

e u r o f e n i x

La revue d'INSOL Europe

Printemps 2017



Cyber-risque :
Les conséquences pour notre profession

Signes précoces de crise
Quand une lumière rouge devrait s'allumer

Et aussi dans ce numéro :

- **Le nouvel « âge de la dette »**
- **Procédures étrangères en Russie**
- **Optimisation des procédures dans le Code grec de l'insolvabilité**
- **Pour quoi les statistiques comptent pour notre profession**

...et plus

Numéro 67 : €30

N°ISSN 1752-5187

Contacts Insol Europe

Adresse postale :

INSOL Europe

PO Box 7149

Clifton, Nottingham NG11 6WD, Royaume Uni

Renseignements :

Caroline Taylor

Tél./Fax : +44 115 878 0584

E-mail : carolinetaylor@insol-europe.org

Site internet : www.insol-europe.org

Comité exécutif :

Président : Steffen Koch

(steffen.koch@hww-kanzlei.de)

Président adjoint : Radu Lotrean (radu.lotrean@citr.ro)

Vice-président : Alistair Beveridge

(abeveridge@alixpartners.com)

Président précédent : Alberto Núñez-Lagos

(alberto.nunez-lagos@uria.com)

Trésorier : Jim Luby

(lubyj@mcstayluby.ie)

Directeur administratif : Caroline Taylor

(carolinetaylor@insol-europe.org)

Secrétariat:

Communication:

Paul Newson

(paulnewson@insol-europe.org)

Comité des pays de l'Europe Orientale (EECC)

Florica Sincu, Secrétaire

(floricasinu@insol-europe.org)

Co-ordinateur membres et enregistrements aux conférences:

Wendy Cooper

(wendycooper@insol-europe.org)

Co-ordinateur parrainages:

Hannah Denney

(hannahdenney@insol-europe.org)

Responsables techniques:

Emmanuelle Inacio & Myriam Mailly

(technical@insol-europe.org)

Responsables des comités et groupes de travail :

Branche Anti-fraude :

David Ingram (david.ingram@uk.gt.com)

Eitan Erez (eitan@eitan-erez-law.com)

Branche Judiciaire :

Heinz Vallender (hvallender@t-online.de)

Branche Redressement :

Alberto Núñez-Lagos

(alberto.nunez-lagos@uria.com)

Rita Gismondi (rgismondi@gop.it)

Comité constitutif : Catherine Ottaway

(ottaway@hocheavocats.com)

Comité des pays de l'Europe Orientale (EECC) :

Radu Lotrean (radu.lotrean@citr.ro)

Evert Verwey (evert.verwey@CliffordChance.com)

Comité technique du congrès de Varsovie, 2017:

Marcel Groenewegen (marcel.groenewegen@cms-dsb.com)

Pawel Kuglarz (pawel.kuglarz@wolftheiss.com)

Secrétaire : Emmanuelle Inacio (emmanuelleinacio@insol-europe.org)

Forum des mandataires d'insolvabilité

Marc André (mandrelaw@aol.com)

Daniel Fritz (Fritz@hermann-law.com)

Stephen Harris (sharris@uk.ey.com)

Groupe de jeunes membres :

Sabina Schellenberg (sschellenberg@froirop.ch)

Slavomir Cauder (cauder@giese.cz)

Groupe des établissements financiers:

Florian Joseph (florian.joseph@helaba.de)

Alistair Beveridge (abeveridge@alixpartners.com)

INSOL International :

Catherine Ottaway

(ottaway@hocheavocats.com)

Parrainages :

David Rubin (david@drpartners.com)

Frank Tschentscher (Ftschentscher@schubra.de)

Relations avec l'Union Européenne :

Robert Van Galen (robert.vangalen@nautadutilh.com)

YANIL

Jenny Gant (JenniferL.L.Gant@gmail.com)

S O M M A I R E

5	Annerose Tashiro : La lettre des co-rédacteurs en chef
6	Steffen Koch : Le message du Président
7	Actualités et événements : conférences, nouvelles parutions, nouvelles
12	Emmanuelle Inacio : Rubrique technique (Les statistiques françaises en matière d'insolvabilité)
14	Stephen Madaus : Le nouvel âge de la dette
18	Ludovic Van Egroo : Cyber-risques et les conséquences pour notre profession
24	RUSSIE - Ilya Kokorin : L'étrange cas de Vladimir Kekhman
28	Le Prix Richard Turton 2017
29	D. Burdette & P. Omar : Restructuration préventive
31	ITALIE - Giovanni Matteucci : Divulgence précoce des crises d'entreprise
37	GRÈCE - Yiannis G. Sakkas et Yiannis G. Bazinas : Optimisation des procédures dans le Code grec de l'insolvabilité
41	SLOVAQUIE - Vladimir Kordoš & Filip Takač : La résurrection de l'insolvabilité personnelle
43	Chris Laughton et Paul Omar présentent le « Commentaire sur le règlement européen sur l'insolvabilité » (éditeur : Oxford University Press)
46	Actualités par pays : Royaume Uni, République tchèque, Lettonie, Turquie, Etats-Unis
54	Séminaire d'une journée à Tel Aviv organisé par Insol International et INSOL Europe
55	Myriam Mailly : Rubrique technique (Pour quoi les statistiques comptent pour notre profession)
57	Dates pour votre calendrier

3

Note : le numéro en français ne reprend pas les publicités, les photos et la page des sponsors : pour les consulter voir la **version anglaise**.

Contacts eurofenix

<p>Co-Rédacteurs en chef : Guy Lofalk , Lofalk Advokatbyrå AB (Stockholm) Annerose Tashiro, Schultze & Braun (Achern)</p> <p>Comité exécutif de rédaction : Emmanuelle Inacio, technical@insol-europe.org Guy Lofalk, guy.lofalk@lofalk.se Paul Newson, paulnewson@pndesign.co.uk Florica Sincu, floricasincu@insol-europe.org Annerose Tashiro, atashiro@schubra.de Louise Verrill, lverrill@brownrudnick.com</p> <p>Comité de rédaction :</p> <p>Harald Bußhardt, hbusshardt@schubra.de Giorgio Cherubini, Gcherubini@explegal.it David Conaway, dconaway@slk-law.com Pau Donat, donat@gabinetebegur.com Edvins Draba, edvins.draba@sorainen.com Elizabeth Elliott, elizabeth.elliott@shlegal.com Martine Gerber, mgerber@opf-partners.com Frank Heemann, frank.heemann@bnt.eu Enda Lowry, lowry@mcstayluby@luby.ie Giulia Pusterla, giulia@giuliapusterla.it Ana-Irina Sarcane, irina.sarcane@sarcane.ro Catarina Serra, csserra@gmail.com Caroline Taylor, carolinetaylor@insol-europe.org Michael Tierhoff, michael.tierhoff@tmpartner.de Jesper Trommer Volf, jtv@delacour.dk Jean-Luc Vallens, vallensjl@ymail.com Evert Verwey, evert.verwey@cliffordchance.com</p>	<p>eurofenix est publié par PNDdesign pour le compte d'INSOL Europe.</p> <p>Toute correspondance, y compris toute proposition d'article, doit être adressée à: Paul Newson - PNDdesign, pndesign@icloud.com</p> <p>eurofenix français Parrainé par CNAJMJ – France Editeur/Renseignements/ Proposition d'article : Florica Sincu floricasincu@insol-europe.org</p> <p>Traduction : Gabrielle Allemand (gamtrad@free.fr)</p> <p>Imprimeur de la version anglaise : MRP Print eurofenix@mrp.uk.com</p> <p>Publicité et ventes : Edward Taylor - MRP Print eurofenix@mrp.uk.com Jubilee House, Nottingham Road, Basford, Nottingham NG7 7BT Royaume Uni Tél. +44 115 955 1000</p>	<p>Le futur numéro sera publié en Juillet 2017</p> <p>Date limite articles à obtenir en écrivant à Paul Newson : paulnewson@pndesign.co.uk</p> <p>Copyright : INSOL Europe 2017</p> <p>Aucun extrait de la présente lettre d'information ne pourra être reproduit ou transféré, sous quelque forme et par quelque biais que ce soit, sans l'accord préalable d'INSOL Europe</p> <p>Images : @Fotolia.com (s'il n'y a pas une autre mention)</p> <p>EUROFENIX et <i>eurofenix</i> sont des marques enregistrées au nom d'INSOL Europe</p>	<p>Avertissement :</p> <p>La présence d'une erreur ou omission dans les articles publiés n'engagera nullement la responsabilité, à quelque titre que ce soit, de la rédaction, la production, ou du comité exécutif d'INSOL Europe.</p> <p>Les opinions exprimées dans les articles publiés dans la présente revue ne sont pas nécessairement partagées par les rédacteurs en chef, la production, ou l'un ou l'autre des représentants d'INSOL Europe, ou bien par les sociétés et les organisations auxquelles appartiennent les auteurs des articles.</p>
---	---	--	---

Bienvenue
La lettre des co-rédacteurs-en-chef

Le mot de bienvenue des co-rédacteurs-en-chef

Alors que j'écris ces lignes, je suis à New York, où les retournements de veste en politique sont LE sujet d'actualité dont tout le monde parle. Pourtant, c'est de stabilité et de prévisibilité que l'économie et donc les entreprises ont besoin pour fonctionner, si l'on veut pouvoir investir ou concevoir un concept de sauvegarde viable.

Les statistiques permettent de vérifier si l'environnement de sauvegarde créé par les législateurs fonctionne véritablement. Myriam Mailly, responsable technique d'INSOL Europe, nous explique pourquoi les statistiques comptent autant pour notre profession, quand nous voulons évaluer le potentiel d'« attractivité » des lois. À l'échelle mondiale, Emmanuelle Inacio nous rend compte du rapport 2017 de Dun & Bradstreet sur l'insolvabilité internationale, qui montre que les taux d'insolvabilité ont baissé dans seize pays sur vingt-trois en Europe, alors que la croissance économique ralentit. Le Royaume-Uni est le seul grand pays européen qui a enregistré une augmentation du taux d'insolvabilités en 2016 (10,1 %). Le Brexit ? Trump ? Marine Le Pen présidente ? Emmanuelle Inacio nous donne son avis.

En parlant d'évaluation réelle, les personnes insolvables qui peuvent ou ne peuvent pas obtenir de remise de dettes (et dans quelles conditions) connaissent très bien, pour l'avoir vécu, les répercussions que cela a sur leur famille et eux-mêmes. Par conséquent, l'une des initiatives de la Commission européenne, lorsqu'elle a présenté sa proposition de directive relative aux cadres de restructuration préventifs, à la seconde chance et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et d'apurement, avait pour but de garantir que les consommateurs et entrepreneurs aient accès à un mécanisme de remise de dettes dans un délai relativement bref. Cela va au point qu'un riche citoyen russe s'est « réfugié » en Angleterre pour y demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ! C'est Ilya Kokorine qui nous raconte son histoire.

Sur le même thème, les Grecs Yiannis G. Sakkas and Yiannis G. Bazinas nous présentent une nouvelle loi qui permet aux entrepreneurs honnêtes de demander une remise de dettes deux ans après la déclaration d'insolvabilité et d'être libérés de toutes leurs obligations résiduelles. Ces amendements sont parfaitement conformes à la recommandation de la Commission européenne concernant les nouveaux départs. De leur côté, Vladimír Kordoš et Filip Takáč nous expliquent la nécessité d'un amendement relatif aux insolvabilités personnelles en Slovaquie.

L'effacement des dettes peut sembler la dernière nouveauté à la mode, mais vous changerez peut-être d'idée en lisant l'article du professeur Madaus pour découvrir ce qu'est l'année jubilaire biblique et pourquoi nous devons saluer Hammurabi, de l'ancienne Mésopotamie, qui a été roi de Babylone de 1792 av. J.-C. à 1750 av. J.-C. (au cas où vous l'auriez oublié).

En tout état de cause, la proposition de la Commission européenne sera discutée au cours des mois et années à venir. Dans leur article, les professeurs David Burdette et Paul Omar s'intéressent sur les répercussions qu'ont les nouvelles propositions en faveur d'un cadre de restructuration préventif pan-européen sur les petites entreprises.

À la lecture de la proposition, beaucoup ont été intrigués par les idées de système d'alerte précoce et se sont demandé comment un tel système pourrait fonctionner. Giovanni Matteucci nous explique comment et pourquoi un tel indicateur d'alerte précoce qui existe et fonctionne effectivement en Italie n'est pas utilisé.

Je souhaite attirer votre attention sur un autre sujet important : la directive européenne de 2016 sur la sécurité des réseaux et des systèmes d'information, qui vise à protéger les activités numériques et celles de l'économie numérique sur le marché unique. Cela semble austère, je vous le concède. Mais n'oubliez pas que l'émergence de la cybercriminalité est l'un des plus gros risques auxquels sont exposées les sociétés du monde entier. En lisant l'article de Ludovic Van Egroo, vous saurez quels sont les enjeux pour les professionnels de l'insolvabilité.

Enfin, je vous invite à prendre note de la première formation INSOL Europe qui a eu lieu en Roumanie. Pendant deux jours, le professeur Ignacio Tirado et d'autres intervenants ont présenté d'un point de vue théorique les principaux aspects de la restructuration et de l'insolvabilité des entreprises, et ont abordé deux études de cas avec la soixantaine de délégués présents. Ces formations se poursuivront en Roumanie cette année, puis dans d'autres pays les années suivantes. J'espère que vous apprécierez ce numéro d'*eurofenix* autant que moi !

Annerose Tashiro

x x x
x

La lettre du Président

Chers Membres

de la famille INSOL Europe

Nous avons besoin de votre enthousiasme et d'un peu de votre temps pour couvrir toutes les activités au sein de l'Association :

Branche Anti-fraude

Branche Universitaire

Branche Judiciaire

Branche Redressement

Comité des pays de l'Europe Orientale (EECC)

Forum des mandataires d'insolvabilité

Groupe de jeunes membres

Groupe des établissements financiers

Relations avec l'Union Européenne

YANIL

Si vous souhaitez participer activement aux activités de notre famille, n'hésitez pas à contacter les responsables des groupes de travail (voir page 2) ou à me contacter directement (steffen.koch@hww.eu)

J'attends de vos nouvelles !

Steffen Koch est le Président d'INSOL Europe

x x x
x

7

Actualités et événements

Actualités

Nous accueillons volontiers les propositions d'articles et d'actualités. Pour savoir plus sur les modalités de rédaction et sur le calendrier de remise des articles pour l'année prochaine, veuillez contacter Paul Newson, directeur de publication, à l'adresse paulnewson@insol-europe.org.

Une soixantaine de délégués a assisté à la première formation INSOL Europe en Roumanie

Emmanuelle Inacio nous rend compte du premier module de la « Formation de haut niveau d'INSOL Europe concernant le droit de l'insolvabilité dans les pays d'Europe orientale », qui s'est tenu du 2 au 4 février 2017 à Bucarest.

Une soixantaine d'avocats, prêteurs, praticiens de l'insolvabilité, juges, représentants de l'Institut national de la magistrature, de l'Institut national pour la formation des praticiens de l'insolvabilité

et du Syndicat national des praticiens de l'insolvabilité roumains ont assisté au premier module du cours consacré aux « Bonnes pratiques internationales et exemples comparatifs ».

Le responsable du programme de cette formation de haut niveau, le professeur Ignacio Tirado (Universidad Autonoma de Madrid, Espagne), accompagné de trois experts internationaux, à savoir le professeur Irit Mevorach (Université de Nottingham, Royaume-Uni), le professeur Riz Mokal (avocat, South Square et University College London, Royaume-Uni) et le professeur Michael Veder (université Radboud, Nimègue, Resor, Pays-Bas), ont présenté aux participants les normes internationales et les meilleurs exemples comparatifs concernant les principaux éléments de la restructuration et de l'insolvabilité des entreprises.

Les deux premières journées portaient sur l'analyse théorique, mais en intégrant systématiquement des exemples comparatifs des systèmes existant dans les différents pays, ainsi que des exemples pratiques d'affaires et de décisions de justice. La dernière journée de ce module était organisée en deux séances d'études de cas.

Mihaela Carpus-Carcea, responsable législative à la Commission européenne, a conclu le premier module en présentant la proposition de directive sur les cadres de restructuration préventifs.

Jusqu'à présent, les réactions sont très positives. L'une d'entre elles les résume particulièrement bien. La juge Nicoleta Mirela Nastasie parle de ce cours en ces termes : « [ce cours] était une occasion importante d'améliorer mes activités de formation, d'en apprendre davantage sur les récents développements du droit international de l'insolvabilité auprès des meilleurs spécialistes du domaine [...].Le domaine de l'insolvabilité internationale me passionne de plus en plus et j'espère avoir la chance d'élargir mes connaissances et de pouvoir transmettre ma passion à d'autres personnes dans mon secteur d'activité. »

8

Le second module, consacré à l'analyse de sujets pertinents en lien avec le régime de l'insolvabilité roumain, sera présidé par le directeur local du programme de la Formation de haut niveau, Radu Lotrean (CITR, Roumanie), et par des experts locaux. Il aura lieu du 29 juin au 1^{er} juillet 2017.

Nous sommes impatients d'assister à une autre formation réussie en Roumanie et, par la suite, dans d'autres pays d'Europe orientale. Pour tous renseignements complémentaires, rendez-vous sur notre site, à l'adresse www.insol-europe.org/education/courses2017

Nous remercions le CITR, qui parraine notre programme de formation en Roumanie.

Tous les regards tournés sur l'insolvabilité

Myriam Mailly nous rend compte de la conférence internationale d'une journée qui s'est tenue le 27 janvier 2017 à Amsterdam, à laquelle plus de 250 délégués ont participé.

Cette conférence internationale d'une journée, intitulée « Conception des procédures de pré-insolvabilité du futur », s'est tenue à Amsterdam le 27 janvier 2017. Elle était organisée par

RESOR et par le Centre de recherche commercial et juridique de l'université Radboud, en coopération avec INSOL Europe et la Commission européenne.

Elle a débuté par une présentation du projet de proposition de la Commission européenne pour une directive relative aux cadres de restructuration préventifs, à la seconde chance et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et d'apurement, publié le 22 novembre 2016 (le « projet de proposition »).

Pendant la conférence, plusieurs thèmes figurant dans le projet de proposition ont été abordés d'un point de vue juridique, économique et financier. Avant de se lancer dans le débat sur les points forts et les points faibles du projet de proposition, la question de savoir ce que sont les procédures de pré-insolvabilité a été abordée. En particulier, les fondements normatifs (instrument d'insolvabilité) et les objectifs (tout type de restructuration, y compris la liquidation au moyen d'une cession du fonds de commerce sans cessation de l'activité) de ce type de procédure ont été mis en avant. Ensuite, des recommandations ont été faites sur les divers aspects du processus de restructuration préventive, tels que décrits dans le projet de proposition, notamment la nécessité de préciser le champ d'application des décisions précoces (c'est-à-dire quand le tribunal intervient avant l'étape de confirmation). Par contraste, les participants étaient de l'avis que le projet de proposition ne devrait pas inclure d'obligation d'approbation préalable de la divulgation ni d'audience obligatoire pour la confirmation du plan de restructuration (cette audience devrait être seulement une possibilité ouverte aux parties, en fonction de leurs besoins).

L'accent a ensuite été mis sur la nécessité de préciser certains points relatifs au processus d'adhésion forcée, en particulier l'évaluation du fonds de commerce (ou des actifs) de l'entreprise. Les difficultés relatives au mécanisme d'adhésion forcée interclasses ont été évoquées, faisant qu'il a été nécessaire d'expliquer pourquoi ce sujet continuait de susciter des débats aux États-Unis.

D'autres aspects concernant la question de l'évaluation ont été abordés sous l'angle judiciaire (le rôle que jouent les experts dans le processus d'évaluation et le rôle des tribunaux s'agissant du traitement des informations confidentielles et des moyens procéduraux permettant de réduire la durée du processus d'évaluation).

Les discussions ont également porté sur le fait qu'il pourrait être possible, pour le législateur européen, de clarifier certaines dispositions du projet de proposition concernant la suspension, le maintien en vigueur des contrats exécutoires et la protection des financements (nouveaux / provisoires) dans le cadre d'une procédure de restructuration préventive.

