

Transposition de la directive « restructuration » : vers une convergence franco-allemande ?

**Reinhard Dammann, Avocat au Barreau de Paris, Cabinet Dammann, Professeur affilié à Sciences Po
Marc Kioumji-Felbinger, Cabinet Dammann**

Avec la crise du Covid-19, la « course à la transposition » de la directive restructuration n° 2019/1023 du 20 juin 2019 s'accélère en Europe. Le législateur néerlandais a établi un projet de transposition le 5 juillet 2019 qui devrait être voté très prochainement par le Parlement. Le gouvernement allemand lui emboîte le pas en publiant, le 22 septembre 2020, son projet de loi, la *SanInsFoG*, avec le même objectif d'une entrée en vigueur de la réforme au 1^{er} janvier 2021.

La transposition en France, prévue par voie d'ordonnance au plus tard en mai 2021, donnera-t-elle lieu à une convergence franco-allemande, telle qu'actée dans le traité d'Aix-la-Chapelle du 29 août 1919 ?

À l'occasion de deux colloques organisés les 2 et 11 décembre 2019 à Berlin et Paris, les deux chancelleries ont pu prendre la mesure des avantages, mais aussi des divergences d'approches de chaque système. Le droit français est le précurseur en Europe des procédures préventives, privilégiant la négociation confidentielle afin d'éviter l'ouverture d'une procédure collective, qui est plutôt favorable au débiteur pour sauver des emplois. De son côté, le droit allemand de l'insolvabilité ignore les procédures de restructuration préventives et privilégie, dans une logique financière, calquée sur le modèle américain du Chapter 11, les intérêts des créanciers. Ainsi, outre-Rhin, un plan de restructuration de la dette doit nécessairement refléter les rangs des créances, avec la possibilité d'une expropriation de l'actionnaire dont les titres ont perdu toute valeur.

Avec la *SanInsFoG*, on assiste à un changement de paradigme en Allemagne.

I - L'introduction d'une « Sanierungsmoderation » sur le modèle de la conciliation

Traditionnellement, le droit allemand ne croyait pas en l'efficacité d'une procédure confidentielle de restructuration préventive. En 2010, lors de la dernière réforme, le *Schutzschirmverfahren*, procédure de parapluie, était conçue comme l'antichambre de la procédure d'insolvabilité publique, relevant dès lors du champ d'application du règlement insolvabilité n° 2015/848 (R. Dammann et M. Sénéchal, *Le droit de l'insolvabilité internationale*, Lextenso, 2018, n° 317).

La *SanInsFoG* change la donne. La « *Sanierungsmoderation* » fait son entrée dans le droit allemand. Il s'agit d'une procédure conçue sur le modèle de la conciliation. Le débiteur sollicite, avec l'accord des créanciers participants à la procédure, la désignation d'un conciliateur (*Sanierungsmoderatorin*) indépendant, afin de favoriser la conclusion d'un protocole d'accord. Le débiteur ne doit pas se trouver dans une situation de cessation des paiements, ni de surendettement. La procédure dure trois mois, renouvelable une fois. Elle est confidentielle. Le conciliateur a accès à tous les documents. Il doit établir un rapport mensuel au tribunal sur l'avancée des négociations et signaler, le cas échéant, la survenance d'une situation d'insolvabilité du débiteur.

Le protocole de conciliation, signé par l'ensemble des parties, doit, sur rapport écrit du conciliateur, faire l'objet d'une homologation par le tribunal. Dans ce cas, l'accord ne pourra être annulé (pour avoir été conclu pendant la période

suspecte) même si le débiteur devait néanmoins, par la suite, faire l'objet d'une procédure d'insolvabilité. Enfin, le § 101 de la *SanInsFoG* prévoit la « conversion » de la « *Sanierungsmoderation* » en une procédure de restructuration préventive et le conciliateur devient alors le praticien dans le domaine de la restructuration au sens de la directive.

Ainsi, le futur droit allemand de la restructuration s'inspire du modèle français conçu en deux étapes : conciliation, puis sauvegarde (financière) accélérée. De son côté, le législateur français pourrait retenir les choix de son homologue allemand en vue de fusionner, dans une optique de meilleure lisibilité, les deux procédures de sauvegarde accélérée en une procédure simplifiée, favorable aux créanciers.

II - La création d'une procédure autonome de restructuration préventive

Lors de la transposition de la directive, le législateur hollandais s'est inspiré du *scheme of arrangement* du droit anglais avec pour objectif, publiquement assumé, qu'Amsterdam aura vocation à devenir la plaque tournante de la restructuration financière en Europe, *post-Brexit*. C'est la raison pour laquelle le projet de loi hollandais prévoit une procédure de restructuration confidentielle et une variante publique qui relève du champ d'application du règlement insolvabilité, assurant ainsi une reconnaissance automatique des jugements hollandais en Europe.

La *SanInsFoG* suit la même approche. La procédure d'insolvabilité de droit commun, qui peut être ouverte en Allemagne en cas d'insolvabilité menaçante, n'est pas modifiée. La transposition de la directive se fait à travers la création d'une nouvelle procédure de restructuration préventive autonome.

