



HAL
open science

Le droit français de la prévention et la directive UE 2019/1023 Restructuration et Insolvabilité, ou l'enrichissement des droits dans un but commun

Anne-Marie Romani

► **To cite this version:**

Anne-Marie Romani. Le droit français de la prévention et la directive UE 2019/1023 Restructuration et Insolvabilité, ou l'enrichissement des droits dans un but commun. *Revue de l'Union européenne*, 2020, 634, pp.53 -62. hal-02285714

HAL Id: hal-02285714

<https://hal.science/hal-02285714>

Submitted on 23 Feb 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Anne-Marie Romani Maître de conférences, HDR, membre du CDPC Jean-Claude Escarras, UMR-CNRS 7318 DICE, Responsable du Master Mention Droit des affaires, Faculté de droit Université de Toulon

Le droit français de la prévention et la directive « restructuration et insolvabilité » 2019/1023/UE, ou l'enrichissement des droits dans un but commun

Prévenir afin d'éviter une liquidation judiciaire. La prévention des difficultés d'une entreprise n'a de sens que dans ce but, elle s'efface si l'issue ne peut être que l'exécution forcée, comme le veut la loi du marché. A l'heure de la mondialisation¹, la liberté d'entreprendre² impose de pouvoir juguler, dès leur apparition, les difficultés éprouvées, qu'elles soient financières, économiques, ou sociales, dont les causes pourraient être internes à l'entreprise, ou tenir à des événements exogènes. L'amiable, le judiciaire, dénouent les conflits. Des solutions adaptées doivent être mises à la disposition des débiteurs, ou plus largement, comme le souhaite l'Union européenne (UE). L'économie est globale, digitale, la financiarisation bouleverse les règles du jeu. Le droit, dont le droit des affaires, s'adapte.

La France doit être au rendez-vous de nombreux défis, avec, et pour l'Europe, en soutien à sa politique internationale, multilatérale, tournée, vers l'Afrique, dont la population aura doublé en 2050, ou la Chine, qui veut étendre son emprise économique avec les « nouvelles routes de la soie ». La sortie probable du Royaume Uni de l'Europe, « *Brexit* », met en avant la place de Paris, appelée à devenir le siège des arbitrages internationaux. Or, les faillites sont nombreuses et les créances qualifiées de douteuses. Face à ce constat, la prévention des difficultés des entreprises apparaît comme étant l'un de ces défis. Notre droit des entreprises en difficulté³ est à l'épreuve de la législation européenne qui s'est enrichie de la directive « restructuration et insolvabilité » du 22 juin 2019⁴- ci-après, la directive –, laquelle contribue à l'effort de régulation du secteur financier et bancaire de la zone euro, devenu une priorité depuis la crise des *subprimes* de 2007-2008⁵. La crise financière, provoquée par les banques américaines, s'est répandue dans le monde entier. Le texte doit être transposé dans les droits

¹ V., M Salah Matoussi, La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux. Réflexions sur l'ambivalence des rapports du droit et de la mondialisation, RIDE 2001/3, t. XV, 3, p. 251-302.

² V., O. Cadic, Pour une France libre d'entreprendre, rapp. Sénat (2017-2018), n°405, fait au nom de la délégation aux entreprises, 5 avril 2018.

³ V., A. Lienhard, Procédures collectives, 7^e éd., Delmas, 2017-2018 ; C. Saint-Alary -Houin, Droit des entreprises en difficulté, 9^e éd., LGDJ, 2014.

⁴ Dir. n° 2019/1023/UE, du Parlement européen et du Conseil, relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes, et modifiant le directive (UE) 2017/1132.

⁵ V., A.-M. Romani (dir. scient.), Actes du colloque international, La banque dans tous ses(E)tats- Intermédiation et croissance- Regards croisés France, Belgique, Italie, Maroc, Sénégal, 22 avr. 2015, 9^{es} Journées Scientifiques de l'université de Toulon, CDPC, Mare & Martin 2016.

nationaux dans le délai de deux ans (art.34 , §1)⁶, courant de sa publication⁷. La relance de l'activité des entreprises transfrontières confortera le marché européen en l'ouvrant aux investisseurs, de tous horizons. L'emploi sera protégé⁸. Il faut pouvoir agir, dès les premiers signes d'alerte⁹, sous peine d'avoir à répondre d'une faute de gestion, comme l'a jugé une cour d'appel¹⁰. Le droit doit être simplifié, rendu accessible, prévisible. Le droit des sûretés¹¹ est concerné. La procédure préventive doit être brève, les coûts réduits, ce que permettront le recours à la technologie numérique et l'intervention mesurée du juge. « La valeur de l'entreprise », « *going concern* », à déterminer, si le plan est contesté(art.14), justifie l'effort, partagé, de restructuration par ceux qui en sont les acteurs. La directive vise les créanciers, les travailleurs, ou les classes de créanciers, mais aussi les détenteurs de capital, « dont les créances, ou les intérêts [...] sont directement affectés par un plan de restructuration » (art.2 §1, 2). La restructuration concerne les dettes, le capital. « La cession de l'entreprise en activité » en fait partie (art.2 §1, 1), notre droit pourra fortifier ses avancées en la matière. La voie contentieuse doit être le dernier recours. Les Etats membres peuvent « exclure les débiteurs qui n'ont pas de perspective de viabilité [...] » (art.4 §3).

Le défi est relevé. La loi Pacte¹², du 22 mai 2019, relative à la croissance et à la transformation des entreprises, habilite le Gouvernement à prendre, par voie d'ordonnance, d'ici 2021, les mesures qui assureront la compatibilité des dispositions des livres IV, VI et VIII du code de commerce avec le droit de l'Union. Certaines des dispositions qui devront être adoptées sont envisagées par la loi¹³ qui a, d'ores et déjà, modifié de nombreux dispositifs juridiques afin de soutenir l'activité entrepreneuriale. La France et l'Allemagne sont chefs de file dans le contexte de l'élaboration du projet européen. Lors de son discours de la Sorbonne, à l'automne 2017, sur « l'initiative pour une Europe souveraine, unie, démocratique »¹⁴, le président Emmanuel Macron a annoncé que le couple franco-allemand devait conduire les réformes allant « du droit des affaires au droit des faillites ». Le traité d'Aix-la-Chapelle¹⁵, signé le 22 janvier 2019, rejoint cette démarche. Les droits outre-Rhin, et outre-Atlantique, marquent le directive de leur empreinte¹⁶. La France devra s'en inspirer, plus avant, à l'occasion des ajustements que le droit européen lui demande d'effectuer. Le droit allemand (*Insolvenzordnung*), et le chapitre 11, du titre 11 du code fédéral américain, (*Chapter 11*), ignorent la prévention, telle que nous la concevons, dotée d'une réglementation spécifique au sein du droit des entreprises en difficulté. Ils contribuent à son évolution en favorisant la

⁶ Un délai supplémentaire d'un an est accordé aux entreprises rencontrant des « difficultés particulières » lors de cette opération (art.34 §2).

⁷ JOUE, n° L. 272, 26 juin 2019.

⁸ Consid. 1 à 11.

⁹ Consid. 22.

¹⁰ Douai, 29 novembre 2012, n°12/00803, RTDCom. 2013, p. 334, obs. F. Macorig-Venier

¹¹ V., R. Dammann et M. Guernonprez, Pour une réforme du droit des sûretés en adéquation avec le droit des entreprises en difficulté, D. 2018. 1160.

¹² L. n°2019-486 (JO, 23 mai, texte n°2).

¹³ Art.60 et 196.

¹⁴ www.elysee.fr/discours-de-la-sorbonne

¹⁵ V., F. Chaltiel, Le traité d'Aix-la-Chapelle. Nouvelle étape du couple franco-allemand, LPA 13 mars 2019. 6.

