

Deuxième Journée Franco-Allemande des Restructurations d'Entreprises

Berlin, 4 septembre 2015

La réforme du droit des procédures collectives en France

Anne-Cécile Soulard, Chef du bureau du droit de l'économie des entreprises, Direction des affaires civiles et du Sceau, Ministère de la Justice

Mylène Boché-Robinet, Avocat, Clifford Chance Paris

Anne-Cécile Soulard :

Introduction

Le droit français de l'insolvabilité se caractérise par la multiplicité de ses procédures, souvent qualifiée de « boîte à outils » pour mettre en avant la diversité des instruments à la disposition des juridictions face à une entreprise en difficulté.

Depuis une dizaine d'années, ces procédures ont été régulièrement modifiées afin de renforcer l'efficacité des mesures préventives et d'accélérer les procédures liquidatives.

Le texte majeur est une loi de 2005, dite loi de sauvegarde, qui a introduit une procédure collective particulière avec une fonction préventive pour un débiteur qui n'est pas en cessation des paiements, la procédure de sauvegarde.

L'année dernière, l'ordonnance du 12 mars 2014, a apporté de nouvelles innovations au droit de l'insolvabilité français. Les objectifs sont les mêmes qu'en 2005 : sauvegarder les entreprises en difficulté qui peuvent l'être en renforçant la prévention, accélérer les liquidations des entreprises dont l'avenir est irrémédiablement compromis.

Désormais, le droit français compte six procédures distinctes, dont certaines se divisent encore en sous catégories, que l'on peut classer de la plus préventive à la plus liquidative :

- mandat ad hoc,
- conciliation,
- sauvegarde, sauvegarde accélérée, sauvegarde financière accélérée,
- redressement judiciaire,
- liquidation judiciaire,
- rétablissement professionnel.

On peut aussi les classer selon qu'elles sont ouvertes lorsque le débiteur est, ou n'est pas, en cessation des paiements :

-procédures avec cessation des paiements :

- redressement judiciaire,
- liquidation judiciaire,
- rétablissement professionnel

-procédures sans cessation des paiements :

- sauvegarde,
- mandat ad hoc

-procédures avec ou sans cessation des paiements :

- conciliation,
- sauvegarde accélérée et sauvegarde financière accélérée.

1. Le double visage de la conciliation : mesure préventive autonome ou mesure de préparation à une procédure collective

1.1. La conciliation, mesure de prévention autonome

1.1.1. Inciter les débiteurs à demander l'ouverture d'une conciliation

Un débiteur peut demander l'ouverture d'une conciliation lorsqu'il éprouve une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible. Il peut demander l'ouverture de cette procédure même lorsqu'il est en cessation des paiements, à condition qu'il ne soit pas en cessation des paiements depuis plus de 45 jours.

Le président de la juridiction désigne un conciliateur qui a pour mission de favoriser la conclusion d'un accord amiable entre le débiteur et ses principaux créanciers afin de mettre fin aux difficultés de l'entreprise.

La conciliation n'entraîne pas la suspension des poursuites individuelles mais si un créancier poursuit le débiteur pendant la conciliation, ou après la conciliation, pendant l'exécution de l'accord, le débiteur peut demander au président du tribunal de lui accorder des délais de grâce pendant deux ans.

Les garants du débiteur peuvent se prévaloir des délais de paiement accordés au débiteur pendant la procédure de conciliation ou des remises et délais accordés dans l'accord de conciliation.

1.1.2. Inciter les créanciers à participer à la procédure de conciliation

Le créancier qui accorde, pendant la conciliation ou dans l'accord, un nouveau financement au débiteur bénéficie d'un rang de paiement privilégié en cas de difficultés ultérieures donnant lieu à l'ouverture d'une procédure collective.

Si, le débiteur fait ensuite l'objet d'une procédure collective, le tribunal ne pourra pas imposer de délais de paiement à ce créancier dans le plan de continuation.

1.2. La conciliation, préparation à une procédure collective

La conciliation peut également être utilisée comme un préalable à une procédure collective.

1.2.1. La conciliation pour préparer un plan de continuation

En 2010, le législateur a créé la procédure de sauvegarde financière accélérée qui permet à un débiteur qui n'a pas pu obtenir l'accord de tous ses créanciers pendant une procédure de conciliation de faire voter le plan dans le cadre d'une procédure de sauvegarde financière accélérée et ainsi d'imposer le plan aux créanciers minoritaires. En 2010, cette procédure est

dite « financière » car elle est réservée à la restructuration de la dette des créanciers bancaires et n'a pas de conséquences sur les créanciers non financiers.

