



CHAMBRE DES SALARIES
LUXEMBOURG

**Prise de position de la CSL par rapport
à la proposition de directive de la
Commission européenne concernant
les restructurations et l'insolvabilité**

Luxembourg, le 3 janvier 2017

**PROPOSITION DE DIRECTIVE DE LA COMMISSION EUROPÉENNE CONCERNANT
LES RESTRUCTURATIONS ET L'INSOLVABILITÉ¹**

Les règles européennes en matière d'insolvabilité des entreprises sont principalement regroupées dans un texte, le règlement 2015/848² relatif aux procédures d'insolvabilité adopté en 2015 et abrogeant le règlement 1346/2000³. Ce texte met l'accent sur la résolution de conflits de juridiction et de lois dans les procédures d'insolvabilité transfrontières et garantit la reconnaissance des décisions judiciaires d'insolvabilité dans toute l'Union européenne. Il n'harmonise pas le droit matériel de l'insolvabilité des États membres.

Le 12 mars 2014, la Commission avait adopté une recommandation⁴ relative à une nouvelle approche en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises en vue de favoriser l'harmonisation (volontaire) des droits nationaux en matière d'insolvabilité. Mais, après réexamen de la mise en œuvre de cette recommandation et, malgré quelques réformes dans ce domaine dans quelques États membres, les règles continuent de diverger en Europe et restent inefficaces dans certains pays⁵.

Pour la Commission européenne de telles différences entre les cadres juridiques des États membres conduisent à une insécurité juridique, et à la persistance d'obstacles à la restructuration efficace des entreprises viables dans l'UE, y compris des groupes d'entreprises transnationales.

C'est dans ce contexte que s'inscrit cette initiative législative qui vise en particulier les restructurations précoces des entreprises et les procédures dites de « seconde chance » dont peuvent bénéficier les entrepreneurs en faillite.

À plusieurs reprises⁶, la Chambre des salariés a eu l'occasion de donner son avis sur l'adoption de nouvelles règles en matière d'insolvabilité, et en particulier sur la prévention des faillites. Cette nouvelle proposition de la Commission européenne constitue une opportunité pour la CSL de rappeler ses revendications en la matière.

1) Objectif de la proposition

L'objectif principal de cette proposition est d'éliminer les obstacles à la libre circulation des capitaux au sein de l'UE qui résultent des différences entre les règles juridiques nationales en matière d'insolvabilité et de restructuration.

Sans harmoniser les éléments essentiels du cadre juridique sur l'insolvabilité⁷, la Commission européenne propose ici un certain nombre de principes clefs, de standards minimum substantiels et quelques règles plus ciblées⁸ concernant l'établissement de cadres de référence pour les restructurations préventives, l'octroi de seconde chance.

¹ Sur l'établissement de cadres de référence pour les restructurations préventives, l'octroi de seconde chance, et l'adoption de mesures pour améliorer l'efficacité des procédures de restructurations, d'insolvabilité, et d'apurement des dettes

² <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/fr/TXT/?uri=CELEX%3A32015R0848>

³ Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, qui continue à s'appliquer aux procédures ouvertes avant le 27 juin 2017.

⁴ http://ec.europa.eu/justice/civil/files/c_2014_1500_fr.pdf

⁵ Dans plusieurs États membres, il n'est pas possible de restructurer une entreprise avant qu'elle soit insolvable. En ce qui concerne la seconde chance, des écarts importants persistent quant à la durée du délai de réhabilitation.

⁶ Avis I/12/2013 relatif au projet de loi relative à la préservation des entreprises et portant modernisation du droit de la faillite

<http://www.csl.lu/component/rubberdoc/doc/1805/raw>

Consultation publique de la Commission européenne relative à une nouvelle approche européenne en matière de faillite et d'insolvabilité des entreprises

http://www.csl.lu/index.php?option=com_rubberdoc&view=doc&id=2011&format=raw

Consultation publique de la Commission européenne sur un cadre efficace en matière d'insolvabilité dans l'UE (mars 2016)

⁷ Par exemple, ne sont pas concernées : les conditions d'ouverture des procédures d'insolvabilité, la définition de l'insolvabilité, la détermination du rang des créances ou les actions révocatoires.

