



FIDUCIAL LEGAL
BY LAMY

18 décembre 2018

*Proposition de directive sur les restructurations préventives
Quel impact pour le droit français des entreprises en difficulté ?*

Nicolas Borga
Professeur à l'Université Lyon 3
Comité scientifique – Fiducial Legal by Lamy

La longue marche vers l'harmonisation

→ Les règlements européens relatifs à l'insolvabilité : des instruments de droit international privé

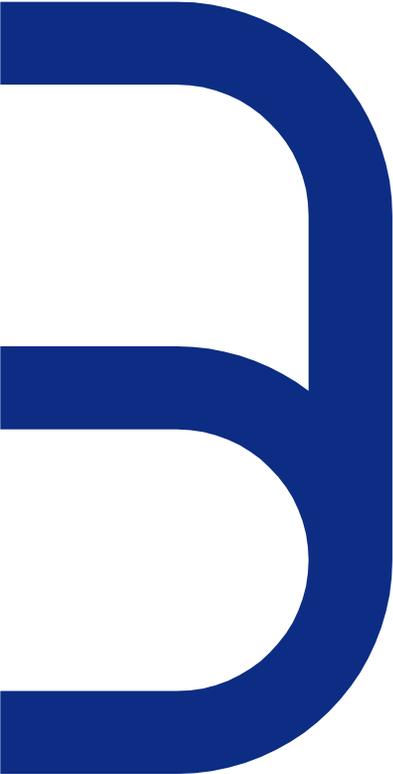
-Règlement n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité

-Règlement UE 2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité

Textes permettant de répondre à certaines questions : :

- Quel est le tribunal compétent ?
- Quelle est la loi applicable ?
- Quelle sera la reconnaissance de la procédure ouverte dans les pays concernés ?

Bases d'une harmonisation matérielle

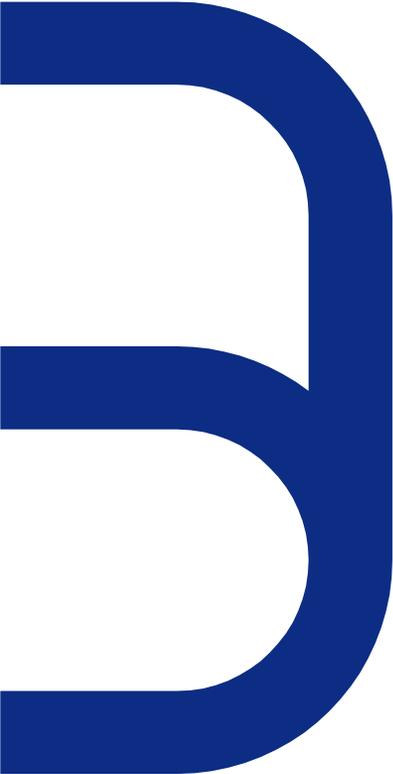
- 
- Formulaire uniformisé de déclaration des créances (art. 54-3) ;
 - Instauration d'un délai minimum de trente jours à compter de la publication de la décision d'ouverture pour la production des créances (art. 55-6) ;
 - Création de registres d'insolvabilité, interconnectés, contenant des informations sur les procédures d'insolvabilité ouvertes en Europe (art. 24).

Autres initiatives européennes

→ Rapport de la commission juridique du Parlement Européen contenant des recommandations à la Commission sur les procédures d'insolvabilité dans le cadre du droit européen des sociétés (2011/2066(INI)).

→ Recommandation de la Commission du 12 mars 2014 relative à une nouvelle approche en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises, C(2014) 1500 final.