¹⁶ V., R. Dammann et V. Rotaru, Premières réflexions sur la transposition de la future directive sur les restructurations préventives, D. 2018. 2195 ; R. Dammann et M. Guernonprez, Pistes de réflexion pour une réforme des procédures collectives, D. 2018. 629.

réorganisation des actifs en amont d'un état d'insolvabilité ou de cessation des paiements. Le droit Allemand autorise un redressement libre avant insolvabilité¹⁷. Le *Chapter 11* offre à un débiteur en difficulté la possibilité de se placer rapidement sous la protection de la justice, afin de pouvoir payer ses créanciers, tout en conservant la gestion de son entreprise. Un plan « pré-négocié » peut être arrêté dans le cadre d'un accord amiable¹⁸. Le *Chapter 11* a inspiré notre jurisprudence et le législateur. La loi du 26 juillet 2005¹⁹, de sauvegarde des entreprises, sur laquelle repose le droit positif, en est une illustration. Elle va devoir évoluer.

L'occasion est donnée à la France d'accroître l'efficacité du droit des entreprises en difficulté, en reconsidérant le système juridique préventif. Les Titres I et II, du livre VI du code de commerce, qui lui sont consacrés, traitent, respectivement, « de la prévention des difficultés des entreprises », et « de la sauvegarde ». Les textes fondateurs, aujourd'hui abrogés, ont été suivis de nombreuses réformes. La loi du 1^{er} mars 1984²⁰, dont l'intérêt demeure, lui donne sa première réglementation. Le règlement amiable, la suspension des poursuites, dont l'effet fut surtout psychologique, l'alerte, naissent à cette occasion. L'utilité du règlement amiable sera mise en lumière lors de la crise de l'immobilier de 1991. Le droit français est riche de la diversité de ses procédures²¹, que sont, le mandat ad hoc²², création prétorienne, légalisée en 1994²³, la conciliation²⁴ et la sauvegarde²⁵, apparues dans notre droit le 26 juillet 2005. L'amiable, confidentiel, va côtoyer le judiciaire, soumis à publicité. Le principe préventif ne cessera d'être conforté²⁶. Entre autres apports, en 2008²⁷, la procédure de sauvegarde est rendue plus attractive. Le débiteur acquiert de l'autonomie dans la gestion et l'organisation de son entreprise, alors qu'en 2014²⁸, le périmètre du privilège de conciliation sera élargi et ceux qui en sont les bénéficiaires payés hors plan. Le besoin de rapidité dans le traitement des difficultés des entreprises s'accompagne de la création de la sauvegarde accélérée (SA). La sauvegarde financière accélérée (SFA), instituée par la loi du 22 octobre 2010²⁹, concernait les seuls créanciers financiers. L'objectif est identique qui consiste à imposer, par un vote à la majorité, un plan, préparé au préalable par le débiteur, dans l'hypothèse où l'unanimité des

¹⁷ V., S. Madaus, Les procédures de redressement avant insolvabilité en Allemagne, LPA 2018, n°65, numéro spécial « Réformes du droit des contrats et du droit des procédures d'insolvabilité : regards croisés franco-allemands », p.19 s.

¹⁸ V., O. Cadic, préc., spéc. ann. IV, « Le chapitre 11 du titre 11 du « *United States Code* ».

¹⁹ L. n°2005-845 (JO 27 juill.).

²⁰ L. n°84-148, relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises (JO 2 mars).

²¹ V., C. Saint-Alary-Houin, *op.cit.* spéc. p.69 s.

²² C.com. art. L. 611-3.

²³ L. n°94-475, 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises (JO 11 juin).

²⁴ C.com. art. L. 611-4 à L. 611-16.

²⁵ C.com. art. L. 626-1 s.

²⁶ La loi Badinter n°85-98 du 25 janvier 1985, relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises (JO 26 janv.), mettra l'accent sur la préservation de l'emploi. Les banques ont appelé à la réforme de la loi.

²⁷ Ord. n°2008-1345, 18 déc. 2008, portant réforme du droit des entreprises en difficulté (JO 19 déc.).

²⁸ Ord. n° 2014-326, 12 mars 2014, portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives (JO 14 mars), complétée par Ord. n°2014-1088, 26 sept. 2014 (JO 27 sept.) ; v. C.com. art. L. 611-11, al.1^{er} ; L. 626-20, I, 3^e et L. 628-1 s.

²⁹ L. n°2010-1249, de régulation bancaire et financière (JO 23 oct.).

créanciers n'a pas été obtenue durant la conciliation³⁰. Lors de la réforme de 2015³¹, des dispositions sont prises concernant la compétence des tribunaux de commerce. En 2016³², il sera précisé que le créancier bénéficiaire du privilège de conciliation peut échapper aux délais et remises que pourrait lui imposer le vote majoritaire d'un comité de créanciers dont il est membre. Des incertitudes ont été levées, les nouveaux financements encouragés. Le contrat s'est imposé. La réforme attendue s'inscrit dans cette ligne réformatrice. La confidentialité³³ suscite l'intérêt³⁴. Le débat sur le rôle du juge dans l'ordre juridique national est relancé³⁵.

La législation française moderne séduit l'Europe, et au-delà. L'espace de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) reconnaît la conciliation, depuis l'Acte uniforme de 2015³⁶. Le règlement préventif, déjà présent dans la législation africaine, est une procédure d'anticipation dont on a souhaité accroître l'efficacité et l'attractivité. Les pays du Maghreb que sont le Maroc et la Tunisie s'inspirent également du droit français. La sociologie juridique renvoie à un environnement juridique, économique, culturel, même lointain, qui contribue à la connaissance du droit. Il en est ainsi du droit de la restructuration préventive, comme il en fut jadis du droit de la faillite, les droits de tradition romano-germanique s'opposant alors aux droits anglo-saxon ou américain. Un cycle de conférences, organisé, en 2018³⁷, sur ce thème, dans une optique comparative et prospective Europe/EU/Afrique, a permis d'en prendre la mesure. L'origine de la prévention, l'évolution et le rapprochement des systèmes juridiques de restructuration préventive, la place et le rôle des créanciers et des actionnaires dans la réorganisation des actifs, ont fait partie des sujets abordés. Un droit peut en inspirer un autre. En matière d'insolvabilité, l'harmonisation est recherchée.

L'harmonisation des droits mythe ou réalité ? Le droit de l'OHADA la porte en fronton, dans le respect de la culture des Etats. L'Europe se donne les moyens d'atteindre cet objectif. L'élaboration d'un code européen des affaires³⁸ illustre cette volonté. La législation européenne sur la restructuration et l'insolvabilité œuvre en ce sens. L'adoption d'un corps de règles communes par les droits nationaux est souhaitée, s'agissant des procédures visées par la directive, dont les procédures de restructuration préventive. Il faut tenter d'aplanir les divergences entre les pays de l'Union³⁹. La France a un rôle à jouer. Nombre des dispositions

³⁰ C.com. art. L. 628-1 à L. 628-10, qui régissent les deux procédures.

³¹ L. n°2015-990, 6 août 2015, pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, « loi Macron », (JO 7 août) ; v. C. com. art. L. 721-8, à propos des tribunaux de commerce spécialisés.

³² L. n°2016-1547, 18 nov.2016, de modernisation de la justice du XXIe siècle (JO 19 nov.) ; v. C.com. art. L. 626-30-2, al.2.

³³ C. com. art. L. 611-15.

³⁴ V., S. Vermeille, les effets pervers de la règle absolue de confidentialité applicable durant les procédures de prévention des difficultés, Plaidoyer à l'attention du législateur et des tribunaux en faveur de plus de transparence, RTDF déc.2018.

³⁵ V., G. Costes et M. Franck (dir.), Actes du Colloque de l'AFFIC, La prévention des défaillances des entreprises, le juge ou le marché, RJ com. sept.2003, n°9, numéro spécial.

³⁶ V. Acte uniforme révisé portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (AUPC), adopté le 10 sept.2015, à Grand Bassam (Côte d'Ivoire), publié au JO de l'Organisation le 25 sep.2015.

