du périmètre retenu par la directive. Il ne saurait concerner les procédures de restructuration préventives.**
- ⇒ **le dispositif doit toujours rester à la main du débiteur.**

PROPOSITION :

- 1 Maintenir ou supprimer l'article 12, en fonction du périmètre retenu.**
- 2 En cas de maintien, laisser le dispositif à l'initiative du débiteur.**

ANALYSE DE LA PROPOSITION DE DIRECTIVE ARTICLE PAR ARTICLE

ARTICLE 13 : DÉTERMINATION DE LA VALEUR DE LIQUIDATION PAR L'AUTORITÉ JUDICIAIRE OU ADMINISTRATIVE

1. *L'autorité judiciaire ou administrative procède à la détermination de la valeur de liquidation dans le cas où un plan de restructuration est contesté au motif qu'il est prétendument non conforme au critère du respect des intérêts des créanciers.*
2. *L'autorité judiciaire ou administrative détermine la valeur d'une entreprise sur la base de sa valeur comme entreprise en activité dans les cas suivants :*
 - (a) *lorsqu'une application forcée interclasse est nécessaire à l'adoption du plan de restructuration ;*
 - (b) *lorsqu'un plan de restructuration est contesté au motif qu'il est prétendument non conforme à la règle de la priorité absolue.*
3. *Les États membres veillent à ce que des experts dûment qualifiés soient désignés pour assister l'autorité judiciaire ou administrative, lorsque cela est nécessaire et approprié, aux fins de la détermination de la valeur de liquidation, notamment lorsqu'un créancier conteste la valeur des sûretés.*
4. *Les États membres veillent à ce que les contestations mentionnées aux paragraphes 1, 2 et 3 puissent être introduites auprès de l'autorité judiciaire ou administrative appelée à valider le plan de restructuration ou dans le contexte d'un recours contre une décision sur la validation d'un plan de restructuration.*

ANALYSE ET OBSERVATIONS

Sur la détermination de la valeur de l'entreprise

Cet article impose, en cas de contestation, une systématisation de l'évaluation de l'entreprise pour une meilleure protection des créanciers. L'objectif est d'évaluer ce qui revient aux différentes catégories de créanciers au regard du respect de la règle de priorité absolue et de délimiter les classes qui ne recevraient rien.

Deux modes de détermination de la valeur sont prévus : la valeur de continuation ou la valeur de liquidation. Elle nécessite le recours à des experts (et entraînera des batailles d'experts) ce qui renchérit le coût des procédures en termes financiers mais aussi du point de vue temps.

⇒ **Difficiles à manipuler, ces évaluations nécessiteront le plus souvent que les créanciers se mettent d'accord en amont sur la valorisation de l'entreprise.**

Ceci est une nouveauté, le droit français ne prévoyant aucun mécanisme d'estimation particulier. Par exemple, l'article L. 626-31 du Code de commerce n'oblige pas le tribunal à déterminer la quote-part qui reviendrait aux créanciers concernés en cas de liquidation judiciaire.

Néanmoins, le recours au seul critère de la valeur liquidative est trop restrictif, voire dangereux, certains créanciers pouvant avoir un intérêt particulier à pousser à la liquidation. Il apparaîtrait ainsi nécessaire de prendre aussi en compte le « juste retour ».

En tout état de cause, cela soulève plusieurs problèmes : la charge de la preuve, le coût de la mesure, le moment de la contestation.

Normalement (suivant les principes généraux de procédure) le créancier qui conteste le plan devrait démontrer la méconnaissance de ses intérêts par le projet de plan adopté. Mais on peut concevoir au contraire que le praticien de l'insolvabilité ou le débiteur doive démontrer que le plan est conforme et plus favorable qu'une liquidation. On peut aussi admettre que le coût constitue des frais de procédure. Quant aux délais, la difficulté doit être purgée au moment de la validation du plan sous réserve de la possibilité de recours. (tout relève-t-il de la transposition ?)

⇒ **De façon générale, la portée du dispositif va potentiellement, là-encore, bien au-delà des procédures de pré-insolvabilité.**

ANALYSE DE LA PROPOSITION DE DIRECTIVE ARTICLE PAR ARTICLE

ARTICLE 14 : EFFETS DES PLANS DE RESTRUCTURATION

1. Les États membres veillent à ce que les plans de restructuration qui sont validés par une autorité judiciaire ou administrative soient contraignants pour chaque partie y mentionnée.
2. Les créanciers qui ne sont pas associés à l'adoption d'un plan de restructuration ne sont pas concernés par celui-ci.

