



Association
Henri Capitant

PROJET DE CODE EUROPEEN DES AFFAIRES

AVANT-PROJET RELATIF AU DROIT DE L'INSOLVABILITE

REGELUNGSENTWURF ZUM INSOLVENRECHT

Introduction

Un droit de l'insolvabilité commun permettrait d'avoir un marché largement intégré favorisant l'octroi des crédits en évitant notamment les risques de *forum shopping* qui remettent en cause la prévisibilité et la sécurité juridique des créanciers. Les rédacteurs de la Directive (UE) 2019-1023 du 20 juin 2019, qui s'est engagée dans cette voie, ont d'ailleurs souligné dans les Considérants de celle-ci, les inconvénients des différences entre les droits nationaux pour le fonctionnement du marché intérieur.

De plus, la crise sanitaire qui a frappé l'Europe impose selon nous une approche commune. Celle-ci devrait conduire à établir les principes d'un cadre législatif offrant des nouvelles possibilités d'un redressement pour les entreprises les plus sévèrement affectées par la pandémie du Covid-19, en particulier les petites entreprises.

La Directive (UE) 2019-1023 du 20 juin 2019, une opportunité exceptionnelle. L'harmonisation du droit de l'insolvabilité est rendue délicate en raison de l'imbrication de cette matière avec d'autres domaines du droit (Droit des sûretés, droit social, droit pénal etc...). En outre, même si les droits français et allemand connaissent bien sûr des points de convergences, ils diffèrent sensiblement sur certains points. Or, la Directive commande aux Etats membres de mettre en place des procédures préventives, que connaît bien le droit français qui peut donc inspirer un droit commun sur ce point. Mais elle impose également la mise en place de classes de créanciers déjà applicables en droit allemand, et qui a donc inspiré le présent projet. On peut de même citer les dispositions de ce texte européen relatives au rebond.

Principes généraux

Le texte proposé traite d'abord de quelques questions de compétence et de procédure communes à tous les mécanismes de prévention et de traitement des entreprises en difficulté, débiteurs éligibles, autorité judiciaire compétente, professionnels de l'insolvabilité, représentation des créanciers ou encore contrôle de la procédure.

Le texte présenté aborde ensuite de façon distincte quatre procédures différentes : deux procédures préventives d'une part et d'autre part, deux procédures classiques, un redressement judiciaire et une liquidation judiciaire, ces deux dernières procédures étant seules qualifiées de procédures d'insolvabilité.

- Une procédure de prévention amiable, de nature contractuelle, pour laquelle les recommandations de la Directive ont été introduites. Le droit français est sur ce point peu affecté par le projet.
- Une procédure de restructuration judiciaire, qui, sous le contrôle de l'autorité judiciaire, tend à organiser le redressement d'une entreprise qui n'est pas encore insolvable ; cette procédure est proche dans l'esprit, de la procédure française de sauvegarde tout en

mettant en œuvre des règles prévues par le droit allemand qui permet l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité lorsque l'insolvabilité menace une entreprise. Est également prévue une adoption du plan par des classes de créanciers comme le prévoit la directive de 2019, dispositions déjà connues du droit allemand qui inspire évidemment le projet sur ce point.

- Une procédure de redressement judiciaire qui tend aux mêmes fins pour une entreprise déjà insolvable ; cette procédure reprend les principes généraux de la procédure d'insolvabilité avec là encore la mise en place de classes de créanciers.
- Une procédure de liquidation judiciaire dans le cas où le redressement de l'entreprise insolvable apparaît impossible ; les règles de réalisation des actifs ou de transfert de l'entreprise s'inscrivent dans le prolongement du droit français et du droit allemand. Les créances sont classées selon un ordre qui paraît largement comparable entre les lois nationales, sauf sur les points (notamment sur les créances hypothécaires et les créances privilégiées) où une option est apparue préférable.

Un projet de texte applicable avec une souplesse permettant sa mise en œuvre dans le respect des droits nationaux français et allemand.

Le projet contient des normes harmonisées sur les points où cette harmonisation est apparue possible. Il reste ouvert sur certaines questions sous forme d'options, chaque fois que les différences ont fait apparaître des difficultés d'harmonisation sérieuses qui semblent en l'état insurmontables. Il s'agit des normes générales : les auteurs du projet préconisent de dissocier ces normes générales harmonisées des règles de mise en œuvre qui devraient être laissées à l'appréciation de chaque législateur national, que ce soit par un décret d'application ou une loi spécifique d'introduction. Cette option paraît de nature à faciliter l'adoption d'un texte commun.

Einleitung

Ein gemeinsames Insolvenzrecht liegt im Interesse eines gemeinsamen Binnenmarkts; es verhindert ein insolvenzrechtliches *forum shopping* und erleichtert dadurch, dass es den Gläubigern Rechtssicherheit und -klarheit gewährleistet, die Vergabe von Krediten. Auch die Richtlinie (EU) 2019/1023 vom 20. Juni 2019 ist dem Ziel eines gemeinsamen Binnenmarkts verpflichtet; die Erwägungsgründe zu dieser Richtlinie betonen, wie sehr die Unterschiede zwischen den nationalen Rechtsordnungen das Funktionieren des Binnenmarktes beeinträchtigen.

Darüber hinaus erfordert aus unserer Sicht auch die derzeitige Covid-19-Pandemie ein gemeinsames europäisches Vorgehen auf dem Gebiet des Sanierungs- und Insolvenzrechts. Dieses sollte zur Schaffung eines gesetzlichen Rahmens führen, der den von der Covid-19-Pandemie am stärksten betroffenen Unternehmen, insbesondere Kleinbetrieben, neue Möglichkeiten einer Sanierung eröffnet.

Die Richtlinie (EU) 2019/1023 vom 20. Juni 2019 als außergewöhnliche Chance

Die Harmonisierung des Insolvenzrechts stellt bereits wegen der Verflechtung dieser Materie mit anderen Rechtsgebieten (Kreditsicherungsrecht, Sozialrecht, Strafrecht, etc.) eine schwierige Aufgabe dar. Es kommt hinzu, dass sich das deutsche und das französische Recht zwar in einigen Bereichen ähneln, aber doch an anderer Stelle erhebliche Unterschiede aufweisen. Die Richtlinie schreibt die Einführung von vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren in den Mitgliedstaaten vor. Solche Verfahren sind dem französischen Recht bereits bekannt; dem französischen Recht können daher an dieser Stelle Lösungsmodelle für ein europäisches Recht entnommen werden. Die Richtlinie sieht darüber hinaus im Zusammenhang mit dem Restrukturierungsplan die Bildung von Gläubigergruppen vor, die ihrerseits bereits im deutschen Recht existieren; die Regeln des deutschen Rechts wurden daher im vorliegenden Projekt ebenfalls als Lösungsmodell berücksichtigt. Berücksichtigt wurden auch die Richtlinienvorgaben zur Restschuldbefreiung.

Allgemeine Grundsätze

Der Vorschlag regelt zunächst Fragen der Zuständigkeit und trifft allgemeine Regelungen für sämtliche Sanierungs- und Insolvenzverfahren; in diesem Zusammenhang enthält der Vorschlag verschiedene Vorschriften zu den von den Verfahren erfassten Schuldnern, den zuständigen Justizbehörden, den Verwaltern und anderen Insolvenzpraktikern, der Gläubigervertretung und Kontrollorganen.

Hieran anschließend behandelt der vorgelegte Text im Einzelnen vier verschiedene Verfahren: Er sieht zwei vorinsolvenzliche Restrukturierungsverfahren und zwei Insolvenzverfahren vor.

- Ein außergerichtliches vorinsolvenzliches Mediations- bzw. Moderationsverfahren mit vertraglichem Charakter, mit dem Empfehlungen der Richtlinie umgesetzt werden. Das diesen

Vorgaben bereits weitgehend entsprechende französische Recht müsste in diesem Zusammenhang nur geringfügig geändert werden.

- Ein vom Gericht beaufsichtigtes vorinsolvenzliches förmliches Restrukturierungsverfahren, welches der Restrukturierung eines noch nicht zahlungsunfähigen Unternehmens dient. Dieses Verfahren ähnelt im Kern der französischen *procédure de sauvegarde*; es übernimmt aber auch Elemente des im deutschen Recht bei (nur) drohender Zahlungsunfähigkeit vorgesehenen Schutzschirmverfahrens. Wie in der Richtlinie 2019/1023 vorgesehen, muss der Restrukturierungsplan von den einzelnen Gläubigergruppen angenommen werden. Der Vorschlag ist insoweit beeinflusst von Bestimmungen des deutschen Rechts, welches bereits im aktuellen Insolvenzplanverfahren die Bildung von Gläubigergruppen vorschreibt.
- Ein förmliches Insolvenzplanverfahren, das ebenfalls Sanierungszwecken dient, aber sich auf ein bereits zahlungsunfähiges Unternehmen bezieht, dieses Verfahren sieht ebenfalls die Bildung von Gläubigergruppen zur Aufstellung eines Insolvenzplans vor.
- Ein gerichtliches Liquidationsverfahren für den Fall, dass die Sanierung des zahlungsunfähigen Unternehmens aussichtslos erscheint. Die Vorschriften über die Verwertung des Vermögens und die Übertragung des Unternehmens bauen auf den vorhandenen Regeln des französischen und deutschen Rechts auf. Bei der Befriedigung der Gläubigerforderungen wird, im Einklang mit den Grundsätzen des nationalen Rechts, eine Rangfolge vorgesehen; bei einigen Forderungen (etwa Hypothekenforderungen und sonstigen Vorzugsrechten) lässt der Vorschlag Raum für eine abweichende nationale Gesetzgebung.

Ein flexibler Entwurf, der im Einklang mit dem bestehenden französischen und deutschen nationalen Gesetzen umgesetzt werden kann

Der Entwurf enthält vereinheitlichte Regelungen in den Bereichen, in denen eine solche Vereinheitlichung möglich erscheint. In den Feldern, in denen die vorhandenen erheblichen Unterschiede im nationalen Recht eine Vereinheitlichung ausschließen, sieht er Regelungsoptionen zugunsten des nationalen Gesetzgebers vor.

Der Entwurf besteht aus einheitlichen Grundregelungen. Die Verfasser empfehlen, diese von den spezifischen Durchführungsbestimmungen zu unterscheiden, die der nationalen Rechtssetzung überlassen bleiben sollten und auf dem Verordnungswege oder durch ein Durchführungsgesetz geschaffen werden können. Diese Differenzierung erleichtert die Annahme eines gemeinsamen Textes.

