

# LA LETTRE DE L'OCED

Numéro spécial

## Les mutations du droit des entreprises en difficulté

---

1

**Colloque du jeudi 13 novembre 2014**

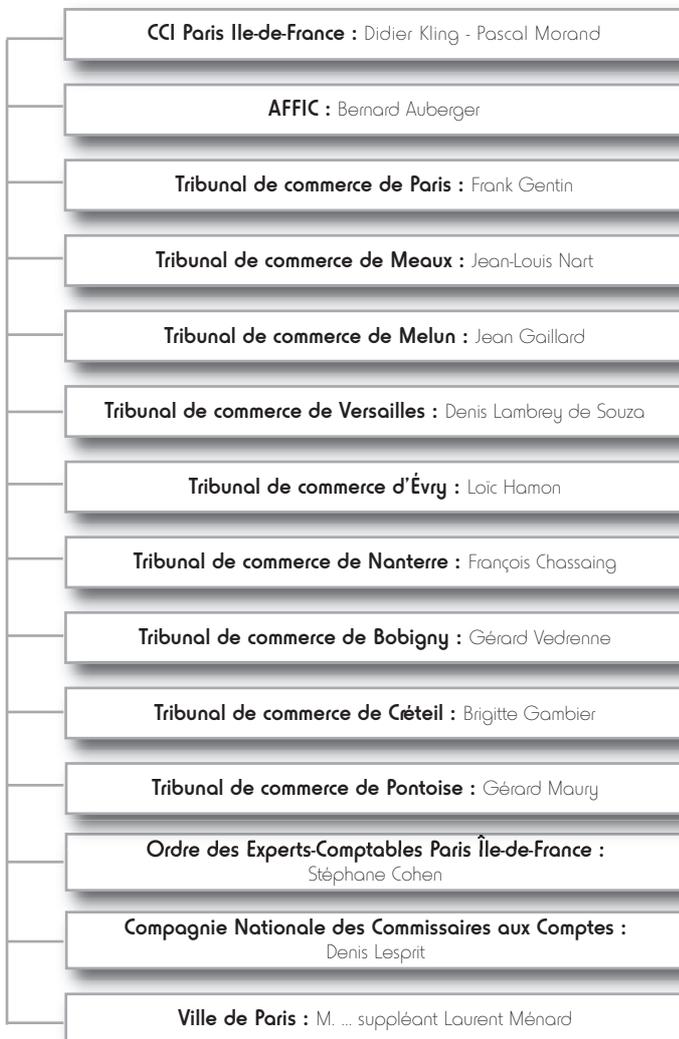
Organisé en partenariat entre  
la **Chambre de commerce et d'industrie de Région Paris Ile-de-France**  
et l'**ESCP EUROPE**



# L'ORGANISATION DE L'OBSERVATOIRE CONSULAIRE DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉS

## COMITÉ D'ORIENTATION ET DE PILOTAGE

**Président : Didier Kling** (Chambre de commerce et d'industrie de région Paris Ile-de-France)



## COMITÉ SCIENTIFIQUE

Président : M. ...

**Mme Anne Outin-Adam**, *Délégué général*

**Mme Claudine Alexandre-Caselli**, *Rédacteur en chef*

M.	Stéphane Cohen	Président de l'Ordre des experts-comptables Paris Île-de-France
M.	...	Directeur des Études d'Euler - Hermès-SFAC
Mme	Agnès Bricard	Post Présidente de la prévention et Présidente d'honneur du Conseil Supérieur de l'Ordre des Experts-Comptables
M.	...	Directeur du Fonds CMU
M.	...	Administrateur judiciaire, Secrétaire de l'ASPAJ
M.	Didier Courtoux	Président de la Compagnie des mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises
M.	...	Délégué général de l'Association Française des Investisseurs en Capital - AFIC
M.	Daniel Forestier	Président de l'Union Francilienne des Centres de Gestion et Associations agréés,
Mme	Sonia Beurier	Sous-directrice du droit des entreprises, Ministère de l'économie, de l'industrie et du numérique
Mme	Marie-Anne Frison-Roche	Directeur de la Chaire régulation- Directeur de la spécialité "Droit des marchés et de la régulation" du Master de Droit économique de Sciences Po.
Mme	Anne Gazengel	Professeur associé à l'ESCP Europe
M.	Thierry Météyé	Directeur de la Délégation Unédic AGS
M.	Alain Hollande	Ancien membre du bureau du Conseil national des Barreaux
Mme	Sylvie Lemercier-Regnard	Greffier associé au Tribunal de commerce de Paris
M.	Alain Lienhard	Rédacteur en chef du Recueil Dalloz
M.	Jean-Paul Palmade	Directeur de la Prévention commerciale et du recouvrement judiciaire à la Société Générale
Mme	Claire Plateau	Mme Perdriel-Voissière -Suppléante Chef adjoint du Département des répertoires, des infrastructures et des statistiques des entreprises de l'INSEE
M.	Philippe Renard	Directeur général de l'URSSAF Ile-de-France
M.	Amaud Reygrobelle	Professeur de droit à l'Université de Paris X, Conseiller scientifique du CREDA
Mme	Anne de Richecour	Directeur interrégional adjoint Île-de-France de la Caisse des dépôts et consignations
M...		Chef du Bureau du droit de l'économie des entreprises, Direction des affaires civiles et du Sceau Ministère de la Justice
M.	Bernard Soutumier	Magistrat honoraire
M.	Cyrille Stevant	Chef du service de la méthodologie d'analyse des entreprises, Direction des entreprises, Banque de France
M.	Philippe Thomas	Professeur associé à l'ESCP Europe

## Les mutations du droit des entreprises en difficulté

### Sommaire

Allocutions d'ouverture	7
Propos introductifs	13
Premier temps : Baromètre	19
Second temps : Quelles mutations ?	35
1 <sup>ère</sup> table ronde	39
2 <sup>ème</sup> table ronde	51
3 <sup>ème</sup> table ronde	67
Clôture	79
Annexe	85



# Allocutions d'ouverture

**Didier KLING**

Vice-président Trésorier de la Chambre de commerce  
et d'industrie de région Paris Ile-de-France, Président de l'OCED

Je suis ravi de vous recevoir cette année pour ce colloque de l'OCED. Son ambition est triple : parler des inflexions importantes apportées par l'ordonnance de 2014 notamment en faveur des créanciers, mais aussi faire du droit comparé, s'interroger sur les évolutions au plan européen pour en tirer des enseignements sur notre droit, sa compétitivité et son efficacité. Sur chacun de ces axes, l'OCED est ou a été présent soit au travers de ses propositions soit, comme il l'a fait à diverses reprises, en réalisant des comparatifs entre notre droit et divers autres législations nationales voisines.

2014 : c'est un anniversaire, celui de l'Observatoire consulaire des entreprises en difficultés (OCED). Nous soufflons donc cette année vingt bougies, ce qui nous ramène 20 ans en arrière, au moment de la création de l'Observatoire, c'est-à-dire 1994. Or, rappelons qu'en 1993, les procédures collectives avaient, pour la première fois, atteint le sommet que nous tutoyons malheureusement de nouveau depuis 2009-2010, du moins pour l'ensemble de la France : au plan national, 63 700 procédu-

res (selon les données de l'INSEE de l'époque) et pour la région francilienne, près de 15 700 procédures (selon nos propres chiffres).

C'est à cette même époque que le tribunal de commerce de Paris a eu recours à la nomination de mandataires *ad hoc* pour aider les entreprises, en particulier du secteur immobilier, à traiter leurs difficultés financières difficilement surmontables. Notons qu'alors plus de 400 procédures amiables étaient ouvertes à Paris. La loi est venue ensuite compléter ce dispositif pré-torien avec le règlement amiable, mais je ne vais pas vous rappeler tout l'historique de ces procédures, Michel GERMAIN va le faire bien mieux que moi.

L'OCED qui couvre à ce jour l'ensemble du territoire francilien, du fait de son partenariat avec l'ensemble des Tribunaux de commerce de la région<sup>(1)</sup>, suit et met en perspective l'état de santé des entreprises de l'Île-de-France et compare ces évolutions à celles de l'ensemble des entreprises françaises. Évidemment la situation est, comme en 1993, alarmante, mais on pourrait

7

1 - Il s'agit des Tribunaux de commerce de Paris, Meaux, Melun, Versailles, Évry, Nanterre, Bobigny, Créteil et Pontoise.

dire qu'elle l'est un peu moins pour notre région car le nombre des défaillances se situe, en 2014, 29 % en dessous du niveau de 1993.

L'OCED a pour objectif, depuis sa création, de participer et de contribuer au développement des méthodes de prévention et de traitement. Il suit au plus près les réformes, tant au plan national qu'au plan européen, pour être force de propositions. C'est ainsi qu'il y a environ 10 ans, a été constitué un groupe d'experts de haut niveau réunissant aussi bien des professionnels que des académiques, groupe dont les contours peuvent, à l'occasion, être mouvants, mais qui s'appuie et, nous le savons bien, sur des experts aussi fidèles que compétents. Vous allez d'ailleurs en retrouver la plupart autour des tables rondes. Je nommerai :

⇒ tout d'abord, **Michel GERMAIN** qui est également le Président du Comité scientifique de l'OCED,

ensuite si, je suis l'ordre des tables rondes :

⇒ **Yves LELIÈVRE**, président de la Conférence générale des juges consulaires de France ;

⇒ **Stéphane COHEN**, vice-président de l'Ordre des experts-comptables Paris Ile-de-France ;

⇒ **Guilhem BREMOND**, avocat ;

⇒ **Jean-Luc VALLENS**, magistrat mais aussi professeur associé à l'université de Strasbourg

⇒ **et Michel MENJUCQ**, Professeur de Droit à Paris I.

Il ne faudrait pas oublier Henri CHRIQUI, administrateur judiciaire qui ne peut être parmi nous, mais aussi Jean HUE, expert en matière d'URSAFF ou Alain LIENHARD, Directeur éditorial Dalloz, qui se trouvent - si je ne me trompe pas - dans la salle ou encore Thierry METEYE, directeur de la Délégation Unédic AGS. Nous ne pouvons que les remercier chaleureusement pour

leur grande disponibilité et les échanges toujours très riches et fructueux.

J'en reviens au colloque qui va se dérouler en deux temps. Il nous a semblé, avant d'en venir au vif du sujet, qu'il était nécessaire de replacer la matière dans le contexte économique. Tout d'abord, au-delà de l'évolution des procédures depuis 1993, il paraissait utile de savoir quelles sont les entreprises confrontées aux difficultés pour les seules procédures collectives. Les procédures amiables sont exclues de l'analyse, faute de disposer de données régionales ou nationales, ce que nous ne pouvons que déplorer. Claudine ALEXANDRE-CASELLI, responsable de l'OCED viendra ainsi, à partir des données publiées dans les Cahiers de l'OCED, vous présenter le poids des défaillances et le profil des entreprises concernées. Ensuite, quelles entreprises vont survivre à une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, procédures que l'OCED qualifie régulièrement de procédures d'observation. C'est Thierry BES, Directeur des Études à Ellisphere qui vous parlera de la pérennité des entreprises après un plan de redressement ou de sauvegarde.

Les trois tables rondes que nous vous proposons de suivre se placent dans le second temps. Elles seront précédées par une intervention du Professeur Jean-Marc DANIEL, dont les propos sont toujours percutants, intervention à caractère économique car il importe de savoir de quoi l'on parle du côté des économistes quand il s'agit d'entreprises en difficulté.

Pour la première table ronde - que j'ai l'honneur de présider - consacrée à notre droit, il ne s'agissait pas d'embrasser l'ensemble des modifications apportées par l'ordonnance de mars 2014 mais plutôt de se concentrer sur les éléments porteurs de mutations. Et dans un texte qui colle beaucoup à la pratique, on a pu constater un certain retour des créanciers, en d'autres ter-

mes un rééquilibrage des pouvoirs à leur profit, souvent décrits comme les laisser pour compte de la loi de 1985 mais aussi de celle de 2005. Du côté des associés, on assiste, à l'inverse, à une érosion de leur pouvoir. Les experts et praticiens que nous avons rassemblés nous diront en quoi ces évolutions impulsent un nouvel équilibre entre débiteurs, créanciers et associés.

La deuxième table ronde - présidée par Anne OUTIN-ADAM - va être l'occasion de confronter notre droit à celui de pays voisins : l'Allemagne, la Belgique, l'Espagne, la Grande-Bretagne et l'Italie. Ainsi, nous avons proposé un cas pratique aux experts qui ont accepté de venir jusqu'à nous pour parler de leurs droits respectifs. Ce cas pratique qui se veut relativement simple afin de permettre des comparaisons claires, va, je n'en doute pas, faire émerger quelques convergences et divergences entre les droits couverts, de façon concrète sur une situation donnée.

Pour la troisième table ronde - présidée par Jean-Luc VALLENS -, bien que la révision du règlement européen ne soit pas encore entérinée définitivement, ce qui devrait être le cas début 2015, les spécialistes qui interviennent aujourd'hui vont nous donner leur sentiment sur les évolutions à venir. En effet, quelques décisions de la CJUE spécifiquement au regard du champ d'application du règlement européen mais aussi sur l'articulation entre procédure principale et procédure secondaire, peuvent influencer les pratiques. Autre aspect, suite à la recommandation de la Commission européenne du 12 mars 2014 sur « une nouvelle approche en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises », on peut se demander si l'on s'oriente vers une harmonisation des législations nationales ; en d'autres termes, cette recommandation en est-elle une préfiguration ?

Pour finir, c'est à l'éminent professeur François-Xavier LUCAS que revient la tâche, toujours délicate, mais il en a l'art, de conclure le colloque.

## Patrick ROSSI

Chef du Bureau du droit de l'économie des entreprises,  
DACS, Ministère de la justice

Madame la directrice des affaires civiles et du sceau est empêchée par l'actualité - très brûlante - qui concerne très précisément le thème du colloque de ce jour. Elle m'a ainsi prié de vous présenter ses excuses d'autant plus vives qu'elle tenait à vous féliciter pour cette matinée qui s'annonce riche ; c'est donc avec un grand regret que Madame CHAMPALAUNE ne peut assister à ce colloque.

Le thème est particulièrement bien choisi

et les approches plurales me semblent très opportunes. Les mutations du droit des entreprises en difficulté est un sujet d'actualité du fait des réformes récentes mais aussi et surtout parce que la réforme de ce droit n'est pas, contrairement à ce que l'on pourrait croire, derrière nous. Vous savez que d'autres projets sont en préparation et qu'ils seront soumis, du moins en partie, au Parlement. J'avais écrit, il y a quelque temps, un article qui s'intitulait « Une discipline en mouvement perpétuel » et je crois

que nous sommes en plein dans ce mouvement de déséquilibre continu qui est le reflet des évolutions incessantes auxquelles nous assistons depuis la loi de sauvegarde. Aller de l'avant, c'est se déséquilibrer, le tout est de savoir comment avancer dans un processus de réformes permanentes...

Le droit des sociétés est évidemment au cœur de la problématique des procédures d'insolvabilité ; vous avez choisi de la traiter en droit français, avec des approches qui seront diverses et les propos en la matière seront nécessairement libres. Vous avez également pris le parti de traiter le sujet en droit comparé et au regard du droit européen. Ce choix me paraît particulièrement heureux parce qu'on ne peut plus imaginer légiférer sans regarder ce qui se passe hors de nos frontières. Et sur ces points-là, il y a des évolutions également chez nos voisins européens ainsi qu'au niveau de l'Union européenne, le Règlement sur l'insolvabilité connaissant lui-même un processus de révision. Certains auteurs ou praticiens trouvent que le droit français est devenu bien instable. Quand on regarde hors de nos frontières, on constate que la plupart des pays de l'Union européenne sont aussi dans une situation de questionnement permanent - la deuxième table ronde le dira peut-être différemment ou me contredira.

Je me permettrais de faire quelques observations liminaires sur le thème retenu. L'OCED a prévu de faire porter le colloque non sur le débiteur lui-même, souvent associé au débiteur personne physique, mais sur les associés de la personne morale et sur les créanciers. La problématique, créanciers versus débiteurs ou créanciers versus asso-

ciés, est évidemment fondamentale dans les procédures d'insolvabilité. À cet égard, il faut rappeler un élément essentiel : le droit des procédures collectives est au départ un droit « impossible » parce que son objectif est de discipliner les poursuites des créanciers. Mais en même temps, le droit contemporain le montre clairement, il s'agit de leur permettre d'avoir toute leur place dans les procédures collectives. À partir de cet axiome, comment faire en sorte que ceux-ci soient égaux tout en envisageant la possibilité que certains, veuillez m'excuser pour cette facilité, soient « plus égaux que d'autres » ? Autre question : quel est le sort de l'actionnaire es qualité de créancier ou es qualité de détenteur de pouvoir ? En raison du vice initial en la matière, on peut toujours se demander si le législateur en fait trop ou pas assez. Au regard de certains, il n'en fait pas assez ; le Professeur GERMAIN ne me désavouera pas sur ce sujet, puisque il a déjà identifié l'insuffisance de la réforme au regard du droit des sociétés. Mais, il ne pouvait en être autrement dans la mesure où la loi d'habilitation ne le permettait pas, il y a donc là un chantier qui appelle de nouvelles réflexions. En ce qui concerne le mariage « de la carpe et du lapin » entre le droit social et le droit de l'insolvabilité, beaucoup reste à construire. Le droit des créanciers n'est pas non plus un droit totalement abouti et, là aussi, toute une réflexion doit se poursuivre sur la question des sûretés.

Pour terminer ces remarques liminaires, je voudrais faire remarquer que le droit français apparaît finalement, au plan international, comme n'étant pas si mauvais. Quand on le compare à la recommandation européen-

---

2 - NDLR - Lors de la tenue du colloque, aucun élément sur la teneur exacte des évolutions à venir n'était encore disponible. Ce n'est que fin décembre 2014 que deux projets de textes sont sortis. Le premier projet de loi pour la croissance et l'activité (projet de loi dit MACRON) comporte quelques articles relatifs à la justice commerciale. Pour les juridictions commerciales, laissant de côté les aspects relatifs à l'échevinage, le projet de loi prévoit une spécialisation des juridictions commerciales. Il intègre également un article complexe, qui avait été sorti de l'ordonnance de mars 2014 en raison de son inconstitutionnalité, à savoir l'exclusion des associés en redressement judiciaire, sous certaines hypothèses.

3 - Article Dalloz n°4 / 7585, 30 janvier 2014.

ne, on s'aperçoit que nous n'avons pas grand-chose à modifier, sauf peut-être en ce qui concerne les comités de créanciers. Sur ce point, nous avons, en 2010, mis en place un groupe de travail qui s'est réuni à trois ou quatre reprises, mais la poursuite de la réflexion a été interrompue par l'annonce et la mise en œuvre de la réforme de 2014. Celle-ci doit être prolongée, nous en sommes conscients. Il n'est pas si sûr d'ailleurs que le droit français soit si éloigné, qu'on le dise, de la problématique des classes de créanciers telle qu'on l'envisage outre-Atlantique ou outre-manche.

Qu'est-ce qu'une classe de créanciers ? C'est, en fait, regrouper des créanciers qui, semble-t-il, courent le risque le plus significatif, ce critère étant discriminant. Or, nous avons déjà introduit dans notre droit des éléments qui vont dans ce sens, à savoir les critères de subordination pris en comp-

te dans les conventions de vote. Nous avons également modifié les règles de consultation des créanciers en fonction de la taille de l'entreprise ou selon qu'il existe ou non des comités de créanciers. Le droit français est donc prêt à accueillir une évolution. Il faut évidemment que cette évolution soit compatible avec la sociologie, le financement des entreprises ou la culture institutionnelle française.

Et j'en terminerai là, en vous disant que la perspective de pouvoir réfléchir grâce à de tels colloques et aux échanges que nous pouvons avoir avec l'OCED est une perspective rassurante, parce qu'il est certain que ce droit ne pourra pas évoluer, par à coup médiatique ou par phénomène d'urgence politique. Cette matière exige une réflexion à long terme, une réflexion paisible et c'est grâce à vous que nous y parviendrons. Je vous en remercie.

## Didier KLING

Merci infiniment Monsieur Patrick ROSSI pour cette présentation qui nous a donné, en quelque sorte, la philosophie de la réforme intervenue en mars 2014. Vous nous avez dit et montré qu'une première étape avait été franchie par l'ordonnance et que nous devons attendre l'étape suivante, en préparation ; elle devrait intervenir en 2015, en

vue de parachever la réforme.

Je vais demander ensuite à Monsieur le professeur Michel GERMAIN qui préside le Comité scientifique de l'OCED, de nous présenter davantage cette réforme de mars 2014, avec peut-être les commentaires critiques qui permettront d'anticiper sur le débat susceptible d'intervenir par la suite.



# Propos introductionnels

Michel GERMAIN

Professeur de droit,  
Président du Conseil scientifique de l'OCED

Dans ces propos introductionnels, je voudrais mélanger des propos historiques et des propos plus contemporains. Depuis un certain temps, la liste des réformes s'allonge. Et apparemment des réformes sont encore à venir pour bientôt. Alors, pour commencer j'évoquerai trois réformes plus anciennes avant de revenir à ce qui existe actuellement.

1967,  
une grande loi de réforme

Cette loi, préparée avec un grand luxe de précautions, est précédée par un très beau rapport de l'Inspection des finances, ce qui n'est pas habituel en ce domaine. Une grande force de conviction a été développée auprès des parlementaires, ce qui n'est pas plus courant : la loi a été votée à l'Assemblée nationale à l'unanimité. Pour quoi faire ? Elle va réformer le droit des faillites pour introduire un concept nouveau ou plutôt une distinction nouvelle, celle de l'homme et de l'entreprise. Alors, bien sûr quand la loi adopte cette innovation, elle ne peut pas tout changer, car il subsiste des rapports étroits entre l'homme et l'entreprise. Mais en même temps, l'idée de l'entreprise fait son apparition dans le droit des faillites. Je franchis sinon les siècles,

du moins les décennies et nous sommes en 1984.

1984,  
des pistes nouvelles pour essayer  
d'apporter un remède avant le mal

C'est la suite de ce que l'on a appelé le Rapport SUDREAU. On se préoccupe alors de prévenir et la prévention conduit à penser encore plus à l'entreprise qu'auparavant : si l'on prévient, c'est que l'on essaie de voir comment les choses vont pour l'entreprise et comment on peut les améliorer. L'entreprise commence à affirmer son existence, mais de façon encore un peu symbolique, car les créanciers ont toujours un rôle fondamental : ce sont eux qui décident dans le cadre du concordat.

1985,  
une loi pour l'entreprise,  
plus proche de notre époque

Robert BADINTER choisit de construire sa loi autour de l'entreprise et, ce, de manière moins symbolique qu'avant. Le maître mot est alors celui de redressement, de façon presque obsessionnelle. Dans le même temps, de façon un peu magique, les créan-

ciers ont quasiment disparu de la procédure. Il s'agit essentiellement et seulement de redresser. Et pour dire les choses de manière très synthétique, le juge décide finalement tout seul le plan de redressement. À partir de ce que je viens de décrire très succinctement, on peut maintenant facilement distinguer, ce que l'on a coutume d'appeler, les systèmes pro-créanciers des systèmes pro-entreprises. C'est à l'aune de cette distinction qu'il faut se demander ce qu'est exactement la loi de sauvegarde votée en juillet 2005.

### 2005, les apports de la loi de sauvegarde

Tout d'abord le nom emblématique de « sauvegarde » : le Conseil d'État dans sa mission normale de conseiller avait cru utile de faire remarquer qu'il n'est pas de bonne politique d'appeler une loi du nom de l'une de ses options. Il est en effet étrange de placer côte à côte les procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire, sous l'intitulé de sauvegarde. La Chancellerie résistera à ce conseil de sagesse juridique, voulant mettre l'accent de façon éclatante sur l'idée de sauvegarde.

Mais alors que signifie ce terme de « sauvegarde » ? Il s'agit de permettre à l'entreprise de se protéger de manière préventive. Pour aider à cela, le législateur s'est inspiré du modèle américain et la légende dorée raconte qu'on alla en cortège ministériel voir ce qui se passait aux États-Unis et que l'on en revint en portant une attention particulière aux créanciers avec la création, sans doute à parfaire, des comités de créanciers.

Revenons sur l'idée essentielle portée par la réforme de 2005, à savoir la prévention des

difficultés. En prenant un peu de recul sur cette histoire proche, on constate une tendance lourde du droit français à s'intéresser - depuis 1984 - à la prévention dans le traitement des difficultés des entreprises. Et la France l'a fait bien avant beaucoup d'autres pays européens. L'OCED a toujours œuvré en ce sens, un peu seul au début et j'ai l'impression que nous avons été rejoints par d'autres pays européens ; ceci s'est manifesté lors de plusieurs matinales organisées par l'Observatoire à l'occasion desquelles des praticiens de différents pays européens sont venus exposer leurs règles juridiques et où, petit à petit, il est apparu que cette idée gagnait du terrain.

En 2005, le schéma peut paraître simple : l'accent est mis sur la prévention. Une première phase contractuelle permet mandat ad hoc et conciliation ; puis elle est suivie de cette chose étrange, sorte de redressement préventif, qu'est la sauvegarde. Arrive ensuite la cessation des paiements avec le redressement ou la liquidation judiciaire. Ce schéma qui pouvait paraître idéal n'est pas complètement suivi, puisque la loi de 2005 va quelque peu contredire la tradition française.

Depuis fort longtemps, existait un repère clair voire simpliste, celui de la cessation des paiements, moment où le débiteur ne peut plus payer ses dettes, moment où il y a arrêt de caisse. C'était un principe traditionnel, puisque le droit français le connaît depuis l'ancien régime. Or, la loi de 2005 va porter un premier coup à cette notion - peut-être archaïque - puisqu'elle va décider que la conciliation est encore possible dans les 45 jours qui suivent la cessation des paiements. C'était sans doute ouvrir la boîte de Pandore qui n'est pas prête d'être refermée et qui conduit à ce que la restructuration intervienne de plus en plus en amont. Ces lignes de frontière, issues d'une rationalité purement juridique, s'estompent peu

## 2008, 2010, 2014, les réformes en marche

à peu au profit d'autres plus économiques.

De quoi la suite est-elle faite ? Bien sûr de plusieurs textes : ceux de 2008 et de 2010 ainsi que l'ordonnance de mars 2014. L'évolution est également le fruit d'une pratique très inventive pour les sociétés les plus importantes, celles qui bénéficient des procédures amiables pour lesquelles se construit une ingénierie particulièrement subtile. Si l'on s'en tient aux très grandes lignes de ce qui est en train d'arriver, je retiendrais trois aspects. Deux sont évidents : la prévention pour le premier, l'équilibre des rapports de force entre créanciers et entreprises pour le deuxième. En troisième lieu, commence à se poser la question des groupes de sociétés.

1/ La prévention : La prévention était relativement simple, si on peut s'exprimer ainsi, le principe étant que le dirigeant, seul à la manœuvre, menait lui-même la conciliation et la sauvegarde pour conserver son entreprise. L'ordonnance de 2014 va brouiller les cartes. Par exemple, l'article L. 611 du Code de commerce va permettre au débiteur de charger le conciliateur de procéder à la cession totale de son entreprise, dans une procédure de sauvegarde, de redressement ou encore de liquidation judiciaire. Ensuite en sauvegarde, tout créancier, membre d'un comité, va pouvoir proposer un plan concurrent à celui du dirigeant. Cette faculté est sans doute un bon moyen de permettre aux créanciers d'échapper à ce qui pouvait s'apparenter à un chantage du chef d'entreprise qui n'offrait qu'un plan plus ou moins spoliateur. Il faut ajouter, que depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2014<sup>(4)</sup>, l'administrateur judiciaire et le ministère public ont la possibilité de

solliciter la conversion de la sauvegarde en redressement judiciaire faute d'adoption d'un plan et si la cessation des paiements se profile à l'horizon.

