

La nouvelle régulation de la restructuration préventive en Espagne BJE200n0

Le législateur espagnol prévoit de transposer la directive 2019/1023 par une nouvelle et ambitieuse réforme de son droit de l'insolvabilité. Lorsque le projet de loi sera approuvé, l'Espagne disposera d'un régime automatique de moratoire, adaptable aux besoins du débiteur et prévoyant à la fois sa prolongation et la réglementation de ses effets sur les contrats en vigueur. En ce qui concerne les plans de restructuration, leur négociation est protégée même lorsqu'ils sont négociés sans demander le moratoire, les mécanismes d'application forcée interclasse de créanciers sont introduits et un régime de mesures antiblocage pour les détenteurs de capital est réglementé. Toutes ces mesures visent à faire de l'Espagne un pays de référence pour la restructuration des entreprises.

La nouvelle réglementation sur la restructuration préventive en Espagne est énoncée dans l'avant-projet de loi de réforme du texte consolidé de la loi sur la faillite (Anteproyecto de Ley de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal, ci-après APLTRLC), récemment transformé en projet de loi du 14 janvier 2022 (Proyecto de Ley de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal, ci-après PLTRLC), dont le texte n'a pas subi de changements majeurs.

En publiant le PLTRLC, le législateur espagnol ne se limite pas à la transposition de la directive (UE) 2019/1023, relative aux cadres de restructuration préventive¹, mais en profite pour procéder à une réforme majeure de la législation sur l'insolvabilité, prévoyant une nouvelle loi de 755 articles répartis en 4 livres.

Le premier livre, qui porte « Sur la faillite », est applicable à toute personne physique ou morale, à l'exception des microentreprises, et a pour objet le traitement de leur faillite (par concordat et aussi par liquidation), y compris la réglementation du régime de remise de dettes. Le deuxième livre, « Sur les procédures préventives », est imputable à toute personne physique ou morale exerçant une activité commerciale ou professionnelle, à l'exception des microentreprises, et a pour objet la restructuration de l'entreprise en appliquant le nouveau régime des plans de restructuration. Le troisième livre, « Procédure spéciale pour les microen-

treprises », applicable aux microentreprises², a pour but de leur fournir un plan de continuation ou de liquidation susceptible d'aboutir à certaines remises de dettes³. Enfin, le quatrième livre, « Sur les règles du droit international privé », vise à réglementer les aspects internationaux de la faillite et du droit de la prévention.

Cet article se concentrera sur la présentation du contenu du deuxième livre, « Sur les procédures préventives », qui est divisé en cinq parties : I : Des conditions de la procédure préventive ; II : De l'ouverture des négociations avec les créanciers ; III : Des plans de restructuration ; IV : De l'expert en restructuration ; V : Régime spécial.

I. Conditions de la procédure préventive et du moratoire

Le champ d'application de la procédure préventive⁴ comprend toute personne physique ou morale exerçant une activité commerciale ou professionnelle. Le législateur espagnol a choisi de ne pas faire usage du pouvoir d'exclusion des personnes physiques contenu dans l'article 1-4, alinéa 2, de la directive (UE) 2019/1023, une option qui est cohérente avec le précédent législatif des accords de refinancement espagnols, qui peuvent être conclus par des débiteurs personnes morales ou physiques.

1 Une première étude sur le contenu de la directive (UE) 2019/1023 peut être trouvée dans C. Gómez Asensio, *Los acuerdos de reestructuración en la Directiva (UE) 2019/1023, sobre marcos de reestructuración preventiva*, 2019, Aranzadi. Pour une analyse transversale du traitement de la restructuration, de la faillite et de la remise de dettes de la personne physique débitrice dans la norme européenne, v. C. Gómez Asensio (dir.), *La insolvencia del deudor persona natural ante la transposición de la Directiva 2019/1023*, 2021, Aranzadi, monographie n° 46 associée à la Revista de Derecho Patrimonial, Aranzadi, 2021.

