

créanciers doivent disposer de toutes les informations concernant les actes de gestion des dirigeants. Ainsi, dans les propositions formulées (*proposals*) par le *nominee*, ce dernier doit décrire les actes du dirigeant ayant contribué à la situation de l'entreprise et, si une liquidation judiciaire devait intervenir ultérieurement, indiquer les éléments susceptibles d'être retenus contre celui-ci.

En raison de la grande implication des créanciers, il est difficile au tribunal de leur imposer des abandons de créances ou des délais de remboursement contrairement à la situation française où l'absentéisme règne dans les comités. C'est une différence culturelle importante.

Le système anglais poursuit un seul objectif - le désintéressement des créanciers. À l'inverse, en France, les créanciers qui, sous l'empire de la loi de 1967, avaient un réel pouvoir d'initiative et se prononçaient par un vote, ont vu ce pouvoir disparaître en 1985, pour laisser la place à l'administrateur judiciaire qui doit trancher entre les intérêts, souvent divergents, des créanciers, de l'entreprise et des salariés.

✓ Les salariés

S'il existe désormais, en Grande-Bretagne, un fonds de garantie des salaires, les créances salariales ne sont privilégiées qu'à hauteur des quatre derniers mois de salaires à la date d'ouverture de la procédure et de 1 000 livres sterling. Le système anglais est donc différent de l'AGS française (créée en 1974), et les salariés anglais sont des cocontractants

presque comme les autres.

Néanmoins, préserver les droits des salariés est possible dès lors qu'une cession de l'entreprise est envisagée, les salariés étant "compris" dans le périmètre du rachat. En pratique, la vente est préparée avant l'ouverture d'une Administration et l'accord est ensuite finalisé dans le cadre de cette procédure : c'est le *prepacks*. Ce procédé peut *a priori* paraître choquant en France, car il s'agit de trouver un acheteur, de lui vendre les actifs et de lui transférer les contrats. Mais dans les faits, lorsqu'en redressement judiciaire le dirigeant est obligé de "laisser sa place" et que le plan est mis en oeuvre par un tiers, la situation est équivalente. En revanche, la cession totale de l'entreprise n'est pas encore envisageable en sauvegarde⁷.

b) SUR LES PROCÉDURES SPÉCIFIQUES

✓ Le cas de l'Administration

C'est la société qui, en règle générale, saisit le tribunal en vue d'ouvrir une Administration, mais celui-ci ne prononce pas nécessairement un jugement en la matière.

Contrairement au système français dans lequel l'administrateur a une mission d'assistance ou de surveillance, l'administrateur anglais, sous le contrôle des créanciers, prend la place du dirigeant qui est dessaisi. Le droit français qui permet de choisir l'outil qui permettra de redresser l'entreprise sans crainte de compétition, apparaît plus protecteur vis-à-vis du dirigeant que ne l'est le droit britannique.

CONCLUSION

La place des créanciers dans les procédures anglaises, un modèle à suivre ?

Les créanciers français ont perdu, en 1985, leur place prépondérante dans les procédures collectives. La loi de 2005, en créant les comités de créanciers, leur redonne une place. Mais quel est leur poids réel dans les négociations ?

Aujourd'hui, pour certains et plus spécifiquement les banquiers, tout est "ficelé" entre le débiteur, l'administrateur et les conseils. Les créanciers sont souvent mis devant le fait accompli, notamment s'ils n'adhèrent pas aux solutions proposées⁸.

On doit aussi constater que les créanciers peuvent constituer un contre-pouvoir bloquant, s'ils estiment que l'accord proposé est insuffisant.

Mais pour les associer davantage dans les négociations, ne pourrait-on pas, par exemple, leur présenter le projet bien avant la séance consacrée au vote ? Il faudrait également pouvoir leur communiquer les (du moins certaines) informations économiques, financières et juridiques dont dispose le mandataire judiciaire. On pourrait sans doute s'inspirer de l'exemple anglais en la matière.