On voit bien que l'ordonnance de mars 2014 a essayé de concilier l'eau et le feu ; mon collègue Philippe PETEL dit « la chèvre et le chou ». Entre quoi et quoi hésite-t-on ? Tout simplement entre garder l'attractivité de la sauvegarde pour le débiteur en difficulté et, en même temps, chercher discrètement à forcer la main des associés dans certains cas.

Ce souci de la prévention auquel nous sommes sensibles depuis de nombreuses années en France, même s'il exprime d'une manière de plus en plus sophistiquée, a gagné récemment la Commission européenne qui s'est exprimée sur le sujet dans une recommandation de mars 2014 - date importante - qui annonce une nouvelle approche en matière de défaillance. Le premier considérant indique qu'il faut permettre une restructuration à un stade précoce afin de prévenir l'insolvabilité. Nous sommes manifestement en phase avec cette recommandation, comme d'ailleurs avec celle qui suit, puisque toujours dans ce même premier considérant, est précisé qu'il faut offrir une seconde chance aux entrepreneurs honnêtes ayant connu la « faillite ». Il est vrai qu'il y avait encore dans notre droit des traces de la sévérité napoléonienne à l'égard des débiteurs, mais depuis plusieurs années celles-ci s'effacent peu à peu. On en voudra pour preuve récente l'invention du rétablissement professionnel ou bien encore le décret de septembre 2013<sup>(5)</sup>, qui fait disparaître du fichier bancaire des entreprises, tenu par la Banque de France, les dirigeants d'entreprise qui ont connu un seul jugement de liquidation judiciaire. Notons au passage que la Commission, sans plus d'explications lie

4 - Date d'entrée en vigueur de la réforme de mars 2014.

5 - Décret no 2014-736 du 30 juin 2014 pris pour l'application de l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives.

étroitement ces deux sujets - détection précoce des difficultés et seconde chance - sans doute dans l'idée qu'agir tôt fait plus facilement présumer l'honnêteté ; mais il n'y a rien de logique dans ce « package » inventé par la Commission.

2/ Le deuxième aspect concerne le rééquilibrage des rapports entre l'entreprise et les créanciers. C'est évidemment une question fondamentale en matière de défaillance, car c'est la question de savoir qui doit être sacrifié. La réponse du droit se devrait d'être juste dans l'allocation faite à chacun ou dans le sacrifice demandé à chacun. La réponse est difficile : les instruments de mesure manquent pour savoir comment organiser cette justice distributive. La mesure est d'autant plus délicate que l'entreprise est un concept à contenu complexe, comme un ensemble de poupées russes. Il y a le propriétaire et il y a l'entreprise, ce que la loi de 1967 disait déjà, en distinguant l'homme et l'entreprise. Dans les sociétés importantes, ce double contenu est celui des associés et de l'entreprise. Finalement la question qui se pose est de savoir si l'on ne court pas le risque de protéger plus les associés que les créanciers, tout en oubliant l'entreprise. Cette interrogation est posée depuis quelques années par un think-tank français « Droit et croissance », d'inspiration très libérale. Il s'appuie sur une analyse du droit, à l'américaine, pour considérer que sacrifier les créanciers dans un plan d'échelonnement des dettes qui fait perdre toute valeur à leurs créances, est antiéconomique. Il vaudrait mieux, toujours selon ce groupe de réflexion, que le pouvoir soit transféré aux créanciers qui ont intérêt à maximiser la valeur de leurs actifs. Évidemment pareille proposition n'a de portée que pour les entreprises un peu importantes, dont les créanciers sont des fonds financiers capables de suivre de près la politique de leurs débiteurs. Mais, que faut-il en penser ? Le charme d'une ordonnance, c'est de sortir des ministères, toute armée et casquée comme Athéna sortait de la tête de

Zeus. Nous ne savons rien de précis sur sa naissance : pas de travaux préparatoires publics, seulement des bruits. Notre ancien Ministre du redressement productif aurait été intéressé par cette voie ; d'ailleurs, le texte de l'ordonnance de mars fait une avancée timide dans ce sens. On dit aussi que cette question est toujours à l'ordre du jour. Alors, je ne vais pas plus « déflorer » ce sujet qui sera traité dans la première table ronde.

Je voudrais simplement signaler un détail européen. Précédemment, j'ai dit que le droit français était en harmonie avec la recommandation européenne de 2014. En fait, elle ne l'est pas sur tout, comme pour la question des comités de créanciers qui y est évoquée différemment. Il y a aussi et surtout un autre point concernant le thème que je viens d'aborder. La Commission rappelle d'abord qu'il faut mettre en balance la diminution du droit des créanciers avec les avantages de la restructuration, dans le respect du droit de propriété. On ne peut qu'être d'accord avec ces propos forcément un peu abstraits. Ensuite, la Commission indique que le juge doit rejeter tout plan qui serait susceptible d'entraîner une diminution des droits des créanciers dissidents en-deçà du niveau qu'ils auraient pu raisonnablement compter si l'entreprise du débiteur n'avait pas été restructurée. Ceci est dit dans un langage européen, bureaucratique et technocratique à la fois. Mais pour le dire de manière plus simple, il serait fait obligation au juge de vérifier que le plan ne nuit pas aux créanciers opposants en le contraignant à un effort plus important que celui qui aurait été le sien en cas de liquidation judiciaire. J'ai évoqué la difficulté de la mesure des intérêts de chacun et on voit bien que cette règle a l'avantage de fournir une certaine mesure. Est-ce son origine américaine ou sa pertinence qui la pose comme un postulat incontournable ?

Manifestement, la Commission a succombé à son charme...

3/ Le troisième aspect n'existe qu'en toile de fond, mais on a tendance à penser qu'il devrait s'inviter dans le débat. Il s'agit des groupes de sociétés. Faut-il rappeler que la question s'est déjà posée de manière insistante dans le cadre de l'application du règlement communautaire du 29 mai 2000. On aurait pu imaginer que ce règlement qui a été travaillé longuement par des experts aurait évoqué de manière claire cette question ; il n'en a rien été. Et l'on sait que dans l'Europe de maintenant comme dans celle d'hier, le groupe de sociétés est une réalité importante, la mère pouvant être installée dans un État et les filles dans d'autres. Que doit-il se passer dans ce cas ? Le règlement est muet, son silence a donné beaucoup de travail à la Cour de justice et aux spécialistes du droit européen. Et puisque maintenant le moment est venu de passer à la révision de ce texte, il est évident qu'on attendra avec beaucoup d'intérêt la troisième table ronde qui va débattre sur ce sujet.

Mais par-delà l'Europe, c'est aussi un sujet français, car le groupe de sociétés est aussi une réalité en France. Et si le législateur français est intervenu sur ce thème dans l'ordonnance de mars dernier, c'est qu'il en a pris conscience assez tragiquement, au travers notamment de l'expérience européenne. Nous avons donc un nouvel article L. 662-8 du Code de commerce qui permet une coordination en cas d'ouverture de procédures concernant des entreprises contrôlées par la même société, c'est-à-dire en cas de groupes de sociétés. Le décret du 30 juin 2014, un des textes les plus récents en la matière, prévoit que les administrateurs ou les mandataires judiciaires travaillent de manière concertée sur les cas éventuels de groupe de sociétés. Cette solution constitue une première réponse intéressante à cette problématique difficile. L'OCED avait proposé de réagir dans ce sens. Il faudra voir à l'expérience si cette manière de faire suffit, ou s'il faudra se poser des questions plus fondamentales, sur les groupes et peut-être les sociétés.



# Premier temps : baromètre

Claudine ALEXANDRE-CASELLI

Responsable de l'OCED

Avant d'entrer dans la partie proprement juridique, ce que vous attendez toutes et tous, nous allons Thierry BÈS et moi-même planter le décor. Faire un état des lieux des entreprises en difficulté. Celui-ci n'a été possible qu'en raison du partenariat mis en place depuis le début de l'année avec Ellisphere, que vous connaissiez peut-être mieux sous le nom de Coface services. Ce partenariat nous permet de publier Les Cahiers de l'OCED. Les chiffres que je vais vous présenter seront publiés dans le numéro 2<sup>(1)</sup>, ils portent sur les données arrêtées au deuxième trimestre 2014.

Cette présentation va se dérouler en trois phases : tout d'abord l'évolution des procédures depuis 1993, ensuite le poids des procédures collectives en termes financiers et d'effectifs salariés et enfin le profil des

entreprises en difficulté.

Mais auparavant, un très rapide point méthodologique :

- ⇒ Le champ de l'analyse : les procédures collectives (sauvegarde, redressement et liquidation judiciaire) ; les procédures amiables sont exclues du champ faute d'informations disponibles sur les entreprises concernées ;
- ⇒ Le champ géographique : les entreprises franciliennes en difficulté seront confrontées à leurs homologues installées hors de la région ;
- ⇒ Une définition, celle de la médiane : valeur centrale (comme on le dit généralement en statistique) qui permet de diviser une population en deux sous-populations de taille égale.

---

1 - Voir Les Cahiers de l'OCED, n° 2, Les procédures collectives ouvertes en Île-de-France : 2ème trimestre 2014 : <http://www.oced.cci-paris-idf.fr/les-cahiers-de-l-oced>

## I - Quelle est la situation des entreprises franciliennes ?

Avant d'en venir à la situation actuelle, il est nécessaire d'attirer l'attention sur ce que révèlent les courbes qui décrivent l'évolu-

tion des ouvertures de procédures collectives depuis 1998, au regard du pic historique de 1993.

GRAPHIQUE 1

Évolution des procédures collectives en France et en Île-de-France  
(en glissement annuel depuis janvier 1998 - base 100 : 1993)



Sources : OCED, Banque de France

Il faut noter, tout d'abord, le recul des procédures en 2006 avec l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde. Il y a là un effet quasi « miraculeux » de la loi, les conditions économiques ne pouvant expliquer le phénomène : - 3 % en France et surtout - 13 % en Île-de-France. On a bien constaté un transfert des procédures de redressement judiciaire vers la conciliation, mais celui-ci n'explique pas, du moins pour la région francilienne, l'ampleur de la décrue. Ensuite, l'impact de la crise à partir de 2009 avec une tendance au reflux les deux années suivantes et une reprise à partir de la fin 2012, les conditions économiques n'étant toujours pas favorables.

Depuis quelques mois, les ouvertures de procédures semblent se stabiliser au plan national et, à l'inverse, progresser en Île-de-France (+ 1,5 % au plan national et + 4 % en Île-de-France au 1er septembre 2014 en glissement annuel). Autre constat important, la courbe nationale se situe au niveau du pic de 1993 depuis l'entrée dans la crise alors que pour la région francilienne, on se place 29 % en dessous de ce pic, le décrochage de 2006 n'ayant pas été rattrapé.

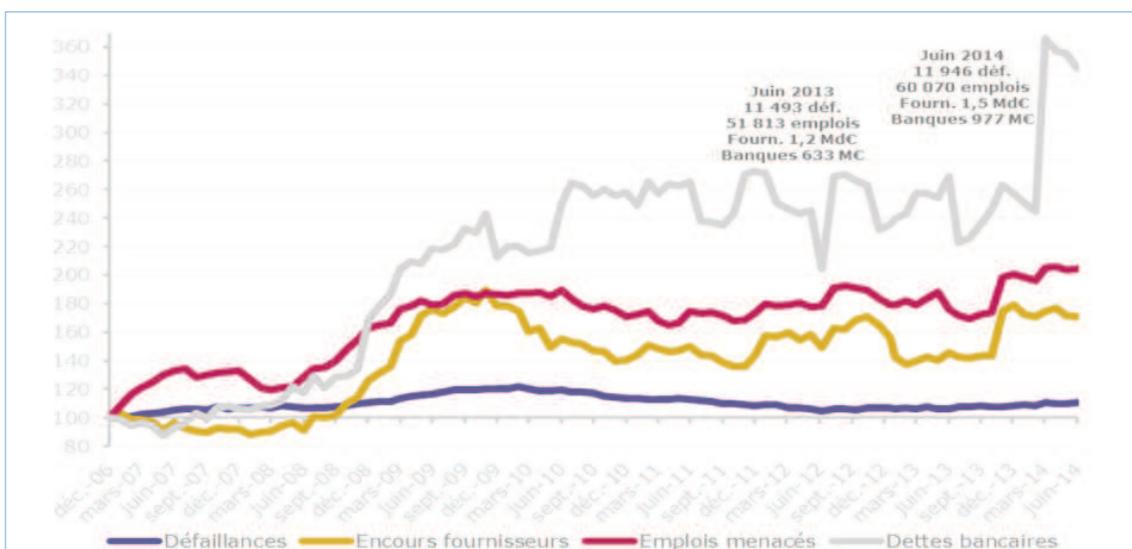
Vous l'aurez compris la situation n'est pas bonne même si elle peut sembler un peu moins mauvaise en Île-de-France.

## II - Quel est le coût des procédures en Île-de-France en termes financier et social ?

### ❖ Les redressements et liquidations judiciaires

GRAPHIQUE 2

Coût des défaillances en Île-de-France  
(sur 12 mois glissants - base 100 décembre 2006)



21

#### En nombre de salariés

Le coût s'alourdit de nouveau pour se situer au-dessus des paliers antérieurs. Cette évolution doit être rapprochée de celle du chômage qui est à son plus haut niveau depuis mars 2013.

#### En termes financiers

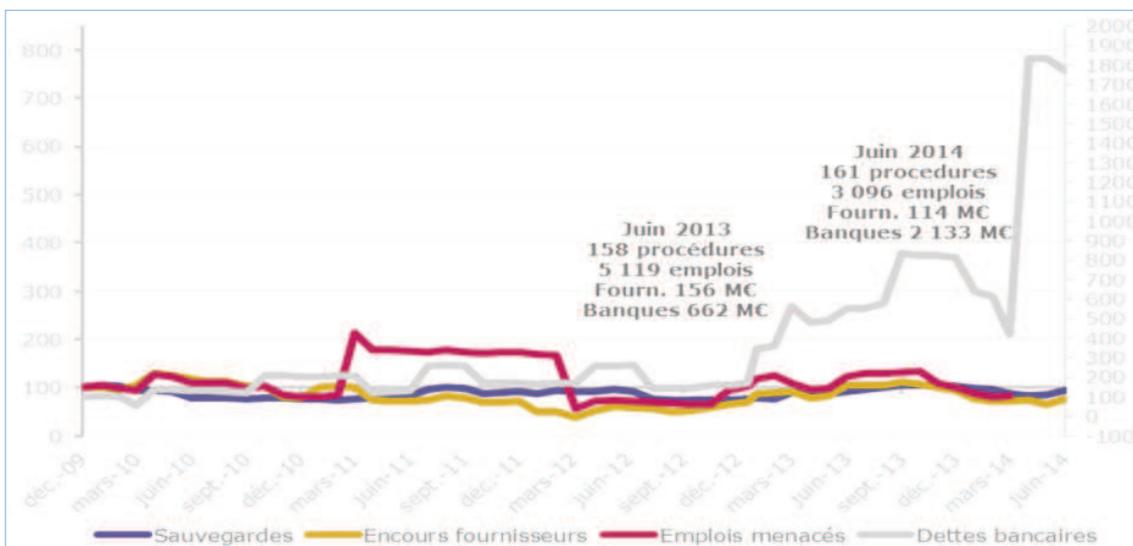
Les dettes bancaires qui avaient explosées au premier trimestre 2014, semblent connaître un léger recul au second trimestre, il faudra attendre les chiffres de la fin de l'année pour savoir si cette tendance se maintient. Quant aux encours fournisseurs qui pèsent 1,5 fois plus que les dettes bancaires, ceux-ci augmentent sensiblement.

### ❖ Les sauvegardes

Le nombre de ces procédures est stable et le nombre des emplois menacés diminue nettement (- 40 %). Cela se traduit dans la taille moyenne des entreprises qui passe de 32 salariés en 2013 à 17 en 2014.

Les dettes bancaires explosent au deuxième trimestre 2014 (x 3), en raison de la mise sous protection d'un groupe important, alors que les encours fournisseurs diminuent (- 17 %).

Coût des sauvegarde en Île-de-France  
(sur 12 mois glissants - base 100 décembre 2006)



Source : Ellisphere

### III - Quel est le profil comparé des entreprises en difficulté ?

D'une part, les données franciliennes ont été confrontés aux données nationales.

ter entre les entreprises en redressement ou en liquidation judiciaire et celles en sauvegarde ont été mises à jour pour les différents critères analysés.

D'autre part, les différences pouvant exis-

#### 1. Le secteur d'activité

La question a été examinée sous deux angles : d'une part, en proportion des procé-

dures ouvertes et, d'autre part, en taux de recours aux diverses procédures.

#### ❖ En pourcentage

##### Pour les redressements et liquidations judiciaires,

Trois secteurs prédominant, quelle que soit la localisation de l'entreprise : le bâtiment, les services aux entreprises et les services aux particuliers. Cette situation s'explique principalement par le nombre des entreprises actives pour chacune des filières ainsi que par le nombre des créations.

##### Pour les sauvegardes,

À côté de ces trois mêmes secteurs, il faut noter la place spécifique qu'occupent les holdings. C'est révélateur de stratégies d'entreprises, ou plus exactement de groupes qui, confrontés à des difficultés qu'ils ne sont pas en mesure de surmonter, viennent demander la protection du tribunal pour se restructurer ou renégocier leurs dettes.

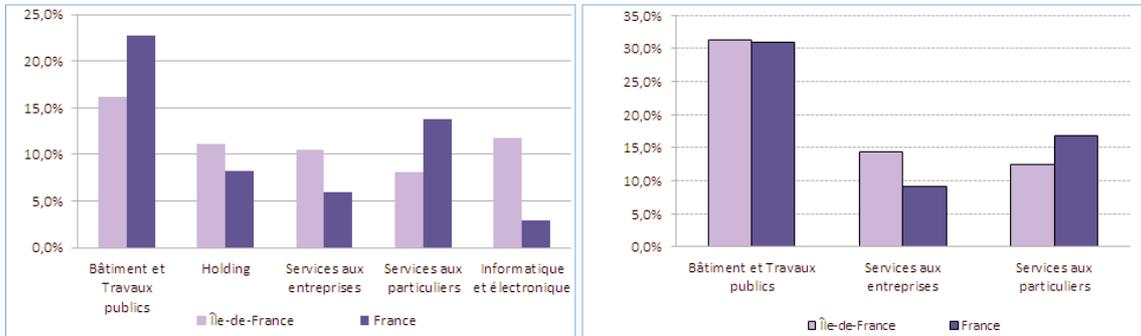
Par ailleurs, les entreprises du secteur informatique & électronique sont, depuis peu, touchées par la crise et, ce, de manière plus sensible qu'auparavant.

Secteur d'activité des entreprises en difficulté  
- en % -  
(sur 12 mois glissants, à fin juin 2014)

GRAPHIQUE 4

Sauvegarde

RJ + LJ



Sources : OCED, Ellisphere

❖ En taux de défaillance pour les redressements et liquidations judiciaires

Autre manière de regarder le risque sectoriel, l'examen du taux de défaillance (i.e. le rapport du nombre de procédures sur le nombre d'entreprises), afin de ne pas tenir compte du poids de la population de ces mêmes entreprises dans cha-

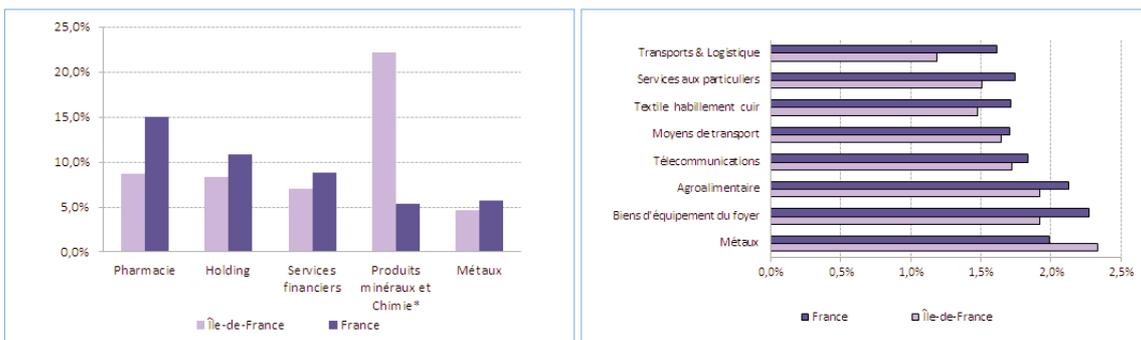
cune des filières. On a retenu ici les secteurs pour lesquels ce taux est supérieur à deux fois la moyenne francilienne. Les secteurs relevés précédemment ne sont pas ceux qui enregistrent les plus forts taux de défaillance.

Secteur d'activité des entreprises en difficulté  
- en taux de recours aux procédures -  
(sur 12 mois glissants, à fin juin 2014)

GRAPHIQUE 5

Part des sauvegardes dans les procédures collectives (en %)

Taux de défaillance  
(Nb de RJ+LJ / Nb d'entreprises)



Sources : OCED, Ellisphere

❖ Part des sauvegardes dans l'ensemble des procédures collectives

Globalement, elles représentent 2,6 % des procédures collectives en France et 1,4 % en Île-de-France en 2014, autant dire très peu. Néanmoins, là encore, certains secteurs y ont recours beaucoup plus fréquem-

ment : c'est le cas des pharmacies ou des holdings qui demandent la protection du tribunal 4 à 6 fois plus souvent que les autres entreprises. Il y a donc de vraies stratégies sectorielles en la matière.

## 2. La taille des entreprises en difficulté

La taille est analysée au regard de deux critères : le nombre de salariés et le chiffre d'affaires.

### ❖ Selon le nombre de salariés

#### Pour les redressements et liquidations judiciaires

Ces procédures concernent essentiellement la TPE, quelle que soit leur localisation géographique : 60 % des entreprises occupent au plus 1 salarié et 90 % moins de 10. Les entreprises de 50 salariés et plus représentent 1% en Île-de-France et 0,5 % sur le reste du territoire !

#### Pour les sauvegardes

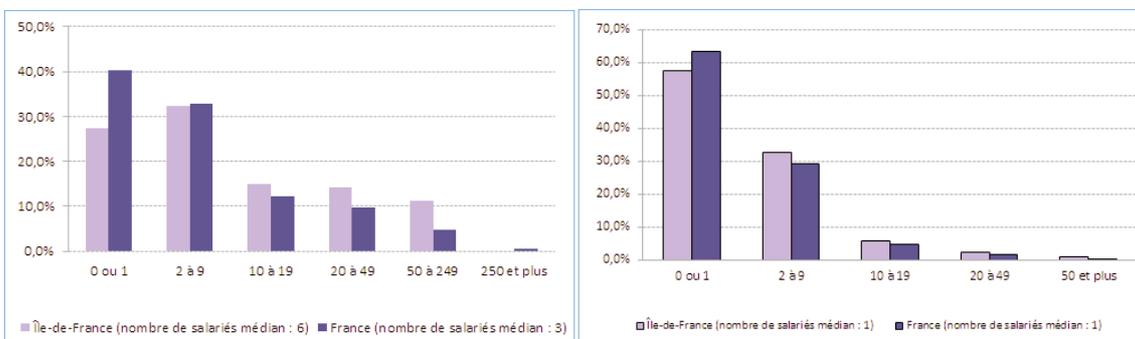
On peut observer des écarts sensibles entre l'Île-de-France et le reste de la France mais aussi par rapport aux redressements et liquidations judiciaires. Ces procédures ont trait plus fréquemment à des entreprises moyennes : celles qui occupent plus de 50 salariés représentant 11 % des procédures en Île-de-France et 4 % au plan national.

Nombre de salariés des entreprises en difficulté  
(sur 12 mois glissants, à fin juin 2014)

GRAPHIQUE 6

Sauvegarde

RJ + LJ



Sources : OCED, Ellisphere

### ❖ Selon le chiffre d'affaires

#### Pour les redressements et liquidations judiciaires

En termes de chiffres d'affaires les mêmes constats peuvent être faits. La quasi-totalité des entreprises réalisent un chiffre d'affaires inférieur à 2 millions d'euros.

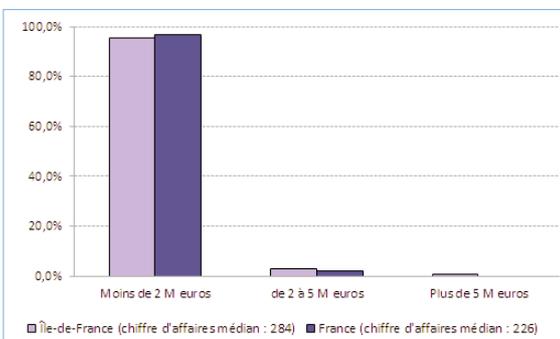
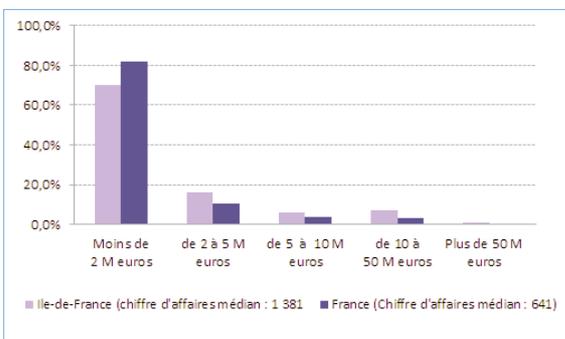
#### Pour les sauvegardes

Les entreprises apparaissent un peu plus grandes au plan national, et plus encore en Île-de-France, ce qui se traduit, comme on peut le constater, dans le chiffre d'affaires médian.

Chiffre d'affaires des entreprises en difficulté  
(sur 12 mois glissants, à fin juin 2014)

Sauvegarde

RJ + LJ



Sources : OCED, Ellisphere

3. L'ancienneté des entreprises en difficulté

Situation nouvelle liée à la crise, qui ne peut manquer d'inquiéter : la part beaucoup plus

prégnante des entreprises de 5 à 10 ans dans l'ensemble des procédures.

Pour les redressements et liquidations judiciaires

Pour ces procédures, aucune différence n'est perceptible selon leur localisation géographique. L'âge médian se situe aux environs de 6 ans.

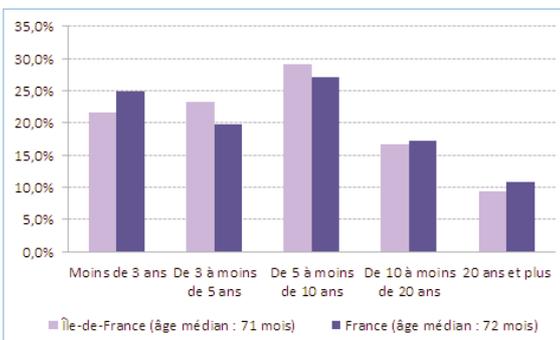
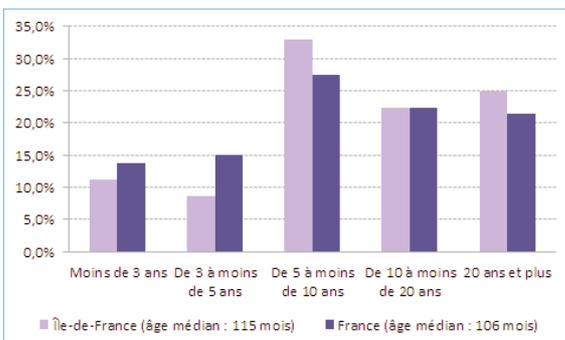
Pour les sauvegardes

Les entreprises en sauvegarde sont un peu plus anciennes que celles en redressement ou en liquidation judiciaire, avec une plus forte proportion d'entreprises de plus de 10 ans et inversement pour les entreprises de moins de 5 ans. L'âge médian est de 8 ans au plan national et de 9 ans et demi en région francilienne.

