

Newsletter

Réforme du droit des entreprises en difficultés

Octobre 2021

La voilà enfin ! Elle était attendue avant l'été, mais ce n'est que le 15 septembre que l'ordonnance n° 2021-1193 portant modification du droit des entreprises en difficulté a été prise en Conseil des ministres. Elle est complétée par un décret d'application, promulgué le 24 septembre. Si elle est entrée en vigueur le 1er octobre 2021, ses dispositions ne sont néanmoins applicables qu'aux nouvelles procédures.

Cette importante réforme du Livre VI du Code de commerce était programmée depuis l'adoption de la directive européenne n° 2019/1023 du 20 juin 2019, destinée à harmoniser les droits de l'insolvabilité des Etats membres, notamment en veillant à ce que chaque législation nationale propose une procédure de restructuration préventive respectant un certain nombre de critères, dont celui de l'instauration de classes de « parties affectées ».

Ce serait toutefois se méprendre que de réduire l'ordonnance et son décret d'application à une « simple » transposition du texte européen. La Chancellerie a entendu saisir l'occasion pour modifier le Livre VI sur de nombreux autres points, particulièrement importants sur un plan pratique. En définitive, la réforme peut s'apprécier, s'agissant de ses aspects essentiels, sous trois points d'entrée différents : l'articulation du Livre VI du Code de commerce avec le droit des sûretés, la transposition proprement dite de la directive de 2019 avec l'institution des classes de parties affectées en droit français et, enfin, les modifications affectant la conciliation et la sauvegarde accélérée. Nous reviendrons sur chacun de ces points.

1. Articulation du Livre VI du Code de commerce avec le droit des sûretés

Assez classiquement, la réforme opérée tend à un équilibre imparfait entre promotion de l'efficacité des sûretés (1.1) et protection du débiteur ou du tiers garant (1.2).

1.1 Promotion de l'efficacité des sûretés

Concernant l'efficacité des sûretés octroyées dans le cadre d'une procédure de conciliation. On relève d'abord l'insertion d'un nouvel [article L. 611-10-4](#) au sein du Code de commerce disposant que « 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 ».

Il s'agit, au premier chef, d'offrir la possibilité de sanctuariser les sûretés consenties en conciliation et de les préserver de la caducité de l'accord résultant, selon [l'article L. 611-12](#), de l'ouverture d'une procédure collective subséquente. Le texte nouveau permet donc d'écarter, pour l'avenir, les inquiétudes issues d'un arrêt remarqué de la Cour de cassation du 25 septembre 2019 ([Com., 25 sept. 2019, n° 18-15.655](#)) dans lequel les juges avaient estimé que, par application de l'article précité, le créancier ne pouvait conserver le bénéfice de certaines sûretés obtenues à l'occasion de l'accord de conciliation.

Autre modification notable, [l'article L. 624-2 du Code de commerce](#) dispose désormais que le juge-commissaire ne se prononce sur l'admission ou le rejet des créances que si la demande d'admission est recevable. Cela évitera qu'une déclaration irrégulière n'aboutisse, comme l'a jugé la Cour de cassation ([Com., 4 mai 2017, n° 15-24.854](#)), à une décision de rejet synonyme d'extinction de la créance et des

éventuelles sûretés qui la garantissaient. Par ailleurs, la réforme consacre à [l'article L. 632-1, I, 6°](#) une solution opportunément retenue par la Cour de cassation en 2016 ([Com., 27 sept. 2016, n° 15-10.421](#)). Si ce texte prévoit logiquement que la sûreté réelle conventionnelle ou le droit de rétention conventionnel constitués sur les biens ou droits du débiteur en période suspecte sont nuls s'ils garantissent une dette antérieure, il précise désormais que cette nullité est encourue « *à moins qu'ils ne remplacent une sûreté antérieure d'une nature et d'une assiette au moins équivalente* ».

En dernier lieu, on retiendra les modifications affectant [l'article L. 622-7, II](#). Désormais, le juge-commissaire peut, en période d'observation, autoriser le débiteur à « *consentir une sûreté réelle conventionnelle en garantie d'une créance postérieure à l'ouverture de la procédure* ». Il en résulte une généralisation de la règle qui existait déjà dans le droit antérieur à la réforme.

1.2 Protection du débiteur ou du tiers garant

En d'autres aspects, la réforme balance largement en faveur du débiteur ou de son garant.

