



HAL
open science

Le sort des praticiens français de l'insolvabilité face à la directive européenne relative aux cadres de restructuration préventifs

Emmanuelle Inacio

► To cite this version:

Emmanuelle Inacio. Le sort des praticiens français de l'insolvabilité face à la directive européenne relative aux cadres de restructuration préventifs. *Revue des procédures collectives civiles et commerciales*, 2019, 1, pp.16-20. <hal-04567094>

HAL Id: hal-04567094

<https://hal.science/hal-04567094v1>

Submitted on 3 May 2024

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.



HAL Authorization

Le sort des praticiens français de l'insolvabilité face à la directive européenne relative aux cadres de restructuration préventifs

par Emmanuelle INACIO,
Université du Littoral Côte d'Opale, membre du LARJ

Un accord provisoire ayant été conclu en trilogue sur le texte de la directive relative aux cadres de restructuration préventifs, à la seconde chance et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et d'apurement le 19 décembre 2018 et le texte de l'accord provisoire ayant été approuvé par un vote en commission au Parlement européen le 23 janvier 2019, celui-ci devrait être confirmé en plénière le 23 mars 2019. S'agissant des professionnels de l'insolvabilité, le projet conforte le modèle français de la profession réglementée de mandataire de justice, tant en ce qui concerne les conditions d'accès à la profession et les conditions de son exercice. En revanche, on peut regretter que le texte de l'accord provisoire sur la directive n'envisage pas l'intervention des professionnels de l'insolvabilité dans les procédures préventives de manière systématique.

1 - A peine plus de deux ans après son dépôt par la Commission européenne, le Conseil de l'Union européenne et le Parlement européen ont arrêté un compromis le 19 décembre 2018¹ sur la proposition de directive relative aux cadres de restructuration préventifs, à la seconde chance et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et d'apurement et modifiant la directive 2012/30/UE du 22 novembre 2016². Le texte de l'accord provisoire a été approuvé par un vote en commission au Parlement européen le 23 janvier 2019 et devrait être confirmé en assemblée plénière le 23 mars 2019. Le texte final de la directive devra être formellement adopté par le Conseil de l'Union européenne et le Parlement européen et la directive entrera en vigueur le vingtième jour suivant celui de sa publication au Journal Officiel de l'Union européenne. Les Etats membres disposeront alors de deux années pour transposer les dispositions de la directive en droit interne, délai qui peut être prolongé d'une année supplémentaire pour les Etats membres qui rencontrent des difficultés particulières dans la transposition de la directive. Pour ce faire, les Etats membres devront notifier à la Commission européenne la nécessité de faire usage de cette possibilité pour prolonger la période de transposition au plus tard six mois avant la fin de la période de transposition aux termes de l'article 34 du texte de l'accord provisoire sur la directive.

2 - L'objectif de la directive européenne relative aux cadres de restructuration préventifs est d'être le premier texte harmonisant le droit de l'insolvabilité, une nouvelle impulsion indispensable au bon fonctionnement du marché unique et à l'instauration d'une véritable union des marchés des capitaux³.

¹ <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2018/12/19/eu-agrees-new-rules-on-business-insolvency/>

² Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 22 novembre 2016 relative aux cadres de restructuration préventifs, à la seconde chance et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et d'apurement et modifiant la directive 2012/30/UE, COM/2016/0723 final - 2016/0359 (COD), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52016PC0723>

³ Proposition de directive, cons. 1^{er}.

3 - En effet, le règlement (CE) 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité transfrontalières entré en vigueur le 31 mai 2002⁴ puis le règlement (UE) 2015/848 qui le remplace depuis le 26 juin 2015 n'est, pour l'essentiel, qu'un instrument de droit international privé : il traite des questions relatives à la compétence, au droit applicable, à la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'insolvabilité, ainsi qu'à la coordination des procédures transfrontières d'insolvabilité. En d'autres termes, le règlement n'harmonise pas, sauf de façon très marginale, le droit matériel de l'insolvabilité des États membres.

