



DROIT ÉCONOMIQUE

LA COMMISSION EUROPÉENNE AU CHEVET DES ENTREPRENEURS

Antoine DIESBECQ



La Commission européenne a émis une 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* » (proposition 2016/0359 du 22 novembre 2016).

Les deux principaux volets de la proposition sont définis à l'article 1^{er} qui précise :

« *la présente directive établit des règles concernant :*

- (a) *les procédures de restructuration préventives 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 ;* ».

Dans l'exposé des motifs, la proposition de directive précise que « *l'objectif n'est pas d'interférer avec ce qui fonctionne* », mais d'instaurer un cadre européen commun pour garantir une restructuration efficace, la seconde chance et des procédures efficaces aux niveaux national et transfrontière, tout en accordant « *aux Etats membres la flexibilité leur permettant d'atteindre l'objectif fixé en appliquant les principes et les règles ciblés en fonction du contexte national.* ».

1- Les cadres de restructuration préventive

1.1- La Directive invite les Etats membres à mettre en place une législation permettant au débiteur en difficulté financière d'avoir un accès,

« *à un cadre de restructuration préventive efficace leur permettant de restructurer leur dette ou leur entreprise, de rétablir leur viabilité et d'éviter l'insolvabilité* ». ³⁸

Ce cadre doit être ouvert dès lors qu'il existe « *une probabilité d'insolvabilité* », ce concept n'étant pas défini par la directive.

Il est certain que ce cadre doit être ouvert avant qu'il y ait cessation des paiements, et les dispositions du code de commerce français relatives au mandat ad hoc, à la conciliation et à la sauvegarde constituent à n'en pas douter un tel cadre, qui n'est pas le cas dans tous les Etats membres.

1.2- Le maintien du débiteur à la tête de ses affaires au moins partiellement est de principe³⁹, mais la désignation par une autorité judiciaire ou administrative d'un praticien peut être exigée par les Etats membres,

- Lorsque le débiteur bénéficie d'une suspension des poursuites individuelles,

³⁸ Article 4.1

³⁹ Article 5



- Lorsque le plan de restructuration doit être validé par une autorité judiciaire ou administrative « *par voie d'application forcée interclasse* ».

1.3- La suspension des poursuites individuelles n'est pas automatique, elle doit être justifiée par la nécessité de « *permettre le bon déroulement des négociations relatives à un plan de restructuration* ».

Elle peut être généralisée à tous les créanciers ou limitée à certains d'entre eux à l'exclusion des créances salariales, et limitée pour une durée maximale ne dépassant pas quatre mois.

La Sauvegarde financière Accélérée du droit français en est un bon exemple.

La prorogation de cette durée à des conditions strictes relèvera nécessairement de la décision d'une autorité judiciaire ou administrative et dans la limite d'une durée totale de douze mois.

Dans tous les cas, la suspension des poursuites individuelles pourra être levée,

- 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,
- A la demande du débiteur ou du patricien dans le domaine des restructurations, en charge,
- A la demande d'un ou plusieurs créanciers lorsqu'il apparaît qu'il subit ou subirait un « *préjudice excessif* »⁴⁰

L'article 7 de la proposition de Directive organise les conséquences qu'il y a lieu d'attacher à la suspension des poursuites individuelles, telles l'impossibilité pour les créanciers de « *suspendre l'exécution de leurs obligations de résilier, accélérer ou modifier* » des contrats exécutoires

1.4- Les dispositions relatives au contenu des plans de restructuration prévoient la création, à l'instar des comités des créanciers, de classes de créanciers définies par référence « *à une ou plusieurs catégories de dettes* »⁴¹.

Les dispositions relatives à l'adoption des plans de restructuration prévoient que tout créancier concerné doit avoir le droit de voter sur l'adoption du plan sans préjudice de la possibilité des Etats membres d'accorder un droit de vote aux détenteurs de capital.

Des précisions sont apportées sur la notion de classe de créanciers, et celles-ci doivent être 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.* »⁴²

Le Code de commerce français retient pour les comités de créanciers une classification liée à la qualité du créancier, établissement financier, fournisseur, ou créancier obligataire.

La détermination des classes de créanciers proposées par la directive appelle une approche *in concreto* des droits des créanciers sur l'entreprise.

Ainsi *a minima*, la proposition de directive prévoit que les créances garanties et les créances non garanties sont traitées dans des classes distinctes.

Elle réserve aussi la possibilité pour les Etats de prévoir que les salariés seront traités dans une classe distincte.

