

Projets Européens et internationaux concernant les procédures d'insolvabilités.

Incidences potentielles pour la place de Paris.

Note au 18 avril 2024 – Christophe Thévenot – Commission Insolvabilité (PPD)

A. Le Projet de directive « Insolvency III » du 7 décembre 2022.

La directive (UE) 2019/1023 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive a été transposée dans la plupart des États membres. Poursuivant l'objectif d'harmonisation du droit de l'insolvabilité, la Commission européenne a dévoilé, le 7 décembre 2022, une nouvelle proposition de directive.

Celle-ci a été initiée par la DG FISMA, sous le motif principal d'accélérer l'union des marchés de capitaux.

Le projet est en cours d'examen par le parlement européen depuis cette date. Le projet amendé pourrait sortir à l'automne 2024, au plus tôt, ou au printemps 2025.

Il comprend neuf titres se rapportant à différents aspects du droit des procédures collectives :

Le titre I contient des dispositions générales relatives au champ d'application et les définitions.

Le titre II relatif aux **actions révocatoires** prévoit des règles d'harmonisation minimales visant à protéger la masse de l'insolvabilité contre le retrait illégal d'actifs effectué avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. L'objectif est de veiller à ce que les législations des États membres sur les procédures d'insolvabilité prévoient un niveau minimal de protection en ce qui concerne la nullité, l'annulation ou l'inopposabilité des actes juridiques préjudiciables à la masse des créanciers. Dans le même temps, les États membres peuvent introduire ou maintenir des règles qui garantissent un niveau de protection des créanciers plus élevé, prévoyant par exemple davantage de motifs de révocation. Les dispositions figurant dans ce titre énoncent les conditions préalables générales pour l'annulation d'un acte juridique, les motifs de révocation et les conséquences juridiques des actions révocatoires.

Commentaires pour PPD : le projet de directive en matière d'actions révocatoires, que nous connaissons mieux sous le vocable des nullités de la période suspecte, emprunte aux pratiques actuelles de différents états membres. L'influence du droit allemand paraît évidente dans certains des concepts des nullités, par exemple en ce que la durée de la période suspecte varie en fonction du type d'actif que l'on veut ramener dans le patrimoine du débiteur. Les praticiens français y voient un risque trop fort d'incertitude et, partant, un frein aux décisions de gestion ou d'investissement. En tout état de cause, une harmonisation accrue en la matière gommara les différences de traitement des créanciers entre les états membres, ce qui devrait, selon les auteurs de la proposition, faciliter les investissements transnationaux. Une réserve doit être émise sur ce postulat théorique, qui n'est certainement pas le premier critère des investisseurs.

Le titre III relatif au **traçage des actifs** appartenant à la masse de l'insolvabilité est une intervention ciblée, qu'il convient de replacer dans le contexte du règlement (UE) 2015/848, qui dispose qu'en principe, les praticiens de l'insolvabilité peuvent également exercer dans d'autres États membres les pouvoirs qui leur sont conférés par la législation de l'État membre où la procédure d'insolvabilité principale a été ouverte et où ils ont été désignés. Les règles ciblées de ce titre mettent l'accent sur l'accès des praticiens de l'insolvabilité à divers registres contenant des informations pertinentes sur les actifs qui appartiennent ou devraient appartenir à la masse de l'insolvabilité. Certains registres

électroniques nationaux sont publics, voire accessibles via des plateformes d'interconnexion uniques mises en place par l'UE, telles que le système d'interconnexion des registres d'insolvabilité (IRI). Les dispositions de la proposition de directive étendent le champ d'application des registres accessibles aux praticiens de l'insolvabilité à certains registres qui ne sont pas accessibles au public, tels que ceux initialement créés en vertu du cadre de lutte de l'UE contre le blanchiment de capitaux (registres centralisés nationaux des comptes bancaires ou informations sur les fiducies/trusts dans les registres des bénéficiaires effectifs des États membres). Le titre III oblige également les États membres à fournir aux praticiens de l'insolvabilité qui sont ressortissants d'un autre État membre un accès direct et rapide aux registres énumérés dans l'annexe (pour autant qu'ils soient déjà disponibles dans l'État membre concerné).

