



Haut Comité Juridique
de la Place financière de Paris

RAPPORT

*du Haut Comité Juridique
de la Place Financière de Paris (HCJP)
Groupe de travail
«Défaillance d'entreprises»*

26 mars 2018



GROUPE DE TRAVAIL DÉFAILLANCE D'ENTREPRISES

Dans le cadre de la consultation « PACTE » menée par le Trésor, le Haut Comité Juridique de la Place financière de Paris (HCJP) a été saisi pour se prononcer notamment sur une potentielle réforme du mécanisme de rétablissement professionnel (1) et sur une rénovation du mécanisme d'adoption d'un plan de restructuration non accepté par toutes les classes de créanciers (2). Le Groupe de travail « Défaillance des entreprises » a procédé à des auditions de parties prenantes afin d'en tirer les conclusions suivantes.

1 - Le rétablissement professionnel

Le groupe de travail tire des auditions effectuées les éléments décrits ci-après.

A titre liminaire, il est rappelé qu'en France lorsqu'une entreprise est en cessation des paiements, il est ouvert dans tous les cas une procédure collective, alors qu'en Allemagne une telle procédure n'est ouverte que si l'entreprise défailtante est en mesure de payer les frais de greffe. Au moment de la réforme, une réflexion avait donc été menée quant à l'ouverture de procédures collectives dans lesquelles il n'y avait aucun actif à distribuer. Il avait alors été envisagé de confier une petite procédure liquidative à l'administration, mais cette idée avait très vite été abandonnée en raison des nombreux risques de conflits d'intérêts, l'administration étant très souvent créancière.

La réforme s'est donc inspirée de ce qui existait pour les personnes physiques (rétablissement personnel) avec pour objectif principal de laisser une seconde chance aux entrepreneurs et de limiter les coûts de procédure.

L'ordonnance du 12 mars 2014 a ainsi introduit dans le droit national une procédure de rétablissement professionnel sans liquidation dont le but est de parvenir à l'effacement des dettes du débiteur, personne physique, qui n'a que très peu d'actifs, afin qu'il puisse poursuivre son activité. La procédure est présentée comme une alternative à la liquidation judiciaire dont la lourdeur est apparue inefficace et coûteuse pour de très petites entreprises.

1.1 - État des lieux de l'utilisation de la procédure de rétablissement professionnel

1.1.1 Constat de l'absence d'utilisation de la procédure

Le groupe de travail constate que la procédure de rétablissement professionnel est peu utilisée en pratique (130 procédures ouvertes en 2018). Elle est aujourd'hui surtout utilisée par des avocats qui connaissent des difficultés. Elle paraît méconnue des juges consulaires. En revanche, elle a suscité une certaine mobilisation des juges des tribunaux de grande instance qui ont ouvert la majorité de ces procédures.

N. GRAND, magistrat en charge de ces procédures au tribunal de grande instance de Paris, a souligné que cela serait dû en partie à l'information donnée par la section sociale de l'Ordre des



avocats sur les possibilités d'ouverture de cette procédure au bénéfice d'avocats en difficultés qui viennent les consulter. Les autres professions libérales (infirmières, pharmaciens, etc.) iraient peu vers ce type de procédure.

V. LELOUP-THOMAS, mandataire judiciaire, a indiqué avoir mené une étude au sein de son cabinet sur les dossiers ouverts pendant quatre années, c'est-à-dire depuis l'instauration de la procédure de rétablissement jusqu'à aujourd'hui. Sur cette période, elle a compté 3.820 liquidations judiciaires, dont 281 concernaient des débiteurs personnes physiques. Sur ces 281 entreprises, 244 n'employaient aucun salarié et sur ces 244, 225 avaient un actif inférieur à 5.000 euros et étaient en conséquence éligibles à la procédure de rétablissement professionnel. Or, seulement 24 procédures de rétablissement professionnel ont été ouvertes. Si l'on rapporte ce chiffre aux 50.000 liquidations judiciaires ouvertes chaque année en France, on devrait avoir, de manière effective, au moins 2.000 rétablissements professionnels par an. Les initiateurs de la réforme visaient même un objectif statistique de 20.000 procédures.