³⁷ V., A.-M. Romani (dir. scient.), Cycle de conférences Entreprises en difficulté : prévention et restructuration - Approche comparative et prospective Europe/EU/Afrique, CDPC, Faculté de droit, Université de Toulon, 2018.

³⁸ V., V. Gomez-Bassac, parlementaire en mission auprès du Ministre chargé des affaires européennes, Rapport sur l'élaboration d'un code européen des affaires, remis le 8 juill. 2019.

³⁹ Consid. 4 et 5.

de la directive se réfèrent, implicitement, voire parfois directement, à son système préventif. Cela laisse augurer une mise en adéquation facilitée, en partie – des systèmes juridiques autres ont influencé la législation européenne -, et un rayonnement sur la scène internationale. La directive permet aux PME⁴⁰ d'échapper à certaines contraintes. La loi Pacte contribue à leur essor.

Le droit français de la prévention peut se prévaloir d'une force (I) qu'il va amplifier (II).

I. - LA PREVENTION EN FRANCE, ET SA FORCE

L'UE s'en inspire (A). Elle se caractérise par la recherche d'un équilibre entre l'amiable et le judiciaire (B).

A. - La reconnaissance d'un modèle

La prévention est diversement appréhendée par les Etats membres. Les dispositifs juridiques ou judiciaires sur le sujet sont souvent divergents, parfois inexistant⁴¹. Afin de remédier à cet état de fait, l'UE propose que des normes matérielles minimales soient adoptées⁴². La législation française est incluse dans le modèle fédérateur choisi pour la mise en cohérence des droits de pays de l'Union avec les préconisations de la directive. L'adoption de la directive clôt une procédure législative dans le déroulement de laquelle la méthode rédactionnelle utilisée fut parfois jugée impuissante à réaliser l'harmonisation minimale des droits. Les trois institutions européennes se sont prononcées. La présentation de la proposition de directive de la Commission, du 22 novembre 2016⁴³, fut assez bien accueillie⁴⁴. On a pu reprocher au texte de compromis, issu du vote du Parlement européen, et adopté définitivement par le Conseil de l'Union, respectivement, les 28 mars⁴⁵ et 6 juin 2019⁴⁶, les nombreuses options laissées aux Etats membres pour adapter leur législation, lesquelles compromettraient le but à atteindre⁴⁷.

Il est prévu que la souplesse doit prévaloir au moment de la transposition de la directive. Il s'agit de vaincre les réticences, légitimes, pouvant tenir à des raisons d'ordre économique,

⁴⁰ V. Pour la définition des PME, Dir. n° 2013/34/UE, relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises, JOUE, n° L. 182/19 ; égal., recommandation de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises, 2003/361/CE – [n°C (2003) 1422] - JOUE L 124/36 ; Le droit français intègre cette distinction, v. not. C.com.art. L. 225-21-1, L. 225-197-1.

⁴¹ *Supra*, note 39, spéc. consid. 4.

⁴² Consid. 12.

⁴³ COM (2016) 723 final 2016/0359/COD.

⁴⁴ V. Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris, (HCJP), Rapport relatif à la directive restructuration et insolvabilité, 7 juil.2017 (www.hcjp.fr)

⁴⁵ P8_TA(2019)0321.

⁴⁶ V., P. Ledoux, Directive « restructuration et insolvabilité » : l'adoption définitive !, Wolters Kluwer, Actualités du droit, 17 juin 2019 ; v. *infra*, n°60.

⁴⁷ V., J.-P. Farges, B. Fleury, J.-Ph. Robé et Ch. Peugnet, Eclairage : l'europeanisation du droit des procédures collectives : une harmonisation ratée ?, Mayday 2 avr.2019.

culturel, ou social, propres à chaque Etat. Les contraintes seront différentes. La méthode retenue prend en compte l'obstacle tenant à l'acceptation d'une vision collective de la restructuration préventive, quand bien même ne serait-ce que dans ses principales caractéristiques, en regard de celle individuelle, éprouvée, et spécifique à tel ou tel droit national. L'adoption d'un socle de règles communes doit se faire, en outre, en permettant aux Etats membres de conserver des solutions préventives propres (art. 4 §5 *in fine*).⁴⁸ Le droit français, dans ce contexte, est dans une situation, *a priori*, confortable.

La prévention peut être de traitement, mais aussi et d'abord de détection. La prévention est en effet indissociable de la vigilance demandée à ceux qui sont au plus près de la vie de l'entreprise, en raison d'une fonction exercée, d'un contrôle opéré, et dont on attend une réaction rapide, non contrainte, si ce n'est du fait de la loi qui pose le principe de leur intervention dans un cadre déterminé. Les mécanismes de l'alerte, ou le pré-préventif, le démontrent. L'alerte peut prendre différentes formes⁴⁹. Les commissaires aux comptes font partie de ceux qui peuvent déclencher une alerte. Les seuils d'audit ont été relevés par la loi Pacte⁵⁰ qui a voulu les aligner sur les standards européens. La question s'est posée du contrôle des comptes dans les PME⁵¹.

L'échange d'informations est nécessaire, il justifie, aujourd'hui, la mise en place de centres d'information sur la prévention des difficultés des entreprises (CIP)⁵², au niveau départemental. Ces cellules informelles composées généralement d'un expert-comptable, ou d'un commissaire aux comptes, d'un avocat et d'un juge honoraire, d'un tribunal de commerce, entendent et orientent le débiteur notamment vers les procédures amiables. Demain, il pourra en être de même. Les débiteurs auront accès à des outils d'alerte précoce pouvant inclure « des services de conseils fournis par des organismes publics ou privés (art.3 §2, b), ou des mesures prévues par le droit national et qui encouragent le partage d'informations (art.3 §2, c). Par ailleurs, des informations « utiles et actualisées », concernant les outils d'alerte et les procédures de restructuration, seront mises à la disposition du public en ligne et devront être facilement accessibles, en particulier pour les PME (art.3 §3 et §4). Les données figurant dans les plans de restructuration sont concernées (art.8 §1), l'information sera « adaptée » à leurs besoins (art. 8 §2).

Le champ d'application du projet européen, en matière de prévention- traitement, a suscité des interrogations⁵³. Il est aujourd'hui admis que la directive a vocation à s'appliquer à la procédure de sauvegarde, ainsi qu'à la sauvegarde(financière) accélérée, qu'il conviendra d'adapter. Elle peut concerner les autres procédures préventives. Il est, en effet, demandé aux Etats membres de faire en sorte que les débiteurs bénéficient d'une solution

⁴⁸ Consid. 16.

⁴⁹ V., A. Lienhard, *op.cit.* n° 14-11 s., p.33 s. ; C. Saint-Halary-Houin, *op. cit.* n° 171 s., p. 95 s.

⁵⁰ V. Décr. n°2019-514, 24 mai 2019, JO 26 mai, pris en application de la loi Pacte (art.20), qui fixe les nouveaux seuils de désignation des commissaires aux comptes dans les sociétés commerciales.

⁵¹ V., J.-L. Flabeau, La réforme de nos institutions sera le feuilleton de l'été 2019, Entretien, LPA 2019, n° 155, p.4 s., à propos des deux nouvelles normes d'audit, adaptées aux petites entreprises, publiées le 6 juin dernier par le Haut Conseil du commissariat aux comptes (H3C).

⁵² V., F. Boucly, Un centre pour la prévention des difficultés des entreprises dans le 92, Entretien, LPA 2017, n°225, p.4.

⁵³ *Supra*, note 44.

préventive « lorsqu'il existe une probabilité d'insolvabilité [...] sans préjudice d'autres solutions visant à éviter l'insolvabilité [...] » (art.4 §1). Précisément, la sauvegarde est ouverte à la demande d'un débiteur « qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter [...] »⁵⁴. Par ailleurs, il est indiqué que le cadre de restructuration préventive européen « peut consister en une ou plusieurs procédures, mesures ou dispositions, éventuellement dans un cadre extra-judiciaire, sans préjudice de tout autre cadre de restructuration préventive prévu par le droit national » (art.4 §5). La formulation laisse place à la coordination entre conciliation/SFA ou SA⁵⁵. Le dernier membre de phrase englobe le mandat ad hoc⁵⁶, et la conciliation qui est accessible aux débiteurs « qui éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, et ne se trouvent pas en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours »⁵⁷. L'adaptation des procédures amiables est envisageable.