Groupe de travail (par ordre alphabétique)

Arbeitsgruppe

Philippe Roussel Galle, professeur à l'Université de Paris, codirecteur du groupe de travail, expert auprès de l'Assemblée franco-allemande

Urs Peter Gruber, professeur à l'Université Johannes Gutenberg de Mayence, codirecteur du groupe de travail, expert auprès de l'Assemblée franco-allemande

Jean-Luc Vallens, magistrat honoraire, ancien professeur associé à l'Université de Strasbourg, expert auprès de la Commission européenne

Avec la collaboration de **Françoise Pérochon**, professeure à la Faculté de droit de Montpellier

DROIT DE L'INSOLVABILITE

Article préliminaire. *Le présent Livre institue quatre procédures de traitement des difficultés des entreprises :*

- *Deux procédures préventives : une procédure de prévention amiable et une procédure de restructuration judiciaire ;*
- *Deux procédures collectives dites procédures d'insolvabilité : une procédure de redressement judiciaire et une procédure de liquidation judiciaire.*

Dans le présent Livre, par « débiteur », il faut entendre aussi bien l'entreprise lorsque celle-ci a une forme sociale que l'entrepreneur lorsqu'il existe à titre individuel ainsi que toute personne que la loi nationale considère comme un débiteur au sens de ce code.

TITRE 1 : REGLES COMMUNES

CHAPITRE 1 : EXIGENCES GENERALES DE PROCEDURE

Article 1.1.1. Débiteurs éligibles.

Les procédures régies par le présent texte sont applicables aux personnes physiques et aux personnes morales de droit privé exerçant une activité professionnelle indépendante commerciale, industrielle, artisanale, agricole ou libérale.

La loi nationale peut prévoir d'appliquer tout ou partie des dispositions du présent Livre aux personnes physiques n'exerçant pas une activité professionnelle indépendante.

Les personnes mentionnées ci-dessus sont dénommées le débiteur dans le présent texte.

Observations :

Al 1 : Le projet de texte ne vise pas les seules « personnes physiques ou morales de droit privé exerçant une activité professionnelle indépendante », mais propose de couvrir tous les types d'activité : « commerciale, industrielle, artisanale, agricole ou libérale ». Cette précision présente l'avantage de bien définir toutes les activités concernées, notamment agricole ou libérale, même si dans certains Etats elles ne relèvent pas des mêmes dispositifs. Il pourrait aussi être envisagé de prévoir des options permettant aux Etats qui le souhaitent d'exclure du champ d'application les activités agricoles et / ou libérales.

Al. 2 : Le choix a été fait de limiter le champ d'application du texte aux personnes exerçant une activité professionnelle et de laisser le soin aux Etats de décider s'ils le souhaitent, d'étendre l'application du texte aux personnes physiques n'exerçant pas d'activité professionnelle indépendante. Englober dans le même texte les consommateurs resterait

donc possible mais (i) ce n'est pas le cas dans tous les Etats de l'Union, (ii) cela nécessitera des adaptations.

Article 1.1.2. Compétence territoriale.

Est compétente pour connaître d'une procédure régie par le présent texte l'autorité judiciaire dans le ressort de laquelle le débiteur a le centre de ses intérêts principaux.

Le centre des intérêts principaux correspond au lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est vérifiable par des tiers.

Pour une société ou une autre personne morale, le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve du contraire, être le lieu du siège statutaire. Cette présomption ne s'applique que si le siège statutaire n'a pas été transféré dans le ressort d'une autre juridiction, au cours des trois mois précédant la demande d'ouverture de la procédure.

Pour une personne physique exerçant une profession libérale ou toute autre activité d'indépendant, le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve du contraire, être le lieu d'activité principal de l'intéressé. Cette présomption ne s'applique que si le lieu d'activité principal de la personne physique n'a pas été transféré dans le ressort d'une autre juridiction au cours des trois mois précédant la demande d'ouverture, dans le ressort d'une autre juridiction.

Pour toute autre personne physique, le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve contraire, être la résidence habituelle de l'intéressé. Cette présomption ne s'applique que si la résidence habituelle n'a pas été transférée dans le ressort d'une autre juridiction au cours des trois mois précédant la demande d'ouverture.

Observations :

Cet article est la reprise de l'article 3. 1 du Règlement (UE) n° 2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, adapté dans un contexte de droit interne.

Article 1.1.3. Vérification de la compétence. Contrôle juridictionnel de la décision d'ouverture.

L'autorité judiciaire saisie d'une demande d'ouverture d'une procédure régie par le présent texte examine d'office si elle est compétente en vertu de l'article 1.1.2 et des règles nationales de compétence d'attribution.

Dans sa décision d'ouverture de la procédure régie par le présent texte, elle indique les fondements de sa compétence.

La décision d'ouverture peut faire l'objet d'un recours devant la juridiction d'appel compétente, de la part du débiteur, des créanciers ou d'une autorité habilitée par la loi.

Observations :

Al. 1 et 2 : reprise de l'article 4. 1 du Règlement (UE) n° 2015 /848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, adapté dans un contexte de droit interne.

Al. 3 : voies de recours.

Article 1.1.4. Publicité

Sauf disposition contraire du présent texte, la décision d'ouverture des procédures régies par le présent livre fait l'objet d'une mention au registre auquel est immatriculé le débiteur et le cas échéant, au registre tenu par les autorités nationales compétentes.

Elle fait également l'objet d'une publicité dans un journal d'annonces légales.

Les frais des mesures de publicité et d'inscription sont considérés comme des frais et dépenses de la procédure.

Observations :

Le dernier alinéa de cet article est la reprise de l'article 30 du Règlement (UE) n° 2015 /848 du 20 mai 2015.

Article 1.1.5. Principe « faillite sur faillite ne vaut ».

Lorsqu'une procédure d'insolvabilité a été ouverte à l'égard d'un débiteur, aucune autre procédure d'insolvabilité ne peut être ouverte à son égard tant que ladite procédure n'a pas été clôturée.

L'ouverture d'une procédure préventive fait obstacle à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, sauf si la loi nationale en dispose autrement ou si le débiteur devient insolvable.

CHAPITRE 2 : ORGANES

Article 1.2.1. Praticien de l'insolvabilité.

L'organisation, le statut, les modes de désignation, les attributions, la rémunération et la responsabilité du praticien de l'insolvabilité sont déterminés par le droit national.

Article 1.2.2. Assemblée des créanciers.

Le droit national peut déterminer la possibilité de mettre en place une assemblée des créanciers dans les procédures d'insolvabilité.

Il détermine en ce cas ses attributions qui peuvent contenir notamment :

- *le contrôle des actes du praticien de l'insolvabilité, l'examen du rapport du praticien de l'insolvabilité sur la situation économique du débiteur et les causes de ses difficultés ;*

- *l'examen du rapport du praticien de l'insolvabilité sur l'état du passif vérifié ;*
- *l'autorisation des actes de disposition proposés par le praticien de l'insolvabilité ;*
- *l'autorisation de la présentation d'un plan de restructuration ou d'un plan de cession.*

Dans le cas où le droit applicable ne prévoit pas la mise en place d'une assemblée des créanciers, ces pouvoirs appartiennent à l'autorité judiciaire compétente.

Article 1.2.3. Organe de contrôle.

Dès l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (redressement judiciaire ou liquidation judiciaire, v. art. préliminaire), l'autorité judiciaire peut instituer un organe de contrôle composé de représentants des créanciers titulaires de privilèges et de sûretés, des créanciers ordinaires, des salariés, de l'administration fiscale, des organes de sécurité sociale et de l'organisme public de garantie des salaires. Cet organe peut être constitué dès que l'autorité judiciaire saisie prend des mesures provisoires préalables à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. La loi nationale détermine la répartition des compétences entre cet organe et l'assemblée des créanciers.

L'organe est consulté par l'autorité judiciaire compétente sur la désignation du praticien de l'insolvabilité et sur tout acte de disposition envisagé par le débiteur ou le praticien de l'insolvabilité à l'exception des actes de gestion courante.

Il peut saisir l'autorité judiciaire de toute difficulté.

Observations :

Al. 1^{er} : certains droits, dont le droit allemand, expriment la place des créanciers dès la mise en place de mesures provisoires. Si en définitive une procédure n'est pas ouverte, les fonctions de l'organe de contrôle prennent fin. Après débat, il est proposé de prévoir la constitution de cet organe de contrôle de manière facultative. Il reviendra donc à chaque Etat en fonction de ses pratiques mais aussi par exemple en fonction de la taille des entreprises de décider de sa mise en place ou non. Le texte prend toutefois soin de renvoyer à la loi nationale pour ce qui est de la détermination de la répartition des compétences.

On relèvera que la possibilité de désigner cet organe de contrôle est réservée aux procédures d'insolvabilité, c'est-à-dire au redressement et à la liquidation judiciaire.

Al. 2 : si cet organe est constitué, il est consulté sur la désignation du praticien de l'insolvabilité. Cette disposition résulte d'un compromis entre les droits qui laissent le soin aux créanciers de désigner le praticien, et ceux qui octroient ce pouvoir au juge. La première solution paraît un peu extrême et peut faire craindre des « arrangements » entre créanciers mais aussi une perte d'indépendance du praticien ainsi désigné. En outre, le statut des praticiens d'insolvabilité n'étant pas harmonisé, il est apparu plus prudent de s'en tenir à la solution proposée.

TITRE 2 : PROCEDURE DE PREVENTION AMIABLE

CHAPITRE 1 : OBJECTIFS ET CONDITIONS D'OUVERTURE DE LA PROCEDURE DE PREVENTION AMIABLE

Article 2.1.1. Objectifs de la procédure de prévention amiable.

Le débiteur peut demander à bénéficier d'une procédure de prévention amiable s'il connaît une difficulté qui pourrait le conduire à être insolvable au sens de l'article 3.1.3. Lorsque la loi nationale le permet, cette procédure peut également être ouverte si le débiteur démontre qu'une difficulté récente vient de provoquer son insolvabilité.

Elle est destinée à la conclusion d'un accord avec les créanciers mentionnés par le débiteur pour la restructuration de l'entreprise. Elle n'a pas d'effet à l'égard des créanciers qu'il n'a pas mentionnés.

Observations :

Le choix de la mise en place d'une procédure de prévention amiable est un choix qui s'est imposé au regard du succès de ce type de procédures dans les Etats qui les connaissent. Cette procédure présente plusieurs caractéristiques. Elle est volontaire, c'est-à-dire qu'elle ne peut être ouverte qu'à la demande du débiteur (v. art. 2.1.1. et observations). Elle peut être ouverte très en amont de l'insolvabilité, puisqu'il suffit que l'entreprise connaisse une difficulté. La nature de cette difficulté importe peu dès lors qu'elle peut conduire à l'insolvabilité du débiteur. Même le débiteur en état d'insolvabilité peut bénéficier de cette procédure à condition qu'il démontre que cette insolvabilité résulte d'une difficulté récente. Aussi bien, s'il tarde trop à faire cette demande, il n'est pas à l'abri d'une assignation en redressement judiciaire.

