

e u r o f e n i x

La revue d'INSOL Europe

Hiver 2017/2018



CONGRÈS ANNUEL

Compte-rendu de Varsovie

‘CHERCHER REFUGE’

*Course aux tribunaux (forum shopping)
dans les pays nordiques*

Et aussi dans ce numéro :

Le nouveau pragmatisme au XXI^e siècle
Les procédures d’insolvabilité de demain
Sauvegarde des entreprises en Europe
Livres, actualités, mises-à-jour...

...et plus

Numéro70 : €30
N°ISSN 1752-5187

CONTACTS :**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.orgSite internet : www.insol-europe.org**Comité exécutif****Président :** Radu Lotrean (radu.lotrean@ctr.ro)**Président adjoint :** Alistair Beveridge
(abeveridge@alixpartners.com)**Vice-président :** Piya Mukherjee (pmu@horten.dk)**Président précédent :** Steffen Koch
(steffen.koch@hww-kanzlei.de)**Trésorier :** Christopher Laughton
(chrislaughton@mercerhole.co.uk)**Directeur administratif :** Caroline Taylor
(carolinetaylor@insol-europe.org)**Secrétariat:****Comité des pays de l'Europe Orientale (EECC)**

Florica Sincu, Secrétaire

(floricasincu@insol-europe.org)**Communication:**

Paul Newson

(paulnewson@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)**Co-ordinateur des recherches techniques:**Paul Omar (khaemwaset@yahoo.co.uk)**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@ctr.ro)Evert Verwey (evert.verwey@CliffordChance.com)**Comité technique du congrès d'Athènes, 2018:**Frank Tschentscher (ftschtscher@schubra.de)George Bazinas (g.bazinas@bazinas.com)Secrétaire : Emmanuelle Inacio (emmanuelleinacio@insol-europe.org)**Forum des mandataires d'insolvabilité**Marc André (mandrelaw@aol.com)Daniel Fritz (Fritz@hermann-law.com)Robert Haenel (robert.haenel@anchor.eu)Stephen Harris (sharris@uk.ey.com)**Groupe de jeunes membres :**Sabina Schellenberg (sschellenberg@fropiep.ch)Georges-Louis Harang (harang@hoche.com)Anne Bach (abach@goerg.de)**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 (Ftschtscher@schubra.de)**Relations avec l'Union Européenne :**Robert Van Galen (robert.vangalen@nautadutilh.com)**Strategic Task Force 2025 :**Wolf Waschkuhn (ww@onesquareadvisers.com)**YANIL**Jenny Gant (JenniferL.L.Gant@gmail.com)

S O M M A I R E

5	La lettre des co-rédacteurs en chef , Catarina Serra et Frank Heemann
7	Radu Lotrean: La lettre du Président
9	Actualités et événements
18	Rubrique technique par E. Inacio
21	Congrès annuel : compte rendu par Paul Omar
25	Conférence du Forum Universitaire : compte-rendu par Paul Omar et Jenni Gant
27	Le prix « Richard Turton » 2017, Bingdao Wang
31	Forum Shopping dans les pays nordiques
36	Le nouveau pragmatisme par le Professeur Grzegorz W. Kolodko
39	Résolution alternative des differends – les procédures de demain
42	Sauvegarde des entreprises en Europe
46	CERIL, par le Professeur Reinhard Bork
49	CoCo2 : le nouveau projet
52	Actualités par pays : Italie, Suisse, Irlande
57	Compte-rendu technique : Application du REI 2015 (refonte), 3 ^{ème} partie, par Myriam Mailly
59	Liens utiles
60	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 : Frank Heemann, Lithuania (frank.heemann@bnt.eu) Catarina Serra, Portugal (csserra@gmail.com)</p> <p>Comité exécutif de rédaction : Emmanuelle Inacio, technical@insol-europe.org Paul Newson, paulnewson@pndesign.co.uk Florica Sincu, floricasincu@insol-europe.org 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 Guy Lofalk, guy.lofalk@lofalk.se Martine Gerber, mgerber@opf-partners.com Enda Lowry, lowry@mcstayluby@luby.ie Ana-Irina Sarcane, irina.sarcane@sarcane.ro Daniel Staehelin, Daniel.staehelin@kelerhals-carrard.ch Annerose Tashiro, atashiro@schubra.de Caroline Taylor, carolinetaylor@insol-europe.org Michael Tierhoff, michael.thierhoff@tmpartner.de Jesper Trommer Volf, jtv@delacour.dk Jean-Luc Vallens, vallensjl@ymail.com Evert Verwey, evert.verwey@cliffordchance.com Signe Viimsalu, Signe.viimsalu@gmail.com</p>	<p>eurofenix français Parrainé par CNAJMJ – France Editeur/Renseignements/ Proposition d'article : Florica Sincu floricasincu@insol-europe.org Traduction : Gabrielle Allemand (gamtrad@free.fr)</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>Imprimeur de la version anglaise : MRP Print eurofenix@mrp.uk.com</p> <p>Le futur numéro sera publié en Avril 2018</p> <p>Toute correspondance, y compris toute proposition d'article, doit être adressée à: Paul Newson - PNDesign, pndesign@icloud.com</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

Frank Heemann et Catarina Serra

La nouvelle année a commencé très tôt pour *eurofenix*, avant même la fin de l'année 2017 !

En octobre dernier, lors du Congrès d'INSOL Europe en Pologne, Frank Heemann et moi avons été nommés co-rédacteurs-en-chef *d'eurofenix*. Ce premier éditorial est donc un événement très spécial pour nous deux. Nous sommes extrêmement fiers et espérons être à la hauteur de la confiance que nous a accordée le Comité exécutif d'INSOL Europe.

Il convient d'adresser des remerciements, que ce soit de notre part ou (nous en sommes persuadés) de la part du reste du comité éditorial et de tous les lecteurs, à Annerose Tashiro et Guy Lofalk. Ils ont longtemps été aux commandes de cette importante publication et ont réussi à l'améliorer de nombreuses façons. Annerose et Guy, nous sommes honorés d'être vos successeurs et nous comptons sur vous pour continuer de participer au succès *d'eurofenix* !

À nos côtés travailleront nos collègues du Comité exécutif *d'eurofenix*, dont Florica Sincu et Paul Newson, qui ont toujours été des références pour nous depuis le début. Ils partagent la rare qualité d'être bienveillants et affables, mais aussi précis et méticuleux. C'est à eux qu'on doit la forme actuelle *d'eurofenix* et nous espérons qu'ils continueront sur la même voie.

Ainsi, il n'y aura pas de rupture, au moins en ce qui concerne *eurofenix*. Pour le reste, on verra bien !

L'année 2018 est la première année de mise en œuvre de la refonte du règlement sur l'insolvabilité : nous assisterons très certainement à d'autres développements, au moins concernant la proposition de directive sur les cadres de restructuration préventive.

Actuellement, on peut dire que l'insolvabilité est de moins en moins centrée sur l'insolvabilité, puisque l'accent est désormais mis sur les scénarios de pré-insolvabilité et la sauvegarde des entreprises.

Allant dans ce sens, la Conférence du Forum universitaire s'est tenue en octobre autour du thème « *La percée de la restructuration préventive : difficultés et possibilités* », comme nous en rend compte Jenny Gant. Cette évolution a également été parfaitement illustrée par le Congrès annuel d'INSOL Europe qui s'est déroulé en octobre à Varsovie. Faisant écho au titre du Congrès, « *Restructuration préventive : le crépuscule de l'insolvabilité ?* », l'idée sous-tendant les présentations était « le changement d'approche dans la façon dont l'insolvabilité, la restructuration, le redressement et les concepts similaires sont perçus », comme le formule Paul Omar dans son rapport sur le Congrès.

S'agissant de changement d'approche de l'insolvabilité et, au bout du compte, de l'économie, nous pourrons lire une proposition intéressante et originale dans l'article intitulé « *Nouveau pragmatisme* », sous la plume de Grzegorz Kolodko, principal intervenant du Congrès. Il s'agit d'une nouvelle théorie économique qui souligne le rôle des facteurs non économiques et les

aspects supranationaux et mondiaux de l'économie. Peut-être est-ce la voie à suivre ? Voyons cela de plus près.

L'une des idées principales du nouveau pragmatisme est la durabilité ou, pour être plus précis, le développement triplement durable : économiquement, socialement et environnementalement. La durabilité n'est pas un concept nouveau. Mais il convient de revenir sur cette expression qui, selon Tuula Linna, est un mot clé important pour l'avenir des procédures d'insolvabilité. Dans son article, elle émet l'hypothèse que la procédure d'insolvabilité de demain devrait être durable grâce à la résolution alternative des différends (RAD).

Autre aspect important du nouveau pragmatisme, la mondialisation, qui est vue comme un processus irréversible qui impose d'harmoniser les lois. D'après la majorité des experts de l'insolvabilité, en particulier ceux qui travaillent dans un contexte d'insolvabilité transfrontalière, ce besoin est indéniable.

Les tentatives d'harmonisation relancent une fois de plus les débats sur la refonte du règlement et la proposition de directive, soulignant leur importance. Comme déjà indiqué, elles seront sur le devant de la scène et continuent de susciter des questions. Par exemple, est-ce que la convention nordique sur l'insolvabilité peut être invoquée pour demander une protection au titre de la refonte du règlement, comme l'avance Erik Selander dans son article sur le *forum shopping* nordique ?

Pour en savoir plus, jetez un coup d'œil à la rubrique technique d'Emma Inacio, qui porte précisément sur le projet de rapport du Parlement européen du 22 septembre 2017 concernant la proposition de directive.

En matière d'harmonisation, il est de nos jours inconcevable de négliger les organisations indépendantes. À cet égard, je vous invite à lire l'article consacré à la Conférence sur le droit européen de la restructuration et de l'insolvabilité (Conference of European Restructuring and Insolvency Law – CERIL), rédigé par son président, Bob Wessels. La CERIL réunit des experts de l'insolvabilité et de la restructuration de divers pays, dans le but d'améliorer les cadres juridiques et pratiques aux niveaux national et européen. Elle a déjà à son actif un rapport sur les lois relatives à l'annulation des opérations, intitulé « *Confrontation de principes : égalité de traitement des créanciers contre protection de la relation de confiance* », résumé dans ces pages par Reinhard Bork, président du groupe de travail correspondant.

Autres lectures dignes d'intérêt : premièrement, le rapport de l'Institut européen du droit (IED) sur la sauvegarde des entreprises, dans lequel sont formulées des recommandations quant à un cadre juridique permettant de développer des règles cohérentes et fonctionnelles de sauvegarde des entreprises en Europe, présenté par Stephen Madaus et Bob Wessels ; deuxièmement, le projet conjoint d'INSOL Europe et de la CERIL, portant sur l'élaboration de lignes directrices de communication et de coopération (les « Directives Co-Co »).

En conclusion, les sujets de lecture et de réflexion ne manqueront pas tout au long de l'année 2018, comme vous pouvez le constater dès à présent. Nous espérons continuer d'alimenter vos réflexions non seulement par le biais des articles mais aussi des rubriques régulières (actualités et événements, critiques d'ouvrages, rubriques et actualités techniques, rapports sur les conférences, actualités pays, etc.). Il va sans dire que nous attachons une grande importance à toutes les contributions (qu'elles émanent des membres d'INSOL Europe ou d'autres personnes) susceptibles d'améliorer la qualité de notre revue, d'étendre et de diversifier son contenu et qu'elles seront donc les bienvenues.

Bonne année à tous !

Catarina et Frank

La lettre du Président

Une année fructueuse pour une famille florissante

Radu Lotrean débute son mandat de président d'INSOL Europe en revenant sur une année riche en changements et en réalisations*

Une année très fructueuse pour notre organisation vient de se terminer.

Si l'on revient sur les réalisations de l'année 2017, force est de constater que la conférence du Comité des pays de l'Europe orientale à Budapest, intitulée « *Aspects pratiques de la liquidation des sociétés (sans actif) en Europe centrale et orientale* » a remporté un vif succès ! Elle a réuni un nombre record de participants : plus de 295 délégués venus de 16 pays. Plus de 30 % des PI hongrois y ont participé et ont eu l'occasion, grâce à des échanges interactifs et à des études de cas passionnantes, de faire le plein d'actualités et, nous l'espérons, d'avoir un nouveau regard sur les problèmes législatifs que rencontre le pays concernant la liquidation des entreprises sans actifs et la gestion de crise, mais aussi concernant la localisation, le recouvrement et la vente des actifs.

Notre Congrès annuel, qui s'est tenu à Varsovie (Pologne), était consacré au thème « *Restructuration préventive : le crépuscule de l'insolvabilité ?* », l'un des sujets les plus brûlants de l'actualité. Plus de 400 délégués ont eu la chance d'assister à une profusion de présentations, consacrées notamment aux implications pratiques de la directive sur la restructuration préventive et aux difficultés que rencontrent les entreprises d'aujourd'hui. Les présentations illustraient également des exemples réels d'approches innovatives et créatives dans des situations de difficultés financières.

Étant donné que le Brexit fait la une des journaux du monde entier depuis un an et demi, l'une des séances les plus attendues et les plus animées a été celle intitulée « *Brexit : Impact sur les restructurations européennes* ». Lors de cette séance, diverses situations d'insolvabilité et de restructuration transfrontalières ont été analysées, mettant l'accent sur l'avant et l'après-Brexit.

Un autre thème a surpris les délégués et qui l'ont accueilli avec beaucoup d'enthousiasme : « *Legal Tech / Internet 4.0. : comment les technologies feront évoluer notre métier* » ; je suis d'ailleurs persuadé que ce thème sera repris à l'occasion de nos futures conférences. Nous avons beaucoup à apprendre de l'exemple de nos collègues néerlandais. Après tout, l'avenir de chaque profession se reflète dans la technologie : dans le domaine de l'insolvabilité, la modernisation et l'innovation des procédures se traduit par la conduite des procédures en ligne, le recours à des dossiers numériques, etc.

Nouveaux projets

Cette année, nous avons également lancé deux projets importants, la formation de haut niveau d'INSOL Europe concernant le droit de l'insolvabilité dans les pays d'Europe orientale et le Groupe de travail stratégique 2025.

La formation de haut niveau, qui s'est d'abord tenue en Roumanie, a pris la forme d'un programme séduisant, réunissant des experts mondiaux de l'insolvabilité, tels que le Pr Ignacio Tirado (Universidad Autonoma de Madrid, Espagne), le Pr Irit Mevorach (Université de Nottingham, Royaume-Uni), le Pr Riz Mokal (avocat, South Square et professeur honoraire à l'University College, Londres, Royaume-Uni), le Pr Janis Sarra (université of Colombie-Britannique, Canada), le Pr Christoph Paulus (université Humboldt, Berlin, Allemagne), le Pr Michael Veder (université

Radboud, Nimègue, Resor, Pays-Bas), l'ancien président d'INSOL Europe, Alberto Núñez-Lagos (Uría Menéndez, Espagne), Mihaela Carpus-Carcea (direction générale de la Justice et des Consommateurs, Commission européenne), ainsi que des experts locaux, des enseignants, des PI et des juges. Le module I, « *Bonnes pratiques internationales et exemples comparatifs* » et le module II, « *Analyse des principaux éléments du système local* » ayant remporté un grand succès, nous attendons avec impatience le troisième module, à l'occasion duquel tous les participants devront relever le défi de rédiger un essai d'environ 10 000 mots sur des thèmes précis. Un comité étudiera leurs travaux pour sélectionner le meilleur essai dans chaque thème ; les auteurs retenus présenteront leur essai lors du dernier atelier de la formation. À ce jour, la Pologne est proposée pour accueillir notre prochaine formation de haut niveau sur l'insolvabilité.

Nouvelles stratégies

Le Groupe de travail stratégique est aussi un projet important et très attendu qui a été lancé en 2017.

INSOL Europe est une organisation qui connaît une croissance constante. Elle a besoin de stratégies pour guider son développement et la préparer aux enjeux qui l'attendent. Nous avons très bien commencé l'année 2017, avec le questionnaire du Groupe de travail stratégique qui a recueilli des opinions sur de nombreux aspects de notre base d'adhérents, ainsi que sur la motivation et les aspirations de nos membres. Nous modèlerons l'avenir de notre organisation en relevant les défis des technologies modernes et en répondant aux besoins de nos membres.

Nouvelles collaborations

L'année passée, nous avons également collaboré avec succès avec INSOL International, cette approche conjointe ayant atteint son point culminant avec le grand succès de la conférence de Tel Aviv et la séance de travail conjointe du Groupe de prêteurs à Londres.

Notre stratégie pour l'avenir est de rester proche d'organisations professionnelles similaires (AIJA, ABI, AAA, TMA, etc.).

Nous avons également œuvré en vue de préparer les lois sur l'insolvabilité de demain, en apportant notre expertise de l'insolvabilité et notre expérience internationale unique au Groupe de travail V de la CNUDCI, et en restant étroitement en contact avec la Commission européenne.

Nouveaux membres

INSOL Europe est de l'avis qu'il faut investir dans des personnes enthousiastes et dynamiques. C'est la raison pour laquelle nous essayons de mettre en avant nos jeunes membres et des professionnels passionnés par leur métier. Ils poseront la première pierre des nouvelles initiatives de notre organisation, partageront leur savoir-faire et établiront des contacts avec des personnes partageant le même état d'esprit.

En octobre, George-Louis Harang a repris la co-présidence du Groupe des jeunes Membres, aux côtés d'Anne Bach et de Sabina Schellenberg (qui quittera ses fonctions l'année prochaine). Mettant l'accent sur le recrutement, ils ont apporté une nouvelle perspective sur le soutien des jeunes professionnels de l'insolvabilité et sur la mise en place d'un réseau leur permettant de nouer des contacts dans le monde entier et d'échanger leurs expériences et connaissances.

Autre bonne nouvelle, Slavomir Cauder (après avoir quitté ses fonctions de direction au sein du Groupe des jeunes Membres) prend la relève d'Alistair Beveridge en tant que co-président du Groupe des établissements financiers. Par ailleurs, nous félicitons Piya Mukherjee (Danemark) pour sa nomination en tant que vice-présidente d'INSOL Europe. Elle a également endossé les fonctions de présidente du recrutement pour la période 2017-2018.

Nouveaux dirigeants

Notre équipe administrative compte trois nouveaux membres, tous des professionnels réputés : Paul Omar a été nommé Coordinateur des recherches techniques, Niculina Șomlea, Secrétaire du Comité des Pays de l'Europe orientale, et Ian Cooper, Consultant en TVA.

La revue que vous tenez entre les mains a été confiée à deux nouveaux co-rédacteurs-en-chef : Catarina Serra et Frank Heemann, dont nous bénéficierons des conseils et de la participation à partir de ce numéro.

Nouveaux objectifs

En tant que Président, mes objectifs personnels sont de nous concentrer sur le recrutement dans plusieurs pays importants qui ne sont pas représentés au Conseil d'INSOL Europe. Selon notre Statut, pour cela, il faut trente membres. Actuellement, nous comptons en Belgique vingt-quatre membres, au Luxembourg seize membres, au Portugal, vingt, en Slovaquie, dix, en Hongrie, seize, en Estonie, dix, et en Grèce, huit. Je souhaite également que nous établissions des liens solides et durables avec tous les organismes locaux et que nous partagions nos connaissances avec tous les pays européens par le biais de notre formation de haut niveau sur l'insolvabilité.

Je voudrais terminer ces lignes en remerciant encore une fois Steffen Koch, qui était notre Président en 2017, pour les apports inestimables qu'il a faits à notre organisation, Caroline Taylor, notre Directrice administrative, pour les excellents services qu'elle rend à la famille INSOL Europe, ainsi que les membres du Conseil et du Comité exécutif, le Secrétariat et tous les Groupes de travail pour le dur travail qu'ils effectuent.

**Radu Lotrean est le Président d'INSOL Europe*

X X X
X

9

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

Les Présidents se rencontrent en Inde

Steffen Koch, à l'époque Président d'INSOL Europe, a eu le plaisir de rencontrer son homologue d'INSOL Inde, A. S. Chandhiok, à l'occasion du Sommet 2017 sur l'insolvabilité organisé à Bombay les 22 et 23 septembre 2017.

Steffen Koch a été invité à prendre la parole lors de deux séances consacrées à l'approche européenne (continentale) dans divers domaines en lien avec le nouveau « *Code de l'insolvabilité et de la faillite* » qui a été mis en place il y a moins d'un an par le gouvernement indien.

La première séance à laquelle Steffen a été invité à participer était intitulée « *Gagner sa croûte : la rémunération des professionnels de l'insolvabilité.* » Cette présentation, qui lui permis d'illustrer

les modèles de rémunération existant dans divers pays européens, a suscité un débat animé sur différentes questions, telles que le fait de savoir si les honoraires des PI devraient être dictés par l'offre et la demande ou réglementés. Les exemples qu'il a donnés ont été bien accueillis et le public a été ravi de connaître les bonnes pratiques européennes dans divers domaines en lien avec cette question.

La deuxième séance à laquelle il a participé était intitulée « *Créanciers et débiteurs : amis ou ennemis ? Jusqu'à quand durera le jeu des reproches mutuels ?* » Il y a également donné une brève présentation.

Encore une fois, les intervenants et le public ont vivement débattu de diverses questions et Steffen a cité plusieurs exemples d'approches différentes en Europe, comparant par exemple le régime du débiteur non dessaisi à celui du créancier en possession.

Le Président d'INSOL Inde a remercié son homologue d'INSOL Europe d'avoir partagé son point de vue européen avec la communauté indienne de l'insolvabilité. Les deux Présidents ont convenu que la coopération entre leurs deux associations respectives devrait être approfondie.