ANALYSE ET OBSERVATIONS

Sur les effets des plans de restructuration sur les parties concernées (§ 1) et non concernées (§ 2)

Il s'agit ici de déterminer quels sont les créanciers concernés. En principe, le plan de restructuration doit être déclaré opposable à tous les créanciers sauf à déterminer de manière limitative ceux auxquels le plan ne s'appliquerait pas comme les créanciers postérieurs, les créances administratives, les apports financiers nouveaux, les créances salariales, les petites créances, les créances non susceptibles de modifications (TVA), etc.

⇒ On peut envisager d'insérer en 3 la règle suivante : « *le plan de restructuration est opposable aux créanciers inclus dans les classes constituées* ».

PROPOSITION :

Insérer en 3 la règle suivante : « *le plan de restructuration est opposable aux créanciers inclus dans les classes constituées* ».

Par ailleurs, devrait être clairement précisé les classes de créanciers ou de créances que le plan de restructuration ne peut viser comme les créances salariales, certaines créances fiscales (TVA) ou créances sociales (précompte salarial).

ARTICLE 15 : RECOURS

1. Les États membres veillent à ce qu'une décision validant un plan de restructuration prise par une autorité judiciaire puisse faire l'objet d'un recours devant une juridiction supérieure et à ce qu'une décision validant un plan de restructuration prise par une autorité administrative puisse faire l'objet d'un recours devant une autorité judiciaire.

2. Il doit être statué sur les recours selon une procédure accélérée.

3. Un recours formé contre une décision validant un plan de restructuration n'a pas d'effet suspensif sur l'exécution de ce plan.

4. Les États membres veillent à ce que, lorsqu'il est fait droit à un recours conformément au paragraphe 3, l'autorité judiciaire puisse :

(a) soit annuler le plan de restructuration ;

(b) soit valider le plan et octroyer une compensation financière aux créanciers dissidents, payable par le débiteur ou par les créanciers ayant voté en faveur du plan.

ANALYSE ET OBSERVATIONS

Sur les recours possibles (§ 1 à 3)

L'ensemble du dispositif s'inscrit dans la philosophie d'efficacité et de réduction du temps des procédures de restructuration préventive.

Le droit français permet bien évidemment les recours à l'encontre de décisions arrêtant le plan, ceux-ci intervenant dans un délai bref (10 jours). L'appel ou le pourvoi en cassation sont ainsi possibles pour le débiteur, le mandataire ad hoc de justice, le représentant des salariés, le ministère public ainsi qu'un membre des comités de créanciers ou de l'assemblée des obligataires (articles L. 661-1-I-6° à 8° du Code de commerce).

Sur les conséquences des recours (§ 4)

Dans sa seconde branche de l'alternative, la directive prévoit le maintien du plan avec en contrepartie l'octroi d'une compensation financière aux créanciers dissidents.

Cette solution permettrait de prendre en compte les intérêts des créanciers sans pour autant faire peser sur le plan l'épée de Damoclès que constitue le risque de son annulation. Toutefois, cette allocation devrait être encadrée pour éviter la multiplication des demandes de recours de créanciers réfractaires.

Aucune disposition en droit français ne permet le maintien du plan combiné à l'octroi d'une compensation financière, mécanisme inspiré des droits allemand et américain.

De prime abord, ce mécanisme de compensation financière peut sembler tentant, en ce qu'il permettrait de valider le plan quoi qu'il arrive.

Néanmoins, ce mécanisme n'est pas en accord avec nos principes juridiques dans la mesure où le droit français ne condamne à indemniser une partie que s'il y a une faute. Au demeurant s'agit-il bien d'une « annulation » ? De surcroît, il présente un effet pervers, en incitant les créanciers, notamment ceux qui se sont vus imposer la règle de l'application forcée interclassée, à multiplier les recours.

Trois solutions alternatives ou cumulatives pour les deux dernières sont envisageables.

- ⇒ On s'y oppose, mais problème pour la pratique.
- ⇒ Il serait opportun d'organiser, en lieu et place de ce mécanisme, un droit légal de transaction avant l'intervention du juge.
- ⇒ « En cas d'appel contre une décision ayant arrêté un plan de restructuration, la cour d'appel peut infirmer le plan, modifier le plan et le cas échéant subordonner cette modification à des modalités nouvelles et/ou à la fourniture d'une garantie par le débiteur pour les créanciers ayant voté en faveur du plan ».