4 - Toutefois, se présentant comme un premier texte d'harmonisation, la directive européenne relative aux cadres de restructuration préventifs n'harmonise pas tous les aspects de l'insolvabilité tels que les critères d'ouverture de la procédure d'insolvabilité, une définition commune de l'insolvabilité, le classement des créances et les actions révocatoires au sens large. La directive européenne vise plutôt à faire en sorte que tous les États membres mettent en place l'intervention précoce avant qu'une société ne connaisse de graves difficultés, octroient une seconde chance aux entrepreneurs honnêtes au moyen d'une remise de dettes et réduisent la durée des procédures de restructuration, d'insolvabilité et de réhabilitation.

5 - La directive européenne relative aux cadres de restructuration préventifs s'inspire en grande partie de la recommandation de la Commission européenne en date du 12 mars 2014 relative à une nouvelle approche en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises⁶ qui visait à fixer des normes minimales pour les procédures de restructuration préventive permettant aux débiteurs en difficulté financière de se restructurer à un stade précoce de manière à éviter l'insolvabilité et l'apurement des dettes, dans les délais prescrits, pour les entrepreneurs faillis honnêtes, en tant qu'étape nécessaire pour leur accorder une seconde chance.

6 - Si la directive européenne va permettre de donner une force juridique à la recommandation sur les procédures préventives et la seconde chance adoptée le 12 mars 2014, elle dépasse également son champ d'application en fixant également des règles ciblées sur l'augmentation de l'efficacité de tous les types de procédures, y compris les procédures de liquidation. Parmi les aspects qui influent sur la durée, l'efficacité et le coût de telles procédures, la proposition de directive a identifié la formation initiale et continue des professionnels de l'insolvabilité, leur désignation, surveillance et rémunération.

7 - Contre toute attente, alors que la question de l'harmonisation du statut des praticiens de l'insolvabilité à l'échelle de l'Union européenne (UE) était ignorée par la recommandation de 2014, le législateur européen s'en empare enfin.

Certes, la proposition de directive européenne relative aux cadres de restructuration préventifs ne fait que fournir des normes minimales pouvant être harmonisées en ce qui concerne le statut des professionnels de l'insolvabilité. Mais le législateur reconnaît enfin que la qualité des acteurs clés que sont les praticiens de l'insolvabilité est de la plus haute importance sur l'issue de la procédure. La doctrine n'avait-elle pas souligné que dès lors que le droit des difficultés des entreprises devenait européen, avec l'entrée en vigueur du règlement européen relatif aux procédures d'insolvabilité et l'adoption imminente d'une directive harmonisant certains aspects

4 Règlement (CE) n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité : JOCE n° L. 160, 30 juin 2000, p. 1.

5 Règlement (UE) n° 2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité : JOCE n° L. 141, 5 juin 2015, p. 19.

6 Recommandation de la Commission européenne du 12 mars 2014 relative à une nouvelle approche en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises, C(2014) 1500 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=celex%3A32014H0135>

des droits nationaux de l'insolvabilité, on ne pouvait plus envisager le statut des praticiens chargés de l'appliquer dans un cadre exclusivement national⁷ ?

Alors que le modèle original de la profession réglementée du mandataire de justice français semblait vouloir être sacrifié jusqu'à présent par l'Europe sur l'autel de la déréglementation, celui-ci est au contraire conforté par le texte de l'accord provisoire sur la directive même si celle-ci ne va pas au bout de sa logique.

8 - En effet, si la lecture du texte de l'accord provisoire sur la directive européenne relative aux cadres de restructuration préventifs laisse apparaître que celle-ci est rassurante pour les professionnels de l'insolvabilité français dans la mesure où elle tend à conforter le modèle français de la profession réglementée de mandataire de justice (I), pour autant une lecture du texte de l'accord provisoire sur la directive européenne dans son ensemble peut être aussi source d'inquiétude dans la mesure où elle reste en retrait sur l'intervention des praticiens dans les procédures préventives (II).