À la fin de la conférence, une séance interactive reposant sur un scénario fictif a permis aux délégués de se rendre compte des incertitudes qui restent sans réponse lorsqu'un plan de restructuration concernant une société mère et ses filiales établies dans plusieurs États membres est prévu au titre de l'application (future) du règlement 2015/848.

Les co-présidents de la conférence (Nico Tollenaar et Michael Veder) souhaitaient que cette séance facilite les échanges non seulement entre les intervenants mais également avec le public.

Cela a ensuite été l'occasion d'ouvrir les débats sur l'opportunité et la faisabilité de l'harmonisation du droit de l'insolvabilité au niveau de l'UE.

De plus amples renseignements et des photographies de la conférence sont disponibles à l'adresse www.eyesoninsolvency.com

Conférence internationale R3-INSOL Europe sur la restructuration

Londres, 19 mai 2017

Le programme complet et des informations détaillées seront publiés prochainement

La 14^e conférence internationale sur la restructuration, organisée conjointement par R3, l'association britannique des professionnels de la restructuration, et INSOL Europe, se tiendra à Londres le 19 mai prochain.

Elle débattera de questions d'actualité tirées d'affaires transfrontalières et internationales, proposées par des intervenants très actifs dans le domaine du contentieux transfrontalier. Son contexte international diversifié, permettant un point de vue équilibré sur toutes ces questions, en fait un événement à ne pas rater.

Les séances techniques seront organisées autour de plusieurs présentations, discussions et études de cas. Les délégués seront pleinement informés des principaux développements dans ce domaine, ce qui leur apportera les outils nécessaires pour aborder la prochaine phase d'insolvabilités et restructurations transfrontalières. Cette conférence technique s'adresse à tous les professionnels de l'insolvabilité et de la restructuration intéressés par les matières transfrontalières, notamment les praticiens de l'insolvabilité, avocats, conseillers financiers, prêteurs, investisseurs spécialisés dans les actifs dévalorisés, juges et universitaires.

Tarif : à partir de 370 GBP HT seulement. Pour en savoir plus, rendez-vous sur le site www.r3.org.uk ou envoyez un message à l'adresse courses@r3.org.uk.

Nouvelle parution : Droit de l'insolvabilité (2^e édition révisée et augmentée)

Éditeur : Wolters Kluwer, Prague

Auteur : Tomáš Richter, Of Counsel, Clifford Chance LLP, Prague

Éditeur : 2017, 2^e édition

624 pages

Prix : 880 CZK

ISBN : 978-80-7552-444-7

En février 2017, la filiale tchèque de Wolters Kluwer a publié la deuxième édition du traité de Tomáš Richter, intitulé *Insolvenční Právo*.

Cette deuxième édition reprend la structure et la méthodologie de la première, parue chez le même éditeur en 2008. Toutefois, elle a été complètement révisée et augmentée.

En 624 pages, elle offre une analyse critique du fonctionnement de la réforme de 2006 de la loi sur l'insolvabilité, examinant à la fois des questions générales de résolution formelle de l'insolvabilité et les applications de l'insolvabilité aux grandes entreprises débitrices non financières.

Tandis que la première édition se concentrait essentiellement sur la méthode de réglementation orientée sur le marché de la réforme et son contraste par rapport à la loi sur la faillite et les concordats, abrogée fin 2007, la deuxième édition ajoute une analyse approfondie de la pratique en matière d'insolvabilité des entreprises, établie ces neuf dernières par la pratique du marché et les opinions judiciaires.

Cette deuxième édition a également subi l'influence des nouveaux codes de droit privé tchèque, adoptés avec effet au 1^{er} janvier 2014. Enfin, elle accorde davantage d'attention aux règles et principes strictement procéduraux et leur rôle de garant de la régularité des procédures légales dans la résolution formelle de l'insolvabilité.

Elle reflète les amendements successifs que la loi sur l'insolvabilité a connus depuis 2006, notamment le dernier ensemble de modifications importantes prévues par le projet de loi 785, qui n'avait pas encore été adopté à l'heure où cet ouvrage était écrit.

L'auteur, Tomáš Richter, est Of Counsel au sein du bureau de Prague de Clifford Chance LLP. Il enseigne à l'Institut d'études économiques de la faculté de sciences sociales de l'université Charles de Prague. Entre 2011 et 2014, il était professeur (chaire de droit de l'insolvabilité internationale des entreprises) à la faculté de droit de l'université Radboud. Membre du Forum universitaire d'INSOL Europe depuis 2006, il siège au conseil de surveillance depuis 2008. Il est membre de l'International Insolvency Institute depuis 2015 et de la Conference of European Restructuring and Insolvency Law depuis 2016. En 2012, il a siégé au conseil des experts privés que la Commission européenne a consulté concernant la refonte du règlement européen 2015/848 sur l'insolvabilité, puis, en 2016, au conseil consulté concernant un projet de directive sur certains aspects des lois sur la restructuration dans l'UE.

11

Supplément au commentaire sur la loi suisse sur la poursuite pour dettes et sur la faillite

Thomas Bauer, membre du conseil d'INSOL Europe, et Daniel Staehelin, ancien président, rédacteurs du commentaire qui fait autorité sur la loi sur la poursuite pour dettes et sur la faillite (*Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*), ont récemment publié un supplément à la deuxième édition datant de 2010.

Daniel Staehelin a commenté les articles 1 à 219 et Thomas Bauer les articles 220 à 349.

Le supplément contient un résumé de toutes les décisions de justice publiées en Suisse depuis 2010 ainsi que des commentaires approfondis sur les nouveaux articles entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2014, suite à la révision des articles concernant la restructuration des entreprises et l'insolvabilité des groupes d'entreprises après l'effondrement de la compagnie aérienne Swissair.

www.schulthess.com

Rubrique technique

Les statistiques françaises en matière d'insolvabilité : *Fluctuat nec mergitur* ?

Emmanuelle Inacio examine en détail les statistiques françaises en matière d'insolvabilité*

Le rapport 2017 de Dun & Bradstreet sur l'insolvabilité internationale¹ montre que les taux d'insolvabilité ont baissé dans seize² pays sur vingt-trois³ en Europe, alors que la croissance économique ralentit.

Le Royaume-Uni est le seul grand pays européen à enregistrer une augmentation du taux d'insolvabilités en 2016 (10,1 %), à cause d'un pic au quatrième trimestre, après les résultats du referendum en faveur du Brexit, étant, paradoxalement, en même temps, l'un des pays dont l'économie connaît la croissance la plus rapide.

D'après la douzième édition du rapport Deloitte Altares sur « l'entreprise en difficulté en France »⁴, en 2016, la France, comme les autres pays de l'Union européenne, a enregistré une baisse de 8,3 % du nombre de procédures d'insolvabilité ouvertes.

En 2016, 57 844 procédures d'insolvabilité ont été ouvertes (contre 63 081 en 2015), dont 39 263 procédures de liquidation, 17 288 procédures de réorganisation et 1 293 procédures de sauvegarde⁵.

Si le nombre de procédures d'insolvabilité ouvertes au deuxième trimestre 2016 a connu une faible baisse de 2,7 % par rapport à l'année précédente (à cause des grèves des magistrats en mai et juin 2015), les premier et troisième trimestres 2016 ont été marqués par un recul de 10,1 et 12 % par rapport aux périodes correspondantes en 2015. Le dernier trimestre 2016 a même été marqué par un repli de 12,2 %, avec l'ouverture de 13 971 procédures d'insolvabilité, ce qui est proche des chiffres enregistrés avant la crise financière précédente (13 662).

Les attaques terroristes qui ont eu lieu à Paris le 13 novembre 2015 ont eu des répercussions économiques immédiates à court terme, mais qui n'ont pas duré⁶.

Depuis 2009, l'espoir de repasser sous la barre des 15 000 procédures d'insolvabilité au dernier trimestre, et de 60 000 pour l'année, semblait toujours plus incertain. En 2016, ce but a été atteint.

¹ <http://www.dnb.com/perspectives/finance-credit-risk/2017-global-bankruptcy-trends-report.html>

² Serbie (- 50,8 %) ; Bosnie (- 32,5 %) ; Portugal (- 22,9 %) ; Bulgarie (- 21,8 %) ; Espagne (- 17,9 %) ; Pays-Bas (- 16,2 %) ; Russie (- 13,8 %) ; Turquie (- 10 %) ; France (- 8,8 %) ; Pologne (- 8,7 %) ; Italie (- 7,7 %) ; Slovaquie (- 7,5 %) ; Belgique (- 6,2 %) ; Allemagne (- 6,1 %) ; Finlande (- 5,1 %) ; Suède (- 5 %).

³ Norvège (3,9 %) ; Slovaquie (4,4 %) ; Autriche (6,6 %) ; Suisse (9,3 %) ; Royaume-Uni (10,1 %) ; République tchèque (21 %) ; Danemark (69 %).

⁴ http://www.altares.com/fr/actualites/nos-publications/barometres-181/article/12eme-edition-de-l-etude-deloitte-altares-l-entreprise-en-difficulte-en-france?id_rubrique=181&id_article=354

⁵ <http://www.altares.com/fr/actualites/nos-publications/defaillances-et-sauvegardes-186/article/defaillances-d-entreprises-en-france-4eme-trimestre-2016-et-bilan-annuel-2016#up>

⁶ « Les statistiques françaises en matière d'insolvabilité », *eurofenix*, hiver 2015-2016, numéro 63, p. 45.

Coup de projecteur...

Plus précisément, le nombre de sociétés insolvable employant plus de dix salariés est à son niveau le plus bas depuis 2008, avec une diminution de 34,8 % en 2016 par rapport à l'année précédente. De la même manière, le nombre de sociétés insolvable employant plus de cinquante salariés a diminué de 31,2 % en 2016 par rapport à l'année précédente.

Il est important de souligner qu'un grand nombre de procédures d'insolvabilité ouvertes en 2016 concernent les petites entreprises employant une ou deux personnes : elles ont baissé de 5,3 % en 2016. Par conséquent, le nombre d'emplois menacés a diminué de 17,4 % en 2016, représentant le niveau le plus bas depuis 2008 (193 649 emplois menacés en 2016 contre 234 453 en 2015).

D'autre part, si l'on observe les statistiques concernant les créations d'entreprises, 554 000 entreprises (188 800 sociétés, 142 400 sociétés unipersonnelles et 222 800 travailleurs indépendants) ont été créées en France en 2016, soit une augmentation de 6 % par rapport à l'année précédente, ce qui signifie par conséquent que 10,44 % seulement des entreprises créées en 2016 en France ont connu une défaillance.

Facteurs importants

Les statistiques en matière d'insolvabilité n'incluent que les procédures publiques et collectives de redressement judiciaire, de liquidation judiciaire et de sauvegarde. Néanmoins, la douzième édition du rapport Deloitte Altares sur les entreprises en difficulté en France avance que 2 467 restructurations préventives et confidentielles ont été ouvertes en 2015, soit une augmentation de 3 % par rapport à l'année précédente, dont 65 % étaient des procédures de mandat *ad hoc*.

Ces procédures préventives et confidentielles concernent 612 001 emplois, soit une augmentation de 5 % par rapport à 2015, à cause d'une augmentation de la taille des affaires. Les procédures préventives et confidentielles, qui représentent 4 % du total des procédures de 2016, concernent 76 % des emplois menacés. Une procédure préventive sur deux réussit à préserver les emplois dans les meilleures conditions possibles.

Le recours de plus en plus fréquent aux procédures préventives montre que la culture de la sauvegarde existe en France, comme le demande la proposition de la Commission européenne de directive relative aux cadres de restructuration préventifs, à la seconde chance et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et d'apurement, modifiant la directive 2012/30/UE⁷. De fait, étant donné que les procédures de conciliation et de mandat *ad hoc* ne sont ouvertes qu'à la demande du débiteur, les dirigeants cherchent désormais à résoudre leurs difficultés financières plus tôt, ce qui devrait être perçu comme un grand pas en avant dans la prévention de l'insolvabilité.

Tendance à la hausse

Par ailleurs, les dernières données macroéconomiques publiées sont surprenantes, soulignant une tendance profonde à l'amélioration de l'économie française. Le taux de chômage général est tombé à son niveau le plus bas depuis la fin 2011 et les indices des directeurs d'achat dans les secteurs de

⁷ http://ec.europa.eu/newsroom/just/itemdetail.cfm?item_id=50043

la fabrication, de la vente de détail et des services continuent leur progression, si l'on en croit le rapport 2017 de Dun & Bradstreet.

Toutefois, les élections présidentielles des 23 avril et 7 mai, suivies des législatives des 11 et 18 juin 2017, pourraient menacer ces chiffres.

Politique politicienne

Le président sortant, François Hollande, est entré dans l'histoire en devenant le premier président depuis 1958 à ne pas briguer un second mandat, en raison de son impopularité, malgré ces chiffres encourageants.

François Fillon, conservateur libéral (mis en examen pour suspicion de détournement de fonds publics) ; Benoît Hamon, représentant de l'aile gauche et verte du parti socialiste ; Marine Le Pen, nationaliste d'extrême-droite, anti-immigration et anti-européenne (dont la chef de cabinet est mise en examen pour le détournement de fonds européens servant à payer des assistants parlementaires) ; Emmanuel Macron, centriste indépendant, ancien banquier d'investissement, pro-européen ; Jean-Luc Mélenchon, eurosceptique, anticapitaliste d'extrême-gauche : voici les principaux candidats.

Si les sondages indiquent que Marine Le Pen atteindra facilement le deuxième tour du 7 mai, tous la donnent perdante contre Emmanuel Macron ou François Fillon. Mais que se passera-t-il si les électeurs du Front républicain anti-Le Pen, regroupant toutes les familles politiques, qui s'est constitué au cours des élections présidentielles et législatives précédentes pour bloquer la victoire du Front national, ne se matérialise pas cette fois-ci ? De fait, les chances que la France soit sur le point d'ajouter un nouveau chapitre aux perturbations apportées par le Brexit et la présidence de Trump sont tout à fait réelles.

À suivre...

**Emmanuelle Inacio est responsable technique d'INSOL Europe*

x x x
x

Dette et insolvabilité

Le nouvel « âge de la dette »... et la fonction commune de la loi sur l'insolvabilité et la restructuration

Le professeur Stephan Madaus nous présente ses réflexions sur l'annulation des dettes dans un essai développant la présentation qu'il a livrée après le dîner lors de la récente conférence annuelle du Forum universitaire à Cascais (Lisbonne, Portugal)*

Nous assistons à un nouvel « âge de la dette⁸ » sans précédent. Près de dix ans après une crise financière que nous avons déclenchée en accumulant des dettes insoutenables dans les secteurs des ménages et financier, les niveaux d'endettement n'ont pas baissé.

⁸ Ce terme classique fait communément référence à la période allant du XIV^e au XVI^e siècle en Europe ; voir Delloyd J. Guth, *The Age of Debt, the Reformation and English Law*, dans Delloyd J. Guth et John W. McKenna (réd.), *Tudor*

Des années de stagnation économique et le coût des sauvetages du secteur financier en Europe, mais également une croissance excessive en Chine et dans d'autres pays en développement, sont responsables d'une augmentation constante de la dette mondiale.

D'après une étude réalisée en 2015 par le McKinsey Global Institute, la dette mondiale a augmenté de 57 billions de dollars depuis 2007, pour atteindre un montant total de 199 billions de dollars en 2015, dépassant largement la croissance du PIB mondial⁹. Les niveaux d'endettement élevés dans divers secteurs (État, ménages, entreprises et institutions financières) posent problème, car ils réduisent la capacité à financer les investissements ou la consommation à l'aide de nouvelles lignes de crédit, ce qui est mauvais pour le redressement économique.

Les niveaux d'endettement élevés ne sont pas une nouveauté. L'endettement et le surendettement ont toujours accompagné les économies. Les crises de la dette étaient déjà monnaie courante dans le Proche-Orient ancien¹⁰. Il est démontré que l'Europe a connu un surendettement structurel du XIII^e au XIX^e siècle¹¹. Le fait d'accorder des crédits et de vivre et travailler grâce à des lignes de crédit à court et long terme a toujours été le dénominateur commun des interactions humaines. Autrefois, lorsque les relations de crédit étaient des relations personnelles, les crédits n'étaient accordés qu'en fonction des normes et responsabilités sociales du créancier (sic !) plutôt qu'en fonction d'un espoir de remboursement rapide. Des recherches historiques¹² montrent qu'une façon courante de traiter un débiteur insolvable dans le cadre d'une relation de crédit personnelle, dans les communautés rurales de l'Angleterre du XIII^e siècle, mais aussi dans l'Allemagne du XIX^e siècle, consistait à suspendre les versements du principal pendant des décennies tout en attendant le paiement des intérêts et une compensation par un crédit impayé. En général, c'était le remboursement des crédits par des responsables (fiscaux ou ecclésiastiques) ou par des « tiers » (marchands étrangers ou juifs) qui était mis à exécution. De nos jours, la plupart de nos créanciers sont des « tiers », car ils ne sont pas contraints ni limités par la norme sociale lorsqu'ils mettent leurs droits à exécution.

15

Avec le temps, différentes stratégies ont été élaborées pour répondre au niveau élevé d'endettement d'un pays donné. Pour la majeure partie des sociétés, un réseau de dette était le tissu même de la cohésion sociale, et il n'avait pas vraiment pour vocation d'être remboursé¹³. Dans le cas contraire, un niveau élevé d'endettement était toujours une menace pour la paix sociale. Les

Rule and Revolution, 1982, 69 ; voir également Peter Schuster, *The Age of Debt? Private Schulden in der spätmittelalterlichen Gesellschaft*, dans Gabriele B. Clemens (éd.), *Schuldenlast und Schuldenwert, Kreditnetzwerke in der europäischen Geschichte 1300-1900*, 2008, 37.

⁹ McKinsey Global Institute, *Debt and (Not Much) Deleveraging*, février 2015, 15.

¹⁰ Voir Michael Hudson, dans Michael Hudson/Marc van den Mieroop (éd.), *Debt and Economic Renewal in the Ancient Near East*, 2002, 5 (28).

¹¹ Voir par ex. les articles de Gabriele B. Clemens (éd.), *Schuldenlast und Schuldenwert, Kreditnetzwerke in der europäischen Geschichte 1300-1900*, 2008.

¹² Dans l'ouvrage de Gabriele B. Clemens (éd.), *Schuldenlast und Schuldenwert, Kreditnetzwerke in der europäischen Geschichte 1300-1900*, 2008, cette pratique est mentionnée à plusieurs reprises ; voir par ex. Philipp R. Schofield, *Die Kreditvergabe im englischen manor court 1250-1350*, 21 (27-36) ; Peter Schuster, *The Age of Debt? Private Schulden in der spätmittelalterlichen Gesellschaft*, 37 (43-51) ; Gerald Grommes, *Netzwerke und Geschäftsstrukturen kastilischer Messebankiers im 16. Jahrhundert*, 84 (99-102).

¹³ Voir également Laurence Fontaine, *Die Bauern und die Mechanismen der Kreditvergabe*, dans Gabriele B. Clemens (éd.), *Schuldenlast und Schuldenwert, Kreditnetzwerke in der europäischen Geschichte 1300-1900*, 2008, 109 (118-130).

débiteurs essayaient alors de se débarrasser de leurs créanciers par des moyens violents. Les paysans, en particulier, se rebellaient contre leurs propriétaires fonciers (et créanciers)¹⁴. La politique de la table rase était une réponse précoce à une crise de la dette qui avait le potentiel de déclencher des soulèvements. Dans la Mésopotamie ancienne, le Code de Hammourabi prévoyait déjà que les dirigeants, pendant leur première année de règne, « restaurent l'ordre » et « la droiture » en annulant les dettes de leurs paysans (dette d'orge et privilèges hypothécaires)¹⁵, tradition qui remontait à la Bible et à l'année jubilaire (annulation de la dette tous les sept ans)¹⁶, mais qui n'a pas été pratiquée de manière pertinente, d'un point de vue économique, depuis des siècles.

Une autre façon d'abaisser rapidement le niveau général d'endettement est l'hyperinflation. Toutefois, cette solution comporte des conséquences socio-politiques indésirables, comme on a pu le voir dans les années 1920 en Allemagne, avec les répercussions traumatiques que cela a eu. L'hyperinflation est synonyme de restructuration de dette violente et anarchique pour tous les acteurs du marché, simultanément. C'est un « mécanisme brutal qui permet de réduire la valeur réelle des dettes¹⁷ ».

