



Haut Comité Juridique
de la Place financière de Paris

RAPPORT DU GROUPE DÉFAILLANCES D'ENTREPRISES

*du Haut Comité Juridique de la Place
Financière de Paris sur « les orientations en vue
d'un rapprochement des droits nationaux de
l'insolvabilité des entreprises dans
l'Union Européenne »*

Le 1^{er} juillet 2016



RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL
« DÉFAILLANCES D'ENTREPRISES »
DU HAUT COMITÉ JURIDIQUE DE LA PLACE FINANCIÈRE DE PARIS
SUR « LES ORIENTATIONS EN VUE D'UN RAPPROCHEMENT
DES DROITS NATIONAUX DE L'INSOLVABILITÉ DES ENTREPRISES
DANS L'UNION EUROPÉENNE »

Synthèse du rapport

La Commission Européenne a lancé en février 2015 une réflexion sur l'harmonisation du droit de l'insolvabilité des entreprises et a invité toutes les personnes intéressées à lui faire part de leurs propositions.

Le groupe de travail « Défaillances d'entreprises non bancaires », présidé par Mme Claire FAVRE, dans le cadre du Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris, a axé sa démarche sur la recherche des recommandations qui pourraient être transmises à la Commission Européenne.

Il apparaît que les **procédures préventives** françaises, en hausse significative depuis 2011, se soldent par un taux de réussite important et que le passage par une procédure de conciliation améliore de façon substantielle les chances d'aboutir, en procédure de redressement judiciaire, à la mise en place d'un plan de continuation pérenne. La Commission Européenne pourrait s'inspirer de la procédure de conciliation française en prévoyant trois issues : (i) la conclusion d'un accord amiable et consensuel négocié et signé par les parties, (ii) une « conciliation/sauvegarde financière accélérée (SFA) majoritaire » ou (iii) la mise en place d'un plan de cession négocié (« prepack cession »).

S'agissant des **procédures collectives**, la Commission Européenne pourrait utilement définir, a minima, des règles applicables à toutes les procédures de traitement judiciaire des difficultés des entreprises non bancaires dans l'Union Européenne.

Ces règles devraient être au nombre de neuf :

- Mise en place d'un double mécanisme de déclenchement des procédures collectives en vue du redressement de l'entreprise ;
- Priorité donnée à l'adoption de plans négociés par opposition aux plans « imposés » par une juridiction ;
- Obligation de recourir à l'expertise au-delà de certains seuils;
- Réduction voire unification des délais de traitement des procédures collectives ;
- Affirmation du principe de l'obligation de déclaration des créances avec un formalisme simplifié ;
- Harmonisation des règles relatives à la place de l'actionnaire ;
- Ouverture des procédures à des processus concurrentiels ;
- Regroupement des procédures collectives dans le cas des groupes de sociétés ;
- Harmonisation du sort réservé aux dirigeants notamment en ce qui concerne le régime des sanctions.



Introduction

La Commission Européenne a, dans son Livre Vert sur l'union des Capitaux en date du 18 février 2015, invité les États membres à faire des propositions de rapprochements des différents droits nationaux de l'insolvabilité.

Jusqu'à maintenant, les différentes initiatives réglementaires et législatives européennes ont en effet eu pour but la coordination des procédures d'insolvabilité des entreprises non bancaires, en instituant notamment un système de règles de conflit de juridictions et de lois, et non l'harmonisation des règles de fond des droits européens en ce domaine.

Or, depuis 2010 surtout, nombre de réflexions s'accordent sur le constat que le rapprochement des droits substantiels de l'insolvabilité des entreprises serait un facteur de croissance pour l'Europe. C'est ce qui ressort notamment des études, résolutions et communications suivantes :

- Etude du Parlement européen de 2010 (PE 419 633) intitulée « *Harmonisation of Insolvency law at EU level* » ;
- Résolution du Parlement européen du 15 novembre 2011 contenant des recommandations à la Commission sur les procédures d'insolvabilité dans le cadre du droit européen des sociétés (2011/2006(INI)) ;
- Communication de la Commission européenne intitulée : « Nouvelle approche européenne en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises » du 12 décembre 2012 (COM(2012) 742 final) ;
- Consultation publique de la Commission européenne sur une nouvelle approche européenne en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises (5 juillet-11 octobre 2013) ;
- Recommandation de la Commission n° 2014/135/UE du 12 mars 2014 relative à une nouvelle approche en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises (JOUE n° L 74 du 14 mars 2014, p. 65 à 70).

En l'état, la situation du droit de l'insolvabilité des entreprises non bancaires est caractérisée en Europe par d'importantes divergences d'approches et par des degrés d'efficacité très variables.

Le rapprochement des différents droits nationaux de l'insolvabilité s'impose d'autant plus qu'un grand nombre de banques de la zone Euro voient leurs bilans très alourdis par une part importante de créances douteuses/compromises (« *non-performing loans* »). Au total, le montant des prêts dits non-performants s'élèverait à plus de 900 milliards d'euros. Pour permettre aux banques de disposer à nouveau des liquidités nécessaires au financement de l'économie, il importe que celles-ci puissent non seulement s'alléger de leurs prêts non performants mais que leurs débiteurs puissent également avoir un meilleur accès au crédit et bénéficier de règles harmonisées facilitant le règlement des difficultés auxquelles ils peuvent être confrontés.

La Commission Européenne a lancé en février 2015 une réflexion sur l'harmonisation du droit de l'insolvabilité des entreprises. Elle a sollicité l'université anglaise de Leeds pour évaluer l'impact du règlement communautaire du 20 mai 2015 et a réuni un groupe d'experts pour travailler sur les différents domaines où une harmonisation peut être possible.



Les priorités de rapprochement avaient auparavant été synthétisées dans la communication de la Commission du 12 Décembre 2012 et explicitées dans la recommandation 2014/135/UE du 12 mars 2014. Le rapprochement des droits nationaux devraient ainsi, selon la Commission, prendre en compte notamment :

- Les restructurations « à un stade précoce » antérieur à l'insolvabilité ;
- Les modalités de donner une seconde chance aux entrepreneurs de bonne foi :
 - En accélérant les procédures de nature liquidative,
 - En permettant une pleine « réhabilitation » du débiteur (libération de ses dettes) dans un bref délai après la clôture de la procédure ;
- Les critères d'ouverture des procédures d'insolvabilité nationales, notamment le critère d'insolvabilité du débiteur ;
- Le droit pour les créanciers et les autorités publiques de solliciter l'ouverture d'une procédure collective ;
- Les règles relatives à la déclaration et à la vérification des créances (notamment délais, sanctions et conséquences de la non-déclaration) ;
- Les règles favorisant les plans de restructuration :
 - En permettant à un créancier de proposer un plan,
 - En uniformisant les règles d'approbation des plans par les comités de créanciers et les juridictions.

Le Haut Comité Juridique de la Place financière de Paris¹ a mis en place, en mars 2015, un Groupe de travail sur les « Défaillances d'entreprises non bancaires » pour apporter des propositions à la Commission Européenne. La composition du Groupe de Travail figure en Annexe 1 de ce rapport.

Pour établir son rapport et faire des recommandations, le Groupe de Travail a auditionné plusieurs spécialistes afin de recueillir leur point de vue et leur analyse sur l'état du système français des défaillances d'entreprises et la proposition possible d'un système commun de résolution du traitement des difficultés au niveau Européen.

La liste des personnes auditionnées figure en Annexe 2 de ce rapport.

Ce rapport abordera les procédures préventives et collectives de traitement des difficultés et ne traitera pas le surendettement des particuliers.

¹ Créé en 2015 sous l'impulsion de l'AMF et de la Banque de France, le Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris (HCJP) réalise, en toute indépendance, des analyses juridiques et les rend publiques. Il est composé d'avocats, de magistrats, d'universitaires, de responsables d'entreprises et d'autres personnalités qualifiées. Il a pour mission:

- de proposer des projets de réformes à même de promouvoir la compétitivité juridique de la Place Financière de Paris,
- d'aider et d'accompagner les autorités publiques dans le cadre des travaux de négociation des textes européens et internationaux en ce domaine,
- de renforcer la sécurité juridique en fournissant des réponses à des questions juridiques intéressant l'ensemble des acteurs financiers à la fois publics et privés.