I. Une directive européenne confortant le modèle français de la profession réglementée de mandataire de justice

9 - Dans l'exposé des motifs de la proposition de directive relative aux cadres de restructuration préventifs en date du 22 novembre 2016, la Commission européenne a identifié la durée excessive des procédures de restructuration, d'insolvabilité et de réhabilitation au sein de plusieurs États membres comme étant source d'insécurité juridique, créant des obstacles à la récupération de valeur par les créanciers et empêchant la restructuration efficace des entreprises viables dans l'Union, notamment dans le cas des groupes transfrontières. En effet, la Commission a constaté que, dans certains États membres, des procédures d'insolvabilité longues, inefficaces et coûteuses étaient l'un des facteurs à l'origine du désendettement insuffisant observé après la crise dans le secteur privé et qu'elles aggravaient ce surendettement.

10 - Parmi les aspects qui influent sur l'efficacité des procédures, la proposition de directive relative aux cadres de restructuration préventifs en date du 22 novembre 2016 a relevé le professionnalisme des praticiens de l'insolvabilité en imposant aux États membres de garantir un niveau approprié de compétences et de formation des praticiens de l'insolvabilité au sein de l'Union européenne (A) et d'adopter des normes minimales concernant l'exercice de leurs fonctions (B) sur le modèle de la profession réglementée de mandataire de justice. En effet, sous la pression des réalités économiques et sociales, le droit comparé nous a enseigné que s'est progressivement dessinée une convergence entre les droits nationaux, avec pour modèle le statut le plus abouti, le statut des professionnels français de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises, qu'il s'agisse des règles qui gouvernent l'accès et les conditions d'exercice de la profession⁸.

A. Une directive imposant aux États membres des normes minimales en matière d'accès à l'activité des praticiens de l'insolvabilité

7 E. Inacio, Bilan du rapprochement des professionnels de l'insolvabilité au sein de l'Union européenne : Rev. proc. coll. 2016, dossier 37.

8 D. Fasquelle et E. Inacio, Bref regard de droit comparé sur le statut des professionnels de l'insolvabilité dans l'Union européenne : Rev. proc. coll. 2014, étude 21. – E. Inacio, Des « lignes directrices » pour l'harmonisation du statut de syndic et le droit comparé : Rev. proc. coll. 2015, dossier 15.

11 - Le premier paragraphe de l'article 25 de la proposition de directive de la Commission européenne consacré aux praticiens dans le domaine de la restructuration, de l'insolvabilité et de la seconde chance imposait aux États membres de veiller à ce que les médiateurs, les praticiens de l'insolvabilité et les autres praticiens désignés dans les affaires de restructuration, d'insolvabilité et de seconde chance reçoivent la formation initiale et continue nécessaire pour assurer que leurs services soient fournis avec efficacité, indépendance, compétence et impartialité à l'égard des parties.

12 - Le droit des procédures collectives, devenu droit des difficultés des entreprises, impose effectivement que l'on fasse appel à des professionnels formés et compétents pour une intervention le plus tôt possible pour sauver l'entreprise et les emplois qui y sont attachés. Au-delà de la prévention, le droit des entreprises en difficulté devient de plus en plus complexe et exige des qualités de techniciens du droit mais aussi une connaissance de l'entreprise et de sa gestion que seuls peuvent posséder des professionnels qualifiés et spécialisés. Le mandat de justice renforce encore la nécessité d'entourer de règles particulières ceux qui traitent des difficultés des entreprises.

13 - –Le texte de l'accord provisoire sur la directive européenne relative aux cadres de restructuration préventifs paraît moins ambitieux sur la formation continue des praticiens des procédures de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes. En effet, là où l'article 25 de la proposition de directive préconisait une formation non seulement initiale mais également continue, le nouvel article 26, paragraphe premier, point a), du texte de l'accord provisoire sur la directive européenne dispose que les États membres doivent veiller à ce que les praticiens reçoivent une formation appropriée et disposent de l'expertise nécessaire eu égard à leurs responsabilités. Toutefois, le texte de l'accord provisoire sur la directive européenne ajoute un nouveau paragraphe 1 bis à l'article 26 qui dispose que la Commission européenne doit faciliter l'échange de bonnes pratiques entre les États membres pour améliorer la qualité de la formation au sein de l'Union européenne, notamment par voie d'échange d'expériences et de mise en place d'outils de développement des compétences.