Une seule et même assemblée¹⁰ réunissant l'ensemble des créanciers chirographaires est prévue par les textes anglais, même si les créanciers peuvent s'organiser en différents comités, autrement dit en classes, afin de gérer l'affaire en fonction de leurs propres souhaits.

L'administrateur dispose de 8 semaines pour préparer des propositions qui doivent permettre d'accomplir les objectifs ayant justifié l'ouverture de la procédure. Ensuite, les créanciers se réunissent dans un délai de 10 semaines afin d'approuver ou non (à une majorité simple) ces propositions et, le cas échéant, y apporter des modifications. Cette période n'est pas l'équivalent de la période d'observation des procédures françaises, car aucune mesure n'est prise ni mise en application par l'administrateur. Cette phase de la procédure peut aussi bien déboucher sur un redressement que sur une liquidation⁹, à condition que cette dernière permette un meilleur désintéressement des créanciers.

✓ Le cas du CVA

La spécificité est encore plus marquée pour le CVA. Aucune durée maximale n'est fixée pour mener à bien la procédure, ce qui peut se révéler délicat lorsque l'entreprise ne bénéficie d'aucune suspension des poursuites. Néanmoins, le CVA conserve son intérêt, car il permet d'imposer un accord, selon la règle de la majorité, avec, en prime, la continuation de l'entreprise.

Mais au total, de nombreux CVA échouent, car les fonds qui arrivent dans le trust, au titre des cessions d'actifs ou de la continuation de l'exploitation de l'entreprise, se révèlent insuffisants. Dans ce cas, les cessions intervenues pendant la période de mise en oeuvre de l'accord (un équivalent de la période suspecte) peuvent être remises en cause dans le cadre de la liquidation judiciaire qui s'ensuit.

LA LETTRE DE L'OBSERVATOIRE CONSULAIRE DES ENTREPRISES EN DIFFICULTES

N°7

Mars 2008

ZOOM SUR

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PREMIÈRE PARTIE

Le cadre juridique anglais

A/ LES PROCÉDURES

B/ LES PRATICIENS DE L'INSOLVABILITÉ ET LEURS HONORAIRES

C/ QUELQUES STATISTIQUES

SECONDE PARTIE

Une mise en perspective au regard du droit français

A/ QUELQUES RAPPROCHEMENTS

B/ DES DIVERGENCES INCONTESTABLES ET FORT NOMBREUSES

CONCLUSION

La place des créanciers dans les procédures anglaises, un modèle à suivre ?

DROITS ANGLAIS ET FRANÇAIS DE L'INSOLVABILITÉ : CONVERGENCES ET DIVERGENCES*

INTRODUCTION

À une époque où les frontières deviennent plus perméables et où l'idée d'améliorer en continu le droit s'impose, le législateur a tendance à aller voir comment nos voisins règlent la question. C'est d'autant plus indispensable que le règlement communautaire oblige à comprendre ce que sont les autres lois. Mais, de manière un peu rapide, le législateur aime à emprunter un morceau du droit d'un État voisin, sans prendre en compte le fait que ce morceau existe non seulement dans un ensemble juridique, mais aussi dans un contexte culturel parfois très éloigné des conceptions françaises. Or, il ne suffit pas de s'inspirer des règles adoptées par un pays et de les transcrire dans notre droit pour que celles-ci apportent tous

les résultats escomptés.

Aussi est-il apparu intéressant de comprendre un droit qui, du fait de la philosophie qui le sous-tend, semble peu proche du droit français : le droit anglais des procédures d'insolvabilité. Dans cet objectif, embrasser sinon ce droit dans son intégralité du moins les procédures qui permettent un redressement de l'entreprise était indispensable, en d'autres termes, poser le cadre juridique anglais (I). Les contours dessinés, on a tenté de mettre le droit anglais en perspective au regard du système français (II), pour finalement - en guise de conclusion - s'interroger sur la place des créanciers dans les procédures anglaises : est-ce un modèle dont il faudrait s'inspirer ?