En 2014, le législateur français ouvre cette procédure de telle sorte qu'un débiteur peut avoir recours à une sauvegarde accélérée pour trouver un accord sur l'ensemble de ses dettes.

Alors que la procédure de sauvegarde financière accélérée était à l'origine réservée aux très grandes entreprises (20 millions d'€ de CA, 150 salariés), la procédure de sauvegarde accélérée et la procédure de sauvegarde financière accélérée sont ouvertes aujourd'hui à des entreprises de taille moyenne : 3 millions d'€ de CA, 20 salariés.

Le principe est le même pour les deux procédures, seul le type de dettes concernées et la durée de la procédure diffère. Le débiteur a d'abord sollicité l'ouverture d'une procédure de conciliation. Durant cette procédure de conciliation, il est parvenu à un accord mais la conclusion de celui-ci se heurte à l'opposition d'une minorité de créanciers. Le débiteur demande au tribunal, selon la nature de ses dettes, l'ouverture d'une procédure de sauvegarde accélérée ou de sauvegarde financière accélérée. L'ouverture de cette procédure entraîne la constitution de comités de créanciers, ceux-ci se réunissent pour voter sur le projet de plan du débiteur. Dans la mesure où les créanciers opposants sont minoritaires, le plan est adopté par la majorité des créanciers. Ce plan est ensuite arrêté par le tribunal et peut être exécuté.

La procédure de sauvegarde accélérée dure trois mois, non renouvelables tandis que la procédure de sauvegarde financière accélérée dure un mois, renouvelable une fois.

1.2.2. La conciliation pour préparer un plan de cession

En 2014, le législateur français a créé un nouveau type de mission qui peut être confiée au conciliateur : celle d'organiser une cession partielle ou totale de l'entreprise qui pourra être mise en œuvre ensuite dans le cadre d'une procédure collective de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire.

Pour que le conciliateur puisse exercer cette mission, il faut que le débiteur en fasse la demande et les créanciers participants doivent donner leur avis sur cette mission.

Lorsque le conciliateur parvient à trouver une offre de reprise intéressante, le tribunal de la procédure collective pourra ensuite décider de la cession plus rapidement sans avoir à engager une nouvelle procédure d'appel d'offres.

Mylène Boché-Robinet :

2. Les apports de la réforme en matière de procédures collectives

L'objectif du législateur, à travers l'ordonnance du 12 mars 2014, était de renforcer encore l'attractivité des procédures de prévention amiable des difficultés, confidentielles, que sont le mandat ad hoc et la conciliation. Cela s'inscrit dans la droite ligne des recommandations de la Commission Européenne, présentées le même jour (on peut prétendre que le législateur français a même plutôt été, en matière de procédures de prévention, un précurseur par rapport aux recommandations de la Commission).

Qu'en est-il s'agissant des procédures collectives, publiques (sauvegardes, redressements et liquidations judiciaires)? Quels sont les principaux apports de la réforme du 12 mars 2014?

Je n'entrerai pas dans le détail des modifications qui sont nombreuses et ponctuent tout le livre VI du Code de commerce. Je vais simplement tenter de développer deux des "idées forces" ou objectifs de la réforme : (i) le rééquilibrage des pouvoirs en faveur des créanciers et (ii) la volonté de favoriser le rebond du débiteur personne physique.

2.1. Le rééquilibrage des pouvoirs en faveur des créanciers

De manière générale, on peut dire que la réforme tend à rééquilibrer le rapport de force en faveur des créanciers.

Le droit français est en effet un droit très favorable aux intérêts du débiteur (ne serait-ce que de par l'existence de la fameuse procédure de sauvegarde). Pour rappel, la sauvegarde est une procédure collective à part entière (c'est-à-dire entraînant interdiction des paiements et des poursuites, continuation forcée des contrats en cours etc) à la disposition d'un débiteur qui

n'est pas en état de cessation des paiements. La procédure de sauvegarde a souvent été décriée, dans certains grands dossiers français tels que l'affaire Cœur Défense, comme un instrument au service du débiteur et des actionnaires.

