

TRAITEMENT DES DIFFICULTES DES ENTREPRISES :

La transposition de la directive « restructuration et insolvabilité » : ce qui va changer en Europe ? opportunité pour la place de Paris ? (interview du Professeur DAMMANN) - Une grande première pour le TC de Paris : la reconnaissance d'une procédure de conciliation française au Royaume Uni

La situation économique actuelle, avec les grandes difficultés vécues par les entreprises, nous a suggéré de créer une rubrique « Traitement des difficultés des entreprises », forum de l'évolution de la législation en la matière en France et dans le monde et des initiatives prises par les législateurs sur le sujet.

En premier lieu, après avoir lu attentivement les 101 considérants et les 36 articles de la directive européenne « restructuration et insolvabilité » N° 2019/1023 du 20 juin 2019, nous avons voulu savoir quels objectifs étaient réellement poursuivis à travers ce texte, quelles procédures amiables ou collectives du livre VI de notre Code du commerce risquaient d'être affectées, et à quel degré, ce qui allait changer en Europe et s'il n'existait pas à cette occasion une opportunité pour la place de Paris de renforcer sa position en matière de restructuration financière des entreprises. C'est notamment ce que nous avons demandé au Professeur Reinhard DAMMANN à l'occasion d'une rencontre au tribunal avec certains d'entre nous.

Dans cette rubrique, nous vous présenterons aussi une grande première pour notre tribunal : la reconnaissance d'une conciliation judiciaire ouverte au tribunal par les tribunaux du Royaume Uni.

La Rédaction

La transposition de la directive européenne « restructuration et insolvabilité » : interview de Me DAMMANN

1QDC : Bonjour Maître et Monsieur le professeur, qui est Me DAMMANN ?

Me Reinhard DAMMANN (RD) :

J'ai fondé le cabinet DAMMANN Avocat au 171 Avenue Victor Hugo à

Paris, après avoir dirigé pendant 12 ans le département restructuration du cabinet CLIFFORD CHANCE. Avant cela, j'ai été associé chez WHITE & CASE, cabinet que j'avais rejoint en 1989. Depuis 15 ans, je suis professeur affilié à l'École de droit de Sciences Po et chargé de cours à l'École de droit de la Sorbonne.

Je conseille des grands groupes en matière de restructurations nationales et transfrontières d'entreprises en difficulté.

Je suis également membre du Comité d'experts auprès de la Commission Européenne pour les questions d'insolvabilité internationale et, à ce titre, j'ai activement participé à la rédaction de la directive du 20 juin 2019. Auteur de nombreux ouvrages dans ce domaine, je conseille depuis des années la Banque Mondiale en matière de réforme des procédures collectives en Égypte, Éthiopie, Mongolie et au Liban.



1QDC : Rentrons maintenant dans le vif du sujet. Quels sont l'objectif et la raison d'être de cette directive ? Et quels sont les objectifs sous-jacents ? Le préambule de la directive parle en effet à la fois d'objectifs stratégiques pour l'UE tels que « de contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur et de lever les obstacles à l'exercice des libertés fondamentales comme la libre circulation des capitaux et la liberté

d'établissement » - sans toutefois évoquer le souhait de créer un droit commun des procédures de restructuration et d'insolvabilité. On trouve aussi dans ce préambule des objectifs très opérationnels concernant « la détection précoce de l'insolvabilité », « des mesures de restructuration préventive efficaces », « des procédures de remises de dette pour offrir une seconde chance aux entrepreneurs honnêtes » et « l'amélioration de l'efficacité des procédures ». Et sous-jacent à tout cela, un souhait de trouver un plus juste équilibre entre les intérêts respectifs des débiteurs et des créanciers et celui, non avoué, d'assainir les bilans des banques en visant « la réduction de la quantité des prêts non productifs centrés sur des entreprises non performantes - mais ayant beaucoup de salariés - dans les bilans des banques et à prévenir à l'avenir l'accumulation de ces prêts (...), avec à la clé ressources limitées allouées aux entreprises nouvelles, sources potentielles d'innovation et de création d'emploi à long terme ».