*Synthèse des débats du Comité scientifique du 25 septembre 2007

Nous tenons à remercier tous les participants au Comité scientifique qui s'est tenu, sous la Présidence de Monsieur Michel GERMAIN, Professeur de droit à l'Université de Paris II, le 25 septembre 2007, et plus particulièrement :

- M. Henri CHRIQUI, Administrateur judiciaire

- M. David MARKS, Avocat à la Cour - Londres

Directeur de la publication : Pierre TROUILLET
Directeur de la rédaction : Anne OUTIN-ADAM
Rédacteur en chef : Claudine ALEXANDRE-CASELLI
Maquette et mise en page : Véronique UGHETTO

Reproduction autorisée avec l'accord de la rédaction
CCIP - 27 avenue de Friedland - 75382 PARIS CEDEX 08
Supplément gratuit
ISSN : 1260-0385



MAIRIE DE PARIS



ASSOCIATION FRANÇAISE EN FAVEUR DE L'INSTITUTION CONSULAIRE

En partenariat avec :

Tribunal de Commerce de Nanterre
Tribunal de Commerce de Bobigny
Tribunal de Commerce de Créteil



Chambre de commerce et d'industrie de Paris

Le cadre juridique anglais

A) LES PROCÉDURES

En droit anglais, une différence fondamentale existe entre l'insolvabilité des sociétés et celle des personnes physiques, y compris celles exploitant une entreprise individuelle.

Ainsi, pour les sociétés, trois types de procédures sont possibles : la liquidation judiciaire, l'administration et l'arrangement volontaire. La première procédure est volontairement écartée de l'analyse, car l'objectif de la confrontation des droits anglais et français est de mettre en lumière le mode de fonctionnement des seules procédures permettant un redressement des sociétés, à savoir l'Administration (a) et l'arrangement volontaire (ou CVA) (b).

Pour demander l'ouverture de l'une de ces procédures, deux critères sont utilisés de manière alternative. Soit, les comptes de l'entreprise font apparaître que l'actif n'est pas suffisant pour couvrir les dettes. Soit, la société est dans l'incapacité de faire face à ses dettes lorsque celles-ci sont dues, c'est en quelque sorte un équivalent de la notion française de cessation des paiements.

a) L'ADMINISTRATION (ADMINISTRATION)¹

✓ Les cas d'ouverture

Cette procédure, qui s'apparente à celle du *chapter eleven* du droit américain, s'adresse aux sociétés qui se trouvent dans l'impossibilité de payer leurs dettes, à condition qu'une reprise économique soit envisageable. Un des objectifs suivants doit donc pouvoir être poursuivi :

- Remettre la société en marche (poursuite de l'exploitation possible) ;
- Conclure un accord, type CVA, avec les créanciers ;
- Céder l'entreprise ;
- Réaliser tout ou partie des actifs de manière plus avantageuse qu'en liquidation judiciaire, notamment pour désintéresser les créanciers privilégiés ou prioritaires.

✓ Quelques caractéristiques

Dès l'ouverture de la procédure, toutes les poursuites des créanciers sont suspendues. L'entreprise ne peut plus être mise en liquidation, les sûretés ne peuvent jouer sans autorisation du tribunal, aucune poursuite judiciaire, aucune saisie ne sont donc possibles.

Contrairement à son équivalent américain, l'entreprise pouvant rester très longtemps sous la protection du *chapter eleven*, la procédure anglaise ne dépasse pas, sauf circonstances exceptionnelles, l'année.

Depuis l'entrée en vigueur de l'*Enterprise Act*, un simple enregistrement auprès du tribunal est suffisant pour ouvrir une Administration, lorsque la demande émane du dirigeant. Tout comme dans le *chapter eleven*, il n'y a donc pas d'audience du tribunal pour décider ou non de l'ouverture. Il en va autrement lorsque la demande provient d'un détenteur d'une *floating charge*.