La directive n'est sans doute pas à l'abri de critiques⁵⁸. On ne peut méconnaître les difficultés de concrétisation de la réforme. Des réserves ont pu être émises, dont celles de la Banque centrale européenne (BCE)⁵⁹. Un réexamen du texte est d'ailleurs envisagé. Le droit européen en fixe les conditions et les modalités (art.33). Selon le ministère de la Justice, et le ministère de l'Economie et des Finances, « cette directive constitue une étape supplémentaire dans la construction du marché intérieur en Europe »⁶⁰. Une recommandation de l'UE de 2014⁶¹ sur le sujet était restée lettre morte. La directive complète le règlement européen sur les procédures d'insolvabilité du 20 mai 2015⁶² qui s'intéresse aux conflits législatifs, juridictionnels ou de coopération dans les procédures transfrontalières⁶³. L'établissement de « normes matérielles minimales dépasse l'objectif de coopération judiciaire »⁶⁴. L'ordonnance du 2 novembre 2017⁶⁵ a permis au droit français de s'y conformer⁶⁶. L'ouverture d'une procédure d'insolvabilité principale, dans le ressort du tribunal où est situé le centre

⁵⁴ C.com.art. L. 620-1.

⁵⁵ V., R. Dammann et M. Boché-Robinet, Transposition du projet de directive sur l'harmonisation des procédures de restructuration préventive en Europe, D.2017. 1264.

⁵⁶ C. Com. art. L. 611-3.

⁵⁷ C. com. art. L. 611-4.

⁵⁸ V., S. Vermeille, La directive restructuration : un texte sans socle intellectuel cohérent mais une opportunité unique pour la France, Droit et croissance, juin 2019.

⁵⁹ BCE, avis du 7 juin 2017 (CON/2017/22)(2017/C 236/02).

⁶⁰ V. Conseil UE, Donner une seconde chance aux entrepreneurs : adoption de nouvelles règles en matière d'insolvabilité des entreprises, communiqué de presse 396/19, 6 juin 2019.

⁶¹ V. Recommandation de la Commission du 12 mars 2014 relative à une nouvelle approche en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises (2014/135/UE), JOUE, n° L. 74/65.

⁶² V. Règl. UE, n° 2015/848, JOUE L. 141, 5 juin 2015, p.19, qui a révisé le règlement (CE) n°1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000, lequel n'envisageait pas le traitement des groupes de sociétés en difficulté.

⁶³ V. Règl. d'exécution UE n°2017/1105 de la Commission, 12 juin 2017, qui met en place les formulaires harmonisés visés par le règlement (UE) préc., JOUE L. 160/1, 22 juin.

⁶⁴ Consid. 12.

⁶⁵ Ord. n° 2017-1519, portant adaptation du droit français au règlement du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015, relatif aux procédures d'insolvabilité, (JO 3 nov.). Notamment, l'ordonnance, dans le prolongement de la loi *Macron* du 6 août 2015, a précisé les compétences du tribunal de commerce spécialisé ; v. C.com. livre VI, titre IX, art. L. 690-1 s.

⁶⁶ V. Décr. n°2018-452, 5 juin 2018, pris pour l'application du règlement (UE) n°2015/848 et de l'ordonnance n°2017-1519, et concernant le registre d'insolvabilité ; v. C. com. art. R. 123-122 relatif à l'interconnexion des registres d'insolvabilité (intégration dans le RCS).

des intérêts principaux du débiteur, a une portée universelle. Une procédure secondaire peut être ouverte. Dans l'hypothèse de l'adoption par un Etat membre d'une procédure non comprise dans l'annexe A du règlement -ce qui est le cas de la conciliation -, « la durée totale de la suspension des poursuites individuelles [...] ne peut excéder quatre mois si le centre des intérêts principaux du débiteur a été transféré dans un autre Etat membre dans les trois mois précédant l'introduction d'une demande d'ouverture d'une procédure de restructuration préventive » (art.6 §8). L'interdiction du *forum shopping* protège les créanciers.

B. - La recherche d'un équilibre entre l'amiable et le judiciaire

L'évolution législative française tend vers cet équilibre et le droit européen œuvre en ce sens. La mondialisation l'exige. « Le juge de l'économie »⁶⁷ y a toute sa place. L'offre de prévention intègre aujourd'hui l'amiable et le judiciaire. La France a très tôt reconnu l'utilité de la présence du juge dans l'amiable, on évoque le juge de la prévention⁶⁸. Le couple conciliation/SFA ou SA est à l'image de la recherche d'un équilibre entre l'amiable et le judiciaire. L'office du juge, limité ou nécessaire, pourrait ne plus être indispensable.

L'office du juge, limité ou nécessaire. L'office du juge doit être appréhendé en des termes propres selon que l'issue du traitement des difficultés des entreprises est de nature contractuelle ou judiciaire.

La conciliation renvoie au droit négocié qui n'est pas exclusif de l'office du juge. C'est une forme de déjudiciarisation⁶⁹. L'aspect procédural de la prévention nécessite le respect de règles d'ordre public. L'issue est contractuelle. Elle sera judiciaire si le débiteur le décide.

A l'origine du procédé préventif, il y a l'homme et le besoin de confidentialité, dont la jurisprudence vient de rappeler l'utilité⁷⁰. La discrétion doit permettre de préserver la poursuite de l'activité. Le débiteur, en difficulté, souhaite négocier, avec ses principaux créanciers, hors le tribunal, afin d'éviter un dépôt de bilan. Si le procédé préventif est utile, il a fallu en adapter les modalités qui ont pu apparaître illusoires, voire parfois abusives. Ainsi en a-t-il été du concordat préventif, qui exigeait l'accord de la majorité des créanciers⁷¹, ou des procédures préventives et éphémères adoptées en période de crise⁷².

La loi du 1^{er} mars 1984 a permis que prévention et procédure se rejoignent avec la redécouverte du pouvoir de concilier du juge favorisant la conclusion d'un accord amiable, sous l'égide d'un professionnel dénommé conciliateur, désigné par l'autorité judiciaire, dont la mission s'est élargie au fil des réformes⁷³. Le juge de la prévention, entouré de praticiens

⁶⁷ V., P. Bézard et M. Nussenbau, (dir. scient.), Actes du Colloque de la Baule, Le juge de l'économie, RJ com. nov. 2002, n°11, numéro spécial.

⁶⁸ *Supra*, note 35, v. spéc., Allocution de M. G. Costes, p.24.

⁶⁹ V., S. Cimamonti et J.-B. Perrier, Les enjeux de la déjudiciarisation, L.G.D.J. 2019.

⁷⁰ Com. 13 février 2019 n°17-18.049, publié au Bulletin, D. 2019. 308, et les obs. ; *ibid.* 1903, obs. F.-X. Lucas et P. Cagnoli ; legipresse 2019. 135 et les obs.

⁷¹ V., G. Ripert et R. Roblot, Traité de droit commercial, t.2, par Ph. Delebecque et M. Germain, 16^e éd., L.G.D.J. 2000. 792, n° 2800.

⁷² *Ibid.* p.793, n° 2801.

⁷³ C. com.art. L. 611-7 ; v. C. Saint-Alary-Houin, *op.cit.* n°343 s.

du droit, ou du chiffre, contrôle et accompagne le chef d'entreprise⁷⁴. Le ministère public assure également un contrôle⁷⁵. La restructuration des dettes est l'objectif à atteindre, sans dessaisissement du débiteur.