ANALYSE DE LA PROPOSITION DE DIRECTIVE ARTICLE PAR ARTICLE

ARTICLE 16 : PROTECTION ACCORDÉE AUX FINANCEMENTS NOUVEAUX ET AUX FINANCEMENTS PROVISOIRES

1. Les États membres veillent à ce que les financements nouveaux ou provisoires soient encouragés et protégés de manière adéquate. En particulier, ces financements ne sont pas déclarés nuls, annulables ou inapplicables en tant qu'actes préjudiciables à la masse des créanciers dans le cadre de procédures d'insolvabilité ultérieures, sauf si ces transactions ont été réalisées de manière frauduleuse ou de mauvaise foi.

2. Les États membres peuvent octroyer aux créanciers qui apportent des financements nouveaux ou provisoires le droit, dans le contexte de procédures de liquidation ultérieures, d'être rémunérés en priorité par rapport à d'autres créanciers qui, à défaut, auraient des créances liquides ou se rapportant à d'autres actifs supérieures ou égales. En pareil cas, les États membres attribuent aux financements nouveaux ou provisoires un rang au moins supérieur à celui des créances de créanciers ordinaires non garantis.

3. Les créanciers qui apportent des financements nouveaux ou provisoires dans le cadre d'une procédure de restructuration sont exemptés des responsabilités civiles, administratives et pénales en lien avec l'insolvabilité ultérieure du débiteur, sauf si le financement en question a été octroyé de manière frauduleuse ou de mauvaise foi.

ANALYSE ET OBSERVATIONS

La directive a dans l'article 2, définit très précisément les financements nouveaux et provisoires. Les premiers permettent d'apporter de nouvelles liquidités lors de la mise en œuvre du plan de restructuration, et que les seconds servent à garantir la continuité des activités de l'entreprise pendant la période de négociation.

Cet article est la transposition, à l'échelle européenne, des règles françaises relatives au régime des créanciers postérieurs privilégiés et des apporteurs d'argent frais ou de *new money*.

⇒ Les règles permettant de protéger les apporteurs de financement doivent être soutenues.

ANALYSE DE LA PROPOSITION DE DIRECTIVE ARTICLE PAR ARTICLE

ARTICLE 17 : PROTECTION ACCORDÉE À D'AUTRES TRANSACTIONS LIÉES À UNE RESTRUCTURATION

1. Les États membres veillent à ce que les transactions réalisées pour favoriser la négociation d'un plan de restructuration validé par une autorité judiciaire ou administrative ou étroitement liées à ces négociations ne soient pas déclarées nulles, annulables ou inapplicables en tant qu'actes préjudiciables à la masse des créanciers dans le cadre de procédures d'insolvabilité ultérieures, sauf si ces transactions ont été réalisées de manière frauduleuse ou de mauvaise foi.

2. Parmi les transactions bénéficiant de la protection visée au paragraphe 1 figurent :

(a) le paiement d'honoraires et de frais raisonnables pour la négociation, l'adoption, la validation ou la mise en œuvre d'un plan de restructuration ;

(b) le paiement d'honoraires et de frais raisonnables pour la recherche de conseils professionnels en liaison avec tout aspect d'un plan de restructuration ;

(c) le paiement des salaires des travailleurs pour des travaux déjà exécutés ;

(d) tous autres paiements et débours nécessaires et raisonnables effectués dans le cadre de l'activité ordinaire ;

(e) des transactions telles que des nouveaux prêts, des contributions financières ou des transferts partiels d'actifs en dehors du cadre de l'activité ordinaire effectuées en vue de la négociation d'un plan de restructuration et étroitement liées à celle-ci.

3. Les États membres peuvent exiger que les transactions visées au paragraphe 2, point e), ci-dessus soient approuvées par un praticien dans le domaine des restructurations ou par une autorité judiciaire ou administrative afin de bénéficier de la protection visée au paragraphe 1.

4. Les États membres veillent à ce que toute transaction, tout paiement, toute conversion de dettes en prises de participation et toute constitution de garantie ou de sûreté réalisé(e) pour favoriser la mise en œuvre d'un plan de restructuration validé par une autorité judiciaire ou administrative ou étroitement lié(e) à cette mise en œuvre ne soit pas déclaré(e) nul(le), annulable ou inapplicable en tant qu'acte préjudiciable à la masse des créanciers dans le cadre de procédures d'insolvabilité ultérieures, sauf si ces transactions ont été réalisées de manière frauduleuse ou de mauvaise foi, même dans le cadre de l'activité ordinaire.

ANALYSE ET OBSERVATIONS

Le droit français accorde le même type de protection à ces paiements effectués pendant la période de négociation de la conciliation et pendant la période d'observation de la SA et de la SFA.

Si notre législation n'est pas explicite sur les transferts partiels d'actifs, elle ne les écarte pas pour autant. En effet, il apparaît concevable que le juge valide de tels transferts convenus par voie contractuelle (l'accord est un tout).