Pendant des siècles, la façon la plus pratique de gérer des niveaux élevés d'endettement et le surendettement consistait à attendre la dissolution du débiteur (et de ses dettes). Cette solution est évidente pour les entreprises, qui peuvent être liquidées en application du droit des sociétés, mais également (en cas de surendettement) du droit de l'insolvabilité. Ce procédé a toujours abouti au paiement des créanciers (en partie) à partir des actifs restants et à l'annulation de toutes les dettes impayées, l'entreprise étant dissoute.

Dans le cas où le débiteur est une personne physique, l'annulation des dettes n'est pas si différente si l'on prend le cas des procédures d'insolvabilité courantes concernant la succession d'un défunt (insolvable). La seule différence majeure concerne l'enchaînement des événements : dans une liquidation d'entreprise, la liquidation de la masse intervient avant la dissolution (décès) de l'entité, tandis que c'est le contraire pour les personnes physiques. De ce point de vue, le droit de l'insolvabilité et les procédures d'insolvabilité ont toujours joué un rôle important dans la gestion du surendettement et des prêts non performants dans les économies de marché.

Le drôle du droit de l'insolvabilité semble encore plus pertinent si l'on ajoute les procédures de restructuration à l'analyse. Les marchands surendettés mais honnêtes ont toujours bénéficié de restructurations de dettes contractuelles dans le cadre de leur réseau de marchands¹⁸. Les lois sur l'insolvabilité des grandes capitales commerciales médiévales, telles que Ferrare, Florence ou Milan, prévoyaient toutes des règles statutaires correspondantes, qui facilitaient la renégociation des accords contractuels en permettant un vote majoritaire dans le cas d'une procédure

¹⁴ Pour des exemples historiques, voir par ex. David Graeber, *Debt. The First 5 000 Years*, 2012, p. 231.

¹⁵ Michael Hudson, dans Hudson / Van den Mierop (éd.), *Debt and Economic Renewal in the Ancient Near East*, 2002, 5 (30).

¹⁶ Voir le *Deutéronome*, 15:1-3. Dans le *Lévitique*, 25:8-31, le jubilé n'a lieu qu'une fois tous les cinquante ans.

¹⁷ Josef E. Stiglitz et Daniel Heymann, *Life after Debt, The Origins and Resolutions of Debt Crises*, 2014, 19.

¹⁸ Voir Gerald Grommes, *Netzwerke und Geschäftsstrukturen kastilischer Messebankiers im 16. Jahrhundert*, dans Gabriele B. Clemens (éd.), *Schuldenlast und Schuldenwert, Kreditnetzwerke in der europäischen Geschichte 1300-1900*, 2008, 84 (99).

d'insolvabilité formelle dirigée à l'encontre d'un marchand (concordat)¹⁹. Le privilège d'un concordat n'a été étendu aux non-commerçants qu'assez récemment. Aujourd'hui, le droit civil moderne prévoit que tout consommateur se comporte comme un marchand, c'est-à-dire qu'il gère sa solvabilité et sa liquidité, qu'il compare les offres concurrentes, souscrive une assurance et assume des risques sur le marché en lien avec des biens de consommation et services. Une possibilité de restructuration de dette facilitée serait donc cohérente avec cette image du consommateur.

Une analyse fonctionnelle des procédures d'insolvabilité et de restructuration révèle que toutes ces procédures ont un effet commun : l'annulation des dettes. Cela semble être bien connu des macro-économistes qui prônent une décentralisation de la réduction de la dette, « gérée au quotidien par le biais de renégociations privées ou de procédures de faillite formelles [...] sans entraîner autre chose que des 'bruits de fond' de faible intensité pour le système dans son entièreté²⁰. »

En même temps, ces procédures ont une autre fonction commune : elles fournissent un mécanisme procédural qui permet d'identifier quelle partie de sa dette un débiteur est encore capable de servir. Sur l'ensemble des dettes d'un débiteur, ce ne sont que les prêts non performants qui sont annulés. Ce mécanisme apparaît clairement dans les procédures de liquidation. Dans ce cas, le recouvrement de toutes les créances, ainsi que la saisie et la liquidation de tous les actifs, permettent de déterminer précisément la capacité du débiteur à rembourser ses dettes à la fin de la procédure. S'agissant d'une entreprise ou de personnes décédées, c'est aussi le moment où elles sortent du marché (ou plus exactement celui où leur patrimoine sort du marché). Les dettes impayées cessent d'exister. Dans une procédure de restructuration, il s'agit d'un contrat entre tout ou partie des créanciers et le débiteur (entreprise ou particulier) fixant et annulant le rapport des crédits non performants. Dans ce cas, un délai de grâce peut également augmenter le rapport nominal des prêts performants. Néanmoins, la fonction de base de ces procédures reste la même. Elles déterminent ce qu'un débiteur en difficulté financière peut payer et annulent la partie restante de ses dettes.

Enfin, les procédures d'insolvabilité des consommateurs produisent exactement le même effet si elles sont associées à une remise de dette. Dans ce cas, la liquidation de la masse du débiteur (et/ou un éventuel délai de paiement supplémentaire) permet également de déterminer sa capacité à payer et la partie du crédit non performant qui est dissoute par le biais d'une remise de dette.

Conclusions

Plusieurs conclusions peuvent être tirées de ce qui précède.

L'effet d'annulation des dettes commun aux procédures d'insolvabilité et de restructuration devrait faire du développement de ces procédures une priorité pour tous les pays dont le niveau d'endettement est malsain. Par rapport aux autres instruments d'annulation immédiate des dettes (table rase, hyperinflation), ces procédures méritent d'être traitées et considérées favorablement. Quand il est impossible de rembourser tous les prêts non performants (débiteur surendetté), le maintien du statu quo (par ex. en accordant des délais de paiement s'étalant sur des décennies, à des taux d'intérêt faibles ou zéro) aboutit à une stagnation non seulement du débiteur surendetté (qui est à peine capable de financer de nouveaux investissements grâce à une nouvelle ligne de

¹⁹ Voir Josef Kohler, *Lehrbuch des Konkursrechts*, 1891, 447.

²⁰ Josef E. Stiglitz et Daniel Heymann, *Life after Debt, The Origins and Resolutions of Debt Crises*, 2014, 18.

crédit) mais également de l'économie dans son ensemble. Il est tout autant dans l'intérêt macro-économique des décideurs politiques que dans l'intérêt du débiteur de trouver une meilleure solution. Parallèlement, chaque créancier affecté par une annulation de dette régulière n'absorbe que le risque de défaut inhérent à toute relation de crédit et souvent reflété et compensé par les taux d'intérêt.

La discussion théorique sur la fonction et les principes des procédures d'insolvabilité et de restructuration ne devrait pas se focaliser uniquement sur l'évaluation du côté créancier / actifs de la procédure. Le facteur commun est plus visible sur le revers « dette » de la médaille. La nature collective de ces procédures peut ainsi constituer tout autant un effet secondaire que le désir de maximiser le désintéressement des créanciers (ce qui correspond à une partie du prêt performant).

Toutes les procédures d'insolvabilité et de restructuration qui existent en Europe ne présentent évidemment pas des caractéristiques communes. Les théories purement orientées sur le créancier (par ex. la théorie de la négociation des créanciers) pourraient ainsi passer à côté d'un aspect essentiel dès le départ. Le fait que les procédures d'insolvabilité et de restructuration soient orientées sur les dettes (et non sur le débiteur !) pourrait permettre une discussion plus transparente au sujet des intérêts des parties prenantes ou du public.

Si l'on voit les procédures d'insolvabilité et de restructuration comme des outils d'évaluation et d'annulation des dettes, leur aspect procédural perd de son importance par rapport à leurs autres caractéristiques. Dans l'ensemble, ces procédures pourraient plutôt être considérées comme un volet essentiel du droit des obligations plutôt que seulement comme une partie du droit de la procédure civile, voire des règles d'exécution.

Les procédures d'insolvabilité des consommateurs strictes, à l'ancienne, qui évaluent la part de prêts non performants en liquidant tous les actifs sans permettre de remise de dette, sont les vestiges d'une époque où les débiteurs défaillants étaient considérés comme des criminels et où le droit de la faillite était conçu de manière à punir le débiteur en cas d'abus de confiance et de manquement à ses promesses. Dans l'économie de marché actuelle, le droit de l'insolvabilité revêt une fonction différente : il annule les dettes et — par la même occasion — met fin aux entreprises défaillantes ; il réaffecte à une meilleure utilisation non seulement les actifs des débiteurs, mais également leur activité entrepreneuriale et leur main d'œuvre.

**P. Stephan Madaus, université Martin Luther de Halle-Wittenberg, Allemagne*

X X X
X

Cyber-risque

Le cyber-risque : nouveau facteur de défaillance pour les entreprises ?

Ludovic Van Egroo examine la montée du cyber-risque et les conséquences pour les entreprises et les professionnels de l'insolvabilité

L'économie numérique concerne aujourd'hui l'ensemble des secteurs de l'activité économique. Elle a été identifiée par la Commission Européenne comme un vecteur de croissance fort avec un potentiel de création de centaines de milliers d'emplois et d'environ 415 milliards d'euros de revenus²¹.

Selon la Fédération professionnelle de E-Commerce (FEVAL), relayée par le journal du net, en France le chiffre d'affaires généré par les sites de e-commerce s'élève pour l'année 2016 à 72 milliards d'euros et est en constante augmentation²².

Bien qu'il s'agisse d'une importante source de richesse et de valeur, cette économie voit se développer de nouveaux risques pour les entreprises.

Le gouvernement français²³ définit les cyber-risques comme :

«une atteinte à des systèmes informatiques réalisée dans un but malveillant. [Une cyber attaque] cible différents dispositifs informatiques : des ordinateurs ou des serveurs, isolés ou en réseaux, reliés ou non à Internet, des équipements périphériques tels que les imprimantes, ou encore des appareils communicants comme les téléphones mobiles, les smartphones ou les tablettes. Il existe 4 types de risques cyber aux conséquences diverses, affectant directement ou indirectement les particuliers, les administrations et les entreprises : la cybercriminalité, l'atteinte à l'image, l'espionnage, le sabotage ».

La cybercriminalité, l'atteinte à l'image, l'espionnage et le sabotage peuvent avoir sur les entreprises un impact de nature différente qui peut être immédiat ou à moyen / long terme. Ces conséquences peuvent être classées dans le tableau suivant²⁴ :

²¹ Commission Européenne, « Un marché unique du digital pour l'Union Européenne », https://ec.europa.eu/commission/priorities/digital-single-market_en (10-03-2017)

²² Journaldunet, « En 2016, l'e-commerce français a atteint 72 milliards d'euros », <http://www.journaldunet.com/ebusiness/commerce/1172030-chiffre-d-affaires-e-commerce-france/> (10-03-2017)

²³ Site officiel de l'Etat français dédié au cyber-risques <http://www.gouvernement.fr/risques/risques-cyber>, (10-03-2017)

²⁴ Michael Bittan & Fouzi Akermi « Enjeux Cyber 2016, La face cachée de la Cyber » ; Cabinet DELOITTE, publié en 2016

	Types d'impacts			
	Management	Economique et financières	Réputation	Juridiques
Conséquences immédiates	<ul style="list-style-type: none"> • Remise en cause de la gouvernance 	<ul style="list-style-type: none"> • Perte de clients • Défaillance / Faillite • Destruction d'actifs immatériels / dépréciation des actifs • Mise hors service des outils de production, investissement pour la restauration des actifs 	<ul style="list-style-type: none"> • Vols de données clients / d'entreprise 	<ul style="list-style-type: none"> • Augmentation des primes d'assurance • Poursuites judiciaires pour non-respect des règles de conformité
Conséquences à moyen / long terme			<ul style="list-style-type: none"> • Dégradation de l'E-réputation et de l'image de l'entreprise 	<ul style="list-style-type: none"> • Poursuites judiciaires pour vols et/ou destruction de données

D'après le sondage *Global Economic Crime Survey* du cabinet PWC²⁵ : « l'installation de la cybercriminalité est l'un des risques principaux pour les entreprises dans le monde ». En effet, selon PWC, la cybercriminalité a augmenté de 25 points entre 2014 et 2016, passant de 28 % à 53 %.

Quelles sont les évolutions réglementaires du secteur ? Dans quelle mesure les professionnels de l'insolvabilité sont-ils concernés par ce risque ? Quelles sont les conséquences pour les professionnels de l'insolvabilité ?

Les évolutions réglementaires du secteur : vers une répartition des responsabilités des opérateurs d'Internet

Face à ces nouveaux enjeux, le Conseil de l'Europe et le Parlement Européen ont adopté en 2016 une Directive sur la sécurité des réseaux et systèmes d'information²⁶ visant à protéger les activités liées à l'économie digitale et au numérique dans le marché unique. Cette Directive s'appuie sur le principe de protection et d'assistance de l'Union Européenne à l'égard des consommateurs²⁷. Les entreprises seront, une fois la Directive transposée dans chaque le système juridique de chaque Etat-membre, tenues de révéler « les incidents de sécurité informatique majeurs dont elles sont victimes »²⁸. Les mesures adoptées visent à :

²⁵ Jean-Louis Di Giovanni , Fabienne Borde , Thomas Estève , « *La fraude explose en France La cybercriminalité au cœur de toutes les préoccupations* », Global Economic Crime Survey 2016, publiée Mars 2016

²⁶ Commission Européenne, « *The Directive on security of network and information systems (NIS Directive)* » <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/network-and-information-security-nis-directive>, (10-03-2017)

²⁷ Union Européenne, « *Domaines d'action de l'Union européenne* » https://europa.eu/european-union/topics/consumers_fr (10-03-2017)

²⁸ Conseil Européen, « *Améliorer la cybersécurité au sein de l'UE* » <http://www.consilium.europa.eu/fr/policies/cyber-security/> (10-03-2017)

- renforcer les capacités de cybersécurité de chaque pays et la stratégie nationale pour la sécurité du numérique ;
- établir le cadre d'une coopération volontaire pour faciliter le partage d'informations techniques sur les risques ;
- définir au niveau national de règles de cybersécurité à destination des entreprises responsables des réseaux.

Le Conseil et le Parlement Européen ont défini deux niveaux de responsabilité des entreprises entre :

- d'une part, les opérateurs réseaux et d'infrastructures qualifiés « *d'Opérateurs d'Importance Vitale* » (OVI). Cela regroupe les Moteurs de recherche, les réseaux sociaux, les opérateurs du cloud, mais aussi les administrations identifiés en tant qu'acteurs responsables des réseaux qui servent au transfert des données ;
- d'autre part, les entreprises qui seraient amenées à collecter et à utiliser des données de consommateurs via internet. Les entreprises en charge de ces données vont devoir garantir la sécurité des données utilisées et la justifier.

La directive européenne devra être transposée d'ici à 2018 aux Etats membres et pour s'appliquer aux entreprises de l'économie digitale et du numérique.

Quelles sont les nouvelles obligations du cadre réglementaire ?

21

La directive européenne ouvre la possibilité de réaliser :

- des actions collectives dans le cadre de la protection des droits et des données personnelles des consommateurs ;
- un droit à la réparation des dommages matériels ou moraux par le « traitant » ou le « sous-traitant » n'ayant pas répondu aux exigences de conformité et n'ayant pas protégé les données des utilisateurs.

Le second volet de la directive concerne les entreprises utilisant les données personnelles et les données des entreprises.

Toutes les entreprises qui traitent et stockent des données personnelles sont tenues de se mettre en conformité dans le cadre du General Data Protection Regulation (GDPR). Les Etats disposent deux années, soit jusqu'en 2018, pour mettre en œuvre et définir les organismes en charge de la mise en œuvre.

Concrètement cela se traduit par :

- l'obligation des entreprises collectant et utilisant les données de s'assurer du **consentement explicite des utilisateurs** concernant l'utilisation qui sera faite de leurs données, mais aussi d'opérer la transférabilité à destination des utilisateurs des données et leur suppression définitive ;
- **le droit d'être informé en cas de piratage des données (articles 33 et 34) de la GDPR.** Ainsi, « *les entreprises et les organisations sont tenues d'informer sans délai l'autorité de*

surveillance nationale en cas de violation grave des données afin que les utilisateurs puissent prendre les mesures appropriées »²⁹ ;

- la nécessité **d'améliorer les dispositifs de sécurité** pour augmenter le niveau de protection mais également la capacité des dispositifs à détecter les vols de données.

Face à cette nouvelle économie et les évolutions réglementaires, quelles sont les nouvelles responsabilités des professionnels de l'insolvabilité ?

Quels enjeux pour les professionnels de l'insolvabilité ?

Dans le cadre de leur mandat de surveillance de l'activité, conformément à l'Arrêté du 14 janvier 2009³⁰ les professionnels de l'insolvabilité seront amenés à prendre en compte les cybers-risques.

La prise en compte du facteur du cyber-risque dans l'analyse de l'origine des difficultés des entreprises.

A partir du moment où les entreprises sont en mesure d'identifier les cyber-attaques et leurs conséquences, (ex : mise hors service du site internet d'une entreprise d'e-commerce), en matière de perte de chiffre d'affaires, cela pourra devenir une cause de leur défaillance. Ainsi elles pourraient solliciter l'assistance du tribunal de commerce.

Les défaillances pourraient avoir pour origine deux niveaux de responsabilité différents :

- d'une part les **causes directes**, si l'origine des difficultés est une atteinte aux infrastructures et aux systèmes de l'entreprise tels que les serveurs et ses systèmes de réseaux d'information.

Dans cette hypothèse, cela signifie que les données de l'entreprise peuvent être compromises et que la responsabilité de l'entreprise est engagée. Il conviendra de s'assurer que l'entreprise a pris les mesures nécessaires à la protection des données de ses clients, mais aussi d'évaluer la capacité de l'entreprise à poursuivre ses activités. Les conséquences immédiates sont la dépréciation de la valeur des actifs et de l'image de l'entreprise. En octobre 2016, la société DYN aux Etats-Unis, société d'hébergement de sites internet, a été victime d'une attaque dont la mise hors service a rendu inaccessibles plusieurs plateformes et sites internet. La société a été rachetée le mois suivant par la société Oracle.

- d'autre part, des **causes indirectes** dans l'éventualité où l'entreprise subirait la défaillance d'un Opérateur d'Importance Vitale, comme un hébergeur web.

²⁹ Parlement Européen, « *Les nouvelles règles de l'UE sur la protection des données placent les citoyens aux commandes* », <http://www.europarl.europa.eu/news/fr/news-room/20160413BKG22980/nouvelle-1%C3%A9gislation-europ%C3%A9enne-sur-la-protection-des-donn%C3%A9es>, (10-03-2017)

³⁰ Légifrance : Arrêté du 14 janvier 2009 - art. (V) <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000005634379&idArticle=LEGIARTI00020163273&dateTexte=&categorieLien=cid>, (10-03-2017)

Ce cas de figure s'applique aux sociétés de vente à distance via des sites de E-commerce et les applications mobiles dont les sociétés gestionnaires pourraient se retrouver en difficulté suite à l'impossibilité de fournir leurs services. La mise hors service de l'outil de production générerait une perte nette de chiffre d'affaires ne permettant pas aux entreprises de faire face aux échéances.

Dans ces hypothèses le professionnel de l'insolvabilité pourrait être amenés à faire appel aux professionnels de la cybersécurité afin de réaliser un diagnostic :

- du respect des normes d'usage des données ;
- d'analyse de l'origine de l'attaque pour faire intervenir les assurances ;
- d'identification de solutions pour sécuriser les réseaux, afin de maintenir l'activité et préserver l'emploi ;
- de recherche des responsabilités des différentes parties prenantes.

En fonction des conclusions, le professionnel de l'insolvabilité pourrait engager des procédures afin de rapatrier, demander la suppression des données personnelles hébergées ou en transit et ce dans le cadre des exigences de conformité de la société administrée.