RD : Le point de départ du législateur européen est la lutte contre les prêts non performants, les « non performing loans » ou NPL's. Dans cette perspective, le développement des procédures de restructuration préventives permet de prévenir l'accumulation de ce type de prêts en Europe. L'idée consiste à restructurer l'endettement d'un débiteur d'une manière précoce, afin d'éviter de classer les concours bancaires en NPL's. On sait que les NPL's pèsent sur la rentabilité bancaire en impactant le ratio prêts / fonds propres et, à terme, en obligeant les banques à constituer des provisions et à constater des pertes. La définition d'exposition non performante (NPL) au sens du règlement d'exécution (UE) N° 680/2014 est fondée sur les

critères alternatifs « en souffrance » et « probable absence de paiement ». Par conséquent, un prêt bascule dans la catégorie NPL si le débiteur se trouve dans l'incapacité de régler une dette exigible pendant une durée supérieure à 90 jours, par exemple, s'il bénéficie d'un moratoire ou d'un « *standstill* » pour une durée excédant trois mois. C'est la raison pour laquelle le législateur allemand prévoit de limiter la suspension des poursuites de la nouvelle procédure de restructuration préventive à une durée de trois mois. Un prêt doit également être placé dans la catégorie des NPL's s'il est estimé improbable que le débiteur s'acquitte intégralement de ses obligations de crédit sans réalisation de la sûreté, quel que soit le montant éventuellement en souffrance ou le nombre de jours écoulés depuis l'échéance.

Quid des objectifs de la restructuration des dettes déjà classées en NPL's ? Au sens du règlement (UE) N° 680/2014, il faut que la restructuration assure objectivement la viabilité de l'entreprise qui doit être assainie. Ensuite, il y a un délai probatoire d'au moins un an avant de pouvoir rebasculer le NPL en prêt classique.

La directive restructuration tente de poser un cadre pour améliorer l'efficacité des procédures préventives des États membres, dans une optique purement financière, pour permettre aux établissements de crédit de mettre en place une stratégie conversion/restructuration. A défaut, la directive vise à favoriser la cession des créances NPL's sur le marché secondaire pour permettre aux banques d'assainir leurs bilans. Encore faut-il que l'acquéreur des créances NPL's puisse les convertir en capital de l'émetteur dans une stratégie de « *loan to own* ». On comprend dès lors pourquoi la directive souhaite faciliter le « *debt-to-equity swap* », en considérant les actionnaires comme des créanciers de dernier rang. On voit dès lors que la législation européenne favorise la cession des NPL's sur le marché secondaire par rapport à l'option d'une restructuration efficace, même

dument constatée par une autorité judiciaire, faisant la part belle aux fonds de dette, qui ne sont pas réglementés au dépend des débiteurs. En effet, un fonds de dette qui a acquis une créance NPL avec un discount important n'a aucun intérêt à consentir une réduction du montant de la dette. Si le fonds est en position majoritaire, il peut prendre le contrôle de la cible.

C'est la raison pour laquelle la mise en application des outils de la restructuration doit rester attractive pour les banques qui souhaitent opter pour la stratégie conversion/restructuration.

1QDC : Les préconisations de cette directive s'inspirent-elles de textes déjà en vigueur dans certains pays de l'UE ? Ou dans d'autres pays dans le monde ?

RD : La directive s'inspire du modèle français des procédures préventives semi-collectives de la sauvegarde (financière) accélérée. Elle reprend également certains principes importants de la conciliation comme la possibilité pour le débiteur de solliciter un délai de grâce, afin de neutraliser les créanciers qui souhaiteraient torpiller la procédure.

De même, la directive vise à favoriser la mise en place de nouveaux financements à travers la création d'un privilège de « *new money* ». Elle consacre également le principe, selon lequel, il n'est pas possible de remettre en cause un accord homologué par une action en nullité, en cas d'ouverture subséquente d'une procédure collective.

Le système des classes de créanciers, quant à lui, s'inspire du droit allemand, qui lui-même reprend la logique du « *Chapter 11* » en droit américain.

1QDC : La France se targue notamment d'être très avancée en matière de droit des entreprises en difficulté et singulièrement au niveau de la prévention (détection, mandat ad hoc, conciliation) et de la sauvegarde. Pourquoi le sujet de la transposition de la directive européenne créé-t-il autant d'interrogations en France ? Y a-t-il

des risques de modifications importantes de nos procédures du livre VI ?

RD : Incontestablement, la France porte le « maillot jaune » des procédures de prévention en Europe depuis plusieurs décennies. Elle a développé un écosystème très performant dont la conciliation est la pierre angulaire. A première vue, la conciliation n'est pas concernée par la transposition de la directive. Cela étant, à y regarder de plus près, des dispositions législatives doivent être interprétées à la lumière des principes phares de la directive. En particulier, la possibilité d'imposer un délai de grâce pour une durée de deux ans semble difficilement compatible avec l'article 6 de la directive, prévoyant de limiter les suspensions des poursuites individuelles pour la durée de la procédure de restructuration, en vue de favoriser la conclusion d'un accord. De plus, le juge doit respecter la logique financière, consistant à traiter les créanciers en fonction de leur rang. Par exemple, il est inconcevable d'affecter les droits d'un créancier, muni de sûretés réelles, afin de préserver les intérêts d'un créancier subordonné ou d'un actionnaire.