Ancienneté des entreprises en difficulté  
(sur 12 mois glissants, à fin juin 2014)

Sauvegarde

RJ + LJ



Sources : OCED, Ellisphere

#### 4. La forme juridique des entreprises en difficulté

Comme pour le secteur d'activité, la question a été examinée sous deux angles : d'une part, en

proportion des procédures ouvertes et, d'autre part, en taux de recours.

##### ❖ En pourcentage

Les entreprises pour lesquelles une procédure collective (redressement et liquidation judiciaire mais aussi sauvegarde) est ouverte en Île-de-France, sont plus fréquemment organisées sous

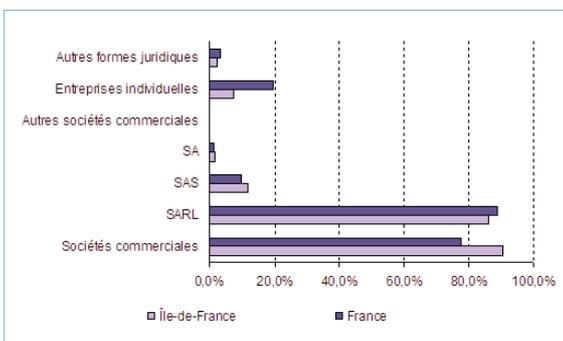
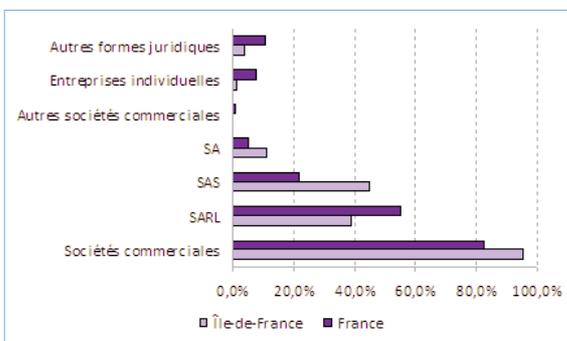
forme de sociétés commerciales que sur le reste du territoire français : près de 13 points d'écart, celui-ci se retrouvant en sens inverse pour les entreprises individuelles.

GRAPHIQUE 9

**Forme juridique des entreprises en difficulté**  
- en % -  
(sur 12 mois glissants, à fin juin 2014)

Sauvegarde

RJ + LJ



Sources : OCED, Ellisphere

##### ❖ En taux de défaillance pour les redressements et les liquidations judiciaires

Le taux de défaillance est le plus élevé pour les SARL, forme juridique la plus concernée par un redressement ou une liquidation judiciaire.

À l'inverse, il est le plus faible pour les entreprises individuelles.

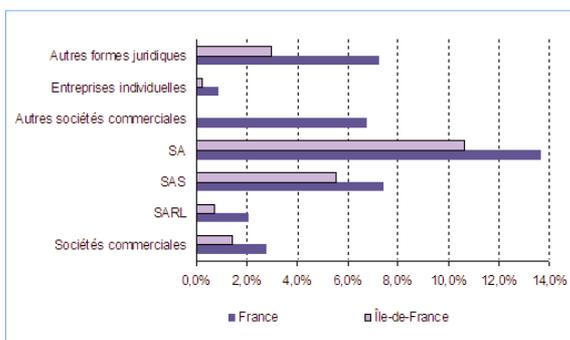
##### ❖ Part des sauvegardes dans les procédures collectives

La situation est tout autre pour les sauvegardes, leur part dans les procédures collectives étant la plus élevée pour les SA (8 fois en Île-de-France et 5 fois en France) et pour les SAS (4 fois en Île-de-France et 3 fois en France).

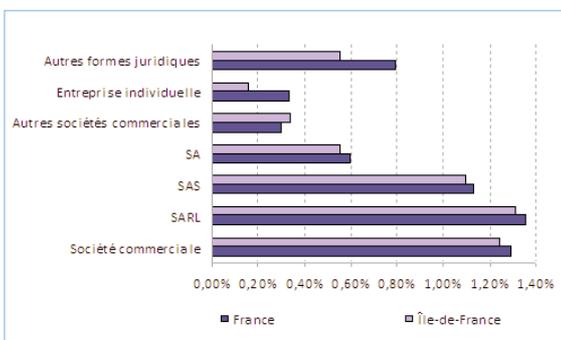
Cette spécificité renvoie indirectement à la taille des entreprises, celle-ci étant en moyenne plus importante dans ces deux formes juridiques que dans les SARL.

Forme juridique des entreprises en difficulté  
- en taux de recours aux procédures -  
(sur 12 mois glissants, à fin juin 2014)

Part des sauvegarde dans les  
procédures collectives (en %)



Taux de défaillance  
(Nb de RJ+LJ / Nb d'entreprises)



Sources : OCED, Ellisphere

**En conclusion**

Ces graphiques montrent à l'envis que les entreprises en sauvegarde ne sont pas identiques à celles pour lesquelles un redressement ou une liquidation judiciaire est ouvert : secteurs diffé-

rents mais aussi et surtout taille des entreprises plus importante pour les premières ce qui se répercute sur la forme juridique et sur l'ancienneté des entreprises.

De plus, les entreprises en sauvegarde en Île-de-France sont également plus grandes que leurs homologues installées sur le reste de la France.

Pour ceux qui ne connaissent pas encore Ellisphere : anciennement dénommé Coface Services, nous avons changé de nom au 1er janvier 2014. C'est une entreprise d'informations B to B, qui vend principalement de l'information sur la solvabilité des entreprises. Nous avons effectivement eu le plaisir de monter un partenariat avec l'OCED de la CCI Paris Ile-de-France pour établir ce Baromètre trimestriel sur les entrepri-

ses en difficulté.

Voici donc quelques chiffres sur ce qu'on a appelé la pérennité des entreprises en procédure collective en France, avec un focus sur l'Île-de-France. De plus, un zoom particulier a été réalisé sur les entreprises pour lesquelles une procédure collective a été ouverte en 2006 - qualifiées de génération 2006 - pour lesquelles un suivi jusqu'en 2014 a été possible.

## 1. Le périmètre de l'étude

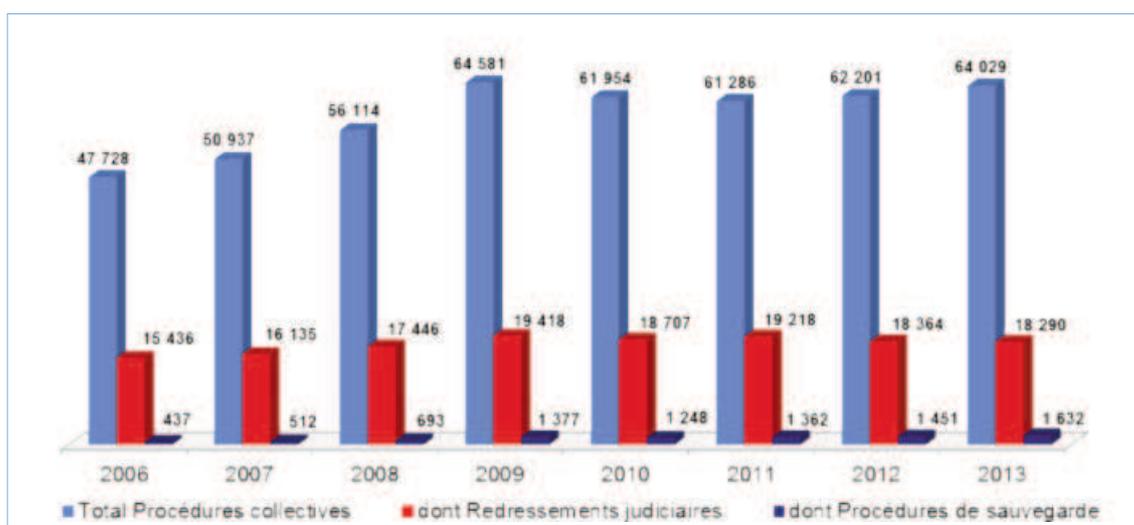
Sont visées toutes les entités installées en France métropolitaine pour lesquelles une procédure collective a été ouverte sur la période 2006 - 2013 et dont le code activité et la forme juridique sont renseignés. L'année 2006 a constitué le point de départ de l'analyse en raison de

l'introduction cette même année de la loi de sauvegarde. Au total, sur une population de près de 612 000 entreprises en procédure collective, 469 000 ont fait l'objet d'une liquidation judiciaire, 143 000 ont bénéficié d'un redressement judiciaire et 8 700 d'une sauvegarde.

## 2. L'évolution des ouvertures de procédures collectives

Évolution du nombre des ouvertures de procédures collectives en France métropolitaine de 2006 à 2013

GRAPHIQUE 11



Source : Ellisphere

## ❖ Sur l'ensemble du territoire métropolitain

On retrouve les pics de 2013 et de 2009 dont a précédemment parlé Claudine ALEXANDRE-CASELLI. Pour 2014, la tendance devrait malheureusement rejoindre les 64 000 procédures collectives ouvertes ; en conséquence, une année difficile de ce point de vue.

Concernant le détail des procédures, on constate que pour les redressements judiciaires, les ouvertures oscillent entre 29 % et 35 % de l'ensemble des procédures collectives selon les années, signifiant *de facto* que plus de 65 % des entreprises font immédiatement l'objet d'une liquidation judiciaire immédiate. Pour celles-ci, cela sous-entend qu'elles seront à terme radiées, leur activité cessant. Pour les sauvegardes, comme on l'a déjà indi-

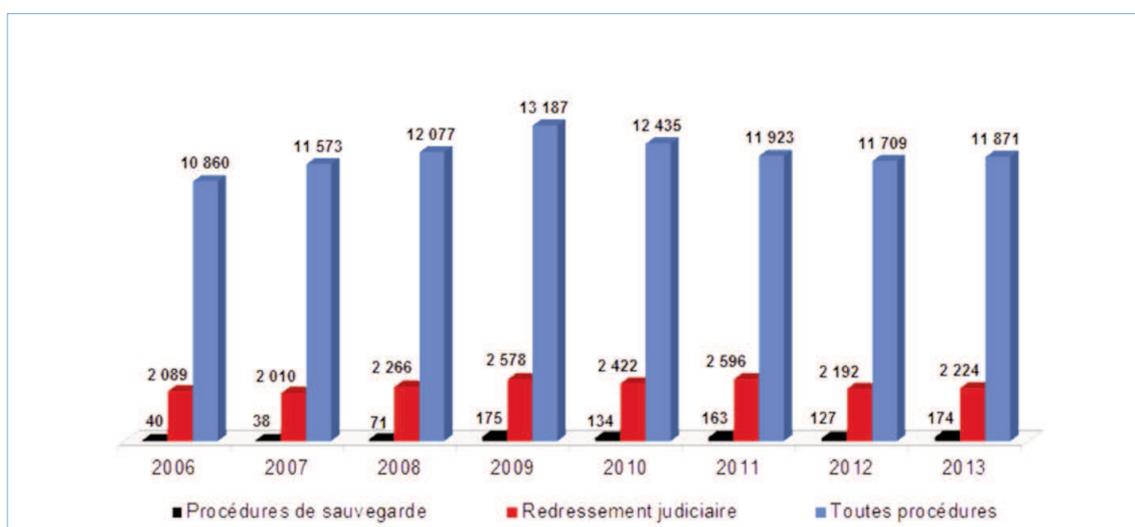
qué, ce dispositif est peu utilisé : moins de 3 % des procédures sur l'ensemble de la France. De plus, 15 % sont très rapidement converties en redressement judiciaire.

Rejoignant les propos précédents, les sociétés commerciales sont surreprésentées dans les redressements judiciaires et les sauvegardes : plus de 60 % sont des sociétés commerciales et 35 % des affaires personnelles, le delta concernant d'autres formes juridiques. Par ailleurs, les entreprises qui résistent le mieux aux affres des plans, c'est-à-dire celles qui sont toujours actives quelques années après l'arrêt d'un plan, sont principalement des entreprises individuelles.

## ❖ En Île-de-France

Évolution du nombre des ouvertures de procédures collectives en Île-de-France de 2006 à 2013

GRAPHIQUE 12



Source : Ellisphere

Si l'on prend comme référence l'année 2009, sur les 64 589 ouvertures de procédures collectives au plan national, 30 % environ ont concerné des redressements judiciaires et 2,1 % des sauvegardes, le reste étant des liquidations judiciaires. En Île-de-France, on ne retrouve pas cette répartition : 18 % des procédures ont trait au redressement judi-

ciaire et à peine 1,5 % à des sauvegardes. De fait, la région francilienne se place au 18<sup>ème</sup> rang pour le recours au redressement judiciaire et au 8<sup>ème</sup> rang pour le recours à la sauvegarde. Il y a donc un net décalage entre la région, première région économique de France, et le reste du territoire métropolitain.

### 3. Le taux de survie des entreprises après un redressement judiciaire ou une sauvegarde

#### ❖ Sur l'ensemble du territoire métropolitain

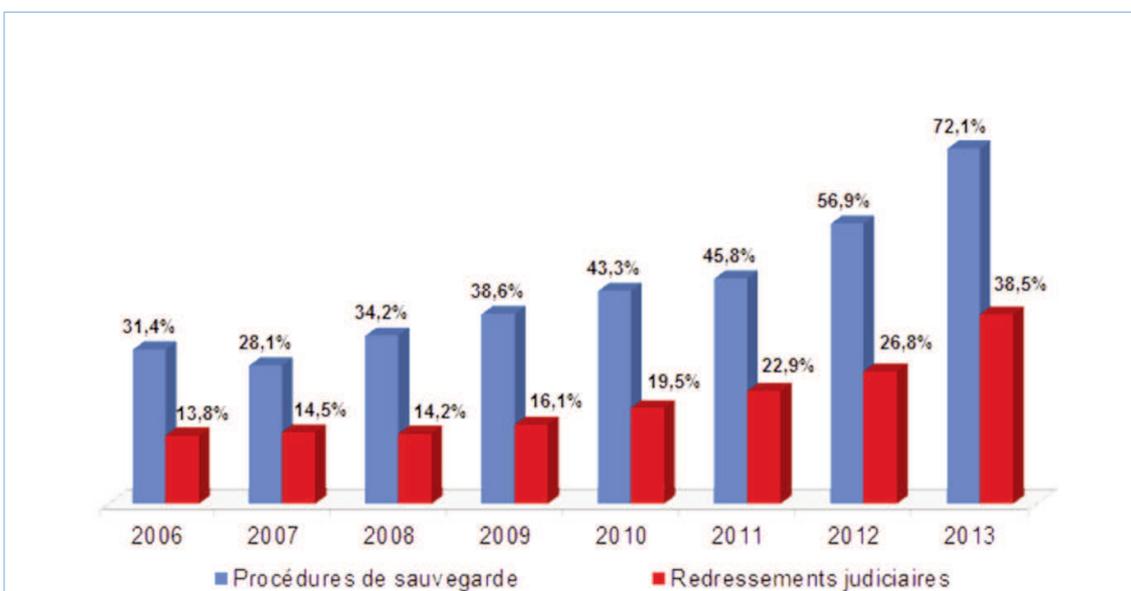
Sur la période d'analyse, plusieurs constats peuvent être faits. Tout d'abord, fort logiquement plus l'année est éloignée dans le temps, plus le taux de survie est faible : il est 3 fois plus élevé en 2013 qu'en 2006 pour les redressements judiciaires et plus de 2 fois plus important pour les sauvegardes. Sans anticiper sur la suite, cet effritement signifie que le nombre des résolu-

tions de plan augmente avec le temps.

Ensuite, ce taux de survie est globalement deux fois plus élevé pour les sauvegardes que pour les redressements judiciaires. Cette situation permet de conclure que plus l'entreprise anticipe ses difficultés plus ses chances de survie sont grandes.

Taux de survie des entreprises en redressement judiciaire ou en sauvegarde en France métropolitaine de 2006 à 2013

GRAPHIQUE 13



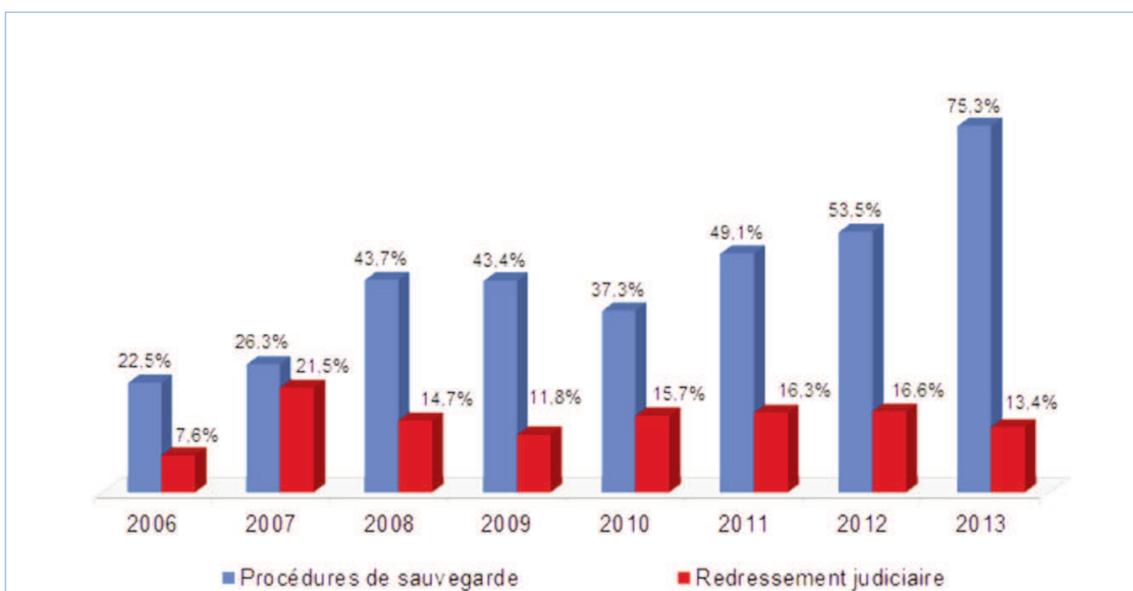
Source : Ellisphere

#### ❖ En Île-de-France

Si les constats sont globalement similaires pour ce qui concerne la sauvegarde, il n'en va pas de même pour les redressements judiciaires. Pour ces derniers, les taux de

survie sont particulièrement faibles (ils varient entre 8 et 16 %), sans que l'on puisse observer de régularité comme au plan national.

Taux de survie des entreprises en redressement judiciaire ou en sauvegarde  
en Île-de-France de 2006 à 2013



Source : Ellisphere

#### 4. Focus sur les entreprises en procédure collective en 2006

Il s'est agi, pour la région francilienne uniquement, de mesurer la survie de la génération des entités placées en redressement judiciaire ou en sauvegarde en 2006. À chaque 1er

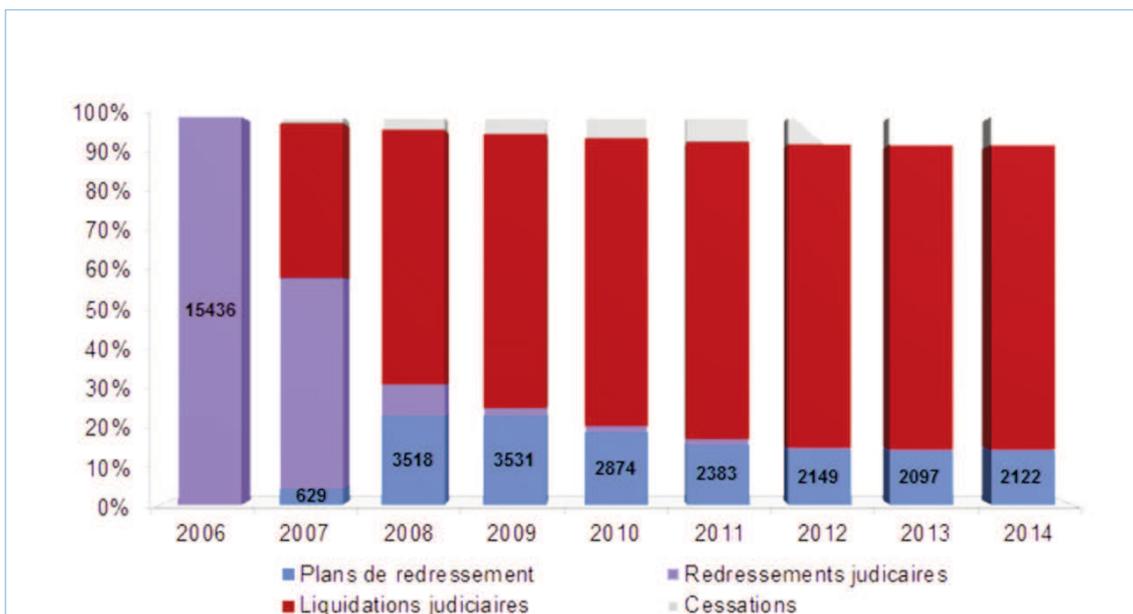
janvier sur la période 2007-2014, a été vérifié si les entreprises concernées étaient toujours actives d'un point de vue économique et financier.

##### ❖ Pour les redressements judiciaires

Pour les procédures ouvertes en 2006, il faut attendre 2008 pour connaître avec certitude le nombre des plans arrêtés : c'est ainsi que 23 % des redressements judiciaires ont abouti à un plan. Au final en 2014, soit 6 ans après l'arrêt du plan et 8 ans après l'ouverture de la procédure, 14 % seulement des entreprises

sont toujours actives, soit une entreprise sur 7. Si l'on se focalise sur les seules entités ayant bénéficié d'un plan, 60 % d'entre elles sont actives en 2014. En définitive, cette proportion, qui n'est pas négligeable, est comparable au taux de survie des entreprises qui se créent, à savoir 50 % au bout de 5 ans.

Survie des entreprises placées en redressement judiciaire en Île-de-France en 2006  
Situation au 1er janvier de chaque année



Source : Ellisphere

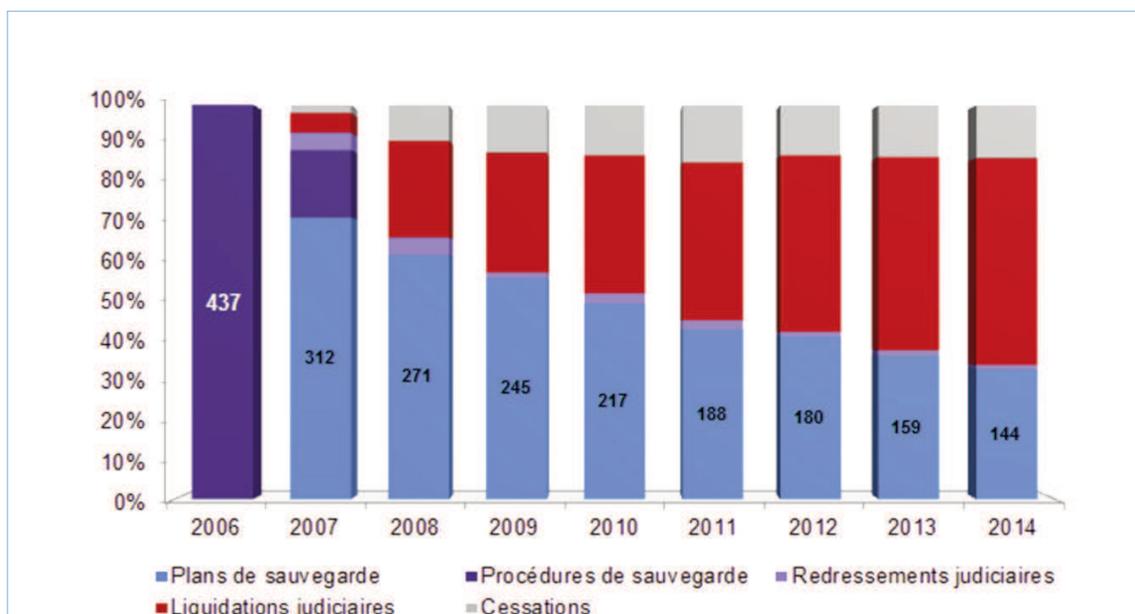
❖ Pour les sauvegardes

Sur la génération 2006, 437 plans ont été arrêtés et ce, dès l'année suivant l'ouverture de la procédure. Sur cette population, 33 % sont encore actives en 2014, soit plus du double qu'en redressement judiciaire. Si, là enco-

re, on fait un zoom uniquement sur celles qui ont bénéficié d'un plan, près de la moitié des entités (48 %) sont actives en 2014. C'est moins qu'en redressement judiciaire<sup>(1)</sup>, mais autant qu'en création.

1 - NDLR : ce résultat peut apparaître surprenant, mais il ne faut pas oublier que 2006 constitue la première année de mise en œuvre de la procédure de sauvegarde, en quelque sorte une période de rodage... Ce résultat devra être confirmé ou infirmé sur les années ultérieures.

Survie des entreprises placées en sauvegarde en Île-de-France en 2006  
 Situation au 1er janvier de chaque année



Source : Ellisphere



# Second temps : Quelles mutations ?

Jean-Marc DANIEL

Professeur associé, ESCP Europe

## VISION DE L'ÉCONOMISTE

« L'homme ne sait rien de l'homme,  
et le peu qu'il pense savoir est incompréhensible »<sup>(1)</sup>

Je suis professeur à ESCP Europe, une des écoles de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris Ile-de-France. Je suis d'autant plus flatté de participer à ces travaux que, si vous regardez mon « pédigrée », je n'ai comme diplôme que le Baccalauréat et j'ai commencé à cotiser à l'âge de 19 ans pour la retraite, on peut donc me licen-

cier à tout moment ! Sur les raisons qui me motivent à tenir de tels propos, j'y reviendrai en conclusion...

Concernant le thème d'aujourd'hui, je voudrais aborder trois éléments, en adoptant un profil bas, n'étant pas juriste.

## ➤ L'analyse de la réalité de l'entreprise

Parler d'entreprise, de son destin et de son éventuel risque de défaut, c'est être capable de faire un diagnostic et d'analyser la réalité de long terme de l'entreprise. Ces défaillances sont liées à l'évolution de l'économie qui dépend, d'une part, du cycle conjoncturel et, d'autre part, d'une tendance de long terme. Les moments du cycle, le moment de la défaillance dans le cycle,

les moments de récession dans le cycle vont tous porter atteinte à la santé financière de l'entreprise, le véritable enjeu étant de savoir si elle entre dans une période difficile (in-liquide) ou si elle est au bord de la disparition (insolvable). Concrètement, dès lors que les fonds propres de l'entreprise, dont l'objectif est d'amortir les chocs, deviennent nuls, celle-ci doit disparaître

1 - Jean Fourastié, *Le long chemin des hommes*, Robert Laffont, 1976.

et faire l'objet d'une liquidation, les créanciers s'y retrouvant car en théorie la dette est égale à l'actif. Le créancier, tout autant que l'apporteur de fonds, porte le temps, l'avenir ainsi que le risque. Le créancier est associé à l'actif alors que le débiteur l'est aux bénéficiaires actuels et futurs.