L'accord peut être constaté ou homologué⁷⁶. Le choix entre confidentialité et publicité est laissé à la discrétion du débiteur, avec des conséquences différentes sur le plan de la sécurité juridique. Une ordonnance du président du tribunal constate l'accord. Seule l'homologation, qui est désormais le fait du tribunal, emporte autorité de la chose jugée quant à la date de cessation des paiements qui ne saurait être antérieure à la décision définitive d'homologation, sauf fraude. Le judiciaire fait de l'ombre au contrat ⁷⁷.

Dans l'hypothèse d'une procédure de sauvegarde⁷⁸, l'issue est judiciaire. Le tribunal arrête un plan « lorsqu'il existe une possibilité sérieuse pour l'entreprise d'être sauvegardée »⁷⁹. La loi du 26 juillet 2005 en instituant la procédure préventive de sauvegarde, a, par là même, rapproché l'amiable et le judiciaire en les mettant l'un et l'autre au service d'une même cause. La nature économique des liens qu'ils entretiennent favorise l'anticipation des difficultés des entreprises.

Un premier constat s'impose. Le préventif gagne du terrain sur le judiciaire. Le législateur de 2005 adopte une nouvelle sémantique, maintenue à ce jour, permettant de désigner les procédures relevant de la sphère préventive. Le mandat ad hoc, déjà connu, devient une procédure préventive spécifique. Il sera amélioré par la suite, en dernier lieu par l'ordonnance du 12 mars 2014. La procédure de sauvegarde, inspirée du *chapter 11*, est créée. Le judiciaire prend place, dans le préventif, aux côtés de l'amiable. La suspension des poursuites est admise. Les comités de créanciers font leur apparition, dans la procédure de sauvegarde, comme dans le redressement judiciaire. Le rôle du ministère public s'affirme⁸⁰, y compris dans le traitement contractuel, alors que celui du tribunal de commerce régresse. Quant à la procédure de conciliation, elle se substitue au règlement amiable de la loi du 1^{er} mars 1984, ouvert souvent tardivement, le débiteur étant déjà en cessation des paiements. Elle accepte, en réaction, un état de cessation des paiements de quarante-cinq jours au plus⁸¹. La mesure sera étendue à la sauvegarde (financière) accélérée qui prend appui sur la conciliation⁸².

Anticiper les difficultés des entreprises est une caractéristique du système préventif français, au prix, éventuellement, d'une inflexion dans l'approche traditionnelle du droit de la faillite. Le préventif s'accommode d'un état de cessation des paiements, présenté jusqu'alors comme une condition d'ouverture d'une procédure collective. L'absence de cessation des paiements

⁷⁴ C. com. art. L. 611-3 et L. 611-4.

⁷⁵ C. com. art. L. 611-6, L. 611-7, L. 611-9, L. 611-10 et L. 611-14.

⁷⁶ C. com. art. L. 611-8.

⁷⁷ C. com. art. L. 611-10-1 et L. 611-10-2 ; v. G. Poteur, Accords de conciliation et plans de sauvegarde- Les restructurations de dettes au confluent du contractuel et du judiciaire, D. 2017. 1430.

⁷⁸ C. com. art. L. 621-1.

⁷⁹ C. com. art. L. 626-1.

⁸⁰ V., Y. Sala, Rôle et pouvoirs du ministère public, sanctions pénales et loi de sauvegarde des entreprises, LPA 2006, n°35, p.121 s.

⁸¹ *Supra*, note 57.

⁸² C. com. art. L. 628-1, *in fine* et L. 628-9.

ne serait donc pas l'essentiel⁸³. La sauvegarde, moins contraignante, est perçue comme une alternative aux procédures de redressement et de liquidation judiciaires. Elle ne peut être ouverte, entre autres conditions, qu'en l'absence de cessation des paiements. L'ordonnance du 18 décembre 2008 supprimera l'exigence de la preuve d'un lien entre les difficultés insurmontables et l'imminence d'une cessation des paiements⁸⁴.

Dans un deuxième temps, les réformes qui vont suivre, dont les plus récentes, mettront en exergue l'éventualité de l'emprise, dans le préventif, de l'amiable sur le judiciaire. La déjudiciarisation est indirecte ou ponctuelle. Les manifestations sont diverses, telle l'invitation par le tribunal, à l'attention du débiteur, à recourir à la conciliation s'il ne peut apporter la preuve de difficultés insurmontables qui est une condition de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde⁸⁵. De même, la perspective du recours à une procédure d'adoption d'un plan où la majorité imposera ses vues aux créanciers récalcitrants, *cram down*, peut avoir, comme cela a été observé⁸⁶, un effet incitatif à la conclusion de l'accord en phase de conciliation. La conversion de la conciliation en une sauvegarde financière accélérée (SFA), ou une sauvegarde accélérée (SA), peut être envisagée lorsque des créanciers s'opposent à la conclusion de l'accord. L'exemple peut également être donné de l'organisation par le conciliateur, à la demande du débiteur, et après avis des créanciers participants, d'une cession totale ou partielle de l'entreprise, qui pourrait se concrétiser après l'ouverture d'une procédure collective⁸⁷. Le *pré-pack* plan et le *pré-pack- cession* s'élaborent en phase de conciliation qui permet « d'améliorer les résultats du traitement judiciaire »⁸⁸. Le législateur oriente vers la procédure de conciliation, ce qui démontre l'importance du rôle des parties et donc de la négociation avec les créanciers, dans un cadre judiciaire.

L'office du juge ne serait plus indispensable. Les délais et les coûts de traitement des dossiers d'insolvabilité seront réduits. La directive précise que les Etats membres peuvent ne retenir l'intervention d'une autorité judiciaire ou administrative que dès lors qu'elle s'avérerait « nécessaire et proportionnée, tout en garantissant la sauvegarde des droits de toute partie affectée et des parties prenantes intéressées » (art.4 §6). L'office du juge, éventuellement judiciaire, est donc conditionné, et, par ailleurs, il ne s'imposerait plus. Le constat est doublement fait. D'une part, une autorité administrative indépendante pourra toujours intervenir en son lieu et place, ce qui est une autre forme de déjudiciarisation⁸⁹. D'autre part, parfois, aucune de ces autorités n'aura à être sollicitée. L'appréciation doit être nuancée.

⁸³ V., B. Grelon, Le temps de la prévention, *in* Actes du Colloque de l'AFFIC, La prévention des défaillances des entreprises, le juge ou le marché, préc., p. 48, *in fine*.

⁸⁴ *Supra*, note 54.

⁸⁵ C.com. art. L. 621-1 al.3.

⁸⁶ V., L. Sautonie-Laguionie, Procès économique. La « déjudiciarisation » du traitement des difficultés, *in* F. Macorig-Venier (dir. scient.), Actes du Colloque IFR, Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur, PU Toulouse 1 Capitole, 2017. 178.

⁸⁷ C. com. art. L. 611-7 et L. 642-2, I.

⁸⁸ V., H. Poujade, L'essor de la prévention, *in* Actes du Colloque IFR, Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur, *op.cit.*, p. 281.

⁸⁹ V., S. Cimamonti et J.-B. Perrier, *op.cit.*

Le juge judiciaire et le juge administratif sont des juges de l'économie⁹⁰. Les créances de l'Administration alourdissent le passif des entreprises⁹¹. L'Etat aide les entreprises en difficulté⁹². Des pouvoirs importants sont attribués à l'autorité sollicitée. Ils s'exerceront à l'occasion d'une mission de surveillance, ou d'accompagnement, du débiteur, au travers de mesures formelles prévues en phase de négociations (art. 5 §7), ou lors de l'adoption d'un plan (art. 9 §5).