La situation est différente s'agissant de la procédure de sauvegarde. Dans une logique financière, la directive repose sur le principe selon lequel le plan de réorganisation est nécessairement convenu entre le débiteur et une majorité de créanciers, réunis en classes. Un tel système est incompatible avec une consultation individuelle des créanciers et un plan imposé par le tribunal.

De plus, dans une logique financière, les comités des créanciers doivent être remplacés par des classes, constituées en fonction du rang des créances et non plus en fonction de la qualité des créanciers (financiers, obligataires, fournisseurs).

Enfin, l'introduction des règles nouvelles que sont le « *best interest of creditors' test* » et l'« *absolute priority rule* » est susceptible de faire pencher la balance des négociations en faveur des créanciers munis de

suretés réelles. C'est la raison pour laquelle, il est important de s'interroger sur le périmètre de la transposition de la directive.

La procédure de sauvegarde de droit commun et la procédure de redressement judiciaire pourraient être modifiées dans un souci de cohérence, toute en préservant des dispositions dérogatoires en faveur des petites et moyennes entreprises. Ainsi, les plans de restructuration des débiteurs avec un bilan important devraient suivre la logique financière de la directive, afin de ne pas créer un effet d'aubaine par rapport à **la nouvelle procédure de restructuration préventive, issue d'une fusion de la sauvegarde accélérée et la sauvegarde financière accélérée.**

1QDC : L'intervention du tribunal n'est-elle pas particulièrement visée par les préconisations des premiers articles de cette directive ? Ainsi que l'intervention d'un professionnel de la restructuration ? Et si c'était le cas, quelle alternative prévoit la directive ?

RD : La directive repose sur le principe de l'autonomie de la volonté, en privilégiant l'adoption d'un plan consensuel ou voté par une majorité (qualifiée) de créanciers. La nomination d'un praticien dans le domaine de la restructuration est une simple faculté.

Dans cette perspective, l'intervention du tribunal semble à première vue également relativement limitée. Mais une telle conclusion serait bien hâtive. En réalité, **le rôle du juge est essentiel.** Il est l'arbitre et le garant de la bonne constitution des classes des créanciers. Le tribunal doit aussi veiller au respect des droits des créanciers opposants (à travers la conformité du plan aux principes du « *best interest of creditors' test* » et de l'« *absolute priority rule* ») et des intérêts des tiers. **Le juge garantit le respect des règles de procédure. Enfin, il doit approuver le plan de restructuration en vérifiant qu'il est bien de nature à assurer la pérennité de l'entreprise.**



1QDC : Certains auteurs, indiquent que la directive n'introduit en réalité dans le droit français que trois nouveautés : (1) en sauvegarde, un délai raccourci à 4 mois au lieu de 6 mois, extensible à 12 mois au lieu de 18 mois ; (2) en restructuration par la sauvegarde ou le redressement judiciaire, le remplacement des comités de créanciers regroupés selon leurs qualités (fournisseurs, banques et obligataires) par des classes de créanciers regroupés selon des intérêts économiques et financiers comparables, dont les détenteurs de capital et les salariés ; et (3) les modalités de vote du plan de restructuration avec notamment l'introduction du « vote forcé » afin de passer outre le refus d'une ou plusieurs classes, dont celle des actionnaires qui avaient un quasi droit de veto dans la sauvegarde française même à valeur de capital quasi nulle. Partagez-vous ce point de vue ? N'y a-t-il pas d'autres mesures préconisées dans cette directive qui pourraient susciter des modifications plus importantes de notre droit des entreprises en difficulté ?

RD : La transposition de la directive entraînera un changement de paradigme pour la procédure de sauvegarde (financière) accélérée. En revanche, son impact sur la procédure de sauvegarde de droit commun serait moindre si le législateur décidait de limiter la transposition de la directive à la S(F)A refondue. En effet, dans ce cas, il ne sera pas nécessaire de réformer la durée de la période d'observation, même si une réduction de cette période pourrait être envisagée dans la perspective d'une plus grande célérité de la procédure de sauvegarde de droit commun et donc d'une amélioration de son efficacité.