Ces critères d'ouverture assez souples peuvent faire craindre des usages dilatoires. Ces craintes sont largement exagérées puisque cette procédure est brève, et les restrictions aux droits des créanciers restent limités. Sans compter le fait que de plus, en cas de survenance de l'insolvabilité, l'ouverture de la procédure de prévention amiable n'interdit pas à un créancier de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

Fortement inspirée de la procédure de conciliation française qui donne d'excellents résultats, cette procédure est une procédure « amiable » et elle n'est donc pas une procédure collective qui affecte les droits de tous les créanciers. L'objectif est de permettre des négociations avec les principaux créanciers dans un cadre judiciairement sécurisé et limité dans le temps.

Enfin, cette procédure reste confidentielle, (v. art. 2.2.4, et observations) ce qui la rend attractive pour le débiteur tout en évitant l'aggravation de ses difficultés résultant automatiquement de l'ouverture d'une procédure collective publique. Cette caractéristique

est essentielle mais là aussi elle peut inspirer certaines craintes. L'expérience démontre toutefois que ces craintes sont exagérées. D'une part, si le débiteur souhaite obtenir un accord dans de bonnes conditions, la contrepartie de cette confidentialité est la transparence dont il doit faire preuve à l'égard des créanciers avec qui il négocie. Si cette transparence n'est pas parfaite, l'accord n'a aucune chance d'aboutir. D'autre part, la présence du juge mais surtout la désignation d'un praticien de l'insolvabilité permettent d'éviter d'éventuels abus.

Article 2.1.2. Ouverture de la procédure de prévention amiable.

Seul le débiteur [ou un ou plusieurs créanciers conjointement avec celui-ci] peut demander l'ouverture de la procédure de prévention amiable.

L'autorité judiciaire ouvre la procédure au vu des documents comptables présentés par le débiteur, d'un rapport du commissaire aux comptes ou d'un expert-comptable attestant de la situation financière ou de tout organisme ou personne habilité. La demande doit notamment comporter les éléments démontrant que le débiteur n'est pas en état d'insolvabilité ou s'il est en état d'insolvabilité que cet état résulte d'une difficulté récente.

Elle désigne un praticien de l'insolvabilité dont le nom peut être proposé par le débiteur.

La directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements reste applicable.

Observations :

Al. 1^{er}. La procédure de prévention amiable est une procédure volontaire. Le débiteur est donc seul à pouvoir en demander le bénéfice ce qui est logique. D'une part, cette procédure ayant pour objectif la négociation d'un accord, cet accord n'a aucune chance d'aboutir sans sa pleine participation. D'autre part, même s'il peut être en état d'insolvabilité, celle-ci ne peut qu'être récente et a vocation à prendre fin rapidement soit par la conclusion de l'accord, soit parce que les créanciers acceptant de négocier. Si l'entreprise n'est pas en cessation des paiements ou en état d'insolvabilité, lui imposer le recours à une telle procédure aboutirait à une ingérence dans la gestion de son entreprise, voire à des pressions. Le texte prévoit toutefois en option que cette demande puisse être faite conjointement avec un ou plusieurs créanciers. Cette possibilité qui existe également dans le droit de l'OHADA, incitera sans doute le juge à ouvrir plus facilement la procédure, lorsqu'elle sera utilisée.

Al. 3 : Le caractère volontaire de la procédure milite en faveur de la possibilité offerte au débiteur de proposer le nom d'un praticien de l'insolvabilité sans que cette proposition lie le juge. Le débiteur a pu prendre contact avec un praticien et même avoir préparé le dossier avec ce dernier, il est alors logique qu'il puisse proposer son nom à la désignation du juge puisqu'il connaît la situation du débiteur dont il a la confiance.

Article 2.1.3. Rémunération du praticien de l'insolvabilité.

Au moment de sa désignation, le praticien de l'insolvabilité détermine en accord avec le débiteur, les conditions de sa rémunération, en fonction des diligences qu'implique l'accomplissement de sa mission.

Le praticien désigné doit attester ne pas avoir reçu une rémunération ou un paiement de la part du débiteur ou de ses créanciers mentionnés dans la demande, dans les [2] ans qui précèdent la décision d'ouverture. Il doit également attester ne pas avoir d'intérêt personnel à la procédure et ne doit pas avoir de lien de dépendance ou d'intérêt personnel ni de conflits d'intérêts avec le débiteur ou l'un de ses créanciers mentionnés par celui-ci.

Observations :

Al. 1^{er} : Le projet ne prévoit pas de statut harmonisé des praticiens de l'insolvabilité. Toutefois, s'agissant de sa rémunération dans le cadre de la procédure de prévention amiable, il a semblé indispensable de s'intéresser à sa rémunération. En effet, l'entreprise se trouvant en difficulté et si l'on souhaite encourager le recours à cette procédure, il est impératif qu'elle en connaisse le coût. Aussi, au moment de sa désignation, donc en tout début de procédure, les conditions de la rémunération du praticien devront être définies dans un accord avec le débiteur.

Al. 2 : Par ailleurs, l'une des clés de réussite de cette procédure tient au fait que le praticien de l'insolvabilité désigné, soit totalement indépendant des parties c'est-à-dire aussi bien du débiteur que des créanciers. En effet, il est en quelque sorte un « facilitateur » d'accord, un tiers impartial, ce qui rassure les créanciers en particulier. C'est la raison pour laquelle il est prévu qu'il ne doit pas avoir reçu de paiement du débiteur ou des créanciers dans les 2 années qui suivent sa désignation, et qu'il ne doit pas se trouver en situation de conflits d'intérêts notamment.

CHAPITRE 2 : DUREE ET EFFETS DE LA PROCEDURE DE PREVENTION AMIABLE

Article 2.2.1. Durée de la procédure de prévention amiable.

La durée de la procédure ne peut excéder trois mois renouvelable une seule fois par l'autorité judiciaire qui l'a ouverte, à la demande du débiteur et après avis du praticien de l'insolvabilité. L'autorité judiciaire peut mettre fin à la procédure de prévention amiable à tout moment, s'il apparaît qu'il est impossible d'aboutir à un accord. Elle statue à la demande du débiteur, d'un créancier ou du praticien de l'insolvabilité.

L'ouverture d'une procédure d'insolvabilité met fin de plein droit à la procédure de prévention amiable.

Observations :

La durée de la procédure est une question très importante ce d'autant que l'entreprise peut se trouver en insolvabilité mais aussi parce que son insolvabilité peut survenir malgré

l'ouverture de la procédure. Cette durée est donc assez brève puisqu'elle est limitée à 3 mois. Elle peut certes être renouvelée pour la même durée, mais dans ce cas, c'est à la demande du débiteur et surtout après avis du praticien de l'insolvabilité, ce qui postule que les chances d'aboutir à un accord sont réelles.

Aussi bien, la procédure de prévention amiable peut prendre fin à tout moment s'il apparaît impossible de parvenir à un accord. L'objectif étant de ne pas perdre de temps et ne pas voir la situation du débiteur s'aggraver alors qu'il apparaît que cette procédure n'est pas adéquate au regard de la nature ou de l'ampleur de ses difficultés.

Enfin, puisque le débiteur peut être en état d'insolvabilité au moment de l'ouverture de la procédure ou que cet état peut survenir durant la procédure, il a paru nécessaire de traiter de cette question. Alors qu'il aurait pu être admis que l'ouverture de la procédure de prévention amiable paralyse l'ouverture d'un redressement judiciaire, cette option n'a pas été retenue. Dès lors, si une procédure collective est ouverte, la procédure de prévention amiable prend fin de plein droit. En pratique, il s'agit là encore d'une protection pour les créanciers.

Toujours en pratique, durant la procédure, pour éviter la survenance de l'état d'insolvabilité, le débiteur qui a commencé ses négociations peut demander et obtenir des délais de paiement de ses créanciers, tout particulièrement si ceux-ci souhaitent eux aussi aboutir à un accord, solution qui leur est généralement plus favorable par rapport à leur situation dans une procédure collective.

Article 2.2.2. Suspension des poursuites d'un ou plusieurs créanciers.

Pour les besoins de la négociation, si un accord paraît envisageable, l'autorité judiciaire compétente peut, suspendre ou interdire les procédures d'exécution de nature à compromettre la poursuite de l'activité. Elle statue à la demande du débiteur après avis du praticien de l'insolvabilité. Tout créancier concerné est entendu ou dûment convoqué. Cette mesure peut être levée ou modifiée à la demande d'un créancier s'il en subit un préjudice excessif qui pourrait le conduire à être en état d'insolvabilité.

Les conditions, la durée et la fin de la suspension des poursuites sont régies par l'article 3.4.1. Elle ne s'applique pas aux dettes nées pendant la procédure.

Article 2.2.3. Confidentialité

Il n'est pas procédé à la publication légale de la décision ouvrant la procédure de prévention ni de l'accord conclu avec les créanciers. Toute personne qui a connaissance de la procédure de prévention amiable est tenue à la confidentialité. Les dispositions relatives aux informations dues par les sociétés cotées demeurent applicables.

Observations :

La question de la confidentialité de la procédure est essentielle. Elle peut surprendre dans une procédure judiciaire. Toutefois, cette confidentialité protège l'entreprise débitrice, puisqu'elle évite que se propage l'existence de ses difficultés ce qui ne ferait que les accroître. La règle

participe donc de l'attractivité de la procédure. Elle ne porte pas atteinte aux droits des créanciers puisqu'ils restent libres de participer à l'accord ou non. Pour les entreprises cotées, la règle n'interdit pas l'information des autorités de contrôle de l'existence de la procédure. Il reviendra alors à cette autorité de décider si elle doit ou non en informer le marché. Il est possible de prévoir des dérogations limitées pour permettre l'information des représentants du personnel, à un stade ou un autre de la procédure.

Article 2.2.4. Clauses contraires.

Est réputée non écrite toute clause qui prévoit la résolution ou la résiliation d'un contrat en cours ou qui modifie les conditions de poursuite d'un contrat en cours en diminuant les droits ou en aggravant les obligations du débiteur, du seul fait de l'ouverture ou de la demande d'ouverture d'une procédure de prévention amiable ou d'une mesure de suspension des poursuites dans ce cadre.

Observations :

La pratique démontre que lorsque ce type de procédure se développe, certains partenaires introduisent des clauses dans leurs contrats prévoyant qu'en cas de recours à celle-ci, les droits ou obligations du débiteur s'en trouveront augmentées. De telles clauses permettent à certains partenaires de s'aménager des situations de faveur par rapport à d'autres, et peuvent même aller jusqu'à détourner l'entreprise débitrice de cette procédure.

CHAPITRE 3 : L'ACCORD

Article 2.3.1. L'accord.

Le praticien de l'insolvabilité favorise la conclusion d'un accord entre le débiteur et les créanciers mentionnés dans la demande d'ouverture.

