

**Réponses de HOICHE Avocats à la consultation des professionnels
sur l'avant-projet d'ordonnance portant
sur la transposition de la directive "restructuration et insolvabilité"**

15 février 2021

1. Sur la proposition de fusionner la sauvegarde accélérée et la sauvegarde financière accélérée

- Une telle fusion répond assurément à l'objectif d'améliorer la lisibilité et l'intelligibilité du droit des entreprises en difficulté en évitant la multiplication de procédures différentes et elle n'empêchera pas de limiter les effets de la procédure de sauvegarde aux seuls créanciers financiers dès lors que la procédure ne produira d'effets qu'à l'égard des seules parties affectées par le plan.

Elle paraît donc opportune.

2. Sur l'option alternative de ne pas rendre obligatoire le recours à une conciliation préalable avant l'ouverture d'une procédure de sauvegarde accélérée

- La procédure de sauvegarde accélérée doit demeurer un outil de dissuasion au service de la conciliation visant à inciter les parties prenantes à un accord unanime en conciliation.
- Par ailleurs l'intérêt de la sauvegarde accélérée réside, par nature, dans sa célérité permettant au débiteur de ne subir les effets du caractère public de la procédure qu'un temps très limité. A défaut d'une phase préparatoire en conciliation et avec la possibilité de poursuivre les discussions sur le plan jusqu'à 8 mois suivants l'ouverture de la procédure, son caractère accéléré serait nécessairement remis en cause.
- Enfin, à défaut de conciliation préalable et avec une période d'observation pouvant durer jusqu'à 8 mois, la sauvegarde accélérée ne se distinguerait que peu de la sauvegarde de droit commun et l'on pourrait s'interroger sur l'opportunité de conserver deux procédures distinctes.

Il semble donc impératif de conserver obligatoire le recours à une conciliation préalable et de limiter la durée de la sauvegarde accélérée à la durée de trois mois actuellement applicable.

3. Sur la constitution des classes de créanciers

- Afin de purger le plus tôt possible toute discussion sur la composition des classes, leur constitution doit intervenir le plus en amont possible de la procédure sans attendre qu'un projet de plan soit établi. Ce sont donc tous les créanciers qui doivent être réunis en classes et non seulement les créanciers affectés par le plan ou les plans qui leur sera soumis.

- Un nécessaire équilibre doit être trouvé entre la souplesse qui doit être laissée à l'administrateur judiciaire pour la constitution des classes et la sécurité juridique qui doit être offerte aux créanciers. Ainsi, si une certaine marge de manœuvre doit être laissée à l'administrateur judiciaire, il semble impératif que des critères objectifs complètent ceux proposés à ce stade à l'article L 626-30 pour encadrer la constitution des classes afin de permettre d'appréhender la notion de « communauté d'intérêt suffisante ». L'administrateur judiciaire doit également motiver précisément dans son rapport le choix de la répartition des créanciers entre les différentes classes.
- Il ne nous semble pas opportun d'écarter le débiteur du processus d'élaboration des classes. Il devrait d'ailleurs être mis à sa charge l'obligation de communiquer sans délai, dès lors qu'il en a connaissance, tous les accords de subordination, et, de manière générale, tout accord susceptible d'avoir une incidence sur la composition des classes.
- Il semble indispensable de clarifier la possibilité de constituer une ou des classes de créanciers publics et les mesures de restructuration qu'il serait possible d'imposer à cette catégorie de créanciers dans le cadre d'une application forcée interclasses.
- Dans un souci d'efficacité, le nombre et la composition des classes pour les plus petites entreprises devraient être prédéterminés par la loi. Par exemple :
 - Créanciers chirographaires,
 - Créanciers privilégiés,
 - Créanciers publics.
- La constitution d'une classe de détenteurs de capital et l'assimilation de leur vote à une assemblée générale ordinaire ou extraordinaire semblent opportunes.

Il convient toutefois de s'interroger sur la validité juridique de passer outre un vote négatif de cette classe dans le cadre d'une application forcée interclasse. Une distinction pourrait être faite sur ce point entre la sauvegarde et le redressement judiciaire.
- Il semble opportun de prévoir une analyse économique des sûretés et de prévoir la faculté de répartir une créance bénéficiant d'une sûreté entre plusieurs classes en fonction de la valeur économique de la sûreté.
- Le traitement des créances litigieuses, notamment au titre de demandes de dommages et intérêts, mériterait d'être précisé notamment au regard de la prise en compte de ces créances dans le plan et du droit de vote qui pourrait être accordé à ces créanciers simplement éventuels.

4. S'agissant du « plan de restructuration »

- Il convient de clarifier si le pouvoir d'appréciation du débiteur de soumettre aux classes de créanciers les « propositions d'une partie affectée » membre d'une classe ne concerne que des propositions isolées (remises, délais, etc.) ou si ce pouvoir d'appréciation concerne également la soumission aux classes de « projets de plan concurrent » (Cf. articles L626.30.2 et R.626-57-2 repris dans le nouvel article Nr.626-58-1).
- Si le débiteur peut apprécier l'opportunité de soumettre un « plan concurrent » aux classes de créanciers, alors la possibilité pour les créanciers de présenter un plan concurrent serait largement remise en cause. Le cas échéant, une différence de traitement pourrait alors être faite entre la sauvegarde et le redressement judiciaire afin de faciliter l'émergence de plans concurrents en redressement judiciaire.
- Par ailleurs, la possibilité d'adopter le plan du débiteur par une « application forcée interclasse » pourrait être conditionnée à ce que les plans concurrents ou certains d'entre eux, s'ils existent, aient été soumis aux classes de créanciers. Si un des plans concurrents était adopté à l'unanimité des classes de créanciers, le tribunal pourrait alors arbitrer entre le plan du débiteur et le plan concurrent pour adopter celui qui lui semble le plus à même d'assurer la pérennité de l'entreprise, considération prise du rapport de l'Administrateur judiciaire relatif aux plans proposés.