L'un des premiers objectifs pour toute évaluation d'un droit et l'analyse de l'entreprise, c'est sa capacité à faire la différence entre les notions d'in-liquidité et d'insolvabilité. C'est d'autant plus important que les États s'en mêlent. Les normes comptables qui ont évolué au fil du temps doivent permettre d'analyser la *fair value*

ou juste valeur. À tout instant, on doit donc pouvoir, grâce aux outils comptables, savoir quelle est la réalité de l'actif et celle de la créance qui est en regard. Or, à partir du moment où on dispose d'une information, il ne devrait pas y avoir d'intervention extérieure, le risque étant que cette dernière modifie l'arbitrage entre solvabilité et in-liquidité. Rappelons ici qu'après le premier choc pétrolier, ont été créées des structures d'intervention étatiques comme le CIASI<sup>(2)</sup> remplacé en 1982 par le CIRI, et depuis 2012 ont été mis en place des commissaires au redressement productif<sup>(3)</sup> auprès des préfets de région.

### ► Les effets de la disparition de l'entreprise

*Primo non nocere*, c'est le premier enjeu pour l'économiste : la disparition d'une entreprise ne doit pas conduire à la destruction de l'esprit entrepreneurial ; même si une capacité de production est détruite, l'entrepreneur doit être préservé. Le droit l'a bien compris, comme en témoigne la construction de la SA qui permet véritablement de faire la différence entre le destin de l'entreprise et celui de son créateur. À ce propos, voici comment deux économistes ont réagi lorsqu'ils ont été confrontés à la défaillance d'une entreprise dans leur entourage.

Le premier, c'est le philosophe allemand Johann Gottlieb Fichte<sup>(4)</sup> qui a écrit en 1800 un petit livre d'économie intitulé « L'État commercial fermé »<sup>(5)</sup>, dans lequel il narre la faillite de l'entreprise de ses beaux-parents, installée en Suisse à la fin du 18<sup>ème</sup> siècle ; celle-ci étant due au refus de clients malhonnêtes de régler leurs créances. Constatant le découragement et

l'épuisement de ses beaux-parents, il en conclut que le système concurrentiel dans lequel on crée de la richesse par l'initiative privée, est condamné. Il décrit ainsi un État socialiste<sup>(6)</sup>, État commercial fermé où le droit a tué l'esprit d'entreprise.

À l'opposé, on a la vision de William Stanley Jevons<sup>(7)</sup> économiste britannique, cofondateur de l'école néoclassique qui est à l'origine de la révolution marginaliste ; c'est l'inventeur de la micro-économie. Son père, commerçant en métallurgie, fait faillite et se suicide. Aussi, pour échapper à la justice anglaise, il part en Australie où il se plonge dans les analyses économiques et la lecture des ouvrages d'Adam Smith<sup>(8)</sup> et de John Stuart Mill<sup>(9)</sup>. Pour lui, la seule réponse envisageable, c'est de faire jouer à plein la concurrence. En même temps, il est nécessaire que le créateur de l'entreprise de

2 - Le Comité interministériel d'aménagement des structures industrielles (CIASI) a été créé en 1974 au lendemain du premier choc pétrolier pour faire face aux difficultés rencontrées par de grandes entreprises industrielles. Il est remplacé en 1982 par le Comité interministériel de restructuration industrielle (CIRI). V. Lettre de l'OCED, n° 33, p. 19.

3 - En juillet 2012, par Monsieur Arnaud Montebourg, alors ministre du redressement productif.

4 - 1762-1814.

5 - Ce traité d'économie politique influencera Karl Marx.

6 - Qui sera réincarné dans les pays socialistes de l'Europe de l'Est dans les années 50-60.

7 - 1835-1882. économiste et logicien britannique de la fin du 19<sup>ème</sup> siècle, cofondateur de l'école néoclassique et de la théorie de « l'utilité marginale », avec Léon Walras et Carl Menger.

8 - « La richesse des nations ».

9 - « Les Principes d'économie politique ».

demain ne soit pas pénalisé par les règles du jeu. Il faut ainsi trouver le moyen de distinguer la malhonnêteté ou la fraude qui doit être punie, de la malchance ou de l'erreur qui ne doit pas

l'être ; en quelque sorte, donner à l'entrepreneur un droit à l'erreur, car une procédure qui punit le chef d'entreprise parce qu'il s'est trompé est dangereuse du point de vue économique.

## ➤ La création de richesses

Par ailleurs, la priorité de l'activité économique, contrairement à ce que croient nos dirigeants, ce n'est pas l'emploi, c'est la création de richesses. Aussi, tout dispositif axé sur la préservation de l'emploi, est également dangereux. Autrement dit, la réalité de l'économie, c'est la logique du déversement : le droit doit préserver l'économie afin de permettre au tissu des entreprises de s'adapter de manière permanente à la réalité.

Pour illustrer ces propos, voici deux exemples.

Le premier, tiré des écrits de Suétone est souvent cité par les économistes : il a trait à la visite d'une entreprise par Vespasien<sup>(10)</sup>, alors qu'il est empereur. Le chef d'entreprise explique à Vespasien que grâce à l'un de ses esclaves, ingénieur grec qui a inventé une machine, il a supprimé la moitié des emplois. Vespasien fait alors venir au palais impérial l'entrepreneur, l'ingénieur et la machine. Il affranchit l'ingénieur en raison de son intelligence, et fait ensuite détruire la machine. Il dit à l'ingénieur : « tu es dangereux, car si on te suit, il n'y aura plus d'esclaves, plus d'emplois et les gens qui étaient dans les ateliers seront dans la rue ». Au nom de l'emploi, la société romaine a produit des textes qui interdisaient le progrès technique. Il a fallu attendre Justinien<sup>(11)</sup> au VI<sup>ème</sup> siècle pour que ces textes soient abrogés.

À la question de l'emploi et de l'adaptation aux

évolutions, c'est le deuxième exemple, on peut reprendre la réponse de Bill Clinton<sup>(12)</sup> aux ouvriers d'une usine installée dans les Appalaches. Ceux-ci lui demandent s'il sauvera l'usine s'il est élu. Alors que tous les autres candidats ont répondu par l'affirmative, Bill Clinton dit que, quoiqu'il arrive, l'usine va fermer car plus personne ne veut acheter d'acier américain, le Japon ou l'Europe en produisant à meilleur prix : « Si je suis élu, je ferais en sorte que la situation économique soit telle que vous ayez un emploi, mais pas dans cette usine ».

Fondamentalement, il avait raison. Le véritable objectif d'un processus économique, ce n'est pas de préserver les emplois d'hier, mais bien de créer ceux de demain. Il ne faut donc pas que le corpus juridique et idéologique y fasse obstacle. En d'autres termes, l'emploi d'aujourd'hui ne doit pas être érigé en priorité absolue.

En définitive, quel rapport entre le salon de coiffure, mon destin personnel et le fait que je n'ai que le BAC ? Je pense que la mutation de demain va porter sur le salon de coiffure qui a été considéré, jusqu'à présent, comme l'archétype même du secteur où il n'y a pas de gain de productivité<sup>(13)</sup>. Jean Fourastié explique, dans son ouvrage qui a popularisé l'expression des « trente glorieuses »<sup>(14)</sup>, que le métier de coiffeur n'a pas fondamentalement changé, sauf qu'il n'est plus chirurgien comme du temps de Figaro, on coupe

10 - Vespasien : 9-79 après JC, empereur de 69 à 79 après JC.

11 - Justinien : 483-565 après JC.

12 - Lors des primaires de 1992 aux États-Unis.

13 - V. Christian de Perthuis, Internet et industrialisation des métiers financiers : les implications stratégiques, Revue d'économie financière, Année 2002, n° 69, p. 99 sq. Dans cet article, il fait référence à l'exemple de Jean Fourastié sur les salons de coiffure : « Suivant l'exemple célèbre de Jean Fourastié, la productivité moyenne du salon de coiffure parisien n'a pratiquement pas bougé depuis le milieu du siècle dernier. Le client désireux de se faire couper les cheveux doit aujourd'hui consacrer le même temps qu'il y a un siècle et demi pour un service dont la qualité n'a pas fondamentalement varié. Comme, simultanément, les autres secteurs de l'économie, et notamment le secteur manufacturier, ont connu des progrès majeurs de productivité, le prix de la coupe de cheveux n'a cessé d'augmenter relativement à l'ensemble du niveau général des prix ».

14 - Jean Fourastié, Les trente glorieuses ou la révolution invisible de 1946 à 1975, Fayard, 1979.

les cheveux au 20ème siècle comme on le faisait au 18ème siècle. Ce n'est pas totalement vrai, car il y a eu des innovations techniques, comme l'utilisation des tondeuses ; et puis c'est une entreprise. Sur ce dernier point, quelle est la différence entre les Frères Lumière et Léon Gaumont ? Les premiers sont des inventeurs, alors que le second est un entrepreneur qui a su exploiter l'invention des premiers.

Ce qui est important de retenir, c'est que désormais le progrès technique envahit des secteurs où on ne pensait pas que cela soit possible. Concrètement, les prochaines phases de destruction créatrice vont l'être dans de nouvelles catégories d'entreprises. À l'heure actuelle, on sait fermer des entreprises industrielles, avec des stocks, des éléments matériels... Dans l'entreprise de demain, il n'y aura plus de stocks, on sera dans l'économie de la connaissance, la matière grise va remplacer les stocks. Il faudra donc être en mesure de déterminer les engagements de production de travail humain que l'entreprise a en compte, et pour cela réfléchir à la valorisation des éléments immatériels de l'entreprise.

Par exemple et j'en reviens à mon cas personnel, les écoles vont devenir des entreprises d'enseignement privées à l'horizon de 10 ou 15 ans, avec non plus des enseignants mais des programmes informatiques... Le médecin ne sera bientôt plus celui qui négocie avec la sécurité sociale le relè-

vement de ses honoraires, mais celui qui, depuis Paris, opère un patient à New York. En conséquence, tous ces savoirs et savoir-faire vont générer des valorisations différentes de la réalité de l'entreprise.

En 1938, un jeune étudiant, Ronald Coase<sup>(15)</sup>, a essayé de comprendre pourquoi il y avait des relations hiérarchiques et pourquoi il y avait des relations purement commerciales. Il était arrivé à la conclusion que le monde de l'industrie reposait sur des relations hiérarchiques. Mais dès 1938, il pronostiquait que ce monde entrerait dans une ère de l'échange marchand, avec des relations contractuelles entre des entités autonomes.

En conclusion, l'enjeu ce n'est pas de savoir si les disparitions d'entreprises suppriment des emplois ; ce n'est pas non plus de savoir si on peut modifier le droit de façon à ce que le taux de chômage soit le plus faible possible. L'organisation juridique, doit pouvoir s'adapter, à tout moment, à la réalité économique de plus en plus mouvante. Il faut donc réfléchir à la « faillite », pour mieux décrypter l'entreprise et son devenir dans un monde où il n'y aura plus en concurrence que des entités organisées selon des bases juridiques diverses. L'enjeu ultime, encore une fois, est de faire en sorte que l'entrepreneur qui s'est trompé ne soit pas stigmatisé à vie.

---

15 - Économiste britannique (1910-2013), considéré comme le père fondateur de la théorie des coûts de transaction. Il a reçu le prix Nobel en 1991. Le théorème de Coase dit que, « quelle que soit l'attribution initiale des droits de propriété entre les participants aux marchés, un système d'équilibre général débouchera *ex post* sur l'allocation optimale des ressources ».

# PREMIÈRE TABLE RONDE

## LA PLACE DES CRÉANCIERS DANS LE DROIT FRANÇAIS

*Modérateur : Didier KLING*

*Intervenants :*

- ↪ Yves LELIÈVRE, Président du Tribunal de commerce de Nanterre, Président de la Conférence générale des juges consulaires de France
- ↪ Christophe BASSE, Mandataire judiciaire
- ↪ Guilhem BREMOND, Avocat - Bremond et Associés
- ↪ Stéphane COHEN, Vice-président de l'Ordre des experts-comptables Paris Ile-de-France
- ↪ Gaël COUTURIER, Administrateur judiciaire
- ↪ Patrick ROSSI, Chef du Bureau du droit de l'économie des entreprises, DACS, Ministère de la justice



## Didier KLING

J'ai compris Monsieur Patrick ROSSI, qu'un rééquilibrage était intervenu dans le cadre de la réforme promue par l'ordonnance du 12 mars 2014.

Au-delà des propos introductifs faits au nom de Madame Carole CHAMPALAUNE, pouvez-vous nous dire en quoi l'équilibre antérieur ne paraissait pas satisfaisant et ce qui a inspiré les modifications du texte ?

## Patrick ROSSI

Le constat assez largement partagé, me semble-t-il, est que le droit français est jugé comme trop pro-débiteurs, selon le terme généralement utilisé. Je n'ai pas d'opinion personnelle, mais rappelons que le cadre de la réforme a été tracé par une loi d'habilitation<sup>(1)</sup>. C'est donc le Parlement qui en a fixé les axes qui s'orientaient effectivement vers un rééquilibrage du rôle des acteurs : les créanciers, les associés/actionnaires. Dans le même temps, on devait rester dans une logique de promotion de la procédure de sauvegarde. En examinant les troisième et quatrième items de l'article 2 de cette loi d'habilitation, apparaissent le maintien de l'emploi et la poursuite de l'activité ; le lien avec l'intervention précédente n'appelle pas de commentaires, ce serait trop politique pour que je m'y risque.

Dès le départ, apparaissent des volontés contradictoires. Ainsi, s'agissant de la promotion de la sauvegarde, on peut se demander dans quelle mesure celle-ci est compatible avec la remise en cause de la position privilégiée des actionnaires. L'idée que l'on trouve dans la littérature et que certaines affaires - bien connues de Nanterre - ont confirmé, c'est que des sauvegardes ont eu pour finalité, non pas la préservation de

l'activité, mais la protection des actionnaires au détriment des créanciers. Ce genre de situation aurait pu conduire à une remise en cause de l'existence même de cette procédure, fruit de la loi de 2005 qui lui a même donné son nom... Le législateur a été cohérent, en ne reconsidérant pas son utilité. Mais, il a souhaité trouver un juste équilibre et nous avons dû rédiger un texte répondant à cette demande.

Ce texte de compromis rend tous les observateurs insatisfaits, puisqu'étaient visés à la fois le maintien de la sauvegarde et un réexamen de la position dite privilégiée des actionnaires. Sans porter atteinte au droit constitutionnel, ni au droit européen - nous avons des normes supérieures à respecter -, nous avons tout d'abord fragilisé ces bastions de façon à permettre à ceux qui sont dans une logique de négociation, de trouver des arguments pour faire avancer celle-ci.

Il faut souligner ici les risques pour la sauvegarde remaniée - peut-être théorique -, liés à la possibilité pour les comités de créanciers de faire des propositions de plan. J'insiste sur le fait qu'il s'agit de comités de créanciers et que l'on se trouve ainsi dans une logique de force de proposition collective. Cette fragilisation de la sauvegarde a été pointée comme une menace

---

1 - Loi n° 2014- 1 du 2 janvier 2014 habilitant le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises.

pesant sur celui qui en demande le bénéfice, pouvant avoir à son égard un caractère dissuasif.

Par ailleurs, nous avons joué sur le facteur temps, en facilitant le recours à la sauvegarde accélérée qui, pendant un moment s'est appelée sauvegarde anticipée en référence à la procédure anticipée.

En 2005 déjà, Jérôme DEHARVENG<sup>(2)</sup> disait qu'en sauvegarde il fallait venir avec un plan préparé à l'avance. La réalité est

différente et il nous a paru important de permettre au débiteur de préparer, bien avant la saisine du tribunal, la sortie dans un délai extrêmement court. Dans cette situation, le risque de confiscation du pouvoir par les créanciers est quasiment nul pour de simples raisons de calendrier (même s'il est juridiquement possible aux comités de créanciers de prendre la main). En d'autres termes, la solution trouvée pour renforcer le caractère attractif de la sauvegarde a été de jouer la montre.

## Didier KLING

Merci infiniment Patrick ROSSI. On a bien compris que l'on donne d'avantage de pouvoirs aux créanciers. Cette réforme est-

elle de nature à satisfaire le mandataire judiciaire que vous êtes, Maître Christophe BASSE ?

## Christophe BASSE

Dans ses propos, Jean-Marc DANIEL a parlé du droit à l'erreur et du rebond du débiteur ; la loi de 1985 est cette loi qui permet le rebond du débiteur. Et même si le droit actuel va donner un peu plus de place aux créanciers et peut-être aux contrôleurs, on doit relever que le droit à l'erreur s'est renforcé. Notamment, la possibilité pour un dirigeant de ne plus avoir de cotation à la Banque de France, lorsque son entreprise est pour la première fois en procédure de liquidation judiciaire, véritable frein qui s'imposait malheureusement à lui jusqu'alors.

Du côté des créanciers, ce que nous, praticiens, voyons d'un œil plutôt favorable, c'est de leur redonner du pouvoir. Mais, les

créanciers doivent aussi se positionner de manière beaucoup plus forte dans les procédures collectives et exercer le pouvoir qui leur est accordé, notamment en tant que contrôleurs. Ces derniers sont des créanciers volontaires qui exercent leur mission à titre gracieux ; ils sont tenus à la confidentialité sur l'ensemble des éléments qui leur sont communiqués.

Il faut d'entrée de jeu rappeler que la loi de sauvegarde de 2005 a apporté des modifications permettant de pallier une dérive observée antérieurement par les praticiens : les contrôleurs n'ont plus la possibilité de se porter acquéreurs des actifs de la société dans laquelle ils sont désignés. En effet, avant le 1er janvier 2006, cer-

---

2 - NDLR - Le père de la loi de sauvegarde de 2005.

tains créanciers se faisaient désigner contrôleurs pour avoir un accès privilégié aux informations économiques ou aux fichiers clients de la société afin de se positionner de manière utile comme candidat acquéreur.

#### ➤ Les catégories de contrôleurs

L'ordonnance de mars 2014 a étendu le champ d'application de la loi sur les entreprises en difficulté aux professions libérales : les ordres professionnels sont nommés d'office contrôleurs, dès l'ouverture de la procédure concernant ces professionnels. Il n'y a donc pas, dans ce cas, d'appréciation du juge-commissaire ni de requête aux fins de désignation. C'est une catégorie particulière de contrôleurs qui restent présents pendant toute la durée de la procédure. Ils n'ont pas les mêmes voies d'action et, il faut le souligner, ce ne sont pas des créanciers de la procédure collective.

De plus, un nouvel alinéa inséré dans l'article L. 621-10 du Code de commerce permet aux créanciers publics - Fisc, URSSAF, AGS - de se faire nommer contrôleurs, en accord avec le juge-commissaire qui les désigne, alors même qu'ils ne sont pas encore des créanciers de la procédure. De ce fait, l'AGS par exemple applique une règle systématique en la matière : dès qu'une société de plus de 50 salariés fait l'objet d'une procédure collective, elle demande au tribunal de la désigner en qualité de contrôleur.

Nous avons donc aujourd'hui trois catégories de contrôleurs : les créanciers, les ordres professionnels et les créanciers publics. Par ailleurs, ne peuvent être désignés dans une même affaire, plus de cinq contrôleurs.

#### ➤ Quel succès pour cette fonction ?

En tant que praticien, je constate un succès relativement faible de la fonction, ce qui s'explique avant tout par sa lourdeur. En effet, le contrôleur doit de prime engager des frais, puis participer aux opérations de

vérification du passif, intervenir lors des audiences, pallier parfois la carence du mandataire et aussi ouvrir d'éventuelles poursuites contre les dirigeants. Les opérations réalisées à son initiative vont permettre de répartir des fonds qui sinon n'auraient été appréhendés qu'à l'issue de la procédure collective pour la communauté des créanciers. En travaillant pour son intérêt propre, il fait bénéficier, par contre-coup, l'ensemble des créanciers des résultats de ses actions.

On l'a compris, le rôle des contrôleurs est important : ils éclairent le tribunal et ils sont utiles aux organes de la procédure, principalement dans la perspective d'une cession des actifs voire de l'entreprise. En effet, en tant que partenaires de celle-ci, ils en ont une bonne connaissance ainsi que de son secteur. En cas de cession, ils vont pouvoir apporter un éclairage sur les prix proposés par les éventuels candidats et la solidité de ceux-ci.

Autre pouvoir, ces contrôleurs peuvent solliciter le changement des organes de la procédure, dont le mandataire judiciaire.

#### ➤ La motivation à devenir contrôleur

On constate fréquemment que les créanciers qui se positionnent pour être nommés contrôleurs sont en conflit avec le débiteur, ce qui peut se révéler fort dommageable, la motivation étant alors de vérifier que l'entreprise ne s'en relèvera pas. Malheureusement, il y a peu de texte pour contrecarrer ce type de situation. Néanmoins, certains tribunaux, comme le Tribunal de commerce de Nanterre ou le TGI de Nanterre, ont déjà refusé des désignations de contrôleurs tant le conflit qui les opposait à l'entreprise était prégnant, le risque étant alors de perturber le bon déroulement de la procédure, auquel doit veiller le juge. C'est important, car ni le mandataire judiciaire ni le juge-commissaire ne peuvent solliciter sa récusation, seul le ministère public peut le faire.

## Didier KLING

J'ai cru comprendre qu'indépendamment des préoccupations très techniques qui viennent d'être évoquées à juste raison, il y a des interrogations plus générales suscitées par le texte de compromis que constitue l'ordonnance de mars 2014. Je me tourne

volontiers vers Maître Gaël COUTURIER. Que se passe-t-il lorsqu'il n'y a pas de comité de créanciers ? Et est-ce que la possibilité de convertir la sauvegarde en redressement judiciaire, n'est pas de nature à restreindre l'intérêt de celle-ci ?

## Gaël COUTURIER

Comme Patrick ROSSI nous l'a dit précédemment, le législateur a ouvert la possibilité aux créanciers de formuler des projets de plan lorsque des comités de créanciers sont constitués. À l'inverse, lorsqu'il n'y a pas de comités, les dispositions du droit antérieur s'appliquent. Dans ce cas, la place des créanciers est beaucoup plus limitée pour ne pas dire inexistante, puisqu'aucune proposition de projet de plan ne peut émaner de ceux-ci. Le chef d'entreprise garde la main et va généralement proposer un plan

très classique qui ne sera guère favorable aux créanciers, s'agissant d'échelonner des paiements sur une durée longue. Ce type de plan n'a guère de sens au regard de leur taux de réussite, ce qui a été exposé au début du colloque.

La restauration du pouvoir des créanciers ne va concerner, dans les faits, qu'une infime minorité des procédures collectives, mais ce sont celles qui comportent le plus d'enjeux en termes financiers et économiques.

## Didier KLING

Maître Guilhem BREMOND, si vous êtes le conseil d'actionnaires, vous allez être conduit à leur indiquer qu'ils perdent progressivement tout ou partie de leur pouvoir au profit de créanciers au travers de cer-

tains dispositifs, comme par exemple, la conversion de titres de créances en capital, même si les actionnaires n'y ont pas convenance.

## Guilhem BREMOND

Ce n'est pas si simple et on a beaucoup de mal à y voir clair, notamment sur ce que sera l'impact de la loi. L'objectif de l'ordonnance - on la dit et répété - est de procéder au rééquilibrage entre les droits supposés non

équilibrés entre créanciers et actionnaires, en oubliant au passage la prééminence du facteur social. Mais, dans ce supposé rapport de force entre créanciers et actionnaires, on a instauré des mécanismes para-

doxaux. En effet, on invite les actionnaires à participer au redressement de l'entreprise, alors que l'on n'a jamais fait de distinction très claire entre le débiteur, l'actionnaire, le dirigeant et que l'on a toujours raisonné comme s'il existait une unité entre l'entreprise, son dirigeant et ses actionnaires, avec une alternative qui serait la cession. Aujourd'hui, les sociétés en difficulté ont un actionariat parfois complexe et un management qui n'est pas toujours tenu par les actionnaires. Ces derniers sont désormais considérés dans un traitement un peu à part, avec l'invitation qui leur est faite de participer au redressement de l'entreprise, notamment par la conversion de leur dette en capital, afin de le renforcer.

Quelques nouveautés ont été introduites par l'ordonnance de mars 2014. La première impose aux actionnaires, dès l'ouverture de la procédure, de libérer le capital qui ne l'aurait pas été. Il revient au mandataire judiciaire de mettre en demeure les actionnaires de le faire. La deuxième n'est en réalité pas nouvelle, c'est la disposition prévue par l'article L. 626-17 du Code de commerce qui permet aux actionnaires de convertir leur créance en capital, en prenant en compte les réductions induites par les délais et remises du plan. Cette possibilité a été ajoutée à l'article L. 626-3 du Code de commerce dans des termes légèrement différents et probablement surabondants. Plus on lit les textes, plus on se convainc qu'il n'y a pas de différences entre l'assemblée des actionnaires de l'article L. 626-3 qui peut être convoquée avant l'arrêt du plan et celle de l'article L. 626-17 convoquée à l'issue du jugement arrêtant le plan. L'idée est que lors de l'arrêt du plan, on doit se préoccuper du renforcement des fonds propres. C'est une obligation, si les capitaux propres sont inférieurs à la moitié

du capital social, il faut les reconstituer : l'actionnaire est invité, encore plus qu'avant, à le faire, y compris par incorporation de ses créances en capital, celle-ci se faisant en prenant en compte les remises et délais selon des règles qui ne sont pas fixées. Néanmoins, la loi ne restreint pas aux seuls actionnaires cette possibilité puisque les créanciers peuvent, dans le cadre d'un vote, participer au plan, non pas en acceptant des abandons ou des rééchelonnements de créances, mais en transformant celles-ci en capital. C'est un dispositif important parce qu'il apporte de la cohérence au système. Ainsi, il ne s'agit pas seulement de proposer un plan, encore faut-il avoir les moyens de le mettre en œuvre et de désigner le management ; pour ce faire, il faut pouvoir prendre le contrôle du capital.

Patrick ROSSI nous a laissé entendre que la réflexion n'est pas terminée, nous sommes restés sur notre faim quel que soit le parti pris de chacun ; on nous avait annoncé une loi qui permettrait d'écraser les actionnaires en place au profit de nouveaux actionnaires<sup>(3)</sup>. Aujourd'hui, les dispositifs mis en place sont assez limités avec la possibilité en redressement judiciaire comme en sauvegarde de faire voter les augmentations de capital à des formes de majorités de quorum réduites. Ainsi sur première convocation, le tribunal peut décider que c'est une majorité simple avec un quorum de 50 % qui votera l'augmentation de capital alors que la règle commune se fonde sur une majorité qualifiée : deux-tiers dans une SA, trois-quarts dans une SARL, voire l'unanimité dans une SAS, et pour cette dernière forme juridique ce sont les statuts qui règlent la question. On viole donc une première fois le pacte statutaire ; la minorité de blocage n'est donc plus tout à fait la même qu'auparavant.

---

3 - NDRL : Lors de la tenue du colloque, aucun mécanisme n'était encore divulgué. La cession forcée des titres / actions a ainsi été insérée en janvier 2015 dans le projet de loi dit Macron. Dans ce projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances qui a été adoptée le 10 juillet 2015, c'est à l'article 238 que ce dispositif est détaillé. Dans le prolongement de cette adoption, le Conseil constitutionnel a été saisi le 15 juillet par plus de 60 sénateurs et plus de 60 députés : 20 articles sont contestés ainsi que la procédure parlementaire utilisée.

Une autre nouveauté ne concerne que le redressement judiciaire. Elle a trait à la possibilité pour le tribunal, face à des actionnaires opposants, de désigner un mandataire avec pouvoir non seulement de convoquer l'assemblée, mais aussi de voter le plan à la place de ces actionnaires. On doit alors s'interroger, d'une part, sur ce

qu'est un actionnaire opposant et, d'autre part, sur ce que sont les devoirs du mandataire désigné pour exercer ce vote, non seulement envers le plan mais aussi envers les salariés. On peut ici se référer utilement à la jurisprudence de la Cour de cassation sur les votes de mandataires dans le cadre d'un abus de minorité.

