

La nouvelle loi sur l'insolvabilité Grandes entreprises et PME : enfin un cadre adapté aux restructurations ?

16 mai 2022 de 8h45 à 18h00

Insolvabilité, restructuration et droit de la concurrence Aides d'État, concentrations et règles applicables aux entreprises

Jacques Derenne
Avocat aux barreaux de Bruxelles et de Paris
Partner, Sheppard, Mullin, Richter & Hampton LLP (Bruxelles)
Professeur à l'Université de Liège et à la Brussels School of Competition
Global Competition Law Centre, College of Europe



PLAN

- Mesures s'articulant autour d'une procédure d'insolvabilité : risques d'infractions au droit de la concurrence
- Règles de concurrence applicables aux **entreprises**
 - Accords anti-concurrentiels (article 101 TFUE et équivalent national)
 - Abus de position dominante (article 102 TFUE et équivalent national)
 - Contrôle des concentrations (règlement 139/2004 et équivalent national)
- Règles de concurrence applicables aux **États membres**
 - Contrôle des aides d'État (articles 107 et 108 TFUE, en particulier article 108, paragraphe 3, TFUE)

CONTEXTE GÉNÉRAL (1)

- Règlement 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité (procédures d'insolvabilité transfrontalières)
 - « *procédure d'insolvabilité* » :
 - Belgique : Het faillissement/La faillite — De gerechtelijke reorganisatie door een collectief akkoord/La réorganisation judiciaire par accord collectif — De gerechtelijke reorganisatie door een minnelijk akkoord/La réorganisation judiciaire par accord amiable — De gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag/La réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice — De collectieve schuldenregeling/Le règlement collectif de dettes — De vrijwillige vereffening/La liquidation volontaire — De gerechtelijke vereffening/La liquidation judiciaire — De voorlopige ontneming van beheer, bepaald in artikel 8 van de faillissementswet/Le dessaisissement provisoire, visé à l'article 8 de la loi sur les faillites
 - France: Sauvegarde, — Sauvegarde accélérée — Sauvegarde financière accélérée — Redressement judiciaire — Liquidation judiciaire
 - Considérant (18) Le présent règlement ne devrait préjuger en rien des règles relatives à la récupération des aides d'État auprès de sociétés insolubles, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.
- Directive 2019/1023 du 20 juin 2019 « restructuration et insolvabilité » et sa transposition (harmonisation minimum du droit de l'insolvabilité)
 - « *restructuration* » : mesures pour « *restructurer l'activité du débiteur* » comprenant une modification de la composition, des conditions ou de la structure de l'actif et du passif d'un débiteur ou de toute autre partie de la structure financière d'un débiteur (vente d'actifs ou de parties de l'activité, cession de l'entreprise en activité, tout changement opérationnel nécessaire, ou une combinaison de ces éléments) ;
 - « *insolvabilité* » : voir droit national
 - transposition (délai 17 juillet 2022) : Allemagne, Autriche, Croatie, France (loi 2019-486 du 22 mai 2019 ; ordonnance 2021-1193 du 15 septembre 2021 ; décret 2021-1218 du 23 septembre 2021), Grèce, Lituanie, Portugal et Slovaquie
- Belgique : loi du 21 mars 2021 (réforme temporaire « Covid-19 » – dont assouplissement de l'accès à la réorganisation judiciaire jusqu'au 16 juillet 2022)

CONTEXTE GÉNÉRAL (2)

- Interactions avec le droit de la concurrence – « **entreprise en difficulté** »* :
 - Éligibilité à une aide au sauvetage ou à la restructuration (R&R) « *lorsqu'il est pratiquement certain qu'en l'absence d'intervention de l'État elle sera contrainte de renoncer à son activité à court ou à moyen terme* » (lignes directrices 2004 R&R)
 - « *En difficulté* » quand au moins une des conditions suivantes est remplie :
 - plus de la moitié du capital social souscrit a disparu en raison de pertes accumulées (notamment lorsque la déduction des pertes accumulées des réserves, et de tous les autres éléments généralement considérés comme relevant des fonds propres de la société, conduit à un montant cumulé négatif qui excède la moitié du capital social souscrit) ;
 - l'entreprise fait l'objet d'une procédure collective d'insolvabilité ou remplit, selon le droit national qui lui est applicable, les conditions de soumission à une telle procédure à la demande de ses créanciers;
 - (autre que PME) depuis les deux exercices précédents : (i) le ratio emprunts/capitaux propres de l'entreprise est supérieur à 7,5 et (ii) le ratio de couverture des intérêts de l'entreprise, calculé sur la base de l'EBITDA, est inférieur à 1,0.