Les pouvoirs publics et Autorités en charge de la réglementation et de la supervision de la Place Financière de Paris sont associés à toutes ses réunions.

Le Haut Comité est présidé par l'un de ses membres, actuellement Michel PRADA, Inspecteur Général des Finances Honoraire et ancien Président de l'AMF.



Le groupe de travail a considéré que ses recommandations devaient d'abord s'appuyer sur une **analyse statistique des résultats** des procédures collectives françaises (1) ; sur cette base, il a considéré que la Commission européenne devrait adopter des règles communes minimales, d'une part en matière de **mesures préventives** des difficultés des entreprises (2), d'autre part en matière de **procédures collectives** (3).

I. Analyse statistique succincte des résultats économiques du droit français des procédures collectives

Un certain nombre de statistiques pertinentes ont pu être relevées pour les besoins des travaux du groupe de travail. Ces statistiques sont, pour l'essentiel, extraites du rapport Deloitte/Altarex² publié en mars 2016. Ces statistiques englobent à la fois les procédures engagées tant devant le juge consulaire que les tribunaux d'instance et de grande instance³.

Comme cela a été relevé au cours des auditions, il est regrettable qu'il n'existe pas encore à ce jour de statistiques nationales qui soient accessibles (même anonymisées pour certaines) et qui puissent permettre en particulier de mieux cerner les types de difficultés rencontrées le plus fréquemment dans le cadre des différentes procédures. Il serait utile, par exemple, sans que cela se veuille exhaustif, de connaître les motifs de rejet des demandes de désignation de mandataire ad hoc ou d'ouverture de procédure de conciliation, le pourcentage de procédures de conciliation engagées lorsque l'entreprise est en état de cessation de paiement, la typologie des faiblesses récurrentes des plans de sauvegarde ou de redressement ordonnés par le juge, ou encore les sanctions imposées aux dirigeants.

1. Le tissu des entreprises françaises

En préalable, il convient de rappeler que les entreprises commerciales sont, dans l'ensemble de chacun des pays de l'Union Européenne, classées en différentes catégories, comme suit :

- (a) Les grandes entreprises.
- (b) Les entreprises de taille intermédiaire (ETI) dont l'effectif se situe entre 250 et 5.000 salariés et dont le chiffre d'affaires annuel ou le total du bilan n'excède pas, respectivement, 1,5 milliards ou 2 milliards d'euros.
- (c) les petites et moyennes entreprises (PME)⁴, classées comme suit :

² Certaines statistiques sont également reprises de certains rapports du CIRI ou OCED ainsi que de certains chiffres communiqués au cours des différentes auditions tenues par le groupe de travail.

³ A noter que les chiffres relatifs aux emplois menacés concernent essentiellement les entreprises commerciales (procédures traitées par les juges consulaires) et que, d'autre part, la proportion des affaires traitées par les tribunaux civils n'est que de l'ordre de 3 % à 5 % du montant total des procédures amiables et judiciaires).

⁴ Les tailles des PME restent très modestes lorsqu'on s'attache aux critères du chiffre d'affaires ou du total du bilan.



- Les moyennes entreprises (ME) dont l'effectif se situe entre 50 et 250 salariés et dont le chiffre d'affaires annuel ou le total du bilan n'excède pas, respectivement, 50 millions ou 43 millions d'euros ;
- Les petites entreprises (PE) dont l'effectif se situe entre 10 et 50 salariés et dont le chiffre d'affaires annuel ou le total du bilan n'excède pas 10 millions d'euros ;
- Les très petites entreprises (TPE) ou micro entreprises dont l'effectif varie entre 0 et 10 salariés et dont le chiffre d'affaires annuel ou le total du bilan n'excède pas 2 millions d'euros.

Les PME représentent entre 95 % et 99 % du tissu des entreprises européennes. En France, les PME (dont 92 % d'entre elles sont des TPE) représentent environ 99 % du stock des 3,7 millions d'entreprises françaises⁵.

Les TPE ont, en 2015, représenté plus de 90 % des défaillances et concerné à près de 50 % des emplois menacés⁶ étant relevé que les entreprises de plus de 20 salariés n'ont représenté que 3 % des défaillances et concerné à elles seules 40 % des emplois menacés⁷.

2. Les enjeux

(a) Le nombre d'emplois menacés en 2015 était de l'ordre de 560.000 salariés en procédures amiables et de la moitié (235.000) en procédures collectives⁸.

(b) Dans le même temps, 525.000 entreprises nouvelles ont été créées, mais pour la moitié d'entre elles, s'agissant de microentreprises, leur création n'emporte pas d'emplois⁹.

(c) Par ailleurs, le taux de réussite des procédures amiables étant de 70 %, près de 400.000 emplois ont pu être sauvés. Le taux de réussite des procédures de sauvegarde et de redressement n'étant que de 30 %, on peut estimer, sur la base du rapport, que sur les quelques 125.000 emplois menacés par ces deux procédures, seuls 50.000 emplois ont pu être sauvés sur un total de 235.000 emplois (toutes procédures confondues y compris les procédures directes de liquidations judiciaires¹⁰).

⁵ A noter que pour près des deux tiers, soit plus de 2,5 millions d'entreprises, il s'agit de microentreprises qui n'emploient pratiquement aucun salarié.

⁶ Cf page 7 et 8 du rapport.

⁷ Cf page 8 du rapport.

⁸ Cf pages 10 et 18 du rapport

⁹ Cf page 7 du rapport.

¹⁰ L'AGS estime, quant à elle, au vu de quelques 119.000 ou licenciements financés par elle l'an dernier, que l'on devrait pouvoir considérer que près de la moitié du nombre d'emplois seraient sauvés (page 10 du rapport).



3. Les procédures préventives

(a) Le nombre de dossiers traités dans le cadre de procédures amiables a atteint en 2015 le chiffre de 1.500 pour les mandats ad hoc et de 1.000 pour les conciliations.

Selon le rapport, le nombre d'ouvertures de mandats ad hoc et de procédures de conciliation aurait augmenté entre 2011 et 2015, respectivement de 37 % et de 72 %¹¹, ce qui témoigne de leur grande attractivité et efficacité. On note à cet égard, que le marché a réservé un accueil très favorable à l'introduction, depuis début 2014, de l'outil « conciliation-prepack cession ».

(b) Il faut noter que les ETI qui rencontrent des difficultés peuvent recourir, dès lors que leur effectif dépasse plus de 400 salariés, aux services du Comité Interministériel de Restructuration (CIRI). Celui-ci accompagne les entreprises en difficulté dans l'élaboration d'un plan de retournement et dans la négociation d'une solution avec les partenaires financiers et industriels de l'entreprise, généralement dans le cadre des procédures de prévention.

Chaque année, le CIRI fait l'objet d'une trentaine de saisines, représentant 30 à 50.000 emplois menacés.

De manière générale, les procédures préventives traitées aboutissent à un taux de réussite de près de 70%¹².

Il faut noter enfin que les sauvegardes et les redressements judiciaires précédés d'une procédure de conciliation ont 50 % de chance en plus d'aboutir à un plan de redressement pérenne¹³.

(c) Le taux de désignation d'un mandataire ad hoc est de l'ordre de 80 %. Ce taux est de 70 % pour une demande d'ouverture de procédure de conciliation.

Les mesures préventives permettent indéniablement d'anticiper les difficultés. Néanmoins, il résulte des diverses auditions que ces procédures sont, pour l'essentiel, utilisées par les grandes et moyennes entreprises. Il faut regretter le manque d'indicateurs d'alerte précis notamment pour les TPE et les petites entreprises. Cela permettrait aux chefs d'entreprise d'avoir à disposition des outils comptables leur permettant de suivre la situation de leur entreprise et leur permettre de prendre rapidement toutes mesures correctives nécessaires pour remédier à une situation pouvant mener à des difficultés/à une cessation des paiements. Il faudrait cependant vérifier que le coût financier de ces procédures est supportable pour ces petites entreprises.