Avec la réforme, le curseur s'est bien déplacé en faveur des créanciers, mais le rééquilibrage n'est que partiel. Quelles sont les principales modifications à cet égard?

- *La possibilité pour les créanciers de présenter des plans alternatifs*

C'est une des principales innovations de la réforme.

Avant la réforme, seul le débiteur (en procédure de sauvegarde) ou l'administrateur judiciaire (en procédure de redressement judiciaire) pouvait proposer le plan de restructuration qui était soumis au vote des comités de créanciers et adopté à la majorité des 2/3 du montant des créances dans chaque comité.

Les créanciers avaient la possibilité de formuler des propositions, mais le débiteur ou l'administrateur étaient libres de ne pas les intégrer dans le projet de plan.

Que se passait-il alors? En cas de refus du plan par les comités, le tribunal pouvait imposer aux créanciers récalcitrants un rééchelonnement de leur dette sur une période de 10 ans maximum (sans réduction possible du montant).

Depuis la réforme, tout créancier membre d'un comité peut proposer un projet de plan alternatif, qui sera soumis au vote des comités au même titre que le projet préparé par le débiteur ou l'administrateur. Cette possibilité vaut tant en sauvegarde qu'en redressement judiciaire.

Certes, il apparaît que le débiteur, dont le plan est écarté en comité, puisse tout de même proposer au tribunal un plan imposé s'il parvient à démontrer le caractère déraisonnable du plan adopté par le comité. Mais ces mesures permettront sans doute d'inciter créanciers et débiteurs à trouver un terrain d'entente. Tout serait donc question de mesure. Le droit français fait ainsi un pas vers la "contractualisation des procédures collectives", pour reprendre les termes de R. Dammann, à l'instar du droit allemand.

En revanche, le droit français diffère encore du droit allemand s'agissant des modalités de vote dans les comités de créanciers.

- ***Les modalités de vote dans les comités de créanciers***

En pratique, tous les créanciers d'une même société (surtout s'agissant des créanciers financiers) ne se trouvent pas dans la même situation. Par exemple, des accords de subordination peuvent prévoir que les créanciers seniors seront mieux garantis que les créanciers mezzaneurs ou juniors. Certains créanciers peuvent également être garantis par des produits financiers tels que les CDS (*credit default swaps*).

Il apparaît donc justifié de traiter chacune des catégories de créanciers de manière distincte dans le cadre de la procédure collective. C'est ce qu'avait d'ailleurs préconisé la Commission Européenne. C'est aussi la voie choisie par les droits allemand, anglais ou encore américain.

Le droit français, lui, ne prévoit pas de classes de créanciers. Les créanciers sont répartis en deux comités : (i) le comité des établissements de crédit et assimilés (qui regroupe également les actionnaires s'agissant des avances et prêts d'actionnaires), et (ii) le comité des principaux fournisseurs. Les éventuels créanciers obligataires sont réunis dans l'assemblée générale des obligataires (formant ainsi une sorte de 3^{ème} comité).

Chacun des comités est appelé à se prononcer sur le plan. Le plan doit obtenir la majorité des votes dans chacun des comités (majorité des 2/3) pour pouvoir ensuite être éventuellement adopté par le tribunal.

Pourtant, avec l'ordonnance, un pas important a été fait vers la prise en compte, dans le vote des comités, des différences de situation entre les créanciers de chaque comité.

Ainsi, il est désormais prévu que tout créancier (ainsi que tout obligataire) ait la faculté d'informer l'administrateur judiciaire de l'existence de "*toute convention soumettant son vote à des conditions ou ayant pour objet le paiement total ou partiel de la créance par un tiers ainsi que l'existence d'accords de subordinations*". Il incombera à l'administrateur judiciaire, en fonction des informations reçues, de déterminer les modalités de calcul des voix.

En d'autres termes, les modalités de vote pourront être modulées, à la discrétion de l'administrateur, en fonction de l'existence et de la situation de catégories de créanciers.

C'est une avancée notable. Mais le texte est encore très imprécis, et source de contentieux et d'insécurité juridique. Quelles particularités prendre en compte? Comment? Quid de la célérité de la procédure en cas de contentieux?

S'agissant de la possibilité pour un créancier d'évincer des actionnaires, le législateur français n'a, là encore, pas emprunté la même voie que le législateur allemand.