## Didier KLING

Merci beaucoup. Je me tourne maintenant vers le Président Yves LELIÈVRE pour savoir quels sont les éléments qui vont lui

permettre aux tribunaux de commerce de trancher les cas qui leur seront soumis.

## Yves LELIÈVRE

C'est très aimable Monsieur le Président de me donner la parole.

On a d'abord entendu un professeur de droit parler de droit, puis un économiste parler d'économie, et enfin le législateur parler de législation pour essayer de trouver le bon chemin, ce qui est délicat dans notre pays pour deux raisons. D'abord parce ce que le droit et l'économie ne fonctionnent pas au même rythme et, ensuite, parce qu'en France, on n'a pas comme réputation principale d'être des spécialistes de l'économie.

Je ne peux pas encore vous parler de ce qu'on va faire, ce serait anticiper sur des jurisprudences qui ne sont pas encore écrites. Ce que je peux dire, c'est que les tribunaux vont être confrontés à des problèmes délicats qu'ils devront gérer. La question n'est pas, contrairement à ce qu'on a pu entendre, le remplacement d'un code par un autre, mais bien de rendre les codes lisibles, compréhensibles. Là, il me semble que ce n'est pas réglé, ni en perspective de l'être. Il faudrait déjà ne pas vouloir tout

codifier, mais laisser la pratique jouer pleinement son rôle. Je constate - les chiffres l'ont d'ailleurs montré - que 90 % des entreprises venant au tribunal ont moins de 10 salariés. Aussi, notre discussion actuelle me paraît disproportionnée et je ne pense pas que le salon de coiffure soit la solution médiane. Les juges ne vont certainement pas être des « facilitateurs » de solutions confortables pour les salariés ou pour l'entrepreneur, mais plutôt des réducteurs de complexité.

Sur le texte lui-même, je vais faire quelques observations, en tant que lecteur et acteur de la nouvelle législation. La première concerne le rééquilibrage entre créanciers et débiteurs, point qui n'a pas été suffisamment souligné. C'est un pas fait vers une contractualisation de la procédure, et l'on devrait développer cette démarche dans d'autres domaines. Désormais, pour arriver à ce rééquilibrage et à cette contractualisation, on va passer par les créanciers membres d'un comité uniquement. Il s'agit là de contraindre les parties prenantes à trouver une solution d'entente

qui recueille un accord fort, car la loi exige que les créanciers qui ont voté favorablement représentent les deux tiers du montant des créances dans chaque comité, le plan étant adopté par les deux comités. Un plan de sauvegarde ou de redressement élaboré par un créancier pourra toujours être mis en échec.

Maintenant la question qui est posée aux tribunaux est de savoir si on peut convertir les créances en capital contre la volonté des actionnaires. Et c'est peu dire que le chemin est semé d'embûches. Il existe par exemple la possibilité de réaliser les sûretés consenties sur les actions du débiteur, c'est systématiquement le cas dans les opérations de LBO. Pour y arriver, il faut utiliser quelques stratagèmes et, notamment, placer la société holding en sauvegarde. On a d'ailleurs dit, ce qui est fort intéressant, que le droit des sûretés et leur réalisation est complexe en droit français. J'ai cru comprendre que, au-

delà du droit des entreprises en difficulté, c'est tout le droit des contrats et celui des obligations qui vont être soumis à des modifications importantes. J'ose espérer que celles-ci passeront dans un projet de loi et non par ordonnance, car on l'a bien vu avec les ordonnances prises sur les entreprises en difficulté, l'un des problèmes majeurs est le manque crucial d'explications sur le fil rouge suivi.

Sur le point relatif à la conversion de créances en capital contre le gré des actionnaires, cela vient d'être évoqué par Maître Guilhem BREMOND, je n'y reviens donc pas. La piste la plus sérieuse, qui n'est pas encore retenue, c'est la cession forcée des actions. Là encore, c'est un chemin parsemé d'embûches. Cela avait été prévu dans le premier texte de l'ordonnance puis retiré. Il y a un autre texte en préparation, la réforme est donc inachevée. Tout le monde l'assume, c'est au moins un point positif.

## Didier KLING

Merci Monsieur le Président. Il n'y a que des embûches et pourtant, ça marche. Il me semble que Stéphane COHEN peut nous

apporter quelques illustrations sur la manière dont on a pu sauver des entreprises qui faisaient face à des difficultés sérieuses.

## Stéphane COHEN

On n'a pas attendu la réforme, même si cette loi s'inscrit parfaitement dans la vision schumpétérienne de la destruction créatrice qui a été exposée par le professeur d'économie, Jean-Marc DANIEL. En tant qu'homme du chiffre, il y a une chose que je ne sais pas faire, c'est sauver une entreprise qui a des fondamentaux, notamment des *free cash-flow*, largement insuffisants pour rembourser une dette souvent abyssale et réaliser une restructuration industrielle.

Comment fait-on pour réduire la dette ? On peut repousser le tas de sable, c'est ce qui a été réalisé depuis 2008 ; mais six ans après, force est de constater la lassitude de certains créanciers, notamment bancaires qui, eux aussi, doivent faire face à leurs propres contraintes liées aux normes comptables et à Bâle III. Ils ont dû déprécier, du moins pour partie, les créances en cause dans leur bilan. Il en va de même pour les fonds d'investissement qui ont également déprécié leur participation parce qu'ils se

sont aperçus que la valeur de leurs titres était proche de zéro, ce qui, dès lors, a empêché toute sortie, pouvant mettre en péril le fond lui-même.

Quand l'entreprise a encore de la trésorerie mais que celle-ci est très insuffisante par rapport à la dette, on va rechercher de la *new money*, afin de pouvoir proposer aux créanciers une sortie immédiate en cash, avec ou sans abandon de créances. Dans les dossiers où les sous-jacents sont assez dégradés, la restructuration industrielle pas encore achevée voire même pas commencée, il peut être possible d'obtenir des « coupes » significatives, autrement dit des abandons de créances allant parfois jusqu'à 80 % - par hypothèse dans ce type de situation, l'entreprise n'a pas les moyens de financer l'option désintéressement immédiat des créanciers. Lorsque les créanciers sont réticents pour octroyer des abandons de créances, on va chercher des investisseurs financiers, fréquemment outre-Atlantique mais aussi parfois en France, en faisant appel à des fonds de *private equity* spécialisés dans des opérations de *debt equity swap*, selon la terminologie anglaise. Celles-ci permettent de racheter une dette d'une valeur de 100, au niveau 20 par exemple, et de la convertir en capital à sa valeur comptable venant ainsi renforcer les fonds propres. La loi est ici positive car elle facilite ces opérations, puisqu'il faut faire en sorte que les fonds propres soient supérieurs au seuil légal, c'est-à-dire à la moitié du capital social. Ce type d'opérations permet à ces investisseurs de devenir majoritaires, parfois même largement. Il faut

alors que le *deal* soit équilibré entre, d'un côté, les nouveaux entrants et, de l'autre, les managers qui vont rester aux commandes et les actionnaires qui souhaitent continuer à accompagner l'entreprise dans l'aventure. Cela passe inévitablement par une négociation. On observe aujourd'hui que ces opérations se développent bien en France, le marché apparaissant favorable. La loi s'inscrit dans cette évolution, à la seule condition d'utiliser les mécanismes de manière négociée et non de manière forcée.

Je peux évoquer ici succinctement deux opérations éclairantes. Dans la première, l'entreprise a d'abord demandé la désignation d'un mandataire *ad hoc* au tribunal de commerce. L'accord négocié avec les créanciers bancaires a ensuite été homologué dans le cadre d'une conciliation et on constate que l'entreprise s'en sort bien. Dans la seconde, la situation s'est réglée un peu violemment, même si au final les actionnaires financiers ont donné leur accord. Mais, trois ans plus tard, l'entreprise a disparu.

On l'a dit et il faut le répéter, si les hommes n'acceptent pas l'accord ou si on leur force la main, cela ne marche pas. Je ne crois pas à la prise de contrôle sauvage, un peu comme dans une OPA hostile, par un vote des comités de créanciers qui viendraient forcer la main aux actionnaires et/ou aux dirigeants. Certes, la loi prévoit un certain nombre de mécanismes sous l'égide d'un professionnel et sous l'œil du tribunal de commerce, pour autant, ce n'est plus schumpétérien et ne permet certainement pas à l'entreprise de se situer dans une dynamique pérenne.

## Didier KLING

Merci beaucoup pour cette illustration. Il y a une question à laquelle personne n'a répondu, mais peut-être, ne l'ai-je pas posée. Pour que le créancier puisse présenter un plan concurrentiel à celui du débiteur, encore

faut-il qu'il dispose des informations dont certaines peuvent présenter un caractère confidentiel.

Qui souhaite répondre ?

## Gaël COUTURIER

Je peux répondre et cela va aller dans le sens du propos sur lequel je voulais réagir parce que l'objet de la table ronde porte sur le rapport créancier/actionnaire. Mais dans cette discussion, j'ai l'impression que l'on oublie l'entreprise. Si je vis avec les créanciers et les actionnaires tous les jours, mon rôle c'est aussi de m'occuper de l'entreprise. L'une des nouveautés introduites par le législateur, c'est de permettre aux créanciers de proposer un projet de plan. La question se pose donc de savoir s'il lui est réellement possible d'établir un tel projet, dans ses dimensions économique, sociale, financière voire environnementale, sans accès à l'information concernant l'entreprise. C'est le cœur de la problématique. La procédure collective - sauvegarde ou redressement judiciaire - va être l'occasion de lui donner cet accès pour établir son projet de plan. Immédiatement, j'y vois un effet pervers. Pour rebondir sur les propos de Stéphane COHEN portant sur le mécanisme de capitalisation des créances, un créancier pourra, à l'avenir, acheter une partie de la dette, même infime, ce qui lui donnera le droit d'être au comité de créanciers et potentiellement de proposer un projet de plan. Par ce projet, sa demande d'accès à l'information sera justifiée, même si l'intention de ce créancier, peut-être un concurrent, n'est pas de proposer un projet de plan, mais d'accéder à des informations stratégiques pour ensuite en tirer parti...

Comment va-t-on protéger l'entreprise de

ces créanciers rapaces ? La question reste ouverte. On connaît les mêmes dangers en matière d'offre de reprise : quand on recherche des candidats, on crée ce que nous appelons des *data room* dans lesquels sont mis à disposition des informations stratégiques sur l'entreprise. Mais là, la problématique est différente car, lorsque la situation de l'entreprise est trop dégradée et que la solution se porte sur la cession, il n'y a pas d'autre choix que d'ouvrir les livres de l'entreprise.

Dans le cas d'une entreprise qui peut présenter un projet de plan, et qui, à cette occasion va permettre à des concurrents hostiles d'examiner ses comptes, l'administrateur judiciaire pourra évidemment conditionner l'accès au *data room* à des engagements de confidentialité. Mais *a posteriori*, vérifier que telle information recueillie n'a pas été utilisée par le concurrent pour modifier ses propres offres pour toucher certains clients est totalement indémontrable. On pourra également protéger les informations les plus sensibles, en obligeant le créancier à fournir une lettre d'intention de reprise dans laquelle seront indiqués les principaux axes sociaux, économiques et financiers du projet. Mais il s'agit là de pratiques qui peuvent être contestées par le créancier, celles-ci n'étant pas inscrites dans la loi.

Ce rapport modifié entre créanciers et actionnaires ouvre de nouveaux dangers pour l'entreprise.

## Guilhem BREMOND

Pour ma part, je crains assez peu la position du créancier concurrent, puisque ceux qui peuvent présenter des offres, sont membres de l'un des deux comités de créanciers, à l'exclusion - ce qui est surprenant - des membres de l'assemblée générale

unique des obligataires. Il faut donc être créancier non obligataire. Or, dans le comité des établissements financiers, il n'y a pas de concurrents, sauf si une banque a cédé sa créance bancaire à un concurrent de l'entreprise, hypothèse peu probable. Quant au

comité des principaux fournisseurs, ceux-ci sont peu nombreux, parfois même inexistants ; il est extrêmement rare que parmi les fournisseurs, l'entreprise ait un concurrent direct. Il ne faut pas craindre cette hypothèse ni avoir peur de cette mesure. En réalité, ce que celle-ci indique, c'est que la sauvegarde n'est plus un sanctuaire dans lequel l'entreprise peut se mettre totalement à l'abri.

Et puis rappelons que l'on peut glisser de la sauvegarde au redressement judiciaire. Comme l'a dit Gaël COUTURIER, en redressement judiciaire les *data room* organisées pour permettre de recueillir des offres de cession concurrentes au plan du débiteur existent déjà et, en définitive, ce qui sera mis en place en vue d'élaborer des projets de plans par les créanciers, sera peu différent.

### Didier KLING

On a parlé de réforme inachevée et vous préparez Patrick ROSSI l'ordonnance suivante. Que comportera-t-elle ? Je n'évoque

pas le sujet de la cession forcée, mais si vous voulez en parler vous avez toute liberté pour le faire.

### Patrick ROSSI

Je savais que vous alliez me tendre cette perche que je ne vais pas saisir.

Tout d'abord, ce ne sera pas une ordonnance. Ensuite, pour le grand absent de la réforme qu'est le droit social, il n'y aura malheureusement pas encore d'harmonisation entre ce droit et celui des procédures collectives.

Autre sujet sur lequel nous allons être très vigilant, les discussions étant extrêmement dures, c'est celui des acteurs<sup>(4)</sup> : tribunaux de commerce et aussi administrateurs et mandataires judiciaires. Il faut d'ailleurs constater que la réforme de mars 2014 valorise beaucoup le rôle de ces mandataires de justice. La matière exige une grande technicité, comme les débats ont pu le montrer. Ce serait aller à contre-courant que de

remettre en cause le niveau d'excellence de ces professionnels en France.

En ce qui concerne le planning, vous le connaissez déjà. Le premier point, ce n'est pas un scoop, c'est la cession forcée des actionnaires. C'est un sujet qui pose des difficultés, je vous l'ai dit. Un projet doit être soumis au Parlement qui aura la responsabilité d'adopter un texte qui sera ensuite soumis au Conseil constitutionnel, soit immédiatement, soit sous la forme d'une question prioritaire de constitutionnalité. La Cour de justice de l'Union européenne aura certainement son mot à dire si les choses vont dans le sens possible que j'évoquais.

Quant aux autres dispositions, il n'y a que des pistes de travail. On a déjà évoqué la

4 - Dans le projet de loi dit Macron, les articles 231 à 233 ont trait à la spécialisation des tribunaux de commerce ; les articles 236 et 237 concernent les mandataires de justice.

question des créanciers. L'une des problématiques qui se pose, l'ordonnance n'ayant pu l'aborder, puisque ce n'était pas dans la loi d'habilitation, c'est celle des sûretés et du rang des créanciers. On vise précisément ici les garanties de nature fiduciaire qui font que dans l'actif d'une société en procé-

dure collective, il n'y a plus grand-chose à répartir collectivement. Ces questions pourraient revenir sur la table, ce n'est pas encore complètement arbitré. On ne sait pas non plus si ce sera sous forme de dispositions soumises au Parlement ou sous forme d'ordonnance.

## Didier KLING

Merci infiniment de ces indications mesurées. Je vous propose d'applaudir les intervenants de cette table ronde et de laisser la place à la suivante qui permettra de confronter notre droit à des législations

étrangères.

Cette table sera animée par Anne OUTIN-ADAM qui dirige dans cette maison les politiques législatives et juridiques.

## DEUXIÈME TABLE RONDE

### LA CONFRONTATION AVEC DES DROITS ÉTRANGERS : ANALYSE COMPARATIVE D'UN CAS PRATIQUE

*Modérateur : Anne OUTIN-ADAM*

Directeur des politiques législatives et juridiques  
à la CCI Paris Ile-de-France

51

#### *Intervenants :*

- ↪ Claudine ALEXANDRE-CASELLI, Responsable de l'OCED
- ↪ Patrick EHRET, Avocat - Schultze & Braun GmbH
- ↪ Jean-Philippe LEBEAU, Président du Tribunal de commerce du Hainaut
- ↪ Virginie MOLINIER, Avocate - M&B Avocats
- ↪ Paul OMAR, Professeur de droit à Nottingham Law School, Expert à la Banque mondiale
- ↪ Luciano PANZANI, Président de la Cour d'appel de Rome



Après tous ces beaux échanges, nous arrivons à un moment clé car, comme le disait en introduction Patrick ROSSI, nous ne pouvions faire l'impasse sur le droit comparé. Permettez-moi, tout d'abord, de vous présenter les participants de cette table ronde qui représentent cinq pays : l'Allemagne, l'Angleterre, la Belgique, l'Italie et l'Espagne. Nous avons voulu rassembler, d'un côté, des droits relevant de la tradition romano-germanique et, de l'autre, le droit britannique trait d'union entre les traditions de droit civil et celles du nouveau monde.

- ⇒ Tout d'abord, pour le droit allemand, Patrick EHRET, avocat inscrit en Allemagne et au barreau de Strasbourg. Il est très reconnu sur ces questions, il est également spécialiste en droit international et en droit de l'Union européenne.
- ⇒ Pour le droit anglais, Paul OMAR, professeur de droit de l'insolvabilité, professeur de droit international, professeur de droit comparé et, qui plus est, expert à la Banque mondiale. J'ai été très impressionnée quand j'ai découvert que vous aviez écrit plus de 200 articles et ouvrages en droit de l'insolvabilité.
- ⇒ Pour le droit belge, nous avons la chance d'avoir Jean-Philippe LEBEAU, Président du Tribunal de commerce du Hainaut et auteur de nombreuses publications en la matière.
- ⇒ Pour le droit espagnol, Virginie MOLINIER, avocate inscrite aux barreaux de Barcelone et de Paris. Elle est

spécialisée, parmi d'autres matières, en droit des sociétés, en restructuration de sociétés internationales et en droit de l'insolvabilité.

- ⇒ Et pour le droit italien, Luciano PANZANI, Président de la Cour d'appel de Rome qui nous fait l'honneur d'être parmi nous. Il est également enseignant dans diverses facultés italiennes, notamment à Rome et à Turin ; il est spécialisé notamment en droit commercial, en droit bancaire et en droit de la faillite.

Avec ce panel d'exception, nous allons rythmer la table ronde en deux temps.

Premier temps : à partir d'une méthodologie comparative que l'OCED s'est construite depuis plusieurs années, nos amis étrangers ont renseigné un questionnaire, qui comporte un certain nombre d'items que nous allons évoquer et comparer avec vous.

Dans un second temps, nous leur avons demandé de se livrer à un autre exercice, que nous avons déjà pratiqué dans le cadre des matinales de l'OCED. Nous leur avons soumis un cas pratique, celui-ci ayant été préparé avec l'aide d'un professionnel, en l'occurrence Gaël COUTURIER que nous remercions chaleureusement. Nous leur avons donné la solution française, celle qui devrait être retenue par nos juridictions et nous leur avons demandé quelle solution serait probablement retenue en application de leur droit.

## I - Le premier temps : le questionnaire

J'en viens donc au questionnaire. Les items envisagés concernent pour chaque pays : la loi applicable, ses finalités, les différentes procédures, les critères d'ouverture des

procédures, les entreprises concernées, les salariés et, bien entendu, la prévention. Je vais faire une présentation rapide de l'extrait du tableau<sup>(1)</sup> qui en a résulté, s'agis-

sant notamment de la loi applicable et des différentes procédures, pour faciliter la compréhension et le suivi des débats.

⇒ Presque toutes les législations ont été révisées depuis l'entrée dans la crise, sauf le droit anglais ; et c'est pour le droit italien que les réformes ont été les plus importantes en raison de l'ancienneté de leur loi (1942).

⇒ Quant aux procédures, exceptées pour le droit allemand pour lequel une seule procédure existe mais où diverses solutions sont possibles, on constate que

dans toutes les législations on retrouve : une liquidation, des accords de réorganisation et/ou des plans entre débiteurs et créanciers.

⇒ Et troisième point du constat pour le moment sommaire, une nouvelle place qui est faite à la prévention dans la plupart de ces législations.

Nous allons commencer par l'item « prévention ». Je me tourne vers Paul OMAR car le droit anglais ne reconnaît pas, en tant que tel, cette notion alors que certaines procédures semblent se situer en amont de la cessation des paiements.

## Paul OMAR

Si le droit anglais ne contient pas de procédure s'intitulant prévention, c'est que le concept de cessation des paiements n'existe pas. Aussi, toutes les procédures anglaises - l'administration, l'arrangement volontaire... - se situent-elles en amont.

L'entreprise doit prévoir les difficultés et la possibilité d'être en cessation des paiements.

On peut donc dire, au final, que toutes les procédures anglaises sont préventives.

## Anne OUTIN-ADAM

Je me tourne maintenant vers Patrick EHRET, au sujet du bouclier de protection né avec la loi de 2014.

Peut-être faut-il situer ce mécanisme dans le prolongement de la loi de 2009.

## Patrick EHRET

Comme la majorité d'entre vous le savent, nous n'avons pas de conciliation ou de mandat *ad hoc*, ni de procédure préventive. En amont de la procédure unique d'insolvabilité, le débiteur a seulement la possibilité de demander l'ouverture d'une procédure. Le législateur s'est donc demandé comment il pouvait améliorer la prévention dans la mesure où la loi allemande est répressive

pour ceux qui ne font pas de demande d'ouverture dans les trois semaines suivant l'état d'insolvabilité. Le législateur s'est tourné vers ce que nous appelons « la gestion directe », cette possibilité étant offerte au dirigeant dans le cadre du mécanisme du bouclier de protection. On peut ici faire le parallèle avec la sauvegarde et même, en pratique, avec la conciliation française.

---

1 - V. *infra*, Annexe.

Qu'est-ce que le bouclier de protection ? Lorsqu'un débiteur n'est pas encore insolvable<sup>(2)</sup>, il peut aller au tribunal pour faire une demande d'ouverture de procédure. En droit allemand, est prévue une période de trois mois pendant laquelle l'administrateur provisoire nommé a pour mission de vérifier que les actifs sont suffisants pour financer la procédure et que l'entreprise est insolvable, ce qui permet de faire bénéficier les salariés du fonds d'indemnisation<sup>(3)</sup> durant cette période transitoire. Le débiteur est ainsi incité à venir au plus tôt pour faire une demande d'ouverture. Et grande nouveauté de la loi, il peut choisir l'administrateur provisoire qui aura une mission de surveillance seulement. Le débiteur restera en « gestion directe », autrement dit il gardera la maîtrise de son entreprise et aura la possibilité d'élaborer un plan d'insolvabilité avant

l'ouverture de la procédure.

Ce nouvel outil de prévention dans le droit allemand ressemble à la sauvegarde dans la mesure où le débiteur choisit l'administrateur, où la demande est introduite avant l'insolvabilité et où cela peut déboucher sur un plan. Dans la pratique, il y a débat pour savoir si cette demande d'ouverture doit être rendue publique. Le débiteur peut donc pendant cette période transitoire négocier le cas échéant en toute confidentialité avec ses créanciers afin de trouver une solution. Si c'est le cas, l'entreprise va alors retirer sa demande d'ouverture de procédure, étant en mesure de dépasser les difficultés auxquelles elle est confrontée, d'où le rapprochement avec la conciliation. Les exemples de retrait de la demande d'ouverture restent cependant rares.

## Anne OUTIN-ADAM

C'est très intéressant ce parallèle avec la sauvegarde et la conciliation.

Maintenant, Jean-Philippe LEBEAU pouvez-

vous nous parler des chambres d'enquêtes commerciales. D'origine prétorienne, elles existent depuis les années 70 et sont de véritables précurseurs de la prévention.

## Jean-Philippe LEBEAU

Je vais m'efforcer d'être synthétique car il n'est jamais facile d'entrer dans un droit étranger. Si on part de ce que l'on pourrait appeler une zone blanche, où l'entreprise maintient sa continuité sans difficulté et si l'on chemine jusqu'à la zone noire qui est celle de sa liquidation forcée, voilà quel est le fil rouge suivi par la procédure en droit belge.

Quand une entreprise commence à connaître des difficultés, elle est en princi-

pe détectée par la chambre d'enquêtes sur la base d'un système de clignotants, c'est-à-dire de toute manifestation de difficultés auxquelles l'entreprise est confrontée. Elle est convoquée devant la chambre d'enquêtes, et un dialogue s'instaure avec des juges enquêteurs qui sont consulaires<sup>(4)</sup>. Dans la mesure du possible, le juge orientera l'entreprise vers la réorganisation ; sinon, l'affaire sera dirigée vers le parquet à qui il appartient de citer en faillite ou en liquidation judiciaire. Ici, nous

2 - Pour ce faire, une attestation doit être établie par un professionnel.

3 - NDRL : équivalent de l'AGS.

4 - En Belgique, les tribunaux de commerce connaissent l'échevinage.

sommes en zone grise : les difficultés sont mises en lumière par les chambres d'enquêtes.

Continuons le fil rouge. Quand l'entreprise en difficulté fait le choix de se réorganiser, elle se présente le plus souvent devant le « portail » d'entrée dans la réorganisation judiciaire. Cette dernière, au vu des débats précédents, correspond à la fois à la sauvegarde et au redressement judiciaire. Trois directions sont alors possibles. La première correspond à la procédure de réorganisation par accord amiable. Sous la protection du sursis<sup>(5)</sup>, six mois en principe, le débiteur va rechercher un accord avec ses créanciers, avec éventuellement l'aide d'un média-

teur d'entreprise ou d'un administrateur provisoire. La deuxième a trait à la procédure de réorganisation par accord collectif au cours de laquelle le débiteur soumet un plan à ses créanciers, ces derniers votant à la majorité, en nombre et en montant. Troisième procédure qui est offerte au débiteur, celle de la réorganisation par transfert d'entreprise<sup>(6)</sup> sous autorité de justice dans laquelle un mandataire judiciaire est chargé de trouver des candidats à la reprise.

Si la réorganisation s'est bien déroulée, l'entreprise sort de ses difficultés. Si tel n'est pas le cas, elle entre dans le régime de la liquidation forcée que vous connaissez sous une autre appellation.

## Anne OUTIN-ADAM

Merci beaucoup, c'est très clair.

Virginie MOLINIER, vous avez beaucoup écrit sur le sujet et j'aimerais avoir votre

point de vue sur l'introduction de la prévention en Espagne qui est rattachée, par de nombreux commentateurs, à la pression de la crise.

## Virginie MOLINIER

En Espagne, la loi sur les procédures collectives est relativement récente : elle date de 2003 et son objectif est d'apporter une structure aux procédures collectives, celles-ci étant auparavant mal régulées par une loi de 1922. Après l'explosion de la crise économique en 2008, il est très vite apparu que cette loi était « défailante » sur de nombreux points dont la prévention. Favoriser les accords de refinancement des entreprises avant qu'elles ne se retrouvent en situation d'insolvabilité est alors devenu un enjeu d'importance. Cela a été l'objet d'une loi de 2009 ; évidemment avant cette loi, les accords de refinancement se prati-

quaient déjà mais essentiellement pour les grandes entreprises, les petites n'ayant pas les moyens de négocier avec leurs créanciers et de faire face aux frais que cela représente. Un premier cadre juridique a donc été donné à la prévention : l'entreprise s'organise avec ses créanciers afin de parvenir à un accord, l'intervention d'un mandataire de justice, d'un administrateur ou d'un médiateur n'étant pas obligatoire. Elle peut ensuite communiquer au tribunal l'accord, ce qui produit un effet paralysant à l'encontre d'éventuelles actions en justice. De même, cela aura un effet protecteur pour les dirigeants qui ne pourront être accusés de ne

5 - NDLR : équivalent de la période d'observation en France.

