

e u r o f e n i x

La revue d'INSOL Europe

Été 2017



Intelligence artificielle : Changez de vous-mêmes avant qu'on ne vous y oblige

**« *Reality show* » en Hongrie
La Conférence 2017 de l'EECC**

Et aussi dans ce numéro :

- **Restructuration internationale à Londres**
- **Brexit et les professionnels de l'insolvabilité**
- **Présentation du Congrès annuel 2017 à Varsovie**
- **Actualités par pays**

...et plus

Numéro 68 : €30

N°ISSN 1752-5187

Contacts Insol Europe

Adresse postale :

INSOL Europe

PO Box 7149

Clifton, Nottingham NG11 6WD, Royaume Uni

Renseignements :

Caroline Taylor

Tél./Fax : +44 115 878 0584

E-mail : carolinetaylor@insol-europe.org

Site internet : www.insol-europe.org

Comité exécutif :

Président : Steffen Koch

(steffen.koch@hww-kanzlei.de)

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

Vice-président : Alistair Beveridge

(abeveridge@alixpartners.com)

Président précédent : Alberto Núñez-Lagos

(alberto.nunez-lagos@uria.com)

Trésorier : Jim Luby

(lubyj@mcstayluby.ie)

Directeur administratif : Caroline Taylor

(carolinetaylor@insol-europe.org)

Secrétariat:

Communication:

Paul Newson

(paulnewson@insol-europe.org)

Comité des pays de l'Europe Orientale (EECC)

Florica Sincu, Secrétaire

(floricasinu@insol-europe.org)

Co-ordinateur membres et enregistrements aux conférences:

Wendy Cooper

(wendycooper@insol-europe.org)

Co-ordinateur parrainages:

Hannah Denney

(hannahdenney@insol-europe.org)

Responsables techniques:

Emmanuelle Inacio & Myriam Mailly

(technical@insol-europe.org)

Responsables des comités et groupes de travail :

Branche Anti-fraude :

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

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

Branche Judiciaire :

Heinz Vallender (hvallender@t-online.de)

Branche Redressement :

Alberto Núñez-Lagos

(alberto.nunez-lagos@uria.com)

Rita Gismondi (rgismondi@gop.it)

Comité constitutif : Catherine Ottaway

(ottaway@hocheavocats.com)

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

Radu Lotrean (radu.lotrean@citro.ro)

Evert Verwey (evert.verwey@CliffordChance.com)

Comité technique du congrès de Varsovie, 2017:

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

Pawel Kuglarz (pawel.kuglarz@wolftheiss.com)

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

Forum des mandataires d'insolvabilité

Marc André (mandrelaw@aol.com)

Daniel Fritz (Fritz@hermann-law.com)

Stephen Harris (sharris@uk.ey.com)

Groupe de jeunes membres :

Sabina Schellenberg (sschellenberg@froirop.ch)

Slavomir Cauder (cauder@giese.cz)

Groupe des établissements financiers:

Florian Joseph (florian.joseph@helaba.de)

Alistair Beveridge (abeveridge@alixpartners.com)

INSOL International :

Catherine Ottaway

(ottaway@hocheavocats.com)

Parrainages :

David Rubin (david@drpartners.com)

Frank Tschentscher (Ftschentscher@schubra.de)

Relations avec l'Union Européenne :

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

YANIL

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

S O M M A I R E

5	Guy Lofalk : La lettre des co-rédacteurs en chef
7	Steffen Koch : Le message du Président
10	Actualités et événements : conférences, nouvelles parutions, nouvelles
21	Rubrique technique : Du rapprochement à l’harmonisation de la formation des PI par E. Inacio
25	Compte rendu de la conférence 2017 de l’EECC à Budapest/Hongrie
28	Varsovie 2017 : en attendant le Congrès annuel et la Conférence annuelle du Forum Universitaire
31	Compte rendu de la conférence internationale R3 / INSOL Europe
35	Intelligence artificielle
40	Directive CE – L’impact sur les actionnaires, dirigeants et travailleurs
43	BREXIT – et les PI britanniques
47	Débiteur-exploitant : Paymill GmbH
50	France : Le régime français de l’insolvabilité va de l’avant (J.L.Vallens)
53	Etats-Unis : L’Affaire ARCAPITA
56	Actualités par pays : La République tchèque, Lituanie, Pays-Bas
60	Rapport technique : Myriam Mailly
63	Dates pour votre calendrier

3

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

Contacts eurofenix

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

Bienvenue
La lettre des co-rédacteurs-en-chef

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

Les efforts que nous déployons pour améliorer le magazine d'INSOL Europe sont largement récompensés par vos contributions et avis sur les questions qui comptent pour nous en tant que professionnels, tout en répondant à notre souhait d'être tenus informés des développements de l'insolvabilité transfrontalière. Votre participation compte beaucoup pour nous et nous vous en remercions !

Mais avant de vous parler des articles de ce numéro je ne peux pas m'empêcher de jeter un coup d'œil sur l'actualité. Sans aller jusqu'à faire une analyse critique, je pense que l'on peut s'arrêter sur le fait qu'en septembre, dix ans se seront écoulés depuis l'effondrement de Lehman Brothers, qui a déclenché une crise économique mondiale. Ce n'est qu'une statistique, mais une décennie correspondait généralement à la durée du cycle séparant une récession économique d'un boom, même si ces cycles sont plus qu'imprévisibles.

Ceci dit, d'autres facteurs nous invitent à nous préparer pour l'avenir. Il est difficile de choisir par lequel commencer, en raison de leur grand nombre. Peut-être devrait-on commencer par la Corée du Nord qui a renvoyé il y a quelques semaines l'étudiant de 22 ans qui avait été condamné pour avoir voulu remporter avec lui une affiche de propagande (il était dans le coma depuis plus de douze mois et est décédé après son retour). Par ailleurs, la Corée du Nord a réalisé des essais nucléaires et travaille pour être d'ici peu en mesure d'atteindre la côte américaine avec ses missiles. À cette incertitude fait pendant, de l'autre côté de l'océan Pacifique, le commandant en chef des forces armées, Donald Trump, qui lui aussi se distingue par son imprévisibilité.

Si l'on pense que les problèmes avec la Corée du Nord sont en passe d'être réglés, on peut alors s'intéresser à la Syrie, où les intérêts américains sont diamétralement opposés à l'approche russe du conflit, pro-Assad. Il est préoccupant quand les forces armées de deux États disposant de l'arme nucléaire sont sur le point de s'affronter, même s'il ne s'agit pas d'attaques directes.