Par ailleurs, l'office du juge est adapté. Certains plans ne s'imposeront aux parties que s'ils sont validés par une autorité judiciaire ou administrative. Tel est le cas des plans « qui affectent les créances ou les intérêts des parties affectées dissidentes » (art.10 §1, a), ou « qui prévoient de nouveaux financements » (art.10 §1, b). Des conditions sont prévues. Dans l'hypothèse où il y aurait des créanciers dissidents, la plan doit satisfaire « au critère du meilleur intérêt des créanciers » (art.10 §2, d.) et le juge devra se prononcer sur « la valeur de l'entreprise » (art.14 §1, a.). La validation peut être refusée en l'absence d' « une perspective raisonnable » de restructuration de l'entreprise (art.10 §3). La formule est comparable à celle retenue par le droit français qui permet alors au tribunal de préférer la liquidation judiciaire à l'arrêté d'un plan de sauvegarde⁹³.

La directive laisse toute latitude aux Etats membres pour se conformer à ce type de dispositions. L'amiable est le creuset de la prévention et peut le rester en l'état, avec sa part de judiciaire. Il demeure que la prise en compte de certaines situations, suggérée par la directive, pourrait, quelle que soit la procédure préventive ouverte, alléger l'office du juge. Concernant la sauvegarde, et la sauvegarde (financière) accélérée, la transposition de la directive aura un autre impact eu égard à l'issue de la procédure qui est aujourd'hui nécessairement judiciaire. L'office du juge, judiciaire s'il y a lieu, requis pour la validation du plan, ne serait plus systématiquement indispensable. Il pourrait être préservé et s'imposerait lorsqu'il y va de l'intérêt de l'entreprise ou des créanciers.

Si des pouvoirs sont accordés au juge, le débiteur, lui-même disposera de prérogatives non négligeables, notamment dans ses relations avec les créanciers. Le contrat occupe une place centrale. La directive rejoint le droit fédéral américain. Le droit français est invité à faire de même en opérant un changement de paradigme.

⁹⁰ V., J.-G. Huglo, Une ouverture européenne et internationale, in P. Bézard et M. Nussenbaum (dir. scient.), Actes du Colloque de la Baule, Le juge de l'économie, RJ com. nov.2002, n°11, numéro spécial, p.96.

⁹¹ Not. C.com. art. L. 611-7, al.3 (remises de dettes).

⁹² C.com. art. L. 626-6 et D. 626-9 s.

⁹³ *Supra*, note 79 (C.com. art. L. 626-1, *a contrario*) ; v. C.com. art. L.622-10, à propos des options données au tribunal ; égal., A. Lienhard, *op.cit.*, n°83-11 s., p. 308 s. ; C. Saint-Halary-Houin, *op.cit.*, n°961, p.613.

II.- LA FORCE AMPLIFIEE

Elle résultera du rapprochement des droits. La directive emprunte au pragmatisme des droits allemand et américain et le droit français s'en inspire. L'adaptation du système préventif français (A) doit être à la mesure des enjeux de la prévention (B).

A.- L'adaptation

Il en résultera une efficacité accrue de la prévention tenant à une répartition plus équilibrée des droits entre un débiteur et ses créanciers, entre créanciers, ou entre créanciers et actionnaires. Les financements seront encouragés. Certains aménagements apparaissent aisés à réaliser, alors que d'autres demanderont qu'un pas supplémentaire soit franchi.

Une adaptation aisée. Le langage peut ne pas surprendre. Les aménagements seront mineurs, le droit français est parfois plus contraignant. Le rôle du débiteur est confirmé. Il peut être accompagné d'un praticien (art.5 §3). Il n'est pas dessaisi (art.5 §1) et est tenu par des obligations (art.19). Le gain de temps est un mot d'ordre (art. 25, b). Lorsque la force contraignante d'un plan dépend de sa validation par une autorité administrative ou judiciaire, la décision doit être « prise de manière efficace en vue d'un traitement rapide de l'affaire » (art.10 §4). Le professionnalisme est de rigueur. Les Etats membres doivent veiller à ce que certaines des parties concernées - praticien, autorité, judiciaire ou administrative – bénéficient d'une formation appropriée (art. 25 et 26), l'élaboration de « codes de bonne conduite » est encouragée (art.27). La possibilité est donnée à l'ensemble des parties de recourir à des moyens de communication électronique (art.28). Il convient de rappeler que les professions réglementées en France garantissent déjà un traitement efficace des difficultés des entreprises. L'internet les concerne⁹⁴. Les juges consulaires ont une obligation de formation⁹⁵. Les greffes des tribunaux de commerce s'adaptent au numérique ⁹⁶. La dématérialisation peut heurter le besoin de proximité du chef d'entreprise, et particulièrement d'une PME, en difficulté⁹⁷. Le rôle des juridictions consulaires, notamment dans le domaine de la prévention, doit être rappelé. On doit au tribunal de commerce de Paris la création du mandat ad hoc qui ne dessaisit pas le débiteur et préserve la confidentialité, ce que ne permet pas le recours à l'administrateur provisoire prévu par le droit des sociétés.

Le droit européen retient l'implication de l'ensemble des parties affectées. La reconnaissance de droits aux créanciers favorise l'anticipation des difficultés des entreprises. L'accès aux cadres de restructuration préventive est plus ouvert et les négociations encouragées.

⁹⁴ C. com. art. L. 814-2 et R. 814-58-1 s. (utilisation du portail électronique).

⁹⁵ V. Déc. n °2018-664, 27 juill. 2018, relatif à la formation initiale et continue des juges des tribunaux de commerce, JO 29 juill., texte n°10.

⁹⁶V. Entretien avec S. Jonval, présidente du Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce , LPA 2018, n°45, p.3.

⁹⁷ V., M. Laroche, Digital et procédure collective : imagination et raison, D. 2019. 657.

Concernant la demande d'ouverture d'une procédure préventive, la directive reproduit le droit français et le complète. Actuellement, le recours au préventif relève de la seule initiative du débiteur. L'observation peut être faite en ce qui concerne la conciliation, ou l'option en faveur d'un accord constaté ou homologué, mais aussi à propos de la demande d'ouverture de la procédure de sauvegarde, ou de la sauvegarde (financière) accélérée. Demain, le choix du recours à la prévention appartiendra toujours au débiteur. La directive permet, toutefois, aux Etats membres, d'accorder ce droit aux créanciers et aux représentants des employés, avec l'accord du débiteur. L'obtention d'un tel accord peut être réservée aux situations où le débiteur est une PME (art. 4 §7 et §8).

La directive souhaite, par ailleurs, faciliter le déroulement des négociations en autorisant la suspension des poursuites individuelles (art.6). La loi Pacte propose d'ailleurs l'aménagement des règles en la matière dans son article 196, I, 5^e. La mesure est aujourd'hui de droit dans la procédure de sauvegarde. Elle est abandonnée dans la procédure de conciliation au profit des délais de grâce de vingt-quatre mois⁹⁸ ; cette disposition pourrait être corrigée dans un souci d'alignement sur la durée de la suspension des poursuites individuelles qui serait de quatre ou douze mois (art.6 §6 et §8), contre six ou dix-huit, actuellement. La suspension des poursuites individuelles doit être justifiée. L'intérêt des créanciers est pris en compte. C'est ainsi qu'une prolongation de la mesure ne se conçoit que « si des progrès significatifs » ont été accomplis (art.6 §7, a), ou encore, s'il n'est pas porté « une atteinte excessive aux droits ou intérêts des parties affectées » (art.6 §7, b). Le maintien de la suspension des poursuites individuelles peut être décidé « dans le cas où l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité pourrait se terminer par une liquidation du débiteur qui ne serait pas dans l'intérêt général des créanciers » (art. 7 §3). Les négociations ont pour finalité la détermination des conditions optimales de l'élaboration d'un plan de restructuration qui devra être validé.

Un cap à franchir. Il consiste, et sans doute le défi est-il là, dans la réalisation de l'adaptation de la sauvegarde ou de la sauvegarde (financière) accélérée au droit européen. Dès lors que l'adoption du plan de restructuration est envisagée, la place et le rôle des créanciers, et des actionnaires, devront être reconsidérés. Les créanciers sont souvent expropriés, ce qui n'est pas le cas des actionnaires qui sont pourtant des créanciers de dernier rang. Il faut donner plus de droits aux premiers et imposer la règle du jeu aux seconds. L'UE le permet.

