

RESTRUCTURING

Brexit : quels impacts pour les restructurations transfrontalières ?

Le cadre juridique des procédures d'insolvabilité transfrontalières post-Brexit dépendra des négociations entre Bruxelles et Londres. Interrompues par la crise du Covid-19, elles ont repris le 20 avril 2020 à l'initiative de Michel Barnier. Mais l'issue est incertaine.



Par Mylène Boché-Robinet, associée,

Le 31 décembre 2020 prendra fin, en principe, la période de transition prévue par l'Accord sur le retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne, signé le 24 janvier 2020. Ce sera l'entrée dans une nouvelle ère de relations entre le Royaume-Uni et l'UE, dont les contours sont encore loin d'être définis. Une prorogation de la période de transition est certes possible (pour un voire deux ans), mais elle doit être prononcée avant le 1^{er} juillet prochain. Or, vendredi 12 juin dernier, le Royaume-Uni a formellement signifié à l'UE son refus de jouer les prolongations. Que nous réservent les futures procédures de restructuration transfrontalières ?

Les règles applicables aux restructurations pendant la période de transition

Le droit de l'Union européenne reste applicable au Royaume-Uni et sur son territoire. Il en est ainsi du Règlement insolvabilité (EU) 2015/848 s'agissant des restructurations transfrontalières, mais également du Règlement (EU) 1215/2012 relatif à la reconnaissance et à l'exécution des décisions en matière civile et commerciale nécessaire pour l'exécution de certaines décisions prises au cours de la procédure d'insolvabilité.

L'accord de retrait précise que le Règlement insolvabilité sera applicable «à condition que la procédure principale ait été ouverte avant la fin de la période de transition» (art. 67,3, c). Sont donc concernées les procédures principales ouvertes au Royaume-Uni (c'est-à-dire dont le centre des intérêts principaux ou COMI se trouve au Royaume-Uni) et présentant des éléments d'extranéité dans des Etats membres européens, ainsi que les procédures principales ouvertes par les juridictions des Etats membres et présentant des éléments d'extranéité avec le Royaume-Uni, et ce, avant le 31 décembre 2020.

Il nous semble également devoir considérer que

les procédures d'insolvabilité secondaires ouvertes consécutivement, même après le 1^{er} janvier 2021, resteront soumises au Règlement insolvabilité. En outre, le Règlement sera applicable aux procédures principales ouvertes postérieurement au 1^{er} janvier 2021, faisant suite à l'ouverture d'une procédure territoriale ouverte avant la fin de la période de transition.

Et après, une possible résurrection du droit international privé classique des procédures d'insolvabilité ?

A l'issue de cette période de transition, et sauf accord bilatéral entre le Royaume-Uni et l'Union européenne, lesdits règlements ne seront plus applicables et laisseront «les législateurs nationaux mais aussi les juridictions et les praticiens devant un défi», selon les termes de Jean-Luc Vallens¹. En effet, par principe, les règles de reconnaissance automatique et immédiate des décisions en matière d'insolvabilité, fondées sur le principe de confiance mutuelle entre les Etats, ne seront plus applicables aux procédures d'insolvabilité présentant des situations impliquant le Royaume-Uni. Sauf accord bilatéral entre le Royaume-Uni et l'UE pour définir un nouveau corpus de règles, cette situation conduira au renouveau du droit international privé classique.

Ainsi, pour qu'un jugement britannique ouvrant une procédure d'insolvabilité produise ses effets sur le territoire français, le syndic anglais ou toute partie intéressée devra nécessairement en solliciter l'exequatur devant le tribunal judiciaire. Les conditions de l'exequatur des jugements de faillite étrangers sont établies de longue date par la jurisprudence française (arrêts Munzer et Cornelissen) : compétence du juge étranger, absence de fraude et conformité de la décision étrangère à l'ordre public international français. Sans procédure d'exequatur,

le jugement anglais ne pourra pleinement produire ses effets en France, et notamment faire obstacle aux poursuites des créanciers.

Cette situation est source d'une grande insécurité. Elle conduira au retour du «prix de la course» : le créancier le plus diligent pourra échapper à la discipline collective prescrite par l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité britannique en saisissant les actifs localisés en France. Mais elle pourra aussi conduire à l'ouverture de procédures «concurrentes». En effet, le juge français sera à même d'ouvrir une procédure française tant que la décision étrangère n'aura pas obtenu exequatur en France². Exit les principes de coordination et de coopération affirmés par les textes européens.