Ensuite, il y a la crise des migrants, qui tire son origine dans le conflit en Syrie, où la guerre entre les différentes factions et groupes terroristes a déclenché un véritable déferlement de réfugiés. L'afflux de personnes quittant la Syrie pour l'Europe et les États-Unis est suivi d'un flot moindre d'Afrique. Au lieu de résoudre les causes de ce phénomène sur les lieux même de son origine, l'Europe paie le prix du soutien à ceux qui arrivent jusqu'en Europe, alors que femmes et enfants sont abandonnés, voire trouvent la mort dans les zones de conflit ou lors de leur tentative de passage vers l'Europe. Pourquoi l'Europe est-elle incapable de lutter contre ce problème ? Cette question reste sans réponse.

Au milieu de tout cela, il y a aussi la Turquie, dont le nouveau régime, proposé par le président Erdogan, concentre le pouvoir par voie de referendum, contrairement aux pratiques antérieures où les militaires concentraient le pouvoir entre leurs mains grâce à des coups d'État. La Turquie est un acteur important du conflit syrien, ainsi que de nombreux autres conflits dans la région. Le pays compte plus de 3 millions de réfugiés —chiffre qui augmente d'heure en heure— dont la plupart attendent une chance d'entrer en Europe.

Le débat autour de la question des réfugiés en Europe fait rage. Les questions de culture étrangère et de religion ont été mises sur la table, puisque le soutien et l'éducation des réfugiés entraîne des coûts élevés qui doivent être financés, généralement au moyen d'une hausse des impôts qui pèse sur une population européenne vieillissante.

Parmi toutes ces questions préoccupantes, certaines touchent de plus près notre profession, notamment les conséquences qu'aura le Brexit sur les professionnels britanniques et européens. Que deviendront les alternatives britanniques à l'insolvabilité, telles que le concordat volontaire ? Perdront-elles du terrain en faveur d'autres procédures européennes qui auront ainsi la possibilité de faire leurs preuves ?

Mais revenons à nos moutons. Dans ce numéro, vous pouvez lire l'article de Christina Fitzgerald qui traite justement de certaines des questions qui touchent le Brexit et les PI au Royaume-Uni. C'est une lecture très intéressante !

Comme d'habitude, pour un grand nombre des autres pays de notre famille, nous publions diverses actualités et rapports. Dans ce contexte, j'aimerais attirer votre attention sur l'article que Réka Korompay-Túróczi a consacré à la dernière conférence de l'EECC. Je souhaiterais également mentionner le rapport de Chris Laughton sur la conférence conjointe R3 / INSOL Europe.

Autre article que je trouve fascinant et assez inhabituel dans notre domaine d'expertise, celui de Louise Verrill et Jane Colston sur l'intelligence artificielle. Je vous demanderais de bien vouloir le lire et nous faire part de vos réactions. À mon avis, l'intelligence artificielle influence non seulement notre domaine de travail, mais quasiment tout ce qui nous entoure. Saurons-nous la mettre à profit et la contrôler ? Selon Stephen Hawkin, l'intelligence artificielle est l'une des plus grandes menaces pour l'humanité...

Ne ratez pas l'article dans lequel Catarina Serra aborde sous un autre angle la proposition de directive européenne sur les procédures de pré-insolvabilité : il est très surprenant.

Enfin, ne laissez pas passer la rubrique de notre Président, qui nous parle des actualités au sein de notre organisation.

En guise de conclusion, je vous souhaite à tous un très bel été de détente !

Guy Lofalk

x x x

x

La lettre du Président

Chers Membres

de la famille INSOL Europe

L'heure est venue des projets, des bilans et des améliorations !

Steffen Koch, président d'INSOL Europe, nous rend compte de trois mois d'activité intense au sein de la famille INSOL Europe

Le dernier trimestre d'une présidence très intense vient d'être entamé. Le Comité exécutif, le Conseil et de nombreux autres membres de notre famille font tout leur possible pour que le travail soit terminé avant que nous nous retrouvions à Varsovie à l'occasion de notre Congrès annuel.

Groupe de travail stratégique 2025

L'un des grands chantiers de ma présidence est le « Groupe de travail stratégique 2025 » que j'ai annoncé dans la première rubrique que j'ai publiée en tant que président dans *eurofenix*. Il a été adopté à l'unanimité par les membres du Conseil au cours de sa réunion à Hambourg, en avril dernier.

Les dix membres du groupe de travail sont les suivants : Wolf Waschkuhn et Steffen Koch (co-présidents), Alastair Beveridge, Radu Lotrean, Piya Mukherjee, Alberto Núñez-Lagos Burguera, Catherine Ottaway, Alice van der Schee, Sabina Schellenberg et Ieva Strunkiene.

Ce groupe de travail a pour mission d'étudier notre stratégie actuelle et de l'adapter, si nécessaire, aux besoins de nos membres et de notre environnement professionnel.

Ses membres travaillaient récemment sur un questionnaire qui vous aura été envoyé avant que vous ne partiez en vacances pour la pause estivale. Ce questionnaire porte sur tous les domaines d'intérêt pour nos membres, notamment les suivants :

- Motivation à être (ou à devenir) membre de la famille INSOL Europe ;
- Position de la famille INSOL Europe par rapport aux autres organisations professionnelles ;
- Réputation et image publique ;
- Utilité des services actuellement proposés ;
- Contribution au développement des politiques publiques ;
- Rapport qualité-prix ;
- Parrainages.

Chacun de ces points est couvert par quelques questions. Comme nous savons parfaitement que nos membres n'ont pas de temps à perdre, les questions sont aussi brèves que possible, et nous estimons qu'il ne faut pas plus de dix minutes pour répondre au questionnaire entier ! Toutefois, n'hésitez pas à y consacrer un peu plus de temps pour nous envoyer les commentaires qui vous viendraient à l'esprit !

Nous attachons la plus haute importance à vos réactions et plus nous en recevrons, plus nous pourrons facilement savoir ce que pensent nos membres et ce qu'ils attendent de notre organisation. Ne ratez pas cette occasion d'évaluer INSOL Europe !

Manifestations conjointes à Tel Aviv et Bruxelles

À l'heure où j'écris ces lignes, je reviens à peine de deux manifestations auxquelles INSOL Europe a participé en tant que co-organisatrice sur mon initiative :

- **Tel Aviv** : Séminaire conjoint d'une journée INSOL International / INSOL Europe ;
- **Bruxelles** : 6^e Congrès européen sur l'insolvabilité et la restructuration (EIRC) organisé conjointement par la DAV (Section pour le droit de l'insolvabilité et la restructuration du Barreau allemand) et INSOL Europe.

Ces deux manifestations ont remporté un énorme succès et j'ai le plaisir de vous annoncer que nos amis d'INSOL International et de la DAV partagent entièrement mon avis.

En ce qui concerne la manifestation de Tel Aviv, je peux vous dire en quelques mots que les programmes technique et social étaient absolument épatants ! Ceux d'entre vous qui étaient présents ne me contrediront pas et je remercie tous ceux qui ont permis que cette manifestation soit une telle réussite. J'adresse un grand merci à mon ami Eitan Erez, notre unique membre israélien à ce jour, qui a consacré beaucoup de temps et de dévouement à ce projet et a fait un travail absolument remarquable. *Cher Eitan, la famille INSOL Europe et son président vous doivent beaucoup !*

Vous trouverez un premier compte rendu succinct d'Eitan Erez à la fin de mon article.