Les contestations éventuelles sur la répartition en classes sont examinées *a posteriori*, comme c'est le cas actuellement pour les comités de créanciers, par le tribunal, à l'occasion de l'examen de la demande de validation du plan.

⁴⁰ Article 6

⁴¹ Article 8

⁴² Article 9



Les majorités requises pour l'adoption du plan ne doivent excéder « *en aucun cas 75% du montant des créances ou intérêts dans chaque classe* ».

1.5- La validation des plans de restructuration n'est pas nécessairement le fait d'une autorité judiciaire ou administrative, notamment lorsque le plan est adopté par toutes les classes de créanciers statuant en majorité requise.

En revanche, dès lors que le plan de restructuration,

- affecte les intérêts de créanciers, classes de créanciers « *dissidents* », (qui ont voté contre l'adoption du plan),
- ou prévoit de nouveaux financements,

ils ne peuvent s'imposer aux parties que s'ils sont validés par une telle autorité judiciaire ou administrative.

La directive prévoit la possibilité pour cette autorité judiciaire ou administrative d'imposer le plan de restructuration (« *application forcée interclasse* »)⁴³, alors même que le plan n'a pas été approuvé par toutes les classes de parties concernées.

Pour que le plan soit ainsi imposé à une ou plusieurs classes dissidentes, il faut qu'il remplisse un certain nombre de conditions,

- qu'il « *respecte au mieux les intérêts des créanciers* »,
- qu'il ait été approuvé par au moins une classe de créanciers concernés, autre que les classes de créanciers qui n'auraient rien perçu en cas de liquidation judiciaire,
- qu'il respecte la règle de « *priorité absolue* » (paiement des créanciers avant les actionnaires).

1.6- En ce qui concerne les détenteurs de capital, la directive autorise les Etats membres à prendre des dispositions les

obligeant à former une classe de créanciers permettant ainsi au Tribunal de les soumettre au mécanisme d'« *application forcée interclasse* » précité⁴⁴.

1.7- Par principe, la valeur d'entreprise est déterminée par l'autorité judiciaire ou administrative, sur la base de sa valeur comme entreprise en activité,

- lorsqu'une application forcée interclasse est nécessaire à l'adoption du plan,
- ou lorsque le plan est contesté au motif qu'il ne serait pas conforme à la règle de la priorité absolue.

En revanche, c'est la valeur liquidative qui est retenue, « *notamment lorsqu'un créancier conteste la valeur des suretés* ».⁴⁵

1.8- Les autres dispositions traitent des voies de recours, de la protection des financements nouveaux, et d'autres transactions liées à une restructuration.

1.9 Enfin, les Etats membres sont invités à créer une obligation à charge des dirigeants, lorsqu'il existe une probabilité d'insolvabilité, de,

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

* *
*

1.10- Ainsi qu'on le voit, la proposition de directive est sans doute très largement

⁴³ Article 11

⁴⁴ Article 12

⁴⁵ Article 13



inspirée notamment du droit français des entreprises en difficulté.

Elle ouvre un certain nombre d'orientations notamment en ce qui concerne les classes de créanciers.

Elle n'est en revanche pas de nature à bouleverser l'économie générale des procédures existantes.

Le considérant 18 attire cependant l'attention en ce qu'il met en avant la recherche d'un gain d'efficacité et d'une réduction des délais et coûts, ce qui est légitime, pour justifier la mise en place de cadres nationaux de restructuration comportant des procédures souples « limitant la participation des autorités judiciaires ou administratives à ce qui est nécessaire et proportionnée pour préserver les intérêts des créanciers et des autres parties intéressées susceptibles d'être concernées »⁴⁶.

Ainsi,

- la nomination d'un praticien de la restructuration, qu'il s'agisse d'un médiateur soutenant les négociations d'un plan de restructuration ou d'un praticien de l'insolvabilité supervisant les actions du débiteur, ne devrait pas être obligatoire dans tous les cas, mais au cas par cas, selon les circonstances du cas ou les besoins spécifiques du débiteur,
- au pays de Colbert, la perte du contrôle préalable ne va pas de soi, et les créanciers eux-mêmes pourraient trouver inconfortable la recherche d'une solution adoptée sans aucun caractère judiciaire.