Les créanciers mettent en place le comité dont la création n'est pas automatique. Plusieurs rôles lui sont assignés : d'une part, faciliter la communication entre l'administrateur et les créanciers, d'autre part, contrôler les affaires du débiteur ainsi que les opérations menées par l'administrateur. En outre, la proposition préparée par ce dernier doit être approuvée par les créanciers dans le cadre d'une assemblée générale.

b) L'ARRANGEMENT VOLONTAIRE (COMPANY VOLUNTARY ARRANGEMENT) - CVA

✓ Définition

Le CVA consiste en un accord² entre la société et les créanciers aussi bien qu'entre la société et ses associés, bien que ce dernier aspect soit en pratique moins important que le premier. Cette procédure a été introduite dans les années 80 pour aider à la restructuration des entreprises dont les difficultés n'étaient pas trop importantes, afin de leur permettre à la fois une renégociation ou un rééchelonnement de leurs dettes et une poursuite de l'activité, en accord avec les créanciers.

Il s'agit, en termes juridiques anglais, d'un trust établi pour le bénéfice des créanciers ; le superviseur (*supervisor*) gère les sommes tirées de la vente des actifs ou celles réglées par le CVA lui-même. Cette procédure peut succéder à une Administration ; néanmoins elle en est indépendante.

✓ Quelques caractéristiques

Comme pour l'Administration, la société peut demander l'ouverture d'un CVA. En principe, le formalisme est, là encore, absent ; en d'autres termes, la procédure se déroule sans implication du tribunal.

Afin de mettre en oeuvre l'arrangement, un superviseur est nommé par la société elle-même et non par le tribunal³. Il est donc nécessaire qu'il n'y ait pas de conflits d'intérêt avec l'entreprise. Ce professionnel établit avec les créanciers le montant de leurs demandes, veille à ce que l'accord soit appliqué et administre les fonds ainsi que les biens concernés par l'arrangement. Comme son nom l'indique, il "supervise" l'arrangement dans son

ensemble, mais en aucun cas il n'assiste le dirigeant ou ne gère l'entreprise.

Le CVA s'impose à tous les créanciers dès lors qu'il a été adopté par une majorité représentant 75 % en valeur des créances chirographaires (*unsecured debts*), les créances privilégiées ou garanties étant exclues du vote. Dans ce schéma, la société poursuit son activité alors que son passif est soumis aux termes de l'arrangement pendant toute la durée de celui-ci.

Il est impératif que l'accord - d'ailleurs souvent négocié⁴ en amont - soit ainsi accepté par les créanciers, car à défaut l'entreprise est mise en liquidation judiciaire. Cette procédure à dominante contractuelle doit donc être maniée avec prudence.

En l'absence de difficultés particulières, le tribunal joue un rôle très limité. Néanmoins, il intervient si le CVA fait suite à une Administration ou s'il se pose une question de procédure. Par exemple, si la société elle-même s'oppose à l'arrangement, le tribunal doit approuver ceux proposés par les créanciers, qui devront être au préalable contrôlés par le superviseur, lequel à ce stade est appelé *nominee*.

On observera enfin que pour faciliter le recours au CVA, notamment pour les PME, le législateur anglais a récemment introduit la possibilité de bénéficier d'une suspension des poursuites pour les entreprises réalisant un chiffre d'affaires inférieur à 5,6 millions de livres sterling - environ 8 millions d'euros - et occupant moins de 50 salariés.

B) LES PRATICIENS DE L'INSOLVABILITÉ ET LEURS HONORAIRES

Les praticiens de l'insolvabilité (*insolvency practitioners*), c'est-à-dire les professionnels agréés par le Secrétariat d'État au commerce et à l'industrie (*The Secretary of State for Trade and Industry*), sont pour l'essentiel des comptables, même si quelques avocats sont autorisés à exercer cette activité. En théorie, les honoraires soumis au contrôle du tribunal, sont réglés par les créanciers ; en réalité au final, c'est l'entreprise qui paye.

