

SAUVEGARDE DES ENTREPRISES VERS UNE INTERPRÉTATION PRAGMATIQUE DU RÈGLEMENT EUROPÉEN DES FAILLITES



**Reinhard
Dammann**

avocat
au barreau de Paris
White & Case

Les récentes décisions des cours de justice, notamment dans les affaires Rover et Emtec, montrent qu'il est possible de coordonner, en cas de faillite, l'ouverture de procédures principale et secondaires dans différents États membres, pour réussir la mise en place d'une cession globale d'entreprise tout en protégeant ses créanciers et salariés dans les différents pays.

INTERVIEW

■ **Pouvez-vous expliquer les avancées que représentent, pour une approche européenne des faillites d'entreprises, les deux arrêts récents concernant respectivement les sociétés Rover et Emtec ?**

Les deux affaires posent la question de l'application du règlement européen n° 1346/2000 à l'insolvabilité d'un groupe de sociétés de dimension européenne. Une bonne coordination entre l'ouverture de procédures principale et secondaires dans différents États membres, doublée

d'une coopération entre les organes de procédures, permet de réussir la mise en place d'une cession globale d'entreprise tout en protégeant ses créanciers et salariés dans les différents pays.

Dans l'affaire Rover, la High Court of Justice de Birmingham avait ouvert des procédures d'insolvabilité principales de droit anglais pour chacune des filiales européennes du groupe, dont Rover SAS France. Le juge anglais avait considéré que Rover SAS était très étroitement contrôlée par sa société mère anglaise de sorte que le centre de ses intérêts principaux au sens du règlement européen était situé en Angleterre. Le regroupement

de l'ensemble des procédures d'insolvabilité pour le groupe Rover sous la houlette du juge anglais permettait de trouver un repreneur pour l'ensemble du réseau européen à un meilleur prix qu'une liquidation désordonnée des actifs des différentes filiales du groupe. Quelle était la problématique pour la filiale française ? En application du règlement, la procédure d'insolvabilité de Rover SAS était soumise au droit anglais. Or, celui-ci ne protège pas suffisamment les salariés. Leur privilège est plafonné à 800 livres par personne. De plus, le liquidateur a la possibilité de les licencier immédiatement après l'ouverture d'une procédure d'administration sans demander l'autorisation du juge. Se posait, dès lors, la question de savoir s'il était possible pour le juge français d'ouvrir une procédure d'insolvabilité dite "secondaire" soumise au droit français.

Le règlement européen distingue, en effet, l'ouverture d'une procédure principale ayant un effet universel sur l'ensemble des actifs du débiteur et l'ouverture d'une procé-

« La cour d'appel de Versailles a fait preuve de pragmatisme. Elle permet d'ouvrir des procédures secondaires pour protéger les intérêts locaux des créanciers ou du moins, de créer en quelque sorte une procédure secondaire « contractuelle » plus flexible. »

ture secondaire dans un autre État membre sur le territoire duquel le débiteur possède un établissement. Les effets de la procédure secondaire sont limités aux actifs situés sur le territoire de son État d'ouverture. À bien des égards, la procédure secondaire est subordonnée à la procédure principale. Le règlement prévoit, par ailleurs, la mise en place de mesures de coordination et d'information entre les organes des deux procédures. Jusqu'à présent, la doctrine majoritaire en France s'était prononcée contre la possibilité d'ouvrir une procédure secondaire dans l'État dans lequel le débiteur a son siège social. À ce titre, l'arrêt de la cour d'appel de Versailles du 15 décembre 2005 est très important. Il reconnaît la possibilité d'ouvrir une procédure secondaire indépendamment de la localisation du siège social du débiteur. En l'occurrence, la cour a estimé qu'une telle ouverture n'était pas nécessaire puisque la seule perspective de l'ouverture d'une procédure secondaire a incité le liquidateur anglais à négocier d'emblée avec les salariés français et les autres créanciers un traitement identique à celui que leur aurait procuré l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire de droit français. Le liquidateur souhaitait avoir la possibilité de vendre la totalité des actifs de manière cohérente sans être gêné par l'ouverture d'une procédure secondaire aux termes de laquelle les actifs français auraient dû être cédés par le liquidateur français en application du droit français. La cour d'appel de Versailles a donc fait preuve de pragmatisme. Elle permet d'ouvrir des procédures secondaires pour protéger les intérêts locaux des créanciers ou, du moins, de créer en

“La perception de la localisation effective du centre des intérêts principaux du débiteur peut être différente pour chaque catégorie de créanciers.”

quelque sorte une procédure secondaire “contractuelle” plus flexible. Il faut s'en féliciter.