De fait, l'actuelle vice-présidente d'INSOL Europe, Piya Mukherjee, a déjà discuté avec le Président d'INSOL Inde à l'occasion d'une visite privée en Inde pour évoquer comment renforcer les relations entre les deux associations. *À suivre...*

CERIL : Création d'un groupe de réflexion indépendant sur les questions de restructuration et d'insolvabilité en Europe

10

En 2017, nous avons assisté à la naissance de la Conférence sur le droit européen de la restructuration et de l'insolvabilité (*Conference of European Restructuring and Insolvency Law – CERIL*). La CERIL est une organisation indépendante à but non lucratif qui réunit des experts de l'insolvabilité et de la restructuration, des universitaires et des juges, qui se consacrent à améliorer les cadres juridiques et pratiques aux niveaux national et européen. Sa mission première est de fournir des conseils techniques et politiques relatifs à la législation, à la réglementation et à la pratique en matière de restructuration et d'insolvabilité, et à toutes les lois connexes en Europe. *Bob Wessels nous la présente en quelques lignes.*

La CERIL a été fondée par un groupe de chercheurs et de praticiens disposant d'une expérience approfondie en matière de réforme des lois sur l'insolvabilité aux niveaux national et européen et de conseil aux organisations internationales œuvrant dans le domaine de l'insolvabilité. Parmi les fondateurs et membres de ce groupe (que l'on ne peut rejoindre que sur invitation) figurent des membres du groupe d'experts de la Commission européenne sur la restructuration et l'insolvabilité (qui ont conseillé la Commission européenne concernant sa proposition de cadre de restructuration préventive) ainsi que des personnes qui ont participé à la rédaction du rapport de l'Institut européen du droit sur la sauvegarde des entreprises en droit de l'insolvabilité, qui a été publié en septembre 2017.

Actuellement, l'organisation approche de son nombre maximum de soixante-quinze membres, représentant plus de vingt-cinq pays européens. Le secrétariat de la CERIL est assuré par le professeur Reinout Vriesendorp, de la Faculté de Droit de Leyde ; la présidence a été confiée au

professeur Bob Wessels (ancien Président de la Branche Universitaire d'INSOL Europe). L'équipe dirigeante de la CERIL comprend également le professeur Ignacio Tirado, de l'Universidad Autónoma de Madrid (Espagne) ; Giorgio Corno, Esq., consultant juridique senior à la Banque mondiale (Secteur financier), du cabinet Studio Corno Avvocati de Milan (Italie) ; le professeur Ian Fletcher QC (hc), professeur émérite à l'University College de Londres (Royaume-Uni) ; le professeur Tuula Linna, de l'université de Helsinki (Finlande) ; le professeur Stephan Madaus, de l'université de Halle-Wittenberg, Halle (Allemagne). En tant que membres fondateurs, ils ont senti que le moment était venu d'établir une autorité collective servant de référence évidente aux législateurs et politiciens nationaux, mais aussi de source de conseils d'experts aux institutions européennes et à d'autres organisations multipartites.

Les participants partagent leurs avis, de manière impartiale, en se fondant sur leurs connaissances et leur expérience de praticien, de juge ou de chercheur. Par ailleurs, ils reflètent la diversité des régimes de l'insolvabilité nationaux et des traditions juridiques en Europe.

Le droit européen de l'insolvabilité atteint un nouveau stade de développement : les règles transfrontalières ayant évolué, une nouvelle proposition de directive a été formulée. Son volume augmente, puisqu'il englobe désormais des règles applicables aux groupes d'entreprises et des obligations pour les praticiens de l'insolvabilité et les tribunaux. Tout cela a également des répercussions sur d'autres domaines du droit national, tels que le droit des sociétés, le droit des obligations, le droit des valeurs mobilières et le droit de la procédure.

La vision qui sous-tend la CERIL est de donner un avis indépendant unique afin de soutenir les améliorations importantes à long terme des régimes de restructuration et d'insolvabilité en Europe. La CERIL a mis en place une plateforme qui permet d'échanger des idées et de discuter de manière approfondie. Elle mènera également des études conjointes et publiera des communiqués sur des questions techniques et politiques en vue de soutenir les initiatives législatives aux niveaux national et européen.

Elle prépare actuellement des publications sur le rôle des actionnaires dans le cadre d'une restructuration, plus particulièrement en lien avec les échanges de titres contre des participations, sur des questions précises de responsabilité des dirigeants, les actes préjudiciables à la masse de l'insolvabilité, l'amélioration des règles professionnelles et déontologiques applicables aux praticiens de l'insolvabilité et les droits des consommateurs en cas de restructuration ou d'insolvabilité d'un détaillant.

Le premier résultat des recherches et débats collaboratifs menés par la CERIL a été publié en septembre 2017 et porte sur la confrontation des principes dans les lois européennes sur l'annulation des opérations : égalité de traitement des créanciers contre protection de la relation de confiance. La CERIL a publié sa déclaration sur son site (www.ceril.eu), ainsi que le rapport (*Report 2017/01*) sur lequel elle est fondée, qui avait été préparé par un groupe de travail présidé par le professeur Reinhard Bork (université de Hambourg).

Vous trouverez dans les pages suivantes un résumé de ce document.

Conseil 2017 d'INSOL Europe

Les membres nouvellement élus au Conseil d'INSOL Europe ont rencontré les membres en fonctions du Conseil lors du Congrès annuel de Varsovie, afin de discuter des projets pour l'année à venir. La liste complète des changements est disponible sur notre site, à l'adresse www.insol-europe.org/about-us/council-elections.

Sur la photographie publiée dans l'édition anglaise d'*eurofenix*, on voit, de gauche à droite, debout : Robert van Galen (Pays-Bas), Caroline Taylor (Royaume-Uni), Marcel Groenewegen (Pays-Bas), Pawel Kuglarz (Pologne), Frank Tschentscher (Allemagne), Rita Gismondi (Italie), Steffen Koch (Allemagne), Chris Laughton (Royaume-Uni), Marc André (France), Frances Coulson (Royaume-Uni), Giorgio Cornu (Italie), Alastair Beveridge (Royaume-Uni), Vicente Estrade (Espagne), Thomas Bauer (Suisse). De gauche à droite, assis : Alice van der Schee (Pays-Bas), Sabina Schellenberg (Suisse), Hans Renman (Suède), Simona Milos (Roumanie), Wolf Waschkuhn (Royaume-Uni), Catherine Ottaway (France), Piya Mukherjee (Danemark), Radu Lotrean (Roumanie).

Autres membres présents : Marc Udink (Pays-Bas), Neil Cooper (Royaume-Uni), Jim Luby (Irlande), Susanne Fruhstorfer (Autriche), Alberto Nunez-Lagos (Espagne) et Marc Sénéchal (France).

La crise d'entreprise au cœur de la Conférence de Rome sur l'insolvabilité

12

La faculté de droit de la LUISS (Université italienne libre de Sciences sociales) a organisé une rencontre à Rome les 3 et 4 novembre 2017, qui a réuni une soixantaine de praticiens, universitaires et juges de toute l'Italie et de l'étranger pour débattre de thèmes liés à la crise d'entreprise et à son impact sur des affaires italiennes et internationales. *Antonio Leandro (professeur, université de Bari et membre du Comité scientifique des Masters en droit de l'insolvabilité de la LUISS) et Paul Omar nous en rendent compte.*

Cette manifestation, intitulée « *Crise d'entreprise transfrontalière : horizons internationaux et européens* », a été organisée par le professeur Antonio Leandro (Université de Bari) et le juge Luciano Panzani (Président de la Cour d'appel de Rome). Leur intention était de refléter les développements actuels de l'insolvabilité internationale et transfrontalière pertinents pour les praticiens en Italie, mais aussi de promouvoir les nouveaux Masters en restructuration qui seront lancés à la rentrée universitaire prochaine.

Trois séances de travail réparties sur une journée et demi ont porté, dans l'ordre, sur « *Les politiques internationales et européennes en matière de crise d'entreprise* », « *Le règlement 2015/848 dans le cadre du régime européen de droit international privé* » et « *L'insolvabilité transfrontalière et l'ordre juridique italien : anciennes et nouvelles difficultés.* »

Au cours de la première séance, les intervenants ont traité de sujets aussi variés que l'influence des normes internationales sur l'insolvabilité, les répercussions du Brexit sur les réorganisations transfrontalières, la crise bancaire et le récent projet de directive sur la restructuration préventive.

La deuxième séance, placée sous l'égide de la Refonte du REI, portait sur divers sujets importants, tels que le CIP, les procédures synthétiques secondaires et la relation entre le REI et le règlement Bruxelles I bis et les mesures prévues par le projet de directive.

Au cours de la dernière séance, consacrée à l'ordre juridique italien, les thèmes abordés portaient notamment sur l'influence des protocoles sur la pratique juridique en Italie, le rôle des procédures amiables et de l'arbitrage, ainsi que l'influence des questions d'ordre public dans le contexte des affaires transfrontalières.

Cette conférence est arrivée au moment opportun, puisque l'Italie connaîtra des réformes au début de l'année, tant en ce qui concerne le droit national que les pouvoirs dont disposeront les tribunaux pour organiser la coopération et la communication transfrontalières.

Pour en savoir plus sur la LUISS, consultez le site www.luiss.edu

Le Groupe des établissements financiers et le Groupe de prêteurs se réunissent pour discuter des répercussions de la prochaine crise financière

Le 11 octobre 2017, le Groupe des établissements financiers d'INSOL Europe et le Groupe de prêteurs d'INSOL International ont tenu un séminaire conjoint dans les locaux de la Commonwealth Bank of Australia. Après une rapide introduction de Matthew Phipson, de la Commonwealth Bank, les Présidents d'INSOL Europe (Radu Lotrean) et d'INSOL International (Adam Harris) ont chaleureusement accueilli tous les participants et vivement appuyé la collaboration entre les deux organisations. *Alastair Beveridge et Florian Joseph nous rendent compte de ce séminaire.*

13

La séance de travail a été introduite par Derek Sach, président du Groupe de prêteurs d'INSOL International, qui a présenté au public le projet actuellement dirigé par Stephen Foster, du cabinet Hogan Lovells, intitulé « *À quoi ressemblera la prochaine fois ?* ». Il a mentionné l'efficacité historique de l'approche londonienne et l'expérience très approfondie qui en découle en lien avec les restructurations complexes, tout en s'interrogeant sur la façon dont elle pourrait fonctionner au vu des nouvelles réglementations de la BCE et des nouvelles normes comptables.

Le professeur John Kay, économiste de renom et président de la séance, a lancé la discussion en présentant son point de vue sur les différentes méthodes adoptées pour réglementer dans le domaine :

- 1) des services financiers (les textes sont préparés par des juristes, selon les règles et règlements prescriptifs) et
- 2) des services d'utilité publique (les textes sont préparés par des économistes, selon les structures et incitations).

Selon lui, l'approche des économistes s'avérait probablement plus efficace, bien qu'imparfaite. Il avait le sentiment que la crise financière de 2008-2009 avait prouvé un échec de la réglementation et craignait que le renforcement de la réglementation ne soit pas la bonne réponse et ait des conséquences indésirables.

Stephen Foster a ensuite orienté la discussion sur les nouvelles normes IFRS 9 et sur le passage du provisionnement des pertes subies (normes actuelles) à l'évaluation des pertes attendues (nouvelles

normes à compter de janvier 2018). Il a déclaré que, pour une banque sur six, cela entraînerait la nécessité prévisible d'augmenter la base de capital de 50 %, et que pour 80 % des banques, cela entraînerait des provisionnements plus importants. La conséquence probable est que les banques devront vendre leurs positions plus tôt (ou éventuellement demander leur mise à exécution plus tôt), ce qui offrira des possibilités aux acheteurs secondaires. Il a également mentionné les restrictions prévues par certains documents de transactions à effet de levier figurant sur l'une ou l'autre liste blanche (limitant la capacité des prêteurs à vendre) ou encore la nécessité d'obtenir l'approbation de l'emprunteur, ce qui peut entraver les tentatives de ventes et déboucher sur une impasse.

Alistair Dick (PriceWaterhouseCoopers) a adopté un avis légèrement différent dans sa description de l'impact qu'auraient ces normes sur les entreprises / emprunteurs. Il s'inquiétait de ce qu'elles risquaient de restreindre la disponibilité du crédit pour les entreprises juste au moment où elles pourraient en avoir le plus besoin, ce qui pourrait être très problématique. Il a admis que les différences entre les méthodes adoptées par les pays pour résoudre les difficultés des emprunteurs et, au bout du compte, les problèmes de liquidité des banques, constituaient un obstacle qui, de manière générale, n'avait pas disparu après la crise. Dans l'ensemble, il avait le sentiment que la négociation des titres de créance (conséquence attendue des nouvelles normes) était une bonne chose pour le marché et aiderait à recycler le capital.

La discussion est revenue au thème de la réglementation avec Simon Samuels (Veritum Partners), qui s'est en particulier intéressé aux différences entre les acteurs réglementés et les autres. Il avait le sentiment que les banques disposaient de davantage de capital que ce dont elles avaient vraiment besoin avant la crise, qu'on leur demandait maintenant d'augmenter leur capital de façon substantielle, et que cela constituait une utilisation inefficace du capital. Des préoccupations ont été soulevées quant au fait que les provisionnements minimum pondérés par les risques prévus par Bâle IV signifiaient que les banques ne seraient non seulement encouragées (par les règles) à vendre leurs actifs douteux, mais également à vendre leurs autres actifs. Il a rappelé à tout le monde que les IFRS 9 concernaient seulement la reconnaissance des pertes et non le montant des pertes effectivement subies, et que tout événement dramatique risquait de rapidement grignoter les réserves de capital à cause de la façon dont les provisions devront être comptabilisées à partir de 2018.

Stephen Kirk (Pelham Capital) a audacieusement commencé en déclarant que la faiblesse de la réglementation était la cause de la crise, que la faiblesse de la nouvelle réglementation freinait la reprise et que le Livre blanc récemment annoncé par Donald Trump concernant la déréglementation bancaire était la voie à suivre. L'association entre des taux d'intérêt bas, des contentieux onéreux et une réglementation dévastatrice a fait des banques un très mauvais investissement ces dernières années. Il a illustré la portée de cette destruction de valeur en comparant la valeur de deux très grandes banques qui ne représentent désormais plus qu'à peine 10 % de leur valeur antérieure. Dans l'ensemble, il avait le sentiment que les États-Unis allaient dans le bon sens en proposant de réduire la réglementation, que le Royaume-Uni était trop belliciste et qu'enfin, après de longues années, la BCE commençait à prendre le contrôle des banques européennes et à faire des progrès notables.

Le professeur Kay s'est ensuite dit préoccupé par le fait que trop d'actionnaires prétendaient avoir des connaissances qu'ils n'avaient pas en réalité. Il se demandait si, en fait, nous ne serions pas

trop naïfs en termes d'attentes que nous avons quant aux réelles possibilités d'action de la réglementation. Selon lui, la BCE était en passe de renoncer à utiliser des modèles (car ils ne peuvent pas faire grand-chose avec des connaissances limitées, invitant souvent l'utilisateur à commencer par le résultat souhaité et à travailler à partir de ce point), mais qu'en même temps, les IFRS 9 allaient dans l'autre sens.

Une discussion très animée a ensuite eu lieu, portant sur l'utilité des banques (les avis étaient partagés), le risque de concentration, les avantages de la diversification et la possibilité de partager les banques entre prêts hypothécaires (qui représentent encore une grande partie de leur activité et se passent généralement bien) et prêts commerciaux et à la consommation. Sans conclusion, à cause du manque de temps, la séance s'est terminée sur des questions d'Alastair Beveridge (AlixPartners et co-Président du Groupe des établissements financiers d'INSOL Europe).

Une cinquantaine de personnes (dont de nombreux prêteurs et conseillers) ont participé à cette séance et au cocktail proposé juste après. Cette collaboration réussie vient compléter le succès de la conférence de Tel Aviv tenue en juin 2017. *INSOL Europe et INSOL International espèrent pouvoir organiser un autre séminaire conjoint début 2018 afin de poursuivre ce débat fascinant.*

Nouvelle publication : INSOLVABILITE TRANSFRONTALIERE Commentaire sur la loi type de la CNUDCI

15

Look Chan HO (Réd.)

Globe Business Publishing, 4^e édition, 2017, 968 pages (en 2 volumes), ISBN 978-1-911078-21-0, 295 GBP

La loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale de 1997 (la « loi type ») vient de fêter son 20^e anniversaire. Elle s'inscrit dans un continuum international dans le domaine de l'insolvabilité, qui a vu paraître, au cours des dernières décennies, la Convention d'Istanbul de 1990, la Convention européenne de 1995 sur l'insolvabilité et le règlement européen de 2000 sur l'insolvabilité (et sa récente refonte de 2015). Contrairement à d'autres textes dans ce domaine, la loi type en soi est un document relativement bref couvrant quatre grands domaines : champ d'application, accès, les effets de la reconnaissance nationale et — sans doute le plus important — coopération et coordination des procédures concurrentes.

Depuis que la loi type existe, son nombre d'adhérents a augmenté régulièrement, comptant parmi eux de grandes nations commerciales, ce qui a stimulé son adoption par des pays en développement et émergents, processus qui a également été encouragé par les institutions internationales qui ont ajouté l'adoption de la loi type à la liste des réformes recommandées du droit de l'insolvabilité nationale. Le dernier adhérent en date, Singapour, a adopté la loi type en 2017, portant le total de pays appliquant ce texte à quarante-cinq.

Il s'agit de la quatrième édition de cet ouvrage, qui couvre les changements qui ont inévitablement eu lieu pendant les cinq ans qui se sont écoulés depuis la publication de la troisième édition, notamment les nouveaux adhérents à la loi type, la volumineuse jurisprudence qui accompagne l'application du texte dans les pays qui l'ont adopté, ainsi que la publication, en 2013, par la CNUDCI, d'un nouveau guide pour l'incorporation et l'interprétation visant à aider les États qui souhaitent adopter la loi type. Cette édition, comme les précédentes, commence par une préface et une présentation générale visant à mettre en lumière une partie du contexte de la loi type, mais

aussi certaines des questions qui se sont posées lors de l'adoption de la loi type dans les pays étudiés. Le texte se poursuit ensuite par vingt et un chapitres consacrés aux pays, couvrant la quasi-totalité des adhérents.

À chaque chapitre, les auteurs ayant participé à ce travail collectif, principalement issus du monde des praticiens, exception faite d'un ou deux universitaires, relatent le processus d'adoption et de mise en œuvre de la loi type, et présentent en détail les dispositions nationales qui l'incorporent, mais aussi les omissions ou les écarts par rapport à la loi type, ainsi que la pratique à cet égard observée ailleurs. Ils font en outre l'inventaire des autres dispositions légales nationales qui peuvent avoir une incidence sur le fonctionnement de la loi type et décrivent les limitations à son application dans le contexte national. Les chapitres sont pour la plupart un simple compte-rendu des dispositions de transposition nationales, accompagné de citations de la jurisprudence incarnant son fonctionnement. Dans certains pays, où le droit de l'insolvabilité internationale n'en est qu'à ses balbutiements, l'adoption récente de la loi type va de pair avec la petite quantité de conseils disponibles sur la façon dont les dispositions de loi type seront interprétées par les tribunaux. Dans d'autres chapitres, cependant, surtout dans celui consacré aux États-Unis, le volume contient de nombreuses références à la jurisprudence découlant du texte et certaines des affaires les plus parlantes sont analysées en détail.

Dans l'ensemble, le texte est facile à lire. Les grands concepts sont abordés de façon claire et cohérente, puisque tous les chapitres sont présentés de la même manière. Les informations figurant dans les notes de bas de page sont très utiles car elles fournissent des références à d'autres documents pertinents. Les chapitres contiennent des informations très détaillées, certaines présentées sous forme de tableaux ; l'ouvrage est complété par des listes d'affaires, lois nationales, dispositions européennes et autres traités et conventions, ainsi que par des dispositions de la loi type, le tout comportant des références croisées au texte. Le second volume (cet ouvrage est pour la première fois présenté en deux volumes) contient deux annexes contenant la loi type et les deux versions du guide d'incorporation (versions originale et révisée), puisque la première continue de faire autorité, ainsi qu'un index détaillé.

En bref, il s'agit d'un texte de référence d'une valeur inestimable sur la façon dont la loi type a été adoptée jusqu'à présent. C'est un aide-mémoire pratique sur l'état du texte dans les pays couverts ; il sera donc très utile à divers utilisateurs potentiels. Pour ces raisons et d'autres encore, on ne peut que recommander cet ouvrage qui trouvera sa place dans toute bonne bibliothèque spécialisée dans l'insolvabilité internationale.

Paul J. Omar, Coordinateur des recherches techniques, INSOL Europe

Si vous souhaitez publier la critique d'une nouvelle publication, nous pourrions l'envisager pour un futur numéro. Contactez Paul Newson (paulnewson@insoleurope.co.uk) pour en savoir plus.

Nouvelle publication : Le cadre du droit de l'insolvabilité des sociétés

Hamish Anderson

Oxford University Press, 2017, 1^{ère} édition, 304 pages, relié, ISBN 978-0-19-880531-1, 125 GBP

Hamish Anderson a écrit cet ouvrage à la fin de sa longue carrière dans un cabinet d'avocats au sein duquel il s'est spécialisé dans le domaine de l'insolvabilité et de la restructuration d'entreprises. Dans la préface, il qualifie son œuvre non pas de manuel ou d'ouvrage de référence,

mais d'outil complémentaire dans le sens où il étudie les concepts qui permettent d'expliquer la législation en vigueur.