Conséquences du cyber-risque	Enjeux
Atteintes aux actifs immatériels	<ul style="list-style-type: none"> • Restaurer les actifs immatériels afin d'éviter leur dépréciation • Evaluer la possibilité de maintenir l'activité
Protection des données de sociétés en difficultés	<ul style="list-style-type: none"> • Evaluer l'impact des difficultés sur la protection des données de l'entreprise • S'assurer que l'entreprise était et reste en conformité avec la réglementation dans le cadre de la procédure collective

23

L'enjeu de l'identification des données et des acteurs

De la même manière que l'administrateur et le mandataire judiciaire s'assurent que la société administrée exerce son activité en conformité, comme cela pourrait être le cas pour une activité de restauration disposant d'une licence IV ou du respect des normes environnementales d'une entreprise, le professionnel de l'insolvabilité devra s'assurer de la conformité de l'entreprise avec les normes nationales en matière de cyber-fraude et risque.

Or, l'économie digitale, par son caractère international, présente la difficulté d'identifier les parties prenantes notamment dans le cadre de la recherche de responsabilité.

En conclusion

Les fraudes et les défaillances liées au cyber-risque ont pu émerger grâce à l'économie digitale ce qui conduit l'Union Européenne et les Etats membres à se doter de nouveaux moyens de protection et d'un cadre législatif nécessaire à la protection des données collectées par les entreprises.

La Directive européenne répond à la nécessité d'harmoniser le cadre juridique des institutions nationales face à un risque en évolution continue afin de garantir la sécurité du marché commun ainsi que les intérêts des consommateurs européens.

La formalisation du cadre européen d'exercice des activités des entreprises liées à l'économie du digital et du numérique fourni une première base pour le traitement des défaillances. Les professionnels de l'insolvabilité seront amenés à prendre en compte les aspects potentiellement internationaux de ce type d'activité notamment :

- la **nationalité des différents contrats d'hébergement**, les données des utilisateurs peuvent être hébergées dans différents pays ;
- la **nationalité des sociétés traitantes ou sous-traitantes**, surtout dans l'hypothèse de montage en holding par soucis fiscal ;
- la **propriété** de l'entreprise administrée sur **les données** et ses **relations avec les différentes administrations** de chaque pays au sein de l'Union Européenne ;
- la **possibilité d'initier ou de s'associer aux actions collectives** par plusieurs professionnels de l'insolvabilité européen.

Le traitement de l'insolvabilité des entreprises digitales a une dimension supranationale : Européenne voire Internationale.

x x x
x

24

Russie

Procédures d'insolvabilité étrangères en Russie : l'étrange cas de Vladimir Kekhman

Ilya Kokorine nous raconte l'histoire d'un riche citoyen russe qui a été déclaré insolvable en Angleterre, malgré la faiblesse de ses liens avec ce territoire*

Vladimir Kekhman, homme d'affaires russe bien connu, a réussi à obtenir une décision d'insolvabilité au Royaume-Uni en 2012. Malgré tout, son affaire a fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité russe en 2015.

Les tribunaux russes, dont la Cour suprême de la Fédération de Russie, ont jugé qu'un jugement d'insolvabilité étranger n'empêchait pas les tribunaux russes de statuer sur l'affaire en application du droit de l'insolvabilité russe.

Il est rare que des citoyens russes demandent l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité hors de Russie. À cet égard, le cas de M. Kekhman est exemplaire; il nous permet de mieux comprendre comment les procédures d'insolvabilité étrangères sont traitées en Russie.

Contexte

M. Kekhman a une personnalité quelque peu extraordinaire. Citoyen russe, il est domicilié et a sa résidence en Fédération de Russie. En 1994, il s'est lancé dans le secteur des fruits, qui s'est rapidement étendu dans les années quatre-vingt-dix et au début des années deux mille, devenant un empire multimilliardaire. On dit qu'une banane sur trois était importée en Russie par le groupe JFC qu'avait créé cet homme d'affaires, parfois surnommé le « Roi de la Banane ». Outre ses activités commerciales, M. Kekhman avait une vie sociale active et siégeait au conseil d'administration du théâtre Michel de Saint-Pétersbourg et au théâtre d'Opéra et de Ballet de Novossibirsk.

En 2011, l'entreprise de M. Kekhman a rencontré des difficultés financières. Les négociations et tentatives de restructuration ayant échoué, plusieurs banques de prêt ont effectué des démarches pour mettre à exécution leurs sûretés et ont fait jouer leurs garanties. Le 20 février 2012, une procédure d'insolvabilité dirigée à l'encontre de JFC a été ouverte en Russie.

Fuite au Royaume-Uni

À cette époque (2012), le droit russe ne prévoyait pas de procédure d'insolvabilité personnelle. M. Kekhman s'est donc rendu en Angleterre pour deux jours, afin d'y déposer une demande de d'ouverture de procédure d'insolvabilité. Pour obtenir l'aval du tribunal anglais, il a avancé qu'il était présent en personne au Royaume-Uni le jour où il a déposé sa demande et que trois de ses garanties personnelles étaient régies par le droit anglais.

Malgré la faiblesse de ce lien, le 5 octobre 2012, le tribunal a prononcé un jugement d'insolvabilité en réponse à la demande de M. Kekhman. En droit anglais, la présence en personne dans le pays suffit pour obtenir un jugement d'insolvabilité depuis au moins un siècle (article 1(2) de la *Bankruptcy Act 1914*³¹, article 265 de l'*Insolvency Act 1986*³²).

Une fois la compétence établie, le tribunal dispose du pouvoir inconditionnel de prononcer un jugement ou de rejeter la demande. Dans ce cas, le tribunal a exercé son pouvoir d'appréciation en faveur de M. Kekhman. Il a tenu compte du fait qu'il n'existait pas de régime d'insolvabilité personnelle en Russie, ce qui avait contraint M. Kekhman à se rendre en Angleterre pour combler une lacune de la législation russe.

Toutes les tentatives des créanciers russes visant à contester le jugement d'insolvabilité anglais ont échoué. Le 5 octobre 2013, M. Kekhman a été libéré de ses dettes au titre de l'article 279(1) de l'*Insolvency Act 1986*.

Les créanciers malheureux livrent bataille devant les tribunaux russes

En 2015, la loi russe sur l'insolvabilité a été modifiée pour inclure des dispositions concernant l'insolvabilité personnelle (insolvabilité des personnes physiques). Suite à ces changements, Sberbank, la première banque de Russie, a déposé une requête demandant que M. Kekhman soit déclaré insolvable en application du droit russe. Ceci aurait permis aux créanciers d'exercer un contrôle important sur les actifs de l'homme d'affaires en Russie (voire à l'étranger). Par conséquent, les tribunaux russes étaient confrontés à une question complexe : quelles sont les conséquences d'un jugement d'insolvabilité étranger prononcé à l'encontre d'une personne physique russe dans le cadre du droit de l'insolvabilité russe ?

³¹ Loi de 1914 sur la faillite (N. de la T.).

³² Loi de 1986 sur l'insolvabilité (N. de la T.).

Fait intéressant, les tribunaux anglais avaient analysé la même question dans leur jugement. Se fondant sur l'expertise de deux éminents spécialistes russes, ils étaient parvenus à la conclusion qu'il était peu probable que le jugement d'insolvabilité soit reconnu ou mis à exécution par les tribunaux de la Fédération de Russie. Ils avaient raison : les tentatives de M. Kekhman visant à faire cesser les procédures d'insolvabilité russes ou à s'y soustraire ont échoué.

Le refus de donner effet au jugement anglais reposait sur les arguments ci-dessous (dans le désordre) :

- Le jugement d'insolvabilité en date du 5 octobre 2012 n'avait pas fait l'objet d'une exécution provisoire en Russie, c'est-à-dire qu'il n'y avait pas eu d'*exequatur* ;
- Il existait un lien étroit avec la Russie (les opérations avec les principaux créanciers étaient réalisées en Russie, où elles devaient être exécutées, et le débiteur vivait en Russie), mais pas de lien avec le Royaume-Uni ;
- La procédure d'insolvabilité affecte le statut d'une personne physique et doit donc se dérouler selon la loi applicable à la personne physique en question, c'est-à-dire le droit russe ;
- La Russie n'est pas partie à des accords internationaux en matière d'insolvabilité et M. Kekhman n'a pas prouvé que le principe de réciprocité s'appliquait entre l'Angleterre et la Russie, s'agissant de la reconnaissance des jugements en matière d'insolvabilité personnelle ;
- À la date où Sberbank a déposé sa demande auprès d'un tribunal russe, M. Kekhman avait déjà été libéré de ses dettes en Angleterre ;
- Le but de l'insolvabilité n'est pas limité à la libération d'un débiteur de ses obligations : elle vise également au juste désintéressement des créanciers.

26

Tout en contestant la procédure d'insolvabilité russe, M. Kekhman, dans une requête distincte, a demandé aux tribunaux de reconnaître et de mettre à exécution le jugement d'insolvabilité anglais. Sans surprise, sa requête a été rejetée.

Premièrement, il a été jugé qu'il n'avait pas prouvé l'existence de la réciprocité par la reconnaissance de jugements d'insolvabilité personnelle entre la Russie et le Royaume-Uni, condition préalable à l'exécution de jugements d'insolvabilité étrangers en Russie.

Deuxièmement, en raison de l'élément public présent dans les différends en matière d'insolvabilité, le tribunal a affirmé la compétence exclusive des tribunaux russes pour statuer sur les affaires d'insolvabilité personnelle concernant des citoyens russes. Cette « extension arbitraire de la compétence des tribunaux étrangers à des questions d'importance publique en Russie », telle qu'affichée par les tribunaux anglais, a été jugée contraire à l'ordre public russe. Le tribunal a également constaté une violation dans le caractère « confiscatoire » du jugement d'insolvabilité en faveur des créanciers, portant atteinte à des principes tels que l'égalité des parties et l'inviolabilité des biens.

Remarques générales sur le traitement des insolvabilités étrangères en Russie

D'après le traitement accordé à l'affaire Kekhman, on pourrait conclure que les tribunaux russes sont plus qu'hostiles aux procédures d'insolvabilité étrangères dès lors qu'il existe une forme de lien avec le territoire russe.

Toutefois, cette impression pourrait être trompeuse, car la fuite de M. Kekhman en Angleterre aux seules fins d'y demander une déclaration d'insolvabilité a été perçue par beaucoup comme un exemple de tourisme de l'insolvabilité, dont l'image négative a sûrement influencé les tribunaux. Mais si l'on fait abstraction de cette connotation négative, la situation des procédures d'insolvabilité étrangères en Russie semble moins immuable, quoique encore ambiguë.

En vertu de l'article 1(6) de la loi russe sur l'insolvabilité, les jugements prononcés par des tribunaux étrangers dans des affaires d'insolvabilité sont reconnus en Russie conformément aux traités internationaux dont la Fédération de Russie est signataire. En l'absence de traité international, ces jugements sont reconnus en vertu du principe de réciprocité. Étant donné qu'il n'existe pas de traité international applicable, la reconnaissance n'est possible que par le biais du mécanisme de réciprocité. Cela signifie qu'il doit exister soit des cas avérés de reconnaissance de jugements d'insolvabilité russes par les tribunaux étrangers, soit une probabilité hypothétique de reconnaissance en vertu des lois du pays étranger en question.

Tandis que le tribunal n'a pas constaté cette réciprocité dans l'affaire Kekhman, dans un autre différend concernant l'insolvabilité d'une société immatriculée au Danemark (affaire n° A56-14945/2004), le tribunal s'est appuyé sur la législation danoise pour établir la possibilité de reconnaissance. Ceci a suffi pour que les tribunaux russes interrompent les poursuites à l'encontre du débiteur danois. Notamment, il convient de mentionner deux détails importants de cette affaire.

Premièrement, le jugement d'insolvabilité étranger a été provisoirement reconnu en Russie. Deuxièmement, le créancier russe (demandeur) était inscrit au registre des créanciers au Danemark. Il n'y avait donc pas de raison de croire que ses droits seraient violés si la procédure russe cessait.

27

Dans une autre affaire (n° A0914352/2014) concernant un débiteur kazakh faisant l'objet d'une procédure d'insolvabilité au Kazakhstan, le tribunal russe, faisant référence à la pratique internationale, a mis fin à la procédure parallèle en Russie et a appliqué la *lex fori concursus*³³ à l'affaire en l'espèce. En vertu du droit de l'insolvabilité kazakh, en cas d'insolvabilité d'un débiteur, il est mis fin à tous les différends pécuniaires impliquant le débiteur. Cela a suffi pour que le tribunal russe rejette la demande d'un créancier introduite en Russie. Ce qui est remarquable, par rapport à l'affaire ci-dessus, c'est que le tribunal n'a pas pris la peine de se pencher sur les questions de réciprocité ou de reconnaissance. Il a également ignoré le problème concernant les droits du créancier russe, dans le cas où celui-ci n'est pas inscrit au registre kazakh des créanciers.

Contrairement aux États membres de l'UE, qui coopèrent en vertu du cadre commun applicable aux procédures d'insolvabilité, la Russie n'est pas partie à un régime particulier en lien avec l'insolvabilité. Cette situation est exacerbée par le fait que le droit de l'insolvabilité russe est encore immature s'agissant des insolvabilités rendues plus complexes à cause d'un élément d'extranéité. La Russie ignore la classification en procédures principale et secondaire, qui est la clé pour résoudre les insolvabilités transfrontalières dans l'UE. Au vu de l'augmentation du nombre d'insolvabilités d'entreprises multinationales, il est probable que les tribunaux russes soient saisis

³³ Loi de l'État sur le territoire duquel la procédure d'insolvabilité est ouverte (N. de la T.).

plus souvent d'affaires soulevant d'importantes questions juridiques transfrontalières, ce qui apportera davantage de certitude et de prévisibilité.

**Ilya Kokorine, associé, Buzko & Partners, Russie*

X X X
X

Le prix « Richard Turton »

Parrainé par INSOL Europe, INSOL International, The Insolvency Practitioners Association et R3

Richard Turton a joué un rôle exceptionnel dans la création et la direction d'Insol Europe, Insol International, l'*Insolvency Practitioners Association*, et R3, l'association des professionnels du redressement d'entreprises au Royaume-Uni. Ces quatre organisations, en reconnaissance de ses réalisations, ont conjointement créé un prix à sa mémoire. Le Prix Richard Turton sera attribué annuellement à un participant remplissant les conditions requises, lui permettant de compléter sa formation en participant à la conférence annuelle d'Insol Europe.

En reconnaissance des aspects qui présentaient un intérêt particulier pour Richard, le prix est ouvert aux candidats remplissant les conditions suivantes :

- travailler dans un pays en développement ou émergent, et en avoir la nationalité;
- travailler dans le droit ou la pratique de l'insolvabilité, ou les étudier activement;
- être âgé de moins de 35 ans à la date de la candidature;
- maîtriser suffisamment l'anglais parlé pour tirer parti du programme technique du congrès annuel;
- accepter les conditions ci-dessous.

Les candidats sont invités à écrire - avec leur CV - à l'adresse ci après, une lettre d'environ 200 mots, pour expliquer pour quoi ils se considèrent qualifiés à recevoir ce prix, et ceci avant le 1^{er} juillet 2017. Ils sont également censés donner le titre du papier qu'ils soumettront à la commission. La décision sera prise par un panel représentant les quatre organisations au plus tard le 3 août 2017, pour permettre au candidat retenu de programmer sa participation au Congrès annuel d'INSOL Europe.

Le candidat retenu bénéficiera :

- d'une inscription gratuite au congrès annuel d'INSOL Europe, qui se tiendra en 2017 à Varsovie du 5 au 8 octobre ; ses frais de voyage, de logement et de nourriture seront pris en charge pour toute la durée du congrès ;
- en retour, le candidat devra écrire un article d'environ 3 000 mots sur le droit et/ou la pratique de l'insolvabilité ou réorganisation avec l'accord de la commission. Cet article pourra être publié dans la revue des quatre organisations marraines sous une forme réduite ; il sera également affiché intégralement sur leurs sites web.
- le candidat gagnant sera félicité lors du congrès et recevra un certificat encadré, correspondant à son prix.

Etes-vous intéressé ?

Envoyez votre lettre d'environ 200 mots, expliquant pour quoi vous vous considérez qualifié à bénéficier de la possibilité d'être présent au Congrès annuel d'INSOL Europe en tant que gagnant du prix Richard Turton, avant le 1^{er} juillet 2017, à l'adresse suivante :

Richard Turton Award c/o INSOL International 6-7 Queen Street London EC4N 1SP Royaume Uni
e-mail : claireb@insol.ision.co.uk

Avez-vous dépassé les 35 ans ? Passez cette annonce à un collègue plus jeune !

Décision du Jury : aux environs du 3 août 2017.

Restructuration préventive

Améliorer les qualifications des praticiens et les conditions d'exercice : la dimension européenne

David Burdette et Paul Omar étudient comment les petites entreprises sont plus particulièrement touchées par les nouvelles propositions de cadres de restructuration préventifs paneuropéens*

Le 22 novembre 2016, la publication de propositions visant à introduire des cadres de restructuration préventifs à l'échelle européenne a mis l'accent sur les problèmes auxquels sont confrontées les entreprises avant l'insolvabilité formelle, lorsque les prêts non performants représentent une menace majeure pour leur réussite.

Bien que les entreprises de toutes tailles soient concernées, le texte prête une attention particulière à la situation des petites et moyennes entreprises, véritable poumon du commerce européen. À la suite de la recommandation de 2014, que ce texte est censé appuyer, il ne fait aucun doute qu'une grande attention sera accordée à la façon dont les États membres répondent à l'invitation à créer de nouveaux cadres ou à remanier la législation existante de façon à améliorer les chances des entreprises connaissant des difficultés financières. Toutefois, l'intérêt que suscite ce texte devrait aller au-delà de la restructuration préventive et des mesures de seconde chance qu'il met en avant. Le titre IV du projet de directive contient des propositions visant à combler les lacunes perçues des structures d'accompagnement tendant à la restructuration (ainsi que des autres procédures d'insolvabilité !) à travers l'Union européenne, principalement associées à la qualification et à la formation des professionnels de l'insolvabilité, mais aussi au soutien des mesures de restructuration judiciaire.

29

Le fait que ces questions soient traitées dans le cadre de ce texte ne sera sans doute pas une surprise, au vu de l'inclusion expresse de règles de pratique dans l'appel à expertise en septembre 2015 mentionnant les sujets d'intérêt pour le groupe d'experts³⁴, qui s'est réuni pour la première fois en janvier 2016 et travaille sur le texte sur la base des soumissions des membres du groupe et d'autres parties intéressées. Cela ne doit pas non plus être vu comme une démarche inhabituelle, puisqu'un certain nombre d'institutions internationales s'intéressent au développement professionnel, au renforcement des capacités et à l'inculcation des bonnes pratiques dans la sphère de l'insolvabilité³⁵. Les propositions justifient l'extension du champ d'application à la pratique de l'insolvabilité en citant la nécessité de résoudre les problèmes qui ont un « impact direct » sur la durée des procédures, la spécialisation du corps judiciaire et le professionnalisme des praticiens étant deux points expressément mentionnés dans l'exposé des motifs³⁶. À cet égard, la spécialisation des tribunaux et des praticiens, ainsi que le renforcement du corps judiciaire, sont

³⁴ Appel à expression d'intérêt concernant le groupe d'experts (septembre 2015), paragraphe 3.

³⁵ Voir D. Burdette et P. Omar, *Des cadres de référence concernant la pratique de l'insolvabilité, eurofenix* (automne 2016).

³⁶ Exposé des motifs, COM(2016) 723 final (22 novembre 2016), 6.

vus comme une façon d'accélérer les procédures tout en réduisant leur coût, ce qui permet d'améliorer leur qualité et de rendre leur surveillance plus efficace, d'accroître la valeur résiduelle pour les créanciers³⁷ et, ce qui est important pour ces derniers, de réduire l'incertitude juridique, dont on dit qu'elle est la cause des faibles taux de recouvrement actuels³⁸.