⁸ Tout en permettant aux États membres d'aller plus loin s'ils le souhaitent.

2) Structure de la proposition

La proposition regroupe trois chapitres principaux :

- des principes communs pour l'**utilisation de cadres de restructuration précoce** pour les entreprises débitrices en difficultés financières présentant des risques d'insolvabilité, qui devraient aider les entreprises à poursuivre leur activité et à préserver les emplois ;
- des règles autorisant les **entrepreneurs à bénéficier d'une seconde chance**, en les libérant de leurs dettes à l'expiration d'un délai maximal de trois ans ;
- des mesures ciblées pour que les États membres **améliorent l'efficacité des procédures d'insolvabilité**, de restructuration et de réhabilitation, afin de réduire la longueur excessive et le coût des procédures dans de nombreux États membres.

3) En détails

L'utilisation de cadres de restructuration :

- Les États membres s'assurent que les débiteurs présentant un risque d'insolvabilité ont accès à un cadre efficient pour les restructurations préventives (mesures ou procédures). Ils limitent l'intervention des autorités judiciaires à ce stade.
- Pendant la négociation d'un plan de restructuration, le débiteur conserve au moins partiellement le contrôle de ses actifs et de la gestion quotidienne de l'entreprise. La nomination d'un professionnel des restructurations ne doit pas être automatique ou obligatoire.
- Durant le processus de négociation d'un plan de restructuration, le débiteur pourrait bénéficier d'un « répit » dans l'application de mesures d'exécution pouvant être exercées par les créanciers de manière à faciliter les négociations et à permettre la réussite de la restructuration.
- Si les critères imposant le déclenchement d'une procédure d'insolvabilité sont réunis pendant la période de « répit », alors cette obligation est suspendue pendant toute la durée de la période de répit, y compris si un ou plusieurs créanciers le demandent, lorsque le répit concerne tous les créanciers. Les États membres s'assurent que pendant cette période les créanciers, par leurs actions ou leur inaction, ne sont pas en mesure d'œuvrer au détriment du débiteur.
- Le plan de restructuration contient au minimum certaines informations (ex : identité du débiteur et des parties affectées par le plan de restructuration, évaluation de la valeur de l'entreprise, classement des créanciers, description du plan, etc.). Un modèle de plan doit être disponible en ligne.
- Chaque créancier dispose d'un droit de vote sur le plan de restructuration.
- Dans certains cas⁹, un tel plan de restructuration ne devient obligatoire pour les parties qu'après intervention d'une autorité judiciaire ou administrative. Cette autorité doit être en mesure de ne pas valider le plan si elle estime que celui-ci ne présente pas de chances raisonnables de prévenir l'insolvabilité et de restaurer la viabilité de l'entreprise.
- Les États membres prévoient que dans certaines conditions un plan de restructuration qui n'a pas été approuvé par toutes les catégories de créanciers peut néanmoins être validé par une autorité judiciaire ou administrative.
- Les États membres s'assurent qu'en cas de risque d'insolvabilité les actionnaires ne sont pas en mesure de bloquer de façon déraisonnable un plan de restructuration qui pourrait rétablir la viabilité de l'entreprise (ex : les actionnaires ne peuvent constituer une catégorie de créanciers à part).
- La valeur de liquidation de l'entreprise est estimée par l'autorité judiciaire ou administrative.

⁹ Affecte les intérêts de créanciers ayant marqué leur désaccord, ou fait intervenir de nouvelles sources de financement.

- Un plan de restructuration validé par une autorité judiciaire ou administrative doit être contraignant pour les parties. Les parties non impliquées dans l'élaboration du plan ne sont pas affectées.
- La décision de validation d'un plan de restructuration doit pouvoir faire l'objet d'un appel.
- Les États membres s'assurent que les nouveaux financements et les financements provisoires négociés dans le cadre de l'élaboration du plan de restructuration et nécessaires à sa réalisation sont adéquatement protégés, et ne peuvent notamment pas être déclaré nul, annulable ou inapplicable en tant qu'acte préjudiciable à l'ensemble des créanciers.
- Les États membres adoptent des mesures quant aux obligations des dirigeants en cas de risque d'insolvabilité de l'entreprise (prendre des mesures immédiates pour réduire les pertes pour les créanciers, les travailleurs et les actionnaires / pour éviter l'insolvabilité, etc.).