Pour ce qui est de Bruxelles, je suis heureux de vous annoncer que la DAV et INSOL Europe concluront prochainement un accord au titre duquel nos deux organisations s'engagent à organiser conjointement cette manifestation à Bruxelles à l'avenir !

Ainsi, INSOL Europe sera régulièrement présente à Bruxelles, ce qui nous permettra de renforcer nos liens avec la Commission européenne, le Conseil de l'UE et d'autres institutions européennes, mais aussi avec nos amis de la DAV qui, en échange, auront accès à la liste de nos membres, en tant que source de participants et de connaissances pour cette manifestation fantastique. Que pourrait-on vouloir de mieux que cette situation dont nous sortons tous gagnants ?

En soi, la manifestation proposait une fois de plus un programme technique de haut niveau, grâce aux divers intervenants de la Commission européenne, ainsi qu'un excellent dîner de gala de clôture. Plusieurs intervenants et/ou participants étaient des membres de notre organisation et ils seront très certainement plus nombreux à l'avenir.

Formation de haut niveau d'INSOL Europe à Bucarest concernant le droit de l'insolvabilité dans les pays d'Europe orientale

Parallèlement au séminaire d'une journée de Tel Aviv, le deuxième module de la « Formation de haut niveau d'INSOL Europe concernant le droit de l'insolvabilité dans les pays d'Europe orientale » s'est tenu à Bucarest.

Avec 61 personnes inscrites, cette formation de haut niveau est emblématique de la mission qu'INSOL Europe accomplit auprès des membres d'Europe orientale de notre famille, afin de les aider à développer leur droit et leurs compétences en coopération avec des professionnels de renom issus de la famille INSOL Europe. Entre autres, Ignacio Tirado et Alberto Núñez-Lagos Burguera ont dispensé leurs enseignements à Bucarest, en compagnie de notre président adjoint, Radu Lotrean, qui nous rendra compte de cette formation de haut niveau dans le prochain numéro d'*eurofenix*.

Registre d'INSOL Europe des affaires fondées sur le REI

Par ailleurs, j'ai le plaisir de vous informer que notre registre d'affaires a été mis à jour pour vous servir encore mieux.

Le Registre d'affaires d'INSOL Europe présente les résumés de plus de 500 décisions de la Cour de justice de l'Union européenne, des tribunaux de première instance et des cours d'appel des États membres de l'UE qui abordent un point pertinent en lien avec le règlement européen sur les procédures d'insolvabilité (REI) ou, depuis le 26 juin dernier, avec la refonte du REI.

Vous pouvez ainsi consulter la jurisprudence européenne et des arrêts de la CJUE opposables à tous les États membres. Dans les cas où la CJUE ne donne que des conseils limités concernant des matières précises, les juges peuvent consulter les décisions non contraignantes d'autres tribunaux des États membres.

Étant donné qu'il faudra quelques mois pour que la(les) première(s) affaire(s) fondée(s) sur la refonte du REI atteigne(nt) la CJUE, les praticiens seront vivement intéressés de savoir comment les autres États membres de l'UE réagissent à la nouvelle formulation de la refonte du REI. Des extraits des grandes affaires fondées sur la refonte du REI seront ajoutés au Registre d'affaires à mesure que les arrêts seront prononcés après son entrée en vigueur.

Jeunes membres d'INSOL Europe

En étudiant la structure de nos membres, nous avons découvert que nous devons faire plus d'efforts pour inciter les jeunes membres de notre profession à rejoindre notre famille.

Nous envisageons actuellement plusieurs approches pour atteindre cet objectif aussi rapidement que possible, car les jeunes membres sont l'avenir de notre famille. Je suis certain qu'après la réunion de notre Conseil à Varsovie, nous annoncerons de nouvelles mesures visant à accroître la place des jeunes au sein de notre organisation.

Chers membres, j'espère que vous partagez mon enthousiasme pour notre organisation formidable, qui mérite que vous lui consacriez un peu de votre précieux temps. Pensez-y quand vous recevrez le questionnaire et prenez quelques minutes pour y répondre !

Grand succès en Israël, la « nation des start-ups »

Le séminaire conjoint d'une journée organisé par INSOL Europe et INSOL International à Tel Aviv, Israël, le 27 juin dernier, a attiré 120 participants d'Israël, d'Europe, des États-Unis et d'Afrique du Sud, nous indique Eitan Erez, président du Comité d'organisation.

Le président d'INSOL Europe, Steffen Koch, et son homonyme pour INSOL International, Adam Harris, étaient tous deux présents au séminaire qui s'est déroulé à l'hôtel Hilton Tel Aviv, surplombant la Grande Bleue et la ville de Jaffa.

Tous les délégués présents ont trouvé les séances de travail très intéressantes et les sujets évoqués enrichissants !

Par exemple, ils ont été informés des innovations européennes en matière d'insolvabilité transfrontalière, ainsi que des travaux de la CNUDCI ; ils ont par ailleurs discuté du récent projet de loi israélien sur l'insolvabilité et la détermination du forum approprié pour statuer sur une affaire d'insolvabilité internationale (CIP).

Ils ont également assisté à une fascinante conférence d'Eli Reifman, qui a décrit Israël comme la « nation des start-ups », véritable aimant qui attire des investisseurs du monde entier dans le domaine des hautes technologies.

Cette conférence était suivie d'une autre conférence intéressante du général Yom Tov Samia, qui a évoqué l'histoire de la fondation d'Israël et la situation géopolitique au Moyen-Orient.

Les délégués ont eu la possibilité de visiter des sites historiques tels que Jérusalem, Bethléem, le lac de Tibériade, Nazareth et Massada, ainsi que la bouillonnante Tel Aviv la Blanche, la ville qui ne dort jamais.

Le comité d'organisation était présidé par Eitan Erez, assisté de ses collègues Shaul Kotler et Ofer Shapira. *Ils seront heureux de vous accueillir la prochaine fois !*

x x x

x

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.

10

Actualités de la Branche Redressement

La Branche Redressement travaille actuellement sur un projet relatif à la mise en œuvre de la proposition de directive sur les cadres de restructuration préventifs.

La principale ambition de ce projet est de discuter et décider, en concertation avec la Branche Redressement : (i) quel sera le moyen le plus efficace pour mettre en œuvre la directive une fois qu'elle aura été promulguée ; et (ii) quel pourrait être le contenu le plus généralement acceptable de la directive dans le cadre que celle-ci accorde aux États membres.

