

PAR VIRGINIE VERFAILLIE TANGUY, VICE-PRÉSIDENTE DE L'ARE,
JEAN-DOMINIQUE DAUDIER DE CASSINI, RESPONSABLE DU COMITÉ
DES LOIS, DES TECHNIQUES ET DES PRATIQUES DE L'ARE,
ET EMMA MIGLIETTA, DOCTORANTE

Procédures préventives : la nouvelle directive influencée par le modèle français

Quelle est l'influence du modèle préventif français sur les orientations de la proposition de directive européenne sur les cadres de restructuration préventive? Analyse.

LA COMMISSION EUROPÉENNE a publié, le 22 novembre 2016, une proposition de directive sur les procédures préventives de restructuration, la seconde chance et les mesures accroissant l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et de décharge de dettes qui vise à harmoniser le droit des procédures collectives des différents États membres. Aujourd'hui, les États membres divergent non seulement au niveau des types de procédures, mais surtout au regard de leurs objectifs et des hiérarchies établies entre les différents acteurs de la procédure collective. Le 17 décembre 2018, les États membres sont parvenus à un compromis sur le texte final de la directive qui devrait être adoptée très prochainement et qui s'articule autour de trois axes :

- 1) des principes communs pour les cadres de restructuration préventifs ;
- 2) le droit au rebond du débiteur ;
- 3) des mesures ciblées pour que les États

membres améliorent l'efficacité de ces procédures.

À ce titre, l'ARE souhaite mettre en avant l'influence du modèle français qui semble faire figure de « référence » au regard des orientations de la nouvelle directive :

- ① La directive met l'accent sur la qualification des praticiens pour accroître l'efficacité des procédures (art. 24 et 25 de la directive). Or, sur ce point, la directive s'est largement inspirée des standards mis en place en France, tant pour les juges consulaires que pour les mandataires de justice.
- ② Le droit français admet depuis longtemps un droit à une seconde chance au bénéfice des débiteurs. La loi du 25 janvier 1985 créa une « purge des dettes » par l'effet du principe de la non-reprise des poursuites attaché à la clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif, purge encore plus radicale et rapide dans le rétablissement professionnel qui permet à une personne physique dont l'actif a une valeur

inférieure à 5000 € d'obtenir en 4 mois sans liquidation l'effacement de ses dettes. Ainsi, le droit français s'inscrit entièrement dans l'objectif poursuivi par la directive sur ce point (art. 19 et suivants de la directive).

③ Enfin et surtout, les règles gouvernant les procédures préventives prescrites par la directive, sont, pour une large partie, déjà connues en droit français :

- Le principe de non-dessalement du dirigeant (art. 5 de la directive), qui garde la main sur la gestion de son entreprise, est la règle dans une procédure de sauvegarde, l'administrateur judiciaire ayant une simple mission de surveillance.
- Alors que la directive prévoit la désignation d'un professionnel dès lors qu'une procédure préventive est ouverte pour certains cas seulement (art. 5 de la directive), le droit français va plus loin et prévoit la présence systématique d'un professionnel (l'administrateur judiciaire) dont la présence rassure

les créanciers et sécurise les négociations.

- De plus, pour préserver et maximiser la valeur de l'entreprise, la proposition de directive, tout comme le droit français, prévoit l'arrêt des poursuites individuelles pendant la période de négociation du plan (art. 6 de la directive) ainsi que la continuité de l'exécution des contrats (art. 7).
- L'article 16 de la directive accorde une protection aux financements qui permettent d'apporter de nouvelles liquidités lors de la mise en œuvre du plan de restructuration ou servent à garantir la continuité des activités de l'entreprise pendant la période de négociation. Or, cet article est la transposition, à l'échelle européenne, des règles françaises relatives au régime des créanciers postérieurs privilégiés et des apporteurs d'argent frais ou de new money. L'ARE a d'ailleurs fait plusieurs propositions visant à favoriser ces financements, notamment en proposant la création d'un privilège s'appliquant à tout apport ou engagement



© AUGUSTIN DÉTIENNE

▲ Virginie Verfaillie Tanguy.



