



Les professionnels des entreprises en difficulté

TRANSPOSITION DU TITRE II DE LA DIRECTIVE « RESTRUCTURATION ET INSOLVABILITÉ » Article 196 de la loi PACTE

Observations des Mandataires de justice sur les premières propositions de rédaction

L'IFPPC, UNE REFERENCE HISTORIQUE POUR LES PROFESSIONNELS DES ENTREPRISES EN DIFFICULTE

Créé en 1985, l'Institut Français des Praticiens des Procédures Collective (IFPPC) est l'organisation professionnelle représentative des administrateurs et mandataires judiciaires.

L'institut a cependant la particularité d'être une structure interprofessionnelle qui rassemble également l'ensemble des professionnels de la prévention et du traitement des entreprises en difficulté (avocat, expert-comptable, commissaire aux comptes, assureur, banquier, directeur juridique, auditeur, professeur de droit, etc.).

L'Institut compte plus de 700 adhérents répartis en 11 Compagnies régionales sur toute la France.

Ces professionnels apportent une importante plus-value dans l'économie nationale à travers leur accompagnement des entreprises et entrepreneurs en difficulté.

L'Institut organise le principal évènement annuel du secteur en janvier : les entretiens de la sauvegarde auxquels participent les membres mais également des magistrats, des professeurs d'Université reconnus. L'IFPPC organise des formations et des colloques, lieux d'échanges interprofessionnels et de recherches prospectives afin d'être force de proposition.

Forte de l'expertise de ses membres, l'IFPPC agit pour aider les entreprises à anticiper et surmonter les crises, sauvegarder leur capital économique et humain et permettre aux chefs d'entreprises de rebondir.

LA MISSION DES MANDATAIRES DE JUSTICE

Les mandataires de justice, au cœur de la vie de l'entreprise, sont à la croisée de trois groupes d'acteurs : le chef d'entreprise, les créanciers (dont les fournisseurs et salariés de l'entreprise) et l'État (charges sociales, impôts et autres contributions).

Les intérêts souvent divergents de ces acteurs conduisent les mandataires, dont le rôle est de faire prévaloir l'intérêt général en appliquant la Loi, à contrarier inévitablement, au cas par cas, l'un de ces groupes.

Dans notre économie soumise à de profonds changements structurels, nombreux sont les facteurs externes irrésistibles qui peuvent conduire une entreprise vers la faillite.

L'intervention des mandataires de justice, quand elle ne permet pas de trouver une solution aux difficultés de l'entreprise, conduit à minimiser les conséquences sociales et l'effet domino sur les prestataires qui peuvent découler de sa faillite.

Ils jouent ainsi un rôle, trop souvent méconnu, d'« *amortisseur social territorial* ».

Nous vous invitons à prendre connaissance de nos outils de présentation des dispositifs d'accompagnement des entreprises en difficulté :

« [Comprendre le système de traitement des difficultés des entreprises](#) »

L'introduction, dans la sauvegarde et le redressement judiciaire, des classes de créanciers est l'innovation majeure de cet avant-projet. Cette innovation appelle les observations qui suivent.

I / Domaine des classes de créanciers : article L.626-29

Le projet opte pour un critère de taille, corrigé par une possibilité de recours facultatif aux classes de créanciers sur décision du juge-commissaire et à la demande du débiteur.

1°) L'IFPPC observe que le critère tiré du montant total du bilan n'est pas pertinent car l'importance des enjeux n'est pas toujours révélée par ce chiffre (exemple d'une entreprise à forte main d'œuvre ou d'une entreprise dont les principaux actifs sont détenus dans le cadre de contrats de crédit-bail).

Ce critère de taille serait plus pertinent s'il était fondé sur plusieurs indicateurs alternatifs, qui pourraient être le bilan et/ou le chiffre d'affaires et/ou le nombre de salariés.

2°) L'IFPPC approuve la faculté donnée au juge-commissaire d'ordonner la constitution de classes de créanciers sur demande du débiteur car ce régime peut être souhaitable dans des PME n'atteignant pas le seuil dimensionnel qui sera prévu.

Il suggère que la même faculté soit reconnue au tribunal dès l'ouverture de la procédure, ce qui peut être un facteur de souplesse et de rapidité.

II / Composition des classes de créanciers : article L.626-30

1°) Principes applicables

L'IFPPC s'interroge, à la lecture de l'avant-projet, sur le périmètre exact des classes de « parties affectées ».

Faut-il comprendre que tous les créanciers affectés par le plan sont appelés à se prononcer en classes constituées ? Ou bien reste-t-il une catégorie résiduelle de créanciers dont le paiement sera déterminé par le tribunal après consultation individuelle (L.626-5) ?