▪ Renforcement des droits du garant

Ce dernier pourra, par exemple, se prévaloir désormais des délais de grâce octroyés au débiteur dans le cadre de la conciliation sur les fondements conjugués des articles [L. 611-10-2 du Code de commerce](#) et [1343-5 du Code civil](#). De même, disparaît la différence de traitement des garants personnes physiques qui existait selon que la procédure était une sauvegarde ou un redressement judiciaire : tous, peuvent désormais se prévaloir des dispositions du plan et tirer profit du défaut de déclaration de créance dans le cadre de ces deux procédures.

Relevons encore, au titre de la protection du tiers garant, la modification de [l'article L. 622-25 du Code de commerce](#) qui dispose à présent que la déclaration de créance doit mentionner « *le cas échéant, si la sûreté réelle conventionnelle [qui assortit la créance] a été constituée sur les biens du débiteur en garantie de la dette d'un tiers* ». Cette nouvelle disposition et la modification de [l'article L. 622-26](#) qui l'accompagne remettent en cause la solution retenue par la Cour régulatrice dans un arrêt de 2020 qui avait écarté une telle déclaration ([Com., 17 juin 2020, n° 19-13.153](#)). Au-delà, la réforme revient sur le principe, également arrêté par la Chambre commerciale de la Cour régulatrice, selon lequel le bénéficiaire de la garantie pour compte de tiers échappe à la discipline collective des créanciers ([Com., 25 nov. 2020, n° 19-11.525](#)). C'est en ce sens qu'il faut lire la modification de [l'article L. 622-21 du Code de commerce](#).

▪ Sort des sûretés réelles

D'autres dispositions de l'ordonnance concernent les sûretés réelles consenties par le débiteur sur ses actifs. Ainsi, la nullité des sûretés consenties en période suspecte en garantie d'une dette antérieure (art. L. 632-1, I, 6° C. com.) s'applique désormais à « *toute sûreté réelle conventionnelle ou droit de rétention conventionnel* ». Autrement dit, le texte abandonne l'énumération d'une liste de sûretés qui était génératrice d'angles-morts.

L'article L. 622-21, IV du Code de commerce, très largement inspiré par la sauvegarde de Rallye, mérite également toute l'attention. Ce texte pose désormais comme principe que le jugement d'ouverture interdit de plein droit tout accroissement de l'assiette d'une sûreté réelle conventionnelle ou d'un droit de rétention conventionnel, quelle qu'en soit la modalité, par ajout ou complément de biens ou droits, notamment par inscription de titres ou de fruits et produits venant compléter les titres figurant au compte nanti sur le fondement de [l'article L. 211-20 du Code monétaire et financier](#), ou par transfert de droits ou biens du débiteur. Il y aura donc notamment blocage des clauses d'arrosage ou d'accroissement qui auraient été convenues dans le cadre d'un nantissement de compte-titres. De plus, le texte précise que toute disposition contraire, portant notamment sur un transfert de biens ou droits du débiteur non encore nés à la date du jugement d'ouverture, est inapplicable à compter du jour du prononcé du jugement d'ouverture. L'article L. 622-21, IV connaît néanmoins des exceptions et le texte réserve notamment les dérogations expresses du Code monétaire et financier.

On retiendra encore que [l'article L. 642-12](#) exige désormais expressément, pour qu'il puisse y avoir transfert de la charge des « *sûretés réelles spéciales* » dans le cadre d'un plan de cession, que la créance garantie ait été régulièrement déclarée. A rebours de la jurisprudence de la Cour de cassation (v. not. [Com., 8 janv. 2020, n° 18-21.925](#)), ce texte énonce, dans sa nouvelle version, que le débiteur est libéré des échéances qui restent dues.

- [Consécration du privilège dit de « post money »](#)

Enfin, un certain nombre de modifications concernent les privilèges générés par la procédure qui, mécaniquement, peuvent porter atteinte à l'efficacité des sûretés conventionnelles antérieures. Avant tout, un nouveau privilège garantissant les apports de trésorerie faits en vue de l'exécution du plan de sauvegarde ([art. L. 626-10 C. com.](#)) ou de redressement (par renvoi de [l'article L. 631-19 C. com.](#)) ou de l'exécution du plan modifié ([art. L. 626-26 C. com.](#)) est créé. Il s'agit de transposer la directive de 2019 mais le mécanisme n'est pas inconnu car les privilèges de sauvegarde et de redressement avaient été introduits en droit français, par anticipation, dans le cadre des mesures destinées à faire face à la pandémie de COVID-19.