L'accord peut notamment prévoir le réaménagement des dettes ou des remises de dettes échues et à échoir, toutes garanties réelles et personnelles susceptibles d'assurer son exécution, l'arrêt ou la réduction des intérêts sur les montants dus, des cessions de rang de privilèges ou sûretés ou encore une modification du capital. La cession de tout ou partie de l'actif ou des parts sociales ou de tout ou partie de l'activité du débiteur peut aussi être envisagée à sa demande.

Observations :

L'objectif de la procédure de prévention amiable est de trouver un accord avec les créanciers du débiteur, mentionnés par ce dernier. D'une part, s'agissant d'un accord, les créanciers ne peuvent se voir imposer aucun effort. D'autre part, seuls les créanciers mentionnés par le débiteur sont appelés aux négociations ce qui lui permet par exemple, de faire un accord avec

uniquement certains créanciers, par exemple, financiers ou à l'inverse d'exclure certains créanciers par exemple des fournisseurs, pour ainsi pouvoir poursuivre des relations contractuelles essentielles à son activité.

Article 2.3.2. Cession de l'activité ou de tout ou partie de l'actif.

L'accord peut prévoir la cession de tout ou partie de l'actif ou des parts sociales ou de tout ou partie de l'activité du débiteur, sous réserve de l'homologation de l'autorités judiciaire compétente.

Observations :

Il est proposé de prévoir la possibilité de céder l'activité de l'entreprise en tout ou partie ou encore tout ou partie de l'actif dans la procédure de prévention amiable. Cette sorte de prepack cession permet d'envisager la cession alors que l'entreprise n'est pas encore dans une situation trop dégradée. On peut donc penser d'une part, que les chances de maintien de l'activité par le repreneur seront meilleures et que, d'autre part, le prix d'achat soit plus élevé.

Article 2.3.3. Paiement des créances nées durant la procédure et privilège de paiement.

L'accord prévoit le paiement par privilège en cas d'ouverture ultérieure d'une procédure d'insolvabilité des créances résultant d'apports consentis au débiteur pendant la procédure ou dans le cadre de l'accord.

Ne peuvent bénéficier de ce privilège que les nouveaux apports en trésorerie ou en bien ou service, à l'exclusion de toutes créances antérieures. Les apports consentis par les actionnaires ou associés du débiteur dans le cadre d'une augmentation de capital ou d'une avance en compte courant ne peuvent bénéficier de ce paiement prioritaire. Doivent être payées par privilège les dettes nées des transactions et des contrats conclus ou poursuivis pendant la procédure.

L'autorité judiciaire constate que les conditions du paiement privilégié sont remplies. Dans ce cas, le privilège fait l'objet d'une publication dans un registre, par dérogation à l'article 2.2.4.

Observations :

Il s'agit là de prévoir un privilège souvent qualifié de privilège de new money, conformément aux bonnes pratiques, et qui est d'ailleurs prévu par la directive (UE) 2019/1023 du 20 juin 2019. L'objectif est de permettre à l'entreprise de bénéficier de nouveaux apports alors qu'elle est en difficulté. Après débat, il a également été proposé d'étendre ce privilège aux dettes nées des transactions et conclus ou poursuivis pendant la procédure au double motif que cela renforce l'attractivité de cette procédure et qu'il s'agit d'une préconisation du Guide Insolvabilité de la CNUDCI. En outre, cette règle est conforme à l'article 17 de la directive (UE) 2019/1023 du 20 juin 2019.

Article 2.3.4. Caractère exécutoire de l'accord.

L'accord ne peut être rendu exécutoire par l'autorité judiciaire compétente, que si :

- *il fait suite à la saisine d'une autorité judiciaire compétente au sens de l'article 1.1.2 et ;*
- *il est présenté par le débiteur avec l'avis du praticien d'insolvabilité et ;*
- *il ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts des créanciers non signataires.*

Dans ce cas, la procédure et l'accord restent soumis à la confidentialité prévue par l'article 2.2.4.

Observations.

L'une des conditions énoncées par cet article est de vérifier que l'accord ne porte pas atteinte aux droits des autres créanciers. On peut par exemple imaginer, outre le privilège de new money que le débiteur accord de nouvelles sûretés à certains de ses créanciers, sûretés qui pourraient primer d'autres sûretés préexistantes. Le texte évite ce genre de pratique et protège ainsi les créanciers, ce qui constitue un avantage certain par rapport au concordat amiable extra-judiciaire. Ici l'intervention du juge évite ce type d'abus. Bien évidemment, les règles nationales continuent de s'appliquer.

Article 2.3.5. Exécution de l'accord.

L'accord peut être exécuté sous le contrôle du praticien de l'insolvabilité.

Toute partie à l'accord peut saisir l'autorité judiciaire compétente en cas de difficulté d'exécution. Celle-ci peut prononcer la résolution de l'accord si elle constate l'inexécution des engagements résultant de l'accord. Elle statue après avis du praticien de l'insolvabilité. La résolution de l'accord met fin à tout délai de paiement et les créanciers recouvrent l'intégralité de leurs créances ou sûretés, déduction des sommes perçues.

Observations :

Il est proposé que l'accord « puisse » être exécuté sous le contrôle du praticien de l'insolvabilité. La question du caractère obligatoire ou facultatif de ce contrôle a été discutée. Le rendre obligatoire risque d'entraîner un surcoût ce qui est regrettable tout particulièrement pour les MTPE. Aussi bien, si les créanciers le souhaitent, ils peuvent tout à fait l'exiger dans le cadre des négociations.

Article 2.3.6. Situation des garants.

Les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir de l'accord.

Observations :

Cette disposition présente deux avantages. D'une part, elle évite d'inviter à la négociation les garants qui devraient l'être si leurs droits pouvaient être affectés par l'accord. D'autre part, une fois encore, elle rend la procédure de prévention amiable plus attractive pour le débiteur,

plus particulièrement pour le dirigeant caution. Enfin, elle ne porte pas atteinte aux droits des créanciers, puisqu'il suffit pour ceux bénéficiant de telles garanties et qui souhaiteraient les actionner de ne consentir aucun effort dans l'accord.

CHAPITRE 4 : ADOPTION D'UN PLAN EN RESTRUCTURATION

Article 2.4.1. Recours à un vote et levée de la confidentialité.

Si l'accord ne peut aboutir avant expiration du délai de l'article 2.2.1, mais qu'il apparait qu'un plan pourrait être adopté selon les modalités prévues par les articles [relatifs à l'adoption du plan en restructuration] et suivants, le débiteur et le praticien de l'insolvabilité peuvent demander à l'autorité judiciaire, à ce qu'il soit fait application de ces textes. En telle hypothèse, la procédure est poursuivie pour une durée de X mois et la décision faisant droit à cette demande fait l'objet de publications légales. Il est mis fin à la confidentialité de la procédure de prévention amiable.

L'autorité judiciaire peut subordonner sa décision à toute garantie supplémentaire visant à sauvegarder les droits des créanciers.

Observations :

La procédure de prévention amiable est une procédure qui suppose d'obtenir l'accord des créanciers sur un moratoire ou des délais de paiement, notamment. Or en pratique, certains créanciers minoritaires peuvent parfois faire échouer cet accord, ce qui oblige à mettre fin à la procédure, pour recourir à une procédure collective plus classique dans laquelle le plan sera adopté par un vote des créanciers. L'ouverture d'une procédure collective lourde et publique risque d'aggraver la situation de l'entreprise et d'augmenter le coût de la restructuration. Il est donc proposé que la procédure préventive puisse être poursuivie en vue de procéder à ce vote dans ce cadre, à charge pour les Etats de décider s'ils appliquent les règles prévues pour le vote dans le cadre d'un plan de restructuration en procédure collective ou s'ils les aménagent en vue par exemple de demander une majorité différente.

Si cette voie est mise en œuvre, la procédure n'est plus confidentielle puisque les créanciers minoritaires peuvent se voir imposer des délais de paiements ou des remises de dettes par un vote de la majorité.

TITRE 3 : PROCEDURES JUDICIAIRES DE RESTRUCTURATION ET D'INSOLVABILITE

CHAPITRE 1 : PROCEDURES ET CONDITIONS D'OUVERTURE

Article 3.1.1. Les procédures.

La procédure de restructuration judiciaire permet de traiter les difficultés insurmontables du débiteur avant que celui-ci ne soit insolvable.

La procédure de redressement judiciaire permet de traiter les difficultés du débiteur déjà insolvable dont le redressement est jugé possible.

Ces deux procédures ont pour objectif, par la mise en place d'un plan de restructuration ou de redressement et en tenant compte des intérêts des créanciers, de permettre au débiteur de poursuivre son activité, d'apurer ses dettes et de maintenir l'emploi.

La procédure de liquidation judiciaire est applicable lorsque le redressement du débiteur est impossible. Elle vise au paiement des créanciers et met fin à l'activité.

Observations :

Un tel texte peut paraître superflu pour un juriste de droit continental, mais paraît utile pour certains Etats qui ne connaissent pas ces procédures. La même démarche a été adoptée pour la procédure de prévention amiable dans un but pédagogique. (v. art. 2.2.1.). On rappellera ici que les procédures de redressement et de liquidation judiciaire sont des procédures d'insolvabilité (v. art. préliminaire).

Article 3.1.2. Conditions d'ouverture.

La procédure de restructuration judiciaire est ouverte à la demande du débiteur qui démontre qu'il n'est pas insolvable et qu'il connaît une difficulté qui pourrait le conduire à être insolvable au sens de l'article 3.1.3.

La procédure de redressement judiciaire est ouverte à la demande du débiteur en état d'insolvabilité, s'il démontre sa capacité de poursuivre son activité et de présenter un plan de redressement.

La procédure de liquidation judiciaire est ouverte à la demande du débiteur qui démontre l'impossibilité manifeste de redressement.

Le débiteur en état d'insolvabilité est tenu de demander l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire dans un délai déterminé par la loi nationale à compter de la survenance de son insolvabilité.

Les procédures de redressement et de liquidation judiciaires peuvent également être ouvertes à la demande d'un créancier ou d'une autorité judiciaire spécialement habilitée par la loi. Ils fournissent à l'autorité compétente tout élément de preuve de nature à caractériser l'état d'insolvabilité, et à démontrer le cas échéant que le redressement est manifestement impossible.

Si la demande porte sur l'ouverture d'une procédure de restructuration judiciaire ou de redressement judiciaire, le débiteur doit produire l'attestation d'un commissaire aux comptes ou d'un expert établissant sa capacité à poursuivre son activité dans le cadre d'un plan. La loi nationale peut prévoir une dispense de production de cette attestation pour les entreprises ne dépassant pas certains seuils.