La Branche Redressement n'est pas encore arrivée à des conclusions mais elle a étudié plusieurs solutions, instruments et approches à cet égard. Elle s'est entre autres intéressées à une loi type fondée sur la future directive, qui constituerait l'instrument le plus efficace pour mettre en œuvre uniformément la directive et éviter la « concurrence législative » entre États membres et donc les stratégies de *forum shopping*.

Pour ce qui est du contexte d'une telle loi type, il est probable qu'une combinaison entre un contenu large et libéral, pour la loi type, et une faible intervention judiciaire, ainsi qu'un accent plus fort sur la nécessité de transactions transfrontalières, feraient sens. Il sera suggéré aux États membres de conserver leurs cadres historiques / locaux / traditionnels de restructuration pré-

insolvabilité en adaptant la forte intervention judiciaire aux exigences minimales de la directive, et de préparer par ailleurs une version adoptant les exigences minimales de la directive. De cette manière, ils éviteraient que les deux régimes fonctionnent simultanément, à savoir le régime traditionnel pour les restructurations locales, et celui fondé sur le projet de loi type pour les restructurations transfrontalières et de haut niveau.

La Branche Redressement souhaite vivement que les membres d'INSOL Europe participent à ce débat très intéressant et accueille volontiers leurs réactions. INSOL Europe a toujours joué un rôle très actif dans l'élaboration de la législation et des solutions transfrontalières de l'UE, la Branche Redressement s'étant spécialisée dans ce domaine.

La Branche Redressement vient mettre à jour sa brochure, qui est disponible sur le site d'INSOL Europe à l'adresse <https://www.insol-europe.org/turnaround-wing-introduction-and-members>.

Contactez l'un des co-présidents pour de plus amples renseignements et pour participer à ses travaux : Alberto Núñez-Lagos Burguera – alberto.nunez-lagos@uria.com ; Rita Gismondi – rgismondi@gop.it

Deuxième module de la formation INSOL Europe de haut niveau

11

Le deuxième module de la « Formation de haut niveau d'INSOL Europe concernant le droit de l'insolvabilité dans les pays d'Europe orientale », s'est tenu à Bucarest, à l'hôtel CARO, du 29 juin au 1^{er} juillet 2017.

Après avoir bénéficié d'une présentation générale des normes internationales et d'exemples comparatifs de bonnes pratiques concernant les principaux éléments de l'insolvabilité et de la restructuration des entreprises par plusieurs experts internationaux, les soixante et un avocats, prêteurs, praticiens de l'insolvabilité, auditeurs, juges, représentants de l'Institut national de la magistrature, de l'Institut national pour la formation des praticiens de l'insolvabilité et du Syndicat national des praticiens de l'insolvabilité roumains qui étaient présents lors du premier module ont participé à une analyse couvrant tous les grands aspects du droit roumain de l'insolvabilité. Cette deuxième présentation a été assurée par une équipe d'experts locaux, composée de Simona Milos (Institut national pour la formation des praticiens de l'insolvabilité), Irina Sarcane (Target), Andreea Deli (Deli & Asociatii), Vasile Godinca (CITR), Flavius Motu, juge (Tribunal spécialisé de Cluj), Pr Radu Bufan (Universitatea de Vest), Bogdan Biter (CONSULTA 99) et Mihaela Carpus-Carcea (Commission européenne, direction générale de la justice et des consommateurs). Ensuite, une équipe d'experts composée des Pr Ignacio Tirado (Universidad Autonoma de Madrid, Espagne), Pr Janis Sarra (Université de Colombie-Britannique, Canada), Pr Christoph Paulus (Université Humboldt Berlin, Allemagne) et d'Alberto Núñez-Lagos (Uría Menéndez, Espagne), a joué le rôle de contradicteur, évaluant le système roumain de l'insolvabilité décrit par les experts en le comparant aux pratiques de référence et en citant des exemples comparatifs, ceci dans le but de résoudre les problèmes qu'ils considéraient comme les principaux obstacles dans la pratique roumaine.

Le troisième module se déroulera en ligne. Tous les détails sont disponibles sur notre site, à l'adresse www.insol-europe.org/education/courses2017

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

Dixième anniversaire du Groupe de recherche sur l'insolvabilité

Le professeur Rebecca Parry a repris les rênes du Centre pour le droit des affaires et de l'insolvabilité (*Centre for Business and Insolvency Law – CBIL*) de la Nottingham Law School (NLS) et nous rend compte de ses derniers mois d'activité, qui ont été très intenses, puisque le Groupe de recherche sur l'insolvabilité fête son dixième anniversaire.

« Sur le front de la recherche, la NLS est fière d'annoncer la publication de l'ouvrage de Jennifer Gant, intitulé *Balancing the Protection of Business and Employment in Insolvency* (Trouver l'équilibre entre la protection de l'entreprise et de l'emploi en cas d'insolvabilité) (Eleven Publishing, 2017) ; voir ci-dessous.

Nous continuons de travailler sur divers projets, notamment l'écriture et la collecte de rapports pour le projet d'INSOL consacré aux praticiens de l'insolvabilité (Rebecca Parry, Paula Moffatt, Jennifer Gant et Alexandra Kastrinou), et les recherches relatives au règlement européen sur l'insolvabilité menées au sein de l'université de Leeds (Alexandra Kastrinou). Nous avons également été actifs côté enseignement. Nos étudiants qui suivent le double cursus de master en droit avec l'université Radboud continuent leur excellent travail. J'ai été invitée à donner une conférence en Italie ; en octobre, nous accueillerons nos premiers étudiants à l'occasion de l'ouverture d'un nouveau master très prometteur, spécialisé en droit financier international.

Nous avons par ailleurs connu des changements au sein du personnel. Nous remercions pour leur excellent travail l'ancien directeur du Centre, David Burdette, qui nous a quittés pour prendre des fonctions au sein d'INSOL International, et Paul Omar, qui faisait également partie de notre Centre, et que son travail sur le droit de l'insolvabilité a amené à évoluer désormais dans des sphères internationales. »

« Trouver l'équilibre entre la protection de l'entreprise et de l'emploi en cas d'insolvabilité – Une perspective franco-britannique »

Nous sommes heureux de souhaiter la bienvenue au quatrième ouvrage de la série d'Eleven Publishing consacrée aux études sur le droit international et européen de l'insolvabilité, *Balancing the Protection of Business and Employment in Insolvency: An Anglo-French Perspective*, par Jennifer L.L. Gant, du Centre pour le droit des affaires et de l'insolvabilité (Nottingham Trent University).

Cet ouvrage étudie comment équilibrer la sauvegarde effective d'une entreprise et la protection de l'emploi, puisque ces notions ont tendance à être en conflit, tant du point de vue législatif que politique. Les salariés concernés par la cession d'un fonds de commerce peuvent représenter un passif, réduisant ainsi sa valeur intrinsèque et dissuadant les acquéreurs au vu des charges transmises en application de la directive sur les droits acquis. Cet ouvrage s'intéresse à la façon de trouver un équilibre entre ces objectifs politiques divergents.