ARTICLE 18 : OBLIGATIONS DES DIRIGEANTS

Les États membres fixent des règles pour faire en sorte que, lorsqu'il existe une probabilité d'insolvabilité, les dirigeants soient tenus aux obligations suivantes :

- (a) prendre des mesures immédiates pour minimiser la perte pour les créanciers, les travailleurs, les actionnaires et les autres parties prenantes ;
- (b) tenir dûment compte des intérêts des créanciers et des autres parties prenantes ;
- (c) prendre des mesures raisonnables pour éviter l'insolvabilité ;
- (d) éviter tout comportement intentionnel ou toute négligence grave menaçant la viabilité de l'entreprise.

ANALYSE ET OBSERVATIONS

Cet article prescrit aux États membres de prendre des mesures visant à imposer aux dirigeants d'entreprise, des responsabilités particulières qui les inciteront à procéder à une restructuration précoce. Si certaines défaillances peuvent être la conséquence de difficultés économiques, d'autres trouvent leurs causes dans la sous-capitalisation, la mauvaise gestion ou la fraude. Mais il s'agit là des obligations qui s'imposent à tout dirigeant qu'il existe ou non une probabilité d'insolvabilité.

Autrement dit, l'obligation générale préconisée ici n'est pas propre au périmètre d'une procédure préventive à moins de considérer que toute procédure préventive s'inscrit nécessairement dans une période préalable à une insolvabilité...

En réalité, cet article fait suite à une recommandation adoptée par la CNUDCI en février 2013. Celle-ci visait à inscrire des obligations pour les dirigeants/les administrateurs d'entreprise dans la période précédant l'insolvabilité afin de « *tenir dûment compte des intérêts des créanciers et des autres parties prenantes* ». L'objectif était, en premier lieu, d'éviter l'insolvabilité et, en second lieu, si celle-ci était inévitable, d'en réduire l'ampleur au minimum²⁰.

Rappelons qu'en France, dès lors que l'entreprise est en cessation des paiements, son dirigeant doit obligatoirement déposer le bilan, dans un délai de 45 jours.

S'il n'est pas choquant en soi d'admettre, dans cette directive, l'inscription du principe d'une obligation générale de diligence en faveur des créanciers et des autres parties prenantes et permettant d'éviter l'insolvabilité à terme, il faut toutefois rester prudent **afin d'éviter d'ouvrir la voie à une obligation légale de mettre en œuvre une procédure de prévention, ce qui serait en totale contradiction avec le caractère volontaire de cette procédure.**

Cette règle, qui s'apparente à une obligation de bonne gestion de l'entreprise, trouverait dans le droit français d'ailleurs plutôt sa place, si transposition il y avait, dans les dispositions liminaires du livre II du code de commerce (et non dans le livre VI consacré aux entreprises en difficultés).

²⁰ Relevons ici que selon une jurisprudence française, peut constituer « une faute de gestion entraînant une condamnation pour insuffisance d'actif le fait pour le débiteur de ne pas prendre l'initiative de solliciter une mesure de conciliation ou de sauvegarde ». Cette faute n'est sanctionnée qu'en liquidation judiciaire. (V. par ex., CA Douai, 2^{ème} ch., sect. 2, 29 nov. 2012, n° 12/00803 : BJE mars 2013, n° 50, p. 74, note P. RUBELLIN)

PROPOSITION :

1 Modifier le (c) comme suit : « *proposer aux actionnaires ou aux associés les mesures nécessaires pour garantir la continuité de l'exploitation, et mettre en œuvre ces mesures.* ».

2 Le (d) n'a pas de raison spécifique d'être inscrit pour les **procédures préventives** (c'est là encore une manifestation de l'ambiguïté du champ exact de la directive).

ANALYSE DE LA PROPOSITION DE DIRECTIVE ARTICLE PAR ARTICLE

ARTICLE 19 : POSSIBILITÉ DE RÉHABILITATION

1. Les États membres veillent à ce que les entrepreneurs surendettés puissent être entièrement libérés de leurs dettes conformément à la présente directive.

2. Les États membres dans lesquels une remise complète des dettes est subordonnée à un remboursement partiel des dettes par l'entrepreneur veillent à ce que l'obligation de remboursement associée soit fondée sur la situation individuelle de l'entrepreneur et soit notamment proportionnée à ses revenus disponibles pendant le délai de réhabilitation.

ANALYSE ET OBSERVATIONS

Il s'agit ici de permettre la réhabilitation de l'entrepreneur surendetté et de le libérer de ses dettes dans un délai raisonnable.

