

A portrait of a man with dark, curly hair, wearing a dark suit, white shirt, and a dark tie with small white dots. He is looking slightly to the right of the camera with a subtle smile. The background is a plain, light grey.

Par M^e Romain
du PLANTIER
Avocat au Barreau
de Bordeaux

RÉFORME DU CODE DE
LA TECHNICITÉ SAUV
ENTREPRISES

A professional portrait of M^e Aurélien MOREL, a man with a beard and mustache, wearing a dark blue suit, light blue shirt, and patterned tie. He is standing with his arms crossed against a plain grey background. A small blue triangle is visible in the top right corner.

M^e Aurélien MOREL
Administrateur Judiciaire,
ASCAGNE AJ SO

COMMERCE

ERA-T-ELLE LES EN DIFFICULTÉ ?

000

Attendue depuis plusieurs mois, l'ordonnance n° 2021-1193 modifiant le livre VI du Code de commerce a été publiée le 15 septembre 2021, avant d'être suivie par un décret d'application le 23 septembre 2021. Cette réforme transpose en droit français la directive européenne « restructuration et insolvabilité » du 20 juin 2019.

Laissant présager un rapprochement de notre droit, réputé pro débiteurs, des systèmes juridiques anglo-saxons davantage en faveur des créanciers, les changements opérés sont au final moins spectaculaires qu'annoncé. Ils ne concerneront majoritairement qu'un nombre réduit d'entreprises, à savoir les plus grandes. La crise sanitaire a sans doute pesé lourd dans la balance, empêchant le législateur français de suivre son idée initiale, étant rappelé que notre législation était déjà majoritairement conforme aux grands idées européennes et enviée par bon nombre de nos voisins, allemands notamment. Le résultat est une réforme complexe qui devrait toutefois contenter débiteurs et créanciers. Reste à savoir si les TPE-PME sauront profiter des ajustements techniques développés ci-après.

LA CONSÉCRATION DE LA « MISE AU PAS » DES CRÉANCIERS RÉCALCITRANTS EN CONCILIATION

La conciliation, procédure préventive mise en avant dans le cadre de la crise sanitaire, permet de mener des négociations, dans un cadre amiable et confidentiel, avec les membres de l'environnement économique de l'entreprise (actionnaires, fournisseurs, clients, banques, etc.). Le périmètre de ces négociations est prédéterminé par le conciliateur avec le dirigeant et ses conseils, afin de ne pas avoir de répercussions sur l'activité opérationnelle de l'entreprise. Cette procédure a récemment vu son régime être modifié par des ordonnances prises en raison de l'épidémie de Covid-19. Certaines de ces mesures sont aujourd'hui pérennisées par la réforme.

La plus importante d'entre elles est la possibilité pour le débiteur de demander au juge qui a ouvert la conciliation de faire application de l'article 1343-5 du Code civil, s'agissant du créancier récalcitrant. L'entreprise peut classiquement solliciter du juge le report ou l'échelonnement, dans la limite de deux années, du paiement des créances échues lorsque le créancier l'a mise en demeure ou poursuivie. Nouveauté, elle peut désormais également le faire lorsqu'un créancier a refusé la demande du conciliateur - dans un délai imparti par ses soins - de suspendre l'exigibilité de sa créance.

Pour les créances non échues, le juge peut également reporter ou échelonner le règlement, mais seulement dans la limite de la durée de la mission du conciliateur. Cette mesure avait déjà été mise en place par les textes

adoptés dans le cadre de la crise sanitaire. Ces derniers prévoyaient en outre que la durée de la conciliation pouvait être prorogée à la demande du conciliateur, par décision motivée du président du Tribunal, pour une durée totale ne pouvant excéder 10 mois. Ces dispositions relatives à l'allongement de la procédure n'ont toutefois pas été reprises par la réforme, la durée de la conciliation étant donc fixée à 4 mois, prorogeable un mois au maximum.