Observations :

La procédure de restructuration judiciaire, à la différence du redressement et de la liquidation judiciaire, ne peut être ouverte qu'à la demande du débiteur. En effet, il n'est pas encore insolvable et il paraît donc exclu de lui imposer le recours à une procédure collective. Par ailleurs, il est proposé aux Etats de ne pas imposer l'attestation du commissaire aux comptes ou de l'expert, pour les petites entreprises puisqu'elles celles-ci n'ont parfois ni commissaire aux comptes, ni expert-comptable.

Enfin, il est proposé d'imposer le recours à une procédure d'insolvabilité dans un délai dont la durée maximale doit être fixée par la loi nationale. Le dépassement de ce délai peut donner lieu à sanction, mais n'empêche pas l'ouverture de la procédure.

Article 3.1.3. Le critère d'insolvabilité.

L'insolvabilité est caractérisée par l'incapacité du débiteur de payer les dettes échues et non contestées. Elle doit être établie par la partie demanderesse.

Observations :

la question du maintien d'un second critère de l'insolvabilité relatif au bilan, a été très discutée. Il a paru nécessaire de la supprimer pour retenir le seul premier critère plus objectif et plus compréhensif. Toutefois, cette option reste ouverte au cas où certains Etats le jugeraient indispensables. En opportunité, d'autres critères comptables ou financiers peuvent être prévus : surendettement, bilan, EBITDA ...

CHAPITRE 2 : MESURES PROVISOIRES ; OUVERTURE ET CONVERSION DES PROCEDURES

Article 3.2.1. Mesures provisoires.

Dès le dépôt de la demande, l'autorité judiciaire peut prendre à la demande du débiteur ou d'office toutes les mesures qui lui paraissent nécessaires pour protéger les actifs du débiteur et éviter tout acte préjudiciable à sa restructuration ou aux intérêts des créanciers. La décision ordonnant ces mesures est susceptible de recours par le débiteur.

L'autorité judiciaire peut notamment :

1. désigner un administrateur provisoire de l'insolvabilité dont il définit la mission ; en tout état de cause, il est habilité à demander toute mesure de conservation et de protection des biens

du débiteur pour la période séparant la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité et la décision d'ouverture ;

2. interdire au débiteur d'accomplir tout acte de disposition ou ordonner qu'ils ne pourront être accomplis qu'avec l'autorisation de l'administrateur provisoire de l'insolvabilité. Le débiteur exerce seul et valablement les actes de gestion courante indispensable à la poursuite de son activité ;

3. interdire ou suspendre les voies d'exécution à l'encontre du débiteur ;

4. ordonner que les biens sur lesquels porte un droit réel exclusif ne peuvent être ni réalisés ni repris par le créancier et que de tels biens peuvent être affectés à la continuation de l'entreprise du débiteur s'ils sont jugés indispensables

Ces mesures ne sont pas applicables si :

- l'insolvabilité du débiteur n'est pas démontrée, ou*
- si le débiteur produit une attestation d'un commissaire aux comptes ou d'un expert établissant sa capacité à poursuivre son activité dans le cadre d'un plan.*

Observations :

La possibilité pour le tribunal de prendre des mesures provisoires qui s'appliquent entre le moment de sa saisine et le moment de sa décision est une question d'importance puisque tant le débiteur que les créanciers peuvent profiter de cette période en violation de l'intérêt collectif.

Article 3.2.2. Ouverture de la procédure.

L'autorité judiciaire statue sur l'ouverture de la procédure dans un bref délai.

Lorsque le débiteur n'est pas en état d'insolvabilité, l'autorité judiciaire ouvre une procédure de restructuration judiciaire si les conditions sont réunies.

Lorsque le débiteur est en état d'insolvabilité, l'autorité judiciaire ouvre une procédure de redressement judiciaire s'il fournit un projet de plan ou l'attestation visée au dernier alinéa de l'article 3.1.2., ou si l'adoption d'un plan ne paraît pas manifestement impossible. Dans le cas contraire, l'autorité judiciaire ouvre une procédure de liquidation judiciaire.

Dans le jugement d'ouverture de la procédure de restructuration judiciaire, l'autorité judiciaire désigne un praticien de l'insolvabilité si :

- l'autorité judiciaire le juge nécessaire pour préserver les intérêts des parties ;*
- si des classes de créanciers sont constituées, ou*
- si elle est demandée par le débiteur ou la majorité des créanciers, à condition que, dans ce dernier cas, le coût du praticien soit supporté par les créanciers.*

Dans le jugement d'ouverture du redressement judiciaire ou de la liquidation judiciaire, l'autorité judiciaire compétente désigne un praticien de l'insolvabilité.

Observations :

Ce texte prévoit notamment les modalités de désignation d'un praticien de l'insolvabilité, conformément à l'article 5 de la directive (UE) 2019-1023 du 20 juin 2019

Article 3.2.3. Conversions des procédures.

A tout moment au cours de la procédure d'insolvabilité, l'autorité judiciaire peut à la demande de tout intéressé convertir la procédure si les conditions légales sont réunies.

La même règle est applicable en procédure de restructuration judiciaire s'il apparaît que le débiteur était en état d'insolvabilité au moment du jugement ayant ouvert cette procédure.

Le débiteur insolvable qui a bénéficié d'un plan de restructuration ou de redressement qu'il n'a pu exécuter est mis en liquidation judiciaire.

En cas de conversion, le praticien de l'insolvabilité désigné reste en fonction ; l'autorité judiciaire peut à tout moment désigner un autre praticien de l'insolvabilité.

Observations :

L'un des objectifs recherchés est d'éviter de voir la situation s'aggraver si la procédure choisie n'est pas pertinente d'où la possibilité de convertir assez aisément cette procédure.

Par ailleurs, concernant la possibilité de convertir la procédure de restructuration judiciaire, permet à la juridiction saisie d'une telle demande, d'ouvrir plus aisément et plus rapidement cette procédure. En effet, l'état d'insolvabilité n'est pas toujours aisé à caractériser. Aussi, même s'il existe un doute sur l'absence d'insolvabilité, la procédure peut être ouverte sans risque puisqu'elle pourra être convertie si ce doute s'avère fondé.

CHAPITRE 3 : ADMINISTRATION DU PATRIMOINE DU DEBITEUR ET REALISATION DES BIENS**Article 3.3.1. Gestion de l'entreprise pendant les procédures de restructuration judiciaire et de redressement judiciaire.**

Pendant la procédure de restructuration judiciaire, le débiteur ou le dirigeant conserve ses pouvoirs sur le patrimoine et sur la gestion de l'entreprise, à l'exception des pouvoirs transférés au praticien de l'insolvabilité. Il en va de même pendant la procédure de redressement judiciaire sauf décision contraire de l'autorité judiciaire. En tout état de cause, le débiteur ou le dirigeant continue d'exercer valablement les actes de gestion courante.

En procédure de restructuration judiciaire, le praticien de l'insolvabilité a une mission de surveillance. En procédure de redressement judiciaire, l'autorité judiciaire lui confie une mission de cogestion ou à titre exceptionnel et si cela s'avère nécessaire, une mission de représentation.

Les créanciers sont informés des pouvoirs du débiteur ou du dirigeant et du praticien de l'insolvabilité par la publication légale et par la notice individuelle qui leur est adressée par le praticien de l'insolvabilité dans un bref délai à compter de sa désignation.

Le débiteur ou le dirigeant conserve les droits qui lui sont personnels et ceux qui ne portent pas sur le patrimoine de l'entreprise ainsi que ceux qui ne sont pas transférés au praticien de l'insolvabilité.

Le praticien de l'insolvabilité peut autoriser le débiteur ou le dirigeant à conclure tout acte dépassant la gestion courante de l'entreprise et de ses biens. La loi peut prévoir qu'une autorisation judiciaire est nécessaire pour les actes les plus importants, notamment les actes de disposition ou la cession d'une unité de production.

La loi définit la sanction des actes passés en violation des règles définies dans le présent article.

Observations :

Tant en restructuration judiciaire qu'en redressement judiciaire, le débiteur n'est en principe pas dessaisi de tous ses droits. Toutefois, il est proposé d'établir deux distinctions. D'une part, en redressement judiciaire, l'autorité judiciaire pourrait écarter ce principe. D'autre part, dans la procédure de restructuration judiciaire, le praticien de l'insolvabilité aurait une mission de surveillance, ce qui se justifie par le fait que l'entreprise n'est pas en état d'insolvabilité. En outre, cette disposition permet d'inciter le débiteur à recourir à cette procédure sans attendre d'être insolvable. Une fois insolvable, il est tenu de demander une procédure collective, ce qui explique que la mission du praticien soit une mission de co-gestion et à titre exceptionnel, une mission de représentation.

Lorsqu'il y a une violation des règles, le dernier alinéa offre un choix au législateur entre des sanctions comme, par exemple, la nullité, l'inopposabilité ou la caducité.

Art. 3.3.2. Réalisation des biens dans la procédure de liquidation judiciaire.

Dans une procédure de liquidation judiciaire, le praticien de l'insolvabilité administre le patrimoine et l'entreprise du débiteur et procède à la réalisation de ses droits et de ses biens dans l'intérêt collectif des créanciers.

Le praticien de l'insolvabilité désigné dispose seul des pouvoirs d'administration et de disposition, sous réserve des droits propres et des droits personnels du débiteur ou du dirigeant.

Le praticien de l'insolvabilité rend compte régulièrement à l'autorité judiciaire qui l'a nommé des opérations de réalisation des biens et des droits du débiteur.

Les biens et les droits immobiliers du débiteur sont vendus aux enchères publiques sauf s'il apparaît qu'une cession amiable est préférable.

Les biens et les droits mobiliers du débiteur sont vendus par une cession amiable sous le contrôle de l'autorité judiciaire.

A tout moment de la procédure, le praticien de l'insolvabilité peut avec l'autorisation de l'autorité judiciaire céder l'entreprise dans son ensemble ou des parts sociales de la société débitrice.

Le praticien de l'insolvabilité résilie les contrats, procède au licenciement des salariés et à la restitution des biens faisant l'objet d'une sûreté réelle ou d'un droit de propriété.

Les créanciers titulaires de sûretés et de droits réels permettant l'appréhension d'un bien peuvent exercer leur droit à l'encontre du praticien de l'insolvabilité avant la présentation d'un plan de cession par transfert de l'entreprise ou les opérations de réalisation des biens.

Le praticien de l'insolvabilité peut autoriser le débiteur ou le dirigeant à conclure tout acte dépassant la gestion courante de l'entreprise et de ses biens.

Article 3.3.3. Modifications de la répartition des pouvoirs.

À tout moment l'autorité judiciaire peut modifier les pouvoirs du débiteur ou du dirigeant et du praticien de l'insolvabilité.

Observations :

Cette possibilité paraît de prime abord superflue en liquidation judiciaire. Toutefois, les pouvoirs du débiteur en liquidation judiciaire peuvent sans doute être aménagés, même de manière marginale et il convient alors de prévoir qu'ils puissent être modifiés.