¹¹ Cf page 17 du rapport.

¹² Les affaires dont est saisi le CIRI ont un taux de réussite de près de 85 %. La durée moyenne du traitement des dossiers est de 8 à 10 mois (Rapport d'activité CIRI 2014).

¹³ Cf page 10 du rapport.



4. Les procédures collectives

(a) Sur 63.000 procédures judiciaires ouvertes en 2015, près de 69 % (43.178) sont des procédures de liquidation judiciaire directes et 29 % (18.370) des procédures de redressement¹⁴.

Les sauvegardes ne représentent que 2 % du total des procédures collectives, soit un peu plus de 1.500 en 2015, 200 d'entre elles (soit 12 % environ) concernant les entreprises de plus de 20 salariés.

(b) Les entreprises de plus de 20 salariés concernent près de 70.000 emplois sur les quelques 125.000 emplois menacés par les procédures de sauvegarde et de redressement¹⁵.

Une sauvegarde ou un redressement sur deux se termine en liquidation judiciaire en moins de trois ans et les deux tiers des entreprises ayant fait l'objet d'un plan de sauvegarde ou de redressement cessent leur activité pour cause de liquidation avant 8 ans.

Au vu des éléments qui précèdent, il apparaît que les procédures préventives, en hausse significative depuis 2011, se soldent par un taux de réussite important et que le passage par une procédure de conciliation améliore de façon substantielle les chances d'aboutir, en procédure de redressement, à la mise en place d'un plan de continuation pérenne.

Il est à noter que pour ces procédures préventives, un certain nombre d'aménagements et d'outils ont été utilement mis en place par le législateur au cours des deux dernières années.

* * *

Quant à la procédure de redressement judiciaire, outre qu'elle ne permet pas aux entreprises dans leur très grande majorité de se rétablir, elle fait également l'objet d'un certain nombre de blocages, notamment quant à l'organisation et au rôle des créanciers, la valorisation de l'entreprise défaillante, la lourdeur des déclarations de créances ou quant au critère de la protection de l'emploi, considéré le plus souvent comme incontournable, sans véritable analyse de la viabilité du plan proposé, hors le respect de cette exigence.

¹⁴ Cf page 25 du rapport.

¹⁵ Cf pages 21 et 25 du rapport.



II. Les mesures préventives existantes en France ont démontré leur efficacité

Si les différentes procédures préventives ont démontré leur efficacité (1), des améliorations sont possibles pour permettre une meilleure harmonisation en droit européen (2).

1. Description sommaire des différents types de procédures préventives en France

Le livre VI du code de commerce prévoit deux mécanismes distincts mis à la disposition de l'entreprise qui anticipe ou fait face à des difficultés : la procédure de mandat *ad hoc* d'une part et la procédure de conciliation d'autre part. Les réformes successives (loi n°2010-1249 du 22 octobre 2010 et l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014) ont permis d'améliorer l'issue de ces procédures préventives en instaurant la sauvegarde financière accélérée (« SFA ») et le mécanisme du « *Prepack Cession* ».

Ces deux procédures présentent des caractéristiques communes (1) mais également des particularités (2).

A. Les caractéristiques communes

i. La nomination d'un professionnel indépendant

Les procédures de mandat *ad hoc* et de conciliation conduisent le débiteur d'une entreprise en difficulté à solliciter dans les deux cas la nomination d'un professionnel indépendant soit en qualité de mandataire *ad hoc* soit en qualité de conciliateur. Si les critères de désignation de ce professionnel sont assez souples, le président du tribunal de commerce choisira la plupart du temps ce dernier parmi les personnes inscrites au titre de la profession d'administrateur judiciaire ou de mandataire judiciaire qui ont reçu une formation réglementée et qui ont l'expérience nécessaire à l'appréhension et au traitement des difficultés de l'entreprise. De plus, ces derniers pourront éventuellement être nommés par le tribunal de commerce dans le cadre d'une procédure collective ultérieure (cf. *infra* la SFA).

Les administrateurs et les mandataires judiciaires exercent une profession réglementée et régie par les dispositions des articles L. 811-1 et suivants du code de commerce. Les conditions d'accès sont définies par ces articles.



La rémunération de ces professionnels fait l'objet d'un tarif fixé par décret, applicable lorsqu'ils sont nommés dans le cadre de procédures collectives. En procédures préventives, les honoraires du mandataire ad hoc ou du conciliateur devront être approuvés par le président du tribunal de commerce dans le cadre de l'ordonnance de désignation.

La mission du mandataire *ad hoc* ou du conciliateur sera également déterminée dans l'ordonnance rendue par le président du tribunal de commerce.

Il convient de noter que le débiteur peut proposer le nom d'un professionnel au président du tribunal de commerce lors de la demande d'ouverture de la procédure.

Bien souvent, le professionnel interviendra en qualité de médiateur indépendant dans le cadre des négociations entreprises entre le débiteur et ses créanciers. Son seul objectif devra être la prise en compte de l'intérêt social de la société en difficulté ainsi que la préservation des intérêts des salariés, tout en s'assurant que l'accord négocié permet d'assurer l'apurement du passif de la société en difficulté.

ii. Le libre choix du débiteur et la confidentialité

Les procédures de mandat *ad hoc* et de conciliation sont des procédures qui seront mises en œuvre à la discrétion du débiteur en difficulté qui a seul qualité pour en solliciter l'ouverture.

De plus, ces deux procédures sont confidentielles, seuls les commissaires aux comptes doivent dorénavant en être informés. Par ailleurs, les créanciers ne se verront pas opposer un gel du passif ou la suspension des poursuites à l'encontre du débiteur. Par conséquent, aucune déclaration de créance ne devra être faite mais il est commun que les créanciers prenant part aux négociations s'engagent à ne pas poursuivre le débiteur. De plus, toute clause rendant exigible une dette en raison de l'ouverture d'une procédure de mandat *ad hoc* ou de conciliation est nulle.

iii. L'intervention du juge

Le rôle du juge (qu'il soit consulaire auprès des tribunaux de commerce ou professionnel auprès des TGI) s'est accru au fur et à mesure des réformes successives.

Tout d'abord, ce dernier peut d'ores et déjà avoir un rôle actif en amont même des procédures préventives à travers la possibilité dont il dispose de convoquer le dirigeant de l'entreprise en difficulté si des éléments tels que l'absence de dépôt des comptes annuels l'ont alerté. Ce rendez-vous confidentiel sera l'occasion d'envisager les mesures propres à redresser la situation de l'entreprise.



Durant toute la durée de la procédure (de mandat *ad hoc* ou de conciliation) le mandataire *ad hoc* ou le conciliateur devra rendre compte régulièrement au président du tribunal de l'avancée de sa mission. Le président du tribunal sera le seul, à l'issue de la procédure, à statuer sur la fin de sa mission, sur sa prorogation éventuelle (dans la limite de la durée légale) et sur l'arrêté de l'accord obtenu (constat du président du tribunal ou homologation du tribunal selon les conditions décrites ci-dessous).

Enfin, mais uniquement dans le cadre de la procédure de conciliation, le président du tribunal pourra obtenir communication de toute information qui lui serait utile afin d'apprécier la situation économique, financière, sociale et patrimoniale de l'entreprise en difficulté. Il pourra également désigner un expert à cette fin (article L. 611-6 alinéa 5 du code de commerce).

Ainsi, ces procédures préventives sont encadrées par le contrôle du président du tribunal.

B. Les deux procédures et leurs issues

a) Le mandat ad hoc

Lorsque le débiteur anticipe des difficultés d'ordres financières mais également dans la gestion de son entreprise, il peut solliciter du président du tribunal de commerce que ce dernier nomme un mandataire *ad hoc*.

Le mandat *ad hoc* est une procédure assez souple, sans contrainte de temps ni de justification de difficultés bien que le débiteur ne doive pas être en état de cessation des paiements.