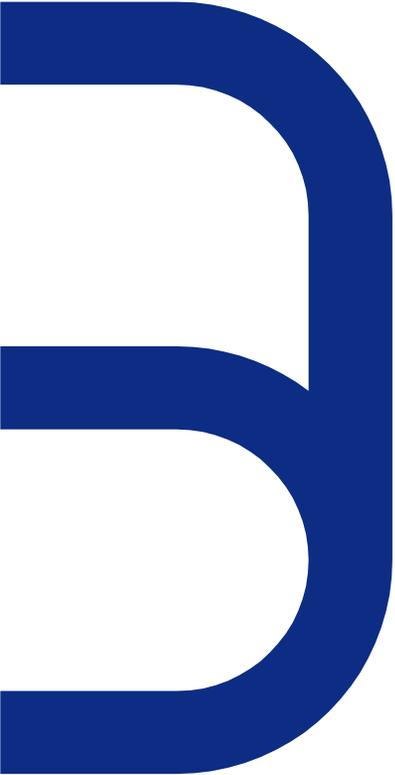
Pistes proposées par la recommandation de 2014

- 
- Favoriser les restructurations à un stade précoce ;
 - Instauration d'une seconde chance pour le débiteur économiquement viable ou « droit au rebond » ;
 - Prévoir un moratoire temporaire pour protéger le débiteur de mesures d'exécution (4 mois max.) ;
 - Plan de restructuration pouvant être adopté par une majorité de créanciers en fonction de leur appartenance à des catégories préalablement définies ;
 - Possibilité d'écarter certains créanciers des négociations ;
 - Sort des créanciers déterminés à partir du *Best interest test*.

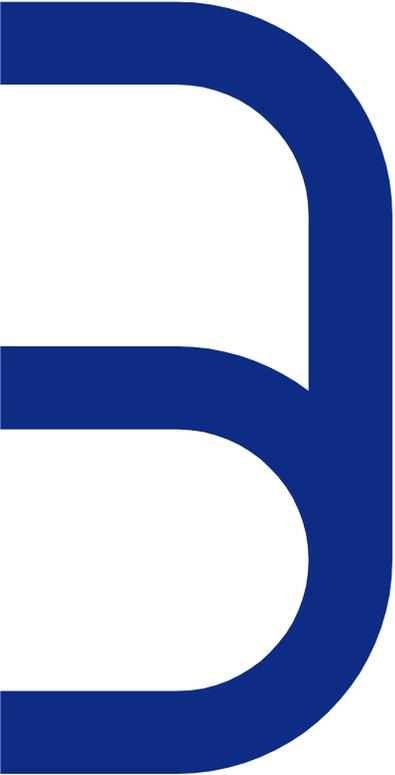
Un contexte international porteur

- ***Travaux de la CNUDCI***
 - Loi-type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (1997)
 - Guide législatif relatif aux principaux objectifs et principes que devrait refléter toute législation nationale sur l'insolvabilité (2004).
- ***Droit OHADA***
 - Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (1997)

La proposition de directive 2016/0359 (COD)

- 
- Un élément du plan d'action pour la mise en place d'une union des marchés de capitaux
 - Objectif de réduire les principales entraves à la libre circulation des capitaux dues aux différences entre les législations nationales sur l'insolvabilité
 - Objectif d'offrir aux entreprises viables des procédures efficaces et une seconde chance tout en protégeant les intérêts légitimes des créanciers

Eléments de compréhension

- 
- Il ne s'agit pas de créer une procédure européenne clé en main, dupliquée au sein des Etats membres.
 - Le projet de directive fixe uniquement un cadre à respecter (art. 4)
 - Certains Etats membres devront créer une nouvelle procédure respectant les prescriptions de la directive, d'autres pourront se contenter d'ajuster des procédures existantes.

Les points essentiels

- ➔ Introduction des classes de créanciers
- ➔ Mécanisme du *cross-class cram down*
- ➔ Introduction de la règle de la priorité absolue
- ➔ Introduction du *best interest test*

Nomination d'un praticien de l'insolvabilité

- La procédure de restructuration préventive devra laisser le débiteur maître de ses actifs et opérations courantes (art. 5)
- La nomination d'un praticien de l'insolvabilité ne serait pas obligatoire dans tous les cas (coût et lourdeur pour certains Etats)

Suspension des poursuites (art. 6)

- Divergence entre une suspension de courte durée et une suspension plus longue pour favoriser les négociations.
- Suspension individuelle ou générale
- Compromis : suspension de 4 mois au maximum, extension jusqu'à 12 mois par décision d'une autorité judiciaire ou administrative.
- Possibilité d'une prolongation dans le cas où le droit national exige que le plan soit validé par une autorité judiciaire ou administrative.
- Possibilité d'une levée de la suspension lorsqu'elle ne remplit plus les objectifs poursuivis ou crée un préjudice injuste aux créanciers.

