

RESTRUCTURING

Directive restructuration et insolvabilité : quels changements en perspective ?

La Directive européenne relative aux cadres de restructuration préventive, baptisée «Directive restructuration et insolvabilité», pourrait être source d'une petite révolution du droit des entreprises en difficulté français.



Par Mylène Boché-Robinet, associée, Draï Forget Boché Dobelle

De prime abord, nous pourrions croire le droit français peu impacté par la Directive, ou par son volet «préventif» à tout le moins, la France étant souvent présentée comme championne en matière de prévention avec son modèle singulier que constituent le mandat ad hoc et la conciliation. Sans doute une raison pour laquelle le premier projet de Directive n'avait pas suscité, à l'époque de sa publication il y a plus de deux ans, beaucoup d'émois en France, bien moins en tout cas que chez nos voisins allemands qui n'ont pas encore de procédure de prévention à proprement parler. Cela étant, le texte de la Directive s'éloigne assez largement de la prévention amiable à la française, avec notamment des règles de suspension des poursuites et d'application forcée des plans de restructuration inspirées du droit anglo-saxon. De nombreuses options de transposition sont laissées aux Etats membres et le gouvernement pourra saisir cette opportunité pour redéfinir, ou non, les équilibres en présence.

L'agenda

Cela fait bien longtemps que la Commission appelle de ses vœux une harmonisation des droits de l'insolvabilité en Europe, via notamment l'institution de règles favorisant les restructurations précoces et la seconde chance. Elle publie en 2012 une première communication, puis en 2014 une recommandation pour une nouvelle approche en matière de traitement des défaillances d'entreprises, qui constituent le fondement du premier projet de Directive publié le 22 novembre 2016. Le texte final est voté par le Parlement européen le 28 mars 2019 puis par le Conseil de l'Europe le 6 juin 2019. Reste désormais sa publication au journal officiel qui marquera le point de départ du délai de deux années laissé aux

Etats membres pour transposer la Directive.

Le législateur français a déjà anticipé, à plusieurs égards, la transposition de la Directive avec la loi Pacte promulguée le 22 mai 2019. Ainsi, certaines règles applicables à la liquidation judiciaire simplifiée et au rétablissement professionnel ont d'ores et déjà été modifiées à la lumière des impératifs prônés par la Commission dans le projet de Directive. En outre, le législateur a habilité le gouvernement à légiférer par voie d'ordonnance pour la transposition de la Directive et la réforme du droit des entreprises en difficultés s'articulera, selon toute logique, avec celle envisagée pour le droit des sûretés.

Comment le processus de transposition va-t-il être mis en œuvre ? A l'instar du processus qui a entouré la rédaction de la Loi Pacte, la mode est à la consultation. La Chancellerie a donc lancé officiellement un processus de consultation publique, le 5 juin dernier, par la diffusion de questionnaires. Tous les praticiens du droit sont invités à participer et les formulaires sont en ligne sur le site du Ministère de la Justice. Les contributions sont attendues pour le 15 juillet prochain, un délai très ambitieux (un peu trop peut-être), mais les professionnels, à travers notamment des groupes de travail, sont déjà à l'œuvre.

Une telle consultation s'avère nécessaire car les changements qui se profilent pourraient potentiellement être importants. La Directive impose un cadre de règles matérielles du droit des entreprises en difficulté que devront avoir adopté les Etats membres d'ici 2021. Il s'agit d'une grande nouveauté pour le droit de l'insolvabilité européen, constitué jusqu'à présent de mécanismes de coordination des droits nationaux.

L'état du droit européen des entreprises en difficulté

Le droit européen des entreprises en difficulté est essentiellement constitué, à ce jour, par le Règlement (UE) 2015/848 du 20 mai 2015. Il envisage le traitement des difficultés d'un débiteur à l'échelle de l'Union essentiellement sous l'angle de la coordination des procédures d'insolvabilité de droit national. S'il contient quelques « touches » de droit matériel, il reste dans son essence un corpus de règles procédurales, définissant (i) la compétence internationale des juridictions pour connaître de l'ouverture des procédures d'insolvabilité (avec le fameux schéma « procédures principale et secondaire ») et des actions qui en découlent directement, (ii) la reconnaissance et l'exécution des décisions rendues par ces juridictions, (iii) la loi applicable aux procédures d'insolvabilité et enfin (iv) les principes de coordination et de coopération applicables aux procédures d'insolvabilité touchant un même débiteur ou plusieurs sociétés d'un groupe.