Cette règle pourrait permettre un changement de culture au plan européen.

Le droit français, sous réserve des exceptions énoncées par l'article L. 643-11 du Code de commerce, décharge sans délai du paiement du passif non réglé le débiteur bénéficiant de la clôture d'une liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif. Toutefois, différence notable avec la directive, la procédure française n'entraîne pas l'extinction des dettes, mais seulement la non-reprise des poursuites. Cette divergence, si elle n'a pas d'impact sur le sort du débiteur, a des conséquences sur celui de la caution.

En outre, une procédure encore plus radicale et rapide a été créée par l'ordonnance du 12 mars 2014 (article L. 654-1 du Code de commerce) : le rétablissement professionnel²¹. Elle permet à une personne physique dont l'actif a une valeur inférieure à 5 000 €, d'obtenir en quatre mois l'effacement de ses dettes. Autre différence, cette procédure libère le débiteur, sans aucune liquidation de son actif.

Or, la directive définit dans l'article 2 la « *remise de dettes totales* », comme « *l'annulation de dettes échues ou à échoir qui fait suite à une procédure comprenant la réalisation d'actifs et/ou un plan de remboursement/règlement* ». Cette définition souligne, là encore, l'importance accordée à la protection des créanciers.

Si la directive est adoptée, le droit français devra aménager la règle relative à la clôture d'une liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif.

⇒ **Il paraît opportun de généraliser, à l'échelle européenne, le mécanisme de la « seconde chance » car un grand nombre de droits nationaux ne pratiquent pas une telle décharge de dettes. Cela permettrait d'éviter, en la matière, la pratique du *forum shopping* par certains débiteurs.**

²¹ Au nombre de 275 depuis juillet 2014, les rétablissements professionnels représentent 0,25 % des liquidations judiciaires immédiates ouvertes en France ouvertes depuis cette date.

ARTICLE 20 : DÉLAI DE RÉHABILITATION

1. Les entrepreneurs surendettés peuvent être pleinement libérés de leurs dettes après au plus tard trois ans à compter :

(a) de la date à laquelle l'autorité judiciaire ou administrative a statué sur la demande d'ouverture de la procédure, dans le cas d'une procédure qui se termine par la liquidation des actifs d'un entrepreneur surendetté ; ou

(b) de la date à laquelle la mise en œuvre du plan de remboursement a commencé, dans le cas d'une procédure comprenant un plan de remboursement.

2. Les États membres veillent à ce qu'à l'expiration du délai de réhabilitation, les entrepreneurs surendettés soient libérés de leurs dettes sans qu'il soit nécessaire de saisir à nouveau une autorité judiciaire ou administrative.

ANALYSE ET OBSERVATIONS

La proposition impose un effacement automatique de la dette au bout de 3 ans, à compter de l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire ou de l'arrêté éventuel du plan de remboursement. Cette libération est de droit.

Le rétablissement professionnel mis en place par l'ordonnance de 2014 se révèle plus ambitieux que le texte européen en termes de durée (quatre mois au maximum).

Le principe est positif mais soulève quelques difficultés. L'effacement, ou, en droit français, la non reprise des poursuites individuelles, devrait jouer automatiquement : trois ans après un jugement de liquidation ou trois ans après le début de l'exécution d'un plan.

La première hypothèse obligerait le législateur à déconnecter la libération des dettes de l'achèvement des opérations de la procédure de liquidation. Le débiteur pourrait être ainsi libéré soit de manière différée (principe opposable aux créanciers seulement à la clôture) soit au bout de trois ans sur les biens et les revenus acquis après ce terme, afin de lier l'obligation de payer au patrimoine du débiteur.

La deuxième hypothèse (3 ans après le début de l'exécution du plan) paraît contraire au respect d'un plan établi sur une durée plus longue. La libération devrait donc s'appliquer, sous réserve du respect des échéances du plan, qui a défini le passif à rembourser.

ANALYSE DE LA PROPOSITION DE DIRECTIVE ARTICLE PAR ARTICLE

ARTICLE 21 : DÉLAI DE DÉCHÉANCE

Les États membres veillent à ce que, lorsqu'un entrepreneur surendetté obtient une remise de dettes conformément à la présente directive, toute déchéance du droit d'accéder à une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ou de l'exercer qui est liée au surendettement de l'entrepreneur prenne fin au plus tard à l'expiration du délai de réhabilitation, sans qu'il soit nécessaire de saisir à nouveau une autorité judiciaire ou administrative.