L'ouvrage de Jennifer Gant est une investigation qui repose sur une analyse historique juridique comparative des approches adoptées pour équilibrer la protection de l'emploi et la sauvegarde des entreprises au Royaume-Uni et en France, pays qui ont été choisis pour l'influence législative et juridique qu'ils exercent dans l'Union européenne et pour leurs systèmes juridiques aux archétypes différents. Cette approche est utile dans la mesure où elle sert de toile de fond aux futures réformes, car elle explique comment des territoires donnés peuvent percevoir puis mettre en œuvre ces réformes au vu des objectifs sous-jacents en matière politiques de sauvegarde des entreprises et de protection de l'emploi.

Ouvrage disponible sur le site d'Eleven Publishing, au format papier et électronique, au tarif de 65 €.
ISBN 978-94-6236-755-5

Jane Marshall, du cabinet McCann FitzGerald, est élue au prestigieux American College of Bankruptcy.

13

Au cours d'une cérémonie qui s'est déroulée à Washington, D.C., Jane a été admise au sein de la vingt-huitième promotion, devenant ainsi la première Irlandaise à être élue au College of Bankruptcy.

Jane Marshall a occupé la présidence d'INSOL Europe de 2000 à 2001 ; elle est actuellement consultante au sein du groupe Restructuration et Insolvabilité du cabinet McCann FitzGerald.

Lui souhaitant la bienvenue, Barry Devereux, directeur général, s'est exprimé en ces termes : « Jane est l'une des plus grandes expertes en matière de restructuration et d'insolvabilité et nous sommes extrêmement fiers qu'elle ait réussi à recevoir cette distinction internationale parfaitement méritée. Cette annonce marque la reconnaissance, par ses pairs, de la réputation de Jane au niveau international dans le domaine de la restructuration et de l'insolvabilité. »

L'American College of Bankruptcy est une association professionnelle et éducative honorifique de professionnels de l'insolvabilité. Les professionnels invités en son sein doivent remplir des critères stricts avant que leur candidature puisse être étudiée, et notamment se distinguer par leur professionnalisme, leur éthique, leur caractère, leur intégrité, leur expertise professionnelle et leur rôle directeur, contribuant à l'amélioration du droit et de la pratique de l'insolvabilité.

Réformes du nouveau règlement européen sur les procédures d'insolvabilité – Séminaire en Roumanie

Radu Lotrean nous rend compte du récent séminaire d'une journée organisé à Bucarest

« Je pense que trois choses peuvent rendre une conférence efficace et mémorable : l'intérêt des thèmes abordés et des intervenants, une bonne gestion de la manifestation et un public motivé. À mon avis, la conférence consacrée aux Réformes du nouveau règlement européen sur les procédures d'insolvabilité, organisée par l'université américano-roumaine, INSOL Europe et l'université Nicolae Titulescu le 27 avril 2017, dans les locaux de l'université américano-roumaine de Bucarest, remplissait tous ces critères.

Les intervenants — des spécialistes renommés du droit de l'insolvabilité, professeurs, juges, avocats, praticiens de l'insolvabilité, représentants du ministère de la Justice et du Registre national roumain du commerce — ont présenté des sujets d'actualité dans le domaine de l'insolvabilité nationale et internationale.

Entre autres thèmes abordés, ils ont procédé à une analyse de la refonte du règlement européen et ont en particulier étudié certains aspects précis relatifs aux questions découlant des répercussions de l'insolvabilité transfrontalière sur l'environnement commercial roumain, tant en Roumanie qu'à l'étranger, ainsi que la façon dont les dispositions du nouveau règlement peuvent permettre d'y apporter une réponse.

Interagissant avec un public très motivé, composé essentiellement de praticiens de l'insolvabilité, les intervenants ont quasiment provoqué une séance de brainstorming portant sur certains aspects controversés de l'insolvabilité nationale. Le public et les intervenants ont échangé sur un pied d'égalité, proposant tous des idées d'améliorations et des solutions législatives.

En tant que représentant d'INSOL Europe, j'ai eu le plaisir d'ouvrir cette conférence et de détailler un peu l'histoire de notre association, ainsi que les avantages formidables qu'en tirent ses membres. J'ai été ravi de découvrir qu'un si grand nombre de spécialistes de l'insolvabilité étaient membres d'INSOL Europe et j'ai également constaté le vif intérêt des jeunes participants et des étudiants. Par ailleurs, j'ai également eu le plaisir de faire une présentation de l'insolvabilité en chiffres.

Je suis persuadé que le soutien apporté aux conférences locales permettra d'accroître la notoriété d'INSOL Europe et nous amènera à terme de nouveaux membres. »

Formation d'INSOL International sur la pratique de l'insolvabilité dans le monde

INSOL International a le plaisir d'annoncer la huitième formation diplômante sur la pratique de l'insolvabilité dans le monde. Les participants retenus, dont neuf viennent d'Europe, sont désormais officiellement reconnus membres d'INSOL International.

Tous les détails sont disponibles sur notre site, à l'adresse www.insol-europe.org/news/insol-international-press-releases.

INSOL Europe participe au Groupe de travail V de la CNUDCI

INSOL Europe a assisté à la 51^e session du Groupe de travail V de la CNUDCI (concernant le droit de l'insolvabilité), qui s'est tenue à New York du 10 au 19 mai 2017, en sa qualité d'organisation non gouvernementale (ONG) internationale invitée, bénéficiant du statut d'observateur. Florian Bruder nous en fait un rapport.

" Parmi les autres observateurs, citons l'American Bar Association, INSOL International, l'International Bar Association, l'International Insolvency Institute, la Fondation pour le droit continental, la Banque européenne d'investissement, l'International Women's Insolvency and Restructuring Confederation, la Law Association for Asia and the Pacific, et l'Union Internationale des Avocats.

Je faisais partie de la délégation d'INSOL Europe, qui était dirigée par son Président, Steffen Koch. Notre présence avait pour but de représenter les opinions d'INSOL Europe dans des domaines dans lesquels nous estimons que notre organisation peut se prévaloir de son expertise précise en matière d'insolvabilité internationale. Notre délégation a participé à de nombreux débats avec les délégations du Groupe de travail afin de faciliter les délibérations du Groupe de travail lors de cette 51^e session.

Au cours de cette session, le Groupe de travail V de la CNUDCI s'est concentré sur les trois thèmes suivants :

1. A/CN.9/WG.V/WP.147 - Insolvabilité des micro, petites et moyennes entreprises

Au cours des sessions précédentes, le Groupe de travail V et la Commission avaient fait remarquer l'importance de l'insolvabilité des micro, petites et moyennes entreprises (« MPME »). La Commission a donc donné pour mandat au Groupe de travail V d'élaborer des mécanismes et solutions adéquats pour répondre au problème de l'insolvabilité des MPME. En particulier, le Groupe de travail V devrait s'efforcer d'adapter les mécanismes déjà prévus dans le Guide législatif afin de répondre précisément aux problèmes des MPME, mais aussi d'élaborer de nouveaux mécanismes simplifiés. Il a été reconnu que ces mécanismes devaient en particulier être équitables, rapides, flexibles et rentables.