2 L'article 687 du PLTRLC définit la « microentreprise » selon les critères de l'article 2 du règlement n° 651/2014 de la Commission européenne du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur : une entreprise qui occupe moins de dix personnes et dont le chiffre d'affaires annuel ou le total du bilan annuel n'excède pas deux millions d'euros.

3 Cette procédure spéciale s'explique par les caractères du tissu économique espagnol, constitué à 99,87 % de PME, dont 93,6 % de microentreprises, 5,36 % de petites entreprises et 0,87 % de moyennes entreprises, selon les données de la direction générale de l'Industrie et la PME du ministère de l'Industrie, du Commerce et du Tourisme (données oct. 2021 : <https://lex.so/KBqnWR>).

4 On parle en général de « présumé subjectif de la pré-faillite ».

Le débiteur doit se trouver dans une situation de probabilité d'insolvabilité⁵, d'insolvabilité imminente ou d'insolvabilité actuelle⁶, et ne doit pas être déjà soumis à une procédure de faillite. Ce sont trois concepts normatifs qui se réfèrent aux trois stades différents et consécutifs de l'insolvabilité du débiteur avec des effets différents, la probabilité d'insolvabilité étant introduite pour la première fois dans le système juridique espagnol par le PLTRLC⁷.

Par conséquent, un débiteur qui est en probabilité d'insolvabilité et qui ne peut donc pas se refinancer aux conditions du marché peut néanmoins obtenir un tel refinancement, en bénéficiant des outils des procédures préventives qui modifient les règles générales du droit civil, lesquelles intègrent des mécanismes de garantie contre le risque d'expropriation par des créanciers en abusant des mécanismes de *cramdown* pour imposer des plans de restructuration contre la propre volonté du débiteur, spécialement en situation de probabilité d'insolvabilité où les associés restent encore les propriétaires de la société⁸.

En ce qui concerne le moratoire préalable à la procédure, qui peut être demandé par le débiteur à la suite de la communication de l'ouverture des négociations avec les créanciers, il interdit de nouvelles poursuites et suspend celles qui étaient déjà en cours, en ce qui concerne les actifs ou les droits nécessaires à la continuité de l'activité commerciale ou professionnelle du débiteur. Dans tous les cas, les crédits de droit public sont exclus (PLTRLC, art. 605).

Le moratoire est prononcé à la demande du débiteur, devant exposer les raisons pour lesquelles il le demande, en particulier s'il est susceptible de favoriser la négociation du plan de restructuration et la délimitation du passif affecté par celui-ci (PLTRLC, art. 586). Le moratoire n'est pas soumis au contrôle judiciaire de son contenu : c'est l'avocat de l'administration de la justice, anciennement appelé le greffier

du tribunal, qui examine la demande de moratoire et qui rend une décision (PLTRLC, art. 588 et 590).

Quant aux effets du moratoire, l'article 594 du PLTRLC maintient le principe du non-dessaisissement du débiteur, même dans le cas où la désignation d'un expert dans la restructuration est nécessaire ou décidée (par ex., PLTRLC, art. 672).

Les effets du moratoire sur les créances et les contrats du débiteur pendant celui-ci sont nouveaux. À cet égard, outre la déclaration de l'inefficacité des clauses *ipso facto* et l'assurance de l'efficacité des contrats de garantie financière de la directive (UE) 2002/47 du 6 juin 2002, se distingue le régime de maintien des garanties de tiers (PLTRLC, art. 596), à l'exception des garanties intragroupes⁹.