Le titre IV, qui censé répondre à ces préoccupations globales, est relativement court. Il propose seulement cinq articles, dont le dernier porte sur l'utilisation accessoire de moyens de communication électronique à divers stades de la procédure³⁹. À première vue, ces propositions ne contiennent pas grand-chose d'alarmant pour les praticiens de l'insolvabilité. Ainsi, la proposition indique que les autorités judiciaires et administratives devraient recevoir une formation (à la fois « initiale et continue », portant sur des compétences fondamentales, ainsi que sur les besoins de perfectionnement) à un niveau approprié correspondant aux responsabilités qu'ils devront assumer⁴⁰. Bien que les procédures préventives n'aient pas besoin de faire intervenir les autorités judiciaires ou administratives, sauf s'il est nécessaire de protéger les intérêts des parties intéressées au moyen d'une surveillance ou d'intervenir ponctuellement pour accélérer la procédure⁴¹, les propositions suggèrent que la formation devrait viser, au moins pour les juges, à ce qu'un niveau d'expertise et de spécialisation approprié soit atteint, afin de permettre un traitement efficace et rapide des affaires⁴². L'importance particulière de ce point est reconnue au vu des « incidences économiques et sociales potentiellement importantes » que peuvent avoir les affaires⁴³. Jusque-là, cette approche ne semble pas soulever d'objection, surtout parce que les propositions reconnaissent les différences de structure judiciaire entre États membres et cherchent à éviter de porter atteinte à leur compétence en matière d'organisation judiciaire et d'indépendance des juges. Ainsi, les États membres ne sont pas tenus de veiller à ce que les juges aient une compétence exclusive en matière de restructuration et d'insolvabilité, mais ils peuvent créer des cours ou des chambres spécialisées si leur système national le permet⁴⁴.

30

S'agissant du statut des praticiens, la même préoccupation visant à conserver autant d'informalité que possible dans le cadre du processus préventif est évidente, étant donné que les propositions n'envisagent pas de rendre les nominations obligatoires, mais de les soumettre à une appréciation au cas par cas des besoins du débiteur et des circonstances particulières de l'affaire, notamment, par exemple, si une surveillance effective est nécessaire pour protéger les intérêts des parties intéressées⁴⁵. Les propositions prévoient les mêmes obligations de formation « initiale et continue » que pour les juges, laissant entendre que cela permettra que les services soient fournis avec « efficacité, indépendance, compétence et impartialité⁴⁶ ». Par ailleurs, il est suggéré que les États membres encouragent le développement de codes volontaires de bonne conduite pour les praticiens, ainsi que des mécanismes efficaces de contrôle qui devraient inclure un régime approprié de réglementation, notamment un élément de sanction, afin d'aboutir à une surveillance

³⁷ Ibid., 5.

³⁸ Préambule, point (39), projet de directive.

³⁹ Ibid., article 28.

⁴⁰ Ibid., article 24(1).

⁴¹ Ibid., préambule, point (18).

⁴² Ibid., article 24(2).

⁴³ Ibid., préambule, point (39).

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ Ibid., préambule, point (18).

⁴⁶ Ibid., article 25(1).

efficace des praticiens⁴⁷. Il est proposé que ces codes volontaires contiennent des conseils sur le niveau approprié de compétences et de formation, des règles sur la transparence de leurs fonctions et de fixation de leur rémunération, ainsi que sur la souscription d'une assurance responsabilité professionnelle. Cependant, dans l'ensemble, ces exigences ne visent pas à imposer la moindre obligation de création d'une nouvelle qualification ou profession en réponse aux changements éventuellement nécessaires⁴⁸.

Ceci traduit le fait que, dans toute l'Union européenne, il existe actuellement une diversité considérable quand à l'organisation et la réglementation de la profession⁴⁹. En ce qui concerne la compétence et l'indépendance judiciaire des États membres, il est visible que ces propositions se distinguent par une réticence à être plus prescriptif, puisqu'elles visent clairement à éviter l'harmonisation⁵⁰. Lorsque le texte se penche de façon plus approfondie sur les questions d'organisation de la pratique, toutefois, c'est en rapport avec les nominations et la rémunération. À ce propos, les propositions exigent que le processus de nomination, de révocation ou de démission des praticiens soit « clair, prévisible et équitable⁵¹ ». Dans la pratique, cela signifie que les conditions d'admissibilité et les motifs pour lesquels un praticien de l'insolvabilité pourrait ne pas pouvoir être désigné doivent être « clairs et transparents⁵² ». Par ailleurs, lorsque la responsabilité des nominations incombe aux autorités judiciaires ou administratives, elles doivent également satisfaire des critères « clairs et transparents », bien que la sélection puisse être influencée par l'expérience ou l'expertise du praticien envisagé et qu'il soit possible de consulter le débiteur et/ou les créanciers en tant que de besoin dans l'exercice de ce choix⁵³. Traitant de la situation spécifique des instances transfrontalières, les autres critères de sélection peuvent inclure les ressources humaines et administratives dont dispose le praticien et, ce qui est peut-être plus important, sa capacité à communiquer et coopérer avec les praticiens et juges étrangers⁵⁴. Dans la mesure où il est fait mention de la rémunération dans les propositions, le texte suggère que les règles mises en place dans les États membres pour déterminer les honoraires des praticiens servent d'incitation à « l'aboutissement rapide et efficace des procédures », compte tenu de la complexité de la procédure et de l'existence de mécanismes permettant de résoudre en temps utile les éventuels différends en matière de rémunération⁵⁵.

31

Bien que la majeure partie des propositions ne soit pas contestable, on pourrait se demander si le moment est bien choisi pour établir ces règles, aussi modestes soient-elles. D'un point de vue politique, le fait de minimiser les propositions concernant la pratique, qui peuvent être perçues comme accessoires à l'objectif principal du projet de directive — qui est de promouvoir la restructuration préventive —, laisse entendre que la réponse à cette question pourrait bien être affirmative. La formulation des propositions étant flexible et ouverte, l'intention est manifestement

⁴⁷ Ibid., articles 25(2) et 27(1).

⁴⁸ Ibid., préambule, point (40).

⁴⁹ Un rapport de 2014 de la BERD, résultat d'une enquête réalisée auprès des ses États clients, dont dix des treize États accédant à l'Union européenne au cours de la période 2004-2013, montre la grande diversité de modèles réglementaires existants : <<http://assessment.ebrd.com/insolvencyoffice-holders/2014/report.html>>.

⁵⁰ Exposé des motifs, note 3 ci-dessus, 6.

⁵¹ Article 26(1), projet de directive.

⁵² Ibid., article 26(2).

⁵³ Ibid., article 26(3).

⁵⁴ Ibid., article 26(4). De façon intéressante, malgré l'article 42 du règlement européen sur l'insolvabilité, ces propositions n'exigent pas une compétence similaire des autorités judiciaires ou administratives.

⁵⁵ Ibid., article 27(2).

de rendre cette première étape vers l'établissement de règles minimales de surveillance et de réglementation plus acceptables aux yeux des États membres. Cependant, à long terme, il convient de noter que la BERD estime que la façon dont la pratique est organisée a des répercussions sur la réussite des procédures d'insolvabilité, puisque les territoires où les organisations professionnelles sont indépendantes et actives et où la tutelle des organismes d'État est moindre réussissent mieux à inspirer la confiance de l'opinion publique quant à la bonne administration des procédures⁵⁶. Ceci semblerait préconiser une réflexion plus approfondie sur ce point, une fois que les remous causés par ce texte se seront calmés. Il se peut qu'à ce moment, à la lumière de la façon dont le texte aura été mis en œuvre, on ait une meilleure aperçu de l'existence d'un éventuel consensus en faveur du développement de règles et de cadres de pratique.

**Paul Omar, membre du Groupe d'experts de la Commission européenne sur la législation en matière de restructuration et d'insolvabilité ; David Burdette, consultant auprès de la Société financière internationale (division de la Banque mondiale)*

X X X
X

Italie

Divulgation précoce des crises d'entreprise en Italie

32

Giovanni Matteucci nous explique comment et pourquoi un indicateur d'alerte précoce qui existe et fonctionne effectivement n'est pas utilisé*

Lorsqu'une entreprise commence à montrer des signes de crise, toutes les parties impliquées essaient de cacher la poussière sous le tapis.

Pourtant, il existe en Italie un système d'alerte des crises financières, spécialement conçu pour les petites et moyennes entreprises. Il fonctionne, mais il n'est pas utilisé. C'est la NOTATION que les banques donnent à toutes les positions à risque à cet égard qui s'avère particulièrement efficace, parce qu'elle dépend des éléments suivants :

- structure des états financiers de l'entreprise, telle qu'elle figure dans les archives électroniques de la banque ;
- éléments négatifs tirés des bases de données (*Centrale dei Rischi* de la Banque d'Italie, registre des sociétés de la Chambre de commerce, etc.) ;
- comportement des clients d'affaires au quotidien à la banque, d'après des tests ponctuels.

« *Sero venientibus ossa* » : aux retardataires, il ne reste que les os. En situation de crise, qu'il s'agisse de la santé d'une personne ou d'un incendie, la rapidité d'intervention augmente les chances de trouver une solution. Cette règle s'applique aussi à la gestion des crises d'entreprise.

⁵⁶ Notes 2 et 16 ci-dessus.

La poussière sous le tapis

Lorsqu'une entreprise commence à montrer des signes de difficultés, toutes les parties impliquées essaient de cacher la poussière sous le tapis. Cette attitude n'est pas propre à l'Italie⁵⁷.

Un chef d'entreprise qui rencontre des difficultés financières peut penser que celles-ci sont temporaires. Il se rappelle des fois précédentes où il a rencontré des problèmes à première vue similaires. Il bricole lui-même des solutions de crédit (il établit des chèques postdatés, présente des reçus douteux à la banque, sous réserve, et les rappelle juste avant leur date limite, présente le même effet de change pour obtenir des avances auprès de plusieurs prêteurs et le remplace juste avant sa date d'expiration, demande un prêt hypothécaire pour des raisons très différentes de celles déclarées, etc.) si ce n'est à des solutions plus louches. Il attend un « miracle » qui n'arrive jamais.

Le banquier chargé de la relation d'affaires pensera lui aussi à des difficultés temporaires et se contentera de passer un coup de téléphone à son client (sans l'accompagner systématiquement d'une évaluation exhaustive du risque de crédit) pour lui demander un paiement. Par la suite, il aura du mal à reconnaître son erreur d'appréciation dans sa décision d'accorder un crédit. La relation d'affaires entre alors dans un angle mort, car des objectifs budgétaires doivent être atteints. La banque elle-même cherchera à repousser les affectations aux prêts non performants, qui limitent la possibilité d'accorder des crédits (et donc de générer des recettes), voire l'empêchent de respecter les règles en matière de fonds propres, jusqu'à ce que la position de crédit entre dans la catégorie des prêts douteux, suite à quoi sa gestion est confiée au service juridique de la banque. Quand le rideau tombe, dans la plupart des cas, il n'y a que deux solutions : un plan de remboursement strict ou une mise en demeure de recouvrement judiciaire.

33

Le comptable qui assiste la société se focalise généralement sur la comptabilité et les relations avec les autorités fiscales, tâche dont il se plaint souvent, car elle est mal rémunérée, et y accorder plus de temps serait considéré comme du « bénévolat ». Il adopte donc lui aussi des mesures temporaires. Plus tard, lorsqu'il s'adresse à un collègue spécialiste de l'insolvabilité, la situation est quasiment irréversible. La même chose de produit quand on demande à un avocat d'intervenir. Pourtant, une intervention précoce serait plus que bienvenue, car elle offrirait davantage de chances de sauver l'entreprise en détresse.

Depuis de nombreuses années, la doctrine financière (principalement anglo-saxonne⁵⁸) a élaboré des indices d'alerte reposant sur les budgets (et donc sur des données historiques), qui ne se sont avérés efficaces que dans 60 à 70 % des cas et, surtout, seulement deux ou trois ans après le début des problèmes. Ensuite, il existe les tests de dépréciation (fondés sur des données à venir), le calcul de la valeur actuelle des flux de trésorerie attendus, en lien avec les divers postes du bilan, afin d'évaluer si les obligations existantes pourront être acquittées. Toutefois, ce type d'analyse nécessite que l'entreprise soit dotée de la structure comptable adéquate, mais aussi d'une solide expertise technique.

⁵⁷ <http://www.accountancyage.com/aa/opinion/2196955/fds-must-smash-emergency-glass-and-call-for-help-sooner#ixzz23QBKTvIV>

<http://www.latribune.fr/opinions/tribunes/20121120trib000732105/-faillites-en-france-tout-ca-pour-ca.html>

⁵⁸ Altman E., *Financial ratios, discriminant analysis and the prediction of corporate bankruptcy*, dans *Journal of Finance*, semaine 1968, p. 589.

Les organismes internationaux sont eux aussi parfaitement conscients de l'opportunité d'apprécier à un stade précoce le risque de survenance d'une crise d'entreprise.

- Le Guide législatif de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) est paru en 2005⁵⁹.
- En 2004, la Commission européenne a publié une recommandation visant à « [...] assurer aux entreprises viables en difficulté financière, où qu'elles se trouvent dans l'Union, un accès aux cadres nationaux en matière d'insolvabilité leur permettant de se restructurer à un stade précoce [...] »⁶⁰
- La Banque centrale européenne⁶¹, quant à elle, s'est intéressée aux indicateurs d'alerte précoces en 2016.

Pour ce qui est de la législation italienne, un débat fait rage depuis plusieurs années : il porte non pas sur l'opportunité de ces indices, qui font consensus, mais sur leur configuration. Pourtant, en Italie, déjà depuis le début des années 2000, il existe un indice d'alerte précoce de crise financière des entreprises, qui fonctionne... mais n'est pas utilisé !

Les futures règles seront-elles efficaces ?

En novembre 2015, la commission Rodorf⁶² a présenté un projet de loi de réforme de la réglementation applicable en matière d'insolvabilité. Son article 4 concernait les « Procédures d'alerte et médiation », placées sous la responsabilité d'un « Organisme de règlement de crise » (*Organismi di Composizione della Crisi* – OCC⁶³). Par la suite, le 11 mars 2016, le Gouvernement a présenté un projet de loi au Parlement⁶⁴.

Quand il existe des indications claires de crise :

- une division spécialisée de l'organisme de règlement de crise (OCC) gère la procédure ;
- la procédure peut être entamée par le débiteur, les commissaires aux comptes, des auditeurs et cabinets d'audit (qui doivent informer le conseil d'administration de l'entreprise ou l'OCC), ou encore par l'Agence des impôts, les agents du fisc et les organismes de sécurité sociale (qui doivent déclarer la persistance d'une violation grave aux organes de surveillance de la société ou, à défaut, à l'OCC) ;
- le professionnel mandaté par l'OCC doit convoquer le débiteur et (le cas échéant) les organes de surveillance de l'entreprise (il n'est pas précisé si les créanciers doivent / peuvent aussi être convoqués). Dans un délai de six mois, il doit certifier si le chef d'entreprise a mis ou non en place des mesures pour surmonter la crise, et s'il a répondu ou non à la convocation. Dans la négative, l'OCC doit en informer le président du tribunal de commerce du siège de l'entreprise, auquel cas le magistrat doit immédiatement convoquer une réunion avec le chef d'entreprise, faire établir un rapport par un professionnel qualifié et fixer une date limite pour la prise de mesures adéquates afin de remédier à la crise. Si ces

⁵⁹ http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/insolven/05-80723_Ebook.pdf

⁶⁰ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014H0135&from=IT>

⁶¹ <https://www.bankingsupervision.europa.eu/legalframework/publiccons/html/index.en.html>

https://www.bankingsupervision.europa.eu/legalframework/publiccons/pdf/npl/npl_guidance.en.pdf

⁶² <http://www.dirittobancario.it/news/fallimento-e-procedure-concorsuali/riformaprocedure-concorsuali-testo-disegno-legge-delega-presentato-commissione-rordorf.4.12.2015>.

⁶³ Organismi di composizione della crisi, L.3/2012, art. 15 e D.M. 202/2014; <http://www.adrmaremma.it/norm65.pdf>, Ministero della Giustizia

⁶⁴ http://www.osservatorio-oci.org/index.php?option=com_k2&view=item&id=413:riforma-delle-leggi-sull-insolvenza

mesures n'ont pas produit d'effet positif à la fin du délai, le rapport est publié au registre des sociétés ;

- exception faite des formalités non indispensables au contre-interrogatoire, le débiteur peut demander au tribunal d'adopter des mesures conservatoires afin de poursuivre les négociations, de fixer leur durée, leurs effets, le régime de divulgation, la compétence à cet égard et la révocabilité.

Le problème est que les entreprises sans organe de surveillance représentent la grande majorité des entreprises en Italie et que les organes de surveillance assument déjà des pouvoirs et obligations envers les dirigeants.

Les retards de paiement des impôts et cotisations sociales sont un indice approprié de difficultés financières, mais il est possible de les repousser (plutôt que de demander un plan de remboursement échelonné, ce qui est une astuce de plus en plus souvent utilisée) et, en même temps, de repousser les paiements aux fournisseurs, d'avoir recours à des astuces comptables, d'abuser des crédits bancaires, de « bricoler » des solutions de crédit ou d'utiliser des moyens frauduleux. Le temps que les agents du fisc et les organismes de sécurité sociale mettent en lumière d'importants retards dans le paiement des échéances, l'insolvabilité est déjà installée.

À partir du moment où l'OCC est informé, un délai de six mois s'écoule, suite à quoi l'autorité judiciaire peut être saisie. Quelques mois plus tard (après un rapport préalable), la situation de crise peut être révélée. Il est donc probable que depuis le début de la procédure, qui a été entamée alors que la crise était déjà évidente, au moins un an a pu s'écouler !

35

Et le débiteur ? Une fois la procédure entamée, peut-être par le débiteur lui-même, celui-ci peut demander au tribunal de suspendre la procédure dirigée contre ses actifs, voire les obligations contractuelles qui lui incombent. Cependant, la confidentialité de la procédure sera tout de même compromise et, par-dessus tout, les effets contradictoires de la procédure de pré-insolvabilité « *concordato in bianco* »⁶⁵ risquent d'être révélés.

Enfin, il n'y a pas de réponse à la question « quel est le contenu de l'indicateur d'alerte précoce ? » La définition de « persistance d'une violation grave » en lien avec des obligations fiscales et de sécurité sociale est trop générale.

L'aspect le plus intrigant (au moins pour ceux qui ont une expérience réelle des relations entre banques et clients) est qu'en Italie, depuis 2000, il existe un indicateur d'alerte précoce, largement utilisé, et efficace dans 70 à 80 % des cas, dont le « délai de latence » n'est que d'un an environ (si ce n'est moins). C'est la *notation* que les banques donnent à toutes les positions à risque. C'est un nombre, un barème alphanumérique, qui peut aller de 1 (revenus, situation économique et financière du client excellents) à 10 (insolvabilité). Lorsque la note atteint 7, une alarme devrait retentir, une lumière rouge s'allumer, un drapeau rouge se lever.

⁶⁵ To change a law is one thing, but how to change a culture? INSOL Europe, Inside Story, Italy https://www.insoleurope.org/download/inside_story/8075

Comment se présente cette notation ?

Face à des fonds propres de 100 %, les banques étendent leurs prêts à des multiples notablement plus élevés. Mais comment peuvent-elles continuer sans se poser de question sur leur propre solvabilité ? Quel est l'équilibre adéquat entre fonds propres et prêts, pour un établissement de crédit ?

Au titre de l'accord de Bâle I (1988), un ratio de 8 % était convenu, accordant aux différentes activités du bilan de la banque une « pondération » différente en fonction du type de client (entreprise, particulier, secteur public, etc.).

Par contre, dans l'accord de Bâle II (2006)⁶⁶, les activités étaient « pondérées » en fonction de la solvabilité, deux méthodes de calcul différentes étant utilisées : la méthode standard, plus facile, et la méthode fondée sur les notations internes (IRB fondation ou avancée), ces deux méthodes étant placées sous le contrôle des autorités de crédit. Trois catégories de risque sont envisagées : risque de marché, risque de crédit et risque opérationnel.

Le risque de crédit correspond à la capacité ou non de l'emprunteur à rembourser le crédit contracté, en cas d'événement imprévu. La perte attendue (*expected loss* – EL) est calculée en associant la probabilité de défaut (*probability of default* – PD) dans les douze mois (notation financière du client), le taux de perte en cas de défaut (*loss given default* – LGD), influencé par les garanties, l'exposition au moment du défaut (*exposure at default* – EAD), influencée par le type d'opération, et la maturité, maturité résiduelle de l'exposition (M).

La notation du client (PD) est une évaluation de sa capacité à remplir ses obligations, rapportée sur douze mois consécutifs, fondée sur toutes les informations de nature quantitative et qualitative disponibles, et exprimée sous la forme d'un classement alphanumérique sur une échelle ordinale. Elle est déterminée sur la base du score des états financiers historiques et prévisionnels, du score qualitatif et du score de performance.