Un groupe de délégués, professeurs et praticiens a fait remarquer que la plupart des régimes d'insolvabilité sont conçus pour les grandes entreprises. Ils ont présenté une approche modulaire du régime d'insolvabilité des MPME pour qu'il corresponde mieux au rôle important que joue le chef d'entreprise et aux besoins individuels survenant en cas d'insolvabilité des MPME. Le Groupe de travail a convenu que les travaux pourraient consister à étudier chacun des sujets abordés dans le Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité et à vérifier l'opportunité du traitement prévu pour un régime d'insolvabilité des MPME.

2. *A/CN.9/WG.V/WP.145 – Reconnaissance et exécution des jugements liés à l’insolvabilité : projet de loi type*

Se fondant sur le mandat de la Commission, qui prévoit l’élaboration d’une loi type autonome prévoyant la reconnaissance et l’exécution des jugements liés à l’insolvabilité, le Groupe de travail V avait recensé les grandes questions posées au cours des sessions précédentes, devant être abordées par un tel instrument. En préparation de la 51^e session, la délégation du Canada a présenté des commentaires approfondis sur le projet de loi type (A/CN.9/WG.V/WP.148). Le Secrétariat a présenté un projet révisé d’après les commentaires formulés au cours de la 50^e session. Ces deux documents ont été débattus en profondeur par le Groupe de travail V, en lien avec le champ d’application de l’instrument et diverses autres matières.

Entre autres, un projet de préambule a été adopté, réitérant que l’instrument devrait compléter la législation promulguée sur la base de la loi type de la CNUDCI sur l’insolvabilité internationale et non la remplacer ou dissuader les États de la mettre en œuvre. Par ailleurs, la définition de "jugement lié à l’insolvabilité" a été débattue plus avant, en particulier pour savoir si une formulation similaire à celle utilisée dans le règlement européen sur l’insolvabilité (UE) 848/2015 devrait être adoptée ou non.

3. *A/CN.9/WG.V/WP.146 – Faciliter les procédures d’insolvabilité internationale visant des groupes d’entreprises multinationaux : projet révisé de dispositions législatives*

Au cours des sessions précédentes, le Groupe de travail V avait préparé un projet de dispositions législatives tendant à faciliter les procédures d’insolvabilité internationale visant des groupes d’entreprises multinationaux. Le projet consolidé présenté au Groupe de travail V au cours de la 51^e session intégrait les grands principes et dispositions identifiés au cours des sessions précédentes, portant sur :

- (a) la coordination et la coopération dans le cadre des procédures d’insolvabilité visant un groupe d’entreprises ;
- (b) les éléments nécessaires au développement et à l’approbation d’une solution d’insolvabilité de groupe impliquant plusieurs entités ;
- (c) l’utilisation des procédures dites "synthétiques" au lieu des procédures secondaires ;
- (d) l’utilisation des procédures dites "synthétiques" au lieu des procédures principales ; et
- (e) l’approbation d’une solution d’insolvabilité de groupe plus optimisée, par rapport au niveau de protection adéquate des intérêts des créanciers des membres du groupe affectés.

Le projet de texte a une fois de plus fait l’objet de vifs débats. Entre autres, il a été précisé que le membre d’un groupe d’entreprises dont le centre des intérêts principaux est situé dans un autre État peut participer à une procédure concernant un autre membre du groupe sans nécessairement avoir à élaborer une solution d’insolvabilité de groupe entraînant une procédure de planification. Ceci clarifie que la coopération et la coordination d’un côté, et une procédure de planification de l’autre, sont des étapes distinctes, mais qu’elles permettent toutes les deux d’élaborer une solution d’insolvabilité de groupe. L’institution d’une procédure de planification prévoyant la nomination d’un représentant du groupe n’est pas nécessaire pour bénéficier d’une participation totale. Un projet révisé a été préparé et sera présenté au Groupe de travail V pour examen lors de la 52^e session.

Les documents ci-dessus et d’autres documents de travail (à savoir les commentaires et notes préparés par le Secrétariat) sont disponibles sur le site de la CNUDCI à l’adresse www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/5Insolvency.html.

Notre délégation est repartie avec l'impression que les travaux concernant la reconnaissance et l'exécution des jugements liés à l'insolvabilité, ainsi que la facilitation de l'insolvabilité internationale des groupes d'entreprises multinationaux ont bien avancé et que le Groupe de travail V fait beaucoup d'efforts pour finaliser les deux projets au cours des prochaines sessions.

Nous espérons poursuivre ces travaux lors de la prochaine session qui devrait se tenir à Vienne en décembre 2017."

Conférence et symposium inauguraux du Groupe de recherche international sur l'insolvabilité des entreprises et le droit commercial (« CI&CL »)

Eugenio Vaccari, doctorant à la City, University of London, nous rend compte de cette manifestation qui a été organisée avec succès le 6 avril 2017.

Cette manifestation d'une journée, parrainée par Thomson Reuters, avec le soutien d'INSOL Europe et INSOL International, s'est déroulée avec la participation de plus de soixante-dix personnes. Le jour de la conférence, les participants de douze pays ont présenté les résultats de leurs recherches. Le débat qui a suivi a permis aux participants et au comité d'organisation de faire avancer leurs recherches, surtout en ce qui concerne l'amélioration ou la facilitation de l'application de la loi dans les pays concernés (recommandations nationales), de remettre en question les tendances actuelles et les recommandations politiques établies en adoptant une approche proactive vis-à-vis des réformes législatives au niveau international (lignes directrices générales).

17

Grâce au succès de cette manifestation et aux réactions positives du public, le professeur Jason Chuah, chef de département universitaire à la City, University of London, a confirmé que l'université continuerait de soutenir les activités du groupe de recherche en plus de l'organisation d'une conférence sur l'insolvabilité. Des conférences similaires devraient donc se tenir une fois par an dans les locaux de la City, University of London.

Le programme couvrait un large éventail de sujets en lien avec l'insolvabilité. Après un petit-déjeuner léger, Julia Constantino Chagas Lessa (City, University of London) et David Burdette (INSOL International) ont présidé les deux premières séances réservées aux doctorants et aux jeunes chercheurs. Les interventions proposées couvraient une large gamme de questions matérielles. Elles indiquaient également une tendance des études doctorales à se concentrer sur des recherches comparatives et empiriques, mettant l'accent sur l'analyse des changements législatifs et des obstacles rencontrés dans les pays en développement et émergents.