14 - En outre, le texte de l'accord provisoire sur le texte de la directive européenne ajoute au considérant n° 40 que la formation appropriée, les compétences et l'expertise des praticiens pourraient également être acquises dans l'exercice de la profession, et les États membres ne devraient pas être tenus de dispenser eux-mêmes les formations nécessaires, qui peuvent l'être, par exemple, par des associations professionnelles ou d'autres organismes. Le considérant précise que non seulement les praticiens de l'insolvabilité au sens du règlement (UE) 2015/848 devraient faire partie du champ d'application de ces dispositions mais également les praticiens qui sont choisis par le débiteur, par les créanciers ou par un comité des créanciers à partir d'une liste ou d'une réserve qui a été approuvée au préalable par une autorité judiciaire ou administrative. Cet ajout est très intéressant dans la mesure où le besoin d'une formation non plus nationale mais harmonisée au niveau européen qui s'adresse à tous les praticiens européens des procédures de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes est clairement posé⁹ afin de contribuer à ce que le professionnalisme de tous les acteurs concernés par l'insolvabilité soit porté à un niveau élevé comparable dans toute l'Union comme le préconise le considérant 40 de la proposition de directive de la Commission européenne demeuré inchangé sur ce point au sein du texte de l'accord provisoire sur la directive.

⁹ Il est intéressant de noter que l'association européenne INSOL Europe regroupant les professionnels dans le domaine des questions liées au sauvetage, au redressement ou aux difficultés des entreprises en Europe, a mis en place une formation de haut-niveau en droit de l'insolvabilité s'adressant aux États membres d'Europe centrale, de l'est et méditerranéenne.

B. Une directive imposant aux États membres des normes minimales en matière d'exercice de l'activité de praticien de l'insolvabilité

15 - Aux termes de l'article 26, paragraphe premier, point b), du texte de l'accord provisoire sur la directive européenne reprenant la proposition de directive de la Commission européenne, les États membres doivent veiller à ce que les conditions d'admissibilité ainsi que le processus de désignation, de révocation et de démission des praticiens soient clairs, transparents et équitables.

16 - Le texte de l'accord provisoire sur la directive ajoute au point c) du premier paragraphe de son article 26 que lors de la sélection d'un praticien pour une affaire particulière, son expérience et son expertise sont dûment prises en considération, y compris dans les affaires comportant des éléments transfrontières, reprenant là encore la proposition de la Commission européenne. Le texte de l'accord provisoire sur la directive ajoute au considérant n° 40 que dans les affaires comportant des éléments transfrontières, la désignation devrait tenir compte, entre autres, de la capacité des praticiens à satisfaire aux obligations énoncées dans le règlement (UE) 2015/848, à communiquer et coopérer avec les autorités judiciaires et administratives et les praticiens de l'insolvabilité étrangers, ainsi que de leurs ressources humaines et administratives en vue du traitement d'affaires dont le volume est potentiellement important.

17 - Lorsqu'il y a lieu, les débiteurs et les créanciers sont consultés lors de la sélection du praticien, indiquait la Commission européenne dans sa proposition de directive. Le texte de l'accord provisoire sur la directive ajoute au point d) du paragraphe premier de son article 26 que pour prévenir tout conflit d'intérêts, les débiteurs et les créanciers doivent avoir la possibilité soit de s'opposer à la sélection ou à la désignation, soit de demander le remplacement du praticien. Le considérant n° 40 indique que lorsqu'ils choisissent le praticien, le débiteur, les créanciers ou le comité des créanciers pourraient bénéficier d'une marge d'appréciation quant à l'expertise et à l'expérience du praticien d'une manière générale et quant aux exigences de l'affaire concernée, et les débiteurs qui sont des personnes physiques pourraient être totalement exonérés d'une telle obligation.

