

Le scheme of arrangement

FAUT-IL S'EN INSPIRER POUR CONTRACTUALISER LE DROIT FRANÇAIS DES PROCÉDURES COLLECTIVES ?

par **Bernard Cheysson**

avocat au barreau de Paris,
Cheysson Marchadier & Associés



Bernard Cheysson

À L'HEURE où les défaillances d'entreprises ne cessent de croître et où les pouvoirs publics européens comme français s'interrogent sur les réformes à mettre en œuvre pour faciliter le rebond et réduire la désindustrialisation¹, il a paru utile de s'intéresser à un mécanisme de redressement utilisé depuis de nombreuses années dans le monde anglo-saxon pour rechercher s'il ne pourrait pas en tout ou partie être transposé dans notre droit national.

Ce mécanisme appelé *scheme of arrangement*, que l'on peut traduire par « plan de redressement amiable », connaît – de nouveau – depuis quelques années un succès grandissant et il est permis de penser qu'il constitue sans doute l'un des facteurs de rebond et de résilience des économies anglo-saxonnes. Mais son caractère purement conventionnel n'a peut-être pas été assez étudié.

LE SCHEME OF ARRANGEMENT ANGLAIS

Le *scheme of arrangement* est issu du droit des sociétés anglais (section 425 of the Companies Act, 1985).

Il constitue un accord conclu entre une entreprise et ses partenaires ou ses créanciers (ou seulement une partie d'entre eux), que l'entreprise soit, ou non, en état d'illiquidité ou d'insolvabilité⁴.

On a pu discuter le caractère « collectif » (au sens processuel) de cet accord⁵ puisqu'il est généralement conclu sans qu'une procédure collective formelle ne soit ouverte et qu'il peut porter sur tout ou partie de l'endettement. En outre, il se traduit généralement par un réaménagement de la dette, la réorganisation de la société par voie de fusion ou de scission⁶ ou encore par la conversion des créances en capital (*debt equity swap*), ces solutions pouvant être adoptées simultanément ou séparément.

La mise en œuvre du *scheme of arrangement* comprend trois étapes principales, à savoir :

- l'organisation par ordonnance du tribunal des catégories de créanciers ou de partenaires ;
- la convocation de l'assemblée des créanciers (ou des classes de créanciers) et des partenaires de l'entreprise (ou les catégories de partenaires) ;
- l'homologation de l'accord par le tribunal.

Les « classes » de créanciers sont composées de créanciers dont les droits sont assez similaires afin de pouvoir se concerter en vue de servir leur intérêt commun. Ces catégories doivent être scrupuleusement respectées et représentées. Le tribunal veille au respect de cette condition lors de l'homologation de l'accord.

La demande de convocation des créanciers ou des membres de la société, aux fins d'approbation du *scheme of arrangement*, peut être présentée au tribunal par le débiteur, tout partenaire, tout créancier,

DOSSIER RESTRUCTURING

“ On peut lui reprocher d'être une procédure coûteuse et longue à mettre en place. »

un administrateur ou encore un syndic lorsqu'il en a été désigné un.

La demande devra être accompagnée du détail du projet de *scheme of arrangement*, d'une proposition de calendrier avec les dates et lieux des prochaines réunions ainsi que les publicités requises. À ce stade, le tribunal étudiera les propositions et déterminera si ces dernières peuvent constituer un accord. Le tribunal a un pouvoir discrétionnaire de convoquer les réunions dans le cas où l'accord ne remplirait pas les critères ; il arrêtera alors l'objet des réunions, les formes de publicités et les mandataires auxquels il entend recourir.

Le troisième temps est celui de l'homologation pour faire appliquer le *scheme of arrangement*.

Quand l'accord est approuvé par une majorité en nombre, représentant les trois quarts des créanciers ou partenaires, et homologué par le tribunal, il devient contraignant pour chacun d'eux, qu'ils aient ou non voté en sa faveur. L'intérêt majeur de cette procédure est alors de permettre la soumission d'une solution majoritaire à des créanciers récalcitrants et d'imposer par la suite une décision collective sans requérir l'unanimité.

L'homologation par le tribunal a pour objectif de vérifier que lesdites exigences légales ont été respectées, que chaque catégorie de créanciers est clairement identifiée⁷ et correctement représentée par les participants à l'élaboration du *scheme of arrangement*.

Le *scheme of arrangement* peut prendre plusieurs formes et avoir des objectifs différents en fonction des besoins et de l'objectif de la société qui en est à l'initiative.