La possibilité d'obtenir une seconde chance :

- Les États membres garantissent aux débiteurs surendettés l'accès à un apurement complet de leurs dettes (qui peut être soumis à conditions). Cet apurement intervient au plus tard après l'écoulement d'une période de 3 ans.
- Au plus tard à la fin de cette période de 3 ans (au moment où l'apurement des dettes intervient), toute interdiction de démarrer une nouvelle entreprise ou activité liée au surendettement cesse.
- Des limites (restreindre l'accès ou prévoir des périodes plus longues) peuvent être mises en place quant au bénéfice des deux dispositions précédentes dans certaines situations (ex : débiteur de mauvaise foi, utilisation de ces mécanismes de manière abusive ou de façon répétée au cours d'une certaine période, insaisissabilité du domicile, pour certaines catégories de dettes, etc.).
- Lorsqu'un entrepreneur cumule dettes professionnelles et personnelles, celles-ci doivent pouvoir être consolidées.

L'efficacité des procédures d'insolvabilité, de restructuration et de réhabilitation :

- Garantir que les membres des autorités judiciaires et administratives traitant des questions relatives à l'insolvabilité et aux restructurations reçoivent une formation adéquate.
- Idem pour les professionnels nommés dans le cadre de ces procédures.
- Promouvoir l'adhésion de ces professionnels à des codes de conduite notamment.
- La nomination doit se faire dans le cadre d'une procédure transparente et être fondée sur des critères clairs et transparents.
- En cas de procédures transfrontalières, ils doivent disposer de moyens de communication avec toutes les parties impliquées.
- Les États membres mettent en place des structures réglementaires de supervision.
- Développer l'échange d'informations électroniques.

4) Dispositions pertinentes quant à la préservation des droits des salariés

Les dispositions concernant les droits des salariés se trouvent dans le titre II sur l'utilisation de cadres de restructuration précoce :

- La période de « répit » serait limitée à quatre mois. Néanmoins, ceci ne devrait pas s'appliquer aux créances salariales impayées sauf si le paiement de cette créance est garanti par d'autres moyens (et dans la limite de cette garantie), le niveau de protection devant être au moins équivalent à celui prévu par les mesures nationales transposant la directive 2008/94/CE.

- Chaque État devrait s'assurer que tous les créanciers affectés disposent du droit de vote sur le plan de restructuration. Le plan serait considéré comme adopté en cas de vote favorable de la majorité des créanciers dans chaque catégorie¹⁰.

5) Articulation avec les textes européens existants garantissant les droits des travailleurs

La proposition prévoit qu'une fois adoptée la directive s'appliquerait sans préjudice des droits des travailleurs garantis par les directives, et notamment les droits à l'information et à la consultation qui y sont associés :

- 98/59/CE concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs ;
- 2001/23/CE concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements (une restructuration de l'entreprise peut impliquer le transfert d'une partie de l'activité ou de l'entreprise), sans préjudice de la possibilité offerte à l'article 5 § 2¹¹ ;
- 2002/14/CE établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne¹² ;
- 2008/94/CE relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur ;
- 2009/38/CE concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs.

L'exposé des motifs mentionne également un certain nombre de droits fondamentaux envisagés par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui devront être garantis dans le cadre de la mise en œuvre de cette directive si elle est adoptée :

- Liberté professionnelle et droit de travailler (article 15) ;
- Liberté d'entreprise (article 16) ;
- Droit de propriété (article 17) ;
- Droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise (article 27) ;
- Droit de négociation et d'actions collectives (article 28) ;
- Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial (article 47).

¹⁰ Les États membres sont libres d'adopter leurs propres règles de majorité, mais la majorité requise ne peut être supérieure à 75% du montant des créances.