En droit anglais, trois dispositifs législatifs peuvent être invoqués pour la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers prononçant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité : les principes de Common Law relatifs à l'assistance en cas d'insolvabilité (assistance des tribunaux anglais et fourniture d'informations et de documents aux praticiens de l'insolvabilité étrangers), la loi de la CNUDCI (Commission des Nations unies pour le droit commercial international) sur le droit de l'insolvabilité (adoptée en 2006 par le Royaume-Uni) et l'article 426 de la loi sur l'insolvabilité de 1986 (qui ne s'applique qu'à certains pays limitativement désignés du Commonwealth). Néanmoins, aucun de ces dispositifs ne permet une reconnaissance automatique des décisions. Une demande de reconnaissance devra donc nécessairement être réalisée par le praticien de l'Etat membre qui souhaitera voir les effets du jugement d'ouverture opposables au Royaume-Uni.

Quel avenir international pour le «scheme of arrangement» ?

Le «scheme of arrangement» est une procédure semi-judiciaire du droit anglais des sociétés qui permet à une entreprise, solvable ou non, d'imposer un accord de restructuration financière à une minorité de créanciers récalcitrants (majorité de 75 % en montant et de 50 % en nombre dans chaque classe). Cet outil de restructuration est régulièrement utilisé par des sociétés non britanniques. Il est notamment attractif pour des sociétés allemandes, dont la législation n'offre pas encore de procédures de restructuration préventives (on peut citer les cas emblématiques Apcoa, Rodenstock ou encore Telecolombus).

Nul besoin pour en bénéficier de démontrer la localisation du COMI en sol anglais, puisque le scheme n'est pas une procédure prévue à l'Annexe A du

Règlement insolvabilité. L'ouverture de la procédure est conditionnée, entre autres, à la démonstration d'un «lien suffisant» avec le Royaume-Uni, caractérisé par exemple lorsque les contrats de financement sont soumis au droit anglais. Il faut également que la décision d'homologation du scheme puisse être suivie d'effet, à savoir être pleinement reconnue et efficace dans les territoires étrangers où le débiteur possède des actifs ou contreparties. Si la démonstration de l'existence du «lien suffisant» ne sera a priori pas affectée par le Brexit, il pourrait en être autrement de la condition tenant à l'efficacité de l'accord devant les juridictions étrangères européennes en cas de Brexit sans accord. En effet, un tiers européen ne pourra plus se prévaloir du règlement Bruxelles I Bis et de la reconnaissance automatique des décisions pour démontrer cette dernière condition. Ainsi, selon certains auteurs, l'utilisation du scheme of arrangement par des sociétés étrangères européennes pourrait perdre de sa superbe.

Incidentement, cette procédure qui n'a, à ce jour, que peu d'équivalents au sein des pays de l'Union européenne pourrait aussi se retrouver en concurrence avec d'autres procédures érigées sur son modèle. En effet, avec la transposition de la Directive (UE) 2019/1023 relative aux cadres de restructuration préventive, de nombreux Etats membres pourraient se doter d'une procédure calquée sur le «scheme of arrangement». Les évolutions à venir auront indiscutablement un impact sur le «forum shopping» pratiqué par les entreprises.

Pour un accord bilatéral

Ainsi, la résurgence du droit international privé classique aurait pour effet d'accroître la complexité, le coût et l'imprévisibilité des procédures de restructuration transfrontalières impliquant le Royaume-Uni, et de réduire d'autant l'attractivité de l'Europe. La conclusion d'un accord bilatéral prolongeant les règles européennes s'inscrit dans l'intérêt commun. Cette position a d'ailleurs été, dès 2018, adoptée par la CERIL (Conference on European Restructuring and Insolvency Law) qui prône la conclusion d'un accord («parallel instrument») régissant la compétence internationale des tribunaux, la loi applicable, la reconnaissance mutuelle et l'exécution des décisions ainsi que la coopération entre tribunaux et praticiens de l'insolvabilité. Une voix à écouter. ■



et Emile Kerr,
élève avocat,
Drai Forget
Boché Dobelle

1. Vallens, J.-L. *Procédures d'insolvabilité : s'adapter au Brexit*, Editions législatives.
2. Cass. Com., 11 avr. 1995, n° 92-20.032, BCCI Overseas.