18 - Par ailleurs, le texte de l'accord provisoire sur la directive relève en son considérant n° 40 que les États membres ne sont pas empêchés de sélectionner un praticien selon d'autres méthodes de sélection, par exemple la sélection aléatoire au moyen d'un logiciel, à condition que la personne ou le mécanisme procédant à la sélection du praticien dans une affaire particulière tiennent dûment compte de l'expérience et de l'expertise du praticien. Cette disposition ne fait que prendre en compte l'utilisation de l'intelligence artificielle dans le mode de désignation des praticiens existant au Portugal, en Lituanie, en Lettonie, en Slovaquie et en Slovaquie.

19 - En France, le principe est que les tribunaux sont totalement libres de désigner les mandataires de justice de leur choix. Ainsi, il n'existe aucune règle régissant l'attribution des affaires aux mandataires de justice : le tribunal n'a pas à motiver ses choix et sauf attitude vexatoire tendant à l'exclusion systématique et injustifiée d'un professionnel, l'État n'a pas de responsabilité dans ces choix. Il existe pourtant quelques exceptions à la liberté des juridictions dans la désignation et le remplacement des mandataires de justice, telles les règles d'incompatibilité et des tempéraments à ce principe qui ont été introduits par l'Ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives. Ainsi, la liberté des juridictions est essentiellement encadrée par des

initiatives nouvelles ouvertes au Parquet, au débiteur, aux créanciers et à l'AGS qui semblent avoir inspiré le texte de l'accord provisoire sur la directive.

20 - Le considérant n° 40 ajoute que les praticiens devraient adhérer aux standards habituels de la profession telle que la souscription d'une assurance responsabilité professionnelle. Une étude de droit comparé a en effet démontré qu'une assurance professionnelle relative à l'activité des praticiens de l'insolvabilité n'était pas obligatoire dans tous les Etats membres, contrairement à la France.

21 - En ce qui concerne la surveillance des praticiens, le premier paragraphe de l'article 27 de la proposition de directive prévoyait que les États membres doivent mettre en place des structures de surveillance et de réglementation appropriées pour assurer que le travail des praticiens dans le domaine de la restructuration, de l'insolvabilité et de la seconde chance fasse l'objet d'une surveillance adéquate. Cette surveillance et cette réglementation doivent comporter également un régime approprié et efficace pour sanctionner les praticiens qui manquent à leurs devoirs.

22 - Le texte de l'accord provisoire sur la directive est plus ambitieux que la Commission européenne en matière de surveillance des praticiens et préconise que les États membres doivent mettre en place des mécanismes réglementaires et de contrôle appropriés pour assurer que le travail des praticiens fasse l'objet d'une surveillance efficace, en vue de faire en sorte que leurs services soient fournis avec efficacité et compétence et, eu égard aux parties concernées, avec impartialité et indépendance. Ces mécanismes incluent également des mesures efficaces concernant l'obligation de rendre des comptes incombant aux praticiens qui manquent à leurs devoirs. En outre, les États membres peuvent encourager l'élaboration de codes de bonne conduite par les praticiens et leur adhésion à de tels codes. Par ailleurs, le texte de l'accord provisoire sur la directive ajoute un nouveau considérant 40 *bis* qui prévoit que les praticiens devraient être soumis à des mécanismes réglementaires et de contrôle qui devraient inclure des mesures efficaces concernant l'obligation de rendre des comptes incombant aux praticiens qui manquent à leurs devoirs, telles qu'une réduction des honoraires du praticien, son exclusion de la liste ou de la réserve de praticiens pouvant être désignés dans des affaires d'insolvabilité, ainsi que, le cas échéant, des sanctions disciplinaires, administratives ou pénales. Enfin, le texte de l'accord provisoire sur la directive introduit un nouveau paragraphe 1 *bis* au sein de l'article 27 aux termes duquel les Etats membres doivent veiller à ce que l'information relative aux autorités ou organes nationaux de surveillance des praticiens soit disponible au public.