A l'issue du mandat *ad hoc*, soit un accord est trouvé avec les créanciers soit la procédure est clôturée en raison de l'impossibilité de parvenir à un tel accord. Une procédure de conciliation peut également être ouverte à la suite d'un mandat *ad hoc*, ce qui est souvent le cas en pratique afin de permettre la finalisation et la formalisation de l'accord.

b) La conciliation

Plus formelle, la demande d'ouverture d'une procédure de conciliation doit répondre à des critères définis par la loi :

- le débiteur ne doit pas être en état de cessation des paiements depuis plus de 45 jours ;
- le débiteur ne doit pas avoir bénéficié d'une procédure de conciliation dans les trois mois précédant la demande d'ouverture ;
- le débiteur doit justifier d'une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible.

La durée de la procédure est également limitée dans le temps : elle est ouverte pour une période n'excédant pas 4 mois prorogable à la demande du débiteur sans que toutefois la durée totale de la procédure n'excède 5 mois.



Trois issues à la procédure de conciliation peuvent désormais être recherchées :

- Un accord de conciliation constaté ou homologué

L'issue originelle de la conciliation est l'obtention d'un accord avec les créanciers de la société en difficulté.

Cet accord, qui doit être approuvé à l'unanimité par les créanciers qui auront participé à la procédure de conciliation, peut être soit constaté par le président du tribunal de commerce soit homologué par le tribunal de commerce, la principale différence entre ces deux mécanismes étant que l'accord homologué donne lieu à un jugement qui est rendu partiellement public de façon à ce que son contenu soit opposable à tous.

De ce fait, en cas d'apport de financement dit de « *new money* », le créancier qui, dans le cadre d'une procédure collective ultérieure souhaitera bénéficier du privilège de paiement accordé par ce type d'apport, ne pourra le faire que si un jugement du tribunal de commerce a été rendu, ce qui veut dire que l'accord devra nécessairement avoir été homologué par le tribunal.

L'homologation par le tribunal permettra également l'absence de remise en cause de l'accord dans le cadre de la période suspecte. Cette période s'écoule depuis la date de cessation des paiements jusqu'au jugement d'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire ultérieure. Or l'homologation d'un accord de conciliation empêche le tribunal statuant sur l'ouverture de la procédure collective de fixer la date de cessation des paiements à une date antérieure à celle de l'homologation dudit accord. L'accord de conciliation ne pourra alors pas être remis en cause.

- Un accord qui sera entériné dans le cadre d'une procédure de sauvegarde financière accélérée (SFA)

La loi du 22 octobre 2010 a institué une nouvelle procédure « semi-collective ou quasi-collective »¹⁶, variante de la procédure de sauvegarde qui est la procédure de sauvegarde financière accélérée.

Cette procédure permet la poursuite des négociations entamées durant une procédure de conciliation avec uniquement les créanciers dits financiers de la société en difficulté, ce qui explique la définition de procédure semi-collective.

Ainsi, la SFA aura les caractéristiques d'une sauvegarde mais uniquement à l'égard des créanciers membres du comité des établissements de crédits, et, le cas échéant, des créanciers obligataires, à l'exclusion des créanciers fournisseurs.

En ce sens et uniquement à l'égard de ces créanciers, le jugement d'ouverture entraînera :

- un gel du passif et l'interdiction pour le débiteur de payer les dettes financières antérieures ;
- l'obligation pour les créanciers financiers de déclarer leur créance au passif de la procédure ;
- une suspension des poursuites.

¹⁶ PM LE CORRE : GPC 16 oct. 2010, p.3 ; LUCAS : LEDEN 2010-11, p.1.



A la différence de la procédure de sauvegarde, la SFA peut donc être ouverte en cas de cessation des paiements du débiteur mais uniquement si cette situation ne précède pas de plus de quarante-cinq jours la date de la demande d'ouverture de la procédure de conciliation¹⁷.

L'issue d'une telle procédure est la finalisation d'un plan de SFA, élaboré et négocié préalablement en procédure de conciliation. Seuls les créanciers financiers seront réunis en un ou deux comités si la présence d'obligataires nécessite la réunion d'un second comité (qui prendra la forme d'une assemblée des obligataires). Ces deux comités se prononceront sur l'adoption du projet de plan qui devra être approuvé à la majorité des 2/3 du montant des créances détenues par les membres ayant exprimé un vote au sein de chacun des comités (articles L. 626-30-2 et L. 626-32 du code de commerce).

Cette restructuration expresse doit être finalisée en un maximum de deux mois (la procédure étant ouverte pour 1 mois renouvelable une fois)¹⁸.

L'ordonnance du 12 mars 2014 a mis en place une autre variante de la procédure de sauvegarde, la sauvegarde accélérée, qui produira les mêmes effets que la SFA mais à l'égard d'un plus large panel de créanciers c'est-à-dire tous les créanciers à l'exclusion des salariés. Elle devra être finalisée dans un délai de 3 mois maximum¹⁹.

D'un point de vue pratique, il est à noter que ces procédures de sauvegardes accélérées sont rarement mises en œuvre mais sont souvent utilisées comme une menace à l'égard des créanciers récalcitrants en conciliation afin d'obtenir l'accord unanime qui est nécessaire à la mise en œuvre du protocole de conciliation.

- Le mécanisme du plan de cession négociée dit « prepack cession »

L'ordonnance du 12 mars 2014 a instauré un nouveau mécanisme²⁰ offrant la possibilité au conciliateur d'organiser une cession partielle ou totale de l'entreprise qui pourrait être mise en œuvre, le cas échéant, dans le cadre d'une procédure ultérieure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire. Cette nouvelle mission du conciliateur devra être sollicitée par le débiteur et après avis des créanciers participants.

L'objectif essentiel de ce mécanisme est de limiter **la perte de valeur** qui accompagne le processus de cession d'une entreprise en difficulté hors le cadre de la conciliation en :

- bénéficiant de la confidentialité de la procédure de conciliation durant laquelle sera organisée par le conciliateur la recherche du plus grand nombre de candidats repreneurs ainsi qu'une analyse des offres de reprise reçues ;

¹⁷ Article L. 628-1 du code de commerce applicable à la SFA.

¹⁸ Article L. 628-10 du code de commerce.

¹⁹ Articles L. 628-1 à L. 628-8 du code de commerce.

²⁰ Ce mécanisme est codifié à l'article L. 611-7 du code de commerce.



- permettant de limiter la durée de la procédure collective ultérieure grâce aux démarches préalablement effectuées durant la procédure de conciliation, le tribunal pouvant en effet fixer dès l'ouverture une audience d'examen des offres de reprise qui aura lieu dans les premières semaines de la période d'observation.

Le CIRI a notamment participé activement à la négociation entourant deux reprises récentes dans le cadre de prepack cessions :

- En juin 2015, NextiraOne a été repris par Butler Industries, permettant la préservation de 1400 emplois (100% des emplois ont été repris),
- En novembre 2015, un prepack-cession a permis la cession de l'entreprise FRAM ; la concurrence entre les différents candidats à la reprise a notamment fait monter le prix de vente à cinq fois le prix de départ proposé, tout en sauvegardant 87 % des emplois.

* * *

Au total, les mesures préventives ont plusieurs avantages :

- leur confidentialité permet de préserver la valeur de l'entreprise en difficulté, notamment au regard de ses relations avec ses fournisseurs;
- l'implication du juge apporte un haut degré de sécurité aux dirigeants et aux créanciers de cette entreprise ;
- la contractualisation apporte tous les avantages d'une solution négociée et non imposée et assure « l'appropriation » de la solution par chacune des parties intéressées ;
- l'intervention de professionnels indépendants permet d'éviter les conflits d'intérêt et facilite les décisions des comités de crédit bancaires, qui peuvent s'appuyer avec confiance sur les conclusions de ces experts ;
- la rapidité de ces procédures permet d'éviter une dégradation de la situation de l'entreprise.