Le programme s'est poursuivi par un exposé du professeur Andrew Keay (Centre for Business Law and Practice, University of Leeds) sur les perspectives et les obstacles à l'harmonisation des règles d'annulation des insolvabilités dans l'Union européenne. Il s'est appuyé sur les éléments réunis au cours d'un projet de recherche coordonné par son université et financé

par l'Union européenne, visant à dresser la cartographie des lois des États membres en matière d'insolvabilité et à les comparer sur plusieurs points.

S'agissant plus particulièrement des règles d'annulation, le professeur Keay a souligné les principales différences qui existent actuellement entre les pays. Dans son exposé, il a étudié les facteurs qui doivent être abordés pour formuler un régime harmonisé en matière de règles d'annulation en cas d'insolvabilité. L'hypothèse importante qui sous-tend cette idée est que, bien que l'harmonisation soit un objectif louable, ses modalités et les éléments à prendre en considération revêtent tout autant d'importance.

En ligne avec les préoccupations soulevées par cet exposé, d'autres ont fait l'analyse critique des progrès réalisés par les États membres dans la réforme de leurs lois nationales sur la base des recommandations et propositions de la Commission européenne. Les participants ont pris connaissance des initiatives et réformes préliminaires entreprises dans des pays tels que l'Italie, l'Allemagne et le Royaume-Uni. Ils ont également pu apprécier à quel point, malgré les efforts de la CE, les règles et lois en matière d'insolvabilité restaient fragmentées. En règle générale, les intervenants ont affirmé que les décideurs politiques avaient ressenti l'obligation d'envisager les propositions (non contraignantes) de l'Union européenne en tenant compte d'une grande diversité de cultures commerciales et juridiques, échouant ainsi à atteindre l'objectif d'harmonisation européenne.

La récente décision du gouvernement britannique de déclencher les négociations pour quitter l'Union européenne, suite aux résultats du referendum de 2016, a jeté les bases du nouveau débat qui se déroulera dans le cadre de cette manifestation, concernant l'évolution du droit de l'insolvabilité, cette fois-ci du point de vue britannique plutôt qu'europpéen. En particulier, Hamish Anderson a étudié l'éventuelle nécessité de réformes supplémentaires du droit national en réponse au Brexit.

Dans sa présentation, il a souligné les implications que le Brexit pourrait avoir sur la future reconnaissance des procédures d'insolvabilité et concordats britanniques au sein de l'Union européenne, étant donné que seul un petit nombre d'États membres ont à ce jour adopté la loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (dont le champ d'application est bien plus restreint que celui du règlement n° CE/1346/2000, remplacé par la refonte du règlement UE/2015/848).

La conférence s'est terminée par une présentation propice à la réflexion donnée par le professeur Yvonne Joyce (University of Glasgow), qui a révélé — d'après les résultats d'une étude empirique — à quel point les procédures d'insolvabilité sont soumises à des forces « relationnelles » immatérielles, notamment aux agendas personnels et aux transitions de l'idéologie politique. Ce faisant, elle visait à expliquer comment ces forces pourraient par la suite se répercuter sur la gouvernance d'entreprise dans le cadre des procédures.

En outre, les recherches qu'elle effectue actuellement cherchent à révéler comment des forces éthiques peuvent opérer de manière à tempérer les pressions commerciales qui pèsent sur les comptables, domaine dans lequel Yvonne Joyce dispose de grandes connaissances et expertise, puisqu'elle est expert-comptable.

Enfin, cette manifestation d'un jour s'est terminée par un symposium organisé par le Groupe de recherche international sur l'insolvabilité des entreprises et le droit commercial (« CI&CL »), réseau collaboratif à but non lucratif qui réunit des universitaires, des professionnels et des acteurs industriels et promeut la recherche sur les questions transfrontalières en droit de l'insolvabilité.

Ce symposium a permis à quatre tables rondes de débattre des résultats préliminaires d'une étude réalisée dans trente-six pays, portant sur le traitement des contrats exécutoires en droit de l'insolvabilité. Cette étude adoptait un point de vue véritablement international. Elle visait à dresser la cartographie des lois existantes en la matière, étudiant les grandes motivations des récentes réformes et établissant un ensemble de critères permettant d'évaluer le caractère raisonnable et l'efficacité des politiques nationales.

Nouvelle publication : Insolvabilité à Jersey et localisation d'actifs

Éditeur : Key Haven Publications

Auteurs : Anthony Dessain et Michael Wilkins

Date de publication : 2016, 5^e édition ; cvii et 583 pages

Prix : 195,00 GBP – ISBN : 978-1-901614-67-1

Critique de Paul Omar

Le droit de l'insolvabilité des îles Anglo-normandes prend ses racines dans le droit coutumier normand et puise des influences dans les développements du droit civil de leur voisine française et, plus récemment, des règles britanniques comparables pour ce qui est de la liquidation des entreprises. Des observations similaires peuvent être faites concernant les lois en matière de propriété, de sûretés et de procédure, par exemple concernant les litiges et le recouvrement : les dispositions peuvent également avoir des origines en droit civil et en *common law*.

Dans ce territoire à la double culture juridique qu'est Jersey, les lois offrent une vision fascinante de la juxtaposition de règles issues de familles juridiques différentes et de la façon dont elles s'articulent. Cet ouvrage, qui s'attache à comprendre ces domaines du droit, est corédigé par Anthony Dessain, associé senior au sein du cabinet Bedells Cristin et avocat jersiais de renom, et par Michael Wilkins, qui a occupé jusque récemment les fonctions de vicomte de la Cour royale de Jersey, c'est-à-dire d'administrateur judiciaire officiel de l'île.

Le but principal de ce texte est de couvrir le droit jersiais de l'insolvabilité, ainsi que d'apporter suffisamment d'éléments contextuels pour permettre une appréciation des différences entre le droit jersiais et les autres systèmes. Ainsi, cet ouvrage, qui en est à sa cinquième édition, débute par une brève introduction au système juridique jersiais et à son ordre judiciaire, suivie de chapitres détaillés sur le recouvrement d'actifs et les droits des demandeurs en lien avec l'insolvabilité, présentant notamment divers régimes de sûretés ainsi que des questions d'exécution et de procédure connexes.

Deux autres chapitres couvrent les obligations et responsabilités des administrateurs, lèvent aussi le voile sur le contexte de l'utilisation des organes sociaux et des *trusts*, ce qui revêt une grande importance au vu de la fréquence, à Jersey, des placements financiers structurés au moyen de diverses entités, qu'elles soient constituées en société ou non.

Le chapitre 5 occupe une place centrale dans l'ouvrage et couvre ce que l'on pourrait appeler la « faillite » au sens large, allant des procédures de liquidation en vertu du droit des sociétés aux procédures classiques (les *cessions de biens** et les procédures d'exécution qui en dépendent, ainsi que les *remises de biens**) et modernes (*désastre**) prévues par le droit de l'insolvabilité. Il couvre également de récents développements observés dans la pratique, concernant le traitement des équivalents locaux des sauvetages et des pré-packs.