L'ouvrage aborde de nombreux sujets. Il commence par étudier la politique qui sous-tend le droit de l'insolvabilité et ses objectifs, reconnaissant qu'un équilibre doit être maintenu entre les procédures terminales et les procédures qui permettront de sauvegarder les entreprises viables, ne serait-ce qu'en partie. M. Anderson identifie divers domaines qui pourraient bénéficier d'une réforme, donnant l'exemple d'une rationalisation des différentes procédures d'insolvabilité, au prétexte que plusieurs d'entre elles aboutissent au même résultat. Son analyse de la jurisprudence, tant dans un contexte britannique que transfrontalier, est excellente de tous points de vue. Il fait des observations et commentaires intéressants sur diverses questions telles que le rôle des concordats volontaires d'entreprise, les pré-packs, la nature de l'annulation des opérations et le rang des créances.

Cet ouvrage est clairement structuré et bien écrit. Son style concis et ses chapitres courts le rendent accessible pour le lecteur. Il est à jour, reflétant les récentes évolutions législatives du droit britannique et du droit européen de l'insolvabilité et verse une mine d'informations aux débats. Ces éléments, ainsi que la variété des sujets abordés, font de cet ouvrage un texte d'une valeur inestimable tant pour les chercheurs que pour les praticiens.

Paula Moffatt, maître de conférences en droit, professeur associé, Centre pour le droit des affaires et de l'insolvabilité, faculté de droit de Nottingham, Université de Nottingham Trent, Royaume-Uni

Nouvelle publication : La réforme de l'insolvabilité – Guide sur la loi 155/2017

17

Le 11 octobre 2017, le Sénat italien a approuvé la loi déléguant au Gouvernement la réforme de la loi sur la faillite, qui date de 1942. Ce nouvel ouvrage de Giorgio Cherubini analyse le principal changement que représente l'introduction d'une procédure d'alerte pour prévenir le risque de défaillance quand cela est encore possible.

Le terme « faillite » disparaît de la loi italienne au profit du terme « dissolution judiciaire » ; l'administrateur judiciaire prend le premier rôle dans cette nouvelle procédure, avec des pouvoirs accrus par rapport à la situation actuelle ; c'est lui qui peut produire les créances des actionnaires et créanciers.

La phase d'alerte peut être déclenchée directement par le débiteur ou par le tribunal. Dans le premier cas, le chef d'entreprise qui déclenche rapidement l'alerte ou a recours à d'autres procédures ad hoc en vue de résoudre la crise à l'amiable bénéficiera d'avantages judiciaires.

Lors de l'examen des propositions, la priorité est donnée à celles qui garantissent la continuité de l'entreprise, tant qu'elles favorisent le désintéressement des créanciers, la dissolution judiciaire étant envisagée en dernier recours. Cette procédure vise à réduire la durée et le coût des procédures d'insolvabilité en accordant davantage de pouvoir à l'organe de direction.

ISBN : 978-88-916-2596-0

<https://www.maggiolieditore.it>

x x x

x

Rubrique technique

Réactions à la proposition de directive

Emmanuelle Inacio résume une partie des réactions au processus législatif de l'Union européenne sur les cadres de restructuration préventifs*

Pour rappel, le 22 novembre 2016, la Commission européenne a présenté 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 et modifiant la directive 2012/30/UE¹ (la « Proposition »).

Par sa lettre en date du 23 novembre 2016, la Commission européenne a transmis la Proposition, qui suit la procédure législative ordinaire, au Conseil et au Parlement européen.

Le **Comité économique et social européen (CESE)**, voix de la société civile organisée dans l'UE, a rendu son avis le 29 mars 2017². Bien que le CESE soutienne la Proposition, cet organe consultatif préférerait qu'elle prenne la forme d'un règlement et qu'elle n'hésite pas à procéder à une harmonisation aussi poussée que possible des systèmes actuels. Le CESE a insisté pour que la directive précise formellement qu'il est fait obligation à la direction des entreprises d'informer et de consulter leurs salariés à l'avance et au cours des négociations.

En particulier, pendant les différentes phases de la restructuration précoce, il conviendrait de prêter la plus grande attention aux intérêts des travailleurs et, dans le cadre de la procédure d'insolvabilité, de faire explicitement référence à l'article 5, paragraphe 2, de la directive 2001/23/CE³, afin de protéger les droits des travailleurs dans ce contexte. Enfin, le CESE a recommandé de prévoir dans la directive, à titre de principe prioritaire, qu'en cas d'insolvabilité, le statut de créanciers prioritaires soit garanti à tous les travailleurs dans tous les États membres.

Même si elle n'a pas été consultée concernant la Proposition, la **Banque centrale européenne (BCE)** a rendu son avis le 7 juin 2017⁴, car elle considère que la directive proposée relève de son domaine de compétence. Selon la BCE, bien que la Proposition introduise un certain nombre de mesures d'harmonisation minimales très pertinentes, applicables aux cadres de restructuration existants, elle ne suit pas une approche globale visant à harmoniser les législations en matière d'insolvabilité dans l'ensemble de l'Union, à la fois pour la restructuration et la liquidation, et elle ne cherche pas non plus à harmoniser les aspects essentiels du droit de l'insolvabilité, tels que :

- (a) les critères d'ouverture de la procédure d'insolvabilité ;
- (b) une définition commune de l'insolvabilité ;
- (c) le classement des créances en cas d'insolvabilité ; et
- (d) les actions révocatoires.

Bien que la BCE reconnaisse pleinement les difficultés considérables, sur les plans juridique et pratique, qu'entraînerait l'élaboration d'une approche globale, en raison des changements profonds

¹ http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=50043

² <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/fr/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A52016AE6275&from=DE>

³ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A32001L0023>

⁴ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A52017AB0022&from=DE>

du droit commercial, du droit civil et du droit des sociétés qu'un tel effort nécessiterait, des mesures plus ambitieuses doivent être prises pour déterminer des points communs en vue de l'harmonisation, sur le fond, des législations des États membres en matière d'insolvabilité ; ceci garantirait une harmonisation plus globale à long terme et contribuerait au bon fonctionnement de l'union des marchés des capitaux.

La **Commission des affaires juridiques du Parlement européen (JURI)** a désigné Angelika Niebler (EPP, Allemagne) rapporteure ; celle-ci a présenté son projet de résolution législative du Parlement européen (le « Projet de résolution ») concernant la Proposition au Conseil le 25 septembre 2017. Le Projet de résolution comprend quatre-vingt-cinq amendements⁵. En outre, 296 amendements au projet de rapport ont été présentés le 16 novembre 2017⁶.

La Proposition introduit l'obligation, pour les États membres, de prendre les dispositions nécessaires pour que, lorsqu'il existe une probabilité d'insolvabilité, les débiteurs aient accès à un cadre de restructuration préventive leur permettant de restructurer leurs dettes ou leur entreprise et de bénéficier d'une suspension des poursuites individuelles si, et dans la mesure où, cette suspension est nécessaire pour permettre le bon déroulement des négociations relatives à un plan de restructuration. Le Projet de résolution propose, à titre de définition de la « probabilité d'insolvabilité », une situation dans laquelle le débiteur n'est pas insolvable au regard de la législation nationale, mais dans laquelle une menace réelle et grave pèse sur sa capacité future à payer ses dettes à l'échéance.

En ce qui concerne le rôle du praticien, les dispositions de la Proposition limitant les circonstances dans lesquelles un praticien dans le domaine des restructurations peut être désigné sont amendées. De fait, le Projet de résolution prévoit que les États membres disposent que la supervision d'une procédure de restructuration par un praticien dans le domaine des restructurations soit obligatoire. En outre, le Projet de résolution ajoute que tous les États membres doivent exiger la désignation d'un praticien dans le domaine des restructurations au moins dans les cas suivants: (a) lorsqu'une suspension des poursuites individuelles est accordée au débiteur ; (b) lorsqu'il apparaît nécessaire que le plan de restructuration soit confirmé par une autorité judiciaire ou administrative au moyen d'une application forcée interclasse ; (c) lorsque cela est demandé par le débiteur ou la majorité des créanciers.

De la même manière, les dispositions de la Proposition limitant l'intervention d'une autorité judiciaire ou administrative aux cas où cette intervention est nécessaire et proportionnée ne sont plus obligatoires dans le Projet de résolution.

La Proposition permet un mécanisme d'application forcée interclasses si le plan de restructuration n'est pas soutenu par la majorité requise dans chaque classe de parties affectées, entraînant la formation d'une classe dissidente autorisée à voter. En cas d'application forcée interclasse, le plan de restructuration doit systématiquement être validé par une autorité judiciaire ou administrative. Le mécanisme d'application forcée interclasses fait l'objet de plusieurs exigences minimales harmonisées, visant à garantir que les droits des parties concernées sont protégés de manière adéquate.

Ainsi, le plan doit être soutenu par au moins une classe de créanciers concernés et les classes dissidentes autorisées à voter ne doivent pas être injustement lésées au titre du plan proposé. Le

⁵ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=COMPARL&reference=PE-610.684&format=PDF&language=FR&secondRef=01>

⁶ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-613.399+02+DOC+PDF+V0//FR&language=FR>

Projet de résolution propose que le plan doive être soutenu par la majorité des classes. Les États membres ont également la possibilité d'augmenter le nombre minimum de classes requises pour approuver le plan « tant que ce nombre minimal représente toujours la majorité des classes », ajoute le Projet de résolution.

En ce qui concerne la question de la durée maximale de la suspension, la Proposition exige des États membres qu'ils permettent au débiteur de demander une suspension générale ou limitée des poursuites individuelles, afin de faciliter les négociations concernant un plan de restructuration, pour une période pouvant aller jusqu'à quatre mois et pouvant être prolongée ou renouvelée jusqu'à douze mois par les autorités judiciaires ou administratives, et empêchant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, l'exécution d'un gage et de tous droits contractuels de résiliation ou de déchéance du terme. Le Projet de résolution et les amendements exigent que la durée maximale de la suspension soit de deux mois, pouvant être prolongés ou renouvelés jusqu'à dix-huit mois.

En ce qui concerne les règles prévoyant une seconde chance pour les entrepreneurs, la Proposition dispose que les États membres doivent s'assurer que les entrepreneurs surendettés honnêtes puissent être libérés de leurs dettes au bout de trois ans au plus et puissent bénéficier d'injonctions de déchéance de courte durée sans avoir à saisir de nouveau une autorité judiciaire ou administrative. Le Projet de résolution dispose que les entrepreneurs surendettés peuvent être pleinement libérés de leurs dettes pour la première fois après au plus tard trois ans après l'issue d'une procédure d'insolvabilité. Certains amendements proposent d'étendre cette période à cinq ans.

Dans ses notes des 23⁷ et 30⁸ novembre 2017, la Présidence a invité le Coreper et le Conseil (Justice et affaires intérieures) à envisager d'accepter l'accroissement de la flexibilité donnée aux États membres en leur offrant la possibilité d'introduire ou de maintenir l'évaluation de la viabilité en vertu de la législation nationale, à condition que l'évaluation ait pour objet d'exclure les débiteurs qui n'ont aucune perspective de viabilité et puisse être réalisée sans porter préjudice aux actifs du débiteur.

Le Conseil a été invité à marquer son accord sur le principe selon lequel, lorsque plus d'une classe de parties concernées participent à l'adoption du plan de restructuration et que la majorité requise n'est pas atteinte dans une ou plusieurs classes de parties concernées autorisées à voter, le plan de restructuration puisse quand même être validé par une autorité judiciaire ou administrative, pour autant que les conditions relatives à une telle application forcée interclasse, convenues lors de futurs débats au niveau technique, soient remplies. Cela s'entendait sans préjudice du résultat du futur débat sur la répartition en classes au niveau technique.

Le Conseil a également été invité à convenir qu'il devrait y avoir un délai de réhabilitation harmonisé d'une durée maximale de trois ans, sous réserve de restrictions dans les cas où une telle réhabilitation ou un tel délai de réhabilitation ne serait pas jugé approprié.

La **Commission de l'emploi et des affaires sociales (EMPL)**, l'une des commissions du Parlement européenne, qui a rendu son opinion le 5 décembre 2017, a également indiqué que ce qui interpellait dans la Proposition, c'était la qualification des travailleurs employés dans une entreprise comme étant des créanciers au même titre qu'une banque ou qu'un quelconque détenteur de capital⁹.

⁷ http://eur-lex.europa.eu/legal-content/fr/TXT/PDF/?uri=CONSIL%3AST_14734_2017_INIT&from=fr

⁸ http://eur-lex.europa.eu/legal-content/fr/TXT/PDF/?uri=CONSIL%3AST_15201_2017_INIT&from=fr

⁹ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-601.220+05+DOC+PDF+V0//fr&language=fr>

La **Commission des affaires économiques et monétaires (ECON)**, qui a rendu son opinion le 7 décembre 2017¹⁰, souligne entre autres la nécessité d'apporter un soutien plus particulier aux PME dans la directive.

Les 7 et 8 décembre 2017, le Conseil a débattu de la Proposition de la Commission européenne. Les ministres se sont focalisés sur la pertinence des thèmes tels que la viabilité du débiteur, le mécanisme d'application forcée interclasses et la seconde chance pour les entrepreneurs honnêtes. À certains égards, il existe des points fondamentaux communs, mais des travaux supplémentaires au niveau technique sont nécessaires pour répondre aux préoccupations exprimées, en particulier en ce qui concerne l'application forcée interclasses et le délai de réhabilitation.

À suivre...

*Emmanuelle Inacio, responsable technique d'INSOL Europe

x x x
x

Congrès Annuel

Le crépuscule de l'insolvabilité ? La restructuration préventive sous les feux de la rampe à Varsovie

Paul Omar nous rend compte du trente-sixième Congrès, tenu en Pologne*

21

Le meilleur des mondes annoncé par Aldous Huxley était en représentation en Pologne, à l'occasion du Congrès annuel d'INSOL Europe. Modestement sous-titrées « Le crépuscule de l'insolvabilité », les présentations ont toutes mis le doigt sur une évolution dans la conception et l'approche de la façon dont l'insolvabilité, la restructuration, le redressement et les concepts similaires sont perçus.

Dès le départ, la modernité et la nouveauté du thème principal des séances de travail ont été immédiatement perceptibles. La phrase « l'adopter ou périr » est revenue comme un sempiternel mantra. Alors que le mauvais temps faisait rage à l'extérieur, le vendredi matin, à l'intérieur, les projecteurs étaient au beau fixe et mettaient en lumière les derniers points forts du monde de l'insolvabilité.

Une riche introduction du premier des deux intervenants principaux, le professeur **Grzegorz Kołodko**, portant sur la nécessité de tenir compte de l'interconnectivité entre le droit, la politique et la société, a donné le ton du Congrès. Pour sa part, Sally Bundock, de la BBC, modératrice de la manifestation, a su animer les esprits sans jamais laisser de temps mort.

Place d'honneur

Occupant la place d'honneur sur le programme, le projet de directive portant notamment sur la restructuration préventive (d'où le titre du Congrès) a reçu l'attention des intervenants issus du

¹⁰ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-608.079+02+DOC+PDF+V0//fr&language=fr>

Groupe d'experts, dont les travaux de 2016 ont débouché sur sa rédaction. **Michał Barłowski, Michael Veder et Nora Wouters** ont guidé le public dans une discussion portant sur les points forts du texte, encore considéré comme inachevé, en particulier puisque la date d'entrée en vigueur n'est pas attendue avant la mi-2018 au plus tôt. Comparant le texte avec des processus législatifs nationaux analogues observés dans des États membres qui avaient déjà anticipé le passage aux procédures préventives, le groupe de travail a cité des exemples de différentes solutions trouvées en réponse à des problèmes importants tels que la suspension automatique, l'application forcée, le vote sur le plan, la supervision du tribunal et les difficultés propres aux groupes d'entreprises.

Si l'on résume les opinions sur le texte, celui-ci est considéré comme une tentative réussie d'appréhender le phénomène récent qui touche l'insolvabilité, à savoir une évolution vers le traitement en amont des restructurations financières. Toutefois, le texte doit être précisé pour pouvoir garantir qu'il demeure pertinent au vu des développements probables que connaîtra la pratique.

La séance qui a suivi cherchait elle aussi à anticiper, cette fois-ci les changements intervenant tant dans les processus politiques que législatifs découlant du vote du Brexit et les incidences que cela pourrait avoir sur les restructurations transfrontalières. Cela a été souligné dans le contexte d'une étude de cas fictive qui partait du pire scénario, posant le postulat selon lequel aucun texte ne régirait la relation entre le Royaume-Uni et l'Union européenne au moment du Brexit.

Même si ces hypothèses semblaient dures à avaler, le principe qui veut que l'on se prépare pour le pire même si l'on espère le meilleur a été mis en avant dans les réactions des intervenants (**Chris Laughton, Giuseppe Scotti et Annerose Tashiro**) face au développement des solutions juridictionnelles individuelles au problème. Le groupe de travail a donné l'impression que, tandis que le résultat politique continue d'être fluctuant et imprévisible, les praticiens doivent déjà faire preuve de créativité pour concevoir des structures adaptables et flexibles en réponse à toute une gamme de situations susceptibles d'émerger dans le cadre du règlement final. Avec un peu d'espoir, cela débouchera sur des mesures utiles aux restructurations transfrontalières, ce qui éviterait d'avoir recours aux peu pratiques règles du droit international privé classique, qui diffèrent selon les pays.

Suite à ce débat intéressant, les autres séances de la matinée ont gardé les délégués occupés jusqu'au déjeuner, abordant la question de la transition de la pratique actuelle vers ce qu'elle pourrait devenir dans le futur, en présence de groupes de travail composés d'experts venus d'Italie, des Pays-Bas, d'Espagne, de Suède, de Roumanie, du Royaume-Uni et des États-Unis. Des sujets aussi variés que les questions d'insolvabilité en lien avec la chaîne d'approvisionnement et le financement du débiteur non dessaisi ont alimenté les discussions tournant autour des innovations de la pratique qui deviennent aujourd'hui la norme.

Tout particulièrement au cours de ces deux séances, les discussions avaient décidément un accent pratique, disséquant ce qui se passe en cas d'extension d'un crédit, de ventes pendant la période suspecte, des recours en cas de défaut de paiement, mais aussi les nouveaux enjeux liés au financement du débiteur non dessaisi, par exemple les conditions d'accès et les éventuelles alternatives possibles.

Les deux dernières séances se sont intéressées à la forme future du droit de l'insolvabilité, notamment à l'influence du chapitre 11 sur le projet de directive, et ont permis d'établir des comparaisons avec les propositions de réforme déjà amorcées au Royaume-Uni. Ces séances avaient un très fort parfum de droit comparatif, puisque les experts ont également soulevé des questions d'actualité telles que l'importance de la pertinence des procédures et le spectre des abus de droit, questions qui suscitent des préoccupations dans le cadre des calendriers de réforme juridique. En outre, les membres des deux groupes de travail ont formulé des recommandations convaincantes en vue d'améliorer le texte.

Aspect concret

L'après-midi, les participants sont revenus à des considérations portant sur le futur immédiat, au vu de la récente entrée en vigueur de la refonte du REI et de la finalisation probable du projet de directive, lequel est arrivé à une étape cruciale du processus législatif. L'accent a été mis sur l'aspect concret. Un groupe mixte formé de chercheurs, de praticiens et de juges (**Reinhard Bork, Stan Brijs, Christina Fitzgerald, Bartosz Groele et Rimvydas Norkus**) a souligné la nécessité de se tenir au courant des actualités et plus particulièrement de la jurisprudence, car celle-ci commence à refléter les innovations de la refonte du REI.

Bien que les termes de cet instrument soient désormais bien connus dans le monde entier, les intervenants ont exposé le texte de manière très concrète, en présentant au public les grandes problématiques déduites d'une étude de cas fictive : champ d'application du texte, règle juridictionnelles, position des procédures secondaires, exigences d'information et de publicité, mais aussi la question des procédures d'un nouveau genre que sont les procédures de coordination de groupe.

23

Le consensus qui s'est dégagé dans ce cas était que le texte, en cherchant à tirer des enseignements de sa version précédente et à innover pour refléter les évolutions de la pratique, avait à son tour créé de nouvelles difficultés qui devront être résolues en adaptant davantage l'environnement des praticiens.

Poursuivant sur le thème du Congrès, la deuxième séance de l'après-midi, faisant le bilan du projet de la Branche Redressement portant sur le projet de directive, a permis d'analyser certains des obstacles que présente le droit national et qui empêchent la bonne mise en œuvre de la proposition. Faisant écho à certaines des discussions de la matinée, les intervenants (**Alberto Nuñez-Lagos, Catherine Ottaway, Robert van Galen et Wolf Waschkuhn**) ont laissé entendre que le projet de directive était une tentative de concilier différentes philosophies et approches de la restructuration entre États membres.

Puisqu'il n'est pas souhaitable que l'Europe, dans son ensemble, se retrouve sans cadre de restructuration compétitif, élément crucial des réorganisations et sauvetages de groupes, il conviendrait que le texte soit mis en œuvre aussi rapidement que possible. Toutefois, il faudrait aussi éviter les divergences dans la façon dont il est appliqué par la suite, ce qui pourrait nécessiter des ajustements afin de déjouer les problèmes créés par la diversité des positions du droit national dans les États membres.

Suite à une brève promotion de la nouvelle version des Principes d'INSOL International sur les accords de règlement amiable faisant intervenir plusieurs créanciers, la dernière séance de travail

de la journée s'est intéressée aux insolvabilités de groupes et aux avis recueillis sur le terrain quant au fonctionnement du chapitre de la refonte du REI consacré aux phénomènes de groupes. Au cours de cette séance, les contributions des intervenants venus d'Allemagne, de Pologne, des Pays-Bas et de Suisse ont permis de comprendre comment les approches nationales de ces phénomènes, plus développées historiquement dans le monde germanophone, ont contribué à inclure ce cadre dans le texte de la refonte du REI, ainsi que les difficultés qu'ont certains États membres à conceptualiser la façon dont ces cadres pourraient fonctionner.