1.11- A cet égard, la directive poursuit en ajoutant,

« une décision de justice ne devrait pas être nécessaire pour ouvrir la procédure de restructuration, qui peut être informelle pour

autant que les droits de tiers ne soient pas affectés. »

Il ne s'agirait plus dès lors d'une procédure mais d'un processus de règlement amiable. Les parties ne feront pas l'économie, pour parvenir à une solution, de la mise en place d'un échange d'informations sécurisé, reposant le plus souvent sur l'intervention d'un tiers de confiance, et il faudra bien remplacer d'une façon ou d'une autre le mandataire *ad hoc* ou le conciliateur par une sorte de médiateur pour aider les parties à définir leurs intérêts respectifs, et rechercher une solution qui nécessairement supposera des sacrifices réciproques dont chaque partie aura à cœur de s'assurer qu'ils sont équilibrés.

2- Une seconde chance pour les entrepreneurs

2.1- Dans l'exposé des motifs, le projet de directive s'appuie sur un grand nombre d'études et sur des chiffres impressionnants.

*« On estime dans l'Union européenne à 200 000 le nombre des entreprises qui tombent en faillite chaque année (soit 600 par jour), ce qui représente une perte de 1,7 millions d'emplois directs par an. Dans un cas sur quatre, il s'agit d'insolvabilités transfrontières, c'est-à-dire qui concerne des créanciers et des débiteurs provenant de plus d'un Etat membre de l'UE ».*⁴⁷

S'agissant des personnes physiques,

« dans de nombreux Etats membres, il faut plus de 3 ans aux entrepreneurs faillis mais honnêtes, pour être libérés de leurs dettes et prendre un nouveau départ ».

Afin d'accorder aux entrepreneurs honnêtes une seconde chance effective, les déchéances liées au surendettement devront être aussi limitées dans le temps, de manière à venir à expiration au plus tard lorsque le délai de réhabilitation vient à échéance.

Pour encourager l'activité entrepreneuriale, selon la proposition de directive, les entrepreneurs et dirigeants d'entreprise ne

⁴⁶ Considérant n°18

⁴⁷ Document de travail des services de la commission



devraient pas être montrés du doigt lorsque leurs initiatives professionnelles honnêtes échouent.

Les particuliers ne devraient pas être dissuadés d'exercer une activité entrepreneuriale et se voir refuser une seconde chance.

La commission affiche ses ambitions, et affirme que la proposition « vise surtout à renforcer la culture de sauvetage dans l'UE ».

Les conséquences économiques en sont substantielles puisqu'en effet, l'on estime que l'octroi aux entrepreneurs honnêtes d'une réelle seconde chance permettant d'entamer une nouvelle activité professionnelle permettrait de créer 3 millions d'emplois en Europe⁴⁸.

2.2- Le droit français connaît depuis 1985 une clôture de la procédure pour insuffisance d'actif avec des conséquences conduisant dans une certaine mesure à l'effacement des dettes du débiteur.

En effet, la clôture de la procédure ne fait pas recouvrer aux créanciers l'exercice individuel de leurs actions, sauf exception.

Ces exceptions se sont multipliées depuis l'introduction de ce dispositif par la Loi du 25 janvier 1985, et elles sont énoncées par les dispositions de l'article L.643-11 du Code de commerce.

C'est à raison de la qualité du créancier, tirée de la nature de sa créance que s'apprécie le recouvrement ou non de l'exercice individuel d'une action contre le débiteur.

Ainsi en est-il du créancier victime de fraude ou de manœuvres frauduleuses, ou du recours de la caution qui a payé pour le compte du débiteur.

2.3- La clôture de la procédure a également pour effet de mettre fin, pour le débiteur personne physique, à l'interdiction d'exercer une activité indépendante, puisqu'en application de l'article L.641-9 du Code de commerce,

« III- Lorsque le débiteur est une personne physique, il ne peut exercer, au cours de la liquidation judiciaire, aucune des activités mentionnées au 1^{er} alinéa de l'article L.640-2 ».

Ce dernier article vise l'exercice d'une,

« activité professionnelle indépendante y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé... ».

2.4- La France a été condamnée à plusieurs reprises à raison de la durée des procédures de liquidation judiciaire, moins sur le fondement de l'impossibilité pour un débiteur de reprendre une activité indépendante, qu'au motif que le dessaisissement qui découle de la liquidation judiciaire,

« emporte le risque d'imposer au requérant une charge excessive quant à la possibilité de disposer de ses biens et entraîne la rupture d'équilibre qui justifie la sanction. »

2.5- La Cour de Cassation dans ce mouvement favorable au rebond, a jugé que si la reprise de la liquidation judiciaire après réouverture de la procédure clôturée pour insuffisance d'actif a un effet rétroactif, cet effet rétroactif est « limité à la saisie et à la réalisation des actifs et l'exercice des actions qui ont été omis dans la procédure clôturée. »⁴⁹

Cette décision s'inscrit dans la ligne de la proposition de directive, et favorise incontestablement le rétablissement de l'entrepreneur failli et honnête.