2. Les améliorations possibles des procédures préventives françaises dans le cadre d'une harmonisation du droit européen

A titre liminaire, la majorité des personnes auditionnées ont fait part de la difficulté d'attirer vers les procédures préventives les petites et très petites entreprises. Un travail de sensibilisation à leur égard paraît nécessaire. Ainsi, des incitations à recourir aux services d'un expert-comptable seraient particulièrement bénéfiques. De plus, il faudrait encourager les dirigeants à consulter les cellules spéciales présentes dans les tribunaux de commerce afin d'évoquer les éventuels problèmes de leur entreprise. Il entre ainsi dans les missions des Chambres de Commerce et d'Industrie (« CCI ») d'entreprendre des actions concernant les entreprises qui rencontrent des difficultés. Ces missions sont définies par chaque CCI au niveau local. Par exemple, la CCI de Paris propose trois types d'actions en faveur des entreprises en difficulté : (1) formation des chefs d'entreprise ou de leurs conseils ou de syndicats sur le droit de l'insolvabilité; (2) publication de documents d'information; (3) proposition de rendez-vous individuels, confidentiels et gratuits entre le chef d'entreprise et un avocat/un expert-comptable/un magistrat honoraire sur des points juridiques notamment sur le droit de l'insolvabilité.



Ces interventions extérieures ont l'avantage de ne pas imposer aux petits entrepreneurs de se rendre au tribunal, démarche souvent considérée comme punitive par ces derniers.

Le cadre législatif national est dans l'ensemble satisfaisant. Lorsqu'elle est menée à son terme, la procédure de conciliation doit déboucher sur un accord global consensuel trouvé par les parties et accepté par elles. Dans ce cas, il n'y a pas lieu de suggérer ou proposer des modifications des règles en vigueur.

Une amélioration importante pourrait toutefois être apportée à la procédure de conciliation/SFA française et le recours au « prepack cession » devrait être encouragé.

i. La création de comités de créanciers

Dans notre procédure actuelle de conciliation, il serait nécessaire de créer des classes de créanciers. Cela permettrait de faciliter un rapprochement avec l'actuel *scheme of arrangement* anglais dans lequel la création des classes de créanciers est essentielle pour le contrôle judiciaire.

Dans le cadre de l'introduction des classes de créanciers, une adaptation des règles de majorité et de la fixation des droits de vote semble également nécessaire. Aujourd'hui, une majorité des 2/3 du montant des créances dans chacun des comités et dans l'assemblée des obligataires est nécessaire. Ainsi, des obligataires possédant des obligations ayant perdu une partie de leur valeur auraient toujours une valeur de nuisance. Ce cas s'est présenté dans l'affaire Thomson où les obligataires ont essayé d'utiliser ce pouvoir de nuisance pour obtenir le plus possible de la part de l'entreprise.

L'introduction de classes de créanciers (qui d'ailleurs est prévue dans la recommandation de la Commission du 14 mars 2014) permettrait de classer les créanciers en fonction de la « qualité » de leurs créances (subordonnées, chirographaires, privilégiées, bénéficiant de sûretés spéciales etc.). Dans chacune des classes, le plan serait adopté à la majorité des 2/3 des créances. Ainsi pourrait être évité un contentieux sur la fixation des droits de vote par l'administrateur judiciaire, qui, dans le système actuel doit prendre en considération les accords de subordination et les garanties. Une réflexion pourrait d'ailleurs être engagée sur le point de savoir s'il ne faudrait pas, dans certaines situations et avec des garanties appropriées, réunir les actionnaires dans une classe spéciale comme cela est pratiqué en droit allemand. Ensuite, sous le contrôle du tribunal, un plan de sauvegarde pourrait être accepté s'il recueille la majorité des classes de créanciers. Un tel système serait en conformité avec la pratique internationale, notamment en Angleterre dans le cadre du *scheme of arrangement* et en Allemagne.

ii. Recours au plan de cession négociée (« prepack cession »)

Cette procédure offre les garanties d'une procédure collective brève sans en comporter les inconvénients. Elle permet, en effet, une négociation rapide sur la survie de l'entreprise en totale confidentialité et avec toutes les garanties procédurales voulues. Alors que dans le prepack anglais, le créancier senior ou la personne désignée par lui sera la personne reprenant les actifs, le prepack à la française permet l'ouverture des offres à des



personnes tierces aux procédures assorti de garanties procédurales découlant de l'ouverture d'une procédure collective assurant notamment la transparence nécessaire.

Ce modèle français, combinant une procédure amiable et confidentielle avec une procédure d'insolvabilité « de clôture » pour arrêter un plan de sauvegarde ou la vente de l'entreprise dans des délais très courts (qui relève du champ d'application du règlement (CE) no. 1346/2000), pourrait constituer le modèle de référence en Europe. Cela d'autant plus que le système français bénéficie d'un retour d'expériences important et a fait ses preuves depuis plus de 25 ans.

III/ Les procédures collectives pourraient être soumises, au niveau européen, à quelques règles communes

Le Groupe de travail considère que la Commission Européenne pourrait utilement définir quelques règles communes, sortes de « dénominateurs communs » a minima, applicables à toutes les procédures de traitement judiciaire des difficultés des entreprises non bancaires dans l'Union Européenne. Il a estimé qu'il ne lui appartenait pas de traiter des questions de droit du travail, qui sont pourtant primordiales, tout en rappelant que l'objectif général des procédures collectives doit consister à sauvegarder autant que possible l'entreprise, et donc l'emploi utile.

Ces règles pourraient être au nombre de 9 :

1. Mettre en place un double mécanisme de déclenchement d'une procédure collective en vue du redressement de l'entreprise

Une procédure collective tendant au règlement de difficultés aigües d'une entreprise devrait pouvoir être engagée soit si l'entreprise se heurte à des difficultés insurmontables, soit si elle se trouve en cessation des paiements.

Ainsi, en France, le code de commerce prévoit trois procédures collectives distinctes pour les entreprises en difficulté - la sauvegarde, le redressement et la liquidation – dont seules les deux premières, qui tendent à la poursuite de l'activité d'une entreprise en difficulté, seront prises en considération ici.

i. La sauvegarde

Selon l'article L. 620-1 du code de commerce, la procédure de sauvegarde est ouverte sur la demande d'un débiteur qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter.

Il n'y a pas de précisions sur la nature des difficultés ; aussi celles-ci peuvent être économiques, financières, sociales, techniques, humaines. Ces difficultés doivent être insurmontables compte tenu de la capacité d'endettement du débiteur.



Les principales différences avec le redressement judiciaire, qui sera analysé succinctement ci-dessous, résident dans le caractère volontariste de la procédure de sauvegarde et dans sa nature préventive : celle-ci ne peut être ouverte qu'à la seule initiative du débiteur qui n'est pas en état de cessation des paiements.

La période d'observation de la sauvegarde s'étend sur six mois. Ce délai est renouvelable une fois par demande motivée et, à titre exceptionnel, une nouvelle fois sur demande du Ministère public.

La sauvegarde produit plusieurs effets : le jugement d'ouverture de la sauvegarde entraîne la suspension des poursuites individuelles (article L.622-21 C.com) ; il arrête le cours des intérêts (conventionnels, légaux..) et des majorations, à l'exception des prêts de plus d'un an et suspend les poursuites contre les garants du débiteur (article L.622-28 C.com). Aussi, le débiteur ne peut payer une créance antérieure au jugement d'ouverture (L.622-7 C.com) et le débiteur ne peut payer une créance postérieure au jugement d'ouverture sauf si :

- Celle-ci est née régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation,
- ou si celle-ci est la contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période,
- ou s'il s'agit de créances alimentaires. (L.622-17 C.com)

ii. Le redressement judiciaire

Selon l'article L. 631-1 du code de commerce, l'ouverture d'un redressement doit être sollicitée si le débiteur se trouve en situation de cessation des paiements. Aux termes de l'article L. 631-1 du code de commerce, le débiteur est en cessation des paiements lorsqu'il est dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible.

L'ouverture d'une procédure de redressement appartient au débiteur qui doit y procéder au plus tard dans les quarante-cinq jours de la cessation des paiements, ou à un créancier ou encore au ministère public (articles L. 631-5, R. 631-2 et R. 631-4 du code de commerce).

Cette procédure commence par une période d'observation de six mois maximum. Cette période est renouvelable mais ne peut dépasser dix-huit mois au total.