Commentaires pour PPD : l'interopérabilité des registres est un objectif ambitieux, qui ne sera pleinement efficace que lorsque les registres contiendront des informations suffisamment précises et complètes pour permettre aux praticiens d'en tirer parti. A ce jour le portail européen eJustice permet d'identifier une société française en procédure collective et les personnes à qui s'adresser, mais cela n'est pas le cas pour tous les pays membres.

Le titre IV sur la **procédure de cession prénégociée (le Prepack)** vise à garantir que cette procédure, généralement considérée comme efficace pour le recouvrement de valeur pour les créanciers, est disponible de manière structurée dans les régimes d'insolvabilité de tous les États membres. Dans une procédure de cession prénégociée, la vente de l'entreprise du débiteur (ou d'une partie de celle-ci) est préparée et négociée avant l'ouverture formelle de la procédure d'insolvabilité. Cela permet d'exécuter la vente et d'en obtenir le produit peu de temps après l'ouverture de la procédure formelle d'insolvabilité destinée à liquider une société. La présente proposition comprend un certain nombre de garanties afin que des acheteurs potentiels soient recherchés et que la meilleure valeur de marché possible soit obtenue à l'issue d'un processus de vente concurrentiel. Ces garanties sont conçues de manière à laisser aux États membres le choix de garantir la compétitivité, la transparence et l'équité du processus de vente mené au cours de la «phase de préparation» (généralement confidentielle) ou d'organiser une vente aux enchères publiques rapide après l'ouverture de la procédure formelle, au cours de la «phase de réalisation».

Commentaires pour PPD : le concept de Prepack cession est bien connu en France depuis la réforme de 2014, qui permet au tribunal de fixer à l'ouverture de la procédure la date, proche, d'examen des offres qui auraient été reçues en amont par le conciliateur ou le mandataire ad-hoc, c'est-à-dire dans un cadre confidentiel. Il faut noter que la structure de cette procédure proposée par la commission est très proche de la structure française, mais présente quelques différences notables qui pourrait freiner son efficacité, comme l'absence de purge des inscriptions ou la cession forcée des contrats nécessaires à l'exploitation. Nos confrères allemands ne sont pas favorables à ce projet, dont ils craignent l'utilisation abusive. Le fait est, qu'en France, sa pratique est limitée et le plus souvent le tribunal saisi fixe un nouveau délai d'appel d'offres, même court, afin de s'assurer qu'aucun candidat n'a été oublié dans le processus amont.

Le titre V relatif aux **obligations des dirigeants d'entreprise** fait partie des mesures visant à maximiser la valeur de la masse de l'insolvabilité. Même si la proposition de directive ne prévoit pas de définition harmonisée du terme «dirigeant d'entreprise», les États membres devraient tenir compte, lors de la transposition des dispositions de ce titre, du fait qu'il doit être compris au sens large. Cette interprétation est conforme à la suggestion du guide législatif sur le droit de l'insolvabilité de la commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI), selon laquelle «[d]'une manière générale, [...], on peut considérer qu'une personne remplit les fonctions d'administrateur lorsqu'elle est chargée de prendre – et qu'en fait elle prend ou devrait prendre – des décisions clefs»

s'agissant de la gestion de l'entreprise. Les dirigeants d'entreprise sont généralement parmi les premiers à savoir si une entreprise est au bord de l'insolvabilité voire a dépassé ce stade. **Ils devraient donc être tenus de déposer en temps utile une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. La proposition de directive fixe un délai (3 mois) pour que les dirigeants d'entreprise s'acquittent de cette obligation, et elle engage leur responsabilité civile.** Les dispositions de ce titre étant des règles d'harmonisation minimale, les États membres sont libres de maintenir ou d'introduire des obligations plus strictes pour les dirigeants d'entreprises proches de l'insolvabilité.