Un cadre réservé aux entreprises viables

- La situation du débiteur doit correspondre à une « probabilité d'insolvabilité ». Procédure avant tout destinée à résoudre les difficultés financières (cons. 16 et art. 1^{er}).
- Possibilité de réserver la procédure de restructuration aux personnes morales (cons. 14, art. 1^{er}).
- Exclusion des débiteurs non viables (risque de diminution de la valeur du patrimoine du débiteur).
- Possibilité d'introduire « test de viabilité », facultatif, afin que certains Etats membres, s'ils le souhaitent, puissent faciliter l'accès du débiteur à la procédure.

Introduction des classes de créanciers

- Obligation faite aux Etats de répartir les créanciers en classes aux fins du vote en fonction de leur « communauté d'intérêt » (art.9)
- Les Etats pourront ne pas recourir au système des classes de créanciers dans le cas de PME.
- Considérant n° 23 : la directive établit des normes minimales, les Etats membres pourront exiger que des explications supplémentaires soient fournies en ce qui concerne les critères utilisés pour la répartition en classes.

Introduction des classes de créanciers

- **Considérant n° 25 et art. 9 :**

- ➔ Sauf dans les PME, au minimum deux classes : créanciers garantis / créanciers chirographaires.
- ➔ Possibilité de distinguer : garantis / non garantis / subordonnés
- ➔ Possibilité de traiter à part les administrations fiscales et de sécurité sociale en l'absence de communauté d'intérêt suffisante
- ➔ Possibilité d'envisager une évaluation des sûretés et de distinguer la partie garantie et non garantie d'une dette
- ➔ Possibilité d'isoler les fournisseurs
- ➔ Possibilité d'isoler les salariés

Introduction des classes de créanciers

- **Adoption du plan par les classes de créancier (cons. 28 et art. 9)**
 - ➔ Adoption du plan en principe à la majorité requise dans chaque classe (montant des créances et éventuellement par tête).
 - ➔ La majorité ne doit pas dépasser 75 % du montant des créances ou du nombre de créanciers dans chaque classe.
 - ➔ Possibilité de faire adopter un plan par une autorité judiciaire lorsque la majorité ne sera pas atteinte

Mécanisme du cross-class cram down

➔ Application forcée interclasse (art. 11)

- A l'origine, la proposition prévoyait une détermination de la valeur du débiteur afin de distinguer les créanciers « in the money » ou « out the money ». Seuls les premiers auraient été appelés à voter le plan.
- Compromis : il suffit qu'une classe « in the money » approuve le plan ; ou qu'une majorité de classes approuve le plan, avec au moins une classe de créanciers garantis ou une classe de rang supérieur aux créanciers ordinaires non garanties.

Règle de la priorité absolue ou test d'équité

Art. 11

- Une classe dissidente de créanciers doit être intégralement désintéressée si une classe de rang inférieur peut bénéficier des répartitions ou conserver un intéressement dans le cadre du plan.
- Une classe dissidente de créanciers doit être traitée de manière aussi favorable qu'une autre classe de même rang, et de manière plus favorable qu'une classe de rang inférieur.

Best interest test

- Protection des classes dissidentes de créanciers lors du *cross-class cram down*
- Les classes dissidentes autorisées à voter doivent être traitées d'une manière au moins aussi favorable que toute autre classe de même rang si l'on devait liquider l'entreprise.

Sort des salariés

- **Considérant 34 :**

→ Possibilité pour les Etats membres d'exclure les créances des travailleurs du champ d'application du cadre de restructuration préventive pour organiser leur protection dans le cadre du droit national.