Une possibilité : la médiation en cas d'insolvabilité

Dans une situation de crise, tout le monde cache la poussière sous le tapis. Pourtant, le système d'alerte existe, il fonctionne, il ne nécessite pas d'autres démarches (ni plus de temps), et il est gratuit (son coût a déjà été pris en charge !).

Comment pourrait-il être utilisé ? Grâce à des techniques de communication et de médiation en cas d'insolvabilité⁶⁷.

En 1999, l'ABI (Association bancaire italienne) a publié le Code de conduite des entreprises bancaire en crise⁶⁸ (suivant l'approche londonienne), qui prévoit une procédure de concertation. Son article 4 dispose :

- « En cas d'activation de la procédure de conciliation, les membres (banques) s'engagent à :
- être présents à la réunion ;

⁶⁶ <http://www.bis.org/publ/bcbs128.pdf>

⁶⁷ Jacob A. Esher, “*Alternative dispute resolution in U.S. bankruptcy practice*”, Boston 2009

http://www.mwi.org/images/publications/esher_adrbankruptcy.pdf

Matteucci G., “Come prevenire le sofferenze bancarie in Italia”, in “Piazzetta Monte” III trim. 2012

<http://piazzettamonte.dobank.com/IIITrimestre-2012/COME-PREVENIRE-LESOFFERENZE-BANCARIE-IN-ITALIA>

⁶⁸ http://www.promem.it/ris/documenti/risanamento/00RIS_ABI_CodiceComportamentoCrisi.pdf

- participer au niveau adéquat ;
- fournir immédiatement des informations écrites exactes concernant chaque détail de l'exposition, des garanties et sources de remboursement ;
- déclarer les situations de conflit [...] ;
- ne pas divulguer la tenue de la réunion ;
- ne pas utiliser le fait que la réunion a lieu pour modifier leur situation effective ; et
- envoyer leurs décisions, dans les termes exprimés par chaque participant aux autres lors de la réunion et en tout état de cause avant la mise en œuvre de mesures d'urgence à l'encontre de l'entreprises et des garants [...]. »

Cette procédure était pratiquée en Italie jusqu'à il y a 20-25 ans, quand les dirigeants des banques locales se rencontraient à la succursale locale de la Banque d'Italie. Cette pratique était de moins en moins adaptée aux petites et moyennes entreprises, puisque les grands groupes bancaires italiens (et internationaux) ont de plus en plus spécialisé leurs réseaux en les transformant en points de vente et centralisé les activités de prise de décision et de contrôle en quelques endroits, généralement à des centaines de kilomètres de leurs clients. Cette même procédure pourrait bien être reproduite par l'OCC.

Conclusion

Pour conclure, en Italie, l'indice d'alerte précoce des crises financières des entreprises, reposant sur la notation financière (surtout pour les PME) existe ; il fonctionne ; il est gratuit... mais il n'est pas utilisé⁶⁹ !

**Giovanni Matteucci, Consultant en financement européen, Italie*

37

x x x
x

Grèce

Optimisation des procédures dans le Code grec de l'insolvabilité

Yiannis G. Sakkas et Yiannis G. Bazinas nous présentent les nouveaux amendements de la loi n° 4446/2016, visant à simplifier et optimiser la procédure d'insolvabilité*

Le Code de l'insolvabilité (« CI ») grec connaît des réformes incessantes depuis sa refonte totale en 2007⁷⁰.

Le sixième et dernier amendement en date⁷¹ a été adopté en décembre 2016 : c'est la loi 4446/2016⁷². Une fois de plus, le législateur s'est efforcé d'affiner les procédures d'insolvabilité existantes, afin de mettre en place des mesures qui :

⁶⁹ Pour une version plus complète : https://www.academia.edu/29734700/Early_disclosure_of_business_crisis_in_Italy_the_early_warning_indicator_exists_it_works_it_is_not_used_2016.10.30

⁷⁰ La version anglaise intégrale du code grec de l'insolvabilité est disponible à l'adresse www.bazinas.com.

- a) donnent une seconde chance réaliste aux entrepreneurs honnêtes ;
- b) optimiseront les procédures de sauvegarde ; et
- c) accéléreront et rendront moins formel le processus d'insolvabilité dans son ensemble.

Une seconde chance

Jusqu'à présent, toute tentative de nouveau départ, dans la mesure où cette perspective était liée à une remise de dettes, se heurtait à un cadre excessivement complexe qui exigeait qu'un délai de dix ans soit écoulé avant que les débiteurs puissent demander l'annulation de leur dette résiduelle⁷³. Toutefois, la disposition légale correspondante a été révisée, le législateur s'étant inspiré de règles nationales similaires existant dans d'autres États membres de l'UE.

Le cadre qui en résulte est parfaitement conforme à la recommandation de la Commission européenne sur une nouvelle approche en matière de défaillance et d'insolvabilité des entreprises (la « Recommandation »)⁷⁴. Plus précisément, les nouvelles dispositions permettent aux entrepreneurs honnêtes de demander une remise de dettes deux ans après la déclaration d'insolvabilité et d'être libérés de toutes leurs obligations résiduelles à condition que le tribunal juge que le débiteur est « excusable », c'est-à-dire qu'il faut qu'il se soit montré de bonne foi et coopératif tout au long de la procédure d'insolvabilité⁷⁵. Toutefois, le CI dispose que chaque débiteur ne peut bénéficier que d'une seule remise de dettes. Toute autre remise de dettes devra faire l'objet d'un plan de réorganisation⁷⁶.

Optimisation des procédures de sauvegarde

L'une des orientations importantes de la nouvelle loi est la promotion d'une réorganisation moins formelle et plus précoce des entreprises viables. Pour ce faire, le législateur s'est intéressé aux deux procédures de sauvegarde pré-insolvabilité du chapitre 6, à savoir la liquidation spéciale et le rétablissement.

Pour commencer, la liquidation spéciale, qui avait été introduite en 2011⁷⁷, a été entièrement abolie. Cette procédure n'a jamais rencontré de succès et était en contradiction avec le reste du CI⁷⁸.

Le rétablissement, pour sa part, a été réformé en profondeur. Avant son récent amendement, le rétablissement était exclusivement une procédure de sauvegarde volontaire, qui offrait aux débiteurs la possibilité de suivre la voie du « pré-pack » ou la voie judiciaire. Dans le premier cas, le débiteur concluait un accord de rétablissement avec la majorité requise de créanciers avant le

⁷¹ Ces amendements n'incluent pas les lois liées à l'insolvabilité, telle que la loi d'urgence sur la « para-insolvabilité », qui a rarement été utilisée et a depuis été remplacée, ni la loi sur l'insolvabilité des consommateurs (L. 3869/2010), qui a été adoptée (et amendée) au cours de la même période.

⁷² Loi n° 4446/2016, Journal officiel A 240/22.12.2016.

⁷³ La remise de dettes ne s'applique qu'aux personnes physiques. Suite à un bref amendement en 2015, l'article 170a a réduit officiellement le délai de remise de dettes à trois ans. Pourtant, cette disposition s'est avérée inapplicable faute de réforme totale du cadre de remise de dettes.

⁷⁴ C 2014/1500, 12.03.2014.

⁷⁵ Voir articles 167 à 169 du CI.

⁷⁶ Voir article 169(4) du CI.

⁷⁷ Voir loi n° 4013/2011.

⁷⁸ Apparemment, la liquidation spéciale ne figurait pas dans les premiers projets de loi tendant à l'amendement de la procédure de pré-insolvabilité ; elle a été ajoutée à une étape bien plus tardive.

début d'une procédure formelle, puis faisait homologuer cet accord par le tribunal. S'il choisissait la voie judiciaire, le débiteur déposait une demande d'ouverture de procédure. Si sa demande était acceptée, le débiteur et les créanciers se rencontraient pour conclure un accord de rétablissement qui était ensuite soumis à l'homologation du tribunal. Néanmoins, la voie judiciaire a souvent été critiquée comme encourageant la conduite délictuelle des débiteurs. En effet, il était fréquent que l'ouverture de la procédure vise en réalité à profiter des mesures provisoires accordées, sans qu'il n'y ait de véritable intention de conclure un accord de rétablissement⁷⁹.

Ceci dit, la nouvelle procédure de rétablissement ne prévoit qu'une seule voie, celle du pré-pack. L'accord doit emporter l'approbation des créanciers détenant 60 % des créances (dont 40 % doivent être des créances garanties) avant d'être soumis à l'homologation du tribunal. Une suspension de plein droit intervient jusqu'à ce que le tribunal décide ou non d'homologuer l'accord. Ce moratoire peut durer au maximum quatre mois, au bout desquels toute suspension devra être décidée par le tribunal de l'insolvabilité⁸⁰.

Le tribunal peut également ordonner des mesures préventives couvrant la période de négociation, pouvant durer jusqu'à quatre mois avant la présentation de l'accord, à condition que les créanciers détenant 20 % des créances totales y donnent leur consentement. En outre, le rétablissement n'est plus exclusivement une procédure volontaire. Les créanciers détenant les pourcentages susmentionnés des créances (60-40 %) peuvent également présenter un accord de rétablissement pour homologation par le tribunal, sous réserve que le débiteur soit en état de cessation des paiements⁸¹.

Pour promouvoir davantage la restructuration précoce et rapide des entreprises viables, la loi n° 4446/2016 prévoit également des changements concernant la procédure de réorganisation. Plus précisément, les critères de commencement de la procédure ont été élargis pour inclure la « probabilité d'insolvabilité » afin de permettre aux débiteurs rencontrant des difficultés financières de demander (volontairement) l'ouverture d'une procédure même s'ils ne sont pas encore arrivés au stade de la cessation des paiements. Cette disposition, qui s'applique également aux procédures de rétablissement, met le CI en conformité avec la Recommandation et vise à soutenir la restructuration précoce.

En outre, les nouveaux amendements limitent le droit du syndic⁸² à soumettre un plan de réorganisation et réservent ce droit au débiteur et aux créanciers détenteurs des pourcentages susmentionnés, à la condition, cependant, que les créanciers déposent la demande d'insolvabilité forcée accompagnée du plan⁸³.

⁷⁹ Voir rapport explicatif de la loi n° 4446/201, p. 2.

⁸⁰ Voir articles 106(1), (3) et 106a du CI.

⁸¹ Voir articles 100(1) et 104(1) du CI.

⁸² Le syndic est le mandataire habilité à administrer la masse de l'insolvabilité ; voir articles 63 et suivants du CI. Il a été remplacé par la profession réglementée de praticien de l'insolvabilité, conformément aux bonnes pratiques internationales.

⁸³ En vertu du droit grec, la réorganisation est une procédure intra-insolvabilité, considérée comme le refuge ultime dans les cas où la déclaration d'insolvabilité n'entraîne pas une « mort commerciale » irréversible. Voir rapport explicatif.

Le délai de présentation du plan par le débiteur est également raccourci à trois mois à compter de la déclaration d'insolvabilité. Le principal objectif de ces amendements est de simplifier la procédure et de faire peser la responsabilité et la charge de la présentation du plan sur le débiteur, qui est censé mieux connaître l'entreprise et être mieux placé pour prendre une décision informée en temps utile quant à l'ouverture de la procédure.

Accélération du processus d'insolvabilité

Enfin, un autre ensemble d'amendements vise à simplifier et accélérer le processus d'insolvabilité, en optimisant les procédures et en supprimant les goulots d'étranglement. Plus précisément, le comité des créanciers est aboli, puisque son utilité, telle qu'envisagée par la loi, n'a pas été confirmée dans la pratique. Il était considéré que son maintien rendrait la procédure encore plus lourde et lente⁸⁴. En outre, les pouvoirs du tribunal de l'insolvabilité ont été réduits et transférés en grande partie au juge rapporteur, qui a désormais la possibilité de diriger une partie importante de la procédure (notamment la soumission des créances et la liquidation) au moyen de décisions définitives.

Par ailleurs, l'examen préliminaire du plan de réorganisation par le tribunal a lui aussi été supprimé pour optimiser davantage la procédure. Le droit de recours des personnes lésées a été grandement limité et les délais correspondants raccourcis.

Enfin, des amendements ont également été prévus pour accélérer les procédures d'insolvabilité de moindre importance, permettant au tribunal de déroger aux dispositions du CI dans le contexte de ces affaires⁸⁵.

40

Conclusion

Il est clair que les amendements à la loi vont dans une direction précise. Il est indéniable que la simplification et l'optimisation du processus d'insolvabilité représentent un grand pas en avant, surtout si l'on tient compte du fait que le problème chronique du régime grec de l'insolvabilité était la longueur des procédures, qui rendait insignifiante toute chance de sauvegarde. Par ailleurs, il était indispensable de mettre en place un régime efficace de remise de dette favorable aux débiteurs, afin de mettre fin aux stigmates de l'insolvabilité et soutenir les entrepreneurs et les PME, qui représentent 99 % des entreprises du pays.

Pourtant, il serait utopique de trop attendre de ces nouvelles dispositions. Comme indiqué plus haut, le CI a été modifié de nombreuses fois au cours de la dernière décennie pour incorporer en temps utile la majeure partie des bonnes pratiques internationales, et il est bien placé parmi ses pairs internationaux⁸⁶. Toutefois, l'application pratique de toutes ces mesures a été mise à mal par la conjoncture actuelle, qui laisse peu de place à la réussite des redressements d'entreprises.

L'absence de régime propice aux investissements et les difficultés à accéder à de nouveaux financements sabotent de fait les efforts de restructuration de l'ampleur nécessaire pour soutenir le

⁸⁴ Le comité était composé de trois membres, un pour chaque groupe de créanciers (gagistes, chirographaires et privilégiés). Ses fonctions et responsabilités incluaient la surveillance de la procédure d'insolvabilité, l'assistance du syndic, etc. Voir G. B. Bazinas, Y. G. Sakkas, Grèce, chapitre 23A, *Collier International Business Insolvency Guide*, Matthew Bender / Lexis-Nexis, 2014, p. 23A 32.

⁸⁵ Voir articles 162 et 163 du CI.

⁸⁶ Le rapport *Doing Business* de 2017 de la Banque mondiale attribue une note de 12,0/16,0 à la Grèce pour l'indice de solidité du cadre juridique, ce qui correspond à la note de ses pairs régionaux.

redressement de l'économie grecque. À cet égard, les nouveaux amendements du CI, même s'ils partent d'une bonne intention, ne devraient pas se traduire par des résultats notablement différents dans la pratique de l'insolvabilité, à moins qu'ils ne soient associés à une initiative ambitieuse visant à remodeler le profil économique du pays.

**Yiannis G. Sakkas, consultant scientifique, Yiannis G. Bazinas, Avocat, cabinet Bazinas, Athènes (Grèce)*

x x x

x

Slovaquie

La résurrection de l'insolvabilité personnelle en Slovaquie ?

Vladimír Kordoš et Filip Takáč nous expliquent la nécessité d'un amendement relatif aux insolvabilités personnelles*

En novembre 2016, le Parlement slovaque a adopté un amendement à la loi sur l'insolvabilité et la restructuration (« LIR »).

L'un des principaux objectifs de cet amendement est de résoudre les lacunes de la loi sur les insolvabilités personnelles, qui représentent un énorme problème socio-économique en Slovaquie. Depuis que la LIR est entrée en vigueur, en 2005, le nombre de personnes qui ont demandé l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité personnelle est plus bas que dans les autres États membres de l'UE, même si, à première vue, les conditions semblent favorables. Cet amendement est entré en vigueur le 1^{er} mars 2017.

41

Auparavant, l'effacement des dettes des personnes physiques se déroulait en deux étapes :

- (i) liquidation totale des actifs du débiteur ; et
- (ii) période de trois ans au cours de laquelle le débiteur transférait une partie de ses revenus aux créanciers, suite à quoi l'effacement des dettes était définitivement approuvé.

L'insolvabilité personnelle, en vertu de la LIR, posait des problèmes pour plusieurs raisons :

- L'effacement des dettes n'était possible qu'une fois la première étape (liquidation des actifs) terminée, ce qui demandait généralement au moins un an.
- Il n'était ensuite accordé qu'au bout d'une période de trois ans supplémentaire.
- La loi désavantageait les personnes qui se trouvaient dans une situation financière difficile, en exigeant que 663,88 euros de frais et d'honoraires du mandataire soient payés d'avance et qu'il soit démontré que le débiteur possédait des actifs d'une valeur d'au moins 1 659,70 euros.
- Le tribunal déterminait le montant que le débiteur devait payer à ses créanciers au cours de la période de trois ans avant l'approbation de l'effacement des dettes, montant qui pouvait s'élever à 70 % des revenus nets du débiteur. Toutefois, la loi n'imposait pas au débiteur d'informer le liquidateur de toute augmentation de ses revenus survenant au cours de cette même période. Cela signifie qu'il était facile d'abuser de ce système si, au début de la

procédure, le débiteur parvenait à démontrer que ses revenus étaient inférieurs à ce qu'ils étaient en réalité.

- Il ne pouvait pas être dérogé au paiement d'avance et celui-ci, associé à l'exigence de démontrer l'existence d'actifs suffisants, constituait un obstacle insurmontable pour beaucoup de personnes ordinaires.

Caractéristiques du nouvel amendement

L'amendement met fin au processus en deux étapes prévu par la LIR et introduit deux possibilités pour les personnes qui souhaitent invoquer une insolvabilité personnelle, reprenant le modèle des systèmes juridiques d'autres pays :

- a) Liquidation des actifs du débiteur et effacement rapide des dettes, sous le nom de procédure d'*insolvabilité* (nouveau départ) ; ou
- b) Restructuration des obligations du débiteur au moyen d'un *calendrier de paiement échelonné* (pas de nouveau départ).

Dans les deux cas, les dettes du débiteur sont effacées de plein droit, soit à compter de la date de dépôt de la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité, soit à compter de la date d'approbation du calendrier de paiement échelonné et de l'extinction des créances. Quelle que soit la méthode choisie, l'effacement des dettes ne peut être demandé qu'une fois tous les dix ans.

Cet amendement comprend des dispositions applicables à la représentation légale obligatoire du débiteur au cours de l'une ou l'autre des procédures. Le débiteur peut être représenté par le centre d'aide juridictionnelle (le « CAJ ») ou par un avocat désigné par le CAJ. Dans le cas d'un calendrier de paiement échelonné, le CAJ peut désigner l'avocat choisi par le débiteur. La demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou d'approbation d'un calendrier de paiement échelonné ne peut être déposée que si une procédure d'exécution ou autre procédure similaire est en instance à l'encontre du débiteur.

42

À certaines exceptions près, pratiquement toutes les créances produites peuvent faire l'objet d'un effacement. L'amendement définit trois types de créances :

- les créances désintéressées dans le cadre de l'insolvabilité ou en vertu d'un calendrier de paiement échelonné, par exemple les créances ordinaires nées avant l'insolvabilité, les futures créances de garants et codébiteurs, etc.
- les créances non désintéressées, telles que les créances nées de lettres de change, amendes contractuelles, créances accessoires à des créances supérieures à un certain montant, créances pécuniaires de parties affiliées, etc. ; et
- les créances ne pouvant pas faire l'objet d'un effacement, telles que l'aide juridictionnelle accordée au débiteur par le CAJ, les pensions alimentaires, etc.

En vertu de la LIR, les créanciers gagistes devaient produire leurs créances. En principe, l'amendement met les créances garanties de côté, dans la catégorie des créances non affectées par l'effacement de dettes.

Insolvabilité

Dans le cadre de l'insolvabilité, tous les actifs du débiteur sont liquidés et réalisés, puis le produit est réparti entre les créanciers reconnus.

Désormais, lorsqu'il dépose une demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité, le débiteur ne doit payer que 500 euros d'avance pour les frais et honoraires de mandataire. Un débiteur qui remplit certains critères peut demander au CAJ de prendre ce montant en charge. Ainsi, l'insolvabilité personnelle est dorénavant plus accessible aux personnes disposant de moins de moyens. Elle représente une alternative pour les personnes ayant peu d'actifs et de faibles revenus et dont les dettes dépassent dans la plupart des cas la valeur des actifs.

À compter du dépôt de la demande, le droit de cession des actifs du débiteur est transféré au mandataire. Toutefois, le débiteur peut continuer d'utiliser ses actifs de la manière habituelle.