On en dénombre généralement trois principaux :

– le *pre-pack scheme* qui consiste en un transfert des actions de l'entreprise à un acheteur ;

– le *cram down scheme* qui implique une restructuration des capitaux propres au niveau de la holding suivie d'une restructuration de tout ou partie de la dette financière, avec les débiteurs existants qui exploitent l'entreprise ;

– le *distribution scheme* qui se veut être une alternative à la liquidation et qui vise la restitution des avoirs aux créanciers de la société.

Le *scheme of arrangement* est un outil réglementé, puissant

et flexible qui permet de préserver l'existence d'une société avec une protection adéquate pour les créanciers. C'est donc une « formule » avantageuse à la fois pour la société et pour ses créanciers.

Il peut être appliqué à toute société à condition que le tribunal anglais soit en mesure de liquider la société conformément à l'Insolvency Act de 1986 et qu'il y ait un lien suffisant entre ladite société utilisant la procédure du *scheme of arrangement* et le Royaume-Uni. Il n'y a pas d'exigence que le centre des intérêts principaux (« COMI ») soit établi au Royaume-Uni puisque le règlement « Bruxelles 1 » ne s'applique pas à cette procédure (voir *infra*).

Cependant, on peut lui reprocher d'être une procédure coûteuse et longue à mettre en place ; les regroupements en classes de créanciers ne sont pas toujours aisés et les homologations par le tribunal peuvent être vues comme un critère de ralentissement de la procédure. Le coût de la procédure en rend l'accès plus difficile aux entreprises de tailles moyennes et petites et qui de fait y ont rarement recours. Les CVA (*Company Voluntary Arrangement*) semblent plus adaptés car moins onéreux et plus rapides.

On reconnaîtra également que ce type d'accord est finalement peu adapté aux entreprises dont les difficultés financières s'accompagnent de tensions avec les salariés. C'est d'ailleurs pour ce motif que le législateur français, qui s'est pour partie inspiré du *scheme of arrangement* avant d'adopter la SFA, en a limité le bénéfice aux sociétés dites financières respectant un certain nombre de seuils.

Le *scheme of arrangement* ne nécessite pas d'état de cessation des paiements mais ne l'interdit pas non plus. Il peut donc intervenir à tout moment d'une procédure collective.

Le *scheme of arrangement* est bien une procédure de traitement collectif du passif, mais ce n'est pas une procédure d'insolvabilité⁸. On rappellera à ce sujet que, contrairement à d'autres procédures, le *scheme of arrangement* ne figure pas à l'annexe A du règlement CE n° 1346/2000.

Mais n'y a-t-il pas d'autres enseignements à retirer du *scheme of arrangement*, notamment quant à la possibilité pour des agents économiques matures, éclairés et bien encadrés de gérer et régler entre eux leurs difficultés en se soumettant à un processus purement contractuel de règlement du passif et de redressement de l'entreprise ?

L'introduction de la SFA en droit français permet-elle de répondre à ce besoin de contractualisation du processus ?

LA SFA EST-ELLE ALLÉE ASSEZ LOIN ?

Les procédures collectives sont inspirées par la même source en droit anglais et en droit français : la culture américaine du sauvetage. Cette philosophie amène à créer des mécanismes mettant en avant l'idée que la procédure doit être favorable plutôt au créancier qu'au débiteur.

C'est cette volonté d'offrir toujours plus de solutions aux praticiens qui a conduit le législateur à introduire un mécanisme



Certains objecteront que l'atteinte au droit de propriété, par les effets de la règle de la majorité prévue dans les schemes of arrangement, est contraire aux principes généraux du droit français, puisque l'on ne peut pas imposer à un créancier la réduction de sa créance. »

de sauvegarde financière accélérée qui s'inspire du *scheme of arrangement*.

La SFA, créée par la loi 2010-1249 du 22 octobre 2010, est entrée en vigueur le 1^{er} mars 2011. Elle est ouverte à la demande du débiteur qui ne doit pas être en situation de cessation des paiements ni engagé dans une procédure de conciliation en cours. Cette procédure met également en place, comme la procédure de sauvegarde, un comité des créanciers ouvert aux créanciers ayant la qualité d'établissements de crédit et les créanciers obligataires⁹.

Autre condition permettant l'ouverture de la SFA : la justification d'avoir élaboré un projet de plan visant à assurer la pérennité de l'entreprise et susceptible de recueillir un soutien suffisamment large de la part de ses créanciers établissements de crédit et, s'il y a lieu, des obligataires. La SFA n'aura d'effets directs qu'à l'égard des créanciers financiers.