S'agissant des effets de suspension et d'interdiction des poursuites découlant du moratoire, le législateur espagnol permet au débiteur et aux créanciers de concevoir un régime de suspension sur mesure (*tailor-made*). En ce sens, l'article 602 du PLTRLC permet au débiteur de demander au juge de déclarer la protection générale ou individuelle de l'ouverture ou de la suspension des poursuites à sa convenance, et ce, sans préjudice du régime particulier applicable aux créanciers titulaires d'une sûreté réelle (PLTRLC, art. 603) qui peuvent engager une procédure d'exécution judiciaire ou extrajudiciaire sur les biens ou droits grevés. Si la sûreté porte sur des biens ou des droits nécessaires à la poursuite de l'activité commerciale ou professionnelle du débiteur, une fois la procédure d'exécution engagée, celle-ci est suspendue par le juge jusqu'à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la date de signification de l'avis d'exécution.

Enfin, concernant la durée des effets du moratoire, une période initiale de trois mois est retenue mais elle peut faire l'objet d'une prolongation initiale de trois mois supplémentaires si elle est soutenue par des créanciers représentant plus de 50 % du passif qui, au moment de la demande, peut être affecté par le plan de restructuration (APLTRLC, art. 609). Pour les prolongations successives, l'article 610 de l'APLTRLC exige le soutien de créanciers représentant plus de 60 % des engagements qui, au moment de la demande de prolongation, peuvent être affectés par le plan de restructuration. Dans tous les cas, la durée du moratoire ne peut pas excéder 12 mois.

5 Conformément à l'article 584-2 de l'APTRLC : « Une probabilité d'insolvabilité est considérée comme existante lorsqu'il est objectivement prévisible que, en cas d'échec d'un plan de restructuration, le débiteur ne sera pas en mesure de s'acquitter régulièrement de ses obligations à la date de leur échéance. »

6 L'art. 3-2 de l'APLTRLC déclare que : « L'insolvabilité peut être actuelle ou imminente. Est dans un état d'insolvabilité imminente le débiteur qui prévoit, que dans les trois mois suivants, il ne sera pas en mesure de s'acquitter de ses obligations régulièrement et en temps utile. »

7 V. pour une première analyse, L. Garnacho Cabanillas, « El presupuesto objetivo del plan de reestructuración en el anteproyecto de la Ley de reforma concursal », *Revista General de Insolvencias y Reestructuraciones* 2021, n° 4, p. 303-319.

8 En ce sens, l'article 640 du PLTRLC, au lieu de l'homologation des plans de restructuration, exige l'approbation du débiteur lorsqu'il s'agit d'une personne physique. Si le débiteur est une société, il faut l'accord des associés responsables des dettes sociales ; à défaut, par l'assemblée des actionnaires, si le plan contient des mesures nécessitant leur accord (avec application des règles particulières de l'article 631 du PLTRLC), en cas de probabilité d'insolvabilité.

9 Cette particularité s'explique dans le cas où la mise en œuvre de la garantie pourrait provoquer l'insolvabilité de la société garante et, partant, celle du débiteur appartenant au même groupe, ce qui entraînerait l'échec des négociations du plan de restructuration.

II. Plans de restructuration

Le projet législatif espagnol consacre son titre III, articles 614 à 671 du PLTRLC, au régime juridique des plans de restructuration, ordonné en sept chapitres.

1. S'agissant du champ d'application, le législateur espagnol a opté pour une définition large et descriptive des plans de restructuration¹⁰, l'application de ce régime juridique étant en tout état de cause obligatoire tant pour les plans prévoyant des effets de *cramdown*, que pour l'application de mesures de protection en cas d'éventuelle faillite ultérieure. Une fois qu'un plan de restructuration a été approuvé, un autre ne peut être demandé à l'égard du même débiteur qu'un an à compter de la date de la demande d'approbation du plan précédent (PLTRLC, art. 664).

2. En ce qui concerne la détermination des créances affectées, la délimitation de la responsabilité et le périmètre d'affectation du plan, l'article 616 du PLTRLC contient une liste des créances susceptibles d'être affectées par le plan, à l'exclusion expresse des créances alimentaires, des créances nées de dommages non contractuels, des créances nées de relations de travail autres que celles du personnel de direction et des créances de droit public, comme prévu à l'article 616 bis du PLTRLC. Cette délimitation est complétée par les règles relatives au calcul des créances de l'article 617 du PLTRLC.