Article 3.3.4. Actes passés en violation des pouvoirs.

L'autorité judiciaire constate ou prononce la nullité de tout acte passé par le débiteur ou un dirigeant en violation de ses pouvoirs ou de ceux confiés au praticien de l'insolvabilité à la demande de ce dernier, ou de tout intéressé. Le tiers ayant bénéficié d'un tel acte est tenu de restituer les biens ou rembourser les paiements reçus.

CHAPITRE 4 : ARRET OU SUSPENSION DES POURSUITES INDIVIDUELLES

3.4.1 Suspension des poursuites.

Le jugement d'ouverture de la procédure interrompt ou interdit toute action en justice de la part des créanciers antérieurs, y compris les créances garanties et les créances privilégiées Il arrête ou interdit également toute procédure d'exécution de la part de ces créanciers.

*Cette disposition ne s'applique pas aux revendications et restitutions au sens de **l'article 3.10.1.** et aux obligations qui naissent d'un contrat au sens de **l'art. 3.5.1.** que le débiteur ou le praticien de l'insolvabilité a décidé d'exécuter ou qui a été conclu après l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire.*

Observations :

Les règles ci-dessus sont la reprise de l'article 6 de la directive (UE) 2019-1023 du 20 juin 2019 avec quelques aménagements. En particulier, il est précisé que la règle s'applique à toutes les poursuites y compris de la part des créanciers bénéficiant de garanties ou privilèges, comme le prévoit l'article 6.2.

3.4.2. Suspension des poursuites en procédure de restructuration judiciaire.

Le jugement d'ouverture de la procédure de restructuration judiciaire entraîne suspension des poursuites dans les conditions prévues à l'article 3.4.1. Toutefois, elle ne s'applique pas aux créances de salaires. En outre, l'autorité judiciaire peut exclure certaines créances ou catégories de créances du champ d'application de la suspension des poursuites individuelles qu'elles ne risquent pas de compromettre la restructuration de l'entreprise ou lorsque la suspension est susceptible de causer un préjudice excessif aux créanciers concernés.

Elle est limitée à une période maximale ne dépassant pas quatre mois. L'autorité judiciaire peut prolonger sa durée ou accorder une nouvelle suspension des poursuites individuelles, à la demande du débiteur, d'un créancier ou, le cas échéant, du praticien de l'insolvabilité. La prolongation ou le renouvellement de la suspension des poursuites individuelles sont ordonnés uniquement si elle est justifiée notamment :

- a) des progrès significatifs ont été accomplis dans les négociations relatives au plan de restructuration ; ou*
- b) elle ne porte pas une atteinte excessive aux droits ou aux intérêts de parties affectées, quelles qu'elles soient.*

La durée totale de la suspension des poursuites individuelles, prolongations et renouvellements compris, n'excède pas douze mois.

Observations :

Les règles ci-dessus sont la reprise l'article 6 de la directive (UE) 2019-1023 du 20 juin 2019. On relèvera toutefois qu'il est proposé de ne pas appliquer la suspension des poursuites aux créances salariales. L'entreprise n'étant pas en état d'insolvabilité, il n'est en effet a priori aucune raison qu'elle ne puisse pas payer les salaires.

Mais surtout, il est prévu que cette suspension est de droit. En effet, la procédure de restructuration judiciaire est une procédure collective préventive parfois inconnue de certains Etats. On peut donc craindre que la suspension des poursuites soit rarement accordée, d'où l'idée de la rendre obligatoire. Les droits des créanciers restent préservés puisque d'une part, cette suspension est d'une durée limitée et d'autre part, elle n'est pas nécessairement générale.

3.4.3. Suspension des poursuites en redressement et liquidation judiciaires.

En redressement judiciaire et en liquidation judiciaire, la suspension des poursuites telle que définie à l'article 3.4.1. est générale, mais la loi nationale peut prévoir d'autres exceptions. Elle s'applique durant toute la procédure.

CHAPITRE 5 : CONTRATS EN COURS

Article 3.5.1. Option de poursuivre ou mettre fin à un contrat.

Les contrats auxquels le débiteur est partie sont poursuivis de plein droit sous le contrôle du praticien de l'insolvabilité, sans que le cocontractant puisse opposer l'exception d'inexécution. Dans le cadre d'une procédure de restructuration judiciaire ou de redressement judiciaire, le débiteur peut mettre fin à un contrat synallagmatique qui n'est pas exécuté ou seulement partiellement s'il n'est pas utile à la poursuite de l'activité ou si son exécution constitue un risque imminent pour celle-ci. Dans la procédure de restructuration judiciaire, la résiliation du contrat ne peut être prononcée qu'avec l'autorisation de l'autorité judiciaire. Dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, le praticien de l'insolvabilité peut mettre fin au contrat sans l'accord du débiteur.

Le contrat en cours est résilié de plein droit après une mise en demeure de prendre parti sur la poursuite du contrat adressée par le cocontractant au praticien de l'insolvabilité et restée sans réponse dans un délai raisonnable fixé par le cocontractant qui ne peut pas dépasser un mois sans pouvoir être inférieure à 15 jours.

Toute clause contraire aux dispositions de cet article est réputée non écrite.

Les dispositions du présent article ne concernent pas les contrats de travail et les contrats de bail et de bail à ferme portant sur des biens donnés à bail au débiteur.

Article 3.5.2. Créances résultant de l'exécution des contrats.

Les créances résultant de l'exécution des contrats poursuivis, sont payées à l'échéance. A défaut, elles bénéficient d'un privilège de paiement du même rang que les frais de justice nés de la procédure.

Le praticien de l'insolvabilité qui exige la poursuite d'un contrat, doit vérifier qu'il pourra payer les créances en résultant. A défaut, il peut engager sa responsabilité, sauf s'il démontre qu'il ne pouvait pas savoir lors de sa décision de poursuivre un contrat, que le débiteur ne serait pas en mesure de payer la créance en résultant.

La compensation d'une créance du cocontractant avec une créance du débiteur résultant du contrat est exclue. La cession à un tiers d'une créance du débiteur effectuée avant toute décision sur la continuation du contrat dont elle découle est nulle.

Observations :

La responsabilité du praticien de l'insolvabilité (al. 2) du fait du contrôle des fonds disponibles est le reflet de son obligation générale de diligence envers les intérêts des créanciers.

Le dernier alinéa a pour but de préserver et d'augmenter le patrimoine du débiteur en cas d'exécution du contrat. L'exclusion de la compensation garantit qu'il obtienne la valeur intégrale de la contrepartie.

La règle relative à la nullité d'une cession effectuée avant toute décision sur la continuation du contrat garantit que le débiteur, qui exécute le contrat, bénéficie de la contrepartie.

Article 3.5.3. Indemnités résultant d'une résiliation anticipée d'un contrat.

Les indemnités résultant d'une résiliation d'un contrat prononcée dans les conditions de l'article 3.5.2 sont soumises au régime applicable aux créances nées avant la procédure.

Article 3.5.4. Prestations divisibles.

Si les prestations dues sont divisibles et que le cocontractant a déjà partiellement exécuté son obligation au moment de l'ouverture de la procédure, il est créancier antérieur à hauteur d'un montant correspondant à sa prestation partielle. Cette situation ne fait pas obstacle à la poursuite de l'exécution du contrat pour le reste de la prestation.

Article 3.5.5. Réserve de propriété.

Si, avant l'ouverture de la procédure, le débiteur a vendu un bien meuble avec une réserve de propriété et l'a remis à l'acheteur, ce dernier peut exiger l'exécution du contrat de vente. Cela vaut même si le débiteur a contracté d'autres obligations à l'égard de l'acheteur et qu'il ne les a pas exécutées ou seulement partiellement.

Article 3.5.6. Sûreté provisoire ou prénotation.

Le droit national peut prévoir que si une sûreté provisoire ou une prénotation a été publiée ou inscrite à la publicité foncière pour garantir le droit ou le rang d'un créancier portant sur un bien immeuble ou un droit du débiteur, le créancier peut exiger l'acquisition de ce droit ou du rang garanti

Cette disposition s'applique aux sûretés ou aux prénotations inscrites sur le registre des navires, le registre des constructions navales ou le registre des hypothèques sur les aéronefs.

Article 3.5.7. Contrats de travail.

Les contrats de travail sont poursuivis de plein droit.

Le transfert ou la résiliation d'un contrat de travail sont régis par les art. XXX.

Article 3.5.8. Contrats de bail.

Les contrats de bail et de bail à ferme portant sur des biens immobiliers ou des locaux occupés par le débiteur sont poursuivis de plein droit.

Après la demande d'ouverture de la procédure, le cocontractant ne peut pas résilier un contrat de bail ou de bail à ferme conclu par le débiteur en qualité de locataire ou de fermier :

- 1. en raison d'un défaut ou d'un retard de paiement des loyers ou des fermages dûs pour une période précédant la demande d'ouverture ;*
- 2. en raison de la situation patrimoniale du débiteur.*

Le cocontractant ne peut faire valoir les droits qu'il invoque pour la période antérieure à l'ouverture de la procédure qu'en qualité de créancier.

Dans le cas où le débiteur a la qualité de bailleur d'un bien immobilier ou de locaux, la cession d'une créance par le débiteur à un tiers effectuée avant toute décision sur la continuation du contrat et portant sur des créances nées après cette date est nulle.

Un contrat de bail ou de bail à ferme, portant sur des biens immobiliers ou des locaux et conclu par le débiteur en qualité de locataire ou de fermier, peut être résilié par le praticien d'insolvabilité ; sauf si un délai plus bref était convenu, le délai de préavis est de trois mois.

CHAPITRE 6 : NULLITES DE LA PERIODE SUSPECTE

Article 3.6.1. Période suspecte.

L'autorité judiciaire peut déterminer une période suspecte qui ne peut excéder 12 mois à compter de la décision d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire.

Les actes et les paiements intervenus avant la période suspecte sont présumés réguliers ; le praticien de l'insolvabilité peut demander leur annulation s'ils ont été accomplis au profit d'un créancier dans le but de nuire à l'intérêt collectif des créanciers, à l'égalité des créanciers ou par fraude. En tout état de cause, les financements nouveaux bénéficiant du privilège de l'article 2.3.3. ne sont pas soumis aux nullités de la période suspecte.

En tout état de cause, aucun acte ou paiement intervenu plus de 3 ans avant le jugement d'ouverture, ne peut faire l'objet d'une action en nullité, sans préjudice de l'application des actions prévues par le droit commun.

Article 3.6.2. Actions en nullité.

Les actes passés ou conclus pendant la période suspecte peuvent être annulés sauf si le créancier démontre qu'à la date de conclusion de l'acte, il ignorait l'insolvabilité du débiteur et que l'acte portait atteinte à l'intérêt collectif des créanciers.