Perspectives d'avenir

D'un certain point de vue, on peut dire que les conclusions du vendredi après-midi ont planté le décor du samedi. Dirigés par le deuxième intervenant principal, **Cezary Stypulkowski**, qui a retracé l'ascension et la chute de l'environnement bancaire et des affaires polonaises, les débats de la deuxième journée étaient résolument tournés vers l'avenir. L'un des points forts du programme était l'analyse finement menée, prenant la forme d'une étude de cas, des rouages des cadres de restructuration préventifs, vus de manière générale au travers du prisme de plusieurs systèmes nationaux différents.

Des intervenants d'Autriche, d'Allemagne et de Pologne ont souligné certaines différences notables qui existent actuellement, ainsi que la façon dont elles risquaient d'être allégées ou, au contraire, exacerbées si le projet de directive entrait en vigueur sous sa forme actuelle.

Toujours sur le thème déjà exploré lors des séances de travail précédentes, les intervenants ont suggéré des mesures pratiques qui pourraient être envisagées dans la pratique pour garantir le fonctionnement du texte, ainsi que des éventuels amendements qui pourraient être étudiés si le calendrier législatif le permettait.

Après la pause de milieu de matinée, les séances consacrées aux nouvelles technologies et à la question de l'interconnectivité des registres d'insolvabilité (permettant l'accès aux informations) ont prouvé que l'avenir serait numérique. Les deux groupes d'intervenants étaient convaincus que des changements nous attendaient, non seulement dans la pratique, mais aussi dans la conceptualisation de ce qui constituerait l'environnement de l'insolvabilité dans les années à venir.

Un point d'orgue consacré aux pré-packs, rappel toujours opportun de l'utilité des conférences, a conclu le programme de la journée avant l'hommage rendu par Steffen Koch aux membres d'INSOL Europe et sa présentation formelle de son successeur, Radu Lotrean.

Crépuscule des procédures

L'après-midi étant libre, certains délégués ont saisi leur dernière chance pour visiter Varsovie et profiter de sa richesse architecturale. Le dîner de gala, qui est toujours l'un des points forts du week-end du Congrès, s'est déroulé à l'université technologique de Varsovie (lieu très approprié au vu du thème de la matinée). L'atrium, où se trouve un mémorial à Marie Curie, qui avait fait ses études dans l'établissement, était au centre d'une soirée de divertissements traditionnels et modernes. Ainsi, le soleil s'est couché une dernière fois sur la manifestation de Varsovie. Nous nous reverrons à Athènes l'année prochaine !

**Paul Omar, Coordinateur des recherches techniques, INSOL Europe*

* * *

« À Varsovie, c'était la première fois que j'assistais à un Congrès annuel »

« J'ai été très impressionné par la forte affluence et par l'enthousiasme des participants tout au long de la manifestation. Les sujets abordés par les différents groupes de travail et intervenants étaient précis et propices à la réflexion. J'ai eu le sentiment d'avoir un très bon aperçu de l'avenir de la pratique de l'insolvabilité dans le théâtre européen, en temps réel.

Pour ceux qui veulent faire des rencontres et tirer des enseignements de ce qui est sans conteste la plus forte concentration de professionnels de l'insolvabilité européens en un seul et même endroit, le Congrès annuel d'INSOL Europe est véritablement incontournable. Si mon calendrier de déplacements professionnels me le permet, je serai ravi de participer au Congrès de l'année prochaine à Athènes. »

Lynn Harrison 3rd, associé, Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP

X X X
X

Conférence du Forum Universitaire

Prélude universitaire à un Congrès

Paul Omar et Jennifer Gant nous rendent compte de la treizième Conférence du Forum universitaire*

25

Le chiffre 13 : pour certains, il porte malheur, mais pas pour le Forum universitaire, qui a organisé cette année sa treizième Conférence annuelle à Varsovie.

La ville, qui a vu naître Frédéric Chopin et Marie Curie, a accueilli les universitaires sous un ciel de plomb. Le thème général de notre Conférence était « **La percée de la restructuration préventive : enjeux et possibilités** », faisant écho à la publication, il y a moins d'un an, du projet de directive européenne sur la restructuration préventive.

Bien entendu, d'autres événements plus récents étaient à l'ordre du jour, tels que le spectre du Brexit et les sujets pérennes que sont la sauvegarde des entreprises et la protection de l'emploi, le tout dans le contexte du projet de directive, qui suit encore le long processus législatif à l'heure où nous mettons sous presse.

Droit comparatif, politique sociale

La première journée a été consacrée au droit comparatif et à la politique sociale. Jennifer Payne (Oxford) a offert un exposé co-écrit avec Janis Sarra (Colombie-Britannique), donnant un aperçu des ressemblances ou différences entre la pratique canadienne et américaine et les propositions du projet de directive, tandis que Rolef de Weijts (Amsterdam) a mis en lumière de sérieuses préoccupations concernant la possibilité d'abus dans le contexte du financement du débiteur non dessaisi.

Jennifer Gant (Nottingham Trent) a abordé la question de la façon dont les préoccupations de politique sociale à l'origine du projet de directive pouvaient être réglées par le texte, surtout au vu des difficultés de l'organisation transfrontalière créées par le Brexit. Sur le même thème, Rick Aalbers (Leyde) a cherché à savoir si les données confirmaient les demandes de maintien en poste

des salariés, avancées dans le cadre de procédures d'insolvabilité stratégiques, citant l'exemple des Pays-Bas. Juste avant lui, Leonie Stander (NWU Potchefstroom) avait comparé les résultats de l'Afrique du Sud en termes de sauvegarde des entreprises par rapport à l'initiative européenne.

Le point de vue des États-Unis

Le parfum comparatif et international des séances de la première journée s'est également fait sentir dans le Cours Shakespeare Martineau, qui est venu clore la journée. Dispensé cette année par Bruce A. Markell (Chicago Northwestern), il a fermé la boucle ouverte par Jennifer Payne et Janis Sarra, en présentant le point de vue des États-Unis sur le projet de directive et ses capacités à répondre aux aspirations qu'il s'avère contenir. À cette occasion, l'analyse détaillée qu'a faite le professeur Markell du droit et de la pratique a amplement justifié sa réputation d'expert reconnu du droit américain de l'insolvabilité. La journée s'est terminée par une réception et un dîner, permettant aux participants de faire connaissance, de retrouver leurs anciens amis et de laisser décanter les leçons tirées de la journée autour d'un pot convivial.

La parole est aux jeunes

Le deuxième jour, à la première heure, le Réseau des jeunes chercheurs en droit de l'insolvabilité (YANIL) a donné le coup d'envoi d'un ordre du jour très chargé, commençant par un trio d'exposés présentant les recherches variées et innovantes que mènent de jeunes universitaires de toute l'Europe. Margarita Khrapova (université d'État de Moscou) a parlé des réformes du régime de résolution bancaire en Russie dans le contexte des développements de l'économie, tandis que Niels Pannevis (université Radboud de Nimègue) s'est plongé dans ses recherches doctorales pour dresser le portrait de la position (dramatique) des créanciers subordonnés dans le cadre des procédures d'insolvabilité. Pour clore la séance, Ilya Kokorin (Leyde) a évoqué les récents développements visant à minimiser la responsabilité assumée dans le cas des entreprises rencontrant des difficultés financières.

26

Choix et risques

La matinée s'est poursuivie par des présentations sur le fonctionnement de la refonte du REI, mis en relief par le projet de directive, Nicolò Nisi (université Martin Luther) ayant choisi de discuter de la nouvelle « procédure de coordination de groupe » et de la façon dont les deux textes pourraient fonctionner en tandem en ce qui concerne les structures de groupe, tandis que Tomáš Richter (Prague Charles) a analysé les questions entourant les procédures secondaires autres que la liquidation et leur utilité, qui perdure encore aujourd'hui.

Pour clore la séance, Paul Omar (De Montfort) a donné sa vision des choix qui se présentent en cas de restructurations transfrontalières à la lumière des risques inhérents au Brexit. Le thème des risques a été repris par le Forum des praticiens Shakespeare Martineau, présenté cette année par Christina Fitzgerald et Tania Clench (Shakespeare Martineau), marquant la fin d'une journée axée sur les abus dans le cadre de la restructuration préventive.

Sur un mot d'adieu de Michael Veder (université Radboud de Nimègue), les universitaires sont partis profiter de la ville et réfléchir sur le futur rôle de la restructuration préventive, l'un des éléments de la « boîte à outils » de l'insolvabilité.

**Paul Omar, Coordinateur des recherches techniques, INSOL Europe ; Jennifer Gant, Présidente du YANIL*

* * *

**« Je suis ravi d'avoir participé à la Conférence du
Forum universitaire d'INSOL Europe »**

Non seulement c'était la première fois que j'assistais à une manifestation de si haut niveau en matière d'insolvabilité, mais le moment était venu de présenter mes recherches et de partager des idées sur les enjeux et possibilités découlant de la popularité croissante de la culture de sauvegarde des entreprises en Europe.

Des débats propices à la réflexion, des idées pratiques et théoriques, l'opinion d'experts de divers pays et, bien entendu l'atmosphère chaleureuse de Varsovie ont fait de cette rencontre une expérience inoubliable.

Pour moi, l'apport le plus précieux du Forum est son réseau étendu de professionnels qui partagent le même état d'esprit, mais aussi le souhait d'écrire et d'innover. »

Ilya Kokorin, maître de conférences, université de Leyde, Pays-Bas

X X X
X

Prix Richard Turton 2017

**« La Ceinture et la Route » :
Promouvoir la coopération en matière
d'insolvabilité transfrontalière en Chine**

27

Bingdao Wang étudie les possibilités qu'offre l'initiative chinoise « One Belt, One Road »

Bingdao Wang est le lauréat du prix Richard Turton 2017.

Actuellement, il étudie en troisième année de doctorat à l'université de Leeds (Royaume-Uni). Ses recherches portent sur le développement du droit international de l'insolvabilité dans les pays en développement et cherchent à savoir comment les expériences d'Europe et d'autres pays développés aideront à réaliser les réformes nécessaires en matière d'insolvabilité dans les pays émergents.

Bingdao a été invité au Congrès annuel de Varsovie pour y recevoir son prix.

Un résumé de son article est présenté ci-dessous. La version intégrale de son article et de plus amples renseignements sur le prix Richard Turton sont disponibles en ligne, à l'adresse www.insol-europe.org/richard-turton-award.

L'initiative « La Ceinture et la Route » (l'« Initiative ») est l'une des politiques étrangères les plus importantes que le gouvernement chinois promeut activement depuis 2013.

Le terme « **ceinture** » renvoie à la « ceinture économique de la route de la soie », qui repose sur les voies commerciales historiques qui traversaient l'Eurasie. Le terme « **route** », pour sa part, désigne la route de la soie maritime, dont l'objectif premier est de relier la Chine à l'Europe en passant par l'océan Pacifique.

Les domaines proposés par l'Initiative couvriraient près de 70 % de la population mondiale et 55 % du PIB mondial¹¹. L'expansion de l'Initiative a attiré l'attention sur les questions juridiques transfrontalières. Cet article s'efforce d'explorer les questions relatives à l'insolvabilité transfrontalière associées au développement de l'Initiative et de souligner qu'il est nécessaire d'élaborer un guide multilatéral afin de résoudre efficacement les problèmes en la matière rencontrés dans les pays participants.

Nature de l'Initiative

L'Initiative proposée vise à encourager la coopération internationale dans divers domaines, notamment le commerce, les investissements, les infrastructures et l'énergie. Le caractère unique de cette Initiative réside dans le fait qu'elle ne vise pas à déboucher sur une intégration géopolitique entre les pays ; la coopération repose sur la communication politique et une coordination objective, ce qui en fera un processus ouvert et flexible¹². Plus important, le gouvernement chinois a également clairement déclaré que ce plan ambitieux, pour pouvoir bénéficier à des régions plus éloignées, ne se limite pas à la région de la route de la soie : il est ouvert à tous les pays, mais aussi aux organisations internationales et régionales¹³.

Plus précisément, l'Initiative est axée autour de cinq missions : communication politique, connectivité de la construction d'infrastructures, facilitation des investissements et des échanges commerciaux, amélioration de l'intégration de la coopération financière, et communication entre les peuples.

L'une des difficultés à laquelle de nombreux commentateurs occidentaux sont confrontés est la façon de définir l'Initiative proposée par la Chine¹⁴. Surtout du point de vue juridique, il est difficile d'en faire une analyse conceptuelle correcte¹⁵. Certains ont avancé que l'objectif du gouvernement chinois était de bâtir une intégration économique régionale¹⁶. Toutefois, le plan d'action soulignait également que la libre circulation serait obtenue par le biais d'une coordination politique et d'une coopération économique régionales approfondies ; il s'agira donc d'un système économique flexible répartissant les avantages de façon équilibrée entre les différents pays¹⁷.

L'ouverture de l'Initiative à tous les pays ou organisations illustre également le fait qu'elle dépasse les frontières régionales ou autres. En outre, l'Initiative ne prévoit pas que les pays participants signent des conventions ou autres accords classiques ; la coopération approfondie entre

¹¹ Forum économique mondial, « *What can the New Silk Road do for Global Trade?* » (Que peut faire la nouvelle route de la soie pour le commerce international ?) (22 septembre 2015) <https://www.weforum.org/agenda/2015/09/what-can-the-new-silk-road-do-for-global-trade/> < consulté le 10 novembre 2017 >.

¹² *Vision et actions pour l'édification conjointe de la ceinture économique de la route de la soie et la route de la soie maritime du XXI^e siècle (plan d'action)*, publication conjointe de la Commission nationale du développement et des réformes, du ministère des Affaires étrangères et du ministère du Commerce (<https://www.yidaiyilu.gov.cn/yw/qwfb/604.htm>).

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Philippe du Fresnay, « La nouvelle route de la soie : initiative économique ou alternative géopolitique ? » (2016) *International Business Law Journal* 575.

¹⁵ Zeng Lingliang, « *Conceptual Analysis of China's Belt and Road Initiative: A Road towards a Regional Community of Common Destiny* » (Analyse conceptuelle de l'Initiative Ceinture et Route chinoise : une voie vers une communauté régionale au destin partagé) (2016) 15 *Chinese Journal of International Law* 517 (<https://academic.oup.com/chinesejil/article-abstract/15/3/517/2555332>).

¹⁶ Kar-yiu Wong, « *The "Belt and Road" Initiative and Economic Integration* » (L'Initiative Ceinture et Route et l'intégration économique), in Banik A., Barai M., Suzuki Y. (éd.), *Towards A Common Future (Vers un avenir commun)* (Palgrave Macmillan, 2016) (https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-981-10-5592-8_4).

¹⁷ Voir ci-dessus, note 2.

gouvernements serait obtenue grâce à une application complète des accords existants aux niveaux bilatéral, régional ou multilatéral. Ainsi, l'Initiative « La Ceinture et la Route » devrait plutôt être définie comme un nouveau modèle de gouvernance mondiale¹⁸. Ce nouveau modèle explore des méthodes inédites de coopération internationale à un niveau plus intégré¹⁹.

L'Initiative et l'insolvabilité transfrontalière

Comme l'a fait remarquer la Cour populaire suprême chinoise dans ses avis sur les services judiciaires et les garanties pour la construction de la Ceinture et de la Route, « pour établir ce système de coopération internationale, le 'gouvernement par la loi'²⁰ est une garantie importante et l'assistance judiciaires est indispensable²¹. » Plus précisément, étant donné que l'une des priorités consiste à faciliter les investissements et les échanges commerciaux entre les pays participants, il est prévisible que les activités en la matière connaîtront une croissance importante dans un contexte d'obstacles moindres et de politiques d'accompagnement plus favorables. En conséquence, la demande en matière de solutions aux différends transfrontaliers est vouée à augmenter. Ainsi, la Cour populaire suprême a également noté que l'édification d'un système efficace pour résoudre les problèmes juridiques transfrontaliers était essentielle pour l'Initiative, en vue de supprimer les incertitudes juridiques et de promouvoir la stabilité commerciale²².

Actuellement, la plupart des pays asiatiques continuent d'appliquer l'approche territoriale traditionnelle pour résoudre les problèmes d'insolvabilité transfrontalière. Certains pays abordent les questions transfrontalières dans leur régime de l'insolvabilité national, mais leurs lois se heurtent à des limites dans la pratique. Par exemple, en vertu du régime d'insolvabilité chinois, la reconnaissance des procédures étrangères sera décidée en fonction de l'existence du principe de réciprocité ou de l'existence d'un accord bilatéral entre la Chine et le pays étranger concerné²³. Toutefois, un tiers seulement des pays couverts par l'Initiative ont signé des accords bilatéraux en matière d'assistance judiciaire et de reconnaissance des décisions avec la Chine ; en outre, certains de ces accords ne couvrent pas les questions d'insolvabilité²⁴.

L'application de la réciprocité dépend largement de la reconnaissance, par les tribunaux étrangers, d'affaires chinoises similaires par le passé. Ces approches bilatérales ne peuvent offrir des solutions que pour les problèmes survenant entre les deux pays concernés et n'ont donc aucun effet international ou régional. Étant donné que l'Initiative vise à développer un réseau de libre-échange

¹⁸ Voir ci-dessus, note 5.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ L'expression *rule by law*, également traduite par « règle par le droit », est utilisée en opposition à la notion de « règle de droit » pour classer les régimes politiques : régimes autoritaires développementalistes et nouveaux pays industrialisés dans le premier cas, régimes démocratiques néo-libéraux dans le second. Au titre de la « *rule by law* », « la règle définit un cadre de jeu stabilisé en raison des prescriptions qu'elle impose, à l'exclusion de toute possibilité laissée aux acteurs » (source : Romain Bironneau, *China Innovation Inc. : Des politiques industrielles aux entreprises innovantes*) (N. de la T.).

²¹ Alexandr Svetlicinii, « *Publication Review: Legal Dimensions of China's Belt and Road Initiative by Lutz-Christian Wolff and Chao Xi* » (Critique de l'ouvrage de Lutz-Christian Wolff and Chao Xi, *Dimensions juridiques de l'Initiative Ceinture et Route chinoise*) (2017) *International Trade Law & Regulation* 109 ; Cour populaire suprême, « *Several Opinions on Providing Judicial Services and Safeguards for the Construction of the 'Belt and Road'* » (Plusieurs avis sur les services judiciaires et les garanties pour la construction de la Ceinture et de la Route) (2017) <https://www.yidaiyilu.gov.cn/zchj/zcfg/2401.htm> < consulté le 2 novembre 2017 >.

²² *Ibid.*

²³ Article 5, loi chinoise de 2006 sur l'insolvabilité des entreprises (Chine).

²⁴ Cour populaire suprême, « *Typical Cases for the Construction of the 'Belt and Road'* » (Affaires types pour la construction de la Ceinture et de la Route) (2017) <http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-44722.html> < consulté le 15 novembre 2017 >.

entre les pays concernés, il a besoin de règles efficaces et harmonisées en matière d'insolvabilité transfrontalière, qui pourraient être acceptées par les pays participants. La Cour populaire suprême a recommandé que la Chine s'implique plus activement dans l'établissement et la promotion de règles internationales en la matière si elle veut créer un environnement commercial de meilleure qualité²⁵.

La tâche consistant à développer un régime de l'insolvabilité transfrontalière international ne serait pas aisée, puisqu'un tel régime devrait trouver un équilibre entre tous les différents systèmes et cultures juridiques. À ce jour, les tentatives internationales les plus réussies d'établissement de systèmes d'insolvabilité transfrontaliers sont la loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et le règlement européen sur l'insolvabilité²⁶. Ces deux régimes ont été établis à partir du concept d'universalisme modifié. Il est admis que la loi type de la CNUDCI constitue un régime efficace et acceptable, susceptible d'être adopté par différents systèmes juridiques²⁷. Toutefois, elle ne rencontre pas une grande popularité dans les pays d'Asie. Actuellement, seuls trois pays asiatiques (Japon, Corée du Sud et Singapour) ont adopté la loi type de la CNUDCI²⁸. Par rapport à la flexibilité qu'offre ce texte, le règlement européen sur l'insolvabilité comporte davantage de règles contraignantes. Les règles de compétence et de choix de la loi applicable du règlement sont assez claires, et la reconnaissance de plein droit entre tous les États membres rend l'insolvabilité internationale plus efficace.

Il ne fait aucun doute qu'un système multilatéral similaire au régime de l'insolvabilité européen est préférable dans le cas du système économique que préconise l'Initiative. Cependant, il serait extrêmement difficile de mettre en place un tel régime entre les pays participants. Premièrement, l'Union européenne est une organisation politique fortement intégrée, ce qui fait que le fonctionnement de son règlement sur l'insolvabilité est étayé par des accords juridiques et politiques unifiés entre tous les États membres. Comme indiqué plus haut, l'Initiative essaie de promouvoir un réseau de libre-échange flexible et non un marché commun ; par conséquent, les participants n'ont pas à signer d'accords contraignants. Deuxièmement, il faut tenir compte du fait que la plupart des pays asiatiques couverts par l'Initiative sont à des stades de développement très différents pour ce qui est du droit de l'insolvabilité. La plupart d'entre eux ne sont pas dotés d'un régime d'insolvabilité bien établi et n'ont pas l'habitude de traiter des affaires d'insolvabilité transfrontalière. Cette énorme diversité ne permettrait pas à une loi unifiée de fonctionner.

Puisqu'aucun des régimes internationaux ne peut être appliqué directement à l'Initiative, il est suggéré qu'un guide de l'insolvabilité transfrontalière soit préparé pour définir des grands principes permettant de résoudre efficacement les questions d'insolvabilité transfrontalière. Ce guide pourrait prendre la forme d'un instrument de droit mou susceptible de faciliter le traitement des affaires d'insolvabilité multinationales entre les pays participant à l'Initiative.

Il pourrait énoncer un ensemble de principes juridiques et de suggestions s'inspirant de la loi type de la CNUDCI et du règlement européen sur l'insolvabilité. Par exemple, une solution générique pourrait être établie sur la base de l'universalisme modifié, en se focalisant sur la reconnaissance

²⁵ *Ibid.*, para. 13.