© ROMEO BALANCOURT

▲ Jean-Dominique Daudier de Cassini.

d'apport d'argent frais consenti à l'arrêté du plan, proposition reprise dans le projet de loi PACTE.

• Il faut également souligner la volonté de la directive de rééquilibrer les rapports de force entre les différentes parties prenantes lors de la négociation d'un plan. Ainsi, la directive permet de faire obstacle au potentiel pouvoir de blocage des actionnaires minoritaires (l'article 9 prévoit la possibilité d'exclure les actionnaires du vote du plan tandis que l'article 12 exige de prévoir des moyens pour empêcher les actionnaires de faire obstacle de manière déraisonnable à l'adoption du plan et à sa mise en œuvre lorsque les États membres ont choisi de les exclure du vote du plan). Or, l'ARE a déjà formulé une proposition allant dans ce sens qui consistait à exclure les créances en compte courant d'associé du comité des créanciers financiers lorsque le projet de plan réserve à l'associé un meilleur sort que celui qui aurait été le sien en liquidation judiciaire. De plus, l'article 12a de la

directive exige que les États membres assurent que les droits des salariés ne soient pas remis en cause par l'ouverture d'une procédure préventive, ce qui fait déjà l'objet de plusieurs dispositions en droit français.

Toutefois, l'ARE déplore le fait que la directive ne soit pas allée jusqu'au bout de la logique de promotion de cadres de restructuration préventifs en ne semblant pas faire référence aux « procédures préventives » qui, au sens du droit français, permettent de traiter en amont, et en dehors de toute procédure collective, les difficultés des entreprises. Avec la conciliation et le mandat ad hoc, la France fait ainsi figure de précurseur, étant un des seuls pays à pratiquer ces procédures depuis plus de 20 ans avec des taux de succès considérables. Dans un premier temps, la procédure de mandat ad hoc ou de conciliation permet de négocier, en toute confidentialité, un accord de restructuration de la dette entre le débiteur et ses principaux créanciers

financiers. La perspective d'une possible conversion de la procédure de conciliation en sauvegarde financière accélérée (SFA) ou en sauvegarde accélérée (SA) permet de faciliter la conclusion d'un accord consensuel. Si des créanciers minoritaires refusent néanmoins l'accord proposé, l'ouverture d'une SFA permet, dans un second temps, de vaincre cette opposition en faisant arrêter ainsi l'accord de restructuration par le tribunal.

Pour conclure, soulignons que le projet de directive s'inspire également du droit américain et du droit allemand pour le traitement des plans de sauvegarde et de redressement. La directive propose notamment aux États membres d'introduire des classes de créanciers afin d'imposer un plan de restructuration aux classes dissidentes. C'est le concept du cross-class cram down.]

▶ PLUS D'INFOS

<http://www.aren.fr/>



À PROPOS DE L'ARE

Constituée en 2002, l'Association pour le Retournement des Entreprises (ARE) a pour vocation de regrouper l'ensemble des professionnels (avocats, conseils, mandataires ad hoc, banquiers, fonds d'investissement, managers de crise, etc.) impliqués de façon régulière dans les opérations de retournement, de refinancement ou de restructuration. Sous la présidence d'Olivier Marion et de la vice-présidence de Me Virginie Verfaillie, elle compte aujourd'hui 250 membres. Via son Comité des Partenariats Universitaires, présidé par Douglas Rosefsky, et son Comité des Formations, présidé par Me Véronique Dobelle, l'ARE intervient au sein des cursus étudiants et professionnels afin de promouvoir les outils et techniques de prévention de difficulté des entreprises. Via son Comité des Lois, des Techniques et des Pratiques, présidé par Me Jean-Dominique Daudier de Cassini, le bureau de l'ARE a décidé de mettre en place un comité regroupant des professionnels de tous secteurs, membres de l'ARE, pour réfléchir sur les forces et les faiblesses du système actuel de prévention et de traitement des difficultés et sur des moyens simples et efficaces afin de l'améliorer.