

Législation comparée en Europe

Reinhard DAMMANN
Avocat (Clifford Chance)

La question au cœur de mon intervention est la suivante : la France est-elle une destination de choix pour les entreprises étrangères qui souhaitent ouvrir une procédure de prévention ou de sauvegarde ? Je vais donc essayer de brosser un tableau de la compétitivité et de l'attractivité du droit français en comparaison avec l'Allemagne, l'Angleterre et les États-Unis. Nous verrons que le droit français se porte très bien et possède des produits à exportation (mandat *ad hoc*, conciliation) sans équivalent dans les autres pays. En clair, la France a un rôle intéressant à tenir dans l'exportation juridique.

Au contraire, l'Allemagne est dépourvue de procédure de prévention et s'inspire justement des modèles français et anglais pour remédier à cette lacune juridique. Auparavant, l'Allemagne disposait d'un système très simple qui consistait à éliminer les entreprises réalisant des mauvaises performances. Cependant, Berlin s'est aperçu que ces entreprises-là devenaient parfois majoritaires en nombre et que ce système était par conséquent intenable.

L'Allemagne procède maintenant au sauvetage de toutes les entreprises pour empêcher les liquidations au bénéfice des créanciers. Ce changement d'orientation politique a commencé à la fin des années 90 et se poursuit actuellement. L'État intervient à présent dans la vie économique, comme nous pouvons le constater avec le cas du sauvetage d'Opel. Le modèle français qui consiste à venir en aide aux entreprises et à privilégier la prévention constitue donc une source d'inspiration pour l'Allemagne susceptible de se concrétiser dans la prochaine réforme.

Nous allons maintenant nous tourner vers l'Angleterre. Les procédures de mandat *ad hoc* et de conciliation recouvrent les questions de compétence et de droit matériel. L'Angleterre possède un système de procédure amiable appelé CVA, dans laquelle le juge n'intervient pratiquement pas. Les créanciers sont convoqués dans une assemblée pour voter à une majorité qualifiée sur un plan de restructuration de l'endettement chirographaire.

Le règlement communautaire prévoit que le tribunal compétent est celui où se situe le centre des intérêts principaux du débiteur. Ainsi, une procédure de sauvegarde pour la société britannique Eurotunnel peut s'ouvrir à Paris. Cette règle du droit communautaire ne s'applique toutefois pas au mandat *ad hoc* et à la conciliation, car ces deux procédures sont absentes de l'annexe A du règlement communautaire. La chancellerie a considéré que le mandat *ad hoc* et la conciliation ne pouvaient pas être assimilés à des procédures d'insolvabilité, sur la base des critères retenus dans le droit communautaire.

À l'inverse, l'Angleterre a inscrit les CVA dans l'annexe A. Une procédure CVA ouverte à Londres est donc reconnue dans l'ensemble de la Communauté européenne et interdit le déclenchement d'une procédure concurrente ailleurs en Europe pour la même société.

En France, le mandat *ad hoc* et la conciliation se situent en dehors du champ du droit communautaire et relèvent du droit international privé de droit commun. Néanmoins, la jurisprudence de la Cour de Cassation possède un ton étonnamment libéral, notamment sur l'ouverture de procédures collectives en France pour des sociétés étrangères. Il suffit pour cela d'un

seul créancier français, d'un seul immeuble ou d'un seul contrat signé en France. Par conséquent, rien n'empêche de fonder la compétence d'un juge consulaire pour ouvrir une procédure de mandat *ad hoc* ou de conciliation à l'égard d'une société étrangère qui le demande par une de ses filiales (dans le cas d'une restructuration). Le juge consulaire va donc être doté d'une compétence internationale pour traiter le dossier de la société mère française et, en même temps, autoriser les négociations avec les créanciers de la filiale étrangère. Cependant, ces procédures ne sont pas reconnues en tant que tel à l'étranger, contrairement au CVA anglais.

Par ailleurs, le CVA n'inclut pas la possibilité de suspension des poursuites, sauf pour les petites entreprises possédant un moratoire entre un et trois mois conditionné par un chiffre d'affaires inférieur à 6,5 millions de livres sterling et/ou des actifs inférieurs à 3,26 millions de livres sterling et/ou moins de 50 salariés (deux critères doivent être remplis sur les trois).

La grande différence avec la conciliation se situe sur le fait de convoquer une assemblée de créanciers déniait tout aspect confidentiel à la procédure. D'ailleurs, cette assemblée ne concerne que les créanciers chirographaires. Les autres créanciers peuvent exécuter des sûretés en l'absence de tout moratoire. En France, au contraire, il existe une sorte de moratoire convenu *de facto* avec les principaux créanciers, comportant une garantie de confidentialité.

Toutefois, on peut imposer la règle de la majorité à des créanciers minoritaires en droit anglais. Cette majorité est composée d'un nombre supérieur à la moitié de créanciers chirographaires qui, en outre, doivent représenter plus de 75 % du montant des créances. Si ces conditions sont remplies, il devient alors possible d'imposer aux créanciers chirographaires une restructuration (abandon de créances, rééchelonnement des dettes, conversion de créances en capital...).

En France, une réflexion approfondie a été menée sur l'éventualité d'introduction du concept de majorité dans la conciliation, mais le législateur a estimé, à juste titre selon moi, que cette procédure relevait du droit commun consensuel et nécessitait une définition précise de la majorité préjudiciable pour la confidentialité.