1.1.2 - Causes de l'absence d'utilisation de la procédure

Les causes de cette absence d'utilisation de la procédure sont diverses mais tiennent, de manière générale, à la méconnaissance du dispositif par les débiteurs et par les professionnels qui les accompagnent (experts-comptables, etc.) et par les juges des tribunaux de commerce. Les professionnels de la défaillance (mandataires judiciaires) sont généralement réticents à la mise en œuvre de cette procédure et leur manque de coopération pourrait s'expliquer en partie par le fait que c'est une procédure dans laquelle ils sont moins rémunérés. Les débiteurs, qui pourraient bénéficier de cette procédure, sont également peu informés et ne sont souvent pas assistés par des avocats. Or la procédure repose sur une initiative du débiteur, personne physique, qui par le même acte, sollicite l'ouverture de la liquidation judiciaire et celle de la procédure de rétablissement professionnel. De même l'effacement des dettes ne jouera qu'à l'égard de celles qui auront été portées à la connaissance du juge par le débiteur.

Le groupe de travail préconise de sensibiliser davantage les professionnels et les débiteurs. Cette sensibilisation pourrait notamment passer par l'information au sein des ordres professionnels – à l'instar de l'information délivrée par l'Ordre des avocats - pour les professions libérales et par le biais des centres de gestion agréés, interlocuteurs principaux des débiteurs. De même, une formation des juges consulaires sur cette procédure serait souhaitable. De manière générale, une communication simple, précise et compréhensible par tous devrait être diffusée, au niveau des greffes par exemple.

Le groupe de travail s'interroge également sur le point de savoir si l'initiative de l'ouverture de la procédure ne pourrait pas être confiée au juge, auquel il reviendrait, en cas de déclaration de cessation des paiements ou de demande d'ouverture d'une liquidation judiciaire par un débiteur, personne physique, de vérifier s'il remplit, ou non, les conditions légales requises pour bénéficier d'un rétablissement professionnel et d'en proposer l'ouverture en lieu et place de la liquidation judiciaire sollicitée (notamment devant les tribunaux de commerce où la procédure est orale).



Le groupe de travail constate par ailleurs que les frais demandés au débiteur par les greffes des tribunaux de commerce peuvent aussi être un frein au recours à cette procédure. En effet, le débiteur qui sollicite l'ouverture de la procédure de rétablissement professionnel fait l'avance de frais au greffe, d'un montant d'environ 500 euros. Ces frais comprennent notamment des frais de publication auprès de divers journaux d'annonces légales (article R. 645-19 du code de commerce).

Dans la mesure où ces publications n'ont pas vocation à appeler les créanciers à déclarer leurs créances puisque le débiteur déclare de manière unilatérale ses dettes, ces publications ne paraissent pas toutes justifiées. **Le groupe de travail suggère de réduire le nombre de publications obligatoires afin d'alléger les frais incombant au débiteur.**

1.2 - Examen de la procédure

1.2.1 - Champ d'application de la procédure

Le groupe de travail s'est interrogé sur la possibilité d'étendre aux personnes morales le bénéfice de la procédure de rétablissement professionnel. Il a constaté que les petits commerçants et les artisans avaient recours à des formes sociales unipersonnelles et pourraient entrer dans le champ d'application de la procédure de rétablissement professionnel en raison du niveau de leur actif.

Des procédures comme la liquidation judiciaire simplifiée sont applicables aux sociétés unipersonnelles. Ces procédures apparaissent adaptées en ce qu'elles n'impactent pas le patrimoine de la personne physique, même si certaines lacunes dans cette procédure ont été soulevées par les membres du groupe de travail.

A cet égard, C. THEVENOT relève notamment que la liquidation judiciaire simplifiée empêche le débiteur de recommencer immédiatement une nouvelle activité professionnelle. C'est pourquoi il suggère de créer une procédure de liquidation judiciaire qui serait «accélérée» dans laquelle le débiteur peut reprendre son activité, sauf fraude ou mauvaise foi.

M. SENECHAL souligne que le rétablissement professionnel a été initialement créé pour traiter de la situation des auto-entrepreneurs qui, en parallèle d'une activité salariée, développent une activité professionnelle pouvant être amenée à générer un passif (généralement public) et un petit actif. L'effacement des dettes proposé dans le cadre de cette procédure n'est pas destiné à être généralisé et doit servir uniquement au rebond. C'est pourquoi l'interposition d'une personne morale poserait problème dans ce cadre.

Le groupe de travail recommande de ne pas inclure les personnes morales dans la procédure de rétablissement professionnel. Il suggère de revoir la procédure de liquidation judiciaire simplifiée facultative qui leur est applicable dans le cadre de travaux ultérieurs.