Le remplacement des comités par des classes des créanciers implique

incontestablement un changement très important. Cela d'autant plus qu'il sera possible d'arrêter un plan de sauvegarde, approuvé par une majorité de classes des créanciers.

Néanmoins, les plus grands changements sont ailleurs. La directive européenne adopte une vision financière du droit des restructurations. Un créancier doit toujours bénéficier dans le cadre du plan d'une solution au moins aussi favorable qu'en cas de liquidation judiciaire (« *test du meilleur intérêt des créanciers* » / « *best interest of creditors' test* »). Dans le langage anglo-saxon on parle du principe de « *no creditors worse off* ». En pratique, il faut donc procéder à une analyse contrefactuelle pour comparer la situation du créancier affecté par le plan avec le taux de recouvrement de sa créance en liquidation judiciaire.

Le plan de restructuration est nécessairement négocié entre le débiteur et ses principaux créanciers, réunis en classes en fonction de leur rang, les actionnaires étant traités comme des créanciers de dernier rang. Le plan de sauvegarde doit être approuvé par une majorité qualifiée de créanciers.

Exit, le plan imposé par le tribunal contre la volonté des créanciers qui est incompatible avec l'architecture de la directive. Ainsi, un plan de sauvegarde (comme dans le dossier emblématique du groupe RALLYE), où le débiteur impose à l'ensemble de ses créanciers un rééchelonnement de leur dette sur une durée de dix ans, serait inconcevable.

Dans un système de répartition en classes, en fonction du rang des créances, les créanciers d'un rang supérieur doivent être remboursés intégralement ou du moins en avoir une garantie suffisante avant que ne soit envisagé le remboursement d'une classe inférieure (« *règle de priorité absolue* » / « *absolute priority rule* »). Des assouplissements peuvent être envisagés à condition qu'ils soient nécessaires au sauvetage de l'entreprise. On voit dès lors que le tribunal ne doit pas arrêter un plan de restructuration qui fait la part belle

aux actionnaires et créanciers subordonnés, en affectant les droits des créanciers seniors, munis de sûretés réelles.

Dans un souci de cohérence, le droit commun de la sauvegarde et du redressement judiciaire devrait également adopter le régime des classes de créanciers. Toutefois, le législateur pourrait envisager, de prévoir un système dérogatoire pour les petites et moyennes entreprises et de maintenir, à titre subsidiaire, la possibilité pour le tribunal d'imposer un plan de sauvegarde, afin d'éviter de basculer en plan de cession ou en liquidation judiciaire.

1QDC : La transposition dans le droit français d'une directive européenne redonnant du pouvoir aux créanciers, notamment aux banques, ne risque-t-elle pas de remettre en question les critères d'appréciation d'un plan de restructuration par le tribunal actuellement prévus par la loi : pérennité de l'activité, sauvegarde des emplois et désintéressement des créanciers ?

RD : En arrêtant le plan de sauvegarde, le tribunal doit vérifier, dans la logique financière de la directive, si un plan respecte le « *best interest of creditors' test* » et l'« *absolute priority rule* ». De plus, le juge doit s'assurer que le redressement de l'entreprise est pérenne. En revanche, **la sauvegarde de l'emploi ne figure pas parmi les critères d'appréciation.** Cette absence semble s'expliquer par le caractère purement financier de la restructuration. Les créances salariales ne sont d'ailleurs pas affectées par le plan. Si le gouvernement décidait de cantonner la transposition de la directive à la S(F)A, il serait parfaitement concevable que le législateur maintienne l'objectif de la préservation des emplois, dans le cadre de la procédure de sauvegarde de droit commun.

1QDC : D'aucuns parlent de l'introduction d'une nouvelle procédure de « *restructuration préventive* », confidentielle, qui viendrait se substituer à la sauvegarde sous toutes ses formes,

avec ouverture pouvant se faire sous réserve de l'accord du débiteur à la demande des créanciers et avec notion de « cessation des paiements » remplacées par celle de « probabilité d'insolvabilité » : qu'en pensez-vous ? Quels seraient les avantages d'une telle procédure au regard des procédures actuellement en place ?

RD : L'architecture des procédures amiables et collectives a fait ses preuves. Chaque procédure a sa raison d'être et poursuit des objectifs bien définis.

La conciliation établit un cadre idéal pour trouver une solution amiable de restructuration des difficultés financières, à l'abris des regards. Il n'existe ni suspension des poursuites ni « *cram-down* » pour imposer un plan à des créanciers minoritaires récalcitrants. Il ne s'agit pas d'une procédure d'insolvabilité au sens du règlement (CE) N° 2015/848.