Le PLTRLC contient une réglementation autonome des effets de l'ouverture de la procédure préventive sur les contrats, la négociation et/ou la demande d'approbation d'un plan de restructuration, qu'un moratoire avec les créanciers ait été préalablement demandé ou non. Ce régime repose sur le principe « maintien des contrats » des contrats, c'est-à-dire sur l'inefficacité des clauses de résiliation fondées sur l'ouverture de la procédure. Toutefois, la possibilité de résiliation dans l'intérêt de la restructuration est prévue tant dans le cas de contrats comportant des obligations réciproques en attente d'exécution (contrats en cours), que dans le cas de contrats de personnel de direction¹¹

10 PLTRLC, art. 614 : « Les plans de restructuration sont ceux qui ont pour objet la modification de la composition, des conditions ou de la structure de l'actif et du passif du débiteur, ou de ses fonds propres, y compris les transferts d'actifs, d'unités de production ou de l'ensemble de l'entreprise, ainsi que tout changement opérationnel nécessaire, ou une combinaison de ces éléments. »

11 En Espagne, sont considérés comme « personnel de direction » les travailleurs qui exercent les pouvoirs inhérents à la propriété juridique de la société et relatifs aux objectifs généraux de celle-ci, avec une autonomie et une pleine responsabilité uniquement limitées par les critères et les instructions directes émises par la personne ou les organes supérieurs de direction et d'administration de l'entité qui occupent respectivement cette propriété. Il s'agit d'un type particulier de relation de travail qui n'est pas soumise à la régulation générale des travailleurs mais à une régulation particulière : Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

(respectivement, PLTRLC, art. 620 et 621), en plus du régime spécial de maintien des garanties financières de la directive (UE) 2002/47 du 6 juin 2002.

3. Pour la constitution des classes, l'article 623 du PLTRLC prévoit une série de critères indicatifs fondés sur le principe de l'existence d'un intérêt commun aux membres de chaque classe, déterminé selon des critères objectifs¹². Le même principe est respecté en ce qui concerne les créances garanties puisque l'article 624 du PLTRLC permet de les séparer en deux ou plusieurs classes en fonction de leur nature hétérogène. Ce régime est complété par la mise en place d'un régime facultatif de confirmation judiciaire de la formation des classes qui peut être demandé par le débiteur et les créanciers représentant plus de 50 % du passif affecté par la restructuration.

4. Le projet espagnol n'établit aucune procédure formelle pour le vote et l'approbation du plan de restructuration – au-delà de la réglementation de la forme de communication aux créanciers du plan de restructuration proposé – laissant ainsi au débiteur et aux créanciers la liberté de s'organiser tant pour la détermination du contenu de la proposition de plan (en respectant les exigences du PLTRLC, art. 633), que pour son adoption.

Pour l'approbation du plan, l'article 629 du PLTRLC considère qu'il est approuvé par une classe de créanciers si elle a voté en faveur du plan avec une majorité de plus des deux tiers du montant du passif correspondant à cette classe, trois quarts dans le cas où la classe a été formée par des créances garanties par des sûretés, sauf pour les majorités inférieures expressément prévues dans le cas de créances syndiquées (par ex., PLTRLC, art. 630).

Dans le cas où le plan de restructuration prévoit des mesures qui affectent les droits des détenteurs de capital (augmentations de capital, modifications structurelles, filiales, etc.), son adoption est soumise à une règle spéciale (PLTRLC, art. 631). Une fois le plan adopté, les actionnaires minoritaires peuvent le contester à la fois en cas de non-respect de cette règle spéciale lors de son adoption ainsi que pour d'autres raisons de fond découlant du droit des socié-