Le choix de la coordination, qui peut être vu comme un préalable à l'harmonisation (à travers la création d'un droit matériel de l'insolvabilité européen), n'est pas sans poser des problèmes d'application pratique. La coopération trouve souvent ses limites dans les difficultés de compréhension des droits étrangers par les acteurs des procédures : la langue peut constituer une barrière, mais aussi la différence de régimes et même de philosophies des droits nationaux. Dans certains Etats membres, à l'instar de l'Allemagne, le droit est très favorable aux créanciers et les principales décisions ne sont pas prises par le tribunal mais par les créanciers. Des différences plus techniques peuvent être à l'origine de véritables casse-tête juridiques pour les restructurations transfrontalières, problèmes qui n'en restent pas moins surmontés, en pratique, grâce à un certain pragmatisme des acteurs et des tribunaux.

L'objectif d'harmonisation de la Directive

La Directive apporte une première réponse avec l'introduction de règles matérielles s'articulant autour de trois volets : les cadres de restructuration préventive, la remise de dettes et les déchéances (volet dénommé « seconde chance » dans le texte initial) et l'amélioration de l'efficacité des procédures de restructuration et d'insolvabilité. Il faut bien comprendre que, contrairement au Règlement, la Directive ne se limite pas à régir les aspects transfrontaliers des procédures d'insolvabilité, mais a vocation à régir également les situations purement internes.

Cela étant, l'harmonisation des droits nationaux tend à améliorer substantiellement le traitement des défaillances transfrontalières. Cette amélioration dépendra largement du degré d'harmonisation qui résultera de la transposition du texte par les différents Etats membres. S'agissant du volet prévention (qui est sans doute celui faisant couler le plus d'encre), la Directive ne crée pas, contrairement peut-être à l'ambition première de la Commission, une procédure de restructuration unique et identique dans tous les Etats membres, à l'instar de ce qui avait été prévu pour la société européenne. Elle propose cependant des lignes directrices que devront appliquer les Etats membres pour créer une ou plusieurs procédures préventives, ou modifier leur régime existant. Le texte est celui d'un compromis et les Etats membres disposent de beaucoup de souplesse pour sa transposition, sous forme d'options. L'harmonisation est donc loin d'être aboutie, mais elle fait son chemin. Il n'en reste pas moins que la réduction des divergences entre droits nationaux devrait faciliter l'ouverture coordonnée des procédures, la coopération des acteurs, ainsi que la définition et la mise en œuvre de solutions globales de restructuration.

S'agissant de la France, selon les choix que fera le gouvernement, la transposition pourra être à l'origine ou non d'amendements significatifs de notre droit des entreprises en difficulté, voire même d'un léger changement de « philosophie ».

Verrons-nous apparaître, dans notre « boîte à outils » une nouvelle procédure, ou est-ce que seule la sauvegarde, ainsi que le redressement judiciaire (partiellement certainement, pour une « mise en cohérence ») seront modifiés ? Ferons-nous une application distributive de la Directive entre nos différentes procédures (impactant parfois la conciliation) ou aurons-nous une seule procédure qui répondra, en tous points, aux impératifs posés par la Directive ? Quid du rôle des praticiens : acceptons-nous de réduire les cas de figure dans lesquels ces derniers interviennent, alors qu'ils jouent en pratique un rôle clé dans les dossiers de restructuration ? Surtout, que ferons-nous des nouvelles règles d'adoption des plans par les classes de créanciers ? Quel pouvoir (ou valeur résiduelle) attribuer à l'actionnaire lorsque des classes de créanciers s'opposeront au plan de restructuration ?

Ainsi, la Directive pose en France la question d'un rééquilibrage entre les droits du débiteur et ceux des créanciers. Il y a fort à parier que les deux prochaines années seront marquées par des débats passionnés. ■