La conciliation permet aussi de préparer efficacement soit une restructuration financière dans le cadre d'une procédure de sauvegarde (financière) accélérée, soit un pré-pack cession.

La sauvegarde de droit commun est une procédure collective publique, assortie d'une suspension générale des poursuites. Elle est fort utile si le débiteur n'est pas en mesure de régler, à terme rapproché, ses dettes courantes, notamment à l'égard de ses fournisseurs et salariés. Il s'agit d'une véritable procédure collective qui s'inscrit dans la durée.

On voit dès lors que le champ d'application et les objectifs de la conciliation, de la S(F)A et de la sauvegarde de droit commun sont complémentaires. Comme dans un jeu de LEGO, les différents morceaux s'emboîtent les uns aux autres, pour former une construction d'ensemble, la plus cohérente possible.

1QDC : Certains auteurs prétendent que la transposition de la directive européenne dans notre droit va pallier un certain nombre de défauts de notre droit des entreprises en difficulté, dont notamment le fait qu'il privilégie beaucoup trop la

préservation de l'emploi au dépend du désintéressement des créanciers, ce qui ne permettrait pas de faire un véritable tri entre entreprises viables et non viables, ni de contribuer à abaisser le coût du crédit ou à maximiser la valeur des actifs de l'entreprise : qu'en pensez-vous ?

RD : La directive ne vise pas à harmoniser le droit commun des procédures d'insolvabilité. Les critiques formulées visent avant tout le plan de cession de la procédure de redressement judiciaire et des plans de continuation voués à l'échec, au terme d'un moratoire de fait au cours des deux premières années. On peut légitimement se demander s'il est raisonnable d'accepter, en cas de doute, de tels plans au préjudice des créanciers. Par exemple, en Allemagne, les créanciers, seuls, déterminent le choix du repreneur. Un plan de continuation doit nécessairement être plus favorable pour les créanciers qu'un plan de cession, en application du « *best interest of creditors' test* ».

1QDC : En quoi la transposition de la directive implique que le droit des sûretés français doive être réformé concomitamment et sur quels aspects particuliers ?

RD : La directive prévoit la création de classes de créanciers en fonction du rang des créances. Aussi, conformément au « *best interest of creditors' test* », les créanciers munis de sûretés doivent recevoir dans le cadre du plan un traitement plus favorable qu'en cas d'absence de plan.

Enfin, conformément au principe de l'« *absolute priority rule* », le plan de redressement doit prévoir que les classes de créanciers d'un rang plus favorable soient désintéressées avant les classes d'un rang inférieur.

Or, le droit français prévoit une multitude de privilèges avec des rangs distincts. De plus, il existe une interaction très complexe entre les privilèges et les sûretés réelles spéciales. A défaut d'une réforme, ce système aboutirait à une inflation de classes de créanciers et à une difficulté extrême d'appliquer les

principes du « *best interest of creditors' test* » et de l'« *absolute priority rule* ».

J'ai exposé cette problématique et les pistes de réflexion dans mon article qui vient de paraître dans la collection « Mélanges » en l'honneur du professeur Michel GRIMALDI, le père de la réforme des sûretés de 2006 (parution 10/2020, éditeur DEFRENOIS, groupe LEXTENSO, page 259-274).

1QDC : La directive prévoit que les entrepreneurs insolvable aient accès à au moins une procédure pouvant conduire à un effacement des dettes impayées et ceci afin de faciliter le rebond des débiteurs individuels « honnêtes ». Est-ce à dire que la transposition de la directive en la matière pourrait voir la procédure de rétablissement professionnel reformulée pour concerner un plus large périmètre de débiteurs, notamment concernés par la liquidation judiciaire simplifiée, et dans ce cas, sans doute sous réserve d'honnêteté et de bonne foi ?

RD : La procédure de rétablissement professionnel pourrait constituer, aux côtés de la liquidation judiciaire simplifiée, un cadre adéquat de transposition de la directive. Le rétablissement professionnel souffre néanmoins d'un problème d'attractivité. En effet, seules les dettes professionnelles et non-professionnelles du débiteur, qui sont portées à la connaissance du mandataire judiciaire, bénéficient du mécanisme de l'effacement des dettes (voir article L. 645-8 du Code de commerce). Aussi, une réflexion pourrait être engagée, afin de clarifier et d'étendre le champ d'application de ce mécanisme.