Ces privilèges seront pris en compte dans l'hypothèse de l'ouverture d'une nouvelle procédure après l'adoption du plan. Ils viendront en rang préférable dans la *waterfall*, au niveau des créances postérieures privilégiées, et plus précisément, suivant les cas, au rang prévu au 2° du III de [l'article L. 622-17](#) ou au 8° de [l'article L. 643-8](#). Par ailleurs, la créance garantie par ce privilège de sauvegarde ou de redressement ne pourra faire l'objet, dans le cadre du plan, de remise ou de délais qui n'auraient pas été acceptés ([art. L. 626-20](#) et [L. 626-30-2 C. com.](#)).

On relèvera pour conclure la modification du classement interne des créances bénéficiant du privilège de la procédure ([art. L. 622-17 C. com.](#)) et la clarification de l'ordre de paiement des créanciers dans la liquidation judiciaire au sein du nouvel article L. 643-8. Il s'agit de faciliter la mise en œuvre du mécanisme des classes de parties affectées intégré en droit français afin de transposer la directive de 2019.

2. La transposition de la directive n° 2019/1023 du 20 juin 2019 et l'introduction des classes de parties affectées au sein du droit français

2.1 Substitution des classes de parties affectées aux comités de créanciers

Au titre des objectifs poursuivis par la directive n° 2019/1023 du 20 juin 2019, figure l'obligation pour les Etats membres d'introduire dans leur législation une procédure de restructuration préventive mobilisant le mécanisme des « classes de parties affectées ».

La loi PACTE, qui avait habilité le Gouvernement à transposer la directive par voie d'ordonnance n'envisageait pas la création d'une nouvelle procédure collective mais prévoyait de modifier le régime de la sauvegarde ainsi que, par voie de conséquences, celui de la sauvegarde accélérée et du redressement judiciaire. La principale innovation de l'ordonnance consiste à cet égard dans l'institution en droit français du système des classes de parties affectées, qui se substitue aux comités de créanciers (comité des principaux fournisseurs et comité des établissements de crédits) et, le cas échéant, à l'assemblée des obligataires.

2.2 Modalités de constitution des classes de parties affectées

A l'instar des comités, ces classes sont destinées à permettre la consultation d'une collectivité de créanciers et au-delà de « *parties affectées* » sur des propositions formulées en vue de l'élaboration d'un plan. La constitution des classes de parties affectées sera obligatoire, sans condition de seuil, en procédure de sauvegarde accélérée (v. *infra* 3.). Dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire, cette constitution sera soumise au franchissement de seuils, appréciés à la date de la demande d'ouverture de la procédure : (i) 250 salariés et 20 millions d'euros de chiffre d'affaires net, ou (ii) 40 millions de chiffre d'affaires net ([art. R. 626-52 C. com.](#)). Le mécanisme des classes de parties affectées s'appliquera également aux sociétés qui en détiennent ou contrôlent une autre, au sens des articles [L. 233-1](#) et [L. 233-3](#), dès lors que l'ensemble des sociétés concernées atteignent les seuils précités. Par ailleurs, le juge-commissaire peut

autoriser, sur demande du débiteur, dans le cadre de la sauvegarde et du redressement judiciaire, ou de l'administrateur, dans cette seconde procédure, la constitution de classes de parties affectées lorsque les seuils ne sont pas atteints.

Si on ne parle pas de classes de « créanciers » mais de classes de « parties affectées », c'est que les détenteurs de capital ont vocation à être inclus dans le dispositif, ce qui est une nouveauté notable.

Les classes regroupent une communauté d'intérêt économique suffisante. Cela renverra le plus souvent au rang de la créance dans le *waterfall*, mais pas systématiquement. Selon [l'article L. 626-30 du Code de commerce](#), il faut *a minima* distinguer les créanciers chirographaires de ceux garantis par une sûreté réelle constituée sur les biens du débiteur. La répartition entre classes doit de plus respecter les accords de subordination. Enfin, au moins une classe des détenteurs de capital doit être constituée si le plan modifie la structure capitalistique. Au-delà, l'administrateur judiciaire, dont le rôle pivot dans l'organisation de la procédure est ainsi conforté, dispose d'une certaine latitude, dont l'usage sera déterminant dans la dynamique de la sauvegarde.