La suppression du texte figurant actuellement à l'article L.626-33 milite en faveur de la première interprétation.

D'autres dispositions militent en sens contraire : l'article L.626-31, par exemple, indique que le tribunal statue sur le projet de plan adopté par chacune des classes, mais aussi sur « le projet de plan mentionné à l'article L.626-2 » ; d'autre part, certains créanciers semblent devoir être exclus des classes alors que leurs créances devraient pouvoir être aménagées (v. infra : les salariés et l'AGS, les administrations financières).

2°) Détenteurs de capital

Le projet prévoit une solution figurant entre crochets, donc non définitivement arrêtée : *[3° Les détenteurs de capital sont répartis dans une classe distincte sauf s'ils ne sont pas affectés par le projet de plan.]*

Première observation : cette disposition soulève une difficulté car les associés seront « affectés par le projet de plan » dans deux situations qui sont différentes et qui peuvent, en outre, se cumuler :

- lorsque le projet de plan affecte leur participation (spécialement en cas de dilution consécutive au projet d'entrée d'un tiers au capital) ;
- lorsqu'ils sont, par ailleurs, créanciers (avances en compte courant).

La formulation retenue impose d'isoler les détenteurs de capital au sein d'une classe spécifique dans les deux cas : tant au titre de leurs éventuelles créances qu'au titre de leurs droits d'associés. Si l'on veut réserver cette classe spécifique au vote concernant leur participation au capital, il faut le préciser et formuler la règle autrement.

Cette précision étant faite, l'IFPPC est favorable à l'idée de réserver une classe spécifique aux détenteurs de capital dans les deux cas. En effet, lorsqu'ils sont créanciers de leur société, les associés représentent typiquement un « intérêt catégoriel ». D'ailleurs, ils feront souvent l'objet d'une proposition spécifique.

Deuxième observation : lorsque le vote concerne les droits d'associés des détenteurs de capital, les conditions de majorité prévues à l'article L.626-30-2 (majorité du montant des créances) sont inadaptées. Il faudra procéder à cette adaptation.

3°) Travailleurs

La disposition figurant actuellement dans le projet est la suivante : « *Les créances des travailleurs ne sont pas affectées par le plan* ».

L'IFPPC observe que cette disposition est doublement contestable.

D'une part, le terme « travailleur » est inadapté à un texte de droit français.

Celui-ci connaît les salariés et les personnes exerçant une activité indépendante. Ces derniers sont des « travailleurs non salariés » dans les textes régissant la sécurité sociale.

En réalité, la disposition observée vise les salariés.

D'autre part, il est inexact de dire que les créances des salariés ne sont pas affectées par le plan. En effet, l'article L.626-20, qui ne semble pas devoir être modifié, distingue deux catégories parmi les créances nées des contrats de travail :

- Certaines d'entre elles échappent au plan : les créances superprivilégiées, d'une part ; et, d'autre part, les créances bénéficiant du privilège des salaires prévu par le Code civil, mais seulement lorsque le salarié en est toujours titulaire parce qu'elles n'ont pas été avancées par l'AGS ou par toute autre personne subrogée dans ses droits.
- Les autres créances nées des contrats de travail sont affectées par le plan (créances avancées par l'AGS au-delà du plafond, voire créances détenues par les salariés et non couvertes par le privilège du Code civil).

Il faut donc bien déterminer le sort des salariés et de l'AGS pour les créances qui seront affectées par le plan. Ce sort va dépendre de la question posée plus haut : tous les créanciers affectés par le plan doivent-ils être consultés au sein d'une classe ?

Dans l'affirmative, il ne paraît pas judicieux d'imposer la création d'une classe spécifique, qui ne comprendra souvent que l'AGS. Mieux vaut laisser à l'administrateur le soin de déterminer la solution la plus appropriée à l'espèce.

Dans la négative, il paraît plus simple de prévoir que les créances nées d'un contrat de travail ne sont pas prises en compte dans la composition des classes de créanciers. Ces créances résiduelles relèveront de la consultation individuelle et de la décision du tribunal.

4°) Administrations financières et organismes sociaux

Le projet ne vise pas expressément le trésor public et les organismes sociaux. Il contient seulement un renvoi à l'actuel article L.626-6 dans le texte relatif au contenu du plan (L.626-30-2).

Ce renvoi est ambigu. En effet, ce texte prévoit, lui-même, des textes d'application difficilement compatibles avec le système du vote par classe (C.com., art. D.626-14 : examen des demandes de remise par la commission des chefs de services). Est-ce à dire que ces créanciers ne peuvent être constitués en classes ou intégrés à une classe ? Auquel cas des délais pourront-ils leur être imposés par le tribunal ?