28 - Les professionnels français de la prévention et du traitement des entreprises en difficulté sont en effet l'une des professions les plus contrôlées et leur réglementation là encore, semble à l'origine de cette disposition.

29 - Enfin, en matière de rémunération, aux termes du second paragraphe de l'article 27 de la proposition de directive, la Commission disposait que les Etats membres devaient veiller à ce que les honoraires facturés par les praticiens dans le domaine de la restructuration, de l'insolvabilité et de la seconde chance soient régis par des règles qui incitent à l'aboutissement rapide et efficient des procédures tout en tenant dûment compte de la complexité de l'affaire ainsi qu'à l'existence de procédures appropriées, incluant des garde-fous, pour assurer que tout litige concernant la rémunération puisse être résolu dans les meilleurs délais. Le texte de l'accord provisoire sur la directive est beaucoup moins ambitieux que la proposition de la Commission européenne en la matière en ce qu'elle préconise simplement que les Etats

membres veillent à ce que la rémunération des praticiens soit régie par des règles conformes à l'objectif d'un aboutissement efficient des procédures et que des procédures appropriées soient en place afin de résoudre tout litige concernant la rémunération.

30 - Les honoraires des mandataires de justice français ne sont pas fixés librement mais sont calculés en fonction d'un tarif transparent fixé par un arrêté et figurant à la partie réglementaire du Code de commerce. Ainsi, le tarif français qui est transparent incite à l'aboutissement rapide de la procédure et tient compte de la complexité de l'affaire soumise au praticien de l'insolvabilité. En effet, la rémunération est fixée en fonction du patrimoine de la société, selon un barème légal, comprenant notamment un droit fixe par procédure, un montant en fonction du nombre de salariés, un montant en fonction de l'actif réalisé dégressif, un montant en fonction du nombre de créances vérifiées. Le tribunal retrouve un large pouvoir discrétionnaire lorsque certains niveaux sont atteints.

31 - L'élaboration d'un statut européen des professionnels de l'insolvabilité autour du modèle français est désormais une nécessité pour le législateur européen. Pour autant, leur intervention est limitée au sein des procédures de restructuration préventive par d'autres dispositions du texte de l'accord provisoire sur la directive.

II. Une directive européenne en retrait en ce qui concerne l'intervention des professionnels de l'insolvabilité dans les procédures préventives

32 - Si le texte de l'accord provisoire sur la directive européenne élabore un statut européen des professionnels de la restructuration préventive, de l'insolvabilité et de seconde chance autour du modèle français, pour autant, le texte de l'accord provisoire sur la directive limite paradoxalement leur intervention au sein des procédures préventives. En effet, alors que l'on renforce leur statut, la désignation des praticiens de l'insolvabilité dans le domaine de la restructuration préventive est seulement facultative (A), ce qui a été contesté par certains États membres, ayant provoqué un infléchissement du législateur européen (B).

A. La désignation facultative des praticiens dans le domaine de la restructuration préventive

33 - Pour permettre un gain d'efficacité et minimiser les délais et les coûts, la proposition de directive de la Commission européenne prévoyait que les cadres nationaux de restructuration préventive devraient comporter des procédures souples limitant la participation des autorités judiciaires ou administratives à ce qui est nécessaire et proportionné pour préserver les intérêts des créanciers et des autres parties intéressées susceptibles d'être concernées. Ainsi, une décision de justice ne devrait pas être nécessaire pour ouvrir la procédure de restructuration, qui peut être informelle pour autant que les droits de tiers ne soient pas affectés.

34 - Afin d'éviter des coûts inutiles et de refléter le caractère précoce de la procédure, la proposition de directive de la Commission européenne posait un autre principe : il conviendrait de laisser aux débiteurs le contrôle de leurs actifs et de la gestion courante de leur activité.

35 - Dès lors, l'article 5 de la proposition prévoyait que la désignation d'un praticien de la restructuration n'est pas obligatoire dans chaque cas. Le considérant n° 18 précisait que la désignation d'un praticien de la restructuration, qu'il s'agisse d'un médiateur soutenant les négociations d'un plan de restructuration ou d'un praticien de l'insolvabilité supervisant les

actions du débiteur, ne devrait pas être obligatoire dans tous les cas, mais au cas par cas, selon les circonstances du cas ou les besoins spécifiques du débiteur.