1QDC : Nous notons aussi que la directive insiste sur la nécessité d'une formation et d'une expertise des personnels judiciaires et administratifs appropriées aux spécificités des procédures de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes. Est-ce que les enseignements dispensés à l'ENM et au sein de nos Universités en France sont à même de relever ce challenge,

voire de servir de modèle en UE ? Ou doit-il y avoir des efforts à faire ?

RD : L'enseignement dispensé par l'ENM et les Universités en France est de grande qualité. Il n'a rien à envier aux établissements étrangers, bien au contraire. En effet, pour ne prendre que l'Allemagne pour exemple, le droit des procédures collectives n'est pas inscrit au programme obligatoire des étudiants qui souhaitent devenir avocat ou juge. Le « *Volljurist* » allemand, titulaire du deuxième examen d'État, est entraîné à raisonner en droit, en se concentrant sur des cas pratiques en matière de droit civil, de droit commercial, de droit pénal et de droit constitutionnel.

Une école spécialisée, comme l'ENM, n'existe pas en Allemagne. C'est la raison pour laquelle, en règle générale, les juges allemands de l'« *Amtsgericht* » (tribunal d'instance), en charge des procédures collectives, sont relativement jeunes avec peu d'expérience.

1QDC : En ce qui concerne les groupes de société de dimension européenne, on sait que les dispositions du règlement européen N° 848 / 2015 du 25 mai 2015, codifiées L. 690-1 et R. 690-1, qui permettent d'ouvrir une procédure collective au lieu du centre des intérêts principaux d'une entreprise, ne s'appliquent pas aux mandats amiables puisqu'ils ne sont pas à ce stade considérés comme des procédures d'insolvabilité et qu'il n'est donc pas possible de centraliser dans un cadre amiable la restructuration d'un groupe de tels sociétés ? La directive européenne et sa transposition dans les différents pays de l'UE vont-elles permettre une évolution favorable de la situation ?

RD : La conciliation établit un cadre idéal pour restructurer l'endettement des groupes de sociétés. Dans la mesure où la procédure est confidentielle sans suspension des poursuites, il ne s'agit pas d'une procédure d'insolvabilité au sens du règlement (CE) 2015/848. Elle peut donc être ouverte, en faveur de sociétés étrangères de groupes internationaux, qui cherchent à tirer

profit de ses avantages. En effet, il n'est pas nécessaire que le centre des intérêts principaux du débiteur se trouve en France. Un lien suffisamment étroit avec le territoire national suffit.

Dans la perspective de promouvoir l'attractivité du modèle français à l'international, les négociations acceptées de la dette par les principaux créanciers, sous la houlette du tribunal ayant ouvert la conciliation, devraient fonder sa compétence internationale, au sens du règlement insolvabilité, pour convertir la conciliation en S(F)A. Ainsi, le tribunal pourra arrêter le plan de restructuration, voté par une majorité (qualifiée) de créanciers ou de classes de créanciers. Le tribunal de commerce de Paris a déjà posé cette interprétation du règlement, approuvée par la doctrine, dans l'affaire emblématique d'EUROTUNNEL. Ainsi, il a posé la première pierre pour l'attractivité de la place de Paris dans les restructurations financières transfrontalières.

1QDC : Où en sont les autres pays européens dans la transposition de la directive européenne ? Comment est-elle perçue, notamment dans les pays en déficit de procédure préventive - nous pensons tout particulièrement à l'Allemagne que vous connaissez bien ? Pourrait-il y avoir un effet de convergence franco-allemande ?

RD : En réalité, il y a actuellement avec la crise de la Covid-19 une « course à la transposition » de la directive restructuration et insolvabilité : le législateur néerlandais a établi un projet de transposition dès le 5 juillet 2019 qui devrait être voté très prochainement par le parlement des Pays-Bas ; et le gouvernement allemand lui emboîte le pas en publiant le 22 septembre 2020 son projet de loi, la « *SanInsFoG* ». L'Allemagne s'est inspirée de l'approche néerlandaise tout en veillant à transposer la directive dans une optique d'équilibre, préservant à la fois les intérêts des débiteurs et ceux des créanciers. Les deux projets de loi

entreront en vigueur dès le 1^{er} janvier 2021.

La transposition en France est, elle, prévue par voie d'ordonnance au plus tard en mai 2021.

Les autres pays européens ne sont pas encore à ce niveau d'aboutissement.

Ces transpositions devraient donner lieu à une certaine convergence franco-allemande en matière de procédures collectives puisqu'elle a été actée dans le traité d'Aix-la-Chapelle du 22 janvier 2019 et, dans cet esprit, les deux Chancelleries se sont rencontrées à l'occasion de deux colloques à Berlin et à Paris en décembre 2019.