2.3 Modalités d'adoption du plan par les classes de parties affectées

Chaque classe doit se prononcer sur le projet de plan à une majorité des deux-tiers du montant des créances ou des voies détenues par les membres. Au sein d'une classe, la majorité peut donc imposer le plan à la minorité récalcitrante, sous réserve – c'est la règle du *best interest of creditors test* – qu'aucune des parties affectées ne se trouve dans une situation moins favorable que dans le cas où le plan n'aurait pas été approuvé, c'est-à-dire dans l'hypothèse d'une liquidation judiciaire ou d'un plan alternatif.

De même, et c'est une différence fondamentale avec le système des comités, des classes de parties affectées peuvent se voir imposer le plan par d'autres classes. Cette application forcée interclasses – le *cross-class cram-down* – est cependant subordonnée au respect de certaines conditions, notamment à la nécessité de faire respecter la hiérarchie entre les classes de parties affectées inhérente principalement au rang de leurs créances. Deux règles essentielles doivent ainsi être envisagées :

- 1 le *best interest of creditors test* ou critère du meilleur intérêt ([art. L. 626-31, 4° C. com.](#)) envisagé précédemment, et
- 2 l'*absolute priority rule* ou la règle de la priorité absolue ([art. L. 626-32, I, 3°](#) et [L. 626-32, II C. com.](#)) en vertu de laquelle un créancier junior ne peut recevoir paiement de sa créance avant que le créancier dissident de rang supérieur ne soit intégralement désintéressé. Il peut être dérogé à cette règle, notamment pour les créances des fournisseurs, les détenteurs de capital et les créances nées de la responsabilité délictuelle du débiteur, si ces dérogations sont nécessaires pour atteindre les objectifs du plan et à la condition qu'elles ne portent pas d'atteinte excessive aux droits ou intérêts de parties affectées.

Notons également que le législateur français soumet l'application forcée interclasses en sauvegarde, mais non en redressement judiciaire, à l'accord du débiteur ([art. L. 626-32, I C.com.](#)). De plus, des conditions spécifiques s'appliquent lorsqu'une ou plusieurs classes de détenteurs de capital n'ont pas approuvé le plan.

Ajoutons que, désormais, le projet de plan de sauvegarde est nécessairement proposé par le débiteur avec le concours de l'administrateur judiciaire. La possibilité d'une proposition alternative qui existait dans le cadre des comités de créanciers disparaît donc. Elle est en revanche maintenue en redressement judiciaire ([art. L. 631-19 C. com.](#)). En cas de vote défavorable au projet de plan par les classes de parties affectées, aucune autre solution n'est prévue en sauvegarde. Dans le cadre d'un redressement judiciaire, un plan pourra être adopté à la faveur d'une consultation individuelle des créanciers avec le risque pour les créanciers de se voir imposer des délais de paiement sur une période au plus égale à 10 ans.

Notons que [l'article L. 626-18](#) a été amendé à l'occasion de la réforme : désormais, le plan devra prévoir une annuité minimum de 10 % à compter de la sixième année.

Enfin, la durée de la période d'observation ne pourra plus, pour les procédures de sauvegarde ouvertes à compter du 1^{er} octobre, dépasser douze mois ([art. L. 621-3 C. com.](#)). La durée maximum de cette période est en revanche toujours de dix-huit mois en redressement judiciaire ([art. L. 631-7 C. com.](#)).

3. La conciliation et la sauvegarde accélérée, nouvelles versions

3.1 Modifications apportées à la procédure de conciliation

Les modifications relatives à la conciliation sont numériquement limitées. Certaines ont déjà été évoquées. Il faut y ajouter la modification, dans la continuité des mesures qui avaient été adoptées pour faire face à la pandémie de COVID-19, de [l'article L. 611-7 du Code de commerce](#). Ce texte offre désormais la possibilité au débiteur, au cours de la procédure de conciliation, de demander au juge qui a ouvert cette procédure de lui accorder des délais de grâce en application de l'article 1343-5 du Code civil à l'égard d'un créancier qui l'a mis en demeure ou poursuivi ou qui n'a pas accepté, dans le délai imparti par le conciliateur, la demande faite par ce dernier de suspendre l'exigibilité de la créance. Dans ce dernier cas le juge peut, nonobstant les termes du premier alinéa de ce même article, reporter ou échelonner le règlement des créances non échues, dans la limite de la durée de la mission du conciliateur.