²⁶ Commission des Nations unies pour le droit commercial international, loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (1997) ; règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte).

²⁷ S. Chandra Mohan, « *Cross-border Insolvency Problems: Is the UNCITRAL Model Law the Answer?* » (Problèmes d'insolvabilité transfrontalière : la loi type de la CNUDCI est-elle la réponse ?) (2012) 21 (3) *International Insolvency Review* 199 (<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/iir.1203/abstract>).

²⁸ CNUDCI, « État » http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/insolvency/1997Model_status.html < consulté le 16 novembre 2017 >.

des procédures étrangères et la coopération entre les parties et tribunaux concernés. Pour ce faire, le concept du centre des intérêts principaux (CIP) devrait être abordé afin de pouvoir définir différents types de procédures d'insolvabilité. Les modes de communication et d'assistance entre tribunaux devraient également être évoqués. Par ailleurs, une décision de justice prononcée en application des ces principes devrait être respectée par les tribunaux des autres pays participants. La nature non contraignante de ce guide doit être compatible avec l'objectif de l'Initiative. Si un pays souhaite participer à l'Initiative pour en tirer des avantages communs, il devra également accepter de suivre le guide.

x x x
x

Forum Shopping

Le paysage complexe du « forum shopping »²⁹ nordique

Le paysage juridique nordique des procédures d'insolvabilité transfrontalière s'est complexifié au cours de la dernière décennie, nous expliquent les auteurs de cet article*

Le Danemark, la Norvège, la Suède, la Finlande et l'Islande, en d'autres termes les « pays nordiques », partagent beaucoup de similitudes ; leurs langues se ressemblent, leur passé historique est quasiment identique, et le décor juridique y est très uniformisé, grâce à des démarches publiques de longue date et d'envergure en matière de coordination.

31

En 1933, la Convention entre les pays nordiques en matière de faillite est entrée en vigueur, offrant un cadre juridique permettant la reconnaissance et l'exécution transfrontières des faillites entre les pays participants (Danemark, Suède, Norvège, Islande et Finlande). Le champ d'application de la Convention est limité aux insolvabilités et concordats forcés, ces derniers n'existant plus nécessairement dans les cinq pays.

Les uniformités régionales, toutefois, cèdent la priorité aux collaborations supranationales à une échelle bien plus importante, par exemple à celle de l'Union européenne. Le Danemark, la Suède et la Finlande sont membres de l'UE ; la Norvège, par contre, ne fait partie que de la Communauté économique européenne. En outre, du fait de son retrait, le Danemark ne participe pas à la coopération Justice et Affaires intérieures de l'UE et le règlement européen sur l'insolvabilité (REI) ne s'applique pas à lui (et la demande de conclusion d'un accord parallèle a été rejetée ou tout du moins mise de côté dans l'attente des négociations du Brexit).

Le paysage juridique scandinave des procédures d'insolvabilité transfrontalière s'est par conséquent complexifié au cours de la dernière décennie. Le Danemark et la Norvège ne sont pas dotés d'un système de reconnaissance de plein droit des procédures d'insolvabilité étrangères, et

²⁹ Course aux tribunaux

vice versa (mis à part les insolvabilités scandinaves), et ne prévoient pas non plus de suspension automatique des procédures étrangères.

En vertu de la refonte du REI, sont compétents pour ouvrir les procédures d'insolvabilité (principales) les tribunaux de l'État membre où se trouve le centre des intérêts principaux du débiteur (CIP, voir ci-dessous), les procédures secondaires étant réservées aux autres États, sous réserve que le débiteur y possède des actifs. La refonte du REI prévoit également des lignes directrices / exigences précises en matière de coopération entre les tribunaux compétents en matière d'insolvabilité et les praticiens de l'insolvabilité dans les divers États membres ; elle permet de désigner un coordinateur indépendant des procédures d'insolvabilité portant sur des groupes d'entreprises.

La Convention entre les pays nordiques en matière de faillite, pour sa part, ne traite pas spécifiquement des questions de compétence internationale ; à la place, elle se contente de disposer que « si une procédure d'insolvabilité est ouverte à l'encontre d'un débiteur dans un État contractant, elle portera également sur les actifs du débiteur dans les autres États » ; cf. article 1^{er} de la Convention. Par conséquent, la Convention repose entièrement sur les règles nationales en matière de compétence et élargit le champ d'application de ces règles pour englober les autres pays nordiques, à condition que l'entreprise concernée ait son « siège » dans l'État d'ouverture de la procédure (sans toutefois indiquer comment déterminer le lieu du siège). Ainsi, la Convention repose sur un type de procédure d'insolvabilité unique régionale, au lieu d'une procédure principale et de procédures secondaires dans les différents États contractants. Cette utilisation régionale de la *lex concursus*, toutefois, est limitée aux questions liées à l'insolvabilité telles que la production et l'admission des créances, les priorités, la récupération, la publicité au journal officiel de chaque État, etc., tandis que les droits réels sont régis par la *lex rei sitae*.

32

Les tribunaux danois et norvégiens de l'insolvabilité se déclareront compétents si le principal établissement du débiteur est situé au Danemark ou en Norvège, respectivement.

Toutefois, le droit norvégien de l'insolvabilité évolue rapidement vers une adoption de la notion de CIP pour trancher les questions de compétence. Ce processus a été formalisé par l'ajout d'un nouveau chapitre à la loi norvégienne sur l'insolvabilité, qui devrait entrer en vigueur dans le courant de l'année. La nouvelle législation norvégienne introduit également la notion de procédure d'insolvabilité secondaire, ce qui permettra d'ouvrir des procédures d'insolvabilité limitées à l'encontre d'entreprises étrangères exerçant des activités en Norvège, essentiellement en écho à la possibilité d'ouvrir des procédures secondaires, prévue par la refonte du REI.

La refonte du REI s'applique à la Finlande et la Suède et leurs tribunaux de l'insolvabilité auront compétence pour ouvrir une procédure d'insolvabilité principale si le CIP du débiteur est situé en Finlande ou en Suède, respectivement.

La reconnaissance internationale peut-elle être établie ?

Le fait que le Danemark et la Norvège ne se fondent pas sur l'adresse du siège social du débiteur pose la question de savoir si la Convention entre les pays nordiques en matière de faillite peut servir de moyen pour obtenir la reconnaissance — qui fait autrement défaut — des procédures d'insolvabilité danoises ou norvégiennes et pour obtenir une suspension des procédures à l'encontre des actifs étrangers du débiteur à l'échelle de l'UE.

La notion de CIP qu'emploie la refonte du REI devrait désormais être établie (même si elle reste un peu vague). Elle correspond au lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est vérifiable par les tiers, cf. article 3(1) de la refonte du REI. La refonte du REI prévoit des présomptions réfragables concernant le CIP pour les personnes morales et physiques, qu'il s'agisse des personnes exerçant des activités commerciales ou des particuliers, mais au titre des points 23 à 34 du préambule, l'objectif du règlement n'est pas d'empêcher les transferts de CIP (c'est-à-dire le forum shopping) en soi, mais uniquement de restreindre les transferts frauduleux ou abusifs. Par conséquent, la refonte du REI accepte que la procédure d'insolvabilité puisse être ouverte dans un État membre à l'encontre d'une entreprise même si son siège social est situé dans un autre État.

La Norvège s'orientant vers la même conception du CIP, la question de la compétence devient rapidement vide de sens en ce qui concerne les entreprises norvégiennes. Par contre, les réglementations danoises en matière de compétence se fondent sur le lieu du principal établissement habituel du débiteur (ou sur sa résidence principale, pour les personnes physiques), ce qui peut être interprété comme une règle assimilable à celle du CIP.

Par conséquent, l'alignement nécessaire entre les différentes règles des pays nordiques en matière de compétence semble possible, ce qui permettrait des transferts de CIP bénéfiques.

Quel serait l'objectif de ces transferts, alors que les régimes de l'insolvabilité nordiques sont déjà assez similaires ?

Comme vous le diront les praticiens de l'insolvabilité danois et norvégiens, les procédures d'insolvabilité danoises et norvégiennes, qui prétendent toutes avoir un effet universel, présentent deux inconvénients majeurs. Premièrement, il n'existe pas de garantie de reconnaissance internationale ; deuxièmement, elles ne permettent pas la suspension automatique des procédures d'exécution dirigées à l'encontre des actifs situés dans d'autres pays, sauf si ceux-ci offrent une reconnaissance unilatérale de leur propre initiative, comme c'est le cas de l'Allemagne, de la Belgique, de l'Espagne et de la Finlande.

S'il est possible, pour une entreprise danoise ou norvégienne, de « chercher refuge » en se soumettant à la compétence des tribunaux suédois ou finlandais, cela déclenche l'application de la refonte du REI, y compris de la reconnaissance et de la suspension automatiques des procédures à l'échelle européenne. Les procédures d'insolvabilité suédoises / finlandaises bénéficieront elles aussi d'une reconnaissance automatique dans tous les pays nordiques en vertu de la Convention entre les pays nordiques en matière de faillite.

Toutefois, il convient de noter qu'il n'y a pas de correspondance exacte entre la refonte du REI et la Convention entre les pays nordiques en matière de faillite. La refonte du REI s'applique aux insolvabilités, restructurations et concordats suédois et finlandais, tandis que la Convention ne s'applique qu'aux insolvabilités. Par conséquent, toute entreprise danoise ou norvégienne cherchant une protection au titre de la refonte du REI sera contrainte de le faire par le biais d'une procédure d'insolvabilité si elle souhaite bénéficier de la possibilité de reconnaissance dans tous les pays nordiques.

Comment procéder au transfert de CIP ?

Les entreprises danoises et norvégiennes n'ont pas le droit de transférer leur siège social hors de leur pays, mais étant donné que la compétence au titre de la refonte du REI repose sur le CIP du débiteur et non le siège social, celui-ci peut ne pas être transféré.

Pour transférer efficacement le CIP d'une entreprise, sa gestion stratégique (et non sa gestion quotidienne) doit être déplacée en Suède / Finlande, ce qui est certainement moins difficile que de délocaliser l'entreprise entière.

En outre, il faut démontrer au monde extérieur que le transfert de CIP a eu lieu. Comme l'a déclaré la Cour de justice de l'Union européenne (la « CJUE ») dans les affaires *Eurofoods* (C-341/04) et *Interdil* (C-396/09), les facteurs entourant le transfert doivent être à la fois objectifs et vérifiables par des tiers afin de renverser la présomption du siège social déterminant la compétence.

Par conséquent, le simple fait qu'une société mère située dans un autre État membre dirige de fait les actes du débiteur ne suffit pas à transférer le CIP vers cet État membre, étant donné que les circonstances en question ne sont pas manifestes ni facilement vérifiables aux yeux du monde extérieur. La CJUE a également cité un exemple à l'autre bout du spectre : une société boîte aux lettres qui exerce des activités uniquement dans un autre État que celui dans lequel elle est immatriculée aura son CIP dans cet autre État. Toutefois, elle ne donne pas beaucoup de conseils quant au large éventail d'affaires situées entre ces deux extrêmes.

De manière concevable, si le transfert se reflète dans la communication externe du débiteur, par exemple dans les signatures automatiques, factures, lettres, site internet, etc., le transfert satisfera la condition de la possibilité de vérification par les tiers, et sera donc reconnu par les tribunaux au titre de la refonte du REI comme étant authentique.

L'effet de la « publicité » du CIP, même non intentionnelle, est démontré dans une affaire anglaise (*Thomas & another v Frogmore Real Estate Partners & others* [2017] EWHC 25 (Ch)), dans laquelle l'élément utilisé pour déterminer si le CIP de la société en question était situé à Jersey ou au Royaume-Uni était le lien notoire entretenu avec un agent anglais et un bailleur de fonds anglais qui avait financé ses investissements immobiliers anglais. En raison de ces facteurs, qui étaient apparents et vérifiables par des tiers, il a été considéré que le CIP de la société était situé au Royaume-Uni en vertu du REI.

Comme indiqué plus haut, la Norvège met en place une compétence fondée sur le CIP reflétant celle de la refonte du REI, faisant que les entreprises norvégiennes ne devraient pas rencontrer de résistance à cet égard.

En droit danois, la question de la compétence est un peu plus complexe. Les tribunaux de l'insolvabilité danois se diront compétents si le débiteur exerce des activités au Danemark (c'est-à-dire que la gestion générale du débiteur se déroule au Danemark) ou bien (si l'entreprise n'a aucune activité au Danemark) si la résidence habituelle / le siège social du débiteur est situé(e) au Danemark. Ceci laisse entendre que si une entreprise danoise transfère son CIP dans un autre pays, les tribunaux danois se diront compétents sur la base du siège social danois (qui ne peut être transféré à l'étranger en vertu du droit des sociétés danois). Cette hypothèse se vérifie d'autant plus si le transfert est effectué vers un pays de l'UE (autre que la Suède ou la Finlande) ou un pays tiers,

puisque le droit danois de l'insolvabilité ne reconnaît pas les procédures d'insolvabilité étrangères. Il convient toutefois de noter que la jurisprudence danoise s'avère inexistante en la matière.

Toutefois, si le transfert intervient vers la Suède ou la Finlande et que la procédure d'insolvabilité est ouverte dans l'un de ces pays, la Convention entre les pays nordiques en matière de faillite s'appliquera et empêchera les tribunaux danois d'ouvrir une procédure d'insolvabilité concurrente, puisqu'elle prévaut sur les règles danoises en matière de compétence.

Il s'avère donc qu'il est de fait possible d'utiliser la Convention entre les pays nordiques en matière de faillite comme moyen pour se placer sous la protection de la refonte du REI et ainsi d'obtenir une reconnaissance dans toute l'UE.

Qui seront les candidats les plus probables à ce type de transfert ?

Comme indiqué plus haut, cette forme de transfert de CIP n'est pertinente « que » pour les débiteurs qui pourraient tirer profit de l'application de la refonte du REI, c'est-à-dire les débiteurs possédant des actifs dans d'autres pays de l'UE qui risqueraient autrement que ces actifs fassent l'objet de procédures d'exécution individuelles au bénéfice du créancier le plus vigilant. Dans cette situation, l'assemblée générale des créanciers pourrait manifestement profiter du transfert de CIP du fait des garanties mises en place par la refonte du REI.

Cet argument contre également les réserves énoncées dans le préambule de la refonte du REI concernant les transferts de CIP abusifs ou frauduleux, le but visé étant de protéger l'assemblée générale des créanciers en tant que telle et non de cibler des créanciers ou de groupes de créanciers en particulier.

En outre, il se limite aux débiteurs situés dans des États contractants à la Convention entre les pays nordiques en matière de faillite, puisque celle-ci sert à déclencher l'application de la refonte du REI.

À titre d'exemple pratique, on peut citer les entreprises du secteur pétrolier norvégien, qui rencontre des difficultés et a connu une hausse importante des insolvabilités ces dernières années ; cependant, toute entreprise danoise ou norvégienne possédant des actifs dans d'autres pays de l'UE pourrait également bénéficier d'un transfert de CIP.

Comme indiqué ci-dessus, ce patchwork juridique est au carrefour du droit de l'UE, de la Convention entre les pays nordiques en matière de faillite et du droit national de chacun des pays nordiques ; par conséquent, il présente de nombreuses autres facettes qui ne peuvent pas toutes être abordées dans cet article.

Étant donné que la Convention entre les pays nordiques en matière de faillite détermine la compétence du tribunal d'ouverture dans les pays nordiques, toute entreprise qui envisage de transférer son CIP en Suède ou en Finlande doit procéder à une analyse détaillée et peser le pour et le contre avant de se soumettre à la compétence d'un tribunal de l'insolvabilité donné et à la *lex fori concursus*.

**Dennis Højslet, avocat, DLA Piper, Danemark ; Jonas Kjellén, avocat, DLA Piper, Suède ; Fredrik Jørner, avocat, DLA Piper, Norvège ; Nina Aganimov, avocat, DLA Piper, Finlande*

Nouveau pragmatisme

Nouveau pragmatisme : À la recherche de l'économie et de la politique de développement au XXI^e siècle

Le professeur Grzegorz W. Kolodko met en avant ce concept tel qu'il a été présenté lors du Congrès annuel de Varsovie*

Le nouveau pragmatisme est un concept théorique original, paradigmatique et hétérodoxe utilisé en sciences économiques ; il tente de répondre aux enjeux civilisationnels actuels et de discerner les futurs déterminants du fonctionnement des systèmes économiques.

Le nouveau pragmatisme s'efforce de développer la théorie économique dans un sens qui permet d'arriver à une connaissance plus approfondie et précise de la réalité économique que ce que ne le permettent les théories traditionnelles. En même temps, c'est l'ébauche d'une théorie de nature fortement applicative, qui combine de manière immanente la cognition scientifique (perspective positive) à la formulation d'indications et de recommandations d'application (perspective normative). De fait, c'est à partir de là que se forme la politique économique et la stratégie de développement, qui toutes deux déterminent le développement civilisationnel du monde.

36

Les limites de l'économie orthodoxe

Sous sa forme traditionnelle actuelle (économie classique), l'économie a est en passe d'épuiser ses capacités cognitives et applicatives. Même si des voix critiques se sont déjà fait entendre par le passé, aujourd'hui, surtout depuis la crise financière de 2009-2009, l'opinion selon laquelle l'économie traditionnelle n'est pas capable d'expliquer parfaitement les phénomènes et processus économiques contemporains, et encore moins de proposer des solutions efficaces en matière de politique économique, gagne de plus en plus de terrain.

Ces dernières années, on peut observer un écart croissant entre la réalité économique à l'évolution rapide et la capacité de l'étudier scientifiquement. L'économie cognitive concerne essentiellement le passé, même si les problèmes qu'elle prétend résoudre surviennent au présent et affectent le futur. C'est pour cette raison que l'état actuel des connaissances économiques est toujours en retard sur les difficultés qui ont besoin d'être abordées du point de vue intellectuel. La principale différence entre l'économie traditionnelle telle que l'abordent les théories économiques « anciennes » mais encore applicables, surtout la théorie néo-classique ou keynésienne, l'économie moderne et l'économie du futur, qui a besoin d'une « nouvelle » économie, découle de deux facteurs.

Premièrement, dans l'« ancienne » économie, tant les règles de son fonctionnement que les critères d'évaluation de sa qualité étaient de nature strictement économique, conformément à la définition qu'en donne l'économie néo-classique. Les facteurs non économiques étaient considérés comme négligeables, bien qu'ils aient été parfois pris en compte dans les analyses théoriques, dans une mesure relativement plus importante dans l'économie institutionnelle et comportementale et dans

une mesure moindre dans l'économie classique. L'économie était principalement focalisée sur des questions telles que l'efficacité et la compétitivité du pays, son équilibre et ses facteurs de croissance économique. Parallèlement, les fondements théoriques des tendances prédominantes de la théorie économique reposaient sur trois hypothèses clés : la rationalité des décisions prises par les entités économiques, le principe de maximisation des profits en tant que moteur sous-jacent de l'économie, et l'efficacité intrinsèque du mécanisme de marché déréglementé. Désormais, toutes ces hypothèses sont discutables.

Deuxièmement, l'« ancienne » économie était modelée par les économies nationales. Par conséquent, les fonctions économiques de l'État étaient elles aussi limitées à l'échelle des économies nationales. De ce fait, les études macroéconomiques avaient pour principal objet les économies nationales et les politiques économiques pratiquées au sein des États, ainsi que les relations économiques entre États. Ce n'est qu'il y a que quelques décennies de cela, en raison de la mondialisation croissante et des processus d'intégration régionale, que davantage d'attention a été accordée aux aspects supranationaux et internationaux de l'économie.

Déterminants non économiques modernes

Actuellement, la situation change. Premièrement, bien que les facteurs financiers et technologiques soient toujours d'une grande importance, le fonctionnement et l'expansion des économies sont fortement déterminés par des facteurs non économiques, à savoir des facteurs culturels, politiques et sociaux.

Les déterminants de ce type ont un fort impact — souvent comparable à celui qu'exercent les déterminants purement économiques dont traite principalement l'économie orthodoxe — sur la qualité de l'économie et sa capacité à assurer un développement durable. En d'autres termes, ces déterminants sont les grandes causes des crises économiques, que ce soit du point de vue financier ou social. Par conséquent, pour comprendre les forces qui sont à l'origine des changements actuels, il ne suffit pas d'étudier les aspects économiques de leur fonctionnement. Il faut examiner le tableau dans son ensemble et de manière plus approfondie, pour découvrir les déterminants culturels, politiques, sociaux, historiques et géographiques.

En outre, les obstacles entre économies nationales et les frontières entre pays deviennent floues. Même si ces obstacles et frontières sont encore en place ici ou là, les nouvelles technologies et les institutions permettent de transférer des capitaux rapidement et dans le monde entier malgré les frontières formelles ; par ailleurs, la diffusion et l'accès à l'information devient de plus en plus facile pour des milliards de consommateurs et de producteurs. Par conséquent, la politique économique menée au niveau des États doit s'adapter aux circonstances extérieures.

Les anciennes théories sont confrontées à une réalité nouvelle

Ces deux différences qualitatives entre l'économie « ancienne » et « nouvelle » font que les théories macroéconomiques orthodoxes perdent leur raison d'être en tant qu'outils permettant de décrire et d'analyser les systèmes économiques. Ces différences sont si importantes qu'elles rendent quasi-impossible toute tentative d'adapter les anciennes théories à la nouvelle réalité. Du point de vue néo-classique, il est impossible de défendre l'hypothèse d'un comportement rationnel au sens strict des agents économiques (*homo oeconomicus*) ; du point de vue keynésien, c'est l'hypothèse de l'efficacité d'une politique économique menée au niveau national qui est intenable.