Si ce point n'est pas précisé, il y aura là une source de difficultés.

5°) Créanciers vulnérables

Selon le projet : « *L'administrateur judiciaire veille à ce que la répartition en classes soit effectuée de manière à protéger les créanciers vulnérables dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat [renvoi à la partie en R A DISCUTER]* ».

L'IFPPC relève deux difficultés dans cette disposition.

D'une part, la notion de créancier vulnérable est très imprécise et sujette à discussions.

D'autre part, le contenu de la règle énoncée est incertain. Comment assurer « la protection » de ces créanciers dans le cadre de « la répartition en classes » ? Est-ce à dire qu'il faut leur réserver une classe spécifique ? En l'état, la disposition est trop imprécise pour être pertinente.

6°) Contentieux de la composition des classes

Le projet organise une procédure préalable, relevant du juge-commissaire, pour purger ces contentieux avant le vote : « *L'administrateur soumet à chaque partie affectée les modalités de répartition en classes et de calcul des voix correspondant aux créances leur permettant d'exprimer un vote. Ces éléments sont également notifiés au mandataire judiciaire. [En cas de désaccord, chaque partie affectée, le mandataire judiciaire ou l'administrateur peut saisir le juge-commissaire suivant des modalités prévues par décret en Conseil d'Etat]* ».

Ce recours est régi par des dispositions réglementaires prévoyant une audience devant le juge-commissaire, un délai de dix jours pour statuer, un recours devant la cour d'appel qui doit statuer dans les dix jours et un pourvoi en cassation (« *possibilité implicitement ménagée* ») (C.com., art. R.626-57 et 58).

Ce projet est à comparer au système actuellement applicable dans les procédures avec comités, où les contestations sont examinées par le tribunal au plus tard au moment où il statue sur le plan voté par les comités selon les modalités contestées (C.com., art. L.626-34-1 actuel).

Il est à craindre que, quelle que soit la célérité des juridictions saisies de ces contentieux en premier ressort et en appel, le système proposé ne retarde considérablement l'arrêté du plan. L'IFPPC estime que la solution actuelle est préférable car elle permet de mieux maîtriser le calendrier de l'adoption du plan, qui est un élément essentiel de son succès.

III / Transfert de l'appartenance à une classe : article L.626-30-1

L'IFPPC observe que l'alternative figurant actuellement dans le texte relatif aux comités (« L'obligation ou, le cas échéant, la faculté de faire partie... ») n'a plus de sens dans le système des classes.

L'appartenance à une classe est une obligation. Jamais une faculté.

IV / Contenu et vote du plan : article L.626-30-2

1°) Contribution non monétaire des détenteurs du capital

Le projet introduit ici un principe figurant dans le considérant 59 de la directive et relatif aux PME : « *[En deçà du seuil prévu à l'article L. 626-29, les détenteurs de capital du débiteur, s'ils sont constitués en tant que parties affectées, peuvent apporter une contribution non monétaire à la restructuration, par exemple, en mettant à profit leur expérience, leur réputation ou leurs contacts professionnels]* ».

L'IFPPC est très réservé sur cette disposition.

La « contribution non monétaire » de l'homme clef de l'entreprise, dans la mesure où il garde la confiance des créanciers et du tribunal, va de soi en droit positif. On comprend mal l'intérêt de mentionner cette évidence.

La question se pose également de la valorisation de cet apport.

En outre, on voit mal pourquoi cette contribution serait réservée à l'hypothèse où les détenteurs du capital « *sont constitués en tant que parties affectées* » donc consultés dans le cadre des classes. Il ne paraît pas pertinent de lier les deux questions.

2°) Conversion de créances en capital

Le projet reprend une disposition existante en prévoyant que le plan peut, notamment, prévoir, « *lorsque le débiteur est une société par actions dont tous les actionnaires ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports, des conversions de créances en titres donnant ou pouvant donner accès au capital* ».

L'IFPPC observe que la réforme fournit l'occasion de s'interroger sur la pertinence de restreindre cette mesure aux sociétés par actions. La conversion de créance en capital peut être une solution opportune dans toute personne morale, quelle que soit sa forme juridique.

3°) Petites créances

Le projet envisage d'ajouter à la liste des créances qui « *ne peuvent faire l'objet de remises ou de délais qui n'auraient pas été acceptés par les parties affectées* » les petites créances actuellement exclues du plan de droit commun arrêté par le tribunal, en vertu de l'article L.626-20-II.