1.2.2 - Seuils en matière d'actifs

Le groupe de travail a également étudié la question du seuil fixé en matière d'actifs à 5.000 euros. Sur ce point, V. LELOUP-THOMAS a précisé que, parmi les 281 débiteurs, personnes physiques, faisant l'objet d'une liquidation judiciaire suivie par son cabinet, seulement 19 avaient un actif supérieur à 5.000 euros.

Le constat général fait par le groupe de travail à l'issue des auditions est que le seuil fixé en matière d'actifs – actuellement 5.000 euros – n'est pas un frein à l'ouverture de la procédure dont l'objet est le traitement simple et rapide des dossiers impécunieux qui ne donneraient pas lieu à distribution entre les créanciers.

En revanche, juges et mandataires ont émis le souhait de voir préciser la notion « d'actif déclaré », mentionnée à l'article L. 645-1 du code de commerce. S'agit-il des seuls liquidités et meubles meublants ? Faut-il exclure les meubles insaisissables ? Faut-il exclure les actifs à venir ? Des interprétations divergentes, plus ou moins restrictives, peuvent réduire l'accès à la procédure. **Le groupe de travail préconise en conséquence de clarifier et préciser le contenu de ce seuil en termes d'actifs.**

1.2.3 - La question de l'introduction d'un seuil de passif

L'établissement du passif est à la main du débiteur qui va procéder à la déclaration de ses dettes. Les personnes auditionnées relèvent que ces déclarations manquent souvent de précision quant à l'identification des créanciers (par exemple, les centres fiscaux territorialement compétents) et des créances. Les professionnels auditionnés par le groupe de travail ont jugé suffisants les délais impartis aux mandataires judiciaires pour mener leurs enquêtes sur la situation patrimoniale du débiteur (montant du passif et valeur de l'actif).

Le groupe de travail relève que les débiteurs, le plus souvent non accompagnés de conseils, ne mesurent pas l'importance de cette déclaration qui va délimiter le champ de l'effacement de leurs dettes. Il serait dès lors souhaitable qu'une information, voire une aide, leur soit apportée.

L'article R. 645-9 du code de commerce prévoit que l'état chiffré des créances et des dettes peut être complété par le débiteur dans les quinze jours suivant le jugement d'ouverture de la procédure de rétablissement professionnel. **Le groupe de travail est d'avis que le débiteur pourrait modifier, préciser ou compléter cet état, dans les deux mois** suivant le jugement d'ouverture, sans que cela ait pour effet d'allonger les délais de traitement.

Le groupe de travail s'est interrogé sur l'opportunité d'introduire un seuil en matière de passif. A l'issue des auditions auxquelles il a procédé, il considère que l'introduction d'un tel seuil alourdirait la tâche du mandataire judiciaire dans le cadre de ses enquêtes. Il estime en outre que l'introduction



d'un tel seuil n'est pas nécessaire dès lors que la bonne foi du débiteur qui présenterait un passif important et un actif inférieur à 5.000 euros pourrait être discutée. **Le groupe de travail suggère plutôt de retenir un critère de proportionnalité qui pourrait être l'un des éléments d'appréciation de la bonne foi du débiteur.**

Enfin est posée la question des conséquences de l'effacement des dettes quant au sort de la caution. Il serait sans doute souhaitable que le législateur se prononce sur ce point, alors même que la caution sera, dans ce cas d'espèce, un membre de la famille du débiteur, et que, dans le choix de la procédure par ce dernier, cet élément est loin d'être négligeable.

1.2.4 - La question de la rémunération des mandataires

Une augmentation raisonnable de la rémunération des mandataires en cas d'ouverture d'un rétablissement professionnel afin de la rendre plus proche de celle dont ils peuvent bénéficier en cas de liquidation judiciaire simplifiée pourrait être un élément de nature à augmenter le nombre de dossiers traités sous le régime du rétablissement professionnel.

Aujourd'hui, la rémunération du mandataire judiciaire est de 1.200 euros HT si l'actif est inférieur à 1.000 euros et de 1.500 euros HT si l'actif est supérieur à 1.000 euros (article R. 663-41 du code de commerce). Le montant alloué est éligible au dispositif de règlement des dossiers impécunieux dit FFDI (article R. 663-41 précité qui renvoie à l'article L. 663-3 du même code).

2 - Le mécanisme d'adoption d'un plan de restructuration non accepté par toutes les classes de créanciers

Il est tout d'abord rappelé que le droit français des procédures collectives connaît les comités de créanciers par type de créanciers (établissements de crédit, fournisseurs, obligataires) mais pas par classes de créanciers, ensuite que, si les recommandations du groupe de travail doivent se placer dans le cadre des restructurations préventives, seules traitées par la proposition de directive européenne, la logique veut que la modification du cadre de la prévention ait une incidence sur les procédures collectives.