Au cours de la première période de deux mois, le tribunal peut, en l'absence d'informations suffisantes sur l'évolution de l'activité de l'entreprise, si le débiteur n'honore pas ses échéances courantes ou si aucune solution de redressement n'est envisageable, décider de la conversion de la procédure de redressement en liquidation judiciaire.

Le débiteur est assisté par l'administrateur judiciaire pour tous les actes relatifs à la gestion ou pour certains d'entre eux. Le tribunal peut également décider que l'administrateur judiciaire assurera seul l'administration de l'entreprise. (article L.631-12 C.com). L'ouverture d'une procédure de redressement entraîne la suspension des poursuites et arrête le cours des intérêts et des majorations. Ainsi, les créanciers antérieurs, notamment, ne peuvent plus engager de poursuites en justice ni procéder à des saisies afin de faire exécuter des décisions déjà rendues. Les règles en matière de créances sont également similaires à la sauvegarde.



iii. La cessation des paiements et le critère des difficultés insurmontables

a. La cessation des paiements, le critère de référence

Le critère de la cessation des paiements devrait être le critère de référence pour fixer la date à compter de laquelle le débiteur doit, dans un délai maximum de 45 jours, solliciter l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire. Cette date constitue également le point de départ de la période suspecte permettant d'annuler certains actes.

La cessation des paiements est un indicateur d'une crise de liquidité avérée. A titre de comparaison, plusieurs pays européens retiennent un concept comparable, qui est quelque fois combiné avec le critère de surendettement bilanciel comme c'est le cas en Allemagne.

Même si le critère de cessation des paiements ne constitue plus la *summa divisio* entre les procédures amiables, les pré-procédures, et les procédures collectives (redressement et liquidation judiciaires), ce critère conserve son utilité. Il est en effet indispensable de conserver l'obligation d'ouvrir une procédure collective en cas de crise de liquidités. Il y va de l'intérêt d'un traitement égalitaire des créanciers, et de la préservation des actifs du débiteur.

b. Les difficultés insurmontables, le critère secondaire

Dans le cas d'une procédure de sauvegarde, le débiteur peut ouvrir la procédure s'il n'est pas encore en cessation des paiements.

Il est, en effet, nécessaire de permettre à un débiteur d'ouvrir une procédure collective dans le cas de difficultés insurmontables rencontrées par son entreprise. Le traitement plus en amont des problèmes permet un traitement plus facile des difficultés de l'entreprise.

2. Donner la priorité à l'adoption de plans négociés, par opposition aux plans « imposés » par une juridiction

Il faudrait donner la priorité, en France et dans les différents Etats européens, à l'adoption de plans négociés par opposition aux plans « imposés ».

En effet, le plan imposé présente plusieurs inconvénients. En règle générale, le principe de l'égalité des créanciers a vocation à s'appliquer. Ainsi, le plan imposé qui ne peut prévoir qu'un rééchelonnement des créances sur une durée de 10 ans, ne prend pas en compte les rangs des différents créanciers.

De plus, le caractère progressif des remboursements est de nature à nuire aux intérêts des créanciers. A cet égard, on observe que le plan imposé ne prévoit souvent qu'un remboursement symbolique pendant les deux



premières années. Ainsi, le plan crée une situation artificiellement favorable pendant cette première période. L'amortissement de la troisième année devant être au moins à hauteur de 5% des dettes à restructurer, il arrive assez fréquemment que le débiteur ne se trouve pas en mesure d'y faire face.

Ce système favorise donc la mise en place de plans qui sont voués à l'échec au terme de cette période de trois ans.

Enfin, l'établissement d'un plan imposé semble être une spécificité française, qui est inconnue en droit allemand et anglais.

La négociation d'un plan avec les créanciers présente donc l'avantage d'aboutir à l'établissement de plans plus réalistes.

Lorsque les créanciers réunis en comité disposent de la possibilité de suggérer un plan alternatif, le principe de la liberté contractuelle doit s'appliquer et les créanciers déterminent, par exemple, eux-mêmes la durée du plan. *In fine*, le plan doit être adopté à la majorité des 2/3 du montant des créances. Cet accord sera un gage de réussite du plan. Si le plan ne recueille pas cette majorité, le plan de restructuration devra être élaboré par le débiteur avec l'assistance de l'administrateur puis arrêté par le tribunal.

L'objectif du législateur est de privilégier une restructuration de la dette majoritaire et consensuelle. Le plan imposé par le tribunal doit ainsi être l'exception et le plan consensuel et voté la règle.

3. Rendre obligatoire le recours à l'expertise au-delà de certains seuils

Au-dessus de certains seuils de chiffre d'affaires et de salariés, le recours à un expert financier devrait être prévu afin d'établir un rapport analysant les origines des difficultés, le caractère sérieux du business plan du management et la restructuration financière envisagée. Cette expertise serait alors la même que celle déjà prévue en matière de procédures préventives. Dans les cas où l'entreprise se situerait en dessous des seuils de chiffre d'affaires et de salariés, le recours à un expert-comptable pourrait être facultatif.

L'expert-comptable est en effet, avec l'avocat du débiteur, le mieux à même de conseiller le dirigeant de l'entreprise en difficulté afin de lui rappeler ses droits et devoirs ainsi que ses obligations comptables. De plus cet expert, une fois désigné, sera un atout dans le traitement des difficultés de l'entreprise puisque son expertise, neutre, permettra d'appréhender les difficultés passées et de les analyser afin d'envisager un traitement plus durable de ces dernières. Il sera ainsi également une aide pour l'administrateur judiciaire lors de l'élaboration de son bilan économique et social. Il pourra aussi accompagner le tribunal pendant la période d'observation au cours de laquelle il devra statuer sur la capacité de l'entreprise à se financer durant cette période ainsi qu'au moment de l'adoption du plan de sauvegarde ou de redressement ou du plan de cession puisque l'expert-comptable pourra analyser la pérennité de la solution de redressement envisagée.

Ainsi le recours à un tel expert pourrait être rendu obligatoire par le législateur à condition toutefois que sa rémunération soit également fixée par ce dernier ou par voie réglementaire (de façon similaire à celle



des administrateurs et mandataires judiciaires) puisqu'une telle expertise aura nécessairement un coût qu'il faudra pondérer aux vues des difficultés financières de l'entreprise et d'un manque de trésorerie fréquent à l'ouverture d'une procédure collective.

4. Unifier et réduire les délais de traitement des procédures collectives

L'expérience montre abondamment que plus les risques de défaillance d'une entreprise sont traités en amont, plus les chances de la redresser sont importantes.

Aussi les trois catégories de délais existant en ce domaine devraient être unifiées en Europe et devraient tendre à traiter rapidement les difficultés intervenues. Il existe trois catégories de délais : les délais d'ouverture de la procédure, les délais de la procédure et les délais de clôture de la procédure.

S'agissant des délais d'ouverture des procédures, ils devraient être les plus courts possibles, ils sont aujourd'hui en moyenne de moins d'une semaine en France entre la saisine du tribunal et le jugement d'ouverture.

Dans d'autres pays européens, la procédure d'insolvabilité est quelques fois précédée d'une pré-procédure dont la durée est, en général, de 3 mois au maximum. C'est le cas par exemple de l'Allemagne. Toutefois, la notion de «pré-procédure» ne doit pas induire en erreur, elle correspond en réalité très largement à notre période d'observation. En effet, l'administrateur provisoire doit dresser un bilan lui permettant d'éclairer les créanciers sur le point de savoir s'il convient d'ouvrir une procédure d'insolvabilité en bonne et due forme. Pendant cette période, les salaires sont pré-financés par un organisme étatique (le pendant allemand de l'AGS). Une procédure n'est ouverte que s'il y a suffisamment d'actifs pour payer les frais de justice. Au terme de cette procédure provisoire, les créanciers doivent se prononcer sur la poursuite d'activité dans le cadre d'un plan de continuation (*Insolvenzplan*) ou autoriser un plan de cession.