Par conséquent, il faut modifier la théorie économique paradigmatique. La nouvelle économie doit créer une nouvelle perspective épistémologique pour l'analyse des phénomènes économiques et introduire de nouvelles méthodes enrichies, ainsi que des outils de recherche et d'analyse. C'est exactement en cela que réside l'objectif du nouveau pragmatisme.

En tant que concept théorique hétérodoxe, le nouveau pragmatisme s'inscrit parfaitement dans la lignée des opinions de philosophes et d'économistes (Adam Smith, John M. Keynes, John K. Galbraith, Douglass C. North, Edmund S. Phelps, Joseph E. Stiglitz) qui estimaient que le sens et le but de l'économie, en tant que science, sont de découvrir les règles qui régissent le fonctionnement d'une bonne économie dans des conditions temporelles et spatiales précises plutôt que de chercher à établir des lois économiques éternelles et universelles. Ainsi, au titre de ce concept, l'économie est vue comme une science qui est :

1. Descriptive, explicative et évaluative ;
2. Contextuelle ;
3. Complexe ;
4. Multidisciplinaire ; et
5. Comparative.

Le nouveau pragmatisme voit la mondialisation — c'est-à-dire le processus historique et spontané de libéralisation et d'intégration de divers marchés dans un système mondial interconnecté — comme un processus irréversible. Par conséquent, le problème économique fondamental des temps modernes est désormais de coordonner efficacement la politique économique et les stratégies de développement au niveau international et de réinstitutionnaliser l'économie mondiale.

38

Bonne ou mauvaise économie ?

Selon la définition du nouveau pragmatisme, l'économie est une science profondément enracinée dans l'axiologie humaniste et anthropocentrique, science qui n'est pas indifférente aux grands maux et problèmes du monde contemporain et pour laquelle l'approche prescriptive a tout autant d'importance que l'approche descriptive. Ainsi définie, l'économie, sous son aspect descriptif, est capable d'apprécier les économies (systèmes économiques) et de faire la distinction entre les « bonnes » et les « mauvaises » ; sous son aspect prescriptif, elle peut indiquer des solutions pour aboutir à de « bonnes » économies et suggérer des programmes de développement actif qui s'avèrent efficaces dans différentes situations.

Le nouveau pragmatisme peut et doit participer à la formation du futur économique du monde, en fonction du principe de modération et de développement triplement durable (économiquement, socialement et environnementalement). Le message fondamental du nouveau pragmatisme semble profondément humaniste et intégré dans la meilleure tradition de la pensée moderne. La réalité qui l'entoure dans toutes ses dimensions (naturelle, culturelle, sociale, politique, économique et technologique) peut être dans une grande mesure appréhendée intellectuellement. Cette compréhension correspondra au regard plus puissant, plus large et plus pénétrant que nous portons sur cette réalité : interdisciplinaire et non orthodoxe, critique et progressif, audacieux et non conventionnel.

Pour en savoir plus :

- Bałtowski (2017). *Evolution of economics and the new pragmatism of Grzegorz W. Kolodko* (L'évolution de l'économie et le nouveau pragmatisme de Grzegorz W. Kolodko), « TIGER Working Paper Series »

- Kolodko, Grzegorz W. (2011). *Truth, Error and Lies: Politics and Economics in a Volatile World* (Vérité, erreur et mensonges : la politique et l'économie dans un monde volatil), Columbia University Press : New York
- Kolodko, Grzegorz W. (2014a). *Whither the World: The Political Economy of the Future* (Vers où va le monde : l'économie politique du futur), Palgrave Macmillan : New York
- Kolodko, Grzegorz W. (2014b). *The New Pragmatism, or Economics and Policy for the Future* (Le nouveau pragmatisme, ou l'économie et la politique du futur), « *Acta Oeconomica* », Vol. 64 (2), p. 139-160
- Kolodko, Grzegorz W. (2017). *New Pragmatism versus New Nationalism* (Nouveau pragmatisme contre nouveau nationalisme), « TIGER Working Paper Series », No. 136 (http://www.tiger.edu.pl/KOLODKO_NewPragmatismversusNewNationalism.pdf)

*Grzegorz W. Kolodko, économiste, est un ancien Premier Ministre et ministre des Finances de Pologne (1994-1997 et 2002-2003)

X X X
X

Résolution alternative des différends

Les procédures d'insolvabilité de demain

Le professeur Tuula Linna examine le futur de la résolution alternative des différends (RAD), le « Design Thinking » et la durabilité dans les procédures d'insolvabilité*

39

L'idée selon laquelle le droit de la procédure englobe un droit formel à la traîne, qui s'efforce péniblement de suivre le développement social et les changements de valeurs, pour ne se renouveler que sous la contrainte, quand les ressources sont réduites, est sans doute vraie, mais aussi fausse à la fois.

Le droit du contentieux évolue lentement et résiste aux changements, mais cette rigidité est compensée par la résolution alternative des différends (RAD), qui complète et enrichit les procédures judiciaires contradictoires traditionnelles. En ce qui concerne les procédures d'insolvabilité, beaucoup de choses ont changé dans le système juridique européen. La nouvelle version du règlement européen sur l'insolvabilité (refonte du REI) est applicable depuis l'été dernier, et le projet de directive de la Commission européenne sur la restructuration, COM (2016) 723 final, est à l'étude par le Conseil et ses organes préparatoires.

Jusqu'à présent, l'accent a été mis sur la façon de développer les procédures d'insolvabilité elles-mêmes. Une certaine attention a également été portée aux procédures accessoires qui dérivent directement de procédures d'insolvabilité ou qui s'y insèrent étroitement, telles que les actions révocatoires (voir les articles 6 et 16 de la refonte du REI). Toutefois, les litiges civils ordinaires qui relèvent du champ d'application du règlement Bruxelles I n'ont pas été abordés dans le contexte de l'insolvabilité. Ces différends peuvent porter, entre autres, sur l'existence ou le montant de créances et sur les biens de la masse, ou peuvent concerner les abattements au sein d'un groupe d'entreprises.

Étant donné qu'un système de résolution des différends inefficace et obsolète peut entraver même la plus raffinée des procédures d'insolvabilité, il est justifié de se demander si les régimes

d'insolvabilité ont rattrapé le stade de développement des processus de RAD. Il est indéniable qu'il y a eu une progression de la liquidation vers les procédures de restructuration, mais qu'en est-il de la transition des procédures contradictoires vers la RAD dans les litiges civils liés à l'insolvabilité ?

Les développements modernes dans le domaine de la RAD ont abouti à la conception de procédures qui associent différents types de processus de RAD. De la Chine aux États-Unis, on a recours depuis des décennies aux systèmes de médiation et d'arbitrage et à leurs nombreuses déclinaisons. Même s'ils présentent des inconvénients, surtout en ce qui concerne la confidentialité dans les systèmes où seule une des parties est neutre, ces systèmes présentent tout de même des avantages bien évidentes. La déclaration politique figurant dans la loi américaine de 1988 sur la résolution alternative des différends le formule parfaitement :

« La résolution alternative des différends, si elle reçoit le soutien de la magistrature et du barreau, et fait appel à des intervenants neutres bien formés dans le cadre d'un programme administré par le tribunal, a le potentiel d'offrir de nombreux avantages, notamment une plus grande satisfaction des parties, des méthodes innovantes de résolution des différends et une plus grande efficacité en termes de règlements. »

À cet égard, la loi confère à chaque tribunal de district des États-Unis le pouvoir d'avoir recours à la RAD dans toutes les actions civiles, y compris dans les procédures d'insolvabilité contradictoires (voir également 28 US Code §651).

En Europe, nous pourrions avancer dans la même direction — et même aller encore plus loin — en étendant la RAD aux procédures de pré-insolvabilité, aux procédures d'insolvabilité collectives et aux litiges, accessoires ou non, liés à l'insolvabilité. Par exemple, la médiation, reposant sur des expertises, dans le cadre de laquelle les parties n'ont pas révélé d'informations confidentielles au cours de discussions *ex parte*, ne pose pas nécessairement problème, même si la partie neutre est ensuite nommée arbitre (ou membre du tribunal arbitral) après l'échec de la médiation. L'avantage est que la partie neutre, désormais arbitre, connaît déjà le dossier.

Cependant, il se pourrait qu'il ne faille pas être trop confiant. Les actes de procédure, en particulier, recueillis au cours d'un processus de médiation de facilitation, peuvent ne pas convenir à un arbitrage, au titre duquel la procédure exige davantage de discipline concernant, entre autres, la demande et sa modification, ou encore l'exclusion, mais aussi la charge de la preuve. D'autre part, de nombreux pays européens, dont les systèmes de communication de pièces ne sont pas trop contraignants, pourraient très bien contourner ce problème. Bien évidemment, les médiations réussies soulèvent moins de problèmes. Dans ce cas, la même partie neutre, en qualité d'arbitre, peut confirmer le règlement sous la forme d'une sentence arbitrale (Médiation-MiniArbitrage) à des fins d'exécution, conformément à la Convention de New York de 1957. Toutefois, dans le cadre d'une procédure de liquidation, l'exécution n'est généralement pas importante, puisque le praticien de l'insolvabilité répartit les actifs entre les créanciers. Dans le cadre d'une procédure de restructuration, toutefois, la situation est différente.

Du fait de la nature collective de la procédure d'insolvabilité, dans le contexte de l'insolvabilité, les processus de RAD sont des procédures multipartites. Dans le cas contraire, le résultat d'une RAD bipartite doit être accepté par toutes les parties concernées. La médiation dans un contexte multipartite reste difficile. Actuellement, l'évolution du droit de la procédure est un phénomène

intéressant. On observe une transition de la pensée procédurale formelle vers des discussions portant sur les fonctions des processus ; par la suite, les critères d'un procès équitables sont devenus le centre de l'attention. Et pourtant, on peut se demander quelle sera la suite.

Les combinaisons de RAD visant à améliorer les processus sont sans conteste l'expression d'une réflexion sur la conception des procédures, la durabilité en étant la métathéorie. En d'autres termes, la durabilité est le fait de préserver une chose pour l'avenir ; elle présente des aspects sociaux, humains, économiques et environnementaux. Les procédures d'insolvabilité peuvent être durables et économes en ressources, de deux points de vue.

Premièrement, l'issue de la procédure d'insolvabilité devrait être conçue de manière à économiser des ressources économiques et humaines, c'est-à-dire des emplois, des relations d'affaires, la valeur de biens, des réalisations immatérielles et des activités de marketing. C'est la raison pour laquelle les nouveaux financements sont favorisés dans les procédures de pré-insolvabilité ou de restructuration formelle. Néanmoins, dans les procédures de liquidation, force est de constater que de nombreuses ressources existantes peuvent être protégées en cédant les entreprises en vue de la poursuite de l'activité et, dans le cas d'un groupe d'entreprises, en maintenant des structures générant des synergies.

Deuxièmement, la procédure en soi doit utiliser les ressources avec parcimonie, y compris les mécanismes efficaces de résolution des différends. Dans les différends opposant des personnes physiques, l'exigence d'équité du procès est fondamentale, tandis que dans les différends commerciaux, il n'est généralement pas nécessaire de protéger les parties de la sorte. Par exemple, dans la médiation faisant appel à des expertises, les parties peuvent convenir que la même partie neutre sera ensuite désignée arbitre sans être révoquée.

41

Lorsque les procédures intègrent la dimension de durabilité, l'accent n'est plus mis sur le passé mais sur l'avenir. Par exemple, au lieu de voter pour une application forcée interclasses rigoureuse, la médiation peut aboutir à un résultat amiable. Cela serait souhaitable, surtout lorsqu'il est probable que certaines des parties auront par la suite des intérêts commerciaux communs. Les combinaisons de processus de RAD dans un contexte d'insolvabilité (par exemple, Insolvabilité-Médiation-MiniArbitrage), au lieu d'un litige lié à l'insolvabilité (Insolvabilité-Litige), pourraient peut-être aider les procédures d'insolvabilité à atteindre cette double durabilité. Tant que le coût reste raisonnable, les systèmes faisant intervenir une partie neutre à chaque étape ne devraient susciter aucun problème majeur.

Toutefois, à l'avenir, les praticiens de l'insolvabilité pourront peut-être, conformément au « Design Thinking » en matière de services, proposer un éventail plus large de services et, si les parties le souhaitent, agir en qualité de partie neutre dans des RAD liées à l'insolvabilité en ce qui concerne les dissidences dans le cadre de procédures d'insolvabilité collectives et de litiges, accessoires ou non, liés à l'insolvabilité. Dans le meilleur des cas, cela permettra de gagner du temps et de l'argent. De fait, la médiation permettra aux parties de conserver le contrôle des résultats et de préserver les possibilités de futures relations d'affaires.

**Tuula Linna est professeur de droit de la procédure à l'université de Helsinki et membre du groupe d'experts spécialistes de la restructuration et de l'insolvabilité mis en place par la Commission européenne*

Sauvegarde des entreprises

Sauvegarde des entreprises en Europe : renforcer le rôle des praticiens et des tribunaux

Stephan Madaus et Bob Wessels* nous rendent compte des récentes recherches qu'ils ont effectuées dans ce domaine

Cadres de restructuration préventifs

En Europe, il y a un an environ, est survenu un important développement législatif : en novembre 2016, la Commission européenne a présenté sa Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil 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 et modifiant la directive 2012/30/UE (la « Proposition de directive (2016) »)³⁰.

Le point 1 du préambule de la Proposition de directive (2016) expose son objectif : « *L'objectif de la présente directive est de lever les obstacles à l'exercice des libertés fondamentales, comme la libre circulation des capitaux et la liberté d'établissement, qui sont dus aux différences entre les législations et procédures nationales en matière de restructuration préventive, d'insolvabilité et de seconde chance. Pour ce faire, la présente directive veillera à ce que les entreprises viables en difficulté financière aient accès à des cadres de restructuration préventive efficaces au niveau national, qui leur permettent de poursuivre leurs activités ; à ce que les entrepreneurs surendettés honnêtes aient une seconde chance après remise totale de leur dette au terme d'un délai raisonnable ; et à ce que l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et de réhabilitation soit améliorée, notamment afin de raccourcir leur durée.* »

42

La Proposition contient un exposé des motifs de vingt-trois pages et un dispositif composé d'un préambule de quarante-sept points et de trente-six articles. En comparaison, la précédente recommandation de mars 2014, sur laquelle repose la Proposition, comptait vingt points dans son préambule et trente-six recommandations³¹.

La Proposition repose sur sept « grands principes [...] pour garantir que les cadres d'insolvabilité et de restructuration sont cohérents et efficaces dans toute l'UE :

- (i) Les entreprises confrontées à des difficultés financières, notamment les PME, auront accès à des outils d'alerte précoce pour déceler les situations commerciales se dégradant et permettre une restructuration à un stade précoce ;

³⁰ Voir (COM)(2016) 723 final (« Directive sur la restructuration »). Pour tous documents connexes, voir http://ec.europa.eu/newsroom/just/itemdetail.cfm?item_id=50043

³¹ Pour une présentation succincte, voir Stephan Madaus, « *The EU Recommendation on Business Rescue – Only Another Statement or a Cause for Legislative Action Across Europe?* » (La recommandation de l'UE concernant la sauvegarde des entreprises : simple effet d'annonce ou incitation à prendre des mesures législatives dans toute l'Europe ?), dans : 27 *Insolvency Intelligence* 2014, no. 6, p. 81 et seq. ; Bob Wessels, « *Rescue on the rise* » (La sauvegarde est à la hausse), *eurofenix* automne 2014 ; Emmanuelle Inacio, « La proposition de directive de la Commission européenne relative aux cadres de restructuration préventifs et à la seconde chance », *eurofenix* hiver 2016-2017.

- (ii) Des cadres flexibles de restructuration préventive simplifieront les procédures judiciaires longues, complexes et onéreuses. Lorsqu'il y a lieu, les juridictions nationales doivent être associées pour que soient préservés les intérêts des parties prenantes ;
- (iii) Le débiteur bénéficiera d'un « répit », limité à quatre mois, dans l'application de la mesure d'exécution, de manière à faciliter les négociations et à permettre la réussite de la restructuration ;
- (iv) Des créanciers et des actionnaires minoritaires dissidents ne seront pas en mesure de bloquer un plan de restructuration, mais leurs intérêts légitimes seront sauvegardés ;
- (v) Les nouveaux financements seront spécifiquement protégés, ce qui accroîtra les chances de réussite de la restructuration ;
- (vi) Grâce aux procédures de restructuration préventive, les travailleurs bénéficieront de la pleine jouissance de la protection offerte par le droit du travail conformément à la réglementation existante de l'UE ;
- (vii) La formation, la spécialisation des praticiens et des juridictions et le recours à la technologie (dépôt de plainte et notification aux créanciers en ligne) amélioreront l'efficacité des procédures d'insolvabilité, de restructuration et de seconde chance et en réduiront la longueur. »

Recherches à l'échelle européenne

Sous les auspices de l'Institut européen du droit (IED), les auteurs ont mené des recherches sur le thème de la sauvegarde des entreprises en droit de l'insolvabilité. L'IED est une organisation indépendante à but non lucratif, établie en 2011 pour initier, mener et faciliter des recherches, formuler des recommandations et fournir des conseils pratiques dans le domaine du développement juridique européen.

Début 2014, nous avons lancé un projet en deux étapes. La première étape consistait à rédiger un inventaire national et des rapports normatifs, travail qui a été confié à des correspondants nationaux de treize pays européens. Les rapporteurs ont décidé qu'il ne serait ni pratique ni nécessaire d'établir des rapports sur l'ensemble des vingt-huit États membres de l'UE. À la place, nous avons retenu treize pays à titre d'échantillon représentatif des traditions juridiques et de la gamme des lois et pratiques en matière d'insolvabilité et de restructuration en Europe.

Cet échantillon inclut toutes les grandes économies de l'UE (Allemagne, France, Royaume-Uni, Italie, Pologne, Espagne, Pays-Bas, Belgique, Autriche), un représentant des États nordiques (Suède) et des pays baltes (Lettonie), ainsi que des représentants des économies de moindre envergure (Hongrie, Grèce). Ce choix a été approuvé par le Comité consultatif et le Conseil de l'IED. Bien entendu, cela ne signifie pas que les développements intervenus dans les États membres non retenus dans l'échantillon ont été ignorés, au contraire. À cet égard, nous sommes penchés sur les lois nationales et des études comparatives de la quasi-totalité des États membres de l'UE, y compris, par conséquent, des États du Nord et de l'Est de l'Europe qui ne figurent pas parmi les rapports nationaux. Fort heureusement, de nombreuses parutions récentes proposent une analyse détaillée des lois nationales en matière d'insolvabilité dans toute l'Europe.

La présence relativement faible, dans la série, de rapports nationaux portant sur les États membres d'Europe centrale et du Sud-Est et les pays nordiques est compensée par une étude plus

approfondie des lois nationales en matière d'insolvabilité (en particulier celles qui reposent sur des régimes de restructuration) des États membres d'Europe centrale et de l'Est ou d'Europe du Nord. En outre, un inventaire des recommandations internationales émanant d'organisations normatives, telles que la CNUDCI et la Banque mondiale, a été dressé³².

La deuxième étape consistait à préparer l'instrument de l'IED sur la sauvegarde des entreprises, dans lequel sont formulées des recommandations quant à un cadre juridique permettant de développer des règles cohérentes et fonctionnelles de sauvegarde des entreprises en Europe. Nous avons pu aborder plusieurs thèmes lors de la Conférence annuelle du Forum universitaire tenue les 21 et 22 septembre 2016 à Cascais³³. Il en a résulté le « Rapport de l'IED sur la sauvegarde des entreprises », qui a été approuvé par les organes compétents de l'IED lors de leur conférence annuelle, tenue à Vienne (Autriche), le 6 septembre 2017. Ce rapport consiste en 115 recommandations qui sont développées sur plus de 375 pages³⁴.

Il présente des recommandations sur tout un éventail de thèmes affectés par la sauvegarde des entreprises confrontées à des difficultés financières. Les dix chapitres du rapport portent sur les thèmes suivants :

1. Acteurs et conception des procédures ;
2. Financement d'une sauvegarde ;
3. Contrats exécutoires ;
4. Classement des créances ; rôle de gouvernance des créanciers ;
5. Salariés, prestations et retraites ;
6. Opérations d'annulation dans le cadre des accords de règlement amiable et des procédures de pré-insolvabilité, et possibilités de protection ;
7. Cessions en vue de la poursuite de l'activité ;
8. Plans de sauvegarde : procédure et structure ; problèmes de répartition ;
9. Groupes d'entreprises ;
10. Dispositions particulières concernant les petites et moyennes entreprises (PME) et les personnes physiques (à l'exception des consommateurs).

44

Les acteurs de la restructuration et de l'insolvabilité

Grâce au travail de nos correspondants nationaux, nous avons compris que les insuffisances ou problèmes rencontrés lors du traitement des affaires de restructuration ou d'insolvabilité découlent souvent de la façon dont la loi est comprise (ou non) et utilisée (bien ou mal) plutôt que du cadre juridique en soi. La loi écrite n'est que l'un des aspects d'un système juridique qui fonctionne, la pratique étant l'autre aspect le plus important. S'agissant de restructuration et d'insolvabilité, ce sont souvent les acteurs (par ex. praticiens de l'insolvabilité, spécialistes du redressement, tribunaux) et leur comportement qui influent sur l'issue d'un cadre juridique. C'est la raison pour

³² Par Gert-Jan Boon, université de Leyde, sous la supervision des rapporteurs.

³³ Voir Myriam Mailly, « Harmonisation du droit européen de l'insolvabilité », *eurofenix* hiver 2016-2017.