6 - NDLR : équivalent du plan de cession.

pas avoir demandé l'ouverture d'une procédure collective pendant la période où ils ont négocié un accord de refinancement.

Ce premier cadre légal a été complété, mais de manière insatisfaisante selon l'avis de nombreux praticiens espagnols, par une loi de 2013 qui a introduit une figure extérieure à l'entreprise - un médiateur désigné par l'équivalent du greffe du tribunal de commerce français -, permettant ainsi d'aboutir plus facilement à un accord extra judiciaire

avec les créanciers. Par cet accord, l'entreprise va essayer d'éviter une procédure collective. La pratique a salué cette institution mais en a déploré les limites - on le verra dans le cas pratique - car elle n'est ouverte qu'aux entreprises dont l'actif est limité à 5 millions d'euros et dont le nombre des créanciers est inférieur à 50.

En résumé, une prévention qui se développe, améliorée de nouveau en 2014, mais qui reste insuffisamment complète.

### Anne OUTIN-ADAM

Avant de voir les critères d'ouverture, il me semble nécessaire que l'on aborde maintenant les finalités des législations analysées. On en a déjà parlé et on a montré comment celles-ci se focalisent autour d'un triptyque : désintéressement des créanciers, redressement de l'entreprise et

maintien de l'emploi. Il est intéressant de comprendre comment chacune des lois s'y retrouve.

Je laisse la parole à Luciano PANZANI pour nous parler des finalités de la législation italienne.

### Luciano PANZANI

S'il est vrai que la loi italienne date de 1942, celle-ci a été tellement modifiée depuis 2005-2006 que l'on a affaire aujourd'hui à une législation nouvelle ; il n'y a plus de droit de la faillite au sens ancien.

En dehors de la liquidation judiciaire dont il ne sera pas question ici, trois procédures différentes existent dans la loi italienne. Pour chacune, les finalités sont les mêmes : la conservation de l'entreprise, la prévention et la protection des intérêts des créan-

ciers. Dans chacune des procédures, l'entreprise en situation de crise peut présenter un plan et peut même le faire avant l'état d'insolvabilité ; anticiper permet d'éviter de détruire de la richesse. Le débiteur peut proposer aux créanciers toutes sortes de solutions comme par exemple la transformation de la dette en capital. Il y a toujours une certification du plan par un expert indépendant nommé par le débiteur qui doit ainsi vérifier si le plan peut satisfaire les créanciers d'une façon meilleure qu'en liquidation.

### Anne OUTIN-ADAM

Paul OMAR , quelle est la priorisation en droit anglais ?

## Paul OMAR

C'est assez difficile à dire. Pour la liquidation, on dit en anglais *game over*, c'est la fin du jeu. Pour le CVA ou le *scheme of arrangement*, c'est la restructuration des dettes qui est privilégiée et par conséquent le redressement de l'entreprise. La loi ne le dit pas expressément mais c'est l'effet des procédures. À l'inverse pour l'administration, la loi prévoit clairement trois priorités : premièrement, le redressement de l'entreprise ; deuxièmement, le produit

de la procédure doit être supérieur à ce que l'on pourrait attendre en liquidation ; troisièmement, les créanciers munis de sûretés doivent être désintéressés. Ceci explique l'évolution actuelle des *prepacks*<sup>(7)</sup> en Angleterre .

En définitive, la loi privilégie le désintéressement des créanciers et le redressement des entreprises. La sauvegarde de l'emploi ne fait pas partie de notre système.

## Anne OUTIN-ADAM

Même exercice, Jean-Philippe LEBEAU.

## Jean-Philippe LEBEAU

La loi sur la continuité des entreprises est claire. Elle a pour but de préserver la continuité de tout ou partie de l'entreprise sous l'autorité ou, plus exactement, sous la surveillance du juge. Il s'agit de l'entreprise, notion socio-économique et non de la personne physique ou de la personne morale qui exploite l'entreprise.

Les créanciers sont-ils protégés ? Ils le sont forcément dans la réorganisation par accord amiable. Dans la réorganisation par accord collectif, le plan est soumis au vote des créanciers ; là encore, ils sont en pre-

mière ligne, même s'il y a moyen de les manipuler en dehors de tout comité de créanciers. Mais parmi ceux-ci, les créanciers institutionnels sont difficilement manipulables. On peut dire que dans la loi belge, il existe une sorte d'équilibre dans le couple formé par l'entité socio-économique et les créanciers.

Les associés ne font pas partie du paysage. En revanche, la question anticoncurrentielle en réorganisation judiciaire a suscité de nombreux débats, certains secteurs économiques s'étant plaints de cette concurrence déloyale.

## Anne OUTIN-ADAM

Virginie MOLINIER, à votre tour.

---

7 - Actuellement, 60 % des administrations sont du genre *prepack*.

## Virginie MOLINIER

Avant la loi de 2003, les créanciers n'étaient absolument pas protégés en Espagne. Des dirigeants négligents ou malhonnêtes pouvaient disparaître sans régler leurs dettes. Face à l'aggravation de la crise économique et, partant du constat que 95 % des procédures collectives se terminent par une liquidation judiciaire, le législateur a clairement orienté la loi vers une protection, toujours plus grande au fil des réformes, des

créanciers. Le balancier est donc passé de la protection de l'entreprise à celle des créanciers. Pour reprendre les propos de Jean-Marc DANIEL, on a pensé à sauver l'entreprise mais pas l'esprit entrepreneurial. En effet, la loi espagnole est très dure envers les dirigeants qui ont eu la malchance de faire des erreurs et qui n'ont pu sauver leur entreprise.

## Anne OUTIN-ADAM

Maintenant à notre ami Patrick EHRET.

## Patrick EHRET

La loi dit clairement dans son premier article que la procédure est destinée à désintéresser les créanciers de manière collective par le biais de la réalisation du patrimoine de l'entreprise et de la répartition du produit, ou, de manière alternative, en concluant un accord de règlement dans le cadre d'un plan d'insolvabilité en vue de la sauvegarde de l'entreprise. On a, d'une part, la réalisation, en fait la liquidation et, d'autre part, la sauvegarde de l'entreprise par un plan d'insolvabilité. Ce sont les créanciers qui décident du sort de l'entreprise,

soit réunis en comités soit, pour les dossiers plus petits, en assemblée de créanciers organisée par le tribunal. Dans la grande majorité des procédures collectives, c'est la cession de l'entreprise qui prévaut car les créanciers ont tout intérêt à ce que l'entreprise soit vendue pour maximiser le produit.

On peut aussi ajouter qu'en droit allemand, les créanciers peuvent, depuis 2012, se prononcer sur le choix de l'administrateur dans les très grandes procédures.

## Anne OUTIN-ADAM

Avant de passer au cas pratique, nous allons évoquer un troisième et dernier item, celui des critères d'ouverture des procédures. On a pu constater en la matière un grand nombre d'évolutions au cours des dernières années. En l'occurrence, je me tourne vers

nos amis belge et allemand chez qui les dispositifs, sont quelque peu opposés. D'un côté pour la Belgique, on relève une variabilité en fonction de la procédure alors que pour l'Allemagne, au contraire on a trois critères pour une même procédure. Jean-

Philippe LEBEAU et Patrick EHRET, quelques mots rapides à ce propos.

Je souhaiterais ensuite que nous dévelop-

pions davantage avec Luciano PANZANI, Paul OMAR et à nouveau Patrick EHRET sur l'introduction du *best interest test*, révélateur de l'intérêt des créanciers.

### Jean-Philippe LEBEAU

Avec la loi sur la continuité des entreprises, le législateur e eu pour objectif de populariser une loi de réorganisation. Auparavant, nous ne disposions pas d'un tel système et nous regardions avec envie le redressement à la française et le *chapter 11* introduit en France en 2005. Nous étions en retard avec notre loi sur le concordat judiciaire, qui, durant sa dernière année d'existence, a comptabilisé 79 affaires ! Aujourd'hui, sous l'empire de la nouvelle loi, ce sont 1 500 procédures par an qui sont ouvertes.

Il était nécessaire que les milieux économiques se rendent compte de la possibilité, pour une entreprise confrontée à des difficultés, de se réorganiser à travers des procédures judiciaires. D'où un seuil fixé extrêmement bas qui a déjà fait l'objet d'une correction en 2013.

Les instruments offerts au débiteur sont multiples. Lorsque l'entreprise est en difficulté, elle doit faire le choix de la procédure qui lui conviendra le mieux pour se réorganiser.

### Patrick EHRET

Il existe trois critères d'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

Le premier, le plus classique, c'est l'insolvabilité : c'est le fait de ne pas être en mesure de régler ses dettes exigibles avec les actifs disponibles, ce qui est présumé lorsque le débiteur est en cessation des paiements. Le second correspond au surendettement, les biens du débiteur ne suffisant plus à couvrir les dettes. Le créancier comme le débiteur peuvent demander l'ouverture de la procédure sur la base de ce

critère. Mais en 2009, le législateur allemand a régleménté de manière plus stricte ce critère de surendettement, mis en place de manière provisoire au plus fort de la crise économique. En effet, pour qu'il s'applique encore faut-il que le débiteur n'ait plus de liquidités pour les 18 mois à venir. Le Troisième critère, c'est l'insolvabilité imminente, lorsque le débiteur n'est pas en mesure d'honorer ses dettes à leur date d'exigibilité. Seul le débiteur peut demander l'ouverture d'une procédure sur la base de ce troisième critère et, en particulier, le bouclier de protection.

### Anne OUTIN-ADAM

En ce qui concerne le *best interest test*, j'ai remarqué que nos amis anglais et italien en ont déjà parlé.

C'est intéressant et d'autant plus révélateur que la recommandation européenne nous dirige vers cette voie.

## Paul OMAR

Avant de parler du *best interest test*, il faut rappeler qu'en Angleterre, on a presque supprimé le rôle du tribunal dans les procédures collectives. Tout se passe entre le praticien et les créanciers, le débiteur ne faisant que subir la procédure. Il y

a donc un échange entre le praticien, le créancier financier et aussi le cas échéant le tiers repreneur. Depuis 2008-2009, le droit anglais s'est réorienté vers l'intérêt des créanciers, mais en utilisant une définition restrictive.

## Luciano PANZANI

Pour l'Italie, c'est différent car c'est le juge qui décide. Lorsqu'une partie des créanciers n'approuve pas le plan, ceux-ci peuvent demander au juge de vérifier si la solution sous tendue par le plan leur est plus favorable que la liquidation judiciaire. Du point de vue théorique, on peut penser qu'en cas de continuation de l'activité de l'entreprise, la solution est plus favorable. Du point de vue pratique, la difficulté provient

du fait que chaque affaire est différente.

En Italie, on parle de plus en plus d'abus de procédure collective ; lorsqu'un plan pas très bon est arrêté, les créanciers le votent malgré tout parce qu'ils pensent que la solution est la meilleure, mais il aurait sans doute été préférable d'aller directement à la liquidation judiciaire. Il y aurait beaucoup à dire sur ce point.

## Anne OUTIN-ADAM

Ce premier temps mériterait à lui seul une matinée entière.

Maintenant deuxième temps : Claudine

ALEXANDRE-CASELLI va présenter le cas pratique, qui a été soumis à chacun de nos intervenants étrangers, afin qu'ils nous donnent la solution tirée de leur droit.

## Claudine ALEXANDRE-CASELLI

### 1 – Présentation du groupe et de ses difficultés<sup>(1)</sup>

Depuis sa création en 1967, la société LORIENT TECHNICS, dont le siège social est situé à Lorient, élabore, produit et commercialise des équipements pour les bateaux à destination des constructeurs de bateaux de plaisance. Disposant de son propre centre de recherche, la société a développé des produits permettant un gain de poids de l'ordre de 20 % par rapport à ceux de ses concurrents, sans que leur solidité et leur durabilité en soient affectées.

Grâce à ses produits innovants, la société a bénéficié d'une croissance de son activité soutenue qui lui a permis de devenir leader sur son marché. Forts de ces résultats, les actionnaires de la société LORIENT TECHNICS ont initié un nouveau plan d'affaires en 2009 visant à étendre l'activité aux bateaux de course au large. Un nouvel établissement a donc été créé à La Rochelle pour développer des produits spécifiques à destination des écuries de course.

La même année, la société SEA TECHNICS a été constituée pour l'acquisition des actions de la société LORIENT TECHNICS au prix de 16 millions d'euros et son siège social fixé à Brest.

Le prix d'acquisition a été réglé par la société SEA TECHNICS, via les financements suivants :

- ↳ un prêt de la banque PACIFIC d'un montant de 4 millions d'euros ;
- ↳ un prêt de la banque MEDITERRANÉE

d'un montant de 4 millions d'euros ;

- ↳ un emprunt obligataire de 8 millions d'euros souscrit par :
  - ↳ le fond AVENIR II à hauteur de 2 millions d'euros ;
  - ↳ Monsieur LE GUENNEC, fondateur de LORIENT TECHNICS, à hauteur de 6 millions d'euros.

À partir de 2012, la société LORIENT TECHNICS s'est heurtée à un ralentissement significatif de son activité en raison d'une dégradation du marché du nautisme de plaisance, mais également de la réduction significative des budgets des écuries de course au large.

Au 31 décembre 2013, le chiffre d'affaires de la société LORIENT TECHNICS s'élevait ainsi à 9,5 millions d'euros et le résultat d'exploitation à 980 000 euros. Elle employait 48 salariés, dont 10 au sein de son établissement de LA ROCHELLE. Malgré les efforts du management, la situation du marché n'a pas permis de restaurer la rentabilité de l'entreprise, le principal foyer de pertes résidant dans l'activité dédiée à l'équipement de bateaux de course au large.

Au début de l'année 2014, il est apparu que la société SEA TECHNICS ne serait pas en mesure d'honorer la prochaine échéance de sa dette obligataire. Le management a alors engagé des discussions avec les créanciers obligataires mais le fond AVENIR II s'est déclaré défavorable à un report de la pro-

8 - NDRL : Il s'agit d'une affaire fictive imaginée par Gaël COUTURIER, intervenant de la première table ronde.

chaîne échéance de la dette obligataire.

Par ailleurs, les prévisions de trésorerie de la société LORIENT TECHNICS révèlent

que celle-ci se heurterait à la fin du premier semestre 2014 à une impasse de trésorerie, compte tenu des pertes liées à son établissement de La Rochelle.

## 2 – La restructuration du groupe

Le management de la société SEA TECHNICS a demandé au président du Tribunal de commerce de Brest la désignation d'un mandataire *ad hoc* pour engager des discussions avec les créanciers bancaires et obligataires afin de convenir des termes d'un accord de restructuration portant sur l'endettement financier de la société.

Parallèlement, la société LORIENT TECHNICS a demandé à ce Tribunal l'ouverture d'une procédure de sauvegarde et la désignation du même administrateur judiciaire.

Un nouveau *business plan* a été élaboré par le management prévoyant notamment la cession de la branche d'activité dédiée aux bateaux de course au large et un étalement des créances fournisseurs et des créances publiques déclarées au passif de la procédure de sauvegarde. Une recherche de repreneur a donc été engagée pendant la période d'observation : un concurrent étranger s'est porté candidat à la reprise de l'établissement de La Rochelle afin de disposer d'une capacité de production en Europe. Un projet de plan de sauvegarde a été élaboré prévoyant un remboursement de 100 % de son passif sur quatre ans et la cession de sa branche d'activité pour 50 000 euros. Le plan de sauvegarde a été arrêté par le Tribunal de commerce de Lorient trois mois après l'ouverture de la procédure.

Sur la base du *business plan* et du projet de plan de sauvegarde de la société LORIENT

TECHNICS, le mandataire *ad hoc* a poursuivi les discussions avec les créanciers bancaires et obligataires de la société SEA TECHNICS. Ne pouvant obtenir l'accord du fond AVENIR II sur le projet d'accord amiable accepté par les autres créanciers financiers, la société SEA TECHNICS a demandé l'ouverture d'une conciliation après l'arrêté du plan de sauvegarde de la société LORIENT TECHNICS. Se heurtant à l'opposition définitive du fond AVENIR II, la société SEA TECHNICS a demandé l'ouverture d'une sauvegarde financière accélérée (SFA) sur la base du projet d'accord amiable auquel a adhéré la majorité des créanciers financiers. Dans le cadre de cette procédure, le comité des établissements de crédits et des créanciers assimilés a approuvé à l'unanimité le projet de plan présenté. L'assemblée unique des obligataires l'a ensuite adopté à une majorité de 75 % du montant des créances obligataires. Dans le mois suivant l'ouverture de la procédure, le Tribunal de commerce de Lorient a arrêté le plan de sauvegarde accélérée.

La restructuration du groupe SEA TECHNICS a ainsi été opérée en un peu plus de cinq mois dans le cadre de procédures préventives prévues par le droit français, via deux Tribunaux de commerce et la désignation du même administrateur judiciaire.

Et maintenant, quelles solutions seraient admises en droits italien, anglais, allemand, espagnol et belge ?

### Luciano PANZANI

Pour la loi italienne, les deux sociétés indiquées dans le cas pratique se trouvent en situation de crise, seules des échéances futures ne seront pas payées. Les sociétés

pourront recourir soit au concordat préventif soit aux accords de restructuration, procédures qui ne demandent pas que l'entreprise soit en état d'insolvabilité.

La société SEA TECHNICHS n'a pas un grand nombre de créanciers et s'il apparaît que la majorité de ceux-ci est d'accord avec le plan proposé, alors l'accord de restructuration constituera un bon moyen pour résoudre la crise. Dans ce cas, il est nécessaire que la société puisse payer régulièrement le créancier récalcitrant. Le fondateur devra accepter quelques sacrifices. Néanmoins, si on anticipe que les créanciers n'accepteront pas, l'entreprise doit recourir à un concordat préventif. Tous les créanciers seront alors appelés à voter le plan dans la période des six mois prévue par la loi.

Pour la société LORIENT TECHNICHS, c'est la procédure du concordat préventif qui doit être privilégiée. Le projet de plan élaboré par la société qui prévoit un remboursement de 100 % de son passif en quatre ans et la cession de la branche d'activité d'équipement de bateaux de course au

large sera arrêté par un tribunal italien après le vote favorable des créanciers. Après l'homologation du plan, le tribunal devra nommer un liquidateur pour mener à bien la cession de la branche d'activité<sup>(9)</sup>. Mais, si un contrat de bail commercial assorti d'un droit de préemption pour le locataire est autorisé en cours de procédure, le liquidateur pourra vendre tout de suite la branche d'activité.

Le droit italien ne connaît pas de règles spécifiques pour les groupes d'entreprises, excepté dans le cadre de la procédure d'administration extraordinaire. Néanmoins, dans la pratique, un administrateur unique est nommé quand les procédures se déroulent sous la juridiction du même tribunal. En cas de tribunaux différents, aucune règle ne le prévoit, mais le bon sens porte généralement à la même conclusion.

## Paul OMAR

Si on se situait plus en amont des difficultés, un *scheme of arrangements* serait possible pour rééchelonner la dette moyennant la restructuration interne (*workout*) de la filiale. Comme le risque de cessation de paiements est prévisible et très proche, il est préférable d'ouvrir une administration du type *prepack* afin de vendre les biens<sup>(10)</sup> « performants », ce qui permettra éventuellement de désintéresser une partie substantielle des dettes de la filiale, l'activité non-rentable étant alors liquidée (ou vendue, si c'est possible, à un repreneur), avec abandon d'une partie des prêts à la société mère. Le sort des salariés dépendra de la volonté du repreneur de maintenir le capital humain et le savoir-faire de l'entreprise.

Un CVA - arrangement sociétaire volontaire - pourrait également être retenu à condition que la direction de l'entreprise soit en mesure d'élaborer un plan pour désintéresser les créanciers à moyen terme. Le plan serait alors approuvé par 75 % en valeur des créances (PACIFIC et MÉDITERRANÉE totalisant 80 % des créances, même si le fond AVENIR II est opposé au plan, le créateur ne vote pas). Dans ce cas, le groupe pourrait faire l'objet d'un plan global. Dans les faits, le recours à cette procédure est rare et ne concerne que les très grandes opérations de redressement (comme COLLINS & AIKMAN ou ROVER ...).

9 - Avec une procédure compétitive selon les règles de la procédure de liquidation italienne.

10 - NDLR - Par biens, il faut comprendre entreprise.

## Patrick EHRET

Pour la société holding, si l'emprunt obligatoire était soumis au droit allemand, on aurait la possibilité de le restructurer sur la base de la loi de 2009, à condition que la restructuration soit prévue dans l'emprunt lui-même avec une majorité de 75 % ; on pourrait alors changer les modalités de remboursement, sachant que les banques sont d'accord pour trouver une solution. Un professionnel de l'insolvabilité serait nommé afin d'accompagner les parties pour mener à bien les discussions et trouver une solution. Si en revanche, l'emprunt obligatoire n'entre pas dans le cadre de la loi de 2009 ou est soumis à un droit étranger, on passerait alors par le bouclier de protection au niveau de la holding pour pouvoir, dans le cadre d'un plan, imposer une solution à la minorité. En droit allemand, le plan est un outil extrêmement flexible : c'est le débiteur ou l'administrateur qui le propose à la

demande des créanciers et dans cette hypothèse, il est possible de créer des groupes de créanciers. L'adoption du plan se fait à la majorité (50 %) en nombre de voix et en montant des créances. Lorsqu'un groupe n'approuve pas le plan, on peut passer outre si la majorité des classes a approuvé le plan et si pour la minorité, le *best interest test* est respecté selon l'appréciation du Tribunal. Ces modalités pourraient, à mon sens, inspirer le législateur français, ce qui permettrait ainsi d'apporter un peu plus de flexibilité au fonctionnement des comités de créanciers.

Pour la société opérationnelle, je rejoins Paul OMAR : en pratique, on vendrait, ce serait donc un plan de cession. On pourrait aussi mettre en œuvre la solution française, via un plan de cession d'une partie de l'entreprise et un étalement de la dette.

## Virginie MOLINIER

En Espagne, l'unique solution possible serait, selon moi, un accord de refinancement et de cession. Comme je l'ai déjà évoqué précédemment, pour mener à bien ce type d'accord, l'entreprise ne fait pas obligatoirement appel à un professionnel extérieur qui pourrait servir de médiateur entre les intérêts des créanciers et ceux des dirigeants. Néanmoins, s'agissant d'un groupe, les deux sociétés pourraient demander la désignation d'un même expert indépendant qui devrait alors élaborer un plan de viabilité pour les deux entreprises. Elles pourraient, même si cela ne s'impose pas, informer le greffe du tribunal de commerce de l'initiation des négociations afin de disposer d'un délai de trois mois pendant lequel aucune ouverture de procédure collective ne pourrait être demandée par un créancier et où il ne pourrait être reproché aux dirigeants de

ne pas avoir sollicité cette ouverture.

L'accord devrait être accepté par une majorité des créanciers représentant au moins 60 % du passif de l'entreprise. Cet accord devrait être homologué par le tribunal de commerce pour être opposable aux tiers. Cette solution est intéressante pour les créanciers dans la mesure où le financement obtenu bénéficie du privilège de *new money* qui sera considéré comme un crédit contre la masse pour la moitié de son montant et comme un crédit bénéficiant d'un privilège général pour le restant.

À noter que ces accords de refinancement ne peuvent faire l'objet d'actions en annulation, notamment comme actes rompant l'égalité entre les créanciers pendant la période suspecte, dans l'hypothèse où une procédure collective postérieure serait ouverte.

## Jean-Philippe LEBEAU

Les instruments qui sont mis en œuvre dans la loi belge sont proches de ceux utilisés à partir de la loi française. Peut-être, pourrait-on pour la branche d'activité installée à La Rochelle faire un transfert sous autorité de justice, ce qui permettrait à tout le moins de purger les garanties qui s'attachent aux biens du débiteur. L'ensemble des

salariés ne serait pas repris, moyennant quelques règles à respecter.

Pour terminer, pour tous ceux qui font de l'insolvabilité il est impressionnant de voir combien les droits nationaux sont en train de converger vers les mêmes solutions. C'est ce que je retiens de notre panel.

## Anne OUTIN-ADAM

On va rester sur cette conclusion.



## TROISIÈME TABLE RONDE

### LE DROIT EUROPÉEN : DE LA RÉVISION DU RÈGLEMENT EUROPÉEN À L'HARMONISATION

*Modérateur : Jean-Luc VALLENS*

Magistrat, professeur associé à l'Université de Strasbourg

*Intervenants :*

- ↪ Reinhard DAMMANN, Avocat Clifford Chance
- ↪ Anne-Cécile SOULARD, Adjointe au chef du Bureau du droit de l'économie des entreprises, DACS, Ministère de la justice
- ↪ Christophe THEVENOT, Administrateur judiciaire

J'ai le privilège d'animer cette table ronde en remplacement de dernière minute du Professeur Michel MENJUCQ ; vous ne profiterez donc pas de son pilotage. Consacrée au droit communautaire, cette table ronde est sous-titrée « de la révision du règlement à l'harmonisation ». Elle s'articule bien avec la précédente dédiée aux différences et aux convergences de plusieurs droits de notre continent.

Je vous présente les personnes qui ont accepté d'y participer :

- ⇒ Anne-Cécile SOULARD est magistrat au Ministère de la justice et adjointe de Patrick ROSSI que vous avez entendu en début de matinée. Elle a été l'expert du Gouvernement français auprès de la Commission européenne dans les négociations au niveau des États membres, pour la révision du règlement communautaire.
- ⇒ Reinhard DAMMANN, avocat chez Clifford Chance à Paris, a été membre de la Commission d'experts précédant la phase de négociation politique autour de la révision du règlement communautaire. Parmi ses nombreuses activités, il faut noter ses multiples écrits sur tous les aspects des procédures collectives ; il est également enseignant.
- ⇒ Christophe THEVENOT, administrateur judiciaire, est fortement impliqué dans les mécanismes de prévention des diffi-

cultés des entreprises. Il est aujourd'hui président d'honneur de l'ASPAJ et également enseignant à HEC.

Nous allons centrer nos propos sur les aspects essentiels de ce règlement dans sa phase de révision<sup>(1)</sup>. En juin dernier, le Parlement européen et la Commission européenne ont adopté un texte d'un commun accord. La procédure est pratiquement achevée<sup>(2)</sup> et un nouveau texte a été finalisé début septembre 2014, mais il n'est pas encore validé. Ce que nous allons en dire devra donc être à pris avec un peu de recul puisqu'il peut encore y avoir des modifications, même si celles-ci se feront vraisemblablement à la marge.

Avec le Professeur MENJUCQ, nous avons identifié quelques thèmes et je vais m'efforcer de suivre le fil conducteur que nous nous sommes fixé. Tout d'abord les frontières du règlement communautaire, c'est-à-dire son périmètre. La table ronde sur les législations nationales a bien montré que nous avons une grande variété de lois. L'une des pistes de mutation du droit de l'insolvabilité mais aussi de convergence des droits nationaux, est à rechercher du côté des procédures de pré-insolvabilité. Aussi, la première question que je vais poser à Anne-Cécile SOULARD, a trait au champ d'application du règlement communautaire, notamment au regard de ces procédures.

---

1 - NDLR - Depuis la tenue du colloque, le texte définitif du règlement révisé a été publié au JOUE le 5 juin 2015 (UE, n°848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité).