ANALYSE ET OBSERVATIONS

Toute déchéance du droit d'accéder à des activités ou de les exercer qui est consécutive à une situation de surendettement doit également prendre fin à l'issue de ce délai. La directive clarifie ainsi la coordination entre la décharge des dettes et les sanctions professionnelles.

En droit français, la décharge est écartée en cas de sanctions professionnelles et, à l'inverse, le tribunal ne prononce jamais de sanctions lorsqu'un plan est adopté. Le texte inverse cette logique : il admet la possibilité de sanctions professionnelles et prescrit qu'elles doivent prendre fin en cas de décharge à moins que l'article 22 sur les restrictions s'applique.

Le texte concerne probablement aussi une autre règle : l'interdiction d'exercer une activité professionnelle individuelle pendant la procédure de liquidation judiciaire (indépendamment de toute sanction prononcée par le tribunal). Cette interdiction d'exercer prend fin à la clôture de la procédure.

Le droit français apparaît ainsi globalement plus favorable au débiteur que la directive.

ARTICLE 22 : RESTRICTIONS

1. Par dérogation aux articles 19, 20 et 21, les États membres peuvent maintenir ou adopter des dispositions restreignant l'accès à la réhabilitation ou fixant un délai de réhabilitation ou de déchéance plus long dans certaines circonstances bien définies et lorsque de telles restrictions sont justifiées par l'intérêt général, notamment :

- (a) lorsque l'entrepreneur surendetté a agi de manière malhonnête ou de mauvaise foi à l'égard des créanciers au moment où il s'est endetté ou lors du recouvrement des dettes ;
- (b) lorsque l'entrepreneur surendetté ne respecte pas un plan de remboursement ou toute autre obligation légale visant à préserver les intérêts des créanciers ;
- (c) en cas de recours abusif à la procédure de réhabilitation ;
- (d) en cas de recours répété à la procédure de réhabilitation au cours d'une certaine période.

2. Les États membres peuvent prévoir des délais de réhabilitation plus longs lorsque la résidence principale d'un entrepreneur surendetté est exclue des actifs réalisables, afin de préserver les moyens de subsistance de l'entrepreneur et de sa famille.

3. Les États membres peuvent exclure de la remise de dettes des classes spécifiques de créances, telles que les dettes garanties ou issues de sanctions pénales ou d'une responsabilité délictueuse, ou fixer un délai de réhabilitation plus long lorsque ces exclusions ou délais plus longs sont justifiés par l'intérêt général.

4. Par dérogation à l'article 21, les États membres peuvent prévoir un délai de déchéance plus long, voire d'une durée illimitée, lorsque l'entrepreneur surendetté est membre d'une profession dans laquelle s'appliquent des règles déontologiques spécifiques ou lorsque la déchéance a été ordonnée par une juridiction dans le cadre d'une procédure pénale.

ANALYSE ET OBSERVATIONS

La proposition prévoit des exceptions au principe d'une réhabilitation, ainsi que la possibilité de s'opposer à l'effacement de certaines dettes : débiteur malhonnête ou de mauvaise foi ; injonctions de déchéance plus longues, pour l'entrepreneur exerçant une profession sensible débiteur condamné au pénal. Dans de tels cas, il serait possible pour les entrepreneurs de bénéficier d'une remise de dette, mais de rester déchu pour une période plus longue, voire indéfiniment, de l'exercice d'une profession donnée.

Ces restrictions sont déjà appliquées en droit français. Par exemple, le bénéfice de la clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif ou celui du rétablissement professionnel ne peut être demandé qu'une fois tous les cinq ans (articles L. 645-2 et L. 643-11, III, 3° du Code de commerce). De même, les textes sous-entendent que ces procédures sont réservées au débiteur honnête et de bonne foi.

ANALYSE DE LA PROPOSITION DE DIRECTIVE ARTICLE PAR ARTICLE

ARTICLE 23 : CONSOLIDATION DES PROCÉDURES CONCERNANT LES DETTES PROFESSIONNELLES ET LES DETTES PERSONNELLES

1. Les États membres veillent à ce que, lorsqu'un entrepreneur surendetté a des dettes professionnelles contractées dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale et des dettes personnelles contractées en dehors de cette activité, l'ensemble de ses créances soient traitées en une procédure unique à des fins de réhabilitation.

2. Les États membres peuvent déroger au paragraphe 1 et disposer que les dettes professionnelles et les dettes personnelles doivent faire l'objet de procédures distinctes, pour autant que ces procédures soient coordonnées aux fins d'une réhabilitation conformément à la présente directive.

ANALYSE ET OBSERVATIONS

Sur la coexistence de dettes professionnelles et de dettes non professionnelles

Par la combinaison des deux paragraphes, l'article laisse le choix aux États membres de mettre en place une procédure unique ou deux procédures distinctes.