Peuvent être annulés notamment les actes et paiements suivants effectués par le débiteur :

- tout acte ou paiement qui résulte d'une fraude ;
- tout acte ou paiement qui démontre par lui-même qu'il était irrégulier ;
- tout acte ou paiement sans contrepartie ou avec une contrepartie insignifiante ;
- tout paiement selon des modalités anormales ou non usuelles ;
- tout paiement d'une dette non exigible ;
- tout octroi d'une sûreté ou d'une garantie qui n'est pas justifié par un crédit concomitant.

Les actes ou paiements intervenus dans le cadre d'une procédure de prévention amiable, ou au cours de l'exécution de l'accord conclu au cours de cette procédure, ainsi que les sûretés ou garanties consenties dans ce cadre ne peuvent être annulés sauf en cas de fraude.

Observations :

On relèvera que les financements bénéficiant du privilège accordé dans le cadre d'une procédure de prévention amiable échappent aux nullités de la période suspecte, conformément à l'article 6 de la directive (UE) 2019-1023 du 20 juin 2019.

CHAPITRE 7 : PLANS DE RESTRUCTURATION OU DE REDRESSEMENT

Article 3.7.1. Auteur du projet de plan.

Dans la procédure de restructuration judiciaire ou de redressement judiciaire, le débiteur peut présenter un projet de plan prévoyant la restructuration de l'entreprise, la poursuite de son activité ou la cession de tout ou partie de celle-ci à un tiers qui s'engage à poursuivre l'activité. Dans la procédure de redressement judiciaire, tout créancier peut également présenter une proposition de plan concurrente.

Dans la procédure de restructuration judiciaire un créancier ne peut présenter une proposition de plan concurrente que si le débiteur n'en a pas faite, à l'expiration d'un délai de [....] mois à compter du jugement d'ouverture.

Observations :

Les modalités varient de façon sensible suivant les droits nationaux ; le projet se limite à proposer des règles générales.

Article 3.7.2. Offre de reprise.

Dès l'ouverture de la procédure de restructuration judiciaire ou de redressement judiciaire, les tiers sont admis à faire une offre de reprise portant sur tout ou partie de l'entreprise. Dans la procédure de restructuration judiciaire, cette offre ne peut être faite qu'à l'expiration d'un délai de [même délai qu'à l'article précédent] à compter du jugement d'ouverture.

Observations :

Il peut paraître discutable d'admettre des offres de reprise dans la procédure de restructuration judiciaire. Toutefois, d'une part, le plan proposé par le débiteur aura la priorité. D'autre part, si ce plan n'est pas adopté, il sera utile de disposer rapidement d'offre de reprise afin d'envisager une cession.

Article 3.7.3. Consultation des créanciers.

S'il n'est pas constitué de classes de créanciers, le plan est adopté dans les conditions prévues par l'article 3.7.11. Les créanciers sont consultés sur les propositions du débiteur ou des tiers au vu d'un rapport établi par le praticien de l'insolvabilité analysant la situation économique, financière et sociale de l'entreprise d'une part et les propositions et offres d'autre part ainsi que les garanties présentées.

Article 3.7.4. Constitution des classes ou des groupes de créanciers.

Le praticien de l'insolvabilité regroupe les créanciers en classes dans les entreprises dépassant des seuils fixés par la loi nationale.

Si l'entreprise en difficulté a un chiffre d'affaires et un nombre de salariés supérieurs à des seuils fixés par la loi nationale, la constitution de classes ou de groupes de créanciers est obligatoire.

Si l'entreprise en difficulté a un chiffre d'affaires et un nombre de salariés inférieurs à ces seuils, la constitution de classes ou de groupes de créanciers est facultative. Elle intervient à la demande du débiteur, du praticien de l'insolvabilité ou d'un ou plusieurs créanciers représentant au moins 30 % du passif déclaré.

Article 3.7.5. Consultation des créanciers en l'absence de classes.

Si le praticien de l'insolvabilité ne procède pas à la mise en place de classes ou de groupes de créanciers, il consulte les créanciers sur les propositions de plan de restructuration. L'autorité judiciaire statue sur le projet de plan en ce cas au vu des avis exprimés et applique les principes établis par l'article 3.7.9. relatif au meilleur intérêt des créanciers et à la priorité absolue.

La décision de l'autorité judiciaire se substitue au vote des créanciers.

La décision peut faire l'objet de recours par les créanciers opposants.

Ces dispositions sont également applicables dans le cas où la procédure d'insolvabilité est ouverte à l'encontre d'un entrepreneur individuel d'une personne physique n'exerçant aucune activité professionnelle indépendante.

Article 3.7.6. Composition des classes.

Les créanciers affectés par un plan sont réunis en classes, comprenant au moins une classe de créanciers privilégiés, une classe de créanciers titulaires de sûretés réelles et une classe de créanciers non privilégiés.

Les créanciers publics et des organismes sociaux constituent une classe de créanciers.

Le praticien de l'insolvabilité peut établir toute classe supplémentaire.

Les contestations relatives à la constitution des classes sont soumises à l'autorité judiciaire qui se prononce avant les votes.

Les créanciers qui ne sont pas affectés par le plan ne prennent pas part au vote.

Article 3.7.7. Salariés.

L'instance représentative des salariés est informée des propositions et des offres reçues par le praticien de l'insolvabilité. Elle présente ses observations sur les dispositions contenues dans lesdites propositions et les offres en ce qui concerne les contrats de travail des salariés.

Les créances des salariés ne sont pas affectées par le plan.

Article 3.7.8. Vote du plan.

Le praticien de l'insolvabilité convoque les créanciers par classe. Les votes sont exprimés oralement ou par courrier écrit ou électronique sur la base des propositions et des offres reçues.

Le praticien de l'insolvabilité dresse un tableau des votes.

Une classe est considérée comme favorable aux propositions et offres lorsqu'elles recueillent les deux tiers des voix en nombre de créanciers et en valeur des créances.

Observations :

La question de la majorité requise des créanciers pour voter le plan est une question difficile. Exiger une majorité élevée peut rendre l'adoption du plan difficile, mais une majorité trop faible risque de multiplier les recours des créanciers opposants puisque par définition, ils seront alors plus nombreux. Le choix a donc été fait d'une double majorité assez élevée. Cette solution peut évidemment être discutée mais il pourrait aussi être décidé de laisser un choix aux Etats membres, soit choix entièrement libre soit entre des encadrés par des limites.

Article 3.7.9. Approbation du plan.

Le plan adopté par une majorité de classes est approuvé par l'autorité judiciaire.

L'approbation du plan peut être écartée si :

- il est établi que les créanciers opposants sont désavantagés par le plan en considération des paiements qu'ils percevraient en cas de liquidation judiciaire ;*
- il est établi que les créanciers opposants subissent un dommage excessif ou disproportionné ;*
- il est établi que le plan ne respecte pas l'ordre de priorité absolue entre les créanciers d'une même classe.*

L'approbation d'un plan le rend opposable à tous.

Observations :

L'article 3.7.9 avant-dernier alinéa opte pour la règle de la priorité absolue. En l'absence de classes, l'art. 3.7.11 prévoit une option entre la priorité absolue et la priorité relative.

Article 3.7.10. Exécution du plan.

L'autorité judiciaire désigne le praticien de l'insolvabilité pour établir les actes nécessaires à la mise en œuvre du plan et en surveiller l'exécution.

Il rend compte à l'autorité judiciaire de toute difficulté.

L'autorité judiciaire met fin au plan si le débiteur ne respecte pas ses obligations ou est à nouveau insolvable.

Pendant la durée d'exécution du plan, le débiteur peut demander le bénéfice d'une procédure de prévention amiable.

L'exécution du plan libère le débiteur des dettes non prises en compte dans le plan.

Article 3.7.11. Adoption d'un plan d'apurement du passif en l'absence de constitution de classes de créanciers.

Si les classes de créanciers ne sont pas constituées, le plan est arrêté par le tribunal au vu du rapport du praticien de l'insolvabilité et des avis des créanciers. Le tribunal prend en compte [la règle de la priorité absolue ou du meilleur intérêt des créanciers] ; ces derniers peuvent faire un recours s'ils estiment qu'il subissent un préjudice injustifié.

CHAPITRE 8 : ÉTABLISSEMENT DU PASSIF**Article 3.8.1. Information des créanciers.**

L'information des créanciers est assurée par :

- *une publication dans un journal d'annonces légales ;*
- *une inscription au registre du commerce et des sociétés ;*
- *une mention au registre d'insolvabilité prévue par l'article 24 du règlement européen relatif aux procédures d'insolvabilité ;*
- *une notice individuelle.*

Dès qu'une procédure d'insolvabilité est ouverte, le praticien de l'insolvabilité désigné en informe sans délai les créanciers connus.

Article 3.8.2. Destinataires de l'information.

L'information des créanciers est assurée par l'envoi individuel d'une note et porte notamment sur les délais à observer, les sanctions prévues quant à ces délais, l'organe ou l'autorité habilité(e) à recevoir la production des créances et toute autre mesure prescrite. Cette note indique également si les créanciers dont les créances sont garanties par un privilège ou une

sûreté réelle doivent produire leurs créances. La note indique que le créancier peut utiliser le formulaire uniformisé de production de créances visé à l'article 55 du règlement n° 2015-848 du 20 mai 2015 et des informations indiquant où ce formulaire est disponible. La déclaration de créances peut être effectuée par voie électronique.

Variante :

Les éléments d'information sont communiqués au moyen du formulaire uniformisé élaboré conformément à l'article 55 du règlement n° 2015-848 du 20 mai 2015. Le formulaire est publié sur le portail européen e-Justice et porte l'intitulé « Note concernant la procédure d'insolvabilité » dans toutes les langues officielles des institutions de l'Union. Il est transmis dans la langue officielle de l'État d'ouverture ou, s'il y a plusieurs langues officielles dans cet État membre, dans la langue officielle ou dans l'une des langues officielles du lieu où la procédure d'insolvabilité a été ouverte, ou dans une autre langue que ledit État a déclaré pouvoir accepter, conformément à l'article 55, paragraphe 5, s'il est permis de penser que les créanciers étrangers comprendront plus facilement cette langue.

Dans le cas où la procédure d'insolvabilité concerne une personne physique n'exerçant pas une profession libérale ou toute autre activité d'indépendant, le formulaire uniformisé visé au présent article ne doit pas obligatoirement être utilisé si les créanciers ne sont pas tenus de produire leurs créances pour que celles-ci soient prises en compte au cours de la procédure.

Observations :

Le texte ci-dessus est la reprise de l'article 54. 2 du règlement n° 2015-848 du 20 mai 2015 tandis que la variante est la reprise du 3 du même texte.

Article 3.8.3. Vérification du passif.

La vérification du passif est assurée par le praticien de l'insolvabilité qui se prononce sur les créances déclarées par une décision susceptible de recours devant l'autorité judiciaire. Il rend compte de la vérification à l'autorité judiciaire compétente et le cas échéant à l'assemblée des créanciers selon la règle légale applicable.