Signature du traité d'Aix-la-Chapelle (janv. 2019)

A la suite de ces échanges, la « **Sanierungsmoderation** », conçue sur le modèle de la conciliation française, fait son entrée dans le droit allemand. Il s'agit d'une procédure confidentielle d'une durée de trois mois, renouvelable une fois, permettant la nomination d'un conciliateur indépendant, le « Sanierungsmoderatorin ».

Le débiteur ne doit pas se trouver dans une situation de cessation des paiements, ni de surendettement. Le protocole de conciliation doit être homologué par le tribunal. Dans ce cas, l'accord ne pourra pas 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.

La nouvelle procédure allemande se caractérise par sa simplicité et sa souplesse. Elle ne donnera lieu ni à une déclaration, ni à une vérification des créances. 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. La *SanInsFoG* prévoit la création d'une procédure de restructuration autonome et très souple qui pourrait inspirer le législateur français lors de la transposition de la directive. En effet, on pourrait modifier la sauvegarde accélérée qui continuerait à relever du règlement insolvabilité N° 2015/848, assurant ainsi une reconnaissance automatique des jugements arrêtant le plan de restructuration.

Par exemple, la *SanInsFoG* reprend le système des classes de créanciers du droit commun allemand (« *InsO* »), en limitant les renvois, pour en faciliter la lecture du texte. Les classes de créanciers doivent être formées en fonction du rang des créances, avec la possibilité de créer des sous-catégories, qui sont en réalité des classes additionnelles à part entière. A cet égard, il est important de procéder à une évaluation des actifs affectés en garantie, afin de calculer le montant de la créance qui est en réalité chirographaire. En effet, il n'est pas possible de mélanger dans une même classe les créanciers chirographaires et les créanciers munis de sûretés réelles. L'ensemble des créanciers d'une même classe doivent obligatoirement recevoir un traitement identique.

La transposition allemande opte ensuite pour l'« *absolute priority rule* ». A cet égard, la directive offre, en son article 11, 2, alinéa 2, la possibilité de déroger à ce principe lorsque cela est rendu nécessaire « *afin d'atteindre les objectifs du plan de restructuration et si le plan ne porte pas atteinte excessive aux droits ou intérêts des parties affectées* ». La *SanInsFoG* consacre cette flexibilité

qui est la bienvenue pour réserver un traitement plus favorable aux classes de créanciers inférieurs, notamment aux actionnaires et créanciers qui participent à l'effort de la restructuration. La même règle doit également s'appliquer afin de pouvoir différencier les classes de même rang.

Enfin, selon la *SanInsFoG*, les dirigeants du débiteur qui ne prendraient pas les dispositions qui s'imposent dans l'intérêt social de la société, en situation d'insolvabilité menaçante, engagent leur responsabilité. C'est tout particulièrement le cas des dirigeants qui s'opposent à un plan, prévoyant une dilution ou un coup d'accordéon, afin de protéger les actionnaires, dont les titres ont pourtant perdu toute ou partie de leur valeur.

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 procédure simplifiée, favorable aux créanciers.



Haute Cour de Justice de Londres

1QDC : La transposition de la directive restructuration et insolvabilité intervenant en parallèle au retrait du Royaume Uni de l'Union Européenne (Brexit), n'y a-t-il pas une place à jouer pour la juridiction commerciale française et particulièrement celle de la place de Paris ? Notamment en récupérant une part du monopole de Londres en matière de restructuration financière sans dessaisissement du dirigeant ?

RD : Jusqu'alors, la scène européenne était en effet dominée par la place de

Londres qui mettait en avant son modèle de « *scheme of arrangement* » et son système judiciaire efficace, assurant une lisibilité et une sécurité juridique, en dépit de coûts élevés.

Le Brexit conduit à une redistribution des cartes. En effet, les jugements anglais homologuant les accords de restructuration ne devraient plus bénéficier d'une reconnaissance automatique en Europe. La combinaison d'une conciliation attractive, suivie d'une procédure de sauvegarde accélérée réformée, semble être le modèle parfait.

La conciliation peut être ouverte à condition que le demandeur prouve l'existence d'un lien suffisant avec la France, par exemple, l'établissement d'une société du groupe en France ou l'existence d'actifs localisés dans l'Hexagone.

Ensuite, contrairement au « *scheme of arrangement* » de droit anglais, le jugement arrêtant le plan de sauvegarde bénéficie de la reconnaissance automatique des juridictions des autres États membres.