Il pourrait même être envisagé de limiter la possibilité de présenter un plan concurrent à un créancier ou groupe de créanciers représentant au minimum [10] % du passif.

5. S'agissant de l'application forcée interclasses

- S'il semble opportun en sauvegarde, notamment pour conserver son attractivité de réserver au débiteur la faculté de solliciter une application forcée interclasse, il nous semble qu'une telle application forcée interclasse devrait être plus largement ouverte, notamment dans des hypothèses où l'alternative serait l'adoption d'un plan de cession.

La taille de l'entreprise ne nous semble, en revanche, pas un critère à retenir pour déterminer si le débiteur peut s'opposer à une application forcée interclasse.

- Il paraît souhaitable de retenir l'impossibilité de saisir le tribunal aux fins d'imposer un plan en cas d'échec de l'adoption du plan en sauvegarde accélérée et de sauvegarde de droit commun. Si des classes de créanciers ont été élaborées, l'adoption d'un plan reste toujours possible via l'application forcée interclasses, sous conditions de l'accord du débiteur et du respect de la règle de la priorité absolue.

6. S'agissant de la valorisation de l'entreprise dans le cadre d'une application forcée interclasse

- Dans un objectif de célérité, la question de la valorisation, si elle doit être examinée, doit l'être le plus en amont possible et non seulement lorsque le tribunal est appelé à se prononcer sur le plan.

- Il conviendrait également qu'une expertise puisse être ordonnée par le juge-commissaire à la demande de l'administrateur judiciaire, dès que ce dernier estime probable le recours au mécanisme de l'application forcée interclasses. Se pose alors la question de la participation des créanciers à l'expertise ordonnée, soit directement soit par l'intermédiaire du mandataire judiciaire, selon des modalités à déterminer, afin que cette expertise puisse être considérée comme étant définitive, sauf recours exceptionnel limité à l'erreur grossière. Dans le cadre de cette expertise contradictoire les créanciers pourraient être appelés par le mandataire judiciaire à faire intervenir leur propre expert, à leurs frais.
- En tout état de cause, la contestation de la valorisation de l'entreprise par l'expert désigné par le Juge-commissaire devrait être strictement encadrée, limité par des délais de recours très courts à peine de forclusion et limité à l'erreur grossière afin de tenter d'éviter les recours dilatoires.

7. S'agissant de la durée des procédures

- La durée totale de la période d'observation de la sauvegarde (droit commun) mériterait d'être réduite à 12 mois au lieu de 18 mois, de même pour le redressement judiciaire, ce qui va dans le sens de la directive.
- Toutefois, s'agissant de la durée totale des plans qui serait de 10 ans maximum en redressement judiciaire, durée réduite à 8 ans maximum en sauvegarde de droit commun, pour l'hypothèse d'un plan arrêté par le tribunal. En raison du contexte économique actuel, il semble indispensable de conserver les durées les plus longues possibles, dans le respect des dispositions de la directive, tant en ce qui concerne la durée des périodes d'observation que celles des plans.

8. S'agissant des délais de recours et circuits procéduraux

Les textes de l'avant-projet d'ordonnance ne prévoient pas les circuits procéduraux permettant d'assurer les délais de recours prévus au texte et la procédure à jour fixe proposée au stade de l'appel semble contraire au besoin de célérité (formalisme trop lourd pour respecter un délai de 10 jours aux termes duquel la Cour d'appel doit avoir statué). Cela pourrait facilement complexifier les procédures collectives si l'on tient compte de l'organisation judiciaire civile et commerciale actuelle faute de moyens.

Dans ce cadre, les délais de recours très courts, restent appréciables.

- Néanmoins, il conviendrait de s'assurer de la capacité du Greffe du Tribunal, puis de la Cour d'appel de pouvoir traiter ces contentieux rapidement, ce qui pourrait s'avérer être un exercice d'équilibriste, susceptible de paralyser/retarder le bon déroulement de la procédure collective.
- A titre d'illustration, le système d'élaboration des classes de créanciers risque de reporter la date à laquelle le plan sera voté par les créanciers, puis arrêté par le Tribunal.

Compte tenu de ces délais particulièrement exigeants, il est suggéré la création d'une procédure particulière pour répondre aux objectifs d'efficacité des procédures de

restructuration sans renvoi à la procédure à jour fixe. Les notifications pourraient être prévues non pas par huissiers mais par lettres RAR / par email émanant du greffe aux seules adresses déclarées par les parties prenantes et par leurs avocats constitués.

9. Points divers

- L'article « définitions » n'apporte aucune valeur ajoutée notamment en ce qu'il vient définir des notions connues et, au demeurant, il semble incomplet. Il est donc générateur de confusion sans compter que les définitions visées à l'article 2 de la Directive apparaissent données comme grille de lecture de ladite Directive sans obligation de transposition dans le droit national.
- Dès lors que les salariés sont exclus du système de classe, il nous semble que la notion de « Créancier Vulnérable » n'a plus d'utilité. Cette notion, au demeurant non définie, est également génératrice de confusion et de discussion.

Pour HOICHE Avocats :

Me Catherine Ottaway
Me Georges-Louis Harang
Me Hadrien de Lauriston
Me Benjamin Gallo
Me Jessica Dedios