■ Qu'en est-il d'Emtec ?

En vertu de l'article 3 (1) du règlement, le centre des intérêts principaux d'une société est présumé, jusqu'à preuve contraire, être le lieu du siège statutaire. Jusqu'à présent, les auteurs français faisaient une lecture restrictive de cet article et ne souhaitaient écarter cette présomption qu'en cas de fictivité ou de fraude du siège statutaire. En revanche, dans leur grande majorité, les juridictions anglaises, allemandes et italiennes ont préféré une interprétation plus souple, s'appuyant sur le concept de *head office functions*. Comme le démontre l'affaire Rover, cette jurisprudence a permis de regrouper l'ensemble des procédures d'insolvabilité des filiales étrangères d'un groupe de sociétés au siège de la société mère. L'affaire Emtec constitue une petite révolution puisque, pour la première fois, par des jugements en date du 15 février 2006 le tribunal de commerce de Nanterre a ouvert des procédures de redressement judiciaire en faveur de huit entités étrangères du groupe Emtec.

■ Comment s'évalue la notion de centre des intérêts principaux ?

La prise en compte du siège statutaire comme règle de rattachement a l'avantage de la simplicité : il est publié et connu de tous. Cependant, il est, aujourd'hui, possible de créer, en toute légalité, une société à Londres, dont l'organisation est soumise au droit anglais, alors même que les actifs et les employés sont localisés dans un autre pays. La jurisprudence de la Cour européenne favorise la mobilité des entreprises et

considère qu'il n'est pas frauduleux de dissocier la localisation du siège statutaire de celle où s'exercent les activités de l'entreprise. Plusieurs arrêts de principe ont été rendus ces dernières années pour permettre la liberté d'établissement des sociétés en Europe. En Allemagne, par exemple, le droit des sociétés est relativement rigide. Beaucoup de sociétés, même petites, préfèrent situer leur siège social à Londres tout en localisant leurs activités en Allemagne. L'Allemagne qui est d'ailleurs sur le point d'en tirer les conséquences en abandonnant la théorie du siège social réel en faveur de la règle de rattachement plus libérale de l'État d'incorporation. Il est intéressant de noter que le gouvernement allemand a élaboré un projet de règlement européen pour harmoniser le droit international privé en matière de droit des sociétés incluant cette règle de rattachement. Le règlement européen relatif aux procédures d'insolvabilité, élaboré il y a près de 25 ans, a été pensé sur un mode classique de fonctionnement d'une entreprise : son activité principale se situe dans l'État de son siège social. Par ailleurs, la société peut créer de simples établissements de moindre importance dans d'autres pays. Faute de consensus, le phénomène de l'insolvabilité d'un groupe de sociétés n'est pas abordé. De fait, le règlement ne correspond plus au mode de fonctionnement d'un monde qui bouge dans lequel la localisation des sociétés et des actifs est devenue “fluide”. Le choix entre la création d'une succursale ou d'une filiale est très souvent effectué en fonction du droit fiscal. La localisation de l'administration centrale ne correspond plus forcément au lieu où la société exerce ses activités. Une

appréciation objective du centre des intérêts principaux permet de corriger le tir : la procédure principale est ouverte dans le pays à partir duquel la société est gérée. Cette localisation objective doit être vérifiable pour les tiers.

■ Quels sont ces critères objectifs ?

Dans l'affaire Emtec, le tribunal de commerce de Nanterre a eu recours à la méthode du faisceau d'indices. L'ensemble des relations commerciales avec les principaux clients et fournisseurs était centralisé à Levallois-Perret, en banlieue parisienne, au siège de la société mère. De la même manière, c'est la holding française qui centralisait la trésorerie des filiales et qui était devenue leur principal créancier. Le tribunal a surtout interrogé, lors de l'audience, les salariés des filiales qui ont bien confirmé que l'administration centrale des filiales était située à Levallois-Perret. Par ailleurs, le sauvetage du groupe passait nécessairement par une cession globale à un repreneur qui était intéressé par la reprise du réseau de distribution européen d'Emtec. Les grands clients, tels que Carrefour, Auchan ou Mediamarkt, et la marque constituent l'essentiel du goodwill du groupe. Pris isolément, les actifs français n'auraient pas trouvé preneur au même prix. Son réseau de distribution, un de ses principaux atouts, aurait été morcelé et il n'aurait alors pas été possible de négocier une solution globale. Surtout, au plan social, on aurait pu craindre le licenciement pur et simple de la plupart des salariés. La situation était encore beaucoup plus préoccupante pour les filiales. Faute d'une reprise globale, les entités étrangères d'Emtec auraient très vraisemblablement fait l'objet d'une liquidation judiciaire désordonnée. Seule une interprétation pragmatique du règlement a pu éviter un tel gâchis. Les jugements d'ouverture ont fait l'objet d'une publication dans les différents pays de l'Union. L'administrateur Hélène Bourbouloux a préparé une *data room* pour pouvoir vendre les actifs du groupe dans son ensemble. Le liquidateur Marc Sénéchal a circularisé l'ensemble des créanciers du groupe en Europe. Des