Il est par ailleurs reconnu par l'ensemble des personnes auditionnées que ces plans de restructuration s'adressent seulement aux entreprises qui nécessitent une restructuration financière complexe, et que le recours à la détermination de classes de créanciers n'est souhaitable qu'en cas d'intérêts divergents. Le groupe de travail réitère sur ce point son souhait de voir établir des seuils clairs à partir desquels la constitution de « classes de créanciers » serait obligatoire. Ces seuils pourraient être ceux existants actuellement pour la constitution des comités de créanciers (articles L. 626-29 et L. 626-52 du code de commerce), avec des exceptions : ainsi, une possibilité de ne pas se soumettre à ces modalités



d'élaboration d'un plan de restructuration devrait permettre aux sociétés atteignant les seuils mais ayant des problématiques autres que financières de ne pas créer des classes qui ne répondent pas à leurs difficultés ; à l'inverse, le débiteur qui n'atteindrait pas les seuils devrait pouvoir se soumettre volontairement à cette modalité d'élaboration du plan.

R. DAMMANN présente le système américain et le système allemand des classes de créanciers.

Le système américain des restructurations (*Chapter 11*) fait intervenir des comités de créanciers (*creditors' and equity security holders'committees*), institués par un représentant du ministère de la justice (*US trustee*) sous le contrôle du juge après un débat contradictoire. Le plan doit être approuvé par les comités, statuant à une condition de double majorité (vote de la moitié des créanciers représentant les deux tiers des créances de chaque groupe) pour être, par la suite, arrêté par le tribunal (*US bankruptcy court*). Toutefois le tribunal peut arrêter ce plan, si la valorisation de la société fait ressortir que la participation de ces créanciers a encore une valeur, et s'il lui apparaît que les droits des créanciers sont suffisamment préservés par le plan et que ce dernier permet le redressement de l'entreprise. Encore faut-il que le plan respecte le *best interest test* et l'*absolute priority rule*. Ainsi ce système repose en grande partie sur la personnalité du juge unique, qui prend des décisions juridiques, mais aussi économiques, raison pour laquelle un tel système ne peut être transposé directement dans le droit national. En outre, la procédure dure en général plus de six mois et est coûteuse.

Dans le système allemand, il n'y a pas de système préventif : il existe une seule procédure qui est l'antichambre d'une procédure collective unique. Il y a un nombre impair de classes de créanciers. Les classes sont formées par l'administrateur et le débiteur. Certaines classes sont préétablies comme celles des créanciers privilégiés, des créanciers chirographaires, des créanciers subordonnés et des détenteurs de capital. Les créances fiscales et sociales sont chirographaires et depuis 2012, les actionnaires sont considérés comme une classe inférieure de créanciers. Chaque classe de créanciers peut être divisée en sous-classes sur la base de critères objectifs. Chaque classe de créanciers votera à la majorité sur le plan et celui-ci sera adopté par un vote majoritaire des classes de créanciers. Le plan va respecter le rang des créanciers. Le système allemand combine le *best interest test* et l'*absolute priority rule*.

M. SENECHAL constate que le système français des comités de créanciers est inefficace car ces comités sont interdépendants, de telle sorte que l'on en revient à un mécanisme de consultation individuelle. Il souligne qu'un créancier ayant une créance d'un montant peu élevé peut bloquer l'adoption du plan.

2.1 - Sur la création des classes de créanciers

Comme indiqué dans le rapport du HCJP du 7 juillet 2017 sur la proposition de directive 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 (la



«Directive»), le **groupe de travail est favorable au mécanisme de répartition des créanciers par classe**. Ce mécanisme est en ligne avec la pratique internationale en la matière.

Il est favorable à la création de classes de créanciers **reflétant les rangs des créanciers et les intérêts affectés**, avec *a minima* une distinction entre les créanciers garantis et les créanciers non garantis. Le groupe de travail est unanimement en faveur de la création de **classes de créanciers qui correspondent aux accords contractuels conclus entre les créanciers au moment de la mise en place des financements** (notamment par une convention de subordination).

Lorsqu'une convention de subordination existe, les classes de créanciers seront composées de créanciers de même rang de subordination (senior, mezzanine, junior, *equity*). En cas d'absence d'accord contractuel préalable, les classes de créanciers seront alors composées de créanciers bénéficiant de la même typologie de sûretés.