La SFA se rapproche ainsi du droit anglais mais elle n'est pas fondée sur une volonté objective de régler par l'accord les difficultés de l'entreprise ; elle répond plutôt à des considérations d'exceptions (seuils, types de créanciers...).

De ce fait, le *scheme of arrangement* et les procédures françaises (mandat *ad hoc*, conciliation) s'inscrivent dans la même lignée et sont perçus comme des procédures amiables qui ne font pas partie intégrante du droit des procédures collectives. Il

ne peut pas leur être appliqué le droit de l'Union européenne ; c'est donc le droit international privé commun qui régira le mandat *ad hoc* et la conciliation, au même titre que le *scheme of arrangement*.

L'avantage notable de l'intégration du *scheme of arrangement* en droit français se traduirait par une harmonisation qui permettrait très certainement d'éviter le forum shopping (parfois requalifié en *Bankruptcy tourism*) des débiteurs qui font le choix d'un régime favorable à leur situation.

Cela étant, la transposition pure et simple n'est sans doute pas la solution, sauf à constituer une couche normative supplémentaire dont finalement les acteurs économiques ne retirent que de maigres bénéfices. En outre, d'autres pays européens ont rencontré des difficultés dans la reconnaissance en droit interne de ce mécanisme de droit anglais.

LA RECONNAISSANCE DES SCHEMES OF ARRANGEMENT PAR CERTAINS PAYS EUROPÉENS

En 2011, à l'occasion de l'affaire allemande Rodenstock, le juge anglais a décidé de reconnaître les *schemes of arrangement* dans les restructurations européennes à condition que la dette en cours de restructuration soit régie par le droit anglais.

Le 20 janvier 2012, dans l'affaire PrimaCom, société allemande, la Cour de justice anglaise a confirmé que les *schemes of arrangement* pouvaient être utilisés par des sociétés qui ne sont pas domiciliées au Royaume-Uni, même dans les cas où la majorité des créanciers n'est pas non plus domiciliée au Royaume-Uni. Elle a considéré qu'il y avait en effet un lien suffisant avec le Royaume-Uni, car les documents financiers étaient soumis à la loi anglaise.

Le 15 février 2012, dans l'affaire Equitable Life, la Cour fédérale d'Allemagne a décidé que la reconnaissance des *schemes of arrangement* en cas de run off de compagnie d'assurance serait contraire au droit de l'Union européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions. Cependant, elle précise que ce jugement, étant limité au domaine des assurances, ne laisse aucunement présager un refus général de tous les *schemes of arrangement* par les juridictions allemandes.

Le 16 août 2012, une décision concernant pour la première fois une société italienne (Seat) valide l'utilisation des *schemes of arrangement* dans une société non domiciliée au Royaume-Uni. La Cour anglaise a décidé qu'elle était compétente en soulevant l'existence d'un lien suffisant avec le Royaume-Uni, car les documents financiers étaient soumis à la loi

DOSSIER RESTRUCTURING

anglaise et la clause de compétence exclusive désignait les tribunaux anglais. De ce fait, elle a considéré que la société n'avait pas à déplacer son centre des intérêts principaux en Angleterre.

La reconnaissance du *scheme of arrangement* par les juridictions étrangères se fait ainsi par petites touches successives mais dans des cas finalement assez spécifiques dans lesquels *a priori* ce n'est pas tant la nature contractuelle du processus qui est examinée que la spécificité de l'activité du débiteur ou de son environnement économique (*run off* de compagnie d'assurances, restructuration d'emprunts obligataires, financiarisation *offshore* de l'entreprise...).

On voit ainsi que le principe qui irrigue le *scheme of arrangement*, à savoir la contractualisation collective des modalités de redressement de l'entreprise, a du mal à prévaloir sur les réflexes des praticiens attachés à une formalisation et une processualisation toujours plus grandes du droit des entreprises en difficulté.

VERS UNE CONTRACTUALISATION DES PROCÉDURES COLLECTIVES

Le droit français des procédures collectives présente certains avantages notables qui n'avaient d'ailleurs pas échappé aux banques d'affaires qui ont piloté la restructuration d'Eurotunnel (Goldman Sachs et Deutsche Bank).

Il ne s'agit pas ici de vanter ou de critiquer les mérites des préprocédures (mandat *ad hoc*, conciliation...) que les praticiens connaissent bien et qui fort heureusement fonctionnent, mais plutôt de s'interroger sur une transposition en France de l'état d'esprit qui préside à l'adoption des *schemes of arrangement* outre-Manche.