« La combinaison des procédures principale et secondaires permet une centralisation des procédures de redressement judiciaire et la sécurité juridique des créanciers locaux.

Elle est, en quelque sorte, le « couteau suisse » des procédures d'insolvabilité intracommunautaire. »

contacts fréquents ont eu lieu pour expliquer aux créanciers étrangers l'attractivité du droit français en matière de redressement judiciaire. Par ailleurs, ils ont été informés du souhait du tribunal de préserver leurs droits en autorisant, dans le cadre d'une procédure parfaitement transparente, la cession globale des actifs du groupe au plus offrant. Grâce à l'intervention du juge-commissaire Paul Chenel, l'ensemble des problèmes juridiques, tels que la libération des gages, a pu être solutionné. Une procédure secondaire a été ouverte en Autriche. Par onze jugements en date du 3 mai 2006, l'ensemble des actifs français et étrangers des différentes entités du groupe ont été cédés à un repreneur unique. Seuls les actifs autrichiens n'ont pu être inclus dans le périmètre de la cession. Ils feront très probablement l'objet d'une cession en faveur du

même repreneur. Malgré l'excellente coopération avec le juge et le liquidateur autrichien qui ont même fait le déplacement à Nanterre à l'occasion de l'audience du 3 mai pour expliquer en détail la procédure autrichienne au repreneur, l'application de deux droits différents n'a pas permis d'organiser une cession simultanée.

■ Est-ce que les jugements rendus récemment permettent de mieux cerner la notion des intérêts principaux : cette notion inquiète les créanciers car elle peut évoluer entre le moment de la signature d'un contrat et la survenance d'un dépôt de bilan ?

La notion de créancier est à géométrie variable. La situation du banquier professionnel bénéficiant d'informations précises et celle du créancier local non informé ne sont pas comparables. Ainsi, la perception de la localisation effective du centre des intérêts principaux du débiteur peut être différente pour chaque catégorie de créanciers. En fonction des éléments de fait, la perception de cette localisation peut, qui plus est, varier dans le temps. De la même manière, les créanciers peuvent se trouver confrontés à un changement de la localisation objective du centre des intérêts principaux postérieurement à la mise en place du crédit, entraînant un changement de loi applicable à la procédure d'insolvabilité par rapport à leur attente. Au cours des dernières années, la mobilité internationale des sociétés s'est, en effet, considérablement accrue. Le changement du lieu du centre des intérêts principaux d'un débiteur peut intervenir en toute légalité par exemple à l'occasion d'un transfert du siège social dans un autre État membre ou d'une fusion transfrontalière. Ce

même constat s'impose, a fortiori, pour des commerçants, personnes physiques qui changent de résidence. La seule parade pour résoudre cette problématique consiste à ouvrir des procédures secondaires. Prenons l'exemple de la filiale italienne d'Emtec. Un créancier local peut légitimement avoir cru que le centre des intérêts principaux d'Emtec Italia se situait au lieu de son siège social en Italie. Or, en droit italien, les avances de la société mère à sa filiale sont subordonnées par rapport aux autres créanciers chirographaires. La même situation existe d'ailleurs en droit allemand et en droit autrichien. En droit français, par contre, des avances d'actionnaires sont en principe considérées comme chirographaires. L'ouverture d'une procédure secondaire permet donc de soumettre la distribution du boni de liquidation des actifs italiens au droit italien. En règle générale, un créancier local a consenti du crédit sur la base des actifs locaux. S'agissant des actifs situés hors du territoire italien, le créancier local est colloqué dans le cadre de la procédure principale française.