L'IFPPC juge cette innovation inutilement contraignante. N'est-il pas préférable de laisser au débiteur et à l'administrateur le soin de proposer un traitement approprié des petites créances ? D'autant qu'ils pourront ainsi définir celles-ci comme ils le jugeront pertinent dans chaque cas d'espèce.

4°) Conditions de majorité

Le projet retient les conditions de majorité prévues par le texte actuel sur les comités de créanciers : « *La décision est prise par chaque classe [à la majorité des deux tiers du montant des créances détenues par les membres ayant exprimé un vote]* ».

Cette règle est le fruit de l'expérience puisqu'elle s'est imposée en droit positif à l'issue de plusieurs réformes récentes (suppression de la double majorité en montant et en nombre, neutralisation des absents).

Il convient, cependant, de se demander si l'exigence d'une majorité qualifiée (deux tiers), empruntée aux anciennes assemblées concordataires et aux comités de créanciers, reste justifiée dans un vote par classes. La directive impose un maximum, qui est de 75 %, mais pas de minimum.

L'IFPPC estime que deux raisons, au moins, militent en faveur d'une majorité non qualifiée : la multiplicité des classes, qui est de nature à compliquer l'obtention d'un consentement général au projet ; le contrôle du tribunal, qui vérifie notamment le respect de l'intérêt des créanciers dissidents.

Enfin, il convient de rappeler l'observation faite, plus haut, à propos de la classe des détenteurs de capital : si ces derniers sont consultés au titre de leur participation au capital (et non au titre de leurs éventuelles créances à l'égard de la société), les conditions de majorité énoncées ici sont inadaptées.

5°) Obligataires

Selon le projet : « *[Lorsqu'il existe des obligataires, le vote en classe remplace le vote en assemblée générale d'obligataires, sous réserve de respecter les droits à l'information et à la participation au vote des obligataires]* ».

Cette disposition est très imprécise au regard des difficultés que soulève le traitement des obligataires. Le texte relatif à l'assemblée générale unique des obligataires, dans le système des comités, avait d'ailleurs été enrichi par l'expérience (C.com., art. L.626-32).

Il conviendrait, notamment, de préciser que la règle s'applique aux emprunts soumis à un droit étranger. Il faudrait aussi être plus clair sur le rôle du représentant de la masse ou de l'organe de représentation relevant d'un droit étranger.

6°) Remplacement du vote par un accord

Selon le projet : « *Au sein de chaque classe, le vote sur l'adoption du plan peut être remplacé par un accord avec la majorité requise* ».

L'IFPPC observe que la formulation de cette règle est ambiguë en ce qu'elle oppose un vote et un accord, tout en précisant que cet accord serait acquis à la majorité. S'il s'agit de permettre un vote par correspondance, la règle est bienvenue. De manière générale, l'IFPPC estime que les textes devraient permettre toute forme de vote à distance, notamment par voie électronique.

V / Projet voté par toutes les classes : article L.626-31

1°) Principes applicables

Comme observé plus haut, l'article L.626-31, tel qu'il est proposé entretient l'ambiguïté sur la question de savoir s'il demeure, parallèlement au vote des classes, des propositions de règlement du passif soumises individuellement à des créanciers ne seraient rattachés à aucune classe (voir l'alinéa 1^{er}, selon lequel le tribunal statue sur le projet voté par les classes « *ainsi que sur le projet de plan mentionné à l'article L.626-2* »).

2°) Egalité de traitement

Le tribunal doit vérifier que « *2° les créanciers partageant une communauté d'intérêt suffisante au sein de la même classe bénéficient d'une égalité de traitement, et sont traités de manière proportionnelle à leur créance* ».

Première observation : cette formulation est ambiguë. La notion de « *créanciers partageant une communauté d'intérêt suffisante au sein de la même classe* » est-elle une périphrase désignant tous les créanciers d'une même classe ? Ou bien ce texte signifie-t-il qu'il pourrait y avoir des distinctions au sein d'une même classe ? C'est plutôt ce que suggère la formule envisagée. Ce point doit être éclairci.

Deuxième observation : *a priori*, la notion d'égalité de traitement se suffit à elle-même. Le traitement proportionnel n'est que le moyen d'assurer une égalité de traitement : le montant des remises et des annuités de chacun sera proportionnel au montant de sa créance. Si c'est bien le cas, la disposition évoquant un traitement proportionnel est redondante. S'il s'agit de viser autre chose, il faut être plus précis.

3°) Notification conforme

Le tribunal doit vérifier que « *3° la notification du plan a été effectuée de manière conforme à toutes les parties affectées* ».

L'IFPPC observe qu'il serait plus exact d'évoquer la notification du projet de plan. En outre, la notion de conformité ne se comprend que par référence à des règles auxquelles il conviendrait de renvoyer.