1QDC : Mais nous supposons que Paris n'est pas seul sur les rangs : que dire d'Amsterdam ? et de Francfort ? Quelles sont les atouts de Paris ?

RD : La France dispose d'atouts indéniables. Depuis longtemps, les acteurs ont développé des règles de place claires pour le traitement préventif des entreprises en difficulté, à travers le mandat *ad hoc* et la conciliation. La confidentialité et la transparence financière sont assurées. Les conciliateurs spécialisés ont développé un savoir-faire hors pair pour rapprocher les positions des parties prenantes, assistées par des conseils juridiques et financiers. Côté étatique - une spécificité bien française - le CIRI joue un rôle efficace de facilitateur.

Mais l'atout majeur qui fera la différence avec les places d'Amsterdam et de Francfort est la présence de juridictions consulaires expérimentées. Les législateurs néerlandais et allemands prévoient la création de juridictions spécialisées.

Mais la France a une très nette longueur d'avance, puisque les juridictions consulaires sont dotées de compétences à la fois juridiques mais aussi et surtout financières, pour comprendre les arcanes des dossiers de restructurations financières les plus complexes.



1QDC : Mais quelles sont aussi les faiblesses associées à la place de Paris que la Chancellerie devrait essayer de gommer lors de ses travaux de transposition de la directive dans le droit français pour la rendre plus attractive ?

RD : La France doit réussir la transposition de la directive en s'inspirant de l'approche allemande.

Ensuite, le principal handicap du droit français réside dans la **complexité de son droit des sûretés réelles face aux procédures collectives**. Certaines solutions sont difficilement compréhensibles, malheureusement, pour des financiers étrangers, qui peuvent être surpris par l'absence de sécurité juridique et d'efficacité de certaines sûretés réelles. Toutefois, des améliorations sont possibles.

1QDC : Pourrait-on alors rêver à ce que Paris soit le centre principal des conciliations et du restructuring international, du moins européen ?

RD : En matière d'arbitrage international, le succès de la place de Paris repose sur la localisation de la Chambre de Commerce Internationale (ICC), de la sécurité juridique et de la prévisibilité que les sentences arbitrales ne soient que très exceptionnellement invalidées par la cour d'appel de Paris et la Cour

de cassation. Ce modèle semble transposable en matière de restructuration financière. La mise en œuvre de la nouvelle procédure de sauvegarde accélérée refondue par les tribunaux de commerce spécialisés est assurée grâce à la compétence, l'expérience des juges consulaires et par l'écosystème créé en matière de restructuration amiable, qui n'a rien à envier à la place de Londres.

Encore faut-il être réaliste et pragmatique. **La langue anglaise s'est imposée dans les négociations et les contrats.** Il faut donc mettre un terme à l'exigence de traduire un accord de restructuration en français pour les seuls besoins de son homologation par le tribunal, pour ensuite modifier la documentation de crédit rédigée en anglais. De plus, en cas de divergence d'interprétation, la version française, approuvée par le tribunal, fait foi.

L'introduction d'une chambre spécialisée pouvant prendre en charge le traitement des dossiers en langue anglaise semble donc s'imposer et justifier une exception à l'ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539 sur l'emploi de la langue française.

Propos recueillis par Dominique-Paul VALLEE

Avocat au Barreau de Paris depuis 1990, Reinhard DAMMANN a obtenu une maîtrise et un DESS en droit des affaires ainsi qu'un diplôme de l'Institut d'Études Politiques d'Aix-Marseille III.

En 1990, il devient docteur en droit civil allemand de la prestigieuse Université Ludwig Maximilian de Munich, après avoir travaillé auprès de l'éminent Professeur Hans-Jürgen SONNENBERGER à l'Institut de droit comparé et de droit international privé.

Depuis 15 ans, Reinhard DAMMANN est professeur affilié à l'École de droit de Sciences Po et chargé de cours à l'École de droit de la Sorbonne.

Son expertise est reconnue en matière de droit des procédures collectives, de restructuration nationale et transfrontière d'entreprises en difficulté.

Reinhard DAMMANN conseille aussi les plus grands groupes de la place parisienne et internationale dans le cadre de contentieux et arbitrages ICC.

Membre du Comité d'experts auprès de la Commission Européenne pour le nouveau Règlement « Insolvabilité » du 20 mai 2015 et la Directive « Insolvabilité et Restructuration » du 20 juin 2019, Reinhard DAMMANN a activement participé à la rédaction de ces