12 À cette fin, l'article 623 du PLTRLC dispose : « 2. On considère qu'il existe un intérêt commun entre les créances de rang égal déterminé par l'ordre de paiement dans la procédure de faillite. 3. À leur tour, les créances du même statut d'insolvabilité peuvent être séparées en différentes catégories lorsqu'il existe des raisons suffisantes de le justifier. À cette fin, il peut être tenu compte, en particulier, de la nature financière ou non financière de la créance, du conflit d'intérêts que peuvent avoir les créanciers qui font partie de différentes catégories ou de la manière dont les créances doivent être affectées par le plan de restructuration. Lorsque les créanciers sont des petites ou moyennes entreprises et que le plan de restructuration implique un sacrifice pour elles de plus de cinquante pour cent du montant de leur créance, ils doivent constituer une catégorie distincte de créanciers. » Le paragraphe 4 de cette disposition est consacré à la définition de ce qui doit être considéré comme une créance financière.

tés. Cependant, cette contestation sera canalisée par la procédure de contestation ou d'opposition à l'approbation du plan de restructuration de son PLTRLC et non pas par le droit des sociétés.

Au contraire, si les associés n'avaient pas voté en faveur du plan de restructuration, ils constituent une classe dissidente et, par conséquent, en plus de pouvoir s'opposer ou contester la validation du plan à ce titre, ils peuvent être soumis à l'application forcée interclasse (*cramdown*) en cas d'approbation du plan par d'autres classes de créanciers, une fois qu'il a été validé par le tribunal.

5. En ce qui concerne les conditions d'homologation du plan de restructuration, le droit espagnol distingue, comme les articles 10 et 11 de la directive (UE) 2019/1023, les plans consensuels approuvés par toutes les classes de créanciers des plans non consensuels. Au sujet des premiers, l'article 638 du PLTRLC exige le respect de l'égalité de traitement des créanciers au sein de la même classe et la vérification du caractère viable de l'entreprise (*feasibility test*) mais pas celle du critère du meilleur intérêt des créanciers (*Best Interest of Creditors Test* (BIC) ou *no worse-off rule*), le législateur espagnol optant pour la vérification *ex post* dudit critère, au lieu de la contestation de la validation du plan (APLTRLC, art. 657-6).

À propos des plans de restructuration non consensuels, c'est-à-dire ceux qui permettent une application forcée interclasse (*cross-class cramdown*), l'article 639 du PLTRLC inclut expressément parmi ses exigences la vérification du respect de la règle de la priorité absolue (*Absolute Priority Rule*).

La validation du plan est demandée par le débiteur ou par tout créancier affecté, devant le tribunal de commerce compétent pour connaître la faillite, ou, le cas échéant, devant celui qui avait été saisi de la demande de suspension des poursuites. L'ordonnance constatant la recevabilité de la demande interdit les poursuites judiciaires ou extrajudiciaires sur les biens du débiteur et suspend les poursuites déjà engagées jusqu'à la décision de validation. Celle-ci aura lieu, après le contrôle du respect des exigences formelles, par ordonnance, dans les quinze jours après la publication de la première ordonnance au registre public des faillites, où cette ordonnance est également publiée.

Deux règles spéciales sont prévues dans le régime de validation. La première, mentionnée à l'article 651 du PLTRLC, régit un droit spécial d'exécution séparée, ainsi qu'une *cash option* pour les créanciers munis d'une sûreté appartenant à une classe dans laquelle le vote favorable aura été inférieur au vote dis-

sident¹³. La seconde concerne les garanties des tiers, l'article 652 du PLTRLC prévoyant une exception au maintien de celles-ci dans le même cas que celui exposé ci-dessus à propos de la suspension préalable des poursuites s'agissant des garanties intragroupes.