DÉLAI DÉSORMAIS LIMITÉ À 5 MOIS

La pérennisation de cette possibilité de solliciter, pour l'entreprise, une suspension ou un report de l'exigibilité de ses créances apparaît opportune, d'autant que le délai est désormais limité à 5 mois s'agissant des créances non échues. L'équilibre entre le débiteur et ses créanciers est donc assuré et une telle demande ne présente aucune automaticité. Elle suppose en effet la formulation d'observations par le conciliateur et est soumise à l'appréciation souveraine du juge. L'instrumentalisation de la procédure de conciliation, aux fins d'obtenir uniquement un report de ses créances, ne devrait donc pas avoir lieu. Nul doute qu'en pratique, cette mesure sera précieuse, puisqu'elle pourra permettre à des entreprises de sortir d'un état de cessation des paiements et favorisera la mise en place de mesures de refinancement. Elle est fondamentale car elle permettra d'imposer des délais au créancier récalcitrant, avec l'objectif d'une reprise rapide des négociations avec ledit créancier puisqu'un *statu quo* ne permettra pas, à lui seul, d'assurer le rebond de l'activité de l'entreprise.

Enfin, l'ordonnance prévoit que les garants, personnes physiques ou morales, bénéficient de ces délais de grâce octroyés au débiteur. Le dirigeant caution sera donc protégé et ne subira aucune conséquence, à titre personnel, de la restructuration mise en place.

Pour les créances non échues, **le juge peut également reporter ou échelonner le règlement**



UNE NEUTRALISATION DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE CASSATION

La réforme vient par ailleurs clarifier les conséquences d'une caducité et/ou de la résolution d'un accord amiable conclu en conciliation. Plusieurs décisions récentes de la chambre commerciale de la Cour de cassation avaient en effet inquiété les praticiens des procédures collectives, en décidant de la caducité des sûretés octroyées dans le cadre de l'accord de conciliation après l'ouverture d'une procédure collective. Désormais, la caducité ou la résolution de l'accord amiable ne prive pas d'effets les clauses dont l'objet est d'en organiser les conséquences. La technique contractuelle sera alors déterminante et seule une rédaction précise des protocoles de conciliation permettra d'éviter toute difficulté et d'assurer la parfaite sécurité juridique de ces accords.

LA MISE EN VALEUR DE LA SAUVEGARDE ACCÉLÉRÉE

La transposition de la directive européenne met fin à la distinction entre la sauvegarde accélérée et la sauvegarde financière accélérée (même si le débiteur conserve la faculté de demander à ce que l'ouverture d'une procédure de sauvegarde soit limitée aux créanciers financiers). La sauvegarde accélérée est en outre désormais accessible à l'intégralité des entreprises, puisque les seuils de chiffre d'affaires et de total bilan sont supprimés.

Cette procédure a notamment pour objet de convertir et d'imposer, dans un cadre judiciaire, un accord amiable qui n'aurait pas été adopté par l'intégralité des créanciers dans le cadre d'une conciliation préalable. Ses critères d'ouverture demeurent pour l'essentiel inchangés. Ainsi, l'entreprise doit être engagée dans une procédure de conciliation, avoir élaboré un projet de plan assurant sa pérennité et pouvant recueillir un large soutien des créanciers affectés, et avoir ses comptes certifiés par un commissaire aux comptes ou établis par un expert-comptable.

Elle peut être en cessation des paiements lors de l'ouverture de la sauvegarde accélérée, mais cet état ne doit pas précéder depuis plus de 45 jours la demande de conciliation préalable. Ce dernier critère semble toutefois superflu puisque que la conciliation ne peut pas être ouverte dans l'hypothèse d'un état de cessation des paiements supérieur à 45 jours. Autrement dit, cette condition a déjà été vérifiée lors de l'ouverture de la procédure préventive et on voit mal en quoi un second examen, lors du passage à la phase judiciaire, présente un intérêt. Le Tribunal doit ensuite arrêter le plan dans un délai de 2 mois à compter du jugement d'ouverture. Ce délai peut néanmoins être prorogé, à la demande du débiteur ou de l'administrateur judiciaire, sans que la durée totale de la sauvegarde accélérée puisse excéder 4 mois. Le droit français a décidé de faire de la sauvegarde accélérée le cadre de restructuration préventif au sens de la directive européenne transposée, soit la procédure remplissant



tous les critères pour permettre aux entreprises de se restructurer en vue de prévenir l'insolvabilité et d'assurer leur pérennité.