³⁴ Le rapport intégral sera bientôt publié par Oxford University Press. La source du rapport et la citation proposée sont les suivantes : Wessels, Bob et Madaus, Stephan, *La sauvegarde des entreprises en droit de l'insolvabilité – un instrument de l'Institut européen du droit* (6 septembre 2017). Disponible sur le site du SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3032309> ; ou bien : Wessels, Bob et Madaus, Stephan, *La sauvegarde des entreprises en droit de l'insolvabilité – un instrument de l'Institut européen du droit* (septembre 2017). Disponible à l'adresse http://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/Instrument_INSOLVENCY.pdf.

laquelle nous les avons étudiés en premier, et nous recommandons aux législateurs de faire la même chose.

La façon dont les gens se comportent peut, bien entendu, être influencée par des règles juridiques. Dans ce cas, les obligations d'agir de telle ou telle manière sont importantes, notamment les règles professionnelles et déontologiques. Mais plus important encore est le cadre juridique qui prévoit les incitations nécessaires pour toutes les parties prenantes. Cela signifie que les législateurs doivent également tenir compte de facteurs tels que les conflits d'intérêts, la rémunération, la réputation, l'intégrité, le développement et le perfectionnement des compétences et de l'expérience. Dans notre rapport, nous avons exposé nos avis en ce qui concerne les tribunaux, les médiateurs et les superviseurs, les praticiens de l'insolvabilité et — acteur nouvellement arrivé sur la scène de la restructuration — le débiteur (non dessaisi).

Le but ultime de nos recherches à l'échelle européenne était de concevoir (au moins en partie) un cadre juridique qui permettrait de développer des règles cohérentes et fonctionnelles de sauvegarde des entreprises en Europe, y compris des procédures statutaires qui permettraient aux parties de négocier plus facilement des solutions dans les cas où une entreprise rencontre des difficultés. Ce cadre comprendrait également des règles visant à déterminer au titre de quelles procédures et dans quelles conditions une solution exécutoire pourrait être imposée aux créanciers et autres parties prenantes malgré leur désaccord.

En abordant ces thèmes dans le rapport, le but visé est de présenter un outil permettant une meilleure réglementation au sein de l'UE, développé pour offrir un cadre législatif européen cohérent, dynamique, flexible et responsable en vue de sauvegarder les entreprises. De manière générale, ces recherches s'adressent aux États membres et/ou à la Commission européenne, mais aussi aux praticiens eux-mêmes. Ceux-ci devraient être invités à prendre en compte nos recommandations lorsque les règles professionnelles sont débattues au sein des organismes professionnels nationaux regroupant les praticiens de l'insolvabilité, les professionnels du redressement ou les juges, ou au cours des conférences d'INSOL Europe.

Lorsque les règles matérielles changent, la profession suit le même chemin ; les praticiens ont tout intérêt à participer à la définition des règles qui s'appliqueront à leurs travaux futurs.

**Stephan Madaus est professeur de droit civil, droit procédural et droit de l'insolvabilité à l'université Martin Luther de Halle-Wittenberg (Allemagne) ; Bob Wessels est professeur émérite de droit international de l'insolvabilité à l'université de Leyde (Pays-Bas).*

x x x

x

CERIL

Conflit de principes : égalité de traitement des créanciers contre protection de la relation de confiance

Dans quelle mesure les lois en matière d'action révocatoire des États membres de l'UE sont-elles étayées par les principes d'égalité de traitement des créanciers et de protection de la relation de confiance ? Telle est la question sur laquelle s'est penché le Groupe de travail de la Conférence sur le droit européen de la restructuration et de l'insolvabilité (CERIL)³⁵, avec des résultats surprenants.

Lorsque l'on étudie l'harmonisation du droit européen de l'insolvabilité, les lois en matière d'action révocatoire sont souvent citées comme une considération primordiale. Toutefois, une analyse réellement approfondie fait souvent défaut. Le groupe de travail chargé d'étudier les « lois en matière d'action révocatoire », composé de dix-huit chercheurs représentant dix-sept pays, placés sous la direction de l'auteur, a donc décidé d'avoir recours à une analyse orientée sur les principes³⁶ pour étudier les lois en la matière dans leur pays. Au titre de cette méthode, ils n'ont commencé ni par les problèmes pratiques ni par les règles existantes. Au lieu de cela, en premier lieu, ils ont analysé les principes fondamentaux qui régissent les lois en matière d'action révocatoire, puis les lois nationales en matière d'insolvabilité. Le résultat de cette analyse peut être résumé comme suit³⁷.

46

Dans tous les pays étudiés, les deux principes que sont l'égalité de traitement des créanciers et la protection de la relation de confiance sont les grands piliers des lois en matière d'action révocatoire. Toutefois, cette étude a permis de dresser un tableau plus précis de la situation.

Premièrement, le principe d'égalité de traitement des créanciers joue un rôle important dans les lois en matière d'action révocatoire, mais seulement en ce qui concerne les privilèges. Dans le cadre de la procédure, le défendeur doit être un (futur) créancier dans la masse ; ainsi, la réalisation de sa sûreté ou son désintéressement peut être considéré comme une violation du principe d'égalité de traitement des créanciers. Les opérations sous-évaluées et celles qui constituent une fraude au détriment des créanciers reposent sur des principes fondamentaux différents sur lesquels ce projet pilote ne s'est pas penché.

Le principe de protection de la relation de confiance est lui aussi reconnu dans tous les pays étudiés. Néanmoins, il existe des différences manifestes entre eux pour ce qui est de la façon dont ces deux principes fondamentaux qui s'opposent sont équilibrés, et des cas dans lesquels la

³⁵ La CERIL est une organisation indépendante à but non lucratif réunissant des praticiens, des chercheurs et des juges travaillant dans le domaine de la restructuration et de l'insolvabilité ; cf. <http://www.ceril.eu/>.

³⁶ Pour en savoir plus, voir Bork, *Principles of Cross-Border Insolvency Law* (Principes du droit de l'insolvabilité internationale), Cambridge/Anvers/Portland, 2017.

³⁷ La version intégrale de ce rapport est disponible à l'adresse <http://www.ceril.eu/projects/kopie-avoidance-actions/>.

confiance des créanciers mérite d'être protégée, pour qu'ils aient le droit de conserver ce qui leur a été accordé.

En ce qui concerne les privilèges, tous les pays étudiés sont d'accord : conformément au principe d'égalité de traitement des créanciers, il faut prévoir une possibilité de révocation dans certains cas. Dans le contexte d'une procédure d'insolvabilité, le désintéressement ou la réalisation de la sûreté prioritaire d'un créancier n'est pas acceptable. Étant donné que la date de la demande d'ouverture ou de l'ouverture de la procédure est plus ou moins aléatoire, il semble déraisonnable de restreindre l'application du principe d'égalité de traitement des créanciers à des procédures en instance plutôt que de l'étendre à une période précise précédant l'ouverture de la procédure. Le commencement d'une procédure d'insolvabilité peut se produire à une date antérieure, mais aussi postérieure. Par conséquent, c'est un pur hasard si le désintéressement des créanciers intervient et que l'ouverture de la procédure n'est pas entravée. Ceci justifie de déplacer le principe d'égalité de traitement des créanciers à un moment intervenant plus tôt, sans toutefois renoncer à y appliquer des limites. Tous les pays étudiés respectent le postulat selon lequel la confiance que les créanciers accordent au fait qu'ils pourront conserver ce qui leur a été accordé mérite dans une certaine mesure d'être protégée.

Première étape dans ce sens, le débiteur, au moment de l'exécution, doit être substantiellement insolvable. Le principe d'égalité de traitement des créanciers est un principe du droit de l'insolvabilité qui ne peut être appliqué dès lors que le débiteur n'était pas (encore) insolvable à la date considérée. Par conséquent, les lois de nombreux pays exigent expressément que le débiteur soit substantiellement insolvable. Deux autres pays (Malte et la Pologne) introduisent cette exigence indirectement, en permettant au créancier de faire valoir qu'il n'avait pas connaissance de l'insolvabilité du débiteur à la date concernée. En outre, ces deux pays ont établi une période suspecte d'une durée fixe avant l'ouverture de la procédure, ce qui établit implicitement une présomption irréfutable d'insolvabilité substantielle.

47

Ceci mène à la relation entre l'insolvabilité substantielle et la période suspecte. En France, cette période couvre toute la durée de la cessation des paiements du débiteur, pendant laquelle il est donc substantiellement insolvable (cette période ne peut toutefois dépasser dix-huit mois). Dans la plupart des autres États membres, la période suspecte est plus courte : généralement trois à six mois avant le début de la procédure d'insolvabilité. Un troisième groupe, tel qu'indiqué ci-dessus, ne reconnaît pas l'insolvabilité substantielle comme motif de révocation, appliquant à la place une période suspecte d'une durée fixe (au cours de laquelle l'insolvabilité substantielle est présumée). En moyenne, la confiance accordée à la sécurité de l'exécution du fait de l'insolvabilité est protégée dès lors que le délai entre l'acte juridique et le début de la procédure est supérieur à six mois.

Le nombre d'actes susceptibles de révocation est réduit davantage dans tous les pays étudiés (exception faite de la République tchèque et de l'Espagne) grâce à l'ajout d'éléments « psychologiques ». La plupart des droits de révocation exigent que le défendeur ait connaissance de l'insolvabilité substantielle du débiteur ou — ce qui revient quasiment au même — du préjudice subi par les créanciers (cela est en particulier le cas aux Pays-Bas, au Portugal, en Slovénie et en Suède, mais également, dans une certaine mesure, en France et en Allemagne). Le fait que des exigences subjectives s'appliquent ainsi au défendeur démontre la concordance parfaite avec le

principe de protection de la relation de confiance : celui qui sait que le débiteur rencontre des difficultés financières ne peut légitimement s'attendre à être protégé.

À titre de conclusion préliminaire, on peut dire que les règles concernant les privilèges reflètent quasiment parfaitement ces principes fondamentaux. D'une part, la législation nationale exige (directement ou indirectement) l'insolvabilité substantielle du débiteur à la date concernée, ce qui est à la fois requis et justifié par le principe d'égalité de traitement des créanciers. D'autre part, les attentes légitimes des créanciers sont (objectivement) protégées pendant les périodes suspectes au moyen de l'obligation, pour le défendeur, d'avoir eu connaissance de l'insolvabilité substantielle du débiteur. Malgré les différences dans les détails — par exemple en ce qui concerne la durée des périodes suspectes — tous les pays partagent cette approche.

Deux pays toutefois se distinguent des autres. En Espagne, il n'est pas nécessaire que le débiteur soit substantiellement insolvable, et il n'existe pas d'exigences subjectives. Si l'on tient compte de la période suspecte, qui est de deux ans, soit un délai assez long au cours duquel seules les opérations courantes du débiteur sont exclues, il reste peu de place au principe de protection de la relation de confiance. En Angleterre et au Pays de Galles, la loi suit une approche totalement différente. En effet, l'élément psychologique décisif n'est pas la connaissance du défendeur mais la volonté du débiteur d'accorder un privilège au défendeur. Ceci n'a rien à voir avec le principe de protection de la relation de confiance puisque, dans ce cas, rien ne repose sur la confiance qu'accorde le créancier.

En outre, de nombreux pays prévoient des contraintes supplémentaires, ainsi que des prolongations. Par exemple, la révocation est facilitée — et donc le principe de protection de la relation de confiance restreint — dans de nombreux pays dans le cas où le défendeur concerné est une personne qui entretient des liens étroits avec le débiteur (actionnaires compris). Par contre, le principe de protection de la relation de confiance est souvent indirectement renforcé en attribuant la charge de la preuve à l'administrateur de l'insolvabilité, ainsi que par le biais de la prescription.

Pour conclure, il s'est avéré prometteur d'évaluer les règles nationales en matière d'insolvabilité à l'aide d'une approche orientée sur les principes. Les efforts visant à comprendre le droit de l'insolvabilité sont récompensés si l'on étudie les principes fondamentaux et leur manifestation dans les lois nationales et, par conséquent, de manière générale, si l'on met en lumière les concordances principales plutôt que les différences dans les détails. Toutefois, pour ce faire, l'objet limité du projet pilote de la CERIL devrait être considérablement élargi. Au cours de la prochaine étape, l'analyse orientée sur les principes devrait par conséquent être étendue au-delà des privilèges pour couvrir l'ensemble des règles en matière de révocation et donc l'ensemble du droit de l'insolvabilité. Les démarches entreprises pour comprendre les dimensions fondamentales de ce domaine du droit et pour un jour arriver à son harmonisation bénéficieront sans conteste des résultats des recherches à venir.

**Professeur Reinhard Bork, université de Hambourg (Allemagne)*

X X X

X

CoCo2

Communication et coopération : le défi continue !

Paul Omar et Reinout Vriesendorp nous présentent le nouveau projet CoCo2 et les travaux menés en collaboration avec la CERIL*

Les lignes directrices européennes de 2017 sur la communication et la coopération (« Lignes directrices CoCo »)³⁸ sont l'aboutissement d'un projet que les professeurs Bob Wessels (Leyde) et Miguel Virgos (Madrid Autonoma) ont dirigé pendant deux ans à partir de 2005.

Ce projet reposait sur l'article 31 du règlement européen sur l'insolvabilité (REI) alors en vigueur et sur l'injonction qu'il fait aux praticiens des procédures principale et secondaires de coopérer et communiquer entre eux. Les Lignes directrices CoCo ont été conçues pour établir une méthodologie en matière de coopération et de communication, puisque le texte d'origine restait silencieux à cet égard.

Le projet de Lignes directrices CoCo a fait l'objet d'une présentation officielle à la Conférence de Bucarest (automne 2006), bien qu'il ait été approuvé formellement par INSOL Europe seulement lors de la Conférence de Monaco (automne 2007). Ce texte court, qui ne contient que dix-huit articles, donne des conseils concernant, entre autres, la résolution de problèmes tels que l'accès direct, par un praticien, à un tribunal étranger, le contenu des communications, la langue à utiliser, l'obligation de communication entre les praticiens des procédures principale et secondaires, la coordination des cessions et des sauvegardes transfrontalières, ainsi que la question des coûts. Il contient également, en annexe, un projet de protocole qui peut être utilisé dans certaines affaires transfrontalières. Bien que les Lignes directrices CoCo n'aient pas connu un démarrage fulgurant, en quelques années, ses modalités, notamment celles concernant la coordination transfrontalière des sauvegardes et cessions, ont été prises en compte dans des affaires telles que *BenQ Holding*, *Automold*, *Pin AG*, *Landsbanki-Icesave*, *Kaupthing* et même *Lehman Brothers Holdings* (le protocole international conclu dans cette affaire citait expressément les Lignes directrices CoCo).

49

Même la justice a pris en considération le champ d'application des Lignes directrices CoCo en 2009, à *Stojevic*, date à laquelle un tribunal autrichien a suggéré que l'obligation de coopération et de communication soit étendue aux juges.

En 2012, deux événements sont venus donner un nouvel élan à la question de la communication et de la coopération entre juges. Le premier était la publication des *Global Principles for Cooperation in International Insolvency Cases* (Principes mondiaux en matière de coopération dans les affaires d'insolvabilité internationale)³⁹ de l'ALI-III, aboutissement d'une étude menée par les professeurs Ian Fletcher (UCL) et Bob Wessels. Le deuxième est le lancement du projet de refonte du REI, qui a débouché sur un rapport et des projets de propositions de réforme qui ont été présentés à la fin de cette année-là. Dans le cadre des changements importants intégrés à la version

³⁸ Voir :

www.insol.org/INSOLfaculty/pdfs/BasicReading/Session%205/European%20Communication%20and%20Cooperation%20Guidelines%20for%20Crossborder%20Insolvency%20.pdf

³⁹ Voir : www.iiiglobal.org/Sites/default/files/alireportmarch_0.pdf

définitive adoptée en mai 2015 et entrée en vigueur à la mi-2017, il faut en particulier citer les dispositions qui ont instauré une coopération à la fois verticale et horizontale entre les praticiens dans les procédures principale et secondaires concernant le même débiteur, entre les praticiens et les juges concernés, ainsi qu'entre les juges eux-mêmes (articles 41-43). Dans le contexte des groupes d'entreprises, le même type de coopération et de communication allait être instauré entre les personnes participant à l'administration des procédures concernant des débiteurs appartenant à un groupe d'entreprise (articles 56-58), tandis que l'ouverture d'une procédure de coordination collective, l'une des nombreuses nouveautés de la refonte du REI, allait entraîner, en vertu de l'article 74, l'obligation, pour les praticiens, de coopérer avec le coordinateur de la procédure.

Répondant à l'élément de coopération et de communication entre juges figurant dans la refonte du REI, l'université de Leyde, sous la direction du professeur Wessels, a lancé un nouveau projet en 2014. En deux ans, cette étude, financée par la Commission européenne, s'est achevée par la publication des Lignes directrices européennes de coopération entre juges en matière d'insolvabilité transfrontalière (« Lignes directrices JudgeCo »)⁴⁰, prévoyant en outre la formation des juges à leur application potentielle à des instances transfrontalières. À l'époque où nous rédigeons ces lignes, on peut dire que les Lignes directrices JudgeCo sont à la pointe pour ce qui est de leur application aux obligations faites aux juges de communiquer et coopérer entre eux et avec les praticiens. À cet égard, les Lignes directrices CoCo et leur contenu, qui datent d'une décennie plus tôt, n'ont pas suivi les évolutions de la pratique en termes d'expérience en matière de coopération et de communication ; en outre, elles ne reflètent plus la pensée actuelle en matière d'objectif et de portée de la coopération et de la communication possibles.

50

Proposition d'un projet

La Conférence sur le droit européen de la restructuration et de l'insolvabilité (CERIL)⁴¹, institution créée par un groupes d'universitaires, juges et praticiens européens (au nombre desquels le professeur — désormais émérite — Bob Wessels, qui la préside) a récemment publié une proposition de révision des Lignes directrices CoCo. La CERIL regroupe environ soixante-quinze représentants invités du monde universitaire, de la pratique et du corps judiciaire. Sa mission est d'aider à promouvoir le développement et la réforme du droit de l'insolvabilité aux niveaux européen et national. Dans le cadre d'une coopération inédite entre la CERIL et INSOL Europe, un Groupe de travail conjoint, qui sera baptisé le Groupe de travail CoCo2, sera mis en place pour coordonner les travaux visant à réviser les Lignes directrices à la lumière de la pratique et de la compréhension actuelles de la coopération et de la communication transfrontalières en matière d'insolvabilité.

Le Groupe de travail CoCo2 sera dirigé par Tomáš Richter (Linklaters LLP/Université Charles) et Paul Omar (INSOL Europe/Université De Montfort), et sera composé de représentants du monde universitaire, de la pratique et du corps judiciaire issus de ces deux organisations. La méthode de travail du Groupe de travail CoCo2 prévoit la création d'une équipe principale dont le rôle sera de préparer des propositions de révision des Lignes directrices CoCo, de procéder à des consultations et de formuler des commentaires. L'équipe principale sera conseillée par un comité de révision, également composé de praticiens, de chercheurs, de juges et de décideurs politiques de divers horizons. Elle tiendra compte, au niveau comparatif, de contributions d'acteurs non européens, de

⁴⁰ Voir : www.universiteitleiden.nl/en/research/research-projects/law/eu-judgeco-platform

⁴¹ Voir : www.ceril.eu

manière à ce que la révision des Lignes directrices CoCo reflète la pratique mondiale et non seulement européenne. En outre, des parties prenantes qui ne sont pas représentées au sein du Groupe de travail CoCo2 y participeront également.

Résultats et rapports du projet

Dans le cadre de la préparation d'une nouvelle version des Lignes directrices CoCo, il est prévu que le Groupe de travail CoCo2 tienne compte des récents travaux — y compris des Lignes directrices JudgeCo — qui proposent des modèles de communication et de coopération transfrontalières. La mission du Groupe de travail CoCo2 se concentrera sur l'obligation de coopération et de communication prévue par les articles 41, 43, 56 et 58 de la refonte du REI, qui traitent directement de la question de la coopération entre praticiens dans le contexte d'un débiteur unique ou d'un groupe.

Les éléments de coopération judiciaire (articles 42 et 57) abordés dans les Lignes directrices JudgeCo seront également pris en considération, étant donné que les dispositions traitant de la coopération entre juges et praticiens devront, dans la mesure du possible, être reproduites. De la même manière, il est prévu que le Groupe de travail CoCo2 se coordonne, en matière d'intérêts communs, avec un groupe de travail distinct de la CERIL, mis en place pour étudier l'article 74 dans le cadre de l'examen de la faisabilité d'un Code de conduite destiné à ces coordinateurs. De manière générale, l'intention est d'aboutir à une synergie entre les initiatives en la matière, afin de favoriser l'adhésion des organismes internationaux (notamment la Commission européenne) qui ont exprimé un intérêt pour des approches de droit mou en matière de communication et de coopération aux Lignes directrices JudgesCo.

51

Quand ces pages seront publiées, le Groupe de travail CoCo2 aura déjà commencé ses travaux ; il est dorénavant et déjà prévu de présenter un projet de travail de la nouvelle version des Lignes directrices CoCo lors de la Conférence d'Athènes (automne 2018). En fonction des réactions formulées pendant le déroulement du projet par le comité de révision et par les participants lors de la Conférence d'Athènes, une version définitive sera publiée fin 2018 et ensuite diffusée en vue de son adoption par INSOL Europe, la CERIL et d'autres organismes actifs dans ce domaine. Tout au long du projet, les membres seront tenus informés de son avancement par le biais d'actualités régulières dans nos lettres d'information et par des publications sur les sites des organisations concernées.

Conclusion

Ce projet est passionnant pour plusieurs raisons, ne serait-ce que l'utilité de mettre à jour les Lignes directrices CoCo et d'améliorer l'utilisation de ces instruments de droit mou dans la pratique. C'est également la première collaboration entre INSOL Europe et la CERIL et l'occasion parfaite de marquer d'une pierre l'immense contribution du professeur Bob Wessels dans le domaine du droit de l'insolvabilité internationale, surtout pour ce qui est de la communication et de la coopération, en sa qualité de co-auteur des Lignes directrices CoCo originelles et d'instigateur du projet de Lignes directrices JudgeCo. Le Groupe de travail CoCo2 espère être à la hauteur pour relever le défi : prendre sa relève dans ce processus de révision et de mise à jour.