¹¹ Transposée en droit national par l'article L. 127-5 du Code du travail :

« (1) Dans les conditions visées par l'alinéa 1^{er} de l'article L. 125-1, les articles L. 127-3 et L.

127-4 s'appliquent au transfert d'une entreprise, d'un établissement ou d'une partie d'entreprise ou d'établissement lorsque le cédant fait l'objet d'une procédure de faillite ou d'une procédure d'insolvabilité analogue ouverte en vue de la liquidation des biens du cédant ou d'une procédure de gestion contrôlée.

(2) Le cessionnaire, le cédant ou la ou les personnes exerçant les pouvoirs du cédant, peuvent dans ce cas, ensemble avec les représentants des salariés et les syndicats représentatifs sur le plan national, convenir de modifier, dans la mesure où la législation ou pratique actuelle le permet, les conditions de travail du salarié pour préserver l'emploi en assurant la survie de l'entreprise, de l'établissement ou de la partie d'entreprise ou d'établissement. Par dérogation à l'article L.127-2, on entend par représentants de salariés au sens du présent paragraphe les représentants du personnel au comité mixte d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel. »

¹² L'information et la consultation recouvrent notamment : « les décisions susceptibles d'entraîner des modifications importantes dans l'organisation du travail ou dans les contrats de travail » (article 4)

6) Rappel des revendications de la CSL

Il convient de saluer d'emblée cette proposition, la CSL avait en effet à plusieurs reprises souligné la nécessité de doter le Luxembourg d'un véritable arsenal préventif aux faillites. Ceci pourrait donner un nouveau souffle au projet de loi concernant la prévention des faillites lancé au niveau national en 2013.

De la même manière, les dispositions prévues à l'article 18 de la proposition concernant les devoirs des dirigeants, bien que peu détaillées et donc sans doute insuffisantes, sont également les bienvenues. En effet, si certaines faillites peuvent être la conséquence de difficultés économiques, il ne faut pas oublier que d'autres causes comme la sous-capitalisation, la mauvaise gestion ou la fraude sont à l'origine de nombreuses faillites. Aussi pourrait-on développer la proposition et prévoir un certain nombre d'obligations à charge de tout employeur dès le constat des premières difficultés de trésorerie. Il devrait par exemple être dans une première phase tenu de se soumettre à un contrôle de sa situation économique et financière par des experts agréés. Suivant les résultats de cette expertise, des procédures permettant d'éviter la faillite comme celles suggérées par la présente proposition seraient le cas échéant obligatoirement mises en place.

Si la proposition précise clairement qu'une telle directive s'appliquerait sans préjudice des droits des travailleurs à l'information et à la consultation et des droits des travailleurs en cas de licenciement collectif, ceci n'est pas suffisant. Tout plan de restructuration devrait inclure un volet social, et plus particulièrement un plan de maintien de l'emploi au bénéfice de ses salariés précisant le cas échéant les raisons économiques qui amènent l'entreprise à vouloir supprimer un ou plusieurs postes de travail. Il devrait également préciser les postes concernés. Celui-ci devrait être étudié et négocié en partenariat avec les représentants des salariés.

Cela suppose sans doute un droit élargi à l'information et la consultation formellement consacré dans un texte législatif, leur permettant à eux aussi de détecter en temps utile les difficultés qui affectent l'entreprise, assorti du droit de déclencher les mécanismes préventifs de faillite, aux côtés de leur employeur ou en cas d'inaction de sa part.

Il ne ressort en effet pas très clairement du texte de la proposition dans quelle mesure les salariés et leurs représentants seront en mesure de négocier et de protéger les intérêts des travailleurs lorsque le plan de restructuration implique d'importants changements dans l'organisation du travail ou dans les contrats de travail et les conventions collectives.

Pour garantir leur efficacité, le déclenchement de ces mécanismes préventifs doit bien entendu être obligatoire. Il existe encore trop d'hypothèses où la passivité du débiteur entraîne la société à sa mort. À cet égard, il ressort clairement de la proposition que les procédures d'insolvabilité doivent pouvoir être déclenchées par d'autres acteurs que les dirigeants de l'entreprise, puisqu'il s'agit ici précisément de faire obstacle à ce droit afin de permettre une restructuration plutôt qu'une liquidation de l'entreprise. Il serait toutefois fondamental que non seulement les procédures d'insolvabilité puissent être déclenchées par d'autres acteurs (les créanciers de l'entreprise, ses salariés ou leurs représentants) mais également les procédures préventives.