Enfin, s'agissant du contrôle de la validation du plan, le législateur espagnol a choisi deux canaux alternatifs. D'une part, il y a un système de validation unilatérale sans contrôle préalable, avec contestation ultérieure devant une instance supérieure (ci-après la « contestation ») : ce système s'applique pour les motifs définis par les articles 654 à 656 du PLTRLC, spécialement le non-respect du plan au BIC ou *no worse-off rule* ; la procédure n'a pas d'effets suspensifs et seul l'opposant bénéficie de la décision qui fait droit à son recours. D'autre part, est prévu un système d'approbation après une procédure contradictoire préalable, il n'y a alors pas de recours devant une instance supérieure (« opposition »), fondé sur les mêmes motifs que la contestation.

6. Le PLTRLC établit un système de protection du contenu du plan de restructuration en cas d'éventuelle faillite ultérieure, en particulier pour éviter la remise en cause de certaines mesures, y compris le *fresh money*, qui comprend, pour la première fois en Espagne, à la fois les « financements nouveaux » et les « financements intermédiaires ». Le texte ajoute une règle spéciale en ce qui concerne le financement par des personnes spécialement liées au débiteur¹⁴ : les ascendants, les descendants, les frères et sœurs, les conjoints et leurs proches, les personnes morales contrôlées par le débiteur ou les personnes susmentionnées ainsi que les administrateurs de droit ou de fait de la société ou des sociétés du même groupe, entre autres (Texto Refundido de la Ley Concursal, art. 282 et 283).

Aux termes de l'article 671 du PLTRLC, cette protection contre la remise en cause des mesures du plan ne s'applique que si le montant des créances affectées par le plan excède 51 % du passif total du débiteur. Si ce montant n'est pas atteint, les actes, opérations,

13 Ainsi, l'article 651-2 du PLTRLC prévoit la possibilité de remplacer ledit droit d'exécution séparée, par la possibilité de percevoir en espèces, dans un délai n'excédant pas 120 jours, la partie du crédit couverte par la valeur de la garantie. Les deux dispositions sont en fait des mesures contre le risque d'extorsion par des créanciers de rang inférieur par rapport à des créanciers garantis dans le cadre d'une *cross-class cram up*, comme l'explique F. Garcimartín Alférez, « Sobre el nuevo régimen aplicable a los planes de reestructuración del Libro II del Anteproyecto... », *Revista General de Insolvencias y Reestructuraciones* 2021, p. 70-71.

14 Le financement intérimaire et le nouveau financement sont respectivement définis aux articles 665 et 666 du PLTRLC. En ce qui concerne le financement par des personnes spécialement liées au débiteur, l'article 668 du PLTRC exige, pour éviter la remise en cause de ce financement, que les créances affectées, à l'exclusion des créances détenues par ces personnes, représentent plus des deux tiers du passif total. Pour une étude approfondie de la réglementation dans l'APLTRLC du *fresh money*: J. Pulgar Ezquerro, « Financiación interina, nueva financiación y planes de reestructuración », *Revista General de Insolvencias y Reestructuraciones* 2021, n° 3, p. 119-162.

affaires, financements nouveaux et financements intermédiaires seront susceptibles d'être remis en cause conformément aux dispositions du livre 1^{er} du PLTRLC, sans que les présomptions de dommages relatifs à la masse active soient applicables¹⁵.

7. En dernier lieu, concernant l'inexécution du plan, l'article 671 du PLTRLC prévoit que cette inexécution

ne sera pas une cause de résolution du plan, ni de remise en cause des effets d'extinction ou de novation des créances affectées, à moins que le plan lui-même n'en dispose autrement. Si l'inexécution du plan est causée par l'insolvabilité, toute personne intéressée peut demander l'ouverture de la procédure de faillite.

15 La remise en cause est actuellement règlementée à l'article 226 du TRLC : « Une fois la procédure d'insolvabilité déclarée, les actes préjudiciables au patrimoine accomplis par le débiteur dans les deux années précédant la date de déclaration de la procédure d'insolvabilité peuvent être annulés, même s'il n'y a pas eu d'intention frauduleuse. » L'article 227 du TRLC traite ensuite des présomptions absolues de préjudice et l'article 228 des présomptions relatives.