Commentaires pour PPD :

Le titre VI contient des règles relatives aux **procédures simplifiées de liquidation pour les microentreprises**. Les cadres nationaux en matière d'insolvabilité ne sont pas toujours adaptés pour que les microentreprises insolubles puissent bénéficier d'un traitement correct et proportionné. Les microentreprises introduisent rarement des demandes de procédure d'insolvabilité standard et, lorsqu'elles le font, il est souvent trop tard pour préserver leur valeur. Dans de nombreux États membres, une liquidation ordonnée de ces entreprises n'est pas possible, étant donné que la procédure d'insolvabilité standard ne leur est pas accessible ou que l'ouverture d'une telle procédure leur est refusée. Tel est le cas s'il n'y a pas d'actifs dans la masse de l'insolvabilité ou si la valeur des actifs ne couvre pas les frais administratifs de la procédure. L'objectif de la proposition de directive est donc de veiller à ce que les microentreprises, même dépourvues d'actifs, soient liquidées de manière ordonnée, selon une procédure rapide et rentable. L'objectif principal des dispositions du titre VI est de simplifier la procédure et de réduire les coûts administratifs y afférents. Par exemple, en règle générale, aucun praticien de l'insolvabilité ne devrait être désigné pour participer à la procédure, étant donné que l'intervention de ce praticien est le principal facteur de coût de la procédure et que les activités de ces entreprises ne sont généralement pas complexes au point de requérir l'intervention d'un praticien de l'insolvabilité. De même, la proposition de directive prévoit qu'en règle générale, le débiteur doit rester en possession des actifs et des affaires de l'entreprise tout au long de la procédure. Un autre facteur permettant de réduire les coûts est la possibilité pour la juridiction de procéder à la réalisation des actifs au moyen d'un système de vente aux enchères électronique, que chaque État membre devrait mettre en place dans le cadre de ses procédures simplifiées pour les microentreprises.

Commentaires pour PPD : Cette disposition a soulevé de nombreuses critiques des états membres, dont les services judiciaires n'ont pas les moyens ni le souhait d'alourdir une charge de travail déjà conséquente, et qui ont souligné l'indispensable désignation de praticiens pour assurer la bonne conduite de procédures collectives qui ne sont pas rendues simples par le seul effet de la taille micro des entreprises. Les rapporteurs du texte au parlement se paraissent pas favorables au maintien de ce titre en l'état.

Le titre VII contient des dispositions relatives au **comité des créanciers**. Le comité des créanciers est un outil essentiel pour veiller à ce que les procédures d'insolvabilité soient menées d'une manière qui protège les intérêts des créanciers et garantisse la participation de créanciers individuels qui ne pourraient, autrement, pas participer à la procédure en raison de ressources limitées ou de l'éloignement géographique. L'objectif des dispositions de ce titre est donc de renforcer la position des créanciers dans la procédure. Pour ce faire, il convient de veiller à ce qu'un comité des créanciers soit institué pour autant que l'assemblée des créanciers donne son accord, et de prévoir des règles d'harmonisation minimale en ce qui concerne certains aspects essentiels tels que la nomination des membres et la composition du comité, les méthodes de travail, la fonction du comité ainsi que la responsabilité personnelle de ses membres.

Commentaires pour PPD : Ce sujet de la création de comités de créanciers, qu'il ne faut pas confondre avec les classes de parties affectées est apparue de manière inattendue dans le projet. Les travaux préparatoires et consultations ne faisaient pas mention de ces comités. Manifestement très inspirée de la pratique Hollandaise, la proposition vise à organiser de façon précise la composition et le fonctionnement de ce, ou ces, comités, agissant dans l'intérêt des créanciers et censé superviser le mandataire de justice. L'application en France de cette proposition devrait conduire à adapter, sans doute à la marge, le rôle des créanciers contrôleurs.

Le titre VIII traite des mesures renforçant la transparence des législations nationales relatives aux procédures d'insolvabilité. Il oblige les États membres à produire et à mettre régulièrement à jour à l'intention des investisseurs une fiche d'information normalisée clairement définie contenant des **informations pratiques sur les principales caractéristiques de leur législation nationale relative aux procédures d'insolvabilité**. Cette fiche d'information doit être publiée sur le portail e-Justice. Dans le cadre des activités de publication de contenu du réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale, certaines informations sont déjà disponibles sur le portail e-Justice au sujet des régimes nationaux d'insolvabilité des États membres. Toutefois, le contenu respectif de ces pages nationales existantes n'est pas aligné d'une manière qui permette aux investisseurs de comparer facilement les différents régimes.