En droit français, la procédure collective ouverte contre un entrepreneur couvre déjà toutes ses dettes professionnelles et non professionnelles. Il n'existe une dualité de procédures que dans le cas d'un EIRL. Dès lors, lorsque deux procédures coexisteront, il sera nécessaire que celles-ci soient coordonnées.

ANALYSE DE LA PROPOSITION DE DIRECTIVE ARTICLE PAR ARTICLE

ARTICLE 24 : AUTORITÉS JUDICIAIRE ET ADMINISTRATIVE

1. Les États membres veillent à ce que les membres des autorités judiciaires et administratives traitant des questions de restructuration, d'insolvabilité et de seconde chance reçoivent une formation initiale et continue à un niveau correspondant à celui de leurs responsabilités.

2. Sans préjudice de l'indépendance de la justice et de la diversité de l'organisation des ordres judiciaires dans l'Union, lorsque les affaires de restructuration, d'insolvabilité et de seconde chance sont gérées par des autorités judiciaires, les États membres veillent à ce qu'elles soient traitées d'une manière efficiente qui garantisse un déroulement rapide de la procédure et à ce que les membres de l'appareil judiciaire concernés possèdent l'expertise et la spécialisation nécessaires.

ANALYSE ET OBSERVATIONS

Voir commentaires et observations sous l'article 25.

ANALYSE DE LA PROPOSITION DE DIRECTIVE ARTICLE PAR ARTICLE

ARTICLE 25 : PRATICIENS DANS LE DOMAINE DE LA RESTRUCTURATION, DE L'INSOLVABILITÉ ET DE LA SECONDE CHANCE

1. Les États membres veillent à ce que les médiateurs, les praticiens de l'insolvabilité et les autres praticiens désignés dans les affaires de restructuration, d'insolvabilité et de seconde chance reçoivent la formation initiale et continue nécessaire pour assurer que leurs services soient fournis avec efficacité, indépendance, compétence et impartialité à l'égard des parties.

2. Les États membres encouragent, par tout moyen qu'ils jugent approprié, l'élaboration de codes volontaires de bonne conduite, et le respect de ces codes, par les praticiens dans le domaine de la restructuration, de l'insolvabilité et de la seconde chance, ainsi que d'autres mécanismes efficaces de surveillance de la prestation de services dans ce domaine.

ANALYSE ET OBSERVATIONS

Sur la formation et la spécialisation des juges et des praticiens de l'insolvabilité

La directive s'est largement inspirée des standards mis en place en France, tant pour les juges consulaires que pour les mandataires de justice.

ANALYSE DE LA PROPOSITION DE DIRECTIVE ARTICLE PAR ARTICLE

ARTICLE 26 : DÉSIGNATION DES PRATICIENS DANS LE DOMAINE DE LA RESTRUCTURATION, DE L'INSOLVABILITÉ ET DE LA SECONDE CHANCE

1. Les États membres veillent à ce que le processus de désignation, de révocation et de démission des praticiens dans le domaine de la restructuration, de l'insolvabilité et de la seconde chance soit clair, prévisible et équitable et satisfasse, en particulier, aux exigences énoncées aux paragraphes 2, 3 et 4.

2. Les États membres veillent à ce que les conditions d'admissibilité et les motifs pour lesquels un praticien de l'insolvabilité pourrait ne pas pouvoir être désigné soient clairs et transparents.

3. Lorsque les praticiens dans le domaine de la restructuration, de l'insolvabilité et de la seconde chance sont désignés par une autorité judiciaire ou administrative, les États membres veillent à ce que les critères concernant la manière dont ladite autorité sélectionne un praticien soient clairs et transparents. Lors de la sélection d'un praticien dans le domaine de la restructuration, de l'insolvabilité et de la seconde chance pour une affaire particulière, son expérience et son expertise sont dûment prises en considération. Lorsqu'il y a lieu, les débiteurs et les créanciers sont consultés lors de la sélection du praticien.

4. Dans les procédures de restructuration et d'insolvabilité comportant des éléments transfrontières, la capacité du praticien à communiquer et à coopérer avec les autorités judiciaires ou administratives et les praticiens de l'insolvabilité étrangers, ainsi que ses ressources humaines et administratives sont dûment prises en considération.

ANALYSE ET OBSERVATIONS

Sur la désignation, la surveillance et la rémunération des praticiens

La proposition de directive paraît, là encore, ériger en modèle le droit français lorsqu'elle prévoit que des normes minimales doivent gouverner la désignation, la supervision et la rémunération de ces praticiens.