- **Considérant n° 35 et art. 9 :**

→ Les travailleurs dont les créances sont concernées par le plan de restructuration devraient avoir le droit de vote sur le plan. Ils pourraient alors être placés au sein d'une classe de créanciers particulière.

Sort des détenteurs de capital

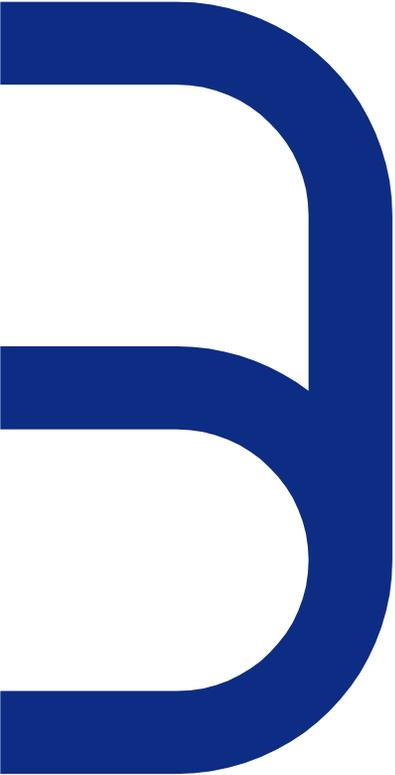
- **Considérant 28 :**

➔ Les Etats membres doivent garantir que les actionnaires ne peuvent déraisonnablement faire obstacle à l'adoption du plan.

1/ Soit en ne donnant pas aux actionnaires le droit de voter le plan ou en ne subordonnant pas l'adoption du plan à leur accord s'ils sont « hors-jeu » (art. 9) ;

2/ Soit, lorsque plusieurs classes de créanciers sont appelées à voter dont les actionnaires, en usant de l'application forcée interclasse.

Rôle du dirigeant

- 
- Devoir d'éviter les pertes au maximum et d'éviter l'insolvabilité (cons. 36).
 - Nécessité de protéger les intérêts des créanciers contre les décisions des dirigeants ayant un impact sur la composition du patrimoine du débiteur (cons. 36).
 - Possibilité de déroger aux règles de droit des sociétés imposant la convocation d'une AG ou le respect du droit préférentiel de souscription, pour garantir que les actionnaires ne font pas obstacle aux efforts de restructuration (cons. 44 et art. 12).
 - Le dirigeant devient-il alors le garant de l'intérêt social au détriment de l'intérêt commun des associés ? Le *cross-class cram down* exige en effet l'accord du débiteur !

Perspectives pour le droit français ?

- **Art. 64 du projet de loi PACTE habilitant le Gouvernement à légiférer par voie d'ordonnance dans les 24 mois pour :**
 - 1° remplacer les dispositions relatives à l'adoption des plans de sauvegarde en présence de comités de créanciers par des dispositions relatives à une procédure d'adoption de ces plans par des classes de créanciers ;
 - 2° Introduire la possibilité pour le tribunal d'arrêter un plan malgré l'opposition d'une ou plusieurs classes de créanciers ;
 - 3° préciser les garanties et conditions nécessaires à la mise en œuvre des 1° et 2° ;
 - 4° Imposer le respect des accords de subordination conclus avant l'ouverture de la procédure de sauvegarde ;
 - 5° Aménager les règles relatives à la suspension des poursuites ;

Perspectives pour le droit français ?

- **Inutilité d'une nouvelle procédure**

→ A priori la sauvegarde ne correspond pas à une procédure de restructuration préventive. Plutôt une « procédure collective d'insolvabilité » dans l'esprit du droit de l'UE.

→ La proposition de directive admet que la combinaison de différentes procédures permettent de parvenir aux objectifs poursuivis.