4°) Critère du meilleur intérêt

Le tribunal doit vérifier que « 4° en présence de créanciers dissidents, le plan satisfait au critère du meilleur intérêt des créanciers ».

Cette disposition donne lieu à une discussion nourrie au sein du comité.

Elle peut être comprise de deux manières. S'agit-il de donner une sorte de « droit de véto » à un créancier dissident au sein d'une classe dès lors qu'il détient une sûreté qui lui conférerait une position favorable en cas de liquidation ? Ou s'agit-il, au contraire, de vérifier que l'intérêt général justifie que la loi de la majorité s'impose à ce dissident ?

En somme, faut-il apprécier le critère au regard du dissident ou au regard de l'ensemble de la classe à laquelle il appartient ?

Si la première interprétation doit être retenue, l'IFPPC estime que cette disposition ferait obstacle à de nombreux projets de plans. En outre, elle viderait de sa substance la loi de la majorité.

VI / Application forcée interclasses : article L.626-32

L'une des conditions de l'application forcée interclasses est que « 3° les créances des créanciers affectés d'une classe dissidente autorisée à voter sont intégralement désintéressés (sic) par des moyens identiques ou équivalents lorsqu'une classe de rang inférieur a droit à un paiement ou conserve un intéressement dans le cadre du plan ».

La portée de cette disposition est à relativiser en raison de la possibilité de dérogation prévue au II du texte.

L'IFPPC observe que la notion de « moyens identiques ou équivalents » n'est pas claire. Il s'agit d'encadrer le « désintéressement intégral » d'une classe dissidente à qui l'on imposerait un plan qui ne prive pas de leurs droits les « parties affectées » d'une « classe inférieure ». Faut-il comprendre que ce désintéressement intégral aura lieu « selon les mêmes modalités » que celui de ces classes inférieures (donc les mêmes délais, par exemple ?). Si c'est bien le cas, les termes utilisés ne paraissent guère appropriés. D'autant que le livre 6 évoque, par ailleurs, les « moyens du plan » pour viser tout autre chose (C.com., art. L.626-26).

VII / Détermination de la valeur de l'entreprise : article L.626-33

Selon le projet : « II- Le tribunal statue sur le projet de plan, en déterminant la valeur de l'entreprise du débiteur, au besoin en ordonnant une expertise, lorsque le plan est contesté par une partie affectée dissidente sur le fondement :

1° du fait présumé de ne pas remplir le critère du meilleur intérêt des créanciers ; ou
2° d'une violation alléguée des conditions relatives à une application forcée interclasse prévues par les I et II de l'article L. 626-32 ».

1°) L'objet de l'évaluation

La valeur de l'entreprise est une notion que les mandataires de justice connaissent bien.

L'IFPPC se demande donc si cette notion est bien adaptée au problème qu'il s'agit de résoudre, à savoir l'évaluation des espoirs de paiement d'un créancier (ou d'une classe ?) en cas de liquidation judiciaire. La plupart du temps, dans le système français, les créanciers disposant d'une garantie ont un droit de préférence sur un actif déterminé. C'est donc la valeur de l'actif grevé et non la valeur de l'entreprise qui déterminera leurs espoirs de paiement. A moins que l'on se place dans la perspective d'un plan de cession et non d'une liquidation d'actifs isolés. Où l'on voit que le critère du meilleur intérêt a été conçu dans un environnement qui n'est pas celui du droit français.

Plutôt que la valeur de l'entreprise, ne faut-il pas plutôt identifier les perspectives de paiement des créanciers en cause au moyen d'une simulation de distribution ?

2°) La charge des frais d'expertise

Dans la mesure où le recours à une expertise judiciaire est imposé par une contestation, l'IFPPC estime que la charge des frais d'expertise devrait incomber à l'auteur de cette contestation. Il serait souhaitable que la loi le précise.

VIII / Présentation formelle du projet de plan : article R.626-58-2

Dans la liste des mentions énumérées par le projet, on relève : « 4° *les classes dans lesquelles les parties affectées ont été regroupées aux fins de l'adoption du plan de restructuration, ainsi que la valeur respective des créances et intérêts dans chaque classe* ».

L'IFPPC observe que le terme « valeur » ne doit pas être utilisé pour les créances car il introduit une ambiguïté. Les créances ont un montant déterminé, qui servira de base au calcul de la majorité. Elles ont aussi une valeur, qui est généralement moindre dans ce contexte d'insolvabilité. Il est permis de penser que seul le montant doit être visé ici, le terme de valeur pouvant correspondre aux apports des détenteurs de capital.