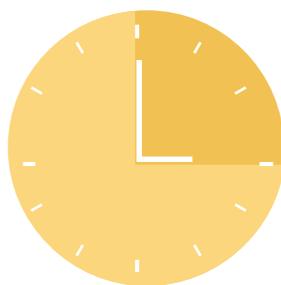
DE NOUVELLES DIFFÉRENCES ENTRE SAUVEGARDE ET REDRESSEMENT JUDICIAIRE

Avant la réforme, les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire présentaient déjà un certain nombre de différences. Parmi elles, on peut notamment

rappeler celles relatives aux critères d'ouverture. Alors que seul le débiteur peut demander le bénéfice d'une sauvegarde, qui est conditionnée à l'absence de cessation des paiements, le redressement judiciaire peut être ouvert sur requête du ministère public ou sur assignation d'un créancier et il ne concerne qu'une entreprise en cessation des paiements.

L'ordonnance introduit une nouvelle particularité s'agissant du délai de la période d'observation, c'est-à-dire de la période commune aux deux procédures durant laquelle l'entreprise a vocation à continuer son activité en bénéficiant de règles protectrices, et à préparer un plan pour rembourser ses dettes. Désormais, la sauvegarde connaît ainsi une période d'observation d'une durée maximale de douze mois, contre dix-huit mois pour le redressement judiciaire, sans qu'une sanction soit prévue en

La réforme vient par ailleurs **clarifier les conséquences d'une caducité et/ou de la résolution d'un accord amiable** conclu en conciliation



© Shutterstock - Marina Podrez

cas de dépassement de ces durées. Cette modification s'explique par la volonté de rendre toujours plus attractive la sauvegarde et de favoriser une sortie rapide de cette procédure, qui se justifie d'autant plus que l'entreprise connaît une situation moins dégradée que celle qui est en redressement judiciaire.

La réforme vient également supprimer la possibilité pour un créancier de soumettre un projet de plan de sauvegarde. Auparavant, cette faculté était ouverte à tout créancier membre d'un comité, c'est-à-dire soit un établissement de crédit, soit un des principaux fournisseurs de l'entreprise. En sauvegarde, le débiteur est donc le seul à pouvoir présenter un plan destiné à assurer sa survie et sa pérennité. Cette nouveauté est destinée à rassurer le chef d'entreprise sur le sort qui lui sera réservé dans la procédure, vers laquelle il a choisi volontairement de se tourner. À l'inverse, en redressement judiciaire, les créanciers peuvent toujours proposer un projet de plan concurrent à celui du débiteur, selon des modalités toutefois modifiées du fait du remplacement des comités de créanciers par des « classes de parties affectées » comme cela est exposé ci-après.

DES INNOVATIONS COMMUNES À LA SAUVEGARDE ET AU REDRESSEMENT JUDICIAIRE

L'innovation majeure de la réforme consiste probablement en l'instauration de « classes de parties affectées », notion directement issue de la directive du 26 juin 2019 qui impose l'organisation des créanciers en classes qui vont voter sur le projet de plan de restructuration.

En synthèse, on peut retenir que la constitution de classes de parties affectées s'impose pour des entreprises qui atteignent les seuils suivants : soit 250 salariés et 20 millions d'euros de chiffre d'affaires net ; soit 40 millions d'euros de chiffre d'affaires net. Elle est également obligatoire pour les sociétés holdings en présence d'un groupe de sociétés qui toutes atteignent les seuils susvisés, mais aussi en cas d'ouverture d'une sauvegarde accélérée. Elle est facultative dans les autres cas et doit alors être autorisée par le juge-commissaire.