→ Le droit français dispose ainsi :

- *De la sauvegarde accélérée (art. 628-1 et s.) ;*
- *De la sauvegarde financière accélérée (art. 628-9 et s.).*

Rappel : SA et SFA

- **Art. L. 628-1 al. 2 C. com.**

La procédure de sauvegarde accélérée est ouverte à la demande d'un débiteur engagé dans une procédure de conciliation qui justifie avoir élaboré un projet de plan tendant à assurer la pérennité de l'entreprise. Ce projet doit être susceptible de recueillir, de la part des créanciers à l'égard de qui l'ouverture de la procédure produira effet, un soutien suffisamment large pour rendre vraisemblable son adoption dans le délai prévu à l'article [L. 628-8](#) ou, le cas échéant, à l'article [L. 628-10](#).

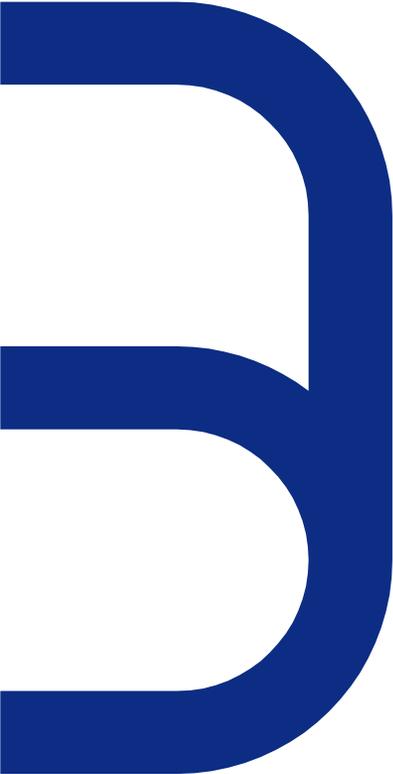
Aménagements nécessaires

- **La suspension des poursuites, art. L. 611-7, al. 5, C. com. :**

Au cours de la procédure, le débiteur mis en demeure ou poursuivi par un créancier peut demander au juge qui a ouvert celle-ci de faire application de [l'article 1343-5 du code civil](#).

- **La conciliation pourra rester confidentielle**
- **Suppression éventuelle de l'obligation d'avoir à déclarer sa créance, obligation non prévue par la directive (renvoi à l'art. L. 622-24).**

Aménagements nécessaires

- 
- Suppression des comités de créanciers et de l'assemblée unique des obligataires.
 - *Comité des établissements de crédit*
 - *Comités des principaux fournisseurs*
 - *Assemblée unique des obligataires*
 - *Rappel des seuils de constitution :*
 - 150 salariés ou ;
 - 20 millions d'euros de chiffre d'affaires
 - Possibilité pour le débiteur et l'administrateur de solliciter la réunion des comités en deçà des seuils (dossier Eurotunnel par exemple).

Difficultés liées aux comités de créanciers

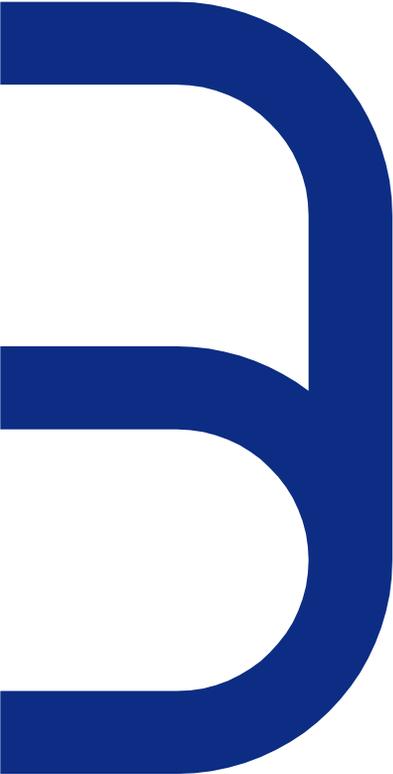
- **Rappel des règles d'adoption du plan :**

Art. L. 626-30-2 C. com.: « *La décision est prise par chaque comité à la majorité des deux tiers du montant des créances détenues par les membres ayant exprimé un vote* »

« *Ne prennent pas part au vote les créanciers pour lesquels le projet de plan ne prévoit pas de modification des modalités de paiement ou prévoit un paiement intégral en numéraire dès l'arrêté du plan ou dès l'admission de leurs créances* »

➔ Le plan approuvé par les comités doit être soumis à l'AJO qui l'approuve ou le rejette (**art. L. 626-32 C. com.**).