* article 2.18 du règlement de la Commission n° 651/2014 (règlement général d'exemption par catégorie) et point 20 des lignes directrices (2014) concernant les aides d'État au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté autres que les établissements financiers (R&R)

RÈGLES DE CONCURRENCE APPLICABLES AUX ENTREPRISES (1)

- (pour mémoire) Accords anti-concurrentiels (article 101 TFUE et équivalent national) et abus de position dominante (article 102 TFUE et équivalent national)
 - Exemple : affaire BCM Energy en cours en France - contestation d'un plan de restructuration par un créancier (RTE, fournisseur d'accès au réseau) lié à EDF, concurrent en aval de BCM Energy, fournisseur alternatif d'énergie
- **Contrôle des concentrations** (règlement 139/2004 et équivalent national)
- Théorie de « *l'entreprise défailante* » (*failing firm defence*) : le sauvetage peut passer par une opération de concentration
 - création ou renforcement de la position dominante de l'entreprise acquéreuse, contrôlant l'entreprise défailante ;
 - mais, la disparition du marché de celle-ci, à défaut de ce rachat, affecterait en tout état de cause la structure de la concurrence ; d'où, possibilité, sous certaines conditions, d'autoriser ce type de rachat.
- Sources :
 - U.S. Supreme Court, *International Shoe Co. v. FTC*, 280 U.S. 291 (1930) et U.S. Merger Guidelines 1968, 2010
 - Union européenne : jurisprudence *Kali und Salz* (CJUE, 31 mars 1998, France, SCPA et EMC c. Commission, C-68/94 et C-30/95) et lignes directrices « concentrations horizontales » (2004), points 89-91.

RÈGLES DE CONCURRENCE APPLICABLES AUX ENTREPRISES (2)

- Conditions de l'exception d'« *entreprise défaillante* » - la détérioration de la structure de la concurrence qui se produirait après la concentration ne doit pas être considérée comme étant causée par cette opération. La détérioration de la structure de la concurrence sur le marché doit être au moins aussi grave si l'opération ne se réalisait pas :
 - l'entreprise acquise aurait quitté le marché dans un avenir proche si elle n'avait pas été reprise par une autre entreprise ;
 - l'acquéreur aurait complètement repris la part de marché de l'entreprise acquise si celle-ci avait quitté le marché ; et
 - il n'existe pas d'alternative de rachat moins dommageable pour la concurrence.
- Argument exceptionnel (prouver que la concentration n'est pas la cause détérioration de la structure de la concurrence)
 - Admissions rares : M.2314, *BASF/Eurodiol/Pantochim* ; M.6796 – *Aegan/Olympic II* (rachat d'Olympic par Aegean) ; *Nynas/Shell/Harburg* ; M.8792, *T-Mobile NL/Tele2 NL* ; M.2876, *NewsCorp/Telepiù* ; etc.
 - Rejets : M.8444, *ArcelorMittal/Ilva* ; M.7278, *General Electric/Alstom* ; M.7758, *Hutchison 3G Italy/WIND/JV* , etc.
 - Exemple récent : rachat de Conforama par But approuvé, sans engagement, par l'Autorité de la concurrence (communiqué 28.4.2022)
 - difficultés de Conforama entraîneraient sa disparition rapide en l'absence de reprise ; pas d'autre offre de reprise que celle du groupe But moins dommageable pour la concurrence (test de marché lancé le 9 mars 2022) ; disparition de Conforama ne serait pas moins dommageable pour les consommateurs que sa reprise par le groupe But : les effets de cette disparition ne seraient pas moins dommageables que la reprise par But, cette reprise permettant d'assurer un maintien de la diversité de l'offre ; en dépit des risques concurrentiels identifiés, autorisation de l'opération sans engagement, en application de l'exception de l'entreprise défaillante.
 - Précédents en France (compétence ministre, 2003) : acquisition de Rowecom France par EBSCO (agences d'abonnements) et acquisition d'Ouest Répartition pharmaceutique par Alliance Santé Distribution (répartition pharmaceutique) – voir critères dans Conseil d'Etat (France), *Seb/Moulinex*, 6 février 2004