Quels sont les éléments clé de ce nouveau dispositif ?

Comme en droit hollandais, le débiteur a le choix entre deux variantes, confidentielles ou publiques. La procédure se caractérise par sa simplicité et sa souplesse. Elle ne donnera pas lieu à une déclaration ou vérification des créances. Lorsque le débiteur encourt un risque d'insolvabilité, le § 49 de la *SanInsFoG* prévoit la possibilité de résilier judiciairement certains contrats en cours qui sont incompatibles avec l'accord de restructuration et dont le cocontractant refuse les nécessaires adaptations. Autre nouveauté, la prise en considération des groupes de sociétés et des garanties intra-groupes.

Le § 10 de la *SanInsFoG* définit le champ d'application des personnes affectées par le plan. Cette disposition assure une grande souplesse aux parties, afin d'exclure certains groupes de créanciers, sur la base de critères objectifs. Ainsi, il est possible que la restructuration ne concerne que les créanciers financiers, comme cela est prévu en France dans la sauvegarde financière accélérée. Aussi, sont hors plan les créanciers qui, en cas d'ouverture de la procédure d'insolvabilité, seront vraisemblablement désintéressés, comme des créanciers bénéficiant d'une action en revendication. Cette disposition s'explique par la règle du *best interest of creditors'test*, fil rouge de la directive.


En droit français, une mesure comparable permettrait de traiter, pour la valeur des actifs affectés à titre de garantie, les bénéficiaires de fiducie-sûreté avec dépossession, comme des créanciers non-affectés par le plan. La même règle s'appliquerait en faveur du cessionnaire de créances par bordereau Dailly. Dès lors, on comprend qu'il est nécessaire d'évaluer les actifs affectés à titre de garantie afin de déterminer, le cas échéant, la partie chirographaire de la créance. On retrouve la même règle pour grouper les créanciers, d'une manière générale, en classes, en fonction de leur rang. Il est, en effet, impossible en droit allemand de mélanger des créanciers chirographaires avec ceux munis de sûretés (V. R. Dammann, L'introduction des classes de créanciers dans l'optique d'une harmonisation franco-allemande des procédures d'insolvabilité, *Mél. C. Witz, LexisNexis, 2018, p. 223*).

Un plan de restructuration peut être imposé à la majorité des classes de créanciers, avec le consentement du débiteur, et ce, quelle que soit la taille de l'entreprise. Encore faut-il que ce plan respecte le principe selon lequel les créanciers

d'un rang supérieur doivent être intégralement désintéressés par des moyens identiques ou équivalents lorsqu'une classe de rang inférieur a droit à un paiement ou conserve un intéressement dans le cadre du plan de restructuration (*absolute priority rule*). Dans ce système, les actionnaires sont traités comme des créanciers subordonnés de dernier rang. En cas de création de classes additionnelles de créanciers de même rang, ces classes doivent être traitées de manière identique.

La directive offre, en son article 11, 2, alinéa 2, la possibilité de déroger au principe de *l'absolute priority rule* lorsque cela est rendu nécessaire « afin d'atteindre les objectifs du plan de restructuration et si le plan ne porte pas une atteinte excessive aux droits ou intérêts des parties affectées ».

Si le § 28 de la *SanInsFoG* a transposé cette exception, elle l'a exclusivement limité aux rapports entre créanciers de rangs différents. Or, ce paragraphe doit nécessairement être compris à la lumière du § 10, qui permet d'exclure certains groupes de créanciers, sans que cette exclusion ne soit nécessairement liée à une question de rang. Il semble donc logique que l'exception de l'article 11, 2, alinéa 2, de la directive ait vocation à s'appliquer aussi aux classes de créanciers de même rang.

Une telle flexibilité supplémentaire serait la bienvenue, comme l'a démontré l'affaire *CGG*, dans laquelle il a fallu traiter d'une manière distincte les créanciers *high yield* qui bénéficient de garanties des filiales américaines du groupe, contrairement aux obligataires OCEANE (V. R. Dammann et A. Alle, D. 2019. 2047 .

Enfin, les droits allemand et français prévoient de confier le traitement des procédures de restructuration à des juridictions spécialisées.

Si la France souhaite conserver son avance en matière de restructuration préventive face à la concurrence européenne qui se profile dans un contexte *post-Brexit*, la convergence franco-allemande, à l'occasion de la transposition de la directive, semble être un atout considérable. Elle pourrait d'ailleurs être combinée à la possibilité de confier aux tribunaux de commerce spécialisés le pouvoir d'arrêter les plans de restructuration en langue anglaise.

Mots clés :

SAUVEGARDE DES ENTREPRISES * Procédure d'insolvabilité * Harmonisation * Directive du 20 juin 2019 * Transposition * Pays-Bas

UNION EUROPEENNE * Procédure d'insolvabilité * Procédure préventive * Harmonisation * Directive du 20 juin 2019 * Transposition