Le groupe de travail suggère que les classes de créanciers soient **déterminées par le conciliateur**, véritable chef d'orchestre de la restructuration préventive, **dès le début de la procédure**.

Il recommande également que le **juge contrôle la délimitation des classes et qu'un recours immédiat soit organisé** dès la constitution de ces classes de manière à purger *ab initio* toute contestation à ce sujet.

Le groupe de travail souscrit également à la possibilité offerte par la Directive de **mettre en place des sous-catégories dans les classes de créanciers**.

Enfin, à choisir entre le système américain et le système allemand, ce dernier semble plus simple à mettre en œuvre et évite un contentieux important relatif à la recherche de la classe qui va élaborer le plan. **Il semble donc souhaitable de s'inscrire dans le cadre de la recherche d'une convergence franco-allemande**.

Le groupe de travail s'est par ailleurs interrogé sur l'opportunité de réunir les actionnaires en une classe. Une telle classification reviendrait à considérer l'actionnaire comme un créancier de la société, ce qui pourrait heurter les concepts fondamentaux du droit des sociétés et le droit de propriété de l'actionnaire. **Le groupe de travail ne préconise pas de placer l'actionnaire dans une classe de créanciers mais plutôt qu'il fasse partie d'une classe spécifique réservée aux actionnaires, qui disposerait d'un droit de vote**.

2.2 - Sur la question du *cramdown*

Le groupe de travail a étudié la question du *cramdown* de l'actionnaire dont la Directive prévoit qu'il ne peut être effectué qu'à la condition d'un consentement du débiteur. L'équilibre est difficile



à atteindre puisque d'un côté, c'est le débiteur, et donc à travers lui ses dirigeants et actionnaires, qui est à l'initiative de la procédure et de l'autre, l'efficacité de la procédure suppose que tous les créanciers et les actionnaires y participent. Il s'agit surtout de trouver un remède à un pouvoir de nuisance parfois trop important des actionnaires et décorrélé de toute valeur économique.

Toutefois le *cramdown* tel que conçu par la Directive ne s'analyse pas en une expropriation de l'actionnaire car celui-ci n'est pas exclu de la société et reste propriétaire de ses actions. L'actionnaire ne serait pas non plus considéré comme un créancier même s'il participe au vote du plan.

En cas de *cramdown*, si les créanciers et les actionnaires acceptent la conversion des créances en capital (*debt-equity swap*), il ne s'agira pas d'exproprier l'actionnaire mais davantage de procéder à une nouvelle valorisation des actions qui correspondront à la valeur actuelle de la société en difficulté.

Au vu de cette analyse, le groupe de travail est plutôt **favorable à un *cramdown* interclasse**, incluant même, sous réserve du consentement du débiteur, les actionnaires.



COMPOSITION DU GROUPE DE TRAVAIL



COMPOSITION DU GROUPE DE TRAVAIL

PRÉSIDENTE :

- Claire FAVRE, ancienne Présidente de la Chambre commerciale de la Cour de cassation, Vice présidente de l'Autorité de la Concurrence, membre du HCJP.

MEMBRES :

- Jean-François BIARD (HCJP),
- Dominique BORDE (Paul Hastings / HCJP),
- Thibaut BOUTIE (Magistrat Chancellerie),
- Guy CANIVET (HCJP),
- Reinhard DAMMANN (Clifford Chance),
- Nadège DEBENEY (Jones Day / HCJP),
- Gérard GARDELLA (HCJP),
- Caroline HENRY (Magistrat),
- Gauthier LHERBIER (Direction Générale du Trésor),
- Thierry MONTERAN (UGGC),
- Lionel SPIZZICHINO (Willkie Farr).



LISTE DES PROFESSIONNELS AUDITIONNÉS

- Frédéric ABITBOL (Administrateur judiciaire),
- Guy ELMALEK (Président de chambre honoraire du tribunal de commerce de Paris),
- Brigitte GAMBIER (Présidente du tribunal de commerce de Créteil),
- Nadine GRAND (Vice-Présidente du tribunal de grande instance de Paris),
- Valérie LELOUP-THOMAS (Mandataire judiciaire),
- Patrick ROSSI (Président du tribunal de grande instance de Compiègne),
- Marc SÉNÉCHAL (Mandataire judiciaire),
- Jérôme THEETTEN (Mandataire judiciaire),
- Christophe THÉVENOT (Administrateur judiciaire et Président du Conseil National des Administrateurs Judiciaires et des Mandataires Judiciaires).