En droit français, les conditions d'accès et d'exercice des mandataires de justice sont fixées très précisément dans le Livre VIII du Code de commerce. Il en va de même des incompatibilités. En outre, ces mandataires font l'objet d'une surveillance, les inspections étant confiées à l'autorité publique.

Toutefois, excepté le fait que les mandataires de justice doivent être inscrits sur la liste des administrateurs judiciaires ou sur celle des mandataires judiciaires, aucune autre règle n'est prévue pour leur désignation. Dans ces conditions, si la directive est adoptée, comment le droit français intégrera-t-il la nécessaire prise en compte de l'expérience et de l'expertise du professionnel au regard de l'affaire dans laquelle il est nommé ?

En ce qui concerne la désignation du professionnel de la restructuration ou de l'insolvabilité en droit français, c'est l'autorité judiciaire qui le désigne. Dans certaines hypothèses, comme en conciliation, cette désignation peut se faire suite à la proposition du débiteur. Mais dans le principe, ni le débiteur ni les créanciers - hormis l'AGS - ne sont « consultés » à cette occasion.

⇒ Dans le souci de ne pas freiner les procédures, il serait de toute façon préférable de prévoir un dispositif *a posteriori* : afin de permettre au débiteur comme aux créanciers de contester la nomination du praticien, il serait possible de leur accorder un recours, dans un délai très bref, auprès de l'autorité judiciaire qui a nommé le praticien.

PROPOSITION :

Remplacer la dernière phrase du § 3 par : « Les États membres veillent également à ce que le débiteur comme les créanciers aient la possibilité de contester, dans un bref délai, la nomination du praticien auprès de l'autorité judiciaire ou administrative qui l'a désigné. »

ANALYSE DE LA PROPOSITION DE DIRECTIVE ARTICLE PAR ARTICLE

ARTICLE 27 : SURVEILLANCE ET RÉMUNÉRATION DES PRATICIENS DANS LE DOMAINE DE LA RESTRUCTURATION, DE L'INSOLVABILITÉ ET DE LA SECONDE CHANCE

1. *Les États membres mettent en place des structures de surveillance et de réglementation appropriées pour assurer que le travail des praticiens dans le domaine de la restructuration, de l'insolvabilité et de la seconde chance fait l'objet d'une surveillance adéquate. Cette surveillance et cette réglementation comportent également un régime approprié et efficace pour sanctionner les praticiens qui manquent à leurs devoirs.*

2. *Les États membres veillent à ce que les honoraires facturés par les praticiens dans le domaine de la restructuration, de l'insolvabilité et de la seconde chance soient régis par des règles qui incitent à l'aboutissement rapide et efficient des procédures tout en tenant dûment compte de la complexité de l'affaire. Les États membres veillent à l'existence de procédures appropriées, incluant des garde-fous, pour assurer que tout litige concernant la rémunération peut être résolu dans les meilleurs délais.*

ANALYSE ET OBSERVATIONS

Voir commentaires et observations sous l'article 26.

ANALYSE DE LA PROPOSITION DE DIRECTIVE ARTICLE PAR ARTICLE

ARTICLE 28 : UTILISATION DE MOYENS DE COMMUNICATION ÉLECTRONIQUES

1. Les États membres veillent à ce que les actions suivantes puissent être effectuées par voie électronique, notamment dans les situations transfrontières :

- (a) présentation de créances ;
- (b) dépôt de plan de restructuration ou de plan de remboursement auprès des autorités judiciaires ou administratives compétentes ;
- (c) notifications aux créanciers ;
- (d) vote au sujet des plans de restructuration ;
- (e) introduction de recours.

ANALYSE ET OBSERVATIONS

Sur la communication numérique

La Commission prévoit l'utilisation de moyens de communication électronique dans le contexte des procédures collectives. La directive s'inscrit dans le mouvement impulsé par le règlement 2015/848.

En France, le portail électronique proposé aux créanciers leur permet déjà de réaliser leur déclaration de créances. De même peuvent faire l'objet d'une communication électronique les revendications et les demandes de restitution de biens, les échanges entre créanciers et praticiens relatifs aux créances mais aussi au sort des contrats.

Toutefois, la directive va plus loin.

⇒ **Le droit français, si la directive est adoptée, devra prendre en compte cet élargissement.**

Directeur de la publication : Etienne GUYOT
CCI Paris Ile-de-France
27 avenue de Friedland - 75382 Paris cedex 08
Rapports consultables ou téléchargeables sur le site :
www.cci-paris-idf.fr
Dépôt légal :
ISSN : 0995-4457 – Gratuit
ISBN :