36 - Non seulement cette disposition menaçait l'intervention des praticiens dans les procédures préventives mais le mandat de justice était lui-même menacé par la limitation de l'intervention des autorités judiciaires en matière préventive.

37 - La proposition de directive semblait s'inspirer du « *scheme of arrangement* » issu du droit des sociétés anglais (*section 425 of the Companies Act, 1985*) conclu sans qu'une procédure formelle soit ouverte et sans la désignation d'un praticien de l'insolvabilité afin d'encourager la négociation d'un accord de restructuration.

38 - Pourtant, les procédures de mandat *ad hoc* et de conciliation française qui connaissent un succès croissant en pratique reposent sur la désignation systématique d'un mandataire *ad hoc* et d'un conciliateur par un tribunal.

39 - Toutefois, un certain degré de supervision pouvait être assuré aux termes du considérant n° 18 de la proposition lorsque cela est nécessaire pour préserver les intérêts légitimes d'un ou de plusieurs créanciers ou d'une autre partie intéressée. Ainsi, aux termes de l'article 5 de la proposition de directive de la Commission européenne, la désignation d'un praticien dans le domaine des restructurations pouvait, en particulier, être exigée lorsqu'une suspension générale des poursuites individuelles est accordée au débiteur par l'autorité judiciaire ou administrative ou lorsque le plan de restructuration doit être validé par une autorité judiciaire ou administrative par voie d'application forcée interclasse.

B. Le nécessaire renforcement de l'intervention des praticiens de l'insolvabilité en matière de restructuration préventive

40 - La désignation d'un professionnel en matière de prévention apparaissait comme étant une simple possibilité laissée à l'appréciation des Etats membres au sein de la proposition de directive de la Commission européenne lorsque cela est nécessaire pour préserver les intérêts légitimes d'un ou de plusieurs créanciers ou d'une autre partie intéressée. Or, celle-ci devrait être modifiée sur ce point dans un souci de cohérence.

En effet, la directive relative aux cadres de restructuration préventifs ne peut, d'une part, prôner la nécessaire professionnalisation des praticiens de la restructuration, de l'insolvabilité et de la seconde chance dans un souci d'efficacité et, d'autre part, rendre leur désignation facultative dans les procédures préventives dans un souci de réduction des coûts. En effet, face à un monde économique de plus en plus complexe, seuls des professionnels triés sur le volet peuvent accompagner efficacement les entreprises afin de prévenir leurs difficultés. Les professionnels des entreprises en difficulté ont une mission d'intérêt général et il est important que toute entreprise puisse avoir accès à leurs services. Le droit des procédures collectives, devenu droit préventif des difficultés des entreprises, impose que l'on fasse appel à des professionnels formés et compétents pour une intervention le plus tôt possible pour sauver l'entreprise et les emplois qui y sont attachés et garantir que les intérêts contradictoires des parties soient pris en compte.

41 - En France, en matière de procédure collective préventive, l'administrateur judiciaire est nommé uniquement dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire employant plus de 20 salariés et réalisant un chiffre d'affaires de plus de 3 millions d'euros hors taxe par an aux termes des articles L. 621-4 et R. 621-11 du Code de commerce. Toutefois, jusqu'au jugement arrêtant le plan, le tribunal peut, à la demande du débiteur, du mandataire judiciaire

ou du ministère public, décider de nommer un administrateur judiciaire. Mais il ne faudrait pas que la directive ait pour effet d'ouvrir les cas dans lesquels le débiteur n'est pas dessaisi.