- ***L'éviction des actionnaires***

Bien que le sujet ait été largement débattu lors de la préparation de l'ordonnance de 2014, le droit français ne prévoit aucun mécanisme automatique et fort d'éviction des actionnaires.

Il n'existe pas en droit français de mécanisme de cession forcée des actions (sauf, par exception, s'agissant des actions détenues par d'éventuels dirigeants de droit ou de fait).

L'ordonnance de mars 2014 a introduit quelques possibilités d'éviction des actionnaires via une conversion des créances en capital contre le gré des actionnaires majoritaires. Mais les conditions sont très restrictives (notamment pour reconstituer les capitaux propres) et sans doute difficiles à mettre en œuvre en pratique.

Cela étant, la réforme de mars 2014 n'a pas clos le débat puisque la loi dite loi "Macron" (du nom de notre Ministre de l'Economie), publiée en août dernier, prévoit, dans les entreprises atteignant certains seuils (plus de 150 salariés), la possibilité d'imposer aux actionnaires majoritaires une cession forcée de leurs titres ou leur dilution. Mais encore faudra-t-il démontrer qu'en cas de cessation d'activité, un trouble grave serait causé à l'économie nationale ou régionale et au bassin d'emploi. Des termes vagues et une mise en œuvre qui soulèvera certainement des interrogations.

2.2. Favoriser le rebond du débiteur

Le législateur français a voulu améliorer la situation du créancier en procédure collective. Il a également pensé aux petits entrepreneurs, personnes physiques, afin de favoriser leur rebond rapide. Comment?

- **Accélérer la procédure de liquidation judiciaire**

En moyenne, la durée d'une procédure de liquidation judiciaire en France est de 20 mois (moyenne en 2010, contre environ 4 ans en 2005). Pour le débiteur personne physique, cette procédure est un obstacle à une reprise d'activité indépendante.

Le législateur a donc mis en place des mesures permettant d'accélérer la clôture de la procédure. Ainsi, celle-ci pourra intervenir alors même qu'il subsiste des actifs à recouvrer *"lorsque l'intérêt de cette poursuite est disproportionné par rapport aux difficultés de réalisation des actifs résiduels"*. Elle pourra également être clôturée, selon certaines conditions, alors même que des actions judiciaires sont toujours en cours.

- **La nouvelle procédure de rétablissement professionnel**

Il s'agit là d'une innovation importante de l'ordonnance, un nouvel outil dans le code de commerce français.

La création de cette procédure a été motivée par le souci du législateur de simplifier, d'accélérer le traitement des faillites des petits entrepreneurs, et de leur faciliter un nouveau départ.

En effet, à ce jour, environ 1/3 des procédures collectives ouvertes sont déjà des procédures de liquidation impécunieuses, sans salarié (20.000 par an). Il fallait donc simplifier et accélérer le traitement de ces très petits dossiers.

Le législateur a donc créé le rétablissement professionnel, qui est une procédure d'effacement des dettes sans liquidation (c'est-à-dire sans réalisation de l'actif, qui est de toute façon quasi inexistant). Elle a une durée de 4 mois.

La procédure de rétablissement professionnel est réservée aux petits débiteurs personnes physiques, avec un certain nombre de conditions posées (notamment l'actif doit avoir une valeur inférieure à 5.000 euros et l'entrepreneur ne peut avoir employé aucun salarié dans les six derniers mois). S'ajoute également une condition de bonne foi : le rétablissement professionnel est décrit par la doctrine comme une sorte de "faveur" à celui qui, par exemple, n'est susceptible de n'encourir aucune sanction (c'est en quelque sorte, la seconde chance accordée à l'honnête homme).

La procédure n'est donc pas, à proprement parler, une procédure collective: il n'y a pas de "discipline collective" des créanciers (comme en sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaires): pas d'interdiction des paiements ou des poursuites, pas de dessaisissement (même si le mandataire judiciaire désigné dispose ou peut se voir attribuer certains pouvoirs, notamment conservatoires, sous le contrôle d'un juge unique).

Ici, de nouveau, le législateur français répond aux attentes de la Commission Européenne exprimées dans la recommandation du 12 mars 2014. L'exemple d'Henry Ford, qui a commencé sa formidable aventure professionnelle par une faillite, illustre parfaitement le constat rappelé par la Commission : *"il semble démontré que les entrepreneurs faillis ont plus de chance de réussir la seconde fois"* (consid. 20).