L'efficacité de ces procédures passe bien entendu par la connaissance de celles-ci par les différents acteurs. Les dispositions concernant la formation du personnel des autorités judiciaires et administratives et des professionnels de l'insolvabilité constituent donc un pas dans la bonne direction, mais les autres acteurs, et notamment l'employeur, les salariés et leurs représentants, doivent également faire l'objet de mesures de formation et d'information. Il faudrait pour cela élaborer et diffuser des programmes pour guider, former, conseiller et soutenir les entrepreneurs endettés par exemple.

Concernant la période de "répit" mentionnée dans la proposition, les salaires des travailleurs sont en principe exclus de ce sursis d'exécution. Les États membres peuvent néanmoins imposer ce sursis, y compris pour les créances salariales, s'il existe un système destiné à payer les salaires et autres indemnités des travailleurs durant la période préventive de restructuration. Cependant, l'on observe en pratique que ces mécanismes s'accompagnent parfois de longs retards de traitement des paiements, qui diminueront donc par la même cette relative protection.

Concernant les dispositions relatives au délai de décharge (au terme duquel le débiteur est libéré de ses dettes), il convient de préciser d'emblée que ce concept n'existe pas à proprement parler dans la législation luxembourgeoise. La CSL s'interroge quant à l'opportunité d'introduire cette possibilité de décharge dans la législation nationale et d'autre part quant à la notion de « débiteur de bonne foi », censés pouvoir bénéficier de ces dispositions en priorité, notion difficile à définir et à apprécier.

La bonne foi devrait être dans tous les cas être conditionnée par le fait de ne pas avoir d'ores et déjà bénéficié de ces mécanismes auparavant, comme l'absence de faute de gestion ou de fraude ayant mené à cette insolvabilité (l'article 22 de la proposition envisage un certain nombre de cas, et notamment l'utilisation répétée de ces mécanismes). La proposition reprend également un aspect souligné par la CSL dans la consultation publique, à savoir la possibilité d'exclure certaines créances des procédures d'apurement des dettes (il s'agit d'une option offerte aux États membres à l'article 22 § 3).

Si, conformément à la proposition, les États membres sont libres d'adapter les règles relatives à l'apurement des dettes après une certaine période (délai de décharge), et notamment lorsque l'entreprise a agi de façon malhonnête, la proposition ne prévoit aucune mesure d'harmonisation sur ce sujet. Il en va de même lorsque d'éventuelles injonctions de déchéance sont émises à l'encontre de dirigeants d'entreprise. Or, il est indéniable que les disparités relatives aux régimes nationaux de responsabilité civile à l'encontre des chefs d'entreprise sont de nature à créer une compétition entre les différentes législations, dans la mesure où les libertés de circulation permettent aux opérateurs économiques de faire un choix en faveur de la loi qui leur semble la moins contraignante. Il serait en conséquence sans doute important de se doter de standards élevés au niveau européen.

Précisons cependant que la proposition n'impose pas de limiter l'application de ces mesures aux faillites « honnêtes » ne résultant pas d'une erreur intentionnelle manifeste du chef d'entreprise mais qui surviennent de bonne foi et en toute régularité. En tout état de cause, les possibilités de restructurer leurs dettes doivent être assorties de conditions et de garde-fous pour éviter les abus, et dans tous les cas il convient de s'assurer que les investigations nécessaires, ainsi que les poursuites éventuelles contre les faillis malhonnêtes pourront être menées à bien. Il est également indispensable de prévoir des mesures pour éviter les abus et les manœuvres dilatoires. La proposition semble insuffisante sur ces sujets.