La durée de la période d'observation est actuellement de six mois maximum renouvelable, sans pouvoir excéder dix huit mois. Ce délai est trop long. Ainsi, il est proposé que ce délai soit abaissé à une durée 3 mois renouvelable une fois, voire une deuxième fois à titre exceptionnel et sur avis d'un expert et de l'administrateur judiciaire.

Cette limitation devrait s'accompagner d'un alignement des autres délais entourant l'ouverture de la procédure collective et notamment :

- le délai de déclaration de créance actuellement de deux mois (rallongé de deux mois pour les créanciers étrangers) à compter de la publication du jugement d'ouverture au BODACC ;
- le délai de revendication de biens actuellement de trois mois ;
- le délai de demande de résiliation du contrat de bail qui ne peut actuellement être faite qu'après 3 mois de procédure.

On note d'ailleurs que la période d'observation est très brève, voire inexistante, en cas de prepack cession ou en cas de sauvegarde (financière) accélérée, car l'issue de la procédure a fait l'objet d'une préparation au cours



de la procédure de conciliation. Cette formule est d'autant plus à privilégier qu'elle permet d'annoncer aux marchés, le jour de l'ouverture de la procédure, l'existence d'une solution de sauvetage de l'entreprise qui est de nature à rassurer ses partenaires, préservant ainsi la valeur de l'entreprise.

Enfin, concernant la durée du plan de sauvegarde ou de redressement, celle-ci devrait :

- Soit être librement déterminée lorsque les créanciers ont voté le plan²¹ ;
- Soit, dans le cas exceptionnel d'un plan « imposé », être limitée à 5 ans dans le cas d'un plan imposé²² sauf cas exceptionnel pour permettre à des entreprises de taille importante de bénéficier de plans plus adaptés.

Cette fixation de chacune de ces trois catégories de délais permettrait d'enserrer dans le temps contraint certaines procédures et ainsi de préserver la valeur résiduelle des entreprises concernées. Elle devra nécessairement être accompagnée d'une mobilisation des acteurs de la procédure à savoir l'administrateur et le mandataire judiciaires, le juge-commissaire, le ministère public, le dirigeant et les représentants du personnel afin que ces derniers participent dans les temps à l'élaboration d'une solution pour le redressement de l'entreprise dans les délais impartis. De plus, cette limitation dans le temps permettra de circonscrire l'impact médiatique de certaines procédures ainsi que l'impact de ces dernières sur la gestion du dirigeant et sur les salariés de l'entreprise en difficulté.

Il convient de noter que la limitation dans le temps des procédures collectives est déjà une priorité du législateur français qui a successivement limité la durée de la conciliation (actuellement d'un maximum de 5 mois, instauré les mécanismes de sauvegarde accélérées (financière ou non) et celle du « prepack cession ».

5. Affirmer le principe de l'obligation de déclaration de créances avec un formalisme simplifié

Le droit de procéder à la déclaration de ses créances est consacré par le Règlement CE n° 1346/2000 ; cette solution a été reprise le nouveau Règlement UE n° 2015/848 qui le remplace.

Une déclaration de créances peut prendre des formes diverses. Elle vient d'être simplifiée en France où elle cesse d'être considérée comme une action en justice. Sur ce point, la France rejoint le droit anglais et le droit allemand qui prévoient des formalités encore moins contraignantes.

Le droit français prévoit des délais stricts. Sur ce point, les droits allemand et anglais sont plus souples.

En droit français, toutes les créances existant avant le jugement d'ouverture de la procédure sont soumises à cette obligation de déclarer, à l'exception des créances salariales et alimentaires.

²¹ Cette hypothèse est déjà prévue par l'article L. 626-30-2 du code de commerce qui exclut expressément l'application de l'article L. 626-12 du code de commerce en présence de comités de créanciers.

²² Cette durée est actuellement de dix ans maximum. Il est proposé que cette durée soit abaissée à cinq ans.



S'agissant des créances postérieures au jugement d'ouverture, il faut distinguer entre les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation (créances utiles) qui doivent être portées à la connaissance des organes de la procédures. Les créances postérieures non utiles suivent le régime de déclaration des créances antérieures.

6. Harmoniser les règles relatives à la place de l'actionnaire

En France, le législateur a récemment modifié les règles applicables à l'actionnaire. L'ordonnance du 12 mars 2014 a notamment introduit dans le droit positif français la dilution et la cession forcée des titres, dans le cadre d'une augmentation de capital mais uniquement dans le cas d'une absence de reconstitution des capitaux propres, puis la loi du 6 août 2015 n° 2015-990 a introduit, dans le code de commerce, l'article L. 631-19-2 qui ne fait plus de référence restrictive à l'absence de reconstitution des capitaux propres.

Les mesures prises permettent notamment la dilution ou l'éviction des actionnaires en dehors de toute idée de faute commise par ceux-ci, dès lors que :

- il existe un trouble grave à l'économie nationale ou régionale et au bassin de l'emploi et l'éviction des actionnaires est nécessaire pour faire cesser un tel trouble ;
- l'entreprise concernée est une entreprise d'au moins 150 salariés ou constituant une entreprise dominante d'une ou de plusieurs entreprises dont l'effectif total est d'au moins 150 salariés ;
- l'examen d'autres possibilités de cession totale ou partielle a été entrepris.

L'article L. 631-19-2 du code de commerce prévoit que cette modification des droits des actionnaires se réalise sous deux formes :

- une dilution forcée des droits des actionnaires dans le cadre d'une augmentation de capital par un apport en espèces ou par conversion de créances approuvée en assemblée générale par un mandataire de justice nommé par le tribunal afin de voter à la place des actionnaires à absorber les pertes de l'entreprise ; ou
- une cession forcée des titres en capital détenus par les actionnaires susceptibles de bloquer le vote de l'augmentation de capital. Le prix de cession est fixé dans ce cas à dire d'expert si aucun accord n'a pu être trouvé entre les intéressés sur la valeur des droits des associés.

Il y a lieu de préciser que l'éviction des actionnaires qui résulte de ces deux types d'opérations ne peut toutefois intervenir qu'en procédure de redressement judiciaire puisque l'article L. 631-19-2 du code de commerce n'est pas applicable à la procédure de sauvegarde.

Bien que cette nouvelle disposition soit perçue comme un dispositif fort attendu et novateur, il convient de souligner que, d'une part, la prise de contrôle par les créanciers seniors avait déjà pu être imposée par le passé en l'absence de texte spécifique, dans le cadre d'une procédure de conciliation suivie d'une sauvegarde. En effet cela a été le cas dans le dossier Saur, puis dans les restructurations de Eurotunnel, Belvédère ou plus récemment de Latécoère (mécanisme dit de « *lender led* »). D'autre part, les conditions de mise en œuvre



de l'article L. 631-19-2 du code de commerce sont très strictes et ce mécanisme ne devrait donc qu'être exceptionnellement mis en œuvre (le législateur n'a ainsi pas précisé ce qu'il entendait par « trouble grave » ou surtout « bassin d'emploi »).

A titre d'exemple en Allemagne, la seule condition pour vaincre la résistance des actionnaires est que le plan de restructuration tel qu'adopté par la majorité des créanciers, réserve aux actionnaires un sort meilleur que celui qui aurait été le leur à l'occasion d'une liquidation judiciaire.

Ce mécanisme aura toutefois le mérite, comme le fut la SFA à ses débuts, de pouvoir être utilisé comme un levier de négociation envers des actionnaires récalcitrants, que ce soit en procédure de sauvegarde (puisque la conversion en redressement est facilitée en cas de blocage selon les dispositions de l'article L. 622-10 alinéa 3 du code de commerce) ou en procédure de redressement judiciaire.

Mais la question plus générale de la position de l'actionnaire reste ouverte. La procédure de sauvegarde doit-elle protéger l'actionnaire qui refuse une conversion de créance en capital alors même que les capitaux propres sont négatifs ?

La solution allemande consiste à classer les actionnaires, comme les créanciers, dans une classe à part en cas de procédure collective, afin de faciliter la cession forcée des titres, ou la mise en place « d'un coup d'accordéon » dans le cas d'une conversion de créances en capital.