Commentaires pour PPD :

Le titre IX contient les **dispositions finales** de la proposition de directive : Entré en vigueur, clause de réexamen.

B. Les travaux de la CNUDCI, Commission des Nations Unies sur le Droit Commercial International (en anglais UNCITRAL)

Les premiers travaux de la CNUDCI dans le domaine de l'insolvabilité en 1995 étaient axés sur la reconnaissance internationale des procédures d'insolvabilité. Il s'agissait de reconnaître que, pour favoriser une administration équitable et efficace des insolvabilités internationales, la coopération et la coordination internationales en matière de surveillance et d'administration des biens et des affaires d'un débiteur ayant des activités et des actifs dans plusieurs États étaient souvent nécessaires pour éviter la dissimulation ou la dispersion des biens du débiteur insolvable, pour améliorer les chances de sauvetage d'entreprises en difficulté financière mais néanmoins viables, et pour garantir que la masse de l'insolvabilité serait gérée de la manière la plus avantageuse pour toutes les parties intéressées, à savoir le débiteur ainsi que ses créanciers et employés. Les différents instruments mis au point par la CNUDCI présentent un ensemble de dispositions législatives types sur l'insolvabilité internationale, harmonisé au plan international, qui respecte les procédures et systèmes judiciaires nationaux, et rencontre l'agrément d'États ayant des régimes juridique, social et économique divers.

Concernant la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (1997), des textes législatifs fondés sur celle-ci ont été adoptés dans 59 États, soit 61 territoires au total. Sur le continent européen les pays suivants ont adopté la loi type en tout ou partie :

Non membres de l'UE : Albanie, Royaume-Uni, Serbie.

Membres de l'UE : Grèce, Pologne, Roumanie, Slovaquie.

Hors Europe, les pays « majeurs » dans le commerce mondial ayant adopté la loi type sont :

Arabie Saoudite, Australie, Brésil, Canada, EAU, États-Unis,

Plusieurs textes ont été adoptés par la CNUDCI concernant l'insolvabilité :

La Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (1997) (LTI) a pour objet d'aider les États à se doter d'un cadre moderne, harmonisé et équitable permettant de mener plus efficacement les procédures internationales concernant les débiteurs en proie à de graves problèmes financiers ou en situation d'insolvabilité.

Le Guide pour l'incorporation de la LTI dans le droit interne, qui donne des informations et des explications visant à en améliorer l'efficacité, a été révisé en 2013.

Le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (2004), qui comporte quatre parties, aide à la mise en place d'un cadre juridique efficace et effectif et peut servir de référence aux autorités nationales et aux organes législatifs lorsqu'ils élaborent de nouvelles dispositions législatives et réglementaires ou examinent l'adéquation de la législation et de la réglementation existantes.

Le Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale (2009) renvoie à des affaires concrètes afin de fournir des informations aux praticiens de l'insolvabilité et aux juges sur les aspects pratiques de la coopération et de la communication dans les affaires d'insolvabilité internationale.

En outre, le texte intitulé « La Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale : le point de vue du juge », adopté en 2011 et actualisé en 2013, donne des indications générales sur les questions que le juge devra peut-être prendre en considération, faisant fond sur les intentions des auteurs de la LTI et l'expérience des personnes qui y ont eu recours dans la pratique.

La Loi type de la CNUDCI sur la reconnaissance et l'exécution des jugements liés à l'insolvabilité (2018) a été adoptée afin d'aider les États à établir un cadre de dispositions pour la reconnaissance et l'exécution de jugements liés à l'insolvabilité, et le Guide pour son incorporation dans le droit interne fournit des informations et des explications la concernant.