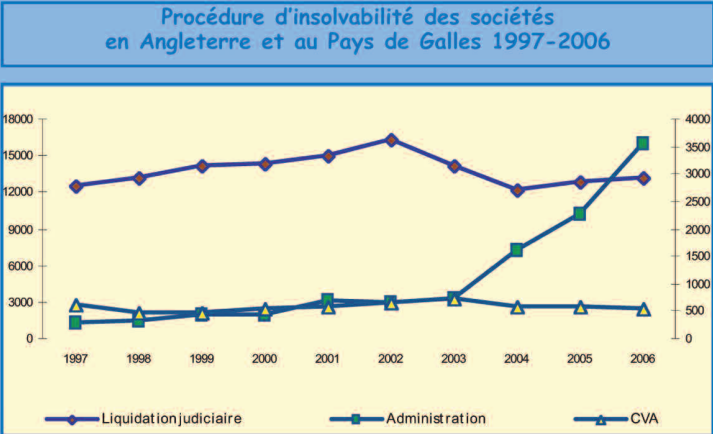
Dans une procédure d'Administration, la rémunération de l'administrateur est fixée en proportion, soit de la valeur des actifs, soit du temps passé à l'Administration, soit encore selon une formule combinant ces deux éléments. Si le comité - à défaut, les créanciers - ne fixe pas la rémunération, le tribunal le fait en suivant les mêmes règles.

Dans le cas du CVA, l'arrangement doit prévoir la rémunération du superviseur selon des principes identiques.

C) QUELQUES STATISTIQUES

Comparé aux liquidations - en moyenne, 13 000 par an depuis 1997 -, les Administrations et les CVA sont peu fréquents. Leur nombre respectif est équivalent jusqu'en 2003. À la suite de l'entrée en vigueur de l'*Enterprise Act* de 2002, le nombre des Administrations augmente très fortement alors que celui des CVA reste stable. On dénombre 1 600 Administrations en 2004, 2 257 en 2005 et 3 660 en 2006. Quant aux CVA, près de 600 par an ont été ouverts sur la période 1997-2006.

Au total en 2006, près de 17 000 procédures d'insolvabilité - Liquidation, Administration et CVA - ont concerné des sociétés commerciales en Angleterre et au Pays de Galle. Ce chiffre paraît très inférieur au nombre des procédures collectives ouvertes sur le territoire français, mais il faut souligner que les procédures répertoriées dans le cas anglais excluent les entreprises individuelles pour lesquelles des procédures spécifiques existent⁵...



Source : The Insolvency service

SECONDE PARTIE

Une mise en perspective au regard du droit français

B) DES DIVERGENCES INCONTESTABLES ET FORT NOMBREUSES

a) SUR L'ÉCONOMIE GÉNÉRALE DES PROCÉDURES

✓ L'intervention du juge

Les juges anglais, qui sont d'anciens avocats (*barristers*), considèrent qu'ils ne peuvent jouer un rôle dans le domaine économique, en raison du caractère strictement juridique de leur formation. D'ailleurs, à ce titre, ils s'opposent systématiquement aux tentatives de réforme qui pourraient aller dans ce sens⁶.

Du fait de ce refus absolu, l'intervention du juge anglais dans les procédures d'insolvabilité est limitée. En effet, à partir du moment où les créanciers sont d'accord, il n'a pas à intervenir ; il ne le fera que si des obstacles surviennent ou si un créancier, titulaire ou non d'une sûreté, fait une demande d'ouverture d'une Administration. Le tribunal sera amené à trancher l'affaire lors d'une audience au cours de laquelle seront déterminés, outre le montant de la créance, les possibilités réelles de l'Administration, i.e. sa faisabilité et ses chances de succès.