La vérification du passif porte sur toutes les créances déclarées dans le cadre d'une procédure ouverte en vue d'un plan de restructuration ou de redressement. Elle porte sur les seules créances déclarées susceptibles d'être payées, dans le cadre d'une procédure de liquidation judiciaire.

CHAPITRE 9 : CLASSEMENTS DES CREANCIERS

Article 3.9.1. Classement des créances dans une procédure de restructuration judiciaire ou de redressement judiciaire.

Dans le cadre d'un plan de restructuration judiciaire ou de redressement judiciaire, les créances vérifiées et admises sont payées selon les modalités définies par le plan, en fonction des votes exprimés par les classes de créanciers et l'approbation de l'autorité judiciaire, après le paiement des créances suivantes :

- *frais de procédure ;*
- *créances administratives ;*
- *créances bénéficiant du privilège prévu par l'article 2.3.3 ;*
- *créances nées pendant la procédure de restructuration judiciaire ou de redressement judiciaire.*

Observations :

Le projet propose un classement général qui reflète la plupart des systèmes nationaux (voir notamment les Recommandations n° 185 et s. du Guide législatif de la CNUDCI) sans prendre parti sur les classements prévus par chaque loi nationale.

Article 3.9.2. Classement des créances dans une procédure de liquidation judiciaire.

Dans le cadre d'une procédure de liquidation judiciaire, les créances vérifiées et admises sont payées après le paiement des créances suivantes :

- *frais de procédure ;*
- *créances administratives ;*
- *créances bénéficiant du privilège prévu par l'article 2.3.3 ;*
- *créances nées pendant la procédure de restructuration judiciaire ou d'insolvabilité ;*
- *créances bénéficiant d'un privilège légal ;*
- *créances non garanties.*

Article 3.9.3. Sûretés.

Le traitement des sûretés est régi par les lois de chaque Etat.

CHAPITRE 10 : REVENDICATIONS ET RESTITUTIONS

Art. 3.10.1. Revendications et restitutions.

L'ouverture d'une procédure de restructuration judiciaire ou d'une procédure d'insolvabilité n'interdit pas au fournisseur d'un bien bénéficiant d'un droit de propriété sur ce bien en vertu d'un contrat de location, de crédit-bail ou d'une vente sous réserve de propriété de réclamer sa restitution. Il doit demander au praticien de l'insolvabilité ou au débiteur non dessaisi la restitution dans le délai fixé pour déclarer ses créances. Il répond de tout dommage résultant d'une demande tardive.

La revendication est possible si :

- *le bien existe en nature et peut être restitué sans occasionner de dégâts à un autre bien du débiteur ;*
- *le bien est toujours entre les mains du débiteur ;*
- *le bien n'a pas été payé intégralement avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.*

Le créancier revendiquant saisit de sa demande le praticien de l'insolvabilité ou le débiteur non dessaisi.

La décision par laquelle il est statué sur sa demande peut être l'objet d'un recours devant l'autorité judiciaire compétente.

CHAPITRE 11 : CLOTURE DE LA PROCEDURE

Art. 3.11.1. Prononcé de la clôture.

L'autorité judiciaire compétente prononce la clôture de la procédure lorsqu'elle a approuvé un plan de restructuration ou de redressement ou lorsque les droits et actifs du débiteur ont été réalisés et que le praticien de l'insolvabilité a procédé à la répartition du produit de l'actif ou selon toute autre condition fixée par la loi nationale.

La personne morale prend fin par l'effet de la clôture de la procédure de liquidation judiciaire sauf si tous les créanciers ont pu être désintéressés.

Si après la clôture de la procédure il apparaît que des actifs ou des créances n'ont pas été réalisés, le tribunal peut à la demande du praticien de l'insolvabilité ou de tout intéressé, désigner ledit praticien ou un praticien de son choix pour procéder à leur réalisation et à la distribution du produit de celle-ci. Les frais et la rémunération du praticien désigné s'imputent sur le produit de la réalisation. La même règle est applicable s'il apparaît que des actions dans l'intérêt des créanciers n'ont pas été engagées, toutefois dans ce cas, la désignation du praticien suppose au préalable que les demandeurs s'engagent à prendre en charge les frais de l'action. Une fois le praticien rémunéré, ils seront alors remboursés de ces frais en priorité sur les résultats de l'action.

Observations :

une fois la procédure clôturée, la question se pose du devenir juridique de la personne morale. A priori, tous ses actifs ont été vendus et tous les créanciers n'ont pas pu être désintéressés, elle est donc une coquille vide et a vocation à prendre fin, ce que prévoit expressément le texte pour éviter par exemple de recourir à une liquidation amiable ou à une quelconque formalité. Si toutefois, la réalisation des actifs a permis de payer tous les créanciers, il n'est aucune raison de dissoudre la personne morale. Elle pourra survivre au moins pour répartir le boni de liquidation entre ses membres.

Par ailleurs, il peut arriver qu'après la clôture de la procédure, il apparait que certains actifs n'ont pas été réalisés ou certaines actions introduites, hypothèse à laquelle le dernier alinéa ci-dessus apporte une réponse.

Art. 3.11.2. Effets de la clôture d'une procédure de liquidation.

Sans préjudice de l'application de l'article 3.12.3, la personne physique est libérée par l'effet de la clôture de la procédure de liquidation, sauf si elle a déjà bénéficié d'une procédure de liquidation judiciaire clôturée pour insuffisance d'actif dans les 5 années qui précèdent l'ouverture de la présente procédure de liquidation judiciaire.

Sous cette réserve, toutes ses dettes sont effacées à l'exception :

- *des dettes non professionnelles (exception à écarter pour un consommateur) ;*
- *des dettes résultant d'un délit, d'une fraude établie ou d'une fraude fiscale ;*
- *des dettes envers une personne physique ayant payé une créance professionnelle du débiteur ;*
- *des dettes postérieures à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou de restructuration judiciaire ;*
- *des frais de justice ;*
- *de la rémunération des praticiens de l'insolvabilité ;*
- *des dettes liées à une nouvelle activité ;*
- *des dettes dont le débiteur n'a pas indiqué l'existence.*

En tout état de cause, le débiteur peut proposer un échéancier pour le paiement des dettes non effacées. Les intérêts légaux et conventionnels de ces dettes ne courent plus à compter de la clôture de la procédure de liquidation judiciaire. L'autorité judiciaire statue sur cet échéancier au vu des observations des créanciers qui peuvent à cette occasion accorder ou se voir imposer des remises au débiteur en fonction des facultés contributives du débiteur.

L'effacement ou le paiement des dettes dans les conditions précitées met fin à toute interdiction d'exercer une activité indépendante prononcée contre le débiteur en relation avec son endettement, sauf si l'interdiction a été prononcée par une autorité de tutelle professionnelle ou par une juridiction pénale.

La décision sur l'effacement des dettes peut faire l'objet d'un recours par tout créancier qui justifie d'un intérêt personnel.

Observations :

Le « rebond » du débiteur personne physique est particulièrement affirmé dans la directive (UE) 2019-1023 du 20 juin 2019. Certains Etats ont déjà adopté des dispositions en ce sens, et d'autres non. Sans revenir sur les raisons de la mise en place de ce rebond, on rappellera (i) qu'il participe à une certaine équité puisque le dirigeant d'une société unipersonnelle ne peut se voir mettre à sa charge que certaines dettes en qualité de garant ou s'il a commis une faute (ii) il convient d'encourager et de permettre au débiteur de bénéficier d'une seconde chance ce d'autant qu'il aura tiré une expérience et sera sans doute plus compétent et enfin (iii) laisser

à la charge du débiteur personne physique l'ensemble de ses dettes le conduit parfois à des manœuvres dilatoires consistant par exemple à utiliser des prête-noms. Ajoutons que sur le plan économique le paiement des créanciers reste dans ce cas, assez marginal, en pratique. Il est donc proposé que toutes les dettes du débiteur soient effacées mais des exceptions sont proposées tandis que l'article 3.12.3. dernier alinéa permet à l'autorité judiciaire, lorsqu'elle prononce une interdiction de gérer de reporter l'effacement des dettes, En outre, en cas de récidive dans les 5ans, le débiteur ne pourrait pas bénéficier de cet effacement.

CHAPITRE 12 : RESPONSABILITES

Art. 3.12.1. Responsabilités en présence d'un risque d'insolvabilité.

En présence d'un risque d'insolvabilité ou d'une menace sur la continuité de l'exploitation, tout dirigeant ou entrepreneur doit prendre les mesures à sa disposition pour éviter une situation d'insolvabilité.

Ces mesures comprennent notamment l'obligation de :

- *éviter toute décision susceptible d'aggraver le passif et les dettes de l'entreprise*
- *prendre conseil auprès d'un professionnel agréé ou d'un service d'assistance mis en place par les pouvoirs publics*
- *demander le bénéfice d'une procédure de prévention amiable.*

Art. 3.12.2. Responsabilités en présence d'une situation d'insolvabilité.

En présence d'une situation d'insolvabilité, tout dirigeant ou entrepreneur doit prendre des mesures pour éviter tous dommages résultant de cette situation pour les créanciers, l'entreprise et ses salariés.

Ces mesures comprennent notamment l'obligation de:

- *demander l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire dans un délai d'un mois à partir du moment où le dirigeant a constaté ou aurait dû constater la situation d'insolvabilité sauf s'il a demandé dans ce délai l'ouverture d'une procédure de prévention amiable.*
- *avertir les créanciers de l'entreprise,*
- *ne prendre aucun acte de disposition sur le patrimoine de l'entreprise,*
- *ne pas avantager un créancier, plusieurs créanciers ou des personnes proches, au détriment de l'ensemble des autres créanciers,*
- *informer le praticien de l'insolvabilité désigné de tout élément relatif à la gestion de l'entreprise et au traitement des dettes.*
- *payer seulement les dettes relatives aux besoins de l'entreprise et celles conformes à l'activité d'un commerçant prudent et avisé.*

Art. 3.12.3. Conséquences d'un manquement aux obligations.

Si une procédure d'insolvabilité a été ouverte contre une personne morale, tout dirigeant peut être jugé responsable sur son patrimoine de l'aggravation de l'endettement dû à un ou à des manquements aux obligations ci-dessus énoncées en fonction du préjudice subi par les créanciers.

Dans les mêmes conditions, il peut faire l'objet d'une interdiction de gérer une entreprise commerciale, artisanale et industrielle pendant une durée déterminée.

Tout entrepreneur individuel peut faire l'objet de l'interdiction prévue au point précédent en cas de manquement aux obligations ci-dessus énoncées.

Dans les mêmes conditions, la mesure d'effacement des dettes dont bénéficie un entrepreneur individuel peut être reportée à l'issue de la période d'interdiction.