3.2 Suppression de la sauvegarde financière accélérée et nouvelle version de la sauvegarde accélérée

Par ailleurs, l'ordonnance n° 2021-1193 a abrogé les articles [L. 628-9](#) et [L. 628-10](#) du Code de commerce relatifs à la sauvegarde financière accélérée. Cette procédure disparaît donc et la seule variante de la sauvegarde qui subsiste est la sauvegarde accélérée, dont la nouvelle version peut cependant ressembler à s'y méprendre à la SFA. Prenant en compte le mécanisme des classes de parties affectées, qui seront nécessairement présentes dans cette procédure ([art. L. 628-4 C. com.](#)), [l'article L. 628-1](#) alinéa 3 dispose ainsi que « *sans préjudice de [l'article L. 628-6](#), lorsque les comptes du débiteur font apparaître que la nature de l'endettement rend vraisemblable l'adoption d'un plan par les seuls créanciers ayant la qualité de sociétés de financement, d'établissements de crédit et assimilés, tel que définis par décret en Conseil d'Etat, ainsi que tous les titulaires d'une créance acquise auprès de ceux-ci ou d'un fournisseur de biens ou de services et s'il y a lieu des obligataires, le débiteur peut demander l'ouverture d'une procédure de sauvegarde dont les effets sont limités à ces créanciers* ».

La nouvelle sauvegarde accélérée connaît d'autres modifications importantes. D'abord, dans la continuité une fois encore des mesures COVID, les seuils à respecter pour entrer dans le domaine d'application de cette procédure sont supprimés. Ensuite, le plan doit être adopté dans un délai désormais de deux mois mais le tribunal peut proroger la durée de la période d'observation à la demande du débiteur et de l'administrateur judiciaire, sans que la durée totale de la procédure ne puisse excéder quatre mois ([art. L. 628-8 C. com.](#)).

Notons pour finir que la sauvegarde accélérée prenant nécessairement la suite d'une conciliation, les nouveautés affectant chacune de ces procédures se combineront.

Contacts

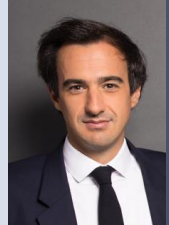
Nicolas Morelli
Partner

Tel : 01 42 68 63 75
nicolas.morelli@twobirds.com



Romain de Ménonville
Partner

Tel : 01 42 68 60 64
romain.demenonville@twobirds.com



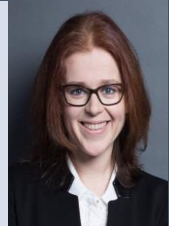
David Robine
Of counsel

Tel : 01 42 68 67 39
david.robine@twobirds.com



Céline Nézet
Counsel

Tel : 01 42 68 63 63
celine.nezet@twobirds.com



Jessica Derocque
Counsel

Tel : 01 42 68 63 85
jessica.derocque@twobirds.com



Suivez-nous



@twobirds



<https://www.linkedin.com>

twobirds.com

Abu Dhabi & Amsterdam & Beijing & Bratislava & Brussels & Budapest & Copenhagen & Dubai & Dusseldorf & Frankfurt & The Hague & Hamburg & Helsinki & Hong Kong & London & Luxembourg & Lyon & Madrid & Milan & Munich & Paris & Prague & Rome & San Francisco & Shanghai & Singapore & Stockholm & Sydney & Warsaw & Satellite Office: Casablanca

The information given in this document concerning technical legal or professional subject matter is for guidance only and does not constitute legal or professional advice. Always consult a suitably qualified lawyer on any specific legal problem or matter. Bird & Bird assumes no responsibility for such information contained in this document and disclaims all liability in respect of such information.

This document is confidential. Bird & Bird is, unless otherwise stated, the owner of copyright of this document and its contents. No part of this document may be published, distributed, extracted, re-utilised, or reproduced in any material form.

Bird & Bird is an international legal practice comprising Bird & Bird LLP and its affiliated and associated businesses.

Bird & Bird LLP is a limited liability partnership, registered in England and Wales with registered number OC340318 and is authorised and regulated by the Solicitors Regulation Authority (SRA) with SRA ID497264. Its registered office and principal place of business is at 12 New Fetter Lane, London EC4A 1JP. A list of members of Bird & Bird LLP and of any non-members who are designated as partners, and of their respective professional qualifications, is open to inspection at that address.