Les parties affectées par le projet de plan doivent être réparties par l'administrateur judiciaire en classes représentatives d'une communauté d'intérêt économique suffisante. À titre d'exemple, il est prévu que les détenteurs de capital forment une ou plusieurs classes.

Le projet de plan est ensuite transmis aux classes pour être soumis à leur vote. Si ce projet est adopté par chacune des classes, le Tribunal ne peut l'arrêter qu'après avoir vérifié la réunion d'un certain nombre de conditions et s'être assuré que les intérêts de toutes les parties affectées sont suffisamment protégés. S'il n'est pas approuvé par chaque classe, une possibilité est instaurée au profit du Tribunal pour l'imposer malgré tout aux classes récalcitrantes, selon le mécanisme dit de l'« application forcée interclasses ».

En pratique, on comprend que cette innovation concernera très peu de procédures chaque année. Il sera cependant intéressant d'observer comment les praticiens parviennent à l'appliquer et à se l'approprier, en particulier les administrateurs judiciaires qui ont un rôle central dans ce dispositif complexe. En dehors de l'hypothèse où des classes de parties affectées sont constituées, le projet de plan est élaboré au moyen d'une consultation individuelle de chaque créancier, à qui des propositions de remboursement sont adressées.

Lorsque les créanciers y consentent, le Tribunal donne acte des délais et remises acceptés. Quand les créanciers les refusent, le Tribunal leur impose des délais uniformes de paiement, qui font l'objet d'un encadrement strict aux fins de protection desdits créanciers. Ainsi, ces délais ne peuvent-ils excéder la durée du plan. Le premier paiement ne peut en outre intervenir au-delà d'un délai d'un an, tandis que le montant de chacune des annuités prévues par le plan, à compter de la troisième, ne peut être inférieur à 5 % de chacune des créances admises.

La réforme vient compléter ce cadre en instaurant une annuité minimum de 10 % à compter de la sixième année. Cette mesure contribue à éviter que l'essentiel du remboursement d'une créance soit programmé en toute fin de plan. Cette règle n'est toutefois pas applicable dans le cas d'une exploitation agricole, pour laquelle le plan pourra s'adapter aux spécificités de cette activité.

NOUVEAU PRIVILÈGE

Par ailleurs, afin d'encourager le financement des entreprises en difficulté, l'ordonnance institue un nouveau privilège pour apport d'argent frais, s'appliquant :

- aux créances résultant d'un nouvel apport de trésorerie consenti en vue d'assurer la poursuite de l'activité pour la durée de la procédure, étant précisé que cet apport doit être autorisé par le juge-commissaire et que sa décision fait l'objet d'une publicité ; et

- aux créances résultant d'un apport de trésorerie lié à un engagement en faveur de l'exécution du plan soit arrêté, soit modifié par le Tribunal, à l'exception des apports consentis par les associés du débiteur dans le cadre d'une augmentation de capital.

Cette mesure s'inscrit dans le prolongement direct des dispositifs adoptés en raison de l'épidémie de Covid-19. Le rang préférentiel de paiement accordé à ce nouveau privilège devrait ainsi permettre de rassurer les potentiels apporteurs de trésorerie et donc d'augmenter les chances de redressement pérenne de l'entreprise.

SORT DES GARANTS

Un autre alignement de la sauvegarde et du redressement judiciaire, opéré par la réforme, a trait au sort des garants dans le cadre de ces procédures. Déjà avant l'ordonnance, leur ouverture suspendait jusqu'au jugement arrêtant le plan, ou prononçant la liquidation judiciaire, toute action des créanciers contre les garants personnes physiques. Une faveur supplémentaire était



accordée à ces garants dans la seule sauvegarde, avec la possibilité pour eux de se prévaloir des délais et remises accordés par le plan. La réforme étend cet avantage au redressement judiciaire, mettant à l'abri des poursuites le dirigeant-caution durant la phase d'exécution du plan de redressement. Si cette modification tend à sécuriser la situation desdits garants, elle peut toutefois surprendre en enlevant à la sauvegarde l'un de ses atouts, historiquement destiné à inciter les entreprises à recourir à cette procédure.