Des solutions encore plus intéressantes peuvent être imaginées. Prenons le cas d'un plan de cession réalisé dans le cadre d'un redressement judiciaire en droit français : l'entreprise est vendue et le juge statuera sur le sort du débiteur quelques jours plus tard. Incidemment, cette flexibilité bien venue a été introduite par la loi de sauvegarde. Une procédure secondaire peut être ouverte après la vente. La distribution du prix perçu et la réalisation des actifs résiduels seront faites dans le cadre de cette procédure de liquidation et relèveront du droit national. Le règlement est flexible à cet égard : le syndic de la procédure principale et les

créanciers locaux pourront solliciter, le moment venu, l'ouverture de la procédure secondaire. Ainsi, cette combinaison souple de deux procédures permet aux créanciers locaux et surtout aux salariés de tirer avantage d'une cession globale de l'entreprise tout en préservant l'application de leur droit dans le cadre de la distribution des dividendes. Cette approche combine donc une centralisation des procédures de redressement judiciaire et la sécurité juridique des créanciers locaux. Elle est, en quelque sorte, le "couteau suisse" des procédures d'insolvabilité intra-communautaires.

■ Quelle est l'interprétation de la Cour de justice des Communautés européennes sur cette notion clé ?

Dans son arrêt Eurofood du 2 mai 2006, la CJCE énonce d'abord le principe selon lequel le règlement ne s'applique pas à l'insolvabilité d'un groupe de sociétés en tant que tel, mais à chaque entité prise séparément. Ensuite, la Cour procède à une interprétation autonome de la notion de centre des intérêts principaux. Ainsi, se trouve écarté tout raisonnement par analogie aux règles de rattachement en droit international privé des États membres. Elle poursuit son raisonnement en ce que le règlement doit assurer la sécurité juridique des tiers. Dans cet esprit, elle estime qu'une juridiction ne peut écarter la présomption au bénéfice du siège statutaire que si l'on rapporte des éléments objectifs et vérifiables par les tiers permettant d'établir l'existence d'une situation réelle différente de celle que la localisation audit siège statutaire est censée refléter. Quels sont ces critères objectifs ? La Cour ne fournit pas de liste. Elle se contente d'évoquer, à titre d'exemple, deux types de situations extrêmes. Ainsi,

« Dans son arrêt du 2 mai 2006, la CJCE réaffirme le principe d'une présomption en faveur d'un rattachement du centre des intérêts principaux, au siège statutaire, tout en laissant au juge national une certaine marge de manœuvre. »

la présomption peut être écartée pour des sociétés "boîte aux lettres" qui n'exercent aucune activité sur le territoire de l'État membre où est situé leur siège social. Inversement, le simple fait que les choix économiques d'une filiale soient ou puissent être contrôlés par la société mère établie dans un autre État membre n'est pas suffisant pour écarter la présomption en faveur du siège statutaire. En fixant deux "bornes", la Cour réaffirme le principe d'une présomption assez forte en faveur d'un rattachement au siège statutaire, tout en laissant au juge national une certaine marge de manœuvre. On peut donc penser que les tribunaux pourraient utilement prendre en compte la perception de la localisation du centre des intérêts principaux d'une filiale par ses salariés et ses autres créanciers comme l'a fait le tribunal de commerce de Nanterre dans les jugements Emtec précités. Enfin, il semble que la combinaison d'une procédure principale suivie de l'ouverture d'une procédure secondaire est de nature à satisfaire l'exigence d'une sécurité juridique en faveur des tiers.

■ Organiser une faillite sur la base d'une procédure principale et de procédures secondaires ne s'avère-t-il pas très coûteux ?

Cette approche globale de la faillite suppose, certes, de faire appel à des experts comptables et à des avocats capables de fonctionner en réseau à l'international. Cela occasionne des frais supplémentaires, mais eu égard aux avantages d'une procédure globale, ceux-ci sont largement rentabilisés. Ainsi, le liquidateur peut négocier un prix de cession bien supérieur lorsqu'il peut mettre en vente l'intégralité d'un groupe ou d'un réseau, ce qui permet d'amortir les frais de procédure.

■ Le droit français a souvent mauvaise presse à l'étranger : est-ce justifié ?

Le droit français devrait assurer sa promotion à l'étranger. Il est souvent qualifié de rigide ayant de piètres résultats. La réalité prouve le contraire. Comme le démontre l'exemple Emtec, le plan de cession à la française est un outil très intéressant. Il procure une sécurité juridique complète alors qu'en droit allemand, par exemple, la situation des salariés est très confuse. Selon une jurisprudence bien établie, ceux-ci peuvent obtenir leur réintégration sur un fondement comparable à l'article L. 122-12 du Code du travail.