L'amendement introduit la notion de « valeur insaisissable du logement », qui correspond à la partie de la valeur du logement que le débiteur désigne comme pièce d'habitation (10 000 euros). Si la valeur vénale du logement est supérieure à la valeur insaisissable, le logement sera vendu et la valeur insaisissable versée au débiteur, sur un compte spécial qui ne peut être affecté au désintéressement des créanciers qu'avec le consentement du débiteur.

En vertu de l'amendement, les créanciers peuvent produire leurs créances jusqu'à ce que le mandataire publie le calendrier de paiement au Bulletin commercial. En outre, les parties affiliées au débiteur disposent d'un droit préférentiel pour acheter les actifs du débiteur, ce qui signifie que les biens du débiteur ne changeront pas forcément de mains.

Calendrier de paiement échelonné

Le calendrier de paiement échelonné représente une solution intéressante pour les personnes disposant de ressources moyennes et de revenus raisonnables, dont les actifs sont grevés de droits de sûreté, et qui ne peuvent pas honorer leurs obligations financières à leur échéance. Il convient mieux aux personnes qui se rendent compte de leur insolvabilité imminente en temps utile.

Outre qu'elle doit satisfaire certaines exigences générales, la demande de calendrier de paiement échelonné doit être accompagnée des déclarations fiscales des cinq dernières années, d'une présentation des revenus et dépenses du débiteur pour la même période et d'une projection de ses revenus et dépenses pour les cinq prochaines années.

Si la demande satisfait toutes les exigences, le tribunal offrira au débiteur une protection contre ses créanciers. Il nommera un mandataire chargé d'établir un calendrier de paiement échelonné dans les quarante-cinq jours suivant la réception du paiement d'avance précisé par le tribunal. Le calendrier de paiement tiendra compte de plusieurs critères, notamment du ratio d'endettement, des motifs de la cessation des paiements du débiteur, de l'exécution des créances ne faisant pas l'objet du calendrier de paiement, des revenus du débiteur, de sa situation sociale, familiale et de santé, et d'autres circonstances.

Le délai de désintéressement des créanciers chirographaires est de cinq ans. Il ne peut être inférieur à 30 % et doit être au moins 10 % supérieur au taux de désintéressement que permettrait une procédure d'insolvabilité.

Le mandataire publie le projet de calendrier de paiement au Bulletin commercial, en précisant les dates et montants des échéances. Les créanciers et le débiteur peuvent contester sa proposition dans les quatre-vingt-dix jours suivant la publication. La proposition et les éventuelles contestations et observations du mandataire et du débiteur sont étudiées par le tribunal, qui établit le calendrier de paiement définitif.

Si le tribunal détermine que la situation du débiteur est incompatible avec le projet de calendrier de paiement, la procédure est suspendue et le tribunal informe le débiteur de la possibilité de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

Enfin, l'amendement traite en détail des règles de procédure de l'insolvabilité personnelle, ce qui devrait permettre de clarifier les relations juridiques des particuliers au cours de la procédure d'insolvabilité.

Avec le temps, on saura si le nombre d'insolvabilités personnelles augmente, mais selon les estimations, on devrait assister, la première année, à 15 à 20 000 nouveaux dossiers, soit quarante à cinquante par mandataire. La formulation et les dispositions de l'amendement indiquent que son but déclaré — rendre les insolvabilités personnelles plus accessibles — a été atteint. L'insolvabilité personnelle sera désormais accessible même aux membres des groupes sociaux les plus défavorisés.

**Vladimir Kordoš, Avocat, Associé, Filip Takáč, Collaborateur, bnt, Bratislava (Slovaquie)*

x x x
x

Nouvelle publication

Commentaire sur le règlement européen sur l'insolvabilité

Chris Laughton nous livre sa présentation d'une nouvelle publication d'Oxford University Press sur la refonte du REI, suivie du point de vue d'un chercheur*

44

Sous la rédaction de Reinhard Bork et Kristin van Zwieten
Éditeur : Oxford University Press 2016; LXXII et 919 pages, 195 GBP;
ISBN 978-0-19-872728-6

Critique principale de Chris Laughton, associé, services de conseil aux entreprises, Mercer & Hole, Londres (Royaume-Uni)

Point de vue de Paul Omar, ancien Secrétaire du Forum universitaire d'INSOL Europe (2007-2015)

Présenté sous forme de commentaire article par article de la refonte du règlement européen sur l'insolvabilité (2015/848) (le « REI »), cet ouvrage de 990 pages sera très utile pour préparer les lecteurs à la mise en œuvre du REI qui interviendra à compter du 26 juin 2017 dans toute l'UE (exception faite du Danemark).

Les professeurs Bork (Université de Hambourg) et van Zwieten (Université d'Oxford) ont veillé à la rigueur scientifique des contributions d'une douzaine de chercheurs et praticiens de premier plan, constituant ainsi une analyse utile, agréable à lire et sérieuse de cet acte législatif.

Kristin van Zwieten plante le décor dans son introduction, évoquant les motifs, le contexte, les principales caractéristiques et l'avenir du REI. L'ouvrage se poursuit à juste titre par le préambule du REI, qui est bien entendu plus long que celui du règlement actuellement en vigueur (1346/2000) (le « REI 2000 »).

Comme on peut s’y attendre, le REI est joint en annexe, tout comme le REI 2000, le rapport Virgós-Schmit, les « Directives Co-Co » et les principes de coopération et de communication entre juges en matière d’insolvabilité transfrontalière européenne.

Le cas échéant, les contributeurs ont puisé dans la jurisprudence constituée au cours de l’existence du REI 2000 ; en l’absence de précédent, ils ont puisé dans la littérature universitaire, s’appuyant sur les recherches et débats correspondants. Les références des contributeurs sont tout aussi impressionnantes que la qualité de leurs articles.

Sans vouloir offenser ceux dont la brièveté de cet article ne permet pas de mentionner le nom, citons tout de même Sir Richard Snowden (juge à la Haute Cour d’Angleterre et du Pays de Galles), qui a rédigé une section consacrée aux dispositions générales, portant sur les articles 7 à 11, couvrant le droit applicable, les droits réels de tiers, la compensation, la réserve de propriété et les contrats concernant des biens immobiliers. Si l’on se penche sur l’analyse de l’article 7(2)(1) concernant les frais et dépenses (il faut l’admettre, ce choix est délibéré), on découvre une discussion concernant l’application du droit de la procédure principale aux demandes de paiement des frais de la procédure secondaire à partir des actifs faisant l’objet de la procédure principale, citant *Landgericht Aachen – 6T44/14*, [2014] EIRCR(A) 470. Les membres d’INSOL Europe seront ravis de constater que son registre des affaires fondées sur le REI est cité comme source pertinente.

Reinhard Damman (Clifford Chance, Paris) est l’auteur de la section sur les procédures secondaires, consacrée aux articles 45 à 52. Se demandant si la forme de production des créances était exclusivement régie par le droit de la procédure (secondaire, dans ce cas), Reinhard Damman s’est appuyé sur sa propre expérience dans le dossier Alkor (auquel je suis moi-même intéressé). Il cite une décision non publiée qui juge que le contenu de la production de créances par le PI était conforme à l’article 41 du REI 2000 et pouvait être complété conformément au droit français.

Comme le fait remarquer le professeur Heinz Vallender (Université de Cologne) à propos de l’ouvrage, dans la préface : « Ses auteurs ont démontré dans leurs commentaires que l’Europe est un continent vivant et dynamique, qui offre un terrain fertile à l’innovation juridique. »

Le point de vue du chercheur

Structurellement, cet ouvrage aborde l’acte législatif dans l’ordre de ses dispositions, après un exposé préliminaire (mais néanmoins très informatif) de l’histoire de l’initiative qui a vu naître le REI en 2000. Ainsi, en sept parties, il couvre dans l’ordre les dispositions générales, le cadre de reconnaissance, les procédures d’insolvabilité secondaires, les créanciers et les créances, la dynamique de groupe, la protection des données et les dispositions finales et transitoires.

Chaque partie contient une citation de l’acte législatif, suivie d’une analyse méthodique des problèmes soulevés, notamment le raisonnement de la disposition en question et son champ d’application, ainsi que, dans certains cas, une conclusion anticipant les développements futurs. À l’intérieur de chaque section, on trouve par ailleurs des références bibliographiques utiles et pertinentes, dont la plupart sont également mentionnées dans les notes de bas de page, mais aussi des références à la jurisprudence et des références croisées entre les deux versions du REI mais aussi d’autres textes législatifs.

La présence d’une telle quantité de documents pertinents traduit le sérieux de cet ouvrage, qui cherche non seulement à présenter le règlement mais aussi à refléter l’expérience acquise depuis

l'entrée en vigueur du REI en 2002, ainsi qu'à expliquer de manière pragmatique la façon dont le développement du REI a été influencé par le contexte pratique. On perçoit également manifestement la façon dont chaque auteur, qu'il soit universitaire ou praticien, cherche à anticiper les difficultés qui surviendront quand la refonte du REI entrera en vigueur à la mi-2017.

Dans l'ensemble, il est clair que ce commentaire repose sur des fondations très solides ; il devrait devenir un ouvrage de référence pour les chercheurs, les juges, les praticiens et les politiciens.

x x x
x

Actualités par pays

Actualités par pays Printemps 2017

Royaume-Uni, République tchèque, Lettonie, Turquie, États-Unis

Royaume-Uni : L'ADI dans les affaires d'IVA⁸⁷ – Green c/ Wright

Par Kathryn MacLennan, directrice juridique, Hill Dickinson LLP, Manchester (Royaume-Uni)

Les PI spécialistes des IVA attendaient depuis longtemps qu'une décision soit prononcée dans cette affaire.

La Cour d'appel a rendu son arrêt le 1^{er} mars 2017, confirmant que si un IVA donne naissance à une fiducie, en l'absence de termes spécifiques, celle-ci se poursuivra jusqu'à nouvel ordre, même si le débiteur a reçu une attestation de libération et la confirmation qu'il n'encourt plus de responsabilité envers ses créanciers IVA.

Les faits

- Le débiteur a conclu un IVA avec ses créanciers en janvier 2013.
- L'IVA créait une fiducie couvrant tous ses actifs, exception faite de certains actifs expressément exclus.
- Le débiteur a respecté toutes ses obligations au titre de l'IVA et a reçu son attestation.
- L'IVA ne prévoyait pas ce qu'il adviendrait de la fiducie une fois les obligations du débiteur acquittées.
- Quelques mois plus tard, deux créances ADI ont été payées.
- Ces fonds ont été versés à l'ancien contrôleur de l'IVA, qui a présenté une demande au tribunal afin que celui-ci lui indique quel était le destinataire des fonds : devaient-ils être remboursés au débiteur ou conservés par le contrôleur afin d'être reversés aux créanciers ?

⁸⁷ ADI : assurance décès invalidité incapacité (équivalent proposé pour *payment protection insurance*).
IVA : *individual voluntary arrangement* (concordat individuel) (N. de la T.).

Cour d'appel

Les deux tribunaux inférieurs avaient décidé que les fonds étaient dus et payables au débiteur, mais leur décision a été infirmée par la Cour d'appel. Son arrêt confirme qu'une fiducie créée par un IVA ne s'achève pas une fois les obligations acquittées, sauf si les termes de l'IVA le prévoient expressément. À défaut, la fiducie se poursuit.

La Cour d'appel a également confirmé que l'attestation a pour objet de libérer le débiteur de ses responsabilités envers les créanciers IVA, mais que ceux-ci peuvent néanmoins avoir une créance sur les actifs faisant l'objet de la fiducie. Son arrêt étudiait les questions fondamentales du sens à donner à « créancier » et « dette ».

Elle a souhaité établir un parallèle entre l'attestation de libération dans le cadre d'un IVA et la libération de l'insolvabilité, dans une tentative de rapprocher les effets de ces deux régimes.

On ne sait pas encore quel sera le véritable impact de cette volonté sur la profession, mais il semble évident que des milliers d'affaires ont été closes sans que cela ne mette fin à la fiducie.

Cela a des implications pour les débiteurs, les praticiens de l'insolvabilité et les banques. Cette question sera sans aucun doute exacerbée par le fait que la FCA⁸⁸ a fixé une date limite en août 2019 pour les créances ADI. On prévoit que ces créances augmenteront notablement ; les créanciers et débiteurs doivent donc être informés des questions qui se posent concernant les fiducies IVA existantes, qu'ils y soient actuellement parties ou qu'ils l'aient été il y a des années de cela.

Les débiteurs auront à juste titre supposé que l'attestation de libération, comme son nom l'indique, produisait un effet libératoire, mais il semblerait que les choses ne soient pas si simples.

47

République tchèque : La loi sur l'insolvabilité est révisée de fond en comble

Par David Fechtner, avocat, Prague (République tchèque)

Le 1^{er} juillet 2017, un amendement important de la loi tchèque sur l'insolvabilité entrera en vigueur.

Il apportera entre autres les changements suivants :

- (i) Présomption négative d'insolvabilité ;
- (ii) Obstacles visant à freiner le « forum shopping » ;
- (iii) Examen préliminaire des demandes d'ouverture de procédure d'insolvabilité ;
- (iv) Obligation de prouver l'existence et le montant des créances.

Dans sa forme actuelle, la loi sur l'insolvabilité détermine dans quelle situation un débiteur est considéré insolvable (c'est-à-dire lorsqu'il est supposé qu'il est dans l'incapacité d'honorer ses obligations de paiement), tandis que l'existence réelle de l'insolvabilité doit être prouvée par le demandeur (qu'il s'agisse du débiteur ou de l'un des créanciers).

Dans la nouvelle loi, il est possible de partir de l'hypothèse statutaire que le débiteur peut honorer ses obligations (c'est-à-dire qu'il *n'est pas* insolvable). Cette hypothèse statutaire jouera dans les cas où le débiteur (qui doit être une entreprise qui tient des comptes réguliers) démontre que le

⁸⁸ FCA : Financial Conduct Authority, autorité de réglementation financière britannique (N. de la T.).

« trou dans le budget » (c'est-à-dire la différence entre les fonds disponibles et les obligations arrivées à échéance) est inférieur ou égal à 1/10 de l'endettement total.

Par ailleurs, la compétence territoriale du tribunal de l'insolvabilité sera déterminée par rapport à l'adresse du siège social du débiteur six mois avant le commencement de la procédure d'insolvabilité. Cela devrait largement limiter le nombre d'affaires dans lesquelles le débiteur transfère son siège, dans l'objectif néfaste de « déplacer » la future procédure d'insolvabilité dans le ressort d'un autre tribunal afin d'y bénéficier de conditions plus favorables ou, comme c'était le cas, de conditions plus défavorables pour les créanciers.

En vertu des règles actuelles, la procédure d'insolvabilité commence à la date à laquelle la demande d'ouverture de la procédure est remise au tribunal. Le tribunal doit publier les demandes dans les deux heures suivant leur présentation. Ainsi, l'existence même de la procédure d'insolvabilité devient un fait public, même si la demande n'a pas été examinée au fond. Cela produit souvent des conséquences préjudiciables pour les débiteurs (provoquant une sorte de panique ou l'exclusion du débiteur des appels d'offres). À l'avenir, si le tribunal de l'insolvabilité a des raisons de douter de la légitimité de la demande d'ouverture de la procédure, il peut suspendre la publication jusqu'à ce qu'il ait décidé ou non de la rejeter pour absence manifeste de motifs suffisants.

Enfin, il convient de mentionner une nouvelle obligation pesant sur les créanciers, qui se manifeste par le rôle que jouent les personnes déposant la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité (à condition qu'il s'agisse d'une personne morale qui tient des comptes ou des registres fiscaux) : ils doivent prouver l'existence de leur créance, que ce soit au moyen d'une reconnaissance écrite du débiteur (avec signature certifiée), d'un titre exécutoire (décision de justice ou acte notarié à effet exécutoire immédiat) ou d'une confirmation du commissaire aux comptes que la créance est inscrite dans les registres du créancier. À cet égard, le législateur cherche à prévenir les situations dans lesquelles les motifs présentés dans la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité sont fondés sur une créance douteuse.

Toutefois, on ne sait pas encore si cette nouvelle obligation aboutira réellement à la baisse souhaitée du nombre de demandes d'ouverture de procédure d'insolvabilité de mauvaise foi ou si elle ne fera qu'accroître les formalités administratives pour les créanciers honnêtes.

Lettonie : Modifications de la loi sur l'insolvabilité

Par Edvins Draba, Collaborateur, SORAINEN (Lettonie)

Un nouvel ensemble d'amendements à la loi lettone sur l'insolvabilité a été adopté à la fin de l'année dernière. Ces amendements sont en partie entrés en vigueur en janvier dernier ; toutefois, la majeure partie d'entre eux entrera en vigueur le 1^{er} juillet 2017 et par la suite. Les amendements à la loi sur la procédure civile affectant les procédures d'insolvabilité et de restructuration sont eux aussi entrés en vigueur en janvier.

Procédure de protection juridique

Un principe de « libre concurrence » a été introduit en ce qui concerne les personnes qui sont habilitées à superviser les procédures de restructuration. Ainsi, les créanciers pourront désormais décider de la personne physique qu'ils souhaitent nommer pour superviser la procédure de restructuration, au lieu de nommer obligatoirement un administrateur agréé.

Cette personne sera rémunérée par les créanciers ayant voté en faveur du plan de restructuration, et non par le débiteur (contrairement à auparavant).

Dans le cas où les créanciers ont formulé des objections au plan de restructuration et que le débiteur n'en tient pas compte (et ne modifie pas le plan en conséquence), l'avis d'un auditeur agréé est sollicité.

La profession d'administrateur

De la même manière, les amendements modifient la réglementation de la profession d'administrateur, dans le but de veiller à ce que seuls des professionnels qualifiés et honnêtes puissent l'exercer. C'est la raison pour laquelle l'Association lettone des administrateurs agréés de procédures d'insolvabilité a été privée du droit d'agréer les administrateurs. La nomination, la libération et la révocation des administrateurs de l'insolvabilité font désormais l'objet d'une nouvelle procédure qui prévoit que les administrateurs sont nommés par le directeur d'un organisme public, l'Administration de l'insolvabilité. Ainsi, l'État prendra à sa charge les questions liées à l'admission à exercer, qui relevaient autrefois de la compétence de l'Association lettone des administrateurs agréés de procédures d'insolvabilité, en qualité d'organisation professionnelle des administrateurs.

Une condition préalable à la nomination aux fonctions d'administrateur (correspondant à l'ancien agrément) consistera à passer un examen d'admission. Dorénavant, toutefois, les administrateurs devront repasser cet examen tous les deux ans. Les examens seront organisés par une commission désignée à cet effet par le ministre de la Justice, qui sera composée de représentants du ministère de la Justice, de l'Administration de l'insolvabilité, d'universitaires, de membres de l'association des administrateurs, de juges et d'un représentant d'ONG. Une autre exigence a été imposée : les administrateurs doivent avoir une réputation irréprochable.

Les amendements prévoient que la responsabilité des administrateurs et des personnes qui supervisent les procédures de restructuration sera engagée. À cet effet, une commission de discipline a été créée. Elle sera habilitée à imposer des sanctions disciplinaires, notamment à révoquer les administrateurs de leurs fonctions.

Pouvoirs de l'Administration de l'insolvabilité et transparence des procédures

L'Administration de l'insolvabilité sera habilitée à visiter le cabinet de l'administrateur ou le siège du débiteur (s'agissant d'une insolvabilité d'entreprise) pour y inspecter les documents relatifs à la procédure d'insolvabilité.

Elle publiera des données sur son site concernant les violations commises par les administrateurs ou autres personnes qui supervisent les procédures d'insolvabilité, le résultat de leurs activités, la durée des procédures et d'autres données censées favoriser la transparence.

En outre, les créanciers pourront demander une inspection des activités de l'administrateur, notamment dans le cadre des procédures d'insolvabilité, en s'adressant à un auditeur agréé.

Compétence

Les amendements à la loi sur la procédure civile prévoient que les affaires de restructuration et d'insolvabilité seront tranchées par le tribunal de l'adresse du siège social du débiteur enregistrée ou déclarée trois mois avant la demande d'ouverture de la procédure. Ces amendements ont été introduits dans le but de lutter contre la pratique consistant, pour les débiteurs, à modifier l'adresse de leur siège social peu de temps avant de déposer une demande d'ouverture de procédure auprès du tribunal.