Difficultés liées aux comités de créanciers

- 
- Regroupement au sein du comité des établissements de crédit de créanciers dans des situations très différentes (établissements traditionnels ; société mère ; cessionnaires de créances de l'entreprise, *factor* aussi bien que *hedge funds*, y compris si la créance était détenue par un fournisseur ; exclusion des dettes garanties par une fiducie).
 - Regroupement dans l'AUCO d'obligataires d'obligataires divers :
 - Exemple du dossier Thomson/Technicolor avec le cas des TSS
 - Exemple du dossier CGG où coexistaient dans l'AUCO des porteurs de dette *high yield*, bénéficiaires de garanties, et des porteurs d'OCEANE non garanties.
 - L'AUCO dispose en fait d'un droit de veto sur le plan, peu important la nature réelle des droits des obligataires.

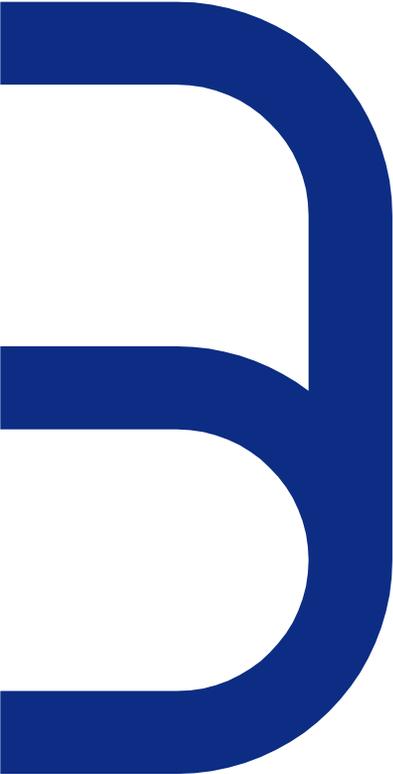
Difficultés liées aux comités de créanciers

- **Le droit français permet actuellement :**
 - ➔ De traiter différemment les créanciers si des différences de situation le justifie ;
 - ➔ La prise en compte des accords de subordination au sein du plan et lors du calcul des droits de vote ;
 - ➔ Des conversions de créance en capital ;

Difficultés liées aux comités de créanciers

- **Le droit français ne permet pas actuellement :**
 - ➔ De traiter efficacement les différences de situation entre créanciers ;
 - ➔ D'imposer un plan à l'un des comités ou à l'Assemblée unique des obligataires ;
 - ➔ De vaincre efficacement la résistance abusive des actionnaires en place (inefficacité de l'art. L. 631-19-2 C.com.).

Conclusion

- 
- L'adoption de la directive va parachever l'évolution amorcée en 2005 avec un renforcement significatif du rôle des créanciers.
 - Pour les dossiers significatifs, dans lesquels la restructuration est d'ordre essentiellement financière ces règles auront une véritable utilité.
 - Quel sera le champ conféré à ces modes de restructuration ? Il serait dommage de reproduire les seuils actuellement appliqués à la réunion des comités.



FIDUCIAL LEGAL
BY LAMY

Avocats, développeurs d'idées
Pour plus d'informations :
www.lamy-associés.com

LYON

40 rue de Bonnel CS 63647
69484 Lyon Cedex 03
Tél. +33(0)4 78 62 14 00
Fax +33(0)4 78 62 14 99
lyon@fiducial-legal.net

PARIS

13, boulevard Bourdon
75004 Paris
Tél. +33(0)1 53 05 91 90
Fax +33(0)1 53 05 91 99
paris@fiducial-legal.net