Tout d'abord, sur le sujet, qui est vaste, le droit français offre déjà aux créanciers des avantages, maintenus par la directive. L'ordonnance du 12 mars 2014 a admis les plans concurrents. Tout créancier membre d'un comité de créanciers, dans une procédure de sauvegarde, peut présenter un projet de plan autre que celui défendu par le débiteur⁹⁹. Le tribunal a le dernier mot. La directive préserve le droit du débiteur de proposer un plan en vue de son adoption, alors même que l'ouverture de la procédure de restructuration aurait été demandée par un créancier. Elle laisse aux Etats membres, aux conditions qu'ils déterminent, le soin de donner ce bénéfice aux créanciers et aux praticiens (art.9).

⁹⁸ C. com. art. L. 611-7, al.5, qui prévoit le recours à l'article 1343-5 du code civil.

⁹⁹ C. com. art. L. 626-30-2 al 1.

La loi du 26 juillet 2005, a reconnu le principe de non -responsabilité des créanciers ayant soutenu l'entreprise en difficulté¹⁰⁰, mais aussi celui de leur paiement privilégié, par rapport aux autres créanciers, en leur accordant le privilège de conciliation ou de *new money*¹⁰¹. La directive fait de même. La protection des créanciers investisseurs est prévue dans les mêmes termes et précisément dans l'hypothèse de l'ouverture ultérieure d'une procédure d'insolvabilité qui est celle du droit français. Afin de faciliter l'opération de restructuration, il est nécessaire d'encourager les nouveaux financements, définis comme des concours financiers inclus dans le plan, et les financements intermédiaires, comprenant un concours financier accordé durant la suspension des poursuites individuelles (art.17).

En second lieu, un nouveau langage se fait jour où la hiérarchisation des droits, entraînant celle des paiements, supplante leur opposition. La France s'y prépare. L'article 196 de la loi Pacte apporte des précisions. L'adoption des classes de créanciers, l'application forcée interclasse (*cross- class cram down*), le respect des accords de subordination conclus avant l'ouverture de la procédure de sauvegarde, sont autant de mesures qui pourront être adoptées par le droit français. Les modifications concerneront les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire. Il en résultera un renforcement des droits des créanciers :

- Les classes de créanciers vont se substituer aux comités de créanciers, afin de permettre une prise en compte effective des niveaux de subordination¹⁰² et de garantie. La distinction entre créanciers ne se fera plus en fonction de leur qualité, soit d'établissements de crédit, ou assimilés, soit de principaux fournisseurs, ou encore d'obligataires, mais en considération de la nature des créances, et des sûretés qui en conditionnent le rang. Les classes sont plus homogènes. En vue de l'adoption du plan, les parties affectées seront « réparties dans des classes distinctes représentatives d'une communauté d'intérêt suffisante [...] ». Sont fondamentalement visées les classes de créanciers garantis et non garantis. Il en est d'autres¹⁰³. Les situations de blocage seront évitées. Les PME peuvent choisir « de ne pas répartir les parties affectées en classes distinctes »(art.9 §4).

Le plan sera adopté dès lors que dans chaque classe une majorité se sera exprimée calculée sur le montant des créances. Les Etats membres peuvent prévoir un majorité qualifiée plus élevée, mais qui ne devra pas excéder 75% du montant des créances dans chaque classe (art.9 §6). Le droit français est conforme à cette mesure. Tant en sauvegarde, qu'en redressement judiciaire, un vote est requis à la majorité des deux-tiers du montant des créances des votants.

-Demain, une classe de créanciers dissidente, dont celle des actionnaires, ne pourra compromettre l'adoption d'un plan. Actuellement, il ne peut être passé outre au refus de vote des actionnaires, alors qu'ils n'ont plus rien à perdre. Il faut toutefois réserver une hypothèse particulière. Le code de commerce, depuis la loi *Macron* du 6 août 2015, compte, au nombre de ses dispositions, l'article L.631-19-2 qui permet une reprise interne grâce à la dilution forcée ou à la cession forcée des droits sociaux. Ce réaménagement des droits entre

¹⁰⁰ C. com. art. L. 650-1.

¹⁰¹ C.com. art. L. 611-11 ; *supra*, note 28.

¹⁰² C.com. art. L. 626-30-2 et L. 626-32, sur les conventions de subordination ; égal., A. Bébé Epale et Ch. Garcia, Les plans face aux accords de subordination, LPA 2012, n°146, p.4.

¹⁰³ Consid. 44.

actionnaires et créanciers ne vaut que dans le contexte d'un plan de redressement, et sous réserve du respect de conditions contraignantes qui en limitent l'application. Le message délivré est néanmoins sans ambiguïté. Le Conseil constitutionnel a reconnu le bien-fondé de la mesure¹⁰⁴. Un dispositif comparable, mais plus souple et moins encadré, autorisant l'expropriation des actionnaires, prévu dans l'avant-projet de réforme, qui donnera lieu à l'ordonnance du 12 mars 2014, n'avait finalement pas été retenu dans le texte définitif.

Notre droit doit aller plus loin afin d'encourager l'investissement et une prise de contrôle éventuelle. Dans ce but, la directive permet l'intégration, dans le préventif, du *debt-to-equity swap*¹⁰⁵, que connaît la législation allemande¹⁰⁶, et qui renvoie au *loan-to-own*¹⁰⁷ américain¹⁰⁸. Les associés sont une classe de créanciers, distincte des autres classes, qui ne saurait s'opposer à l'adoption d'un plan en vertu du « *cross-class cram down* » ou de l'« application forcée interclasse » (art.11). Dans cette hypothèse, le juge, à la demande du débiteur, ou avec son accord, pourra valider le plan qui n'a pas été approuvé, par les parties affectées, dans chaque classe de créanciers autorisée à voter. Lorsque les débiteurs sont des PME, l'obligation d'obtenir l'accord du débiteur peut être atténuée (art.11 §1, d).

Le plan pourra être imposé, aux classes dissidentes, de créanciers ou d'actionnaires subordonnés, mais à certaines conditions (art.11 §1). Le critère du « meilleur intérêt des créanciers », ou « *the best interest of creditors test* », doit être respecté. Il fait obstacle à ce « qu'un créancier dissident puisse se trouver dans une situation moins favorable, du fait de l'adoption du plan de restructuration, que celle qu'il connaîtrait dans le cas d'une liquidation, y compris une cession totale, ou de toute autre solution alternative au plan si celui-ci n'est pas adopté » (art.2 §1, 6 ; art. 10 §2, d). La règle de « priorité relative »¹⁰⁹ est une autre des conditions à remplir¹¹⁰. Le plan doit « veiller à ce que les classes dissidentes de créanciers affectés, autorisés à voter, soient traitées d'une manière au moins aussi favorable que toute autre classe de même rang et d'une manière plus favorable que toute autre classe de rang inférieur » (art.11 §1, c).

-Les Etats membres peuvent également prévoir que les parties, qui ne sont pas affectées par le plan, n'ont pas le droit de vote (art.9 §1, 2, in fine). Les détenteurs de capital peuvent être

¹⁰⁴ V. Cons.const. 5 août 2015, n°2015-715 DC, Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, AJDA 2015. 1570 ; D. 2016. 807, obs. P. Lokiec et J. Porta ; *ibid.*, 1461, obs. N. Jacquinet et A. Mangiavillano ; Constitutions 2015, 421, chron. A. Fabre ; RTD com. 2015.699, obs. E.Claudel ; JO 7 août, p. 13616, JO 7 août, p.13616, qui a écarté le grief tiré d'une atteinte manifestement disproportionnée au droit de propriété des associés et actionnaires.

¹⁰⁵ Le mécanisme évoque la cession forcée de titres.

¹⁰⁶ V., R. Dammann et Ch. Paulus, Le *debt-to-equity-swap* dans le cadre des procédures collectives en Allemagne et en France : état des lieux et perspectives, LPA 2018, n°65, numéro spécial, « Réformes du droit des contrats et du droit des procédures d'insolvabilité : regards croisés franco-allemands », p.21 s.