Cet état d'esprit, c'est celui qui repose sur l'idée que les opérateurs « intéressés » – formant ainsi un corps social homogène – sont plus à même de s'organiser entre eux pour régler une difficulté collective que de recourir à un processus dont l'issue est toujours incertaine. Or, il est un fait acquis que les opérateurs économiques détestent l'imprévisibilité, surtout lorsqu'elle se construit sur le terrain judiciaire, qui plus est sur celui des procédures collectives.

Il est évident que les agents économiques confrontés à un aléa ou ne serait-ce qu'à une difficulté passagère de l'un d'entre eux préféreront toujours un règlement par la réallocation des ressources, débouchant sur un système d'équilibre général *ex post*. Si l'on veut faire un parallèle avec la théorie économique, c'est faire le choix des principes dégagés par Ronald Coase plutôt que ceux d'Arthur C. Pigou, selon lequel l'intervention de l'État est nécessaire pour limiter les « externalités négatives »¹⁰.

Et les exemples de retournements d'entreprises réussis par le biais de la seule négociation/contractualisation sont nombreux. Peut-on pour autant rendre obligatoire le traitement contractuel des difficultés des entreprises ?

Le droit anglais, à travers le *scheme of arrangement*, démontre que des opérateurs économiques matures peuvent se réunir et, par la voie du seul accord de volontés, régler collectivement les

difficultés d'une entreprise. Certains objecteront que l'atteinte au droit de propriété, par les effets de la règle de la majorité prévue dans les *schemes of arrangement*, est contraire aux principes généraux du droit français, puisque l'on ne peut pas imposer à un créancier la réduction de sa créance.

Mais cette difficulté, comme d'autres, pourrait être contournée par l'acceptation préalable, par chaque opérateur, d'un ensemble de règles processuelles et fondamentales organisant le traitement des difficultés de l'un d'eux. Tout comme il devient habituel de prévoir, lors de la conclusion d'un accord, la rédaction et l'acceptation d'une clause compromissoire, les parties pourraient accepter par avance de se soumettre à un traitement collectif « privé » ou « *ad hoc* » des difficultés de l'entreprise. Et il pourrait être fait référence à des chartes ou des normes qui seraient – si nécessaire et seulement en dernier recours – contrôlées et/ou sanctionnées par un juge d'appui ou son délégué.

Fondées sur la loi des parties, ces dispositions seraient donc parfaitement opposables à tous ceux qui ont volontairement accepté d'y participer et le juge étatique, en présence d'une telle clause, serait obligé soit de décliner sa compétence soit de contraindre la partie récalcitrante à respecter la discipline collective contractuelle.

Tout comme la clause de réserve de propriété ou la clause compromissoire, et plus récemment la clause de conciliation préalable, trouvent d'abord leur fondement dans le contrat, une clause de règlement « collectif » des difficultés pourrait être insérée dans les contrats de la vie des affaires. Le recours systématique à ce type de clause aurait inévitablement pour effet à court ou moyen terme de rendre opposable à tous les créanciers et partenaires de l'entreprise le processus collectif de traitement des difficultés de l'entreprise¹¹.

En étant dès l'origine intégrées et acceptées, tant dans leur survenance que dans leur traitement, les difficultés des entreprises pourraient ainsi être mieux maîtrisées et seraient moins traumatisantes pour l'activité économique.

1. Voir le projet de réforme du Règlement européen n° 1346/2000 du 29 mai 2000 et la consultation des praticiens des procédures collectives lancée en décembre 2012 par la Chancellerie dans le cadre du Pacte pour la croissance.

2. Loi n° 2020-1249 du 22 octobre 2010 complétée par le décret n° 2011-323 du 3 mars 2011.

3. Le prepack du dossier Autodistribution avait auparavant révélé la nécessité d'adapter la loi de 2005.

4. <http://corporate.practicallaw.com/0-107-7201>.

5. Voir ; La compétitivité des principaux droits de l'insolvabilité européens », Rev. proc. coll n° 5, sept. 2012.

6. <http://www.insolvencydirect.bis.gov.uk/freedomofinformation/technical/TechnicalManual/Ch49-60/Chapter%2056/Part4/part4.htm>.

7. À la différence du *company voluntary arrangement* (CVA) pour lequel seules les créances chirographaires peuvent faire l'objet d'une restructuration (ce qui correspond à l'ancien concordat français).

8. Cf. la difficulté de la reconnaissance par les droits étrangers. Voir *infra*.

9. Art. L. 628-1 et L. 626-30 et L. 626-32 du code de commerce.

10. Voir not. les travaux de l'Association « Droit & Croissance ».

11. Le traitement des créanciers « publics » étant soumis aux CCSE.