Concernant les injonctions de déchéances, il serait important que celles-ci soient publiées à des fins d'information par l'intermédiaire des registres d'insolvabilité interconnectés afin d'informer les autres États membres, et que les dirigeants déchus du droit de gérer des sociétés ne puissent le faire dans d'autres États membre. Il est indispensable que l'injonction de déchéance ait un impact transnational.

L'harmonisation réalisée par la proposition étant, comme nous l'avons dit, assez minimaliste, certains aspects soulevés par la CSL ne font pas l'objet de mesures d'harmonisation. Il s'agit notamment des éléments fondamentaux de la législation sur l'insolvabilité, comme par exemple la définition de la notion d'insolvabilité, les critères et délais d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, le positionnement des créances (et notamment des créances salariales) ou encore les pouvoirs attribués au liquidateur.

Contrairement à ce qu'avait préconisé la CSL, à savoir l'intervention des autorités judiciaires ou administratives dès le début des négociations relatives à un plan de restructuration, la proposition vise plutôt à restreindre l'intervention de celles-ci pour laisser aux parties concernées le soin de négocier un plan de restructuration.

Enfin, notons que cette proposition n'aborde pas non plus l'importante question des faillites dites « tactiques ». De meilleures règles sont requises d'urgence afin de détecter et sanctionner les employeurs qui exploitent les mécanismes d'insolvabilité. Certaines pratiques inacceptables telles que la dissimulation d'actifs hors d'atteinte des travailleurs doivent également être combattues.

Éviter une faillite est en effet encore le meilleur moyen de protéger les salariés des conséquences de la faillite de leur employeur. La CSL avait à plusieurs occasions appelé de ses vœux l'adoption de mesures en matière de prévention de l'insolvabilité de l'employeur. Cette proposition est donc la bienvenue, et ce d'autant qu'elle pourrait permettre de donner un nouvel élan à la proposition de réforme nationale en cours depuis 2013.

La prise de conscience face aux difficultés éventuelles de l'entreprise constitue un aspect clef de la prévention des faillites. La mise en œuvre d'un devoir de diligence et d'anticipation des dirigeants de l'entreprise doit donc être un élément essentiel du cadre relatif à la prévention de l'insolvabilité. Mais celui-ci doit s'accompagner de la possibilité pour d'autres acteurs, et en particulier les représentants des salariés, de déclencher de façon contraignante ces procédures préventives en cas d'inaction des dirigeants. Ceci n'est bien sûr possible qu'à la condition que les représentants des salariés disposent d'un droit à l'information et à la consultation élargi leur permettant de détecter en parallèle d'éventuelles difficultés économiques qui pourraient mettre en péril la survie de l'entreprise.

Au stade de la restructuration de l'entreprise proprement dite, il est important que les salariés, en tant que créanciers potentiels, puissent avoir un droit de vote sur le plan de restructuration. Mais il est sans doute encore plus important que les salariés, par l'intermédiaire de leurs représentants, puissent être impliqués dans l'élaboration même de ce plan de restructuration, qui devrait d'ailleurs obligatoirement contenir un volet social permettant d'envisager, d'anticiper et de traiter les conséquences d'un tel plan sur l'emploi dans l'entreprise.

Concernant les procédures de « deuxième chance », la CSL s'interroge sur la pertinence de ce délai de décharge dont pourraient bénéficier les entrepreneurs surendettés, qui ne semble pas offrir de possibilités de contrôle suffisantes. Quant aux injonctions de déchéance émises à l'égard d'entrepreneurs ayant commis de graves (voire criminelles) fautes de gestion, il est indispensable que celles-ci puissent être communiquées entre États membres afin que ces personnes ne puissent passer outre cette interdiction en se rendant simplement dans un autre pays.

Enfin, si cette proposition va dans le bon sens, la CSL regrette néanmoins son manque d'ambition et l'harmonisation assez minimaliste qu'elle propose. Il semble par exemple que la question de la protection particulière accordée à la créance salariale aurait dû faire l'objet d'une disposition particulière. La proposition devrait également aborder plus clairement le problème des faillites/restructurations dites « tactiques » par lesquelles certaines entreprises utilisent de façon abusive et à leur avantage les règles en matière d'insolvabilité.

Luxembourg, le 3 janvier 2017