AIDES D'ÉTAT : INTERVENTION ÉTATIQUE (À UN STADE OU À UN AUTRE) - PLAN ⁽¹⁾

- Rappel des principes de l'intervention des juridictions nationales ^(2 et 3)
- Situations qui peuvent se présenter dans un contexte de procédure de restructuration ou d'insolvabilité :
 - **Prévention d'octroi d'aides illégales à une entreprise en difficulté** ^(4, 5 6)
 - Intervention de l'Etat en tant que créancier (fiscal ou social, actionnaire) : octroi de conditions favorables, injection de capital, etc.
 - **Récupération d'aides illégales (déjà octroyées) et interaction avec une procédure de restructuration ou d'insolvabilité** ⁽⁷⁾
 - Obligations de l'État créancier
 - **Octroi d'aides (compatibles) au sauvetage et à la restructuration** ⁽⁸⁾
 - Notification préalable, suspension et approbation par la Commission – conditions
 - **Reprise par un acquéreur tiers d'une entreprise ayant reçu des aides illégales** ^(9, 10, 11)
 - Critères de la “continuité économique” pour apprécier les risques du repreneur

AIDES D'ÉTAT : JURIDICTIONS NATIONALES – AIDES “ILLÉGALES” (2)

▶ **Illégale**

- ▶ Aide non notifiée
- ▶ Aide notifiée mais mise en œuvre avant décision de la Commission
- ▶ Application abusive d'une aide déclarée compatible

▶ **Juridiction nationale**

- ▶ Obligation de protéger les droits subjectifs des tiers
- ▶ Assurer le contrôle de compatibilité par la Commission
- ▶ Pas de sursis à statuer mais pas de décision contradictoire avec Commission (*LH*)
- ▶ Appliquer les décisions [négatives] de la Commission
- ▶ Questions à la Commission
 - ▶ Amicus curiae
- ▶ Questions préjudicielles

▶ **Incompatible**

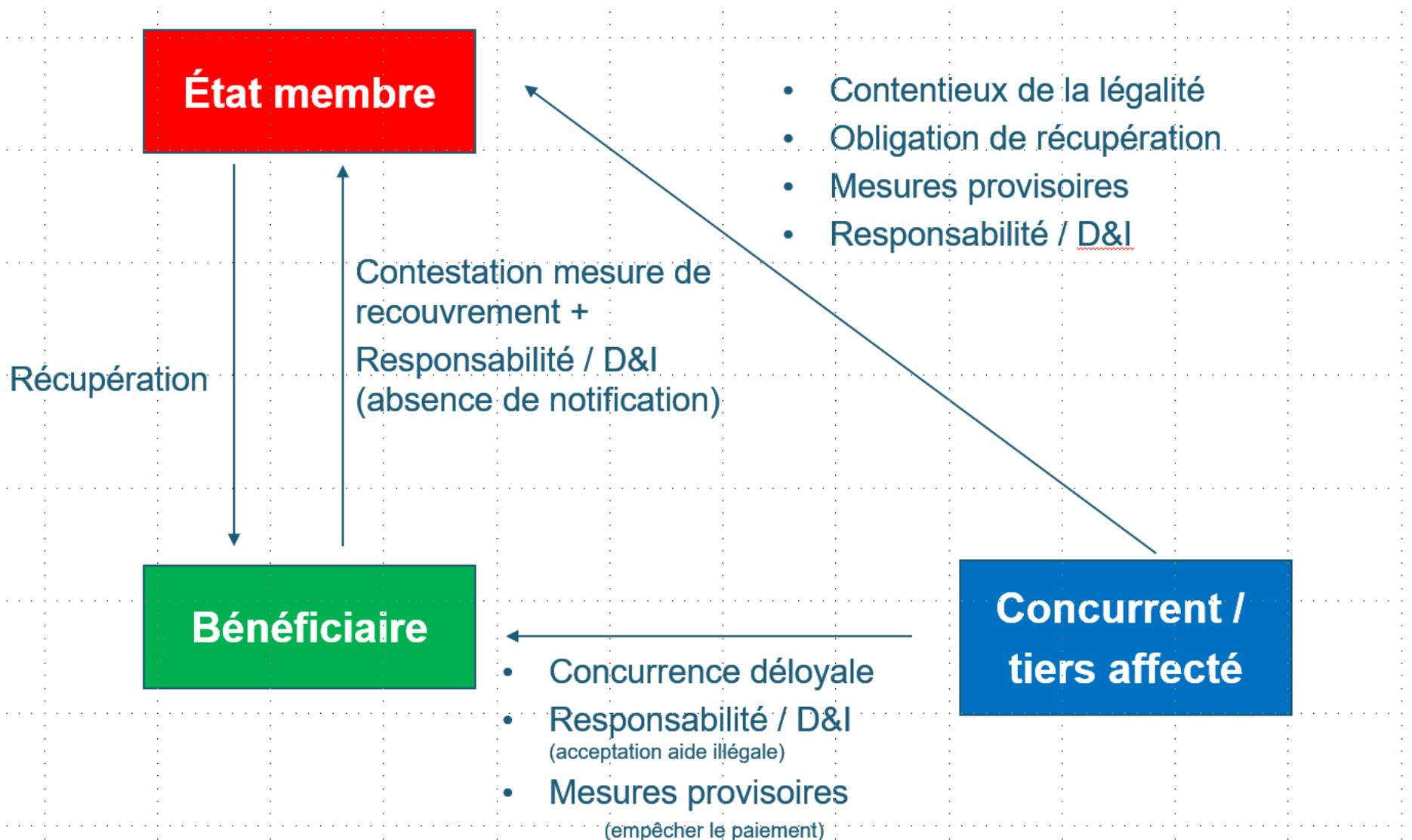
- ▶ Aide légale ou illégale
- ▶ Aide non exemptée
 - ▶ Article 107 § 2 / § 3 TFUE
 - ▶ Article 106 § 2 TFUE