¹⁰⁷ Ou rachat de la dette décotée sur le marché secondaire tendant à une prise de contrôle.

¹⁰⁸ V., S. Vermeille, Peut-on prêter pour posséder (*loan to own*) en droit français ?, JCP EA 2009. 1709.

¹⁰⁹ V., S. Vermeille, Droit et croissance, juin 2019, préc., spéc. n° 5.2.2. s., pour une approche nuancée de la règle de priorité relative qui peut permettre de « négliger l'ordre des priorités ».

¹¹⁰ L'« *absolute priority rule* », la règle de priorité absolue, prévue dans le texte originel de la Commission du 22 nov.2016 (art.20), n'a pas été reprise dans la version finale. Selon cette règle « une classe dissidente de créanciers doit être intégralement désintéressée avant qu'une classe de rang inférieur ne puisse bénéficier des répartitions ou conserver un intéressement dans le cadre du plan de restructuration ».

privés du droit de vote (art.9 §3, a), et ils ne sauraient « empêcher ou rendre difficile de façon déraisonnable l'adoption ou la validation d'un plan de restructuration » (art.12 §1).

L'adoption de ces mesures permettra de prendre davantage de recul par rapport à l'ancienne loi du 25 janvier 1985, relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, dont on a dénoncé le dogmatisme. La loi était « une loi de crise »¹¹¹. Le redressement de l'entreprise, et surtout la préservation de l'emploi, imposaient la diminution du passif. La sanction de l'extinction des créances fut un moyen de parvenir au résultat escompté. La transposition de la directive dans le droit national favorisera l'octroi de crédit aux entreprises. Les établissements de crédit, dont les banques, mais aussi les marchés, sont concernés. Un financement, externe, et direct, pose la question du remboursement de la dette sur le marché secondaire. La transparence serait alors un atout¹¹².

Les créanciers peuvent souhaiter le rétablissement de leur débiteur, leur salut peut être ailleurs que dans la liquidation judiciaire. Le droit français des procédures collectives a évolué en passant d'un droit de l'exécution forcée, permettant aux créanciers de s'emparer de l'actif social, à un droit dont la finalité économique se renforce.

B.- Les enjeux de la prévention

En 2005, la refonte du livre VI du code de commerce a renforcé le préventif et donné un nouveau visage au droit de la faillite. L'accès rapide à la prévention procure des avantages, perdus lorsque s'ouvre un redressement judiciaire. La loi Pacte et la directive s'apprêtent à actualiser ce principe de lecture. Les enjeux de la prévention le demandent.

Si l'élaboration du droit de la restructuration préventive est liée au contexte culturel, économique et social d'un pays, il apparaît que son adaptation aux exigences des PME est un point commun à tous les Etats. La directive en témoigne. L'Afrique subsaharienne en est un exemple. La loi américaine doit évoluer en ce sens.

Appréhender la prévention implique d'en connaître l'origine et les moyens. La capacité de coordination des intérêts en présence qui s'opposent, sans être fondamentalement divergents, en est un. Priver du pouvoir de nuisance les récalcitrants, créanciers et/ou actionnaires, est un acquis ou un objectif à atteindre. La conclusion d'un accord amiable ou l'adoption d'un plan de restructuration en dépendent. L'entreprise est l'objet de toutes les attentions, elle doit le demeurer. C'est en acceptant de l'oublier en apparence qu'elle sera d'autant mieux protégée.

La volonté de relance de l'activité des entreprises, dont les PME, en difficulté, mais viables, suppose que les acteurs de la restructuration préventive peuvent agir. Il s'agit de permettre et de faciliter l'accès à des instruments juridiques, financiers, adaptés et concurrentiels en Europe.

¹¹¹V., Y. Guyon, Le réalisme de la loi du 25 janvier 1985 sur les procédures collectives, *in* Mélanges P. Bézard, Le juge et le droit de l'économie, Petites affiches- Montchrestien, 2002. 311 s. , spéc. p.312.

¹¹² V., S. Vermeille, RTDF déc.2018, préc.

L'incitation aux réformes est le premier enjeu de la prévention. La directive le suggère. Des réformes structurelles peuvent s'avérer nécessaires, elles renforceront l'attrait des procédures préventives. La formation des magistrats, l'adaptation de la gouvernance de l'entreprise ou de la réglementation au numérique en font partie. L'immatériel supplante les supports traditionnels de la communication pour une diffusion de l'information en temps réel ou un accès au juge en ligne¹¹³. Des avancées sont constatées en droit français. La France est engagée dans un mouvement réformateur qui prépare l'intégration des préconisations européennes.

La loi Pacte a anticipé la transposition du droit européen. Elle a modifié certains dispositifs, tel celui concernant la liquidation judiciaire simplifiée, dont l'efficacité est renforcée. Le droit des sociétés a évolué, l'actionnariat de long terme est valorisé¹¹⁴ ; il en est de même de la fiscalité des investissements. Le législateur oriente les produits de l'épargne vers le financement des entreprises.

Elle envisage par ailleurs les mesures à adopter. Le Gouvernement doit, par voie d'ordonnance, d'ici 2021, non seulement, rendre le droit national conforme au droit européen, mais aussi, réaliser, par ce moyen, et dans la même période de temps, la réforme du droit des sûretés. La concomitance des réformes est un gage d'efficacité de l'adaptation du droit préventif, qui va pouvoir s'opérer en cohérence avec la rénovation du droit des sûretés, y compris en lien avec le droit des entreprises en difficulté, lui-même appelé à connaître de profonds changements. Le cautionnement sera revu ainsi que le régime des sûretés réelles, comme le prévoit son article 60. Le regard doit se porter sur les acteurs externes que sont les créanciers, bien souvent titulaires de sûretés, qui aspirent à devenir plus pleinement des partenaires de l'activité économique en permettant le financement d'un plan. La prise de conscience est faite, ou devra l'être. L'adaptation de la loi est en marche.

Plus largement, les enjeux de la prévention sont économiques, financiers et politiques. Cela fait plus de dix ans que la banque Lehman Brothers a fait faillite. Selon les économistes, une prochaine crise systémique, qui ne sera pas bancaire, est à craindre. Les entreprises européennes pourraient mieux y faire face. Les entreprises américaines ont bien réagi à la crise de 2007-2008.

A l'heure de la résurgence d'un protectionnisme mondial, l'application, par les Etats membres, d'une procédure préventive harmonisée, en contribuant au sauvetage des entreprises, protégera la zone euro. Les échanges commerciaux et la circulation des capitaux seront facilités. L'investissement transfrontalier confortera l'Union des marchés de capitaux européens et le système financier. Il importe de nettoyer le bilan des banques des prêts non performants qui freinent le développement économique. Le crédit bancaire serait restauré. La BCE est attentive et agissante. La régulation du système financier et bancaire est constante. La directive en témoigne.

¹¹³ V., M.-A. Frison -Roche, Gouvernance d'internet : nous sommes face à un enjeu de civilisation, Entretien, LPA 2019, n°143, p.4.

¹¹⁴ V., J. Paillusseau, Entreprise et société, Quels rapports ? Quelle réforme ?, D.2018. 1395 ; égal., A. Tadros, Regard critique sur l'intérêt social et la raison d'être de la société dans le projet de loi Pacte, Dalloz 2018, n° 32, Eudes et commentaires/Chronique, p. 1765 s. ; v. C.civ. art. 1833 et 1835 (réd. loi Pacte).

Le facteur humain avec le facteur temps sont déterminants. La clause de réexamen prévue par le droit européen le confirme. La réforme rejoint la trajectoire qui est celle de la construction de l'Europe. Par-delà les différences dans le traitement de la restructuration préventive par les Etats, en Europe, et ailleurs, l'évolution vers un enrichissement des droits, qui peut être mutuel, doit être saluée et encouragée. Le droit français y contribue.