La conciliation est appelée à jouer un rôle clé dans la restructuration des entreprises en difficulté. Son taux de réussite devrait se situer aux alentours des deux tiers, comme c'était le cas du règlement amiable avant la réforme. La loi de sauvegarde a d'ailleurs encore augmenté l'attrait de la conciliation homologuée. Pourtant, la conciliation ne figure pas dans l'annexe A du règlement. Plusieurs arguments sont invoqués. La conciliation ne serait pas une procédure collective. Il n'y a pas de suspension des paiements, ni de déclaration de créances. Le dessaisissement du débiteur fait également défaut. Le jugement d'ouverture ne fait pas l'objet d'une publication. Le rôle du mandataire n'implique pas une surveillance du débiteur au sens classique du terme. Dès lors, beaucoup de dispositions du règlement et, en particulier, le chapitre IV relatif à l'information des créanciers et la production des créances, ne peuvent s'appliquer eu égard au caractère confidentiel de la conciliation. Pourtant, il est indéniable qu'elle remplit la fonction d'une véritable procédure col-

« La conciliation est appelée à jouer un rôle clé dans la restructuration des entreprises en difficulté. Son taux de réussite devrait se situer aux alentours des deux tiers, comme c'était le cas du règlement amiable avant la réforme. »

lective qui est opposable aux tiers. Elle peut d'ailleurs être ouverte à la place d'une procédure de redressement judiciaire. Aussi longtemps qu'une procédure de conciliation est en cours, le débiteur est à l'abri de l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire.

L'inscription de la conciliation dans l'annexe A du règlement relève, dès lors, d'un choix politique. D'autres États membres n'ont d'ailleurs pas hésité à inscrire dans l'annexe A des procédures qui ne remplissent pas non plus toutes les caractéristiques d'une procédure collective classique. Une telle inscription permettrait à une société française de rester maître de son destin. Elle bénéficierait de la règle de priorité et ne pourrait dès lors faire l'objet d'une procédure principale concurrente ouverte par la juridiction d'un autre État membre. La même protection s'appliquerait également à ses filiales ayant leurs sièges statutaires dans d'autres États membres mais dont le centre des intérêts principaux se trouve en France. L'inscription de la conciliation dans l'annexe A serait également de nature à promouvoir l'attractivité du droit français au-delà de nos frontières. À titre d'exemple, les opérations de sauvetage des entreprises allemandes rencontrent les mêmes problèmes qu'en France avant la réforme. Les banques allemandes craignent une mise en cause de leur responsabilité pour soutien abusif. Cette problématique a été résolue en droit français. Au moment de l'homologation de l'accord, le tribunal doit notamment s'assurer que ses termes sont de nature à assurer la pérennité de l'activité de l'entreprise et ne portent pas atteinte aux intérêts des créanciers non-signataires.

■ Quels sont les travaux menés pour une harmonisation non plus seulement européenne, mais internationale de la faillite ?

Les travaux sont en cours : Jean-Luc Vallens, magistrat à Strasbourg, représente la France dans les négociations dans le cadre de la CNUDCI. Cela étant, les particularités locales sont très fortement ancrées. Dans ces conditions, il semble difficile d'envisager un règlement européen harmonisant les droits des procédures d'insolvabilité. La diversité peut aussi représenter une richesse. C'est la comparaison des différentes législations qui permet, in fine, de sélectionner les dispositions les plus efficaces. Les lois sont au service du redressement des entreprises en difficulté. À cet égard, on constate que toutes les lois modernes mettent l'accent sur des mesures de prévention et n'exigent plus le dessaisissement (total) du débiteur. Schématiquement on constate l'existence d'une dichotomie de procédures : les procédures préventives modernes (type conciliation ou sauvegarde) et les procédures liquidatives plus classiques (incluant la cession globale). Par ailleurs, l'idée fait son chemin que les procédures les plus souples et consensuelles sont les plus efficaces. À ce titre, il est également intéressant de constater que certaines législations ont fait le choix de simplifier les différents rangs des créanciers et d'assurer un traitement efficace aux créanciers munis de sûretés réelles au cours de la liquidation judiciaire. Par contraste, au cours de la période d'observation, la réalisation des sûretés est généralement gelée. ■

Propos recueillis par E.C.