▶ **Compétence exclusive de la Commission**

- ▶ Interdiction de mise en œuvre d'aide incompatible
- ▶ Obligation de récupération (aide incompatible et illégale)

▶ **Amicus curiae**

AIDES D'ÉTAT : JURIDICTIONS NATIONALES – VOIES DE DROIT (3)



AIDES D'ÉTAT : PRÉVENTION D'OCTROI D'AIDES ILLÉGALES (4)

- Test de l'opérateur en économie de marché – “créancier privé”
- *Espagne c. Commission, C-278/92*
 - Injections de capital dans des entreprises publiques en privatisation : comparaison coût du capital et coût de liquidation ; un investisseur privé aurait liquidé la société
 - Pas d'aide si vente ouverte et inconditionnelle (offre publique donne prix de marché)
- *DM Transport, C-256/97* (renvoi préjudiciel du tribunal de commerce de Bruxelles)
 - Facilités de paiement de l'ONSS à DMT : l'autorité publique agit comme un créancier privé qui cherche à obtenir le paiement des sommes dues par un débiteur connaissant des difficultés
 - Pouvoirs discrétionnaires de l'ONSS pour accorder des facilités (sélectivité de la mesure)

AIDES D'ÉTAT : PRÉVENTION D'OCTROI D'AIDES ILLÉGALES (5)

- *Buczek Automotive c. Commission*, T-1/08 (confirmé par C-405/11 P)
 - Pas de demande de mise en faillite et poursuite indue de l'activité : qu'aurait fait un privé ? L'État a aménagé la dette : aide ?
 - L'État n'est pas obligé de chercher à recouvrer les créances publiques ou exploiter toutes les méthodes de recouvrement à disposition, mais il doit se comporter comme un créancier privé, en conditions normales de marché
 - Tribunal : la Commission ne pouvait affirmer que le remboursement potentiel des dettes par un ajournement de celles-ci « n'aurait pas été supérieur au remboursement sécurisé résultant d'une liquidation possible de la société »
 - aucune analyse comparative du produit prévisible de la procédure de recouvrement et de la procédure de faillite, ni comparaison de la durée des deux procédures ;
 - absence d'éléments dont un créancier privé hypothétique aurait tenu compte : sûretés possédées par les organismes publics; chances de redressement ; éventuel bénéfice résultant d'une procédure de faillite; autres facteurs susceptibles d'influencer les choix d'un créancier privé ;
 - Confirmation par la Cour : la Commission doit prouver que les conditions du critère du créancier privé sont respectées (*EDF*, C-124/10 P)

AIDES D'ÉTAT : PRÉVENTION D'OCTROI D'AIDES ILLÉGALES (6)