UN ACCÈS ÉLARGI À LA LIQUIDATION JUDICIAIRE SIMPLIFIÉE ET AU RÉTABLISSEMENT PROFESSIONNEL

La liquidation judiciaire simplifiée a été créée en 2005 par la loi dite de sauvegarde des entreprises, afin de faire bénéficier les petites entreprises d'une procédure liquidative adaptée à leur taille et accélérée. Avant la réforme, elle était obligatoire pour toute entreprise qui n'avait pas de bien immobilier, qui avait cinq salariés au plus au cours des six mois avant l'ouverture de la procédure, et qui avait réalisé un chiffre d'affaires hors taxes maximum de 750 000 euros à la date de clôture de son dernier exercice. Afin d'ouvrir plus largement cette procédure, l'ordonnance prévoit que, lorsque le débiteur est une personne physique, seule la première condition relative à l'absence de bien immobilier est requise. Les seuils, liés au nombre de salariés et au chiffre d'affaires, ne sont donc désormais applicables qu'aux seules personnes morales. Il convient toutefois de rappeler que, comme par le passé, le Tribunal pourra toujours décider d'abandonner ce régime dérogatoire, par exemple si un contentieux vient à naître, pour faire application du régime normal de la liquidation judiciaire.

LE RÉTABLISSEMENT PROFESSIONNEL

L'autre dispositif, dont l'accès est élargi par l'ordonnance, est le rétablissement professionnel. Conçue en 2014, cette procédure a vocation à éviter la mise en place d'une liquidation judiciaire, inadaptée dans certains cas, et à

La réforme vient également **supprimer la possibilité pour un créancier de soumettre un projet de plan de sauvegarde.**



purger le passif du débiteur pour lui permettre de rebondir. Elle est ouverte à tout débiteur personne physique, qui n'a pas cessé son activité depuis plus d'un an, qui n'a employé aucun salarié au cours des six derniers mois et dont l'actif déclaré a une valeur inférieure à 15 000 euros désormais, contre 5 000 euros avant la réforme.

Outre le rehaussement de ce seuil, le nouveau texte prévoit également que les biens que la loi déclare insaisissables de droit, tels que la résidence principale, ne doivent pas être pris en compte pour déterminer l'actif du débiteur, ce qui semble logique puisque de tels biens n'ont par principe aucune valeur de réalisation.

La transposition de la directive européenne confirme donc la prime à l'anticipation des difficultés en :

- renforçant les procédures préventives et les prérogatives du débiteur dans leur cadre ;
- permettant d'imposer des mesures aux créanciers récalcitrants ;



© Atelier Gallien - Echos Judiciaires Girondins



© Shutterstock - Marina Podrez

- assurant la sécurité juridique des accords pris.
- S'agissant des procédures judiciaires, la réforme :
- favorise l'attrait de la sauvegarde, en rassurant le chef d'entreprise sur le sort qui lui sera réservé ;
 - augmente la protection du dirigeant-caution en redressement judiciaire ;
 - poursuit le mouvement opéré depuis quelques années en faveur d'une seconde chance plus facilement octroyée aux entrepreneurs en difficulté.

Au final, si la technicité de l'ordonnance nuit indéniablement à la lisibilité des procédures, certaines mesures devraient tout de même trouver un écho intéressant en pratique. Gageons que cette réforme, entrée en vigueur le 1^{er} octobre dernier sans être applicable aux procédures en cours, permettra d'éviter la vague de défaillances des TPE-PME tant redoutée.