Il faudra, en tout état de cause, prévoir un traitement approprié des actionnaires pour éviter des blocages injustifiés, tout en mettant en place des garanties contre une expropriation injustifiée. Ainsi, par exemple, un actionnaire ne devrait pas pouvoir, de façon injustifiée, s'opposer à une augmentation de capital souscrite par un tiers.

7. Ouvrir les procédures à des processus concurrentiels

Il apparaît indispensable d'organiser **un marché concurrentiel pour les cessions dans le cadre des procédures de redressement avec cession partielle et des procédures de liquidation, pour mieux valoriser les biens :**

- ouverture de la concurrence par mise en ligne des actifs,
- accès au marché pour les entreprises,
- ouverture du processus d'enchères pour permettre une meilleure vente des biens.

Cependant, il faudrait prévoir une réserve en permettant qu'un actif nécessaire à l'activité puisse être acheté en priorité par la personne qui choisirait de reprendre l'ensemble des activités.

A cet égard, la procédure américaine fournit un exemple intéressant : la mise en place d'une cession de référence qui fait l'objet d'une mise aux enchères transparente. Si l'offre de référence n'est finalement pas retenue, la procédure doit rembourser les « frais » engagés par l'investisseur de référence.



Quoi qu'il en soit, il semble utile de prévoir des règles flexibles permettant au tribunal de choisir la meilleure méthode de vente en fonction des actifs et des circonstances de chaque espèce pour optimiser le prix tout en respectant l'égalité de chance et de transparence des offres.

8. Regrouper les procédures dans le cas des groupes de sociétés

La restructuration d'un groupe de sociétés nécessite un possible regroupement des procédures auprès d'un seul tribunal et la nomination des mêmes organes de la procédure pour toutes les sociétés du groupe.

Sur ce point, l'interprétation des règles de compétence du règlement communautaire 1346/2000 par les praticiens de l'insolvabilité a fait ses preuves (cf. affaire Eurotunnel).

La loi Macron vient de libéraliser les règles de compétence permettant un forum shopping à la française en matière de groupes de sociétés dans un but de concentration des procédures auprès d'un tribunal spécialisé.

Cette solution d'inspiration libérale pourrait constituer un modèle pour l'Europe entière. Elle permettra de concevoir des plans de restructuration pour l'ensemble des entités d'un groupe de sociétés et de les mettre en œuvre de manière efficace.

9. Définir un système équilibré de sanctions raisonnables

Diverses sanctions contre le dirigeant d'une société en difficulté sont envisageables.

Les sanctions peuvent être de plusieurs types : il convient de distinguer les sanctions professionnelles, patrimoniales et pénales.

S'agissant de la responsabilité du dirigeant tout d'abord, le dirigeant d'une personne morale peut voir sa responsabilité engagée dans les conditions de droit commun de la responsabilité.

S'agissant des sanctions patrimoniales, le dirigeant qui a commis des fautes qui ont contribué à l'insuffisance d'actif dans le cadre d'une liquidation judiciaire s'expose à une procédure de comblement de passif²³. Le dirigeant est alors amené à devoir supporter totalement ou partiellement l'insuffisance d'actif avec ses deniers personnels.

S'agissant des sanctions professionnelles, le dirigeant peut s'exposer à la « faillite personnelle »²⁴. Cette sanction a pour but l'interdiction de la gestion, direction, administration ou du contrôle (même indirect)

²³ Articles L. 651-1 et suivants du code de commerce.

²⁴ Articles L. 653-2 et suivants du code de commerce.



d'une entreprise par le dirigeant après la procédure collective. Il peut aussi être sanctionné par une simple interdiction de gestion²⁵.

S'agissant enfin des sanctions pénales, la banqueroute²⁶ sanctionne, par exemple, le dirigeant ayant tenté d'éviter ou de retarder le redressement judiciaire, celui qui aurait frauduleusement augmenté le passif, dissimulé ou détourné une partie de l'actif ou encore tenu une comptabilité fictive ou incomplète.

Le dirigeant d'une personne morale est donc incité à ouvrir le plus rapidement possible la procédure de traitement collectif des difficultés pour éviter ces sanctions. Tout en bénéficiant des avantages des différents plans (exemple : pas de poursuites sur son patrimoine personnel avec l'ouverture d'une sauvegarde), il évite les éventuelles sanctions et donc les sanctions.

En réalité, le régime des sanctions applicables aux dirigeants sociaux devrait correspondre à un système de « bonus-malus ». Il faut permettre le rebond du dirigeant diligent, en conséquence, il ne faut pas prévoir à son égard de sanction. En revanche, il est nécessaire de prévoir des sanctions appropriées envers le dirigeant qui a permis l'aggravation du passif. Une réflexion pourrait par ailleurs avoir lieu sur le point de savoir s'il est nécessaire de recourir à des sanctions pénales en cas de non déclaration de l'état de cessation des paiements dans le délai prévu par la loi, comme cela est actuellement le cas en Allemagne.

²⁵ Articles L. 653-8 à L. 653-11 du code de commerce.

²⁶ Articles L. 654-1 à L. 654-7 du code de commerce.



ANNEXE 1

Composition du groupe de travail



COMPOSITION DU GROUPE DE TRAVAIL

Le Groupe de travail « Défaillances d'entreprises non bancaires » est composé de :

- **Claire Favre**, Présidente Honoraire de la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation et Vice-Présidente de l'Autorité de la Concurrence (présidente du Groupe de travail) ;
- **Reinhard Dammann**, Avocat associé du cabinet Clifford Chance dans la pratique Restructurations ;
- **Lionel Spizzichino**, Avocat associé du cabinet Willkie Farr & Gallagher dans la pratique Restructurations ;
- **Dominique Borde**, Avocat associé du cabinet Paul Hastings ;
- **Gérard Gardella**, Secrétaire Général du Haut Comité Juridique de la place Financière de Paris, ancien magistrat et ancien Directeur des Affaires Juridiques du Groupe Société Générale ;
- **Jean-François Biard**, Ancien banquier d'affaires et consultant ;
- **Matthieu Luneau**, Avocat collaborateur du cabinet Bredin Prat ;

Avec la participation:

- de représentants de la **Direction Générale du Trésor** ;
- et de représentants de la **Chancellerie**.



ANNEXE 2

*Liste des personnes auditionnées
par le Groupe de Travail*



LISTE DES PERSONNES AUDITIONNÉES PAR LE GROUPE DE TRAVAIL

Pour établir son rapport et faire des recommandations, le Groupe de Travail a auditionné plusieurs spécialistes afin de recueillir leur point de vue et leur analyse sur l'état du système français des défaillances d'entreprises et la proposition possible d'un système commun de résolution du traitement des difficultés au niveau Européen.

Le Groupe de Travail a auditionné :

- **Franck Gentin**, Président du Tribunal de Commerce de Paris ;
- **Marc Sénéchal**, Mandataire Judiciaire et Professeur à l'université Paris I Panthéon Sorbonne ;
- **Marie-Hélène Huertas**, présidente de l'AFFIC (Association Française en Faveur de l'Institution Consulaire) ;
- **Alain Magnan**, responsable des Affaires Spéciales de HSBC France ;
- **Hélène Bourbouloux**, Administrateur Judiciaire et associée de l'étude FBH ;
- **Jean Baron**, Administrateur Judiciaire et associé de l'étude CBF Associés ;
- **François Xavier Lucas**, professeur à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne ;
- **Yves Lelièvre**, ancien Président du Tribunal de commerce de Nanterre ;
- **François Legrand**, mandataire judiciaire et ancien Président de Institut Français des Praticiens des Procédures Collectives ;
- **Stéphanie Chatelon**, avocate associée du cabinet TAJ, groupe Deloitte ;
- **Jean-Pascal Beauchamp**, expert-comptable, directeur du département Restructuring Financier de Deloitte ;
- **Thierry Météyé**, directeur de la délégation UNEDIC de l'Association pour la gestion du régime de Garantie des créances des Salariés (AGS) ;
- **Sophie Vermeille**, avocate collaboratrice du cabinet DLA Piper et fondatrice de l'Institut Droit & Croissance.