À la différence du juge anglais, le juge du commerce français est issu des milieux économiques, il connaît donc bien les besoins et les mentalités des chefs d'entreprise. Ouvrir des procédures, trouver des solutions en liaison avec les mandataires de justice, c'est son travail quotidien. Le corollaire de cette implication, c'est son omniprésence à tous les stades des procédures collectives.

✓ Le pouvoir des créanciers

Les créanciers disposent d'un réel pouvoir dans les procédures anglaises, à l'image de ce qui se passe dans le *chapter eleven*. Ils constituent un véritable contrepoids à la liberté donnée au dirigeant. Ainsi, le comité des créanciers, qui peut se faire assister par un avocat, a un rôle d'investigation ; tous les documents lui sont donc communiqués. Par exemple, avant que le CVA n'entre en jeu, les

en soi une forme de sanction pour le débiteur, contrairement à l'évolution récente de notre droit, le législateur français ayant supprimé l'idée de la liquidation-sanction.

Les dirigeants craignent également les poursuites menées par le Secrétariat d'État au commerce et à l'industrie. Elles visent à écarter du monde des affaires ceux qui, du fait de leur comportement, ont mis leur entreprise en difficulté. Cet éloignement va de 2 ou 3 ans, pour une infraction mineure, à 15 ans, pour une faute grave.

✓ Le cas du CVA

De manière curieuse, le CVA étant dans son principe une procédure contractuelle, les rapprochements avec le droit français se font avec une procédure collective ancienne qui a disparu : le concordat français de la loi de 1967.

Tout d'abord, comme dans le concordat, l'accord ne concerne que les créanciers chirographaires (*unsecured creditors*), les créanciers privilégiés ou prioritaires en étant exclus. Ensuite, l'entreprise poursuivant son activité, le dirigeant reste à la tête de celle-ci. Il en allait de même dans le règlement judiciaire de 1967.

Mais, très rapidement, les limites de ces rapprochements se font jour, comme en témoigne la notion de réussite du CVA qui n'est pas exactement ce que l'on entend en France par la réussite d'une procédure car, ce qui importe en Grande-Bretagne, c'est le désintéressement des créanciers. Ainsi, l'accord peut passer par la cession des actifs non indispensables à la poursuite de l'activité, afin de régler des créanciers privilégiés ou prioritaires. Par exemple, les impôts ou les cotisations de sécurité sociale devront être payés dans leur intégralité, sauf en cas de renonciation des organismes publics (situation rare). La Couronne préférera plutôt un étalement qu'un abandon de créances, car ayant perdu en 2003 son rôle prioritaire et une partie de ses privilèges, elle ne souhaitera pas aller au-delà.

5 - Pour les particuliers comme pour les entreprises individuelles, deux procédures sont possibles : la banqueroute (*bankruptcy*) et l'arrangement individuel (*Individual voluntary arrangement* - IVA).
6 - La dernière remonte à 1986.

1 - Il ne sera pas question dans les développements qui suivent de l'Administration séquestre, celle-ci ayant largement disparu du paysage des procédures britanniques lors de la réforme introduite par l'*Enterprise Act* de 2002. Désormais, les créanciers qui détiennent des sûretés du type "*floating charge*" ne peuvent plus demander qu'une Administration judiciaire.

2 - Il pourrait en quelque sorte s'apparenter à l'ancien concordat français (loi n°67-563 du 13 juillet 1967).

3 - Il n'occupe donc ni les mêmes fonctions ni les mêmes responsabilités qu'un officier ou qu'un liquidateur judiciaire.

4 - Avant d'ouvrir un CVA, il est indispensable que le dirigeant anglais ait consulté ses principaux créanciers, se soit assuré que ceux titulaires de sûretés ne feront pas obstruction, ait bien analysé son actif. Dans le cas contraire, il est pour lui préférable d'opter, au préalable, pour une Administration.