En 2019, la CNUDCI a adopté la Loi type sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises, qui vise à aider les États à se doter d'une législation moderne sur l'insolvabilité nationale et internationale des groupes d'entreprises, en complément de la LTI et de la troisième partie du Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité. Contrairement à la LTI, qui porte sur les procédures d'insolvabilité visant un débiteur unique, la Loi type sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises met l'accent sur les procédures visant plusieurs débiteurs qui sont membres du même groupe d'entreprises et se trouvent éventuellement dans différents pays ou territoires. Le terme « groupe d'entreprises », défini dans la Loi type comme étant deux entreprises ou plus liées entre elles par un contrôle ou une participation importante, est expliqué plus en détail dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type dans le droit interne. Les mesures prévues par la Loi type sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises, même si elles s'inspirent de celles qui sont disponibles au titre de la LTI, voire les reprennent partiellement, ont été conçues pour régler des questions propres aux procédures d'insolvabilité qui touchent plusieurs membres d'un groupe d'entreprises, en particulier la nécessité d'assurer un certain degré de centralisation, de coordination et de coopération.

Les derniers travaux en cours au sein du groupe de travail V « Insolvabilité » portent sur deux sujets :

D'une part la **localisation et le recouvrement civils d'actifs** dans les procédures d'insolvabilité, qui prévoit un texte descriptif, informatif et éducatif sur la localisation et le recouvrement civils d'actifs dans les procédures d'insolvabilité et une « boîte à outils », conçue selon la même approche (c'est-à-dire comme un texte non prescriptif) et dans le même objectif (à savoir guider les décisionnaires et les législateurs qui cherchent à améliorer leur cadre en matière de localisation et de recouvrement d'actifs).

D'autre part la **Loi applicable**.

Sur ce dernier sujet, le préambule en cours de discussion indique que « Les présentes dispositions législatives ont pour objet d'établir des règles d'orientation claires pour déterminer la loi régissant l'ouverture, le déroulement, l'administration et la clôture de la procédure d'insolvabilité et ses effets (« la loi régissant la procédure et ses effets »), y compris dans les procédures de reconnaissance et de référé et dans les procédures visant un groupe d'entreprises, afin d'atteindre les principaux objectifs d'une procédure d'insolvabilité efficace, notamment la sécurité juridique et la prévisibilité. »

Le dernier compte rendu du secrétariat de la CNUDCI indique « Il a été rappelé que le Groupe de travail ne s'était pas encore mis d'accord sur la forme finale que revêtirait le texte. Les avantages et les inconvénients de différentes approches ont été notés. Certaines délégations ont estimé que les questions de droit international privé devaient être abordées dans le cadre d'un traité international et ont émis des doutes quant au fait que les objectifs du projet puissent être atteints au moyen d'un instrument non contraignant. »

Commentaires PPD: si les travaux et les textes en résultant concernant la localisation et le recouvrement d'actifs, dans un contexte international, ne paraissent pas entraîner d'incidence immédiate en ce que ces textes ne seront que descriptifs, le sujet de la loi applicable peut avoir des impacts sur l'activité de Paris en tant que place de droit.

La question de la loi applicable se pose dans toutes les affaires de droit international privé et constitue la première préoccupation du juge lorsqu'il est saisi.

La question de la loi applicable en matière d'insolvabilité dans un contexte international, a fortiori si les travaux de la CNUDCI se traduisaient par une convention dont la France serait signataire, pourrait donc avoir des répercussions pour la place de Paris, soit qu'elle accueille des procédures d'insolvabilité de droit étranger (hors EU) ayant des effets en France et dans le monde, soit que des sociétés ou groupes français choisissent ou se voient imposer un droit de l'insolvabilité étranger.

La lex fori concursus, celle du lieu de la procédure principale, s'appliquerait par défaut selon le principe d'universalisme et le tribunal « accueillant » la reconnaîtrait automatiquement, sous réserve des règles d'ordre public. Cependant un certain nombre de situations découlant de la procédure d'insolvabilité du débiteur devrait pouvoir, ou devoir, être traité par la lex rei sitae : droit in rem, immeubles, suspensions des poursuites selon qu'il s'agit d'une procédure de liquidation ou de réorganisation...

Ces questions sont actuellement en débat au sein du groupe de travail.