2.6- L'on ne saurait trop suggérer au législateur français de faire un pas de plus, et de supprimer du Code de commerce l'interdiction pour un débiteur en liquidation judiciaire d'exercer une activité indépendante.

La procédure emporterait un effet de saisie sur l'ensemble des biens du débiteur à la date d'ouverture de la procédure à

⁴⁸ Rapport annuel 2015/2016 sur les PME européennes page 54

⁴⁹ Com. 22 mars 2017, JCP Entreprise et Affaires n°1327, note Adeline Cerati-Gauthier



l'exclusion de ceux réputés inaliénables par la Loi (domicile et biens immobiliers ayant fait l'objet d'une déclaration notariée d'inaliénabilité, ou encore, biens acquis au titre d'une succession ouverte pendant la procédure de liquidation judiciaire).

Elle laissera au débiteur la possibilité de reprendre une activité indépendante de nature à lui permettre au moins de subvenir à ses besoins.

2.7- L'on ne saurait également trop suggérer au législateur de supprimer dans l'article 768 du Code de procédure pénale la disposition qui prévoit l'inscription au bulletin n°2 du casier judiciaire de la mention de l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire.

2.8- Le maintien de cette disposition montre qu'il faut encore rappeler que le jugement de liquidation judiciaire tire les conséquences d'une situation de trésorerie cumulée à l'hypothèse où le redressement est impossible : ce n'est pas une sanction.

Nulle faute ne doit être présumée à l'égard du débiteur, et celui-ci doit être considéré comme honnête et de bonne foi jusqu'à preuve du contraire.

L'interdiction de poursuivre une activité indépendante, conséquence irréductiblement liée au prononcé de la liquidation judiciaire constitue une sanction sans faute, qui frappe sans distinction les débiteurs honnêtes, et les autres.

Ainsi, sans nullement remettre en cause la nécessité d'écarter de la vie économique les entrepreneurs malhonnêtes ou radicalement incompetents, il apparait nécessaire de favoriser le rebond du plus grand nombre, en ne leur interdisant pas d'exercer une activité indépendante, au seul motif qu'ils sont l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire, et alors que l'alternative d'une activité salariée relève davantage de l'hypothèse d'école que d'une possibilité concrète.

Cela appellera de la part de tous les professionnels une vigilance accrue, afin de mettre en œuvre rapidement les sanctions lorsque celles-ci se révéleront justifiées, en

permettant aux entrepreneurs honnêtes un rebond effectif, d'une part, et d'autre part, en faisant disparaître dans des délais raisonnables l'épée de Damoclès qui pointait sur eux.

3- Ces quelques développements tendent à montrer que le droit français des entreprises en difficulté est un droit moderne, dont le législateur européen s'est très largement inspiré pour proposer un cadre juridique commun aux entreprises en difficulté, et à leurs partenaires, au sein de l'Union européenne.

Les ajustements techniques qui pourraient être effectués concernant la constitution de classe de créanciers seront accueillis favorablement par les praticiens de l'insolvabilité comme de nature à permettre de mieux restituer les intérêts en présence au terme d'une recherche *in concreto* dépassant si nécessaire les qualités apparentes.

La prise en compte de l'intérêt des créanciers à l'aune de leurs droits à être payés déterminés en considération de la valeur des actifs de l'entreprise mérite toute l'attention sans méconnaître les difficultés et le coût d'une évaluation réaliste.

La déjudiciarisation de certaines procédures comme l'absence d'intervention obligatoire de praticiens indépendants créerait un vide incontestable qui ne manquerait pas d'être comblé par l'intervention de nouveaux acteurs dont la maîtrise du coût et l'indépendance ne sont à ce jour nullement garanties.

Accélérer les délais de traitement des procédures judiciaires en limitant, sauf exception, la période d'observation pourrait constituer une voie médiane s'inscrivant dans les objectifs de la proposition de directive et apportant une amélioration tangible du dispositif.

Antoine DIESBECQ

Avocat associé Ancien membre du Conseil de l'Ordre

Spécialiste en droit commercial

racine
AVOCATS