Les CVA affichent d'ailleurs un taux de réussite assez modeste. Pourtant, dans certains cas, des entreprises étrangères ont opté pour un CVA afin, par exemple, de convertir la dette obligataire. Toutefois, le droit français me paraît plus intéressant globalement.

La procédure de sauvegarde en droit anglais (*Administration*) était proche, à l'origine, de la liquidation judiciaire en France, avec la pratique du dessaisissement. Le droit anglais s'est transformé en 2000 et l'administrateur doit maintenant étudier la possibilité de sauver l'entreprise. La vente de l'entreprise, à la charge de l'administrateur (et non du juge comme en France), est envisagée en cas de sauvetage impossible. Statistiquement, seules 2 à 3 % des entreprises sont placées en mode sauvegarde en Angleterre, les 97 % restants étant vendus ou liquidés. En réalité, l'administrateur se laisse mandater par les créanciers pour servir l'intérêt des créanciers et non celui de l'entreprise.

Il est à noter que la sauvegarde du droit français est inscrite dans l'annexe A du droit communautaire. Toutefois, la loi anglaise prévoit une combinaison possible de la sauvegarde avec un *Scheme of Arrangement*, une procédure de droit des sociétés permettant d'imposer une solution à la majorité de 75 % du montant des créances ajoutée à la majorité des créanciers. *Le Scheme of Arrangement* consiste, en définitive, à regrouper des créanciers en différentes classes homogènes

(obligataires, chirographaires, hypothécaires). Lors du vote, il est possible de proposer un plan d'apurement du passif dans une optique de continuité d'activité. Néanmoins, cette procédure coûte excessivement cher.

En outre, du point de vue de l'efficacité, l'*Administration* tient moins de la sauvegarde que de la liquidation. Du reste, le vote à la majorité des deux tiers en France s'avère beaucoup moins contraignant que les 75 % requis en Angleterre et, de ce point de vue, il est logique que Goldman Sachs et Deutsche Bank, les banques d'affaires qui ont piloté la restructuration d'Eurotunnel, aient opté pour le droit français, en dépit de leur inclinaison naturellement favorable au droit anglais.

Dans les deux pays que nous avons étudiés, le recours au vote des créanciers amène à la constitution de classes homogènes parmi ceux-ci. On pourrait alors reprocher à la procédure de sauvegarde française de mélanger les différentes classes de créanciers, surtout après la nouvelle définition du comité de créanciers. Les membres de ce comité défendent bien souvent des intérêts totalement divergents. Certes, ce système présente l'avantage d'une grande efficacité, mais peut aussi conduire à une disparition d'hypothèques en cas de conversion en capital des créances.

Au contraire, dans le droit allemand, anglais ou américain, le juge peut appuyer sa décision sur une majorité de classes de créanciers et débouter les classes minoritaires. Ce processus se déroule en toute transparence et le juge est chargé de trancher en dernier ressort. De surcroît, il possède la liberté de s'affranchir du refus d'un comité de créanciers au bénéfice de l'intérêt supérieur de la société de redressement. Malgré les avantages du droit français, cet exemple pourrait inspirer des modifications dans la manière de réunir un comité unique de créanciers.

Par ailleurs, le *Best Interest Test* du droit anglo-saxon me paraît constituer une initiative intéressante. Dans le *Best Interest Test*, une évaluation du gain des créanciers en cas de liquidation immédiate est calculée. Le juge est donc amené à étudier si la solution proposée correspond à un intérêt collectif. Ce procédé comporte néanmoins un risque accru de retard, en raison de l'intervention d'experts-comptables ou d'experts financiers chargés de calculer finement la meilleure solution. Cette solution peut être qualifiée de plus équitable, mais aussi plus lente et plus onéreuse.

En revanche, le droit français a tendance à accorder une plus grande confiance au tribunal, dans un souci d'efficacité. Dans une minorité de cas plus complexes ou singuliers, il revient au juge de déterminer le traitement particulier à appliquer. Le droit français correspond à un système à géométrie variable qui s'appuie sur de grands principes du Code civil et du Code du commerce en permettant au juge de les réajuster pour en améliorer le fonctionnement. Le droit anglo-saxon s'intéresse davantage aux détails et coûte plus cher. Il se révèle aussi plus rassurant pour les créanciers qui ont une vision plus claire de la procédure.

En conclusion, l'efficacité du droit anglais constitue un mythe qu'il est nécessaire de battre en brèche. Le droit français ne souffre pas de la comparaison avec le droit anglo-saxon, malgré la réputation de ce dernier. Néanmoins, on pourrait réfléchir à une meilleure organisation des comités de créanciers. La définition de la composition des comités des établissements de crédit a certainement été adoptée trop rapidement, en l'absence d'une large consultation sur le décret. Le mélange de la totalité des créanciers banquiers avec les cessionnaires peut éventuellement conduire à une solution déraisonnable. Je pense donc qu'une réflexion doit être menée sur la façon de protéger les créanciers bénéficiaires en évaluant leurs gains en cas de liquidation judiciaire. On ne peut pas imposer à un créancier une conversion de sa créance en capital.

De surcroît, je pense que la France devrait envisager une promotion des procédures de conciliation et du mandat *ad hoc* à l'étranger pour obtenir leur reconnaissance internationale. J'estime que ces deux procédures ont leur place dans l'annexe A du règlement communautaire, au même titre que le CVA. Le modèle français de prévention est un véritable produit d'exportation susceptible de convaincre les grands groupes de se restructurer à Paris plutôt qu'à Londres.