2 - Selon l'article 92, "le présent règlement entre en vigueur le vingtième jours suivant celui de sa publication au JOUE. Il est ainsi applicable à partir du 26 juin 2017 à l'exception de :

- a) l'article 86, qui est applicable à partir du 26 juin 2016 ;
- b) l'article 24, paragraphe 1, qui est applicable à partir du 26 juin 2018 (registres nationaux) ;
- c) l'article 25, qui est applicable à partir du 26 juin 2019 (interconnexion des registres).

## Anne-Cécile SOULARD

Comme Monsieur VALLENS vient de le dire, je vais vous parler d'un texte qui n'est pas complètement figé. Le processus a démarré par une proposition de révision de la Commission en décembre 2012. Le dernier texte diffusé aux gouvernements nationaux qui présente quelques légères modifications par rapport au texte publié en juin dernier, devrait être présenté à la fin de l'année 2014 au Conseil justice et affaires intérieures.

Pour les procédures de pré-insolvabilité, la Commission avait affirmé dès sa proposition de décembre 2012 qu'elle voulait les inclure dans le règlement européen tout en précisant dans la présentation de sa proposition, mais pas dans le corps du règlement révisé, qu'elle n'entendait pas inclure les procédures confidentielles dans le champ d'application. Quand les travaux de négociation ont débuté, on savait donc que la conciliation qui ne correspond pas à la définition de l'article 1<sup>er</sup>, ne pouvait être incluse dans ces procédures. Or, contre toute attente, les espagnols ont demandé l'inclusion de l'une de

leurs procédures proche d'une forme de procédure de pré-insolvabilité avec une suspension des poursuites qui pourrait ressembler à une conciliation sans lui correspondre tout à fait. La délégation française a, en tout état de cause, réagi pour demander que soit inscrit expressément dans l'article 1<sup>er</sup> du règlement portant sur le champ d'application, le terme « public ». Ainsi, dans le texte tel qu'il va être discuté lors du prochain conseil, cet article indique expressément que le règlement ne s'applique qu'aux procédures publiques. C'est d'ailleurs tout à fait cohérent avec la création des registres d'insolvabilité nationaux interconnectés qui seront accessibles à tous.

Pour répondre à votre question, la conciliation n'entrera donc pas dans le champ d'application du règlement révisé. En revanche, les autres procédures françaises qui interviennent à un stade de pré-insolvabilité le pourront. C'est le cas de la sauvegarde, de la sauvegarde accélérée et de la sauvegarde financière accélérée.

## Jean-Luc VALLENS

Merci de ces précisions. Cela confirme les limites relatives aux procédures concernées par le règlement communautaire. Il reste à souhaiter que dans l'annexe A où figureront les procédures pour chacun des pays, ne soient pas intégrées des procédures qui seraient proches de procédures confidentielles, les États conservant la maîtrise de l'indication des procédures qu'ils entendent soumettre au champ d'application du règlement communautaire. La « dérive » vers les procédures confidentielles a donc été évitée et cela se traduit bien dans les considérants du futur règlement où est mentionnée clairement la nécessité d'une procédure

publique. Cela n'efface en rien le risque futur de voir reconnaître des procédures étrangères qui ne répondraient pas ou pas tout à fait à la définition.

Je me tourne vers Reinhard DAMMANN pour lui demander quelques mots sur le champ d'application territorial du règlement. Comme vous le savez, il a vocation à s'appliquer aux aspects intra-communautaires, comme la reconnaissance des procédures dans un autre État membre, l'exécution des décisions prises dans une procédure arrêtée dans un autre État membre ou la

réglementation consacrée aux relations entre les États de l'Union européenne. C'est un effet volontairement limité.

Or la Cour de justice s'est prononcée en janvier 2014, de manière surprenante, sur une application extensive du règlement communautaire.

## Reinhard DAMMANN

Dans l'affaire SCHMID<sup>(3)</sup>, le syndic allemand a essayé de récupérer des actifs transférés en Suisse peu avant l'ouverture de la procédure principale allemande. Il a ainsi intenté une action révocatoire de droit allemand qui peut s'analyser comme une action en nullité (équivalent de la période suspecte en droit français). Le transfert des actifs en Suisse a constitué le seul élément d'extranéité dans cette procédure allemande. S'est donc posée la question de la compétence juridictionnelle : le liquidateur allemand doit-il aller en Suisse pour intenter l'action, en application de son droit international privé parce que l'Allemagne ignore la règle du regroupement de l'ensemble des procédures d'un groupe auprès du tribunal d'ouverture de la procédure principale ? Contrairement au droit français où on essaie de centraliser l'ensemble des procédures, le droit allemand considère que ces actions sont régies par le droit commun. Si on applique le règlement communautaire, ce que la Cour de justice, de manière surprenante, a considéré qu'il fallait faire, cela signifie que l'on va lui reconnaître un effet extraterritorial au-delà des frontières de l'Union européenne. Jusque-là, la doctrine avait considéré que le règlement ne s'appliquait qu'à l'intérieur de l'Union européenne, exception faite du Danemark, de Gibraltar et des îles anglo-normandes. Maintenant, on a une application extraterritoriale du règlement au regard de l'ensemble des pays tiers comme la Suisse, les États-Unis ou le Canada... On peut s'interroger sur les consé-

quences pratiques de cette jurisprudence qui permet, en l'occurrence au tribunal allemand, d'appliquer le règlement communautaire à toute action qui s'y rattache. C'est ici un coup d'épée dans l'eau car, du côté Suisse, il n'y a pas de reconnaissance automatique des décisions. Cette application extraterritoriale est intéressante en théorie mais en pratique elle ne donne pas grand-chose.

Quelles sont les dispositions du règlement qui peuvent recevoir une application extraterritoriale ? Pour l'heure, seul un sujet a été débattu devant la Cour de justice, à savoir le caractère universel ou territorial de la procédure. La procédure principale qui a un caractère universel va pouvoir englober l'ensemble des actifs. On peut donc considérer qu'avec l'effet extraterritorial du principe d'universalité, on va pouvoir faire en sorte que l'ensemble des actifs du débiteur tombe dans le champ d'action du règlement, y compris les actifs localisés dans un pays tiers. En revanche, pour une procédure secondaire, ce sera un effet territorial renforcé, contrairement à ce que pense la Cour de cassation. Cette application va vraisemblablement amener la juridiction française à réviser le caractère territorial du règlement communautaire, pour faire en sorte qu'une procédure secondaire ne comprenne que les actifs localisés en France. C'est un bouleversement de conception qui s'annonce. Mais en dehors de la situation que je viens d'énoncer, les autres dispositions du règlement conserveront un caractère intra-communautaire parce que la Cour de Justice

3 - CJUE, 16 janv. 2014, R. Schmid, Aff. C-328/12.

ne peut aller au-delà du règlement. La jurisprudence SCHMID a un impact important en termes de territorialité et en ter-

mes d'universalité dans les différentes procédures ; mais sur les règles matérielles, l'impact sera limité.

## Jean-Luc VALLENS

On verra donc à l'usage...

Comme nous avons abordé la question des procédures de pré-insolvabilité, on va faire une incidente pour sortir momentanément du règlement communautaire et s'intéresser à un autre texte du droit communautaire : la recommandation adoptée par la Commission européenne, le jour même où l'ordonnance du 12 mars a été prise par le Gouvernement français. Cette recommandation s'inscrit dans une logique de convergence et préconise aux États membres de rapprocher leurs législations. Il ne s'agit donc plus seulement du règlement communautaire consacré aux relations, à la reconnaissance et à l'exécution des décisions. La Commission demande purement et simplement aux États de modifier leur droit substantiel. De ce point de vue, la recommandation du 12 mars 2014 présente un intérêt

certain puisqu'elle donne des orientations fortes aux législateurs nationaux sur les procédures de pré-insolvabilité et l'effacement des dettes pour les débiteurs afin de leur permettre un nouveau départ. Ces deux axes ont été choisis par la Commission européenne parce que ce sont des domaines favorables au redressement des entreprises, à la fois en pré-insolvabilité et par le redressement des personnes physiques grâce à un effacement des dettes. Il s'agit de deux aspects forts de notre droit national et aussi de beaucoup de droits nationaux en matière d'insolvabilité. On n'évoquera ici que le premier point qui concerne principalement les sociétés.

Je vais redonner la parole à Reinhard DAMMANN pour lui demander en quoi cette recommandation a été respectée par avance par le pouvoir législatif en France.

## Reinhard DAMMANN

Très brièvement, le droit français a été un précurseur et aujourd'hui beaucoup d'États membres sont en train de l'imiter. La France a d'ores et déjà accompli son devoir s'agissant de la mise en conformité de son droit avec la recommandation.

S'agissant des comités de créanciers à la française, cette question mérite quelques retouches, la recommandation parlant de classes de créanciers (comme c'est le cas dans plusieurs droits étrangers). En droit des entreprises en difficulté, on mélange

les créanciers dans trois comités, quelle que soit la qualité de leurs créances. Certains droits étrangers, comme les droits anglais ou allemand, permettent de rationaliser les classes de créanciers sous le contrôle d'un juge en regroupant les créanciers en fonction de la qualité de leurs créances, ce qui paraît beaucoup plus intéressant, plus logique. C'est le seul point de la recommandation qui nécessite réflexion afin de faire en sorte que le droit français devienne concurrentiel par rapport au droit anglais notamment.

Sans vouloir être devin, on peut supposer qu'avec la mode qui tend à imiter ce que font les États-Unis et avec l'influence de ce qu'on croit meilleur dans d'autres pays de l'Union européenne, il y a de fortes chances pour que le législateur français suive avec attention les évolutions des droits influencés par cette recommandation. Peut-être se lancera-t-il dans une nouvelle réforme du droit des entreprises en difficulté, en perpétuelle mutation, pour reprendre l'expression de Patrick ROSSI.

Revenons au règlement communautaire. L'un des soucis que nous avons rencontré au cours des 12 années d'application, c'est ce que l'on appelle le *forum shopping* ou le « tourisme judiciaire » : c'est-à-dire le fait que des débiteurs changent de pays au gré des besoins et d'une comparaison des avantages respectifs des lois nationales. Ce n'est pas uniquement dans le cadre du droit de l'insolvabilité que ce phénomène s'est développé. On l'a vu dans le domaine social ou dans le domaine fiscal. Par exemple, dans le domaine social, un arrêt récent de la Cour de justice de l'Union européenne admet que les États peuvent réglementer les aides sociales en tenant compte notamment des transferts de sièges réalisés dans le seul but de bénéficier d'aides auxquelles les intéressés n'auraient pas droit.

Le *forum shopping* a des aspects légitimes et des aspects qui le sont moins. Il est fondé dans la mesure où existe la liberté d'établissement qui doit s'appliquer, sauf cas de fraude. Un arrêt déjà ancien dit d'ailleurs que la fraude est un élément que les États peuvent prendre en compte. Le *forum shopping* s'illustre, dans le cas de la France, par des démarches d'entreprises qui viennent ouvrir des procédures collectives sur le territoire national à la demande de leurs créanciers parce que ces derniers ont su prendre des suretés localisées dans un autre État, afin de sauvegarder les intérêts de ceux-ci. Certains débiteurs comparent ainsi les lois et choisissent de s'implanter dans un autre État membre pour bénéficier d'avantages qu'ils prêtent à ce droit. On critique beaucoup le droit français mais il est attractif pour les débiteurs, lorsqu'ils veulent bénéficier par la liquidation judiciaire de l'effacement de leurs dettes. Le *forum shopping* apparaît mauvais car empreint d'un abus de droit, voire de fraude.

Anne-Cécile SOULARD, pouvez-vous nous dire quel est le sentiment du ministère de la justice sur cette pratique et sur la manière dont le règlement communautaire a pris en compte la problématique, notamment, pour les personnes physiques ?

## Anne-Cécile SOULARD

Dans le règlement actuel, le principal mode de lutte contre le *forum shopping* passe par la notion de centre des intérêts principaux. Avec ce critère, les juridictions peuvent ouvrir une procédure d'insolvabilité au lieu où le débiteur a son activité économique réelle, quand bien même il aurait domicilié

son siège social dans un autre État membre. C'est à partir de ce critère que la Commission a fondé sa proposition de révision ; elle consacre ce critère puisqu'elle l'intègre dans le texte du règlement lui-même<sup>(4)</sup>. Elle le renforce en y ajoutant de nouvelles garanties procédurales.

Désormais, la juridiction saisie d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité a le pouvoir de vérifier ce critère ; en d'autres termes, la juridiction saisie contrôle d'office que le débiteur a bien son centre des intérêts principaux dans son ressort.

Autre garantie procédurale : le droit de recours ouvert à tout créancier intéressé contre la décision d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Dans les considérants du règlement, il y a maintenant une sorte de

guide méthodologique pour les juridictions afin de leur permettre d'identifier ce qu'est le centre des intérêts principaux, y compris pour déterminer la connaissance que peuvent avoir les créanciers de la réalité de celui-ci. Pour les personnes physiques, la notion est là-aussi étayée : de nouvelles règles sont posées, notamment en raison de l'application du règlement révisé aux consommateurs. Cela ne concernera pas notre droit, car le législateur français n'a pas prévu d'insérer les procédures de surendettement dans l'annexe A du règlement.

## Jean-Luc VALLENS

J'ajoute que le règlement communautaire dans sa version révisée intégrera une présomption en faveur du siège statutaire. Sur le modèle de ce qui est prévu pour les personnes morales, est intégrée la résidence principale du débiteur, personne physique, de manière à aligner les présomptions. C'est important, non pas sur l'analyse de la compétence, mais sur la charge de la preuve : lorsqu'on établit une présomption, on fait basculer l'obligation de démontrer quelque chose à la partie qui conteste. Évidemment pour une personne physique qui revendique la compétence de la juridiction qu'elle saisit,

la difficulté vient de l'absence de débat contradictoire véritable entre le débiteur d'un côté, le tribunal de l'autre si on peut dire et personne en face. Ni les créanciers, ni le procureur ne sont véritablement impliqués dans les procédures ouvertes à l'égard des particuliers, ce qui va « bénéficier » d'une certaine manière au *forum shopping*, puisque quand on est seul face au tribunal, on présente évidemment les éléments de preuve que l'on veut.

Je donne maintenant la parole à Reinhard DAMMANN pour qu'il nous dise ce qu'il pense du *forum shopping*.

## Reinhard DAMMANN

Comme vous l'avez formulé, il y a du bon et du mauvais *forum shopping*. Si on examine les considérants du règlement communautaire, on voit bien que celui-ci s'efforce de faire cette distinction. Si une personne

physique cherche un déplacement de son domicile, uniquement dans le but d'améliorer sa situation au détriment de ses créanciers, ce qui a déjà été jugé par la Cour d'appel de Colmar à plusieurs reprises, nous sommes en

---

4 - Dans le texte non révisé du règlement européen, la définition du centre des intérêts principaux n'apparaît que dans le considérant 13.

face d'un mauvais *forum shopping*.

En revanche, si l'on se place dans un groupe de sociétés, comme dans le cas de l'affaire PIN Group AG<sup>(5)</sup> dont la holding était installée au Luxembourg et les sociétés filiales en Allemagne, il s'est avéré nécessaire de regrouper l'ensemble des procédures pour proposer un plan de restructuration cohérent sous la houlette d'un seul juge. Le transfert du centre des intérêts principaux qui a été réalisé en trois semaines, en avertissant l'ensemble des créanciers, a été jugé acceptable par le Tribunal de Cologne. Autre exemple, celui d'Eurotunnel dont le centre des intérêts principaux de la société

anglaise a été transféré de la Grande-Bretagne vers la France. Il ne s'agissait pas d'une opération frauduleuse mais d'une recherche de solution globale à travers ce transfert réel. Dans cette situation, il est impératif d'en informer les créanciers<sup>(6)</sup> et de jouer la transparence. Si on n'écarte pas la possibilité de tels transferts pour les sociétés, la règle est différente pour les personnes physiques, pour qui les motivations de recherche d'un for accommodant sont plus critiquables. Dans le cas des groupes de sociétés, c'est le plus souvent du bon *forum shopping* qu'il faut encourager à condition que celui-ci soit réel et transparent.

## Jean-Luc VALLENS

Il est particulièrement difficile, on vient de le souligner, de tracer la frontière entre ce qui est légitime et ce qui l'est moins. Avant d'en venir aux groupes, on pourrait aborder la question de la collaboration des praticiens de l'insolvabilité dans l'articulation entre procédure principale et procédure secondaire.

Petit rappel : la procédure principale est ouverte au centre des intérêts principaux, la procédure secondaire intervient au lieu de l'établissement.

Comment s'articulent entre ces deux procédures les évolutions de la jurisprudence communautaire et celles de la jurisprudence française ?

## Reinhard DAMMANN

L'arrêt BURGO<sup>(7)</sup> est intéressant ici. Il s'agit d'une société belge ayant fait l'objet d'une procédure collective en France et pour laquelle un créancier italien est venu déclarer sa créance avec retard. Le liquidateur a annoncé à celui-ci qu'il est forclos et que la créance ne peut être admise. Ce créancier demande alors l'ouverture d'une procédure secondaire en Belgique, afin de lui

permettre, du moins l'espère-t-il, de récupérer le droit de produire sa créance en droit belge. Le tribunal belge a considéré que le créancier instrumentalisait la procédure secondaire. La CJUE dans cet arrêt a clairement indiqué que rien dans le règlement communautaire ne permet d'affirmer qu'il y a une opportunité de ne pas ouvrir de procédure secondaire ; en d'autres termes,

5 - Groupe allemand composé d'une centaine de sociétés dont une holding luxembourgeoise qui assurait la gestion stratégique (V. à ce sujet : Annales du droit luxembourgeois, volume 21, 2011, Bruylant, p. 244 sq ; document téléchargeable sur : [www.ehp.lu/uploads/media/droitdessocietes2006-2012.pdf](http://www.ehp.lu/uploads/media/droitdessocietes2006-2012.pdf))

6 - C'est désormais précisé dans le règlement révisé.

7 - V. Arrêt de la CJUE (première chambre) du 4 septembre 2014.

le règlement communautaire ne s'applique pas à cette question, celle-ci relève du seul droit national belge. L'arrêt ajoute que le droit national belge ne peut pas discriminer les créanciers locaux de créanciers étrangers, italiens en l'occurrence.

Un mot encore, ajouté par un arrêt de la Cour de cassation qui a fait grand bruit : est-ce que, dans le cadre d'une procédure secondaire, le syndic de la procédure peut intenter une action en responsabilité contre les dirigeants d'une société qui fait l'objet d'une procédure secondaire en France ? Dans cette affaire, le procureur de la République a voulu sanctionner par une interdiction de gestion, les dirigeants belges de la société ayant fait l'objet d'une procédure collective secondaire en France. La réponse de la Cour de cassation a été négative : ce type d'action doit être concentré au for de la procédure principale, en l'occurrence la Belgique, mais pas la France. Si nous examinons le règlement communau-

taire dans sa dernière version, on doit constater que la Commission européenne corrige le tir dans les considérants. Il est clairement précisé qu'il sera possible pour le syndic de la procédure secondaire d'exercer des actions en responsabilité contre les dirigeants. La procédure secondaire devient ainsi une procédure à part entière. Et à mon sens, la procédure secondaire et la procédure principale ont désormais un statut comparable même si on considère toujours que l'une est subordonnée à l'autre. En effet, la procédure secondaire ne doit plus seulement protéger les créanciers locaux, elle doit aussi rationaliser la gestion des actifs. La coordination entre les procédures principales et secondaires est donc devenue essentielle.

Je me tourne vers Christophe THEVENOT, pour savoir quelle est la portée pratique de ces évolutions pour le syndic de la procédure principale ou secondaire ?

## Christophe THEVENOT

Je ne vais pas répondre à la question parce que je n'ai pas encore été moi-même syndic d'une procédure principale ou secondaire. Néanmoins, je me suis trouvé dans la situation d'être co-syndic dans des procédures distinctes. J'ai ainsi pu constater que la coordination pouvait être difficile, notamment lorsque les objectifs des professionnels nommés divergent, comme ce fut le cas par exemple dans une affaire où mon collègue hollandais souhaitait procéder à une cession dans le cadre du droit anglais alors que nous avons un objectif de préservation de l'activité dans le cadre du droit français.

Au-delà, je souhaiterais faire un commentaire sur quelques aspects issus de la recommandation du 12 mars. L'harmonisation que la Commission promeut, vise à unifier des conceptions très différentes,

comme on l'a vu lors de la table ronde précédente. L'une de ces conceptions porte sur la place du créancier dans les procédures d'insolvabilité. On voit bien qu'il existe deux écoles : l'école anglaise et l'école américaine, même si les États-Unis ne font pas partie du règlement. Paul OMAR l'a rappelé, en Grande-Bretagne, le droit d'agir revient au créancier alors que le *Chapter 11* américain, laisse malgré tout une place au dirigeant, au moins pendant quelque temps. Dans ce merveilleux *melting pot* qu'est la Commission, l'ensemble des pays devrait, de mon point de vue, plutôt résister au lobby purement anglais afin de prévoir la prééminence du débiteur, du moins pendant un certain temps. Autre élément que je trouve très intéressant dans les efforts d'harmonisation de la recommandation dans le cadre des comités de créanciers, c'est la notion de

*best interest test* qui a été développée précédemment. En tant que praticien, je trouve que c'est un excellent critère qui n'est malheureusement pas prévu dans notre droit national. Il fait beaucoup de sens, comme disent les anglais ; il est empreint de pragmatisme, c'est essentiel dans cette matière.

Un autre point sur lequel je voudrais réagir, ce sont les objectifs que doivent poursuivre les législations nationales. On voit dans la recommandation que le désintéressement des créanciers a une place prépondérante. Néanmoins, la première place est donnée à la pérennité de l'entreprise et, plus loin derrière, à la préservation de l'emploi. On peut s'interroger sur une définition plus large des objectifs inscrits dans les législations nationales, à commencer par la nôtre. Je n'ai pas de réponse, mais pour faire écho aux propos déjà tenus, la création de valeur ou, à tout le moins, la re-création d'une valeur

perdue en raison d'une situation économique, pourrait être un des objectifs. Je m'arrête là car je n'ai pas les curseurs pour la mesurer. Mais, cela pourrait faire sortir notre propre droit des critiques dont il fait l'objet.

Un dernier mot : le droit des entreprises en difficulté, le redressement des entreprises, c'est surtout du droit social, je le vois tous les jours. Tant que les cycles, la vitesse des cycles de traitement des difficultés et donc de leur impact social ne seront pas uniformisés, on aura des différences difficilement surmontables entre les États européens. On voit bien que dans les pays de culture anglo-saxonne, l'embauche, le licenciement sont rapides. En France, ces cycles-là sont au contraire très longs ; le premier impact, étant que cela influence le nombre des procédures ainsi que le nombre des plans.

## Jean-Luc VALLENS

76

On est au cœur des difficultés puisque le règlement communautaire et la recommandation semblent surfer sur des droits voisins et convergents, ce que la réalité démontre régulièrement. Nous ne sommes pourtant pas dans une logique d'harmonisation facile, tant au regard des objectifs des procédures, que de la problématique du maintien de l'emploi. On pourrait aussi ajouter la protection des privilèges généraux qui ne sont absolument pas partagés par d'autres législations et la place très variable des créanciers et des tribunaux. Il y a ainsi des vases communicants : lorsque les créanciers ont des pouvoirs importants, les tribunaux en ont peu et inversement. Dans ce paysage, il est difficile d'imaginer de converger, sauf à la marge sur des questions comme la pré-insolvabilité ou le

redressement des débiteurs par l'effacement de leurs dettes. En définitive, on devrait confluer vers des points pour lesquels on sait que cela est possible. C'est certainement ce que la Commission européenne a constaté avant de s'arrêter sur le texte de compromis de la recommandation.

Abordons maintenant le dernier point : à savoir, les groupes de sociétés. Jusqu'à présent, le règlement communautaire les ignorait. Le règlement révisé les intègre dans un chapitre particulier, dans une logique de coopération et de coordination, sur le modèle de l'articulation qui existe déjà entre les procédures principales et secondaires. Les groupes de sociétés sont un des objectifs

forts des travaux engagés par la Commission européenne et le Parlement européen. Le texte arbitré a ainsi intégré cet aspect de manière détaillée et sophistiquée. Par ailleurs, le droit français lui-même a incorporé cette logique dans la réforme du 12 mars 2014. Non pas tant dans l'ordonnance elle-même que dans le décret d'application qui va mettre en musique les princi-

pes généraux de coordination dans le cadre des groupes de sociétés.

On a donc le niveau communautaire et le niveau national. Anne-Cécile SOULARD, qui a suivi les travaux de révision du règlement communautaire dans le cadre des négociations entre États membres, voulez-vous nous parler des orientations choisies ?

## Anne-Cécile SOULARD

Comme vous venez de l'indiquer, dans le règlement actuel, aucune disposition n'aborde la question des groupes de sociétés. Dans sa proposition, la Commission européenne a fait une sorte de « copier-coller » de ce qui est prévu pour la coopération entre les procédures principales et secondaires. C'est donc un service minimum qu'elle propose.

Il est dit qu'il faut une coopération quand des procédures d'insolvabilité concernent des sociétés appartenant à un même groupe. À cela s'ajoute la possibilité pour le syndic (le praticien de l'insolvabilité, selon la nouvelle terminologie) de demander une suspension dans une autre procédure d'insolvabilité pour des sociétés du groupe. Beaucoup de délégations auraient aimé aller plus loin, mais la Commission s'est heurtée aux différences de conception nationale. Plusieurs propositions ont d'ailleurs été faites dans le cadre des groupes de travail : notamment, la proposition allemande qui prévoyait d'ouvrir une procédure de coordination au lieu où le groupe a une sorte de « super COMI » que l'on pourrait qualifier de centre des intérêts principaux du groupe. Cette proposition s'est heurtée à une forte opposition de l'ensemble des autres

délégations présentes. Nous sommes arrivés à une position de compromis où il y a bien une procédure de coordination du groupe qui peut être ouverte, mais pas au lieu du centre des intérêts du groupe, cette notion-là ayant été écartée, faute d'existence juridique du groupe. Néanmoins, l'idée d'avoir une procédure de coordination spécifique au groupe a été jugée intéressante et a donc été conservée. Celle-ci pourra être demandée par tout praticien de l'insolvabilité à toute juridiction saisie pour l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité qui concerne une société membre d'un groupe. Ensuite, un praticien d'insolvabilité coordonnateur sera désigné et aura pour mission d'élaborer un plan de coordination, lequel comprendra des recommandations pour le traitement de l'insolvabilité du groupe des sociétés. Ce praticien aura, par ailleurs, le pouvoir de régler les conflits qui pourraient survenir entre les praticiens nommés dans les différentes sociétés du groupe.

On va ainsi un peu plus loin que la proposition faite par la Commission européenne sans aller jusqu'à la proposition allemande qui, pourtant, avait été acceptée par le Parlement européen dans le courant de l'année 2014.

## Jean-Luc VALLENS

Vous voyez que les débats portent sur des points techniques et politiques et que la difficulté majeure est d'arriver à identifier des critères susceptibles d'être acceptés par tous. La détermination d'une procédure pilote n'est pas un préalable à la coordination et à la coopération, c'en est juste un

aspect ; parfois, il faut que la coordination des procédures, la coopération entre les professionnels et les tribunaux précèdent.

Je laisse la parole à Reinhard DAMMANN qui a également suivi ces travaux.