**Reinout Vriesendorp, Secrétaire du Comité exécutif de la CERIL, professeur de droit de l'insolvabilité à l'université de Leyde, associé, DeBrauw Blackstone ; Paul Omar, Coordinateur des recherches techniques, INSOL Europe, Co-Président du Groupe de travail CoCo2*

Actualités par pays

Actualités par pays

Hiver 2017-2018

Italie, Suisse, Irlande

Italie : Les transports publics locaux arrivent à un carrefour

Par Eugenio Vaccari, doctorant à la City University of London

Le développement des transports publics locaux en Italie subit des pressions croissantes depuis le début de la crise financière. Cet article décrit les débats appelant à des réformes dans le pays et la situation actuelle. Il conclut qu'une intervention d'urgence est nécessaire.

La grande majorité des entreprises du secteur bénéficient d'un financement des autorités nationales et régionales. Toutefois, les appels à réduire les déficits budgétaires ont soumis ces aides à des coupes importantes. En conséquence, les prix ont augmenté, la rénovation de la flotte a été repoussée, les services proposés et — dans une mesure moindre — les effectifs ont été réduits⁴².

Pour faire face à ces problèmes, une importante réforme du secteur a été entamée en 2014. Une première tentative a été annulée par l'arrêt n° 251/2016 de la Cour constitutionnelle. Depuis, le ministère des Transports a travaillé à une nouvelle proposition. Le 11 avril 2017, un projet de réforme a été évoqué en Conseil des ministres. Cependant, il semble peu probable que cette réforme soit approuvée par le Parlement italien avant les prochaines élections, qui auront lieu au printemps 2018.

52

Récemment, une nouvelle loi sur l'insolvabilité a été promulguée, sous le numéro 155/2017. Toutefois, elle ne s'applique pas aux entités publiques⁴³. En outre, elle ne contient aucune disposition traitant spécifiquement des « *società controllate* » ou « *partecipate* », c'est-à-dire des entités de droit privé contrôlées ou possédées entièrement ou principalement par l'État ou d'autres organismes publics.

Entre-temps, la situation du secteur a empiré. Tandis que certaines régions ont mis en place des réformes⁴⁴, d'autres municipalités ont repoussé l'adoption de mesures pourtant nécessaires dans l'espoir que des fonds nationaux ou régionaux supplémentaires viendraient couvrir les déséquilibres de leurs entreprises de transports publics locales. C'est entre autres l'approche qu'ont suivie les dernières administrations à Rome.

La situation de l'entreprise de transports publics municipale, ATAC S.p.A. (« ATAC »), a atteint le point de non-retour l'été dernier. Le Conseil de Rome a donc présenté une demande de « *concordato preventivo in continuità* » (procédure de sauvegarde formelle placée sous la

⁴² Comme en témoigne le « Rapport annuel au Parlement » publié par l'Observatoire national des politiques en matière de transports publics locaux. Disponible (en italien) à l'adresse <<http://www.infoparlamento.it/wpcontent/uploads/2017/07/RegioniOsservatorio-politiche-del-trasporto-19-luglio-2017-Riunione-tecnica-24-luglio2017.pdf>> [consulté le 3 novembre 2017].

⁴³ Art. 2(1)(e) de la loi n° 155/2017.

⁴⁴ Voir les mesures prises par la Toscane depuis l'approbation de la loi régionale n° 65/2010.

supervision du tribunal local), qui a été approuvée le 27 septembre 2017. Le tribunal a désigné trois experts indépendants et les a chargés de préparer un plan de sauvegarde capable de rendre le service de nouveau opérationnel, en promouvant de nouveaux investissements dans la flotte de bus et de métro, et en réduisant / renégociant la dette, qui s'élève à 1,3 milliards d'euros.

Pourtant, la situation d'ATAC n'est absolument pas unique en son genre. D'autres entités, telles qu'ANM, à Naples, risquent la liquidation⁴⁵. Le projet de réforme des transports publics locaux pourrait faciliter la rationalisation des services et la réduction du coût des achats à l'avenir. Toutefois, elle ne peut pas grand-chose pour redresser les entités en difficulté. Il est grand temps que le gouvernement envisage d'adopter des mesures statutaires ou des lignes directrices pour promouvoir des objectifs généraux de sauvegarde dans ce secteur.

Italie : Le point sur la réforme de la loi sur l'insolvabilité

Par Giorgio Cherubini, associé, et Giovanna Canale, collaboratrice junior, EXPLegal, Rome et Milan (Italie)

À la fin d'un long processus qui s'est terminé par un rapport rédigé par la Commission Rodorf en décembre 2015 et par le projet de loi présenté par le gouvernement à la Chambre des députés en mars 2016, la loi habilitante réformant le cadre juridique applicable aux entreprises en difficulté et aux procédures d'insolvabilité a été approuvée par le Parlement en octobre 2017 ; par la suite, le 30 octobre 2017 la loi n° 155 du 19 octobre 2017, intitulée « Délégation au gouvernement pour la réforme de la crise des entreprises et de l'insolvabilité » a été publiée au Journal officiel italien.

53

Cette réforme était nécessaire et, à certains égards, elle marque une rupture franche avec la réglementation antérieure, ce qui transparaît clairement dans la loi habilitante, bien que la marge de manœuvre laissée au gouvernement en matière de mise en œuvre ne permette pas de prévoir précisément les nouvelles dispositions, qu'il s'agisse de la gouvernance des entreprises en difficulté ou des procédures correspondantes.

En vertu de cette loi, le gouvernement devra adopter, dans les douze mois suivant la date de son entrée en vigueur, un ou plusieurs décrets législatifs en vue de la réforme organique de la loi sur la faillite mentionnée dans le décret royal n° 267 du 16 mars 1942.

La nouvelle loi est d'une importance primordiale en termes de conséquences sur la gouvernance des entreprises, en particulier en ce qui concerne les nouvelles obligations et responsabilités des dirigeants et des organes de contrôle en cas de difficultés financières. À cet égard, il est nécessaire que le gouvernement mette en œuvre des règles plus précises, le principe directeur de la réforme étant de protéger la valeur des entreprises en difficulté.

Ainsi, le législateur, consacrant les principes que le gouvernement doit suivre lors de la promulgation des décrets législatifs, a privilégié un système réglementaire visant à sauver les entreprises plutôt qu'à les liquider.

⁴⁵ P. Frattasi, « ANM, buco di 3 milioni al mese. 'Società verso la liquidazione' » (25 septembre 2017), *Il Mattino* <https://www.ilmattino.it/napoli/cronaca/anm_buco_di_3_milioni_al_mese_societa_verso_la_liquidazione-3261327.html> [consulté le 3 novembre 2017].

L'un des changements les plus importants est l'introduction d'une « procédure d'alerte et de règlement de crise » confidentielle et amiable, visant à favoriser une divulgation précoce de la crise, à ordonner une analyse rapide des causes de la situation économique et financière de l'entreprise et à faciliter les négociations entre le débiteur et les créanciers.

Cette procédure peut être déclenchée de manière volontaire par le débiteur. Par contre, en l'absence de coopération du débiteur, elle fera l'objet d'une déclaration publique. La « procédure d'alerte et de règlement de crise » est un ensemble de procédures visant à prévenir le développement d'une véritable situation de difficultés financières au sein des entreprises et à mettre en œuvre rapidement des mesures de réorganisation adaptées, puisqu'il est généralement admis que, pour garantir le succès des procédures de restructuration des entreprises endettées, ces procédures doivent être entamées avant que l'entreprise ne devienne insolvable, c'est-à-dire incapable de rembourser ses dettes à leur échéance.

En outre, des « procédures de liquidation » viendront remplacer l'actuelle procédure d'insolvabilité. Au titre de cette nouvelle approche, le syndic de l'insolvabilité joue un rôle central et voit ses pouvoirs renforcés. Il est également prévu de réduire la durée et le coût de la procédure d'insolvabilité, en accordant des pouvoirs aux organes de direction et en réduisant les frais déductibles.

Dans le cadre général des instruments de résolution de crise, il faut également tenir compte du principe qui veut que, au titre du nouveau cadre réglementaire, la priorité soit accordée aux propositions visant à surmonter la crise, la liquidation étant considérée comme le dernier recours. L'accès à des plans de restructuration et à des accords de restructuration de dette sera également encouragé et facilité.

De fait, le seuil de 60 % des crédits prévus par l'article 182 bis de la loi existante sera supprimé à condition que l'accord permette de désintéresser entièrement et rapidement les créanciers qui n'ont pas participé aux négociations.

Enfin, il faut également mentionner d'autres changements, qui auront pour objectif d'introduire des innovations visant à réduire l'exploitation du concordat, tandis que les règles concernant les crises de surendettement seront elles aussi adaptées.

Suisse : Projets en cours et nouvelles lois

Par Daniel Staehelin et Lukas Bopp, avocats et associés, Kellerhals Carrard (Suisse)

En Suisse, deux nouveaux projets législatifs liés à l'insolvabilité sont en cours.

Le premier vise à modifier la loi en matière de faillite internationale en vigueur en Suisse et à faciliter la reconnaissance des procédures d'insolvabilité étrangères. L'autre vise à promouvoir la mise en œuvre de mesures de réorganisation au sein des entreprises à un stade précoce afin d'éviter l'insolvabilité.

Par ailleurs, début 2017, une nouvelle loi a été promulguée ; elle régit la compétence internationale en matière de gel des actifs successoraux.

Révision de la loi suisse en matière de faillite internationale

Le 7 septembre 2017, une audience concernant un projet de révision de la loi suisse en matière de faillite internationale s'est déroulée devant la commission des affaires juridiques de la chambre haute du Parlement suisse. En sus de deux autres experts, les membres d'INSOL Europe Vincent Jeanneret, Karl Wüthrich et Daniel Staehelin y ont participé. Se fondant sur les observations des experts, la commission a convenu d'accepter la proposition dans les grandes lignes et de faire avancer le projet législatif.

Les points principaux de la révision, qui ont déjà été présentés dans *eurofenix* par Rodrigo Rodriguez, de l'Office fédéral de la justice, sont la suppression de la réciprocité à titre de condition de la reconnaissance, et l'extension de la compétence indirecte du siège statutaire au centre des intérêts principaux (CIP). En outre, les actifs situés en Suisse peuvent être remis à l'administrateur de l'insolvabilité étranger sans ouvrir de procédure secondaire en Suisse, dans les cas où il n'y a pas de créanciers privilégiés ni de créanciers gagistes domiciliés en Suisse. Enfin, les jugements étrangers statuant en matière de révocation seront reconnus en Suisse à condition que le défendeur soit domicilié à l'étranger.

Réorganisation des entreprises avant l'insolvabilité

Cette nouvelle loi sur la réorganisation pré-insolvabilité sera formellement intégrée à la partie consacrée aux sociétés dans le Code suisse des obligations ; elle viendra compléter les dispositions en matière de réorganisation du Code suisse de la faillite, qui avaient déjà été modifiées en 2014. Les nouvelles dispositions créeront des obligations plus précises pour les administrateurs des sociétés suisses, afin de veiller à ce que les mesures nécessaires pour éviter l'insolvabilité soient prises dès que possible et que les administrateurs renforcent l'accent mis sur les liquidités et la couverture en capital des sociétés.

55

La nouvelle loi dispose que s'il existe des motifs raisonnables de soupçonner que la société risque d'être incapable de payer ses dettes à leur échéance dans les six mois à venir, le conseil d'administration doit préparer un plan de liquidité et se prononcer sur la situation économique de la société.

Le plan de liquidité doit identifier les liquidités courantes et les prévisions de recettes et dépenses. Si le plan de liquidité indique que la société risque d'être incapable de payer ses dettes à leur échéance, le conseil d'administration doit prendre des mesures supplémentaires pour garantir que la société honorera ses obligations financières ou déposer une demande d'ouverture de moratoire conformément aux dispositions du Code de la faillite. Bien que la surveillance permanente des finances et de la trésorerie d'une société figure déjà, en vertu de la loi actuelle, au nombre des obligations principales du conseil d'administration d'une société, il n'était pas expressément fait mention des mesures à prendre.

Outre l'illiquidité imminente, la perte de capital restera un déclencheur des mesures de réorganisation. En vertu de la loi actuelle, le seuil de déclenchement de ces mesures est l'indication, dans le dernier bilan, que la moitié du capital social et de la réserve légale n'est plus couverte par des actifs suffisants. En vertu de la nouvelle loi, ce seuil sera porté aux deux tiers et les mesures à prendre par le conseil d'administration sont exposées plus en détail. Le conseil d'administration doit prendre des mesures pour compenser la perte de capital et évaluer la situation économique de la société. Si la société n'a pas de commissaire aux comptes, le bilan doit être vérifié avant d'être présenté à l'assemblée générale.

Ces nouvelles dispositions devraient inciter davantage le conseil d'administration à surveiller de près l'évolution de la situation financière de la société et à prendre en temps utile les mesures nécessaires soit pour éviter l'insolvabilité soit, au moins, pour ouvrir une procédure à un moment où il existe encore une chance de redressement.

Nouvelle loi sur la compétence internationale en matière de gel des actifs successoraux

L'un des sujets les plus controversés de la loi sur le recouvrement de dettes international est la compétence internationale permettant de geler les actifs détenus en copropriété. Lorsque le dernier shah de Perse est mort dans un hôpital militaire en Égypte en 1980, un créancier de l'un de ses héritiers a essayé de geler sa villa de Saint-Moritz (Suisse). Le Tribunal fédéral suisse l'a refusé à juste titre en dernière instance, puisque ce n'était pas la villa mais seulement la quote-part du legs encore indivis qui constituait un actif saisissable du légataire en question. Dans les affaires domestiques, cette quote-part est considérée comme située au dernier domicile du défunt. Néanmoins, le Tribunal fédéral suisse a ensuite décidé, dans plusieurs arrêts contestables, que la Suisse n'avait pas compétence pour geler des actifs à l'encontre de légataires étrangers bien que le dernier domicile du défunt soit situé en Suisse. Depuis, le législateur suisse a pris les choses en main et a promulgué, le 1^{er} janvier 2017, une nouvelle loi en vertu de laquelle les actifs successoraux indivis peuvent être gelés en Suisse si le dernier domicile du défunt était situé en Suisse, que ses autres actifs soient ou non situés en Suisse.

Irlande : La Cour d'appel clarifie la question de l'exercice du pouvoir discrétionnaire dans les demandes de redressement⁴⁶

Par Tony O'Grady, associé, et Kevin Gahan, collaborateur senior, Matheson (Irlande)

La Cour d'appel a autorisé un appel interjeté par le groupe de sociétés Edward Holdings contre une décision du juge O'Connor, de la Haute Cour, refusant de désigner un *examiner* pour quatre des sept sociétés du groupe, suite à la demande qui lui avait été présentée à cet effet. Le groupe, contrôlé par Gerry Barrett, possède entre autres actifs les hôtels Meyrick et G à Galway.

La Cour d'Appel a rejeté toutes les conclusions qui sous-tendaient la décision de la Haute Cour de refuser de désigner l'*examiner*, notamment les conclusions concernant la non-divulgaration et l'abus de droit. La question principale soumise à la Cour d'appel était l'argument invoqué par le créancier gagiste, à savoir qu'un accord de règlement entre le groupe et le créancier gagiste conclu en janvier 2017 était incompatible avec le fait que le groupe de sociétés demande la désignation d'un *examiner* pour les sociétés concernées et que, par ce motif, le tribunal devrait exercer son pouvoir discrétionnaire et refuser la demande de désignation d'un *examiner*.

Les juges de la Cour d'appel Finlay Geoghegan et Hogan, dans des jugements distincts, auxquels le juge Peart a souscrit, ont tous les deux conclu que l'existence de l'accord de règlement ne constituait pas un motif suffisant pour qu'ils exercent leur pouvoir discrétionnaire et rejettent la demande. Le juge Hogan a expliqué cette position dans les termes suivants :

« Le fait [...] qu'une demande d'*examinership* ne soit pas compatible avec l'exécution des obligations incombant à une société au titre des termes d'un accord de règlement ne peut en soi —

⁴⁶ L'*examinership* est le mécanisme irlandais de sauvegarde ou de redressement d'une société en difficulté mais potentiellement viable.

et je souligne ces termes — constituer une considération concluante permettant au tribunal de déterminer s'il convient ou non de désigner un *examiner* [...], précisément parce que le système de l'*examinership* dans son ensemble repose sur l'hypothèse que les contrats commerciaux existants (quelle qu'en soit la nature) seront bafoués, modifiés, niés et violés au nom de l'intérêt public plus large que représente la sauvegarde d'une société qui serait autrement potentiellement viable. »

Ceci constitue une clarification utile de cette question, en particulier à la lumière d'une récente décision de la Haute Cour qui laissait penser le contraire (*Re JJ Red Holdings Ltd*), et que le juge Hogan réfutait expressément.

x x x

x

Compte-rendu technique

Application du règlement n° 2015/848 relatif aux procédures d'insolvabilité (3^e partie)

57

Myriam Mally nous présente les outils à la disposition des praticiens de l'insolvabilité (« PI ») qui auront besoin de conclure des accords ou des protocoles d'insolvabilité transfrontalière en vertu de la refonte du REI 2015*

La refonte du REI vise à favoriser la bonne coopération entre les PI, en tenant compte des bonnes pratiques exposées dans les lignes directrices adoptées par des organisations européennes et internationales telles que la CNUDCI.

En particulier, le point 49 de la refonte du REI 2015 dispose que les PI « devraient pouvoir conclure des accords et des protocoles aux fins de faciliter la coopération transfrontalière pour des procédures d'insolvabilité multiples ouvertes dans différents États membres en ce qui concerne le même débiteur ou des membres du même groupe de sociétés, lorsque cela est compatible avec les règles applicables à chacune des procédures. [...] Les accords génériques simples peuvent insister sur la nécessité d'une étroite coopération entre les parties, sans traiter de questions spécifiques, tandis que les accords spécifiques, plus détaillés, peuvent établir un cadre de principes visant à régir les procédures d'insolvabilité multiples [...]. »

Il est également important que les PI envisagent la nécessité de conclure des protocoles en tenant compte du fait que, en vertu du droit national applicable, ces protocoles « peuvent être approuvés par les juridictions concernées, lorsque le droit national l'exige. »

Pour aider les PI à cet égard, plusieurs organisations œuvrant dans le domaine de l'insolvabilité transfrontalière ont publié des lignes directrices. Outre les outils nécessaires à l'application du REI 2015 en soi, tels que la publication de formulaires uniformisés permettant d'informer les créanciers étrangers connus et de contester les procédures de coordination collective, ou la publication

d'informations à jour concernant les procédures nationales figurant dans l'Annexe A du règlement européen sur l'insolvabilité (voir 1^{ère} partie), d'autres textes doivent entrer en jeu dès lors qu'il est nécessaire de conclure des protocoles d'insolvabilité transfrontalière.

Par exemple, le Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale (2009) donne des informations pertinentes sur les aspects pratiques de la coopération et de la communication transfrontalières entre PI. En particulier, la Partie III du Guide pratique traite des accords d'insolvabilité transfrontalière et fournit des renseignements utiles sur le moment et la façon de les utiliser. Cette troisième partie repose sur l'expérience pratique ; en outre, l'Annexe I au Guide pratique contient une liste intéressante de résumés d'affaires illustrant comment différentes questions ont été traitées dans la pratique, telles que le règlement des créances, notamment des salariés (*Sendo*) ou les opérations intra-groupe (*Calpine Corporation*), les cessions d'actifs coordonnés (*AgriBioTech Canada, Inc.* ou *Alphastar Television Network, Inc.*), les plans de restructuration coordonnés (*Smurfit-Stone Container Corporation*) ou la détermination des honoraires des PI (*360Networks Inc.*), etc. En outre, les PI doivent savoir que l'université de Leyde a rendu publique une partie de la base de données de protocoles de l'International Insolvency Institute (« III »).

Enfin, les PI sont informés que le registre d'INSOL Europe d'affaires fondées sur le REI pourrait les aider dans leur pratique quotidienne, puisque les premières décisions prononcées par les juridictions nationales en vertu de la refonte du REI 2015 sont désormais disponibles sur la plateforme dédiée de Lexis Nexis.

Des liens concernant cet article et d'autres informations pertinentes sont disponibles sur le site d'INSOL Europe à l'adresse www.insol-europe.org/technical-content/european-insolvency-regulation

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 Mailly par courrier électronique à l'adresse technical@insol-europe.org

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

x x x
x

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

Dates pour votre calendrier

Informez-vous sur : www.insol-europe.org**2018**

31 Mai – 1 Juin 2018

**INSOL Europe/Comité des Pays de l'Europe
Orientale**
Conférence Annuelle
Riga /Létonie

28 & 29 Juin 2018

**INSOL Europe/DAV(Association du barreau
allemand)**
Conférence conjointe
Bruxelles/Belgique

3 & 4 Octobre

INSOL Europe/Forum Universitaire
Conférence Annuelle
Athène/Grèce

4 – 7 Octobre

INSOL Europe – Congrès annuel
Athène/Grèce

2019

25 & 26 Septembre

INSOL Europe/Forum Universitaire
Conférence Annuelle
Copenhague, Danemark

26-29 Septembre

INSOL Europe – Congrès annuel
Copenhague/Danemark

202030 Septembre & 1^{er} octobre

INSOL Europe/Forum Universitaire
Conférence Annuelle
Sorrento/Italie

1 – 4 Octobre

INSOL Europe – Congrès annuel
Sorrento/Italie

60

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)