42 - Dans l'introduction de son orientation générale en date du 1^{er} octobre 2018¹⁰, le Conseil de l'Union européenne a indiqué que les États membres s'accordent sur le fait que la procédure de restructuration préventive devrait être une procédure dont les débiteurs ont la maîtrise, ce qui signifie que le débiteur devrait au moins conserver un contrôle partiel sur ses actifs et ses opérations courantes. Conformément à ce principe, le Conseil a rappelé que la proposition de la Commission européenne prévoit que la désignation d'un praticien dans le domaine de la restructuration ne devrait pas être obligatoire dans tous les cas. Le Conseil a indiqué que certains États membres avaient exprimé des craintes en ce qui concerne la marge de manœuvre limitée laissée au droit national dans la proposition de la Commission. En effet, certains États membres - dont la France - estimaient que la présence d'un praticien de la prévention pouvait accroître l'efficacité de la procédure et garantir que les intérêts de toutes les parties soient pris en compte. La Commission européenne estimait, pour sa part, que l'obligation de désigner un praticien dans tous les cas rend la procédure plus coûteuse et plus lourde et, par conséquent, que cela réduit les possibilités pour un débiteur d'y avoir facilement accès.

43 - Le compromis proposé par le texte de l'accord provisoire sur la directive pose donc comme principe général que la désignation par une autorité judiciaire ou administrative d'un praticien dans le domaine des restructurations, qu'il s'agisse de permettre le bon déroulement des négociations d'un plan de restructuration ou de superviser les actions du débiteur, est désormais décidée au cas par cas. Toutefois, dans certaines circonstances, les États membres peuvent imposer la désignation obligatoire d'un tel praticien dans tous les cas de figure, indique l'article 5, paragraphe 2. En d'autres termes, le texte de l'accord provisoire sur la directive dispose que la désignation d'un praticien de la restructuration devrait être décidée au cas par cas en fonction des circonstances, excepté lorsque les États membres exigent une désignation obligatoire.

44 - Le paragraphe 3 de l'article 5 du texte de l'accord provisoire sur la directive fournit une liste d'exemples de cas où le droit national doit à tout le moins exiger une désignation obligatoire du praticien de la restructuration. Tout d'abord, la désignation d'un praticien dans le domaine de la restructuration doit être toujours nécessaire lorsque le débiteur bénéficie d'une suspension générale des poursuites individuelles octroyée par une autorité judiciaire ou administrative qui juge que la désignation d'un praticien est nécessaire à la sauvegarde des intérêts des parties. Ensuite, la désignation obligatoire d'un praticien de la restructuration préventive doit également être prévue par les États membres lorsque le plan de restructuration doit être validé par une autorité judiciaire ou administrative au moyen d'une application forcée interclasse. Enfin, les États membres doivent prévoir que la désignation est obligatoire lorsqu'elle est demandée par le débiteur ou la majorité des créanciers, à condition dans ce dernier cas que les frais et les honoraires du praticien soit pris en charge par les créanciers. Le considérant n° 18 ajoute que les États membres pourraient décider que la désignation d'un praticien dans le domaine de la restructuration est toujours nécessaire lorsque par exemple le débiteur bénéficie d'une suspension générale des poursuites individuelles, lorsque le plan de restructuration doit être validé par une autorité judiciaire ou administrative au moyen d'une application forcée interclasse ou lorsqu'il comprend des mesures ayant une incidence sur les droits des travailleurs, lorsque le débiteur ou sa direction ont agi de manière frauduleuse, criminelle ou préjudiciable dans les relations commerciales, ou lorsqu'il est procédé à la nomination aux seules fins d'aider à l'élaboration ou à la négociation du plan de restructuration.

¹⁰ <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2018/10/11/directive-on-business-insolvency-council-agrees-its-position/>

45 - Cet infléchissement du législateur européen est à saluer car il laisse les États membres libres de déterminer les circonstances dans lesquelles la désignation du praticien dans le domaine de la restructuration sera obligatoire dans tous les cas de figure.

46 - En effet, l'intervention d'un professionnel indépendant et spécialisé est cruciale non seulement dans le domaine de l'insolvabilité mais également dans le domaine de la prévention où sont également en présence des intérêts contradictoires.

Mots-clés : Droit européen – Proposition de directive – Praticiens de l'insolvabilité