## Reinhard DAMMANN

Vous l'avez compris, il fallait convaincre et non imposer dans le cas des groupes de sociétés car c'est cela qui était au cœur des discussions dans le groupe d'experts. A-t-on la possibilité dans le cadre d'un groupe de permettre à un seul syndic d'imposer sa solution à l'ensemble des autres sociétés du groupe ? C'était inconcevable car alors on aurait, me semble-t-il, donné les clefs aux holdings anglaises, luxembourgeoises ou hollandaises . On aurait alors renoncé à faire valoir le point de vue des sociétés opérationnelles qui doivent être protégées. Les débats ont été extrêmement agités sur cet aspect. Heureusement, cette conception n'a pas été retenue. Il faut ici saluer l'effort

des différents gouvernements qui ont fait barrage à cette idée de vouloir imposer, dans un groupe de sociétés, une solution unique dictée par la loi d'un pays sur la base de considérations nationales.

En conclusion, il est impératif d'avoir un équilibre entre un aspect territorial et un aspect universel. Je pense que le couple procédure principale - procédure secondaire marche bien avec la coopération. En matière de groupe de sociétés, c'est la même réalité que celle qui s'impose dans le couple procédure principale - procédure secondaire.

## Jean-Luc VALLENS

Je cède la parole au professeur François-Xavier LUCAS pour clôturer cette matinée.

# Clôture

François-Xavier LUCAS

Professeur de droit à Paris II

Je félicite les intervenants qui se sont attaqués à une question qui, en France et en Europe, est absolument cruciale. Les mutations qui caractérisent le droit des entreprises en difficulté atteignent un tour paroxystique. « Le changement, c'est maintenant », voire - pourrait-on aussi dire - « c'est tout le temps ». Il est souhaitable de pouvoir s'arrêter pour faire le point et porter un regard critique sur les mutations en cours, sur celles déjà achevées et celles à venir. Cette nécessité de réformer appelle aussi une recherche d'explications.

Le juriste n'aime pas beaucoup le changement, il est même assez fondamentalement conservateur et les règles qui évoluent trop et trop vite le troublent. Mais dans une matière comme la nôtre, c'est devenu inévitable. D'abord parce que changer la loi et la faire évoluer est le seul moyen que le législateur, et derrière lui les pouvoirs publics, a pu trouver pour pouvoir prétendre peser sur le cours des événements économiques, en particulier en période de crise. Certes, ce n'est pas la meilleure justification de la réforme, mais à travers la législation qui est forgée, on cherche à façonner des instruments de redressement des entreprises

ainsi que des dispositifs de traitement de leurs difficultés.

Il y a aussi une justification tirée de ce que les anglo-saxons appellent le *benchmarking*, c'est-à-dire la mise en compétition des droits. Nous sommes bien forcés de légiférer face à la compétition qui s'est instituée entre les différents systèmes juridiques européens. Nous avons peut-être un « coup » d'avance en matière de prévention mais il semblerait que nous ayons été rattrapés par d'autres législations proches. Le phénomène de *forum shopping* évoqué par la dernière table ronde, est assez impressionnant. Les capitaux et les personnes se déplacent, circulent librement dans l'espace économique européen et les procédures collectives avec eux. Il y a une possibilité de choisir le lieu où on investira demain, le lieu où sera traitée la défaillance : les droits nationaux doivent être séduisants pour attirer les entreprises.

Le dernier rapport *Doing business*<sup>(1)</sup> améliore le classement de la France. C'était très humiliant pour la prétendue nation du droit d'être placée systématiquement dans les profondeurs du classement, coincée entre

1 - V. Banque mondiale : *Doing Business 2015, Au-delà de l'efficience*, 12<sup>e</sup> édition, 29 octobre 2014 ; Document téléchargeable sur : [www.francais.doingbusiness.org](http://www.francais.doingbusiness.org)

le Zimbabwe et le Costa Rica. La France vient de gagner vingt places dans le classement en matière d'adaptation de son droit des entreprises en difficulté et c'est évidemment l'un des critères qu'un investisseur prend en compte lorsqu'il investit en France. Comment serais-je traité si les choses tournent mal ? Ai-je une chance de récupérer mon investissement ? Quelles responsabilités est-ce que j'encoure ? Ce sont des questions cruciales, d'où l'effort du législateur pour rendre notre droit le plus rassurant possible pour ces investisseurs. Mais la question est difficile car, si avoir en tête la contrainte de la satisfaction des investisseurs est une chose, notre droit a d'autres intérêts à protéger.

On a parlé des salariés, je vais y revenir, on a parlé aussi et il faut commencer par là, de l'objectif de sauvetage des entreprises. À partir du moment où nous avons fait le choix d'assigner le sauvetage des entreprises comme objectif d'ordre public désirable, nous devons nous en donner les moyens ; la protection des créanciers et des investisseurs ne peut donc pas être le seul terme du débat. D'où le thème de ce jour et la grande difficulté à aborder les mutations, parce que celles-ci ne peuvent se faire qu'au détriment des intérêts qui sont en compétition. Si on va dans le sens d'un sauvetage de l'entreprise efficace doté de moyens brutaux, cela se fera nécessairement au détriment des créanciers, des investisseurs, des associés, avec peut-être le risque de les décourager, de faire de notre droit un épouvantail. À l'inverse si on favorise trop les créanciers, si on invente de belles sûretés, tellement belles qu'elles deviennent *bankruptcy proof*, on ne peut plus leur infliger de discipline collective dans la procédure, et il n'y aura plus de sauvetage possible de l'entreprise. C'est donc cet équilibre très délicat qu'il convient de rechercher lorsqu'on étudie ces mutations. Les arbitrages sont douloureux parce qu'on est dans une situation de pénurie.

Ces idées générales posées, la synthèse de ce que j'ai entendu ce matin, me paraît pouvoir être présentée autour de deux idées. Parmi les mutations que l'on nous a exposées, l'une est la mutation achevée - et réussie - concernant l'amélioration des outils. Il y a, de manière spectaculaire, une évolution dans l'approche du traitement des difficultés elles-mêmes, ce qui emporte la conviction. En revanche, une autre est encore en cours d'élaboration : il s'agit de la recherche d'équilibre entre les créanciers, l'entreprise, les salariés, les actionnaires. C'est peu dire que cette mutation s'opère dans la douleur. Ce sera ma seconde idée forte.

La mutation harmonieuse que constitue l'amélioration des outils de traitement passe d'abord par un constat, celui de la multiplication des dispositifs. Songez que dans une période pas si ancienne qu'évoquait Michel GERMAIN, il n'y a même pas trente ans, on évoluait entre des procédures amiables balbutiantes, du moins statistiquement, et le redressement ou la liquidation judiciaire. Songez à la richesse de la caisse à outils du droit français. J'interrogerai mes collègues comparatistes pour savoir s'ils connaissent un droit dans le monde qui est doté de plus de dispositifs que le droit français. Essayons ensemble l'inventaire, je ne suis même pas certain de pouvoir arriver au bout : le mandat *ad hoc*, la conciliation « prepacké » ou pas, le « prepack cession » qui vient de faire son apparition, la sauvegarde de droit commun, la sauvegarde accélérée, la sauvegarde financière accélérée, et puis le redressement avec ou sans comité, la liquidation judiciaire, la liquidation judiciaire simplifiée et désormais le rétablissement professionnel. Ces réformes sont étonnantes, tant elles charrient à chaque fois de nouveaux instruments. Le moins pire qui puisse arriver pour ces outils, c'est de ne pas servir, qu'importe, ils existent. Les praticiens nous diront ce qu'ils en feront, mais ce changement de méthode est

convaincant. Plutôt que d'insérer les entreprises en difficulté dans un cadre prédéfini auquel elles doivent s'adapter, on leur offre une multitude de dispositifs, à charge pour elles, surtout pour leurs conseils, les juges, et les mandataires de justice de les assister pour trouver l'outil le mieux adapté à leur restructuration.

La marge de manœuvre est désormais très faible ; on a tellement créé d'outils que je ne vois pas ce qui pourrait encore être inventé pour venir s'intercaler entre la sauvegarde accélérée et la sauvegarde financière accélérée, par exemple. C'est devenu de la mécanique de précision, notre code est à peu près complet.

Un mot critique sur l'évolution telle qu'elle résulte de l'ordonnance du 12 mars 2014. Même si la logique est convaincante, on peut s'inquiéter du risque de dénaturation des procédures. À trop les modifier, à trop apporter de règlement dans les procédures amiables, par exemple, on peut se demander si on ne touche pas à leur essence. Certaines « manipulations génétiques » inquiètent. Par exemple, les clauses d'anatocisme ne jouent plus, celles de documentation contractuelle qui imposent la prise en charge des honoraires des conseils sont désormais réputées non-écrites, ou encore celles qui interdisaient l'entrée en mandat *ad hoc* ou en conciliation. À chaque fois, l'idée est belle ! Mais, on peut se demander si en imprimant un ordre public toujours plus contraignant à ces procédures amiables, on n'est pas en train de les faire basculer dans la catégorie des procédures collectives. Sont-elles encore totalement amiables si la loi du contrat n'est plus la loi, ou n'est plus toute la loi ?

Prenons un autre exemple, celui de la sauvegarde qui peut désormais survenir en cessation des paiements, à condition qu'elle le soit depuis moins de 45 jours, avec la sauvegarde accélérée qui, précédée d'une

conciliation, a pu être menée en cessation des paiements. Pourquoi pas, c'est de la souplesse ! Mais, ne risque-t-on pas d'altérer ces sauvegardes ainsi en autorisant leur ouverture en cessation des paiements ou encore en modifiant les rapports de force avec les « fameux » plans alternatifs imposés aux débiteurs ? Et que dire de la possibilité de basculement de la sauvegarde vers le redressement judiciaire à l'initiative des organes de la procédure, ce qui crée pour le débiteur un risque d'expropriation de nature à le détourner de cet instrument qui, jusqu'à présent, avait de grands avantages : sa lisibilité, l'absence de cessation des paiements et pas de possibilité d'expropriation. Dernière remarque pour cette première partie, on peut regretter un excès de sophistication. Ce droit devient d'une complexité telle qu'il fait notre bonheur, c'est un droit de spécialistes. Peut-être n'est-ce pas si mal, peut-être est-ce inévitable... Mais, on atteint un niveau de complexité qui ne peut qu'inquiéter.

Ma seconde idée, c'est que d'autres mutations qui nous ont été exposées ce matin, s'opèrent dans la douleur et sont beaucoup plus difficiles à achever, parce qu'elles se placent sur une terre de conflits entre les intérêts respectifs des parties prenantes. C'est la recherche de nouveaux équilibres dans la procédure collective. On se trouve en présence d'une équation à quatre inconnues : l'entreprise, objet de toutes les faveurs et de toutes les attentions du débiteur, les créanciers, les associés et les salariés. Traiter cette équation impose de se poser quelques questions. Jusqu'où doit-on aller pour sauver l'entreprise ? Sur qui doit-on faire peser l'effort de redressement ? Qui supportera le coût du sacrifice ? Au-delà, c'est une très belle question politique que pose ce droit. Quels sont les intérêts protégés ? Quelle est sa philosophie ? Le législateur a bien de la peine à y répondre. Il y parvient parfois pour changer d'avis l'année suivante, il y a une très grande insta-

bilité des réponses apportées à ces interrogations. C'est globalement inévitable, parce que les équilibres sont instables et que la manière politique de les appréhender conduit à des réponses variables, aboutissant à une perpétuelle redéfinition des intérêts protégés sur la foi de considérants très politiques. Pour le politique, parmi les quatre intérêts en jeu, il est aisé de faire un choix entre le « malheureux » salarié et le « vilain » fonds de pension américain. Il est toujours plus facile d'avoir un préjugé pro-salarié, par contre coup moins favorable au créancier et derrière lui à l'associé ; c'est l'approche immédiate, spontanée du législateur. Mais après, on lui laisse entrevoir les conséquences sur l'investissement, sur notre pays au plus bas dans les notations mondiales. Ces derniers temps, la perte d'attractivité de la France pour les investisseurs<sup>(2)</sup>, interpelle. On ne peut pas aller trop loin dans le sacrifice des intérêts des créanciers ou des associés. D'où l'idée de reculer l'objectif de sauvetage, de ne plus lui offrir les mêmes moyens. Trois voies sont alors envisagées, l'une est achevée et plutôt réussie : celle qui consiste à trouver un équilibre entre les droits des créanciers et ceux de l'entreprise à préserver. Une autre, partiellement achevée, est celle de la recherche d'équilibre entre les droits de l'entreprise à préserver et ceux de ses associés. Jusqu'où peut-on les solliciter et les sacrifier ? Troisième voie, qui n'est absolument pas atteinte, sans cesse différée : celle portant sur le droit du travail, sur la place réservée aux salariés dans la procédure collective, difficile à « toucher ». L'un des mérites de notre matinee - ce n'est pas le moindre - c'est d'avoir montré, les limites notamment à travers le regard porté par l'économiste, d'une telle approche. Un mot sur chacun de ces trois équilibres.

La mutation réussie, c'est celle qui a conduit

à oser un niveau de sacrifice des créanciers relativement acceptable. Après les errements de la loi de 1985 et de l'idéologie du redressement à tout prix, en particulier depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, le droit français a forgé un équilibre très convaincant - celui-ci existe d'ailleurs dans d'autres droits, comme le droit allemand qui, dans une certaine mesure, nous a inspiré - en limitant l'efficacité de certaines sûretés comme la fiducie ou le droit de rétention. L'efficacité totale est retrouvée dès lors que l'on se trouve en phase liquidative, il n'y a aucun motif alors de porter atteinte au droit des créanciers. À l'inverse, les mettre entre parenthèses tant que subsiste une chance de redressement, à la fois pour les besoins de la période d'observation et pour ceux du plan, est largement positif. On en a fait des sûretés à géométrie variable : efficaces lorsqu'il n'y a plus d'enjeu de traitement des difficultés et, en revanche, neutralisées lorsque l'on tente de redresser l'entreprise. Ici, on a le sentiment que l'on est parvenu à un équilibre satisfaisant. Monsieur ROSSI nous a dit que cela pourrait encore bouger : on va donc reparler des fiducies et peut-être même des fiducies innommées. Je ne sais si la Chancellerie ira jusque-là, mais il est possible qu'un rééquilibrage s'opère. Peut-être réformerons-nous aussi le traitement des créanciers au sein des comités, comme la recommandation de la Commission européenne du 12 mars 2014 nous y invite. Des ajustements se feront sans doute encore, mais pour l'essentiel on a le sentiment que la mutation s'est réalisée et qu'elle est satisfaisante.

L'autre mutation, c'est celle qui s'intéresse à l'associé, à sa place dans la procédure collective et au sacrifice qu'on peut lui demander. L'ordonnance du 12 mars 2014 a mené une transformation extraordinaire même si, comme on l'a déjà dit, cela ne concerne que très peu de procédures. Pour la première

2 - Une reprise des investissements étrangers a été notée début 2015, celle-ci se faisant sans création d'emplois, Baromètre de l'attractivité du site France 2015, Le grand écart, Ernest & Young Advisory, 2015. Document téléchargeable sur : [www.ey.com/FR/fr/Issues/business-environment/barometre-attractivite-france.fr](http://www.ey.com/FR/fr/Issues/business-environment/barometre-attractivite-france.fr).

fois, on a invité l'associé à la procédure collective. Il en était jusqu'alors le grand absent, ce qui lui conférait un avantage considérable parce que même s'il n'offrait pas à la société débitrice les moyens de son redressement, il pouvait conserver la majorité au sein de celle-ci et faire obstruction à des solutions de reprises ou à des modifications. D'ailleurs, même avec une minorité de blocage, il pouvait s'opposer à des modifications statutaires et devenir, dans une certaine mesure, le maître du jeu. C'était fâcheux ; l'ordonnance s'est préoccupée de trouver un remède à cette situation, timidement, puisque ne sont concernées pour l'essentiel que les sauvegardes avec comités. Si l'associé qui prétend rester à la table de jeu refuse de miser plus, on va pouvoir lui demander de « remettre au pot », en proposant un plan convaincant. S'il ne le fait pas, on lui dira « il risque d'y avoir une reconversion de la procédure à l'initiative des organes de la procédure ou un plan concurrent qui aboutira à votre expropriation ». En redressement judiciaire, c'est plus brutal, avec la reconstitution forcée des capitaux propres et là on pourra dire à l'associé : « si vous ne reconstituez pas les capitaux propres de la société, un autre va le faire à votre place, en vous évinçant ». Cela passera vraisemblablement par un coup d'accordéon. Les anciens actionnaires seront éliminés pour laisser place à une nouvelle majorité. Ces techniques restent limitées à certaines procédures, mais elles sont très spectaculaires. Irons-nous au-delà ? Monsieur ROSSI nous l'a annoncé, relayant d'ailleurs sur ce point la parole publique : je ne suis pas certain que nous pourrions aller beaucoup plus loin. Notamment, la fausse bonne idée des cessions forcées d'actions ou de parts sociales pour renforcer l'efficacité des solutions de restructuration ne me paraît guère praticable, pour la raison déjà évoquée que l'on se heurte à des droits fondamentaux, en particulier le droit de propriété. On n'exproprie pas un actionnaire au motif qu'il n'en fait pas assez pour le

redressement de l'entreprise.

En fait, il faudrait admettre cette idée d'expropriation à travers l'obligation de reconstituer les capitaux propres ; l'article L. 631-9-1 du Code de commerce qui l'organise n'est pas parfaitement bien écrit car il renvoie à l'article L. 626-3 sur la reconstitution des capitaux propres, mais on ne sait pas exactement ce qui déclenche cette obligation. Est-ce un prérequis ? Voire, est-ce indispensable ? La pratique ne va pas dans ce sens car bien peu de plans passeraient si on imposait comme préalable une reconstitution des capitaux propres. D'ailleurs, le Livre II du Code de commerce dispense les sociétés en sauvegarde et en redressement de cette reconstitution. Mais, ne faudrait-il pas aller au-delà et imposer de manière systématique une reconstitution des capitaux propres en redressement judiciaire et en sauvegarde et, par ce biais, permettre l'expropriation des anciens actionnaires. Autour de la reconstitution des capitaux propres, il y a des possibilités d'expropriation admissible. Je reprends l'image triviale du joueur de poker : celui qui a perdu sa mise doit arrêter de jouer s'il n'est pas capable de remettre sur la table. Au final, je ne pense pas qu'on ira très loin et si, c'était le cas, ce serait un mauvais message adressé aux investisseurs.

Enfin la troisième mutation : qui n'a pas été convaincu par notre collègue économiste, faisant le procès des faux présumés du droit français des procédures collectives ? Ce droit forgé en 1985 avait peut-être, encore qu'on puisse en douter, sa logique et sa justification. Survit-elle à trente années de modifications profondes de la vie des affaires et des entreprises ? Sauver l'emploi ne devrait pas être l'objectif premier du droit des entreprises en difficulté. Il est là pour aider les entreprises viables, seulement celles-ci, à surmonter leurs dif-

ficultés, ce qui évidemment est de nature à permettre de sauver l'emploi. On ne peut que s'en réjouir, mais ce n'est qu'un effet second ; pour le perdre trop souvent de vue, on se focalise sur des leurres. C'est l'une des explications de la perversion du droit des entreprises en difficulté par le droit du travail avec tout le chapelet d'aberrations, que personne ne dénonce. Le législateur ne touche à rien dans le droit du travail et on a toujours ces obligations de reclassement dans les groupes en difficulté, ces PSE sans véritable sens, ces indemnités qui ne reposent sur l'administration d'aucune preuve de préjudice, des préjudices qu'on indemnise de manière forfaitaire et systématique en cas de manquement au moindre formalisme imposé par le droit du travail. On pourrait égrener toutes les absurdités du droit du travail, diagnostic souvent posé et jamais traité. Une explication s'impose d'emblée : le législateur qui ne veut pas s'attaquer à ce problème compliqué. Le climat social est tellement dégradé, les salariés souffrent déjà beaucoup dans ce pays, qu'il paraît difficile d'aller les mortifier un peu plus en amoindrissant encore le petit matelas social qui subsiste dans les procédures collectives. Là-encore, on nous l'a dit, on ne reformera pas le droit du travail...

Il ne s'agit pas d'adopter une optique libérale qui aboutirait à se désintéresser du salarié, ce ne serait guère satisfaisant. C'est une chose de théoriser et une autre que d'aller affronter par exemple les salariés de GAD, des Poulets Doux ou demain les marins de la SNCM. Que la solidarité nationale joue

comme amortisseur social, c'est une nécessité. Mais, que ce soient les créanciers dans la procédure collective et, de manière systématique, l'AGS qui fassent les frais de cette générosité c'est beaucoup plus contestable. On ne peut que reprocher au législateur de ne pas traiter le sujet.

Pour conclure sur un autre aspect des mutations qui n'a guère été évoqué : celle des acteurs. Pour appliquer ces lois, pour faire vivre ces dispositifs, il faut des tribunaux - des hommes et des femmes bien sûr -, des professionnels de l'insolvabilité - administrateurs et mandataires judiciaires -, des greffiers de tribunaux de commerce. Il faut absolument que les projets les plus entretenus, les rapports les plus surprenants soient rangés dans les tiroirs pour ne plus en sortir, comme ceux concluant à la nécessité de fonctionnariser les greffes des tribunaux de commerce quand ce ne sont pas les tribunaux de commerce eux-mêmes, ou encore de faire absorber les mandataires judiciaires par les huissiers de justice. Il y a des marges d'amélioration, mais évitons la technique de la table rase. En pleine tempête, on ne scie pas le mas et on ne jette pas les marins à la mer.

Voilà, ma dernière invite pour le législateur : de belles et bonnes choses ont déjà été faites, mais légiférez un peu moins. La réforme à jets continus, c'est inquiétant « le changement, c'est lassant ». Abandonner cette folie réformatrice ; il faut du temps pour bien légiférer, il faut de la sérénité et de la réflexion que j'espère nous aurons contribué à faire advenir avec les échanges de ce matin.

# ANNEXE

DROITS DE L'INSOLVABILITÉ ALLEMAND, BELGE, ANGLAIS, ESPAGNOL, ITALIEN :  
LA LOI APPLICABLE ET LES DIFFÉRENTES PROCÉDURES POSSIBLES

	Allemagne	Belgique	Grande-Bretagne	Espagne	Italie
<b>La loi applicable</b>	<p>Loi du 5 octobre 1994 (« <i>insolvenzordnung</i> » [<i>InsO</i>]) modifié par article 6 de la loi du 31 août 2013 (nouvelles modalités applicables aux demandes introduites depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2014)</p>	<p>Loi F. 97-2481 du 8 août 1997 sur les faillites, modifiée le 4 septembre 2002.</p> <p>Loi relative à la continuité des entreprises du 31 janvier 2009, modifiée par la loi d'ajustement du 27 mai 2013 « modifiant diverses législations en matière de continuité des entreprises ».</p>	<p>Loi de 1986 (<i>Insolvency Act</i>), modifiée en 1994. Modifications importantes par <i>Insolvency Act</i> de 2000 et <i>Enterprise Act</i> de 2002.</p>	<p>Loi 22/2003 du 9 juillet 2003 (<i>Ley Concursal</i>) modifiée à plusieurs reprises notamment, en 2009, 2011, 2012, 2013 et 2014 à la suite de la crise économique.</p> <p>Elle est complétée par la Loi organique 8/2003, pour la réforme des procédures d'insolvabilité (<i>Ley para la Reforma Concursal</i>).</p>	<p>Loi du 16 mars 1942, n° 267, modifiée substantiellement par :  - Décret-loi du 14 mars 2005, n° 35 (conv. en loi du 14 mai 2005, n° 80) ;  - Décret-loi du 9 janvier 2006, n° 5.</p> <p>D'autres modifications importantes sont intervenues ensuite :  - Décret-loi du 12 septembre 2007, n° 169 ;  - Décret-loi du 29 novembre 2008, n° 185 (conv. en loi du 28 janvier 2009, n° 2) ;  - Décret-loi du 31 mai 2010, n° 78 (conv. en loi du 30 juillet 2010, n° 122) ;  - Décret-loi du 6 juillet 2011, n° 98 (conv. en loi du 15 juillet 2011, n° 111) ;  - Décret-loi du 22 juin 2012, n° 83 (conv. en loi du 2 août 2012, n° 134) ;  - Décret-loi du 18 octobre 2012 (conv. en loi du 17 décembre 2012, n° 221) ;  - Loi du 24 décembre 2012, n° 228 (art. 1, al. 19) ;  - Décret-loi du 21 juin 2013, n° 69 (conv. en loi du 9 août 2013, n° 98) ;  - Décret-loi du 23 décembre 2013, n. 145, (conv. en loi du 21 février 2014, n° 9) ;  - Décret-loi du 24 juin 2014, n° 91 (conv. en loi 11 août 2014, n° 116) ;  - Décret-loi du 24 juillet 1999 sur l'administration extraordinaire des grandes entreprises n° 270, modifiée par le Décret-loi du 24 juin 2014, n° 91 (conv. en loi du 11 août 2014, n° 116) ;  - Loi du 27 janvier 2013, n° 3 sur le surendettement des débiteurs civils et des consommateurs.</p>

	Allemagne	Belgique	Grande-Bretagne	Espagne	Italie
<p><b>Les différentes procédures possibles</b></p>	<p><u>Une procédure unique d'insolvabilité</u> pouvant aboutir à :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- un plan d'insolvabilité ;</li> <li>- une cession ;</li> <li>- une liquidation.</li> </ul>	<p><u>La réorganisation judiciaire</u> :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- par accord amiable ;</li> <li>- par plan de réorganisation ;</li> <li>- par transfert de tout ou partie des activités ou de l'entreprise.</li> </ul> <p><u>La faillite</u> pour les commerçants ;</p> <p><u>La liquidation judiciaire</u> pour les sociétés.</p>	<p><u>Insolvabilité des sociétés</u> :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Arrangement volontaire (CVA), avec deux variantes (une générale, une pour les PME) ;</li> <li>- Administration, avec deux variantes (une générale, une pour les anciennes sociétés d'Etat privatisées), la première assortie de la possibilité d'un « <i>pre-pack</i> » ;</li> <li>- <i>Receivership</i> (procédure très restreinte) ;</li> <li>- Liquidation, avec deux variantes (judiciaire et volontaire).</li> </ul>	<p>On distingue plusieurs phases dans la procédure :</p> <p><u>La phase commune</u> : débute avec le jugement d'ouverture et prend fin avec le rapport de l'administrateur judiciaire (qui comporte l'inventaire, ainsi que la liste des créanciers et de leurs créances).</p> <p><u>La continuation de l'entreprise</u> : proposition de redressement (convention) accompagnée d'un plan de paiement des créanciers (abandons partiels de créances ou étalement des paiements, capitalisations de créances, ventes de branches d'activité, ...). Le projet de plan doit être approuvé par l'assemblée des créanciers et par le juge de la procédure.</p> <p><u>La liquidation</u> : le débiteur doit la demander si pendant la durée de la convention, il se retrouve dans l'impossibilité de faire face aux paiements.</p> <p>La loi prévoit des procédures abrégées :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- pour les procédures peu complexe si : nombre de créanciers inférieure à 50, estimation initiale du passif inférieure à 5 millions d'euros, valorisation de l'actif inférieure à 5 millions d'euros,</li> <li>- lorsque le débiteur présente une proposition anticipée de convention (PAC) ;</li> <li>- quand le débiteur propose une transmission intégrale du passif et de l'actif de l'entreprise.</li> </ul>	<p>Pour les entrepreneurs individuels et les sociétés :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Concordat préventif ;</li> <li>- Agrément de réorganisation ;</li> <li>- Plan certifié ;</li> <li>- Faillite ;</li> <li>- Administration extraordinaire des grandes entreprises.</li> </ul> <p>Pour les débiteurs civils et les entrepreneurs en dessous du seuil minimal requis pour accéder aux autres procédures :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Procédure de surendettement.</li> </ul>