Turquie : Complément d'informations sur le nouveau régime de nantissement et de cession

Par Orçun Çetinkaya, associé, et Burak Baydar, collaborateur senior, Moroğlu Arseven, Istanbul (Turquie)

La Turquie a récemment introduit un ensemble de lois secondaires, qui exposent en détail d'importants changements législatifs concernant le régime de nantissement et de cession applicable aux opérations commerciales.

Ce nouveau régime facilite l'accès des PME au financement et améliore leur compétitivité. L'aspect le plus notable des changements est que la possession de l'actif donné en nantissement ne nécessite plus un changement concret de mains. Les dernières annonces portent notamment sur des procédures et principes détaillés relatifs à l'application de nantissements mobiliers, à l'établissement d'un registre central des nantissements mobiliers, à l'évaluation des biens mobiliers donnés en nantissement, ainsi qu'à la structure et à la signature des accords de nantissement.

Le nouveau régime a été introduit par la loi n° 6750 sur le nantissement de biens mobiliers dans le cadre d'opérations commerciales, publiée au Journal officiel n° 29871 le 28 octobre 2016. Toutefois, les développements les plus récents ont été annoncés par le biais d'un ensemble de lois secondaires, publiées au Journal officiel numéro 29935 (bis) le 31 décembre 2016 et entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2017.

Création d'un registre des nantissements mobiliers

Un registre des nantissements mobiliers est créé dans le but de garantir l'exactitude et l'exhaustivité des archives, mais aussi de fournir une garantie juridique aux parties et permettre un accès public aux archives.

Le système du registre traitera les demandes de rectification ou de radiation des accords de nantissement, ainsi que les droits de transfert découlant des nantissements et les modifications concernant le rang des nantissements. Les archives seront accessibles au public. Tout tiers en mesure de prouver son bon droit pourra présenter des demandes. Les demandes se feront soit en personne, directement auprès du registre, soit par voie électronique.

La législation secondaire introduit des principes et procédures concernant :

- la création et la tenue du registre des nantissements mobiliers ;
- les fonctions et pouvoirs des services du registre et l'accès à ces services ;
- le partage des données figurant dans le registre ; et
- les droits correspondants.

Établissement de droits de nantissement dans le cadre d'opérations commerciales et exécution en cas de défaut

La législation secondaire traite de questions relatives à l'accord de nantissement lui-même, à l'établissement des accords, aux régimes de nantissement, à l'enregistrement des accords, ainsi qu'aux droits et obligations du créancier gagiste et du constituant du gage en cas de défaut.

Par conséquent, la déclaration des parties, dans l'accord de nantissement, exposant leur intention explicite de donner le bien mobilier en question en nantissement suffira désormais à établir le nantissement. Dans la pratique, cela représente un changement important. En effet, pour établir le nantissement, il fallait auparavant que la possession du bien mobilier soit transmise au créancier gagiste.

En vertu de la loi, un créancier gagiste doit être soit un établissements de crédit, soit un commerçant, soit un artisan, tandis le constituant du gage peut être un commerçant, un artisan, un agriculteur, une organisation de production ou un travailleur indépendant. La récente législation secondaire dresse la liste détaillée :

- des points qui doivent figurer dans l'accord de nantissement ; et
- des actifs pouvant être donnés en nantissement, notamment les créances, droits de propriété intellectuelle, revenus locatifs, projets commerciaux et entreprises commerciales.

Parmi les dispositions à retenir de la législation secondaire, citons les suivantes :

- Les accords de nantissement peuvent être signés par voie électronique (signature électronique sécurisée) ou manuscrite (signature devant le greffier ou un notaire public).
- Une fois signé, l'accord de nantissement est enregistré dans le registre des nantissements mobiliers.
- Il est possible de donner en nantissement des créances nées d'un accord précis. Toutefois, les accords prévoyant le nantissement de toutes les créances à venir sans limitation seront réputés nuls et non avenus.
- Des règles détaillées expliquent comment appliquer le système de rang de nantissement, qui permet de déterminer le rang des nantissements mobiliers. Par conséquent, il est possible de constituer un nantissement à rang progressif (qui permet de passer à un rang supérieur, le cas échéant) ou à rang fixe.
- Pour obtenir le remboursement des dettes garanties par le nantissement, en cas de défaut, les créanciers gagistes peuvent désormais demander le transfert de propriété du nantissement mobilier. Le créancier gagiste peut désormais s'adresser aux services de mise à exécution pour entamer une procédure d'exécution, en demandant le transfert de propriété. Ce droit constitue une exception au principe de *lex commissoria* qui s'applique aux nantissements en vertu du droit turc.

Évaluation de biens mobiliers dans le cadre d'opérations commerciales

La loi expose désormais des procédures et principes concernant l'évaluation des biens mobiliers donnés en nantissement, la désignation des experts et leurs honoraires.

Les biens mobiliers donnés en nantissement peuvent être évalués soit de manière indépendante par les parties, d'un commun accord, avant d'établir le nantissement, soit en demandant aux tribunaux de procéder à l'évaluation.

Si les parties demandent une évaluation judiciaire, des experts seront désignés conformément au règlement sur l'agrément et les activités des entités fournissant des services d'évaluation aux banques.

Les honoraires seront fixés et publiés par le ministère des Douanes et du Commerce. Si les parties demandent une évaluation judiciaire, les frais de justice et les honoraires des experts seront payés par moitié par les deux parties.

États-Unis : Liquidation totale : Protection des détaillants en vertu du Chapitre 11

Par David H. Conaway, du cabinet Shumaker, Loop & Kendrick, LLP (États-Unis)

Le secteur mondial du commerce de détail est en difficulté. Partout dans le monde, des détaillants et marques qui rencontraient autrefois le succès font face à une pression accrue de la part des détaillants « en ligne ».

Certains n'y résistent pas et sont déclarés insolvable, et demandent par exemple à être placés sous la protection du Chapitre 11 aux États-Unis. Les détaillants américains s'approvisionnent à l'international. D'après l'enquête réalisée par AlixPartners en 2017 auprès des experts de la restructuration en Amérique du Nord, 67 % des personnes interrogées ont déclaré que le secteur du détail connaîtrait probablement des difficultés en 2017, devançant le secteur du gaz et du pétrole, qui avait occupé la première place en 2015 et 2016. En effet, Sports Authority, Linens & Things, The Limited, Wet Seal se sont récemment placés sous la protection du Chapitre 11, suivis, encore plus récemment, des demandes « Chapitre 22⁸⁹ » déposées par Radio Shack et le détaillant d'électronique hhgregg (220 magasins aux États-Unis) dans l'État de l'Indiana.

52

Parmi les raisons pour lesquelles le Chapitre 11 représente une alternative attirante pour les détaillants en difficultés, il faut mentionner les articles 363 (cession d'actifs) et 365 (contrats exécutoires) du Code de la faillite. En vertu de l'article 363, le débiteur peut céder ses actifs (« patrimoine ») libres de privilèges, des privilèges étant attachés au produit de la cession. Ainsi, conformément à la « pratique » observée dans de nombreuses affaires fondées sur le Chapitre 11, un débiteur peut réaliser rapidement ses actifs, généralement dans un délai de deux à trois mois après le dépôt de la demande d'ouverture de la procédure. Dans la cession la plus « tronquée » de l'histoire, l'activité de courtage de Lehman Brothers a été vendue à Barclays en cinq jours.

En théorie, une cession rapide permet de préserver la valeur de l'activité et d'éviter les pertes d'exploitation. Les parties peuvent décider de l'affectation du produit de la cession plus tard, en fonction de leurs droits et priorités. Ces derniers temps, dans la plupart des affaires fondées sur le Chapitre 11, le ratio dette / valeur du patrimoine est assez élevé, ce qui fait que les cessions fondées sur l'article 363 bénéficient en premier lieu aux créanciers gagistes.

Il existe une tension inhérente entre les créanciers gagistes et les créanciers commerciaux chirographaires, généralement représentés par le comité des créanciers chirographaires, qui peut être « hors jeu » dès le départ. Le comité des créanciers cherche normalement à réaliser de la valeur pour ses membres, en « améliorant » la valeur des actifs du débiteur, ou en poursuivant des tiers. Souvent, les frais administratifs associés à cette stratégie ne justifient pas l'avantage qu'en tirent les créanciers. Les prêteurs, eux, cherchent à vendre rapidement les actifs pour couvrir la

⁸⁹ C'est-à-dire une deuxième demande, suite à l'échec de la première procédure fondée sur le Chapitre 11 (N. de la T.).

dette garantie tout en supportant le moins de frais administratifs possibles. Puisque « le temps, c'est de l'argent », les prêteurs font pression pour obtenir une cession rapide en vertu de l'article 363.

L'article 365 du Code de la faillite concernant les contrats exécutoires est un autre outil puissant qui rend le Chapitre 11 si attractif aux yeux des détaillants en difficulté. En vertu de cet article, un débiteur peut décider d'assumer ou de dénoncer les contrats exécutoires, notamment les baux commerciaux. Dans le contexte de la fermeture de magasins, si le débiteur dénonce un bail commercial, l'indemnité de rupture du bail que le propriétaire peut demander est généralement limitée à un an de loyer, et constitue une créance chirographaire ordinaire antérieure à la demande d'ouverture de la procédure. Ces créances représentent habituellement une partie insignifiante des affaires fondées sur le Chapitre 11, ce qui fait que les fermetures de magasins sont assez bon marché et faciles pour les détaillants.

Au vu des puissants outils dont disposent les détaillants en difficulté, il est prévisible que de plus en plus de détaillants optent pour le Chapitre 11, comme le crédit AlixPartners, ce qui aura des répercussions dans toute la chaîne d'approvisionnement, que ce soit aux États-Unis ou à l'étranger. Il n'est donc pas surprenant que Radio Shack ait déposé sa demande « Chapitre 22 » moins de deux ans après sa première demande fondée sur le Chapitre 11.

Séminaire d'une journée conjoint INSOL International / INSOL Europe à Tel Aviv

26 et 27 juin 2017 - Hilton Tel Aviv - Tel Aviv (Israël)

53

Nous avons le plaisir de vous annoncer que nous organiserons un séminaire d'une journée à Tel Aviv (Israël), le mardi 27 juin 2017. Nous sommes persuadés que cette initiative conjointe d'INSOL International et INSOL Europe rencontrera un grand succès. Nous travaillons avec des praticiens locaux et des experts internationaux pour préparer un programme pertinent et stimulant.

Tel Aviv est une ville dynamique : le *New York Times* l'a surnommée la « capitale méditerranéenne du cool ». La ville ne dort jamais ; c'est un mélange entre plages méditerranéennes sablonneuses, scène culturelle effervescente, délices culinaires, architecture Bauhaus inscrite au patrimoine mondial de l'UNESCO et vision internationale.

Avant le séminaire, le lundi 26 juin, nous organiserons un dîner de bienvenue sur les rives de la Méditerranée, avec vue sur la cité historique de Jaffa, vieille de quatre millénaires.

Des visites guidées facultatives seront proposées le samedi et le dimanche avant le séminaire : arrivez assez tôt pour explorer toutes les beautés de la région ! Vous pourrez entre autres visiter Jérusalem, Nazareth, Césarée, le lac de Tibériade, Bethléem, Massada et la mer Morte.

Tel Aviv est le cœur économique et culturel d'Israël, le « pays des start-ups ». Le pays compte neuf millions d'habitants, dont trois millions vivent dans l'agglomération de Tel Aviv. Tel Aviv est

un centre financier, ainsi qu'une plateforme pour les sociétés high tech et nombre de technologies de pointe.

Les responsables du séminaire et le comité d'organisation ont préparé un programme technique stimulant qui comptera des séances sur les grandes questions d'actualité pour la région, et notamment : un groupe de travail judiciaire couvrant Israël, le Royaume-Uni, les États-Unis et l'Europe ; l'insolvabilité internationale et la façon d'acheter des technologies israéliennes auprès de sociétés high tech israéliennes en difficulté.

La brochure d'inscription, qui présente le programme en détail, est disponible sur le site d'INSOL International et d'INSOL Europe.

Le comité d'organisation est impatient de vous accueillir à Tel Aviv pour vous faire profiter de l'hospitalité locale, de sites touristiques époustouflants et d'une expérience professionnelle gratifiante à l'occasion de ce passionnant séminaire.

Pour en savoir plus et connaître le détail des possibilités de parrainage, veuillez contacter Penny Robertson, INSOL International, à l'adresse penny@insol.ision.co.uk.

x x x
x

Rapport technique

54

L'attractivité des lois nationales sur l'insolvabilité, vue sous l'angle des statistiques

Myriam Mailly, responsable technique d'INSOL Europe, nous explique pourquoi les statistiques comptent autant pour notre profession

Depuis notre dernier article, des statistiques à jour sur l'insolvabilité ont été publiées sur le site d'INSOL Europe. La compilation de ce type de données est essentiel de plusieurs points de vue.

Les statistiques, outil de mesure de l'efficacité des cadres nationaux d'insolvabilité

D'un point de vue national, les statistiques de l'insolvabilité sont généralement utilisées comme outil pour prouver la bonne santé économique et sociale d'un pays. En fonction du degré de détail des informations publiées au niveau national, les statistiques en matière d'insolvabilité peuvent donner un nouvel éclairage sur le type de procédures disponibles dans le cadre national de l'insolvabilité (« sur le papier ») et sur leur utilisation effective dans la pratique quotidienne (« le monde réel »). Elles peuvent ensuite servir d'indicateur pour permettre aux créanciers d'être sûrs d'avoir fait le bon choix en prêtant à un État membre donné plutôt qu'à un autre.

Du point de vue des débiteurs, les chiffres peuvent également mettre en avant la réussite d'un type de procédure plutôt qu'un autre.

D'un point de vue européen, les statistiques nationales permettent de mesurer l'efficacité des lois nationales sous l'angle des investissements transfrontaliers.

La collecte des statistiques nationales prévues dans le projet de directive sur la restructuration préventive, l'insolvabilité et la seconde chance

Pour mémoire, le 22 novembre 2016, la Commission européenne a publié une proposition de directive relative aux cadres de restructuration préventifs, à la seconde chance et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et d'apurement (COM(2016) 723 final).

Le principal objectif de cette proposition législative est d'apporter de la sécurité juridique aux investisseurs internationaux et aux entreprises exerçant des activités dans plusieurs États membres de l'UE. Pour ce faire, la Commission européenne a élaboré des normes minimales sur les aspects fondamentaux des procédures de restructuration préventive et d'insolvabilité, notamment ceux qui permettent aux entrepreneurs surendettés de pouvoir faire un « nouveau départ » grâce à l'effacement de leurs dettes, sous réserve que certaines conditions soient remplies.

L'idée sous-jacente est de garantir que des normes minimales soient disponibles dans toute l'Union européenne pour éviter que trop d'entreprises viables rencontrant des difficultés financières soient liquidées et pour donner une « seconde chance » aux entrepreneurs honnêtes qui ont tiré un enseignement de la défaillance de leur entreprise.

Pour en revenir aux statistiques, la proposition de directive (2016) contient un titre V intitulé « Suivi des procédures de restructuration, d'insolvabilité et de réhabilitation ». Sous ce titre, la Commission européenne a dressé la liste des critères qui permettraient d'améliorer la qualité des statistiques en matière d'insolvabilité au niveau européen (article 29, « Collecte de données »).

55

À cet effet, les États membres sont tenus de déclarer une fois par an le nombre de procédures (restructurations préventives, liquidations et procédures aboutissant à un effacement des dettes des personnes physiques), leur résultat, leur durée et leur coût moyen.

En outre, la Commission européenne demandera aux États membres de recueillir d'autres informations, notamment, le cas échéant, le nombre de demandes rejetées pour manque de fonds disponibles dans le patrimoine du débiteur, le taux de désintéressement des créanciers gagistes et chirographaires, ainsi que le nombre de procédures dont le taux de désintéressement est inférieur ou égal à 2 % pour chaque type de procédure entrant dans le champ d'application de la proposition de directive.

Entre autres chiffres à fournir par les États membres au titre de la proposition de directive, sont également incluses les informations qui permettraient de connaître le nombre de restructurations préventives ayant échoué dans le délai prévu de trois ans, et celles qui se rapportent à l'ouverture de nouvelles procédures à l'encontre d'un entrepreneur qui avait auparavant bénéficié d'un apurement de ses dettes.

Enfin, ces chiffres devraient être produits par les autorités nationales en tenant compte de plusieurs critères, à savoir : (1) la taille des débiteurs, en fonction du poids de la main-d'œuvre ; (2) la qualité des débiteurs (personnes morales ou physiques) ; et (3) le cas échéant, si les procédures concernent seulement des entrepreneurs ou toutes les personnes physiques, pour ce qui est des dispositions en matière d'apurement.

Le rôle d'INSOL Europe dans la collecte des statistiques nationales en matière d'insolvabilité en Europe

Dans un futur proche, il se peut que les États membres soient tenus de fournir des statistiques nationales fiables, afin d'améliorer la qualité des statistiques en matière d'insolvabilité au niveau européen, mais surtout pour évaluer l'efficacité des cadres d'insolvabilité nationaux.

C'est la raison pour laquelle la première étape que constituent les contributions nationales est essentielle. En effet, la collecte de données sur l'insolvabilité par INSOL Europe est nécessaire si l'on veut procéder à l'analyse plus approfondie d'un projet sur le long terme, que cela fasse ou non intervenir le groupe d'études européennes qui aiderait les institutions européennes à concevoir le droit de l'insolvabilité européen du futur.

**Myriam Mailly, coresponsable technique d'INSOL Europe*

Liens utiles

Courriel : technical@insol-europe.org **LinkedIn :** www.linkedin.com **Twitter :** @INSOLEurope

Glossaires <http://www.insol-europe.org/technical-content/glossaries/>

Resources www.insol-europe.org/resources

Nouvelles lois sur l'insolvabilité

www.insol-europe.org/technical-content/updated-insolvency-laws

Rapports nationaux

www.insol-europe.org/technical-content/state-reports

Comment devenir praticien de l'insolvabilité en Europe ?

www.insol-europe.org/technical-content/how-to-become-an-insolvency-practitioner-across-europe

Statistiques nationales en matière d'insolvabilité

www.insol-europe.org/technical-content/national-insolvency-statistics

Jurisprudence nationale

www.insol-europe.org/technical-content/national-case-law

Processus de réforme du REI

www.insol-europe.org/technical-content/eir-reform-process

Registre des affaires fondées sur le règlement européen sur l'insolvabilité

www.insolvencycases.eu

Etudes INSOL-Europe

www.insol-europe.org/technical-content/insol-europe-studies

Groupes de travail

www.insol-europe.org/about-us/about-our-working-groups

56

Pour connaître le nouveau contenu technique récemment publié sur le site d'INSOL Europe, consultez www.insol-europe.org/technical-content/introduction ou contactez Myriam à l'adresse technical@insol-europe.org

Dates pour votre calendrier

Informez-vous sur : www.insol-europe.org

2017

11 - 12 Mai **INSOL Europe/ Comité des Pays de l'Europe Orientale**
Conférence Annuelle
Budapest, Hongrie

4 & 5 Octobre **INSOL Europe/Forum Universitaire**
Conférence Annuelle
Varsovie / Pologne

5 - 8 Octobre **INSOL Europe – congrès annuel**
Varsovie/Pologne

2018

3 & 4 Octobre **INSOL Europe/Forum Universitaire**
Conférence Annuelle
Athènes/Grèce

4 – 7 Octobre **INSOL Europe – congrès annuel**
Athènes/ Grèce

2019

25 & 26 Septembre **INSOL Europe/Forum Universitaire**
Conférence Annuelle
Copenhague, Danemark

26-29 Septembre **INSOL Europe – congrès annuel**
Copenhague, Danemark

57

Vous souhaitez participer au prochain numéro d'*eurofenix* ?
Nous accueillons volontiers les propositions d'articles et d'actualités.
Pour en savoir plus sur les modalités de rédaction et sur le calendrier de remise des articles pour le numéro d'hiver et pour l'année prochaine, veuillez contacter Paul Newson, directeur de publication, à l'adresse paulnewson@insol-europe.org.

Pour la France, Florica Sincu : floricasincu@insol-europe.org

Pour opportunités de parrainage contactez Hannah Denney
(hannahdenney@insol-europe.org)