- *Frucona Košice*, C-300/16 P (abandon de créance contre une entreprise insolvable)
 - Obligations de la Commission :
 - analyser, même à la demande du bénéficiaire, tous les éléments qu'un État membre aurait dû prendre en compte pour apprécier, *ex ante*, le comportement d'un créancier privé hypothétique
 - comparaison :
 - avec un créancier privé hypothétique qui disposerait des atouts de puissance publique (*EdF*)
 - en faisant abstraction de tout élément subjectif (même si l'État admet l'aide)
 - s'affranchir de toute considération subjective et s'entourer de tous les éléments objectivement pertinents pour la qualification de la mesure (en les obtenant de l'État) et procéder à une appréciation globale de ceux-ci.
- *Larko*, C-244/18 (charge de la preuve, clarification)
 - l'État doit prouver l'applicabilité du test d'opérateur en économie de marché (créancier privé) – il n'agit pas en tant que puissance publique
 - la Commission doit prouver l'application conforme de ce test

AIDES D'ÉTAT : RÉCUPÉRATION D'AIDES ILLÉGALES (DÉJÀ OCTROYÉES) (7)

- Voir communication “récupération” de 2019 (JOUE C 247, 23.7.2019)
- Principe jurisprudentiel codifié par le règlement de procédure (659/199 puis 2015/1589, art. 16)
 - récupération conséquence logique de l'illégalité (70/72) ; suppression de l'avantage résultant de l'aide illégale (“effacer l'avantage et ses effets” - C-350/93 & C-348/93) ; “éliminer la distorsion de concurrence causée par l'avantage concurrentiel procuré par l'aide illégale” (C-277/00) ;
 - obligations et pouvoirs étendus du juge national
- Interactions avec une procédure d'insolvabilité (bénéficiaire insolvable) :
 - récupération “par sortie du marché” si remboursement impossible (éviter transfert de l'avantage – voir *infra*) : récupération par liquidation (obligation de l'État d'engager cette procédure si créancier ou actionnaire)
 - inscription cette créance (+ intérêts au même rang) au tableau des créances (pas de transaction)
 - interdiction de poursuite temporaire de l'activité (récupération immédiate), sauf si ce plan garantit la récupération de l'aide (+ intérêts)
 - obligations des juridictions nationales – l'État doit contester tout jugement contraire
 - récupération de l'aide illégale acquise, si bénéficiaire a cessé ses activités et actifs vendus aux conditions du marché (procédure ouverte, transparente et non discriminatoire) – absence de continuité économique, v. *infra*)
- *Exemple : affaire « Air Lib »* - aides illégales dénoncées par Corsair (trib. comm. Créteil) – échec de la reprise, dépôt de bilan d'Air Lib et liquidation et redistribution des slots ; cessation activités vaut récupération (décision Commission 8.3.2006) - Recours en responsabilité des mandataires liquidateurs contre l'Etat (aides illégales ayant aggravé le passif en permettant la continuité de l'activité)
 - TA Melun, 25 juin 2014, rejet - CAA Paris, 9 novembre 2017, rejet appel - CE, n° 417165, 27 novembre 2020, annulation, renvoi CAA Paris

AIDES D'ÉTAT : SAUVETAGE ET RESTRUCTURATION (8)

- **Principes des lignes directrices de 2014** (expiration 31.12.2023) :
 - notion d'entreprise en difficulté ;
 - sauvetage : nature transitoire
 - restructuration : objectif de viabilité à long terme
 - aide unique (*one time, last time*) sauf « sauvetage + restructuration » et circonstances exceptionnelles et imprévisibles indépendantes du bénéficiaire
- **Sauvetage** : temporaire, réversible, minimum nécessaire (formule) ; conditions (social, défaillance des marchés, prêt ou garantie, six mois, rémunération : IBOR 1 an + 400 bps)
- **Restructuration**:
 - démonstration d'un retour à la viabilité à long terme par la mise en œuvre d'un plan de restructuration ;
 - montant minimum de l'aide au travers d'une contribution propre de l'entreprise (50% grandes entreprises) aux coûts de la restructuration et une répartition des charges suffisantes (actionnaires) ;
 - mesures visant à limiter les distorsions de concurrence (servant de « compensations » pour les concurrents du bénéficiaire, et connues sous le nom de « remèdes » ou « mesures compensatoires »: structurelles et comportementales) ; liaison avec viabilité à long terme et structure de concurrence
- Encadrement temporaire Covid-19 (expire 30.6.2022) et Ukraine : pas de restructuration obligatoire pour les entreprises en difficulté à cause du Covid-19 uniquement (pas en difficulté au 31.12.2019)

AIDES D'ÉTAT : REPRISE PAR UN ACQUÉREUR TIERS D'UN BÉNÉFICIAIRE D'AIDES ILLÉGALES (9)

- **Personnes devant rembourser** : bénéficiaire ou acquéreur en continuité économique
 - *Seleco* (décision 2000/536, 2.6.1999 - CJUE, C-328/99 et C-399/00): récupération en cas de disparition ou transfert de l'entreprise : même si liquidation et auprès de tiers - récupération auprès d'un tiers si continuité économique avec le bénéficiaire
 - *Banks* (CJUE, C-390/98) : bénéficiaire vendu au prix du marché; vendeur conserve le bénéfice de l'aide (remboursement de l'aide par le vendeur)
 - *Allemagne c. Commission* (CJUE, C-277/00 – share deal)
 - *Electrabel et Dunamenti* (CJUE, C-357/14 P - prix du marché protège acheteur mais pas l'entreprise (ou « l'activité ») achetée
- Ce qui compte c'est la **continuité économique** de l'activité subventionnée

AIDES D'ÉTAT : REPRISE PAR UN ACQUÉREUR TIERS D'UN BÉNÉFICIAIRE D'AIDES ILLÉGALES (10)

- **Continuité économique** de l'activité subventionnée : faisceau d'indices
 - **objet du transfert**
 - actifs et passifs
 - maintien de la force de travail
 - actifs groupés
 - **prix du transfert**
 - **identité des actionnaires** ou des **propriétaires** de l'entreprise repreneur et de l'entreprise de départ
 - **moment** où le transfert a lieu
 - après le début de l'enquête
 - après l'ouverture de la procédure formelle d'examen
 - après la décision finale
 - **logique économique** de l'opération

AIDES D'ÉTAT : REPRISE PAR UN ACQUÉREUR TIERS D'UN BÉNÉFICIAIRE D'AIDES ILLÉGALES (1 1)

- **Références de la pratique décisionnelle et jurisprudence**
- Important ! Pratique de **décisions sui generis de la Commission** pour le **juge de commerce** connaissant de la reprise d'une entreprise en difficulté ayant bénéficié d'aides illégales :
- Arrêts
 - *Mory e.a /Commission*, C-33/14 P
 - *Italie et SIM 2 Multimedia Spa/Commission*, C-328/99 et C-399/00
 - *Allemagne/Commission*, C-277/00
 - *Grèce / Commission*, T-415/05, T-416/05 et T-423/05
 - *Commission / France*, C-214/07
- Décisions de la Commission
 - 2 juin 1999, Seleco SpA, JO L 227 du 02.06.1999
 - 1^{er} octobre 2014, SA.31550, Nürburgring, JO L 34 du 10.2.2016 (« décision 1 » déclarant illégales et incompatibles certaines des mesures de soutien en faveur des vendeurs (Rhénanie-Palatinat) du Nürburgring, tout en décidant que Capricorn (acheteur) n'était pas concerné par une éventuelle récupération des aides aux vendeurs ; « décision 2 » déclarant que la vente du Nürburgring à Capricorn ne constituait pas une aide d'État ; décision 1 contestée devant le Tribunal déclarant ce recours irrecevable et confirmé sur pourvoi ; décision 2 contestée également devant le Tribunal dont le rejet au fond est annulé par la Cour – la Commission devant reprendre la procédure – voir c-647/19 P et C-665/19 P)
 - 4 avril 2012, SA.34547, Sernam (décision sur la continuité – sui generis)
 - 31 juillet 2014 SA.34791, Val Saint-Lambert, JO L 269 du 15.10.2015
 - 31 août 2014, SA.38810, Val Saint-Lambert (décision sur la continuité – sui generis)

THANK YOU!

SheppardMullin

- Jacques Derenne
- Partner, Brussels & Paris bars
- Head of EU Competition & Regulatory
Professor, University of Liège
jderenne@sheppardmullin.com
- +32 2 290 79 05
- +32 495 27 80 19



Sheppard, Mullin, Richter & Hampton LLP
IT Tower
Avenue Louise 480 Louizalaan
B-1050 Brussels
www.sheppardmullin.com
Université de Liège
[LL.M Uliège](#)
[Brussels School of Competition](#)