Le volume se termine par trois chapitres consacrés à l'insolvabilité transfrontalière, à l'impact des droits de l'homme dans le cadre de l'insolvabilité et à une conclusion sur la position de Jersey en tant que centre financier international. Des explications supplémentaires sur des questions soulevées dans les textes sont fournies au moyen des commentaires approfondis (et plus détaillés) qui figurent dans les annexes.

En bref, ce texte très détaillé offre un exposé bien écrit et réfléchi des règles du droit de l'insolvabilité à Jersey et des domaines connexes que sont le droit de la propriété et des sociétés. Il devrait trouver aisément sa place dans la bibliothèque de toute personne traitant des affaires sur ce territoire.

Élections du Conseil d'INSOL Europe

20

Voici venu le moment de l'année où nous nous occupons des départs et élections au sein de notre Conseil.

Les pays comptant au moins trente membres ont droit à un siège réservé au Conseil.

En octobre de cette année, le siège réservé au Royaume-Uni sera vacant suite à la nomination d'Alastair Beveridge au poste de vice-président l'année dernière, ainsi que le siège de l'Italie, puisqu'Antonio Tullio aura terminé son mandat de trois ans. M. Tullio pourra se représenter pour un nouveau mandat de trois ans et affronter les nouveaux candidats proposés. Par conséquent, les membres d'Italie et du Royaume-Uni recevront bientôt un courrier électronique d'appel à candidatures de leur pays.

Entre-temps, un siège non réservé au Conseil (qui peut être occupé par n'importe quel pays) deviendra vacant, puisque Martine Gerber (Luxembourg) arrivera au terme de son maximum de deux mandats de trois ans consécutifs.

Date limite des candidatures : 21 juillet 2017

Des instructions concernant le dépôt des candidatures ont été envoyées par courrier électronique aux membres. Contactez Caroline Taylor, directrice administrative d'INSOL Europe, à l'adresse carolinetaylor@insol-europe.org si vous n'avez pas reçu le formulaire de candidature.

* En français dans le texte (N. de la T.).

Rubrique technique

Du rapprochement à l'harmonisation de la formation des PI

Emmanuelle Inacio examine en détail l'harmonisation de la formation des praticiens de l'insolvabilité en Europe*

La question de l'harmonisation du droit pourrait être illustrée par une citation du célèbre géographe français, Daniel Faucher : "L'Europe est trop grande pour être unie. Mais elle est trop petite pour être divisée. Son double destin est là."

En ce qui concerne l'harmonisation du droit européen de l'insolvabilité et plus particulièrement l'harmonisation de la réglementation des principales personnes à appliquer le droit de l'insolvabilité à travers l'Union européenne — les praticiens de l'insolvabilité, pour reprendre la terminologie européenne —, la question qui se pose est de savoir si l'harmonisation de la réglementation des praticiens de l'insolvabilité au niveau de l'Union européenne est **utile et réalisable**.

De fait, les praticiens de l'insolvabilité font partie intégrante de tout système d'insolvabilité efficace¹. Comme l'a souligné le professeur Ernst Jaeger : "le choix du praticien de l'insolvabilité est la principale question qui se pose dans le cadre de la procédure d'insolvabilité²."

Au niveau européen, en vertu de la refonte du règlement européen sur l'insolvabilité du 20 mai 2015, les praticiens de l'insolvabilité sont définis comme suit : « toute personne ou tout organe dont la fonction, y compris à titre intérimaire, consiste à : (i) vérifier et admettre les créances soumises dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité ; (ii) représenter l'intérêt collectif des créanciers ; (iii) administrer, en tout ou partie, les actifs dont le débiteur est dessaisi ; (iv) liquider les actifs visés au point (iii) ; ou (v) surveiller la gestion des affaires du débiteur³. »

Par conséquent, il est indispensable que les praticiens de l'insolvabilité disposent des qualifications nécessaires et possèdent les connaissances, l'expérience et les qualités personnelles qui permettront non seulement la conduite efficace et efficiente de la procédure d'insolvabilité, mais aussi que le régime d'insolvabilité inspire confiance⁴.

D'après les recherches comparatives sur le rôle des praticiens de l'insolvabilité menées par la CNUDCI⁵, la Banque mondiale⁶, la Banque européenne pour la reconstruction et le développement⁷, l'université de Leyde⁸ et celle de Leeds⁹, il s'avère que les lois des États

¹ Tirado, I., *Issues Note on Insolvency Representatives* (projet), Banque mondiale, 2011.

² Jaeger, E., *Konkursordnung Grosskommentar*, 1901.

³ Article 2 (5).

⁴ CNUDCI, *Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité*, 2004, p. 174.

⁵ *Idem*.

⁶ Banque mondiale, *Principes régissant le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers*, 2016.

⁷ BERD, *Assessment of Insolvency Office Holders: Review of the Profession in the EBRD Region*, 2014.

⁸ INSOL Europe, *Déclaration de principes et lignes directrices pour les mandataires de l'insolvabilité en Europe*, 2015 (disponible à l'adresse www.insol-europe.org/download/resource/167). La déclaration de principes d'INSOL

membres de l'UE prévoient des règles différentes concernant la qualification, l'agrément, la nomination, la surveillance et la discipline, la déontologie, les pouvoirs, les obligations et la rémunération des praticiens de l'insolvabilité. Ces recherches ont néanmoins permis de formuler des recommandations, des principes et des lignes directrices fondés sur des grandes caractéristiques communes.

Si le rapport de 2010 d'INSOL Europe, *Harmonisation du droit de l'insolvabilité au niveau de l'UE*¹⁰, présenté à la Commission des Affaires juridiques du Parlement européen, recensait plusieurs domaines du droit de l'insolvabilité susceptibles d'harmonisation matérielle, toutefois, en ce qui concerne les qualifications et l'admissibilité des praticiens de l'insolvabilité à des fins de nomination, d'agrément, de réglementation, de surveillance, de déontologie et de conduite, en raison des différences importantes existant entre États membres, l'harmonisation n'a pas été jugée nécessaire tant que le droit de l'insolvabilité matériel et le droit des sociétés ne seraient pas harmonisés.

En 2016, le Forum des mandataires de l'insolvabilité (« MI ») d'INSOL Europe a présenté une nouvelle analyse comparative sur la question et a conclu qu'en raison de l'hétérogénéité de la réglementation de l'insolvabilité au sein de l'Union européenne, seules des règles minimales devraient être mises en place¹¹. Le Forum des MI a défini huit règles minimales reposant sur les Principes de la BERD (et recommandées par l'université de Leeds) concernant : (i) l'agrément et l'enregistrement ; (ii) la réglementation, la supervision et la discipline ; (iii) la qualification et la formation ; (iv) le système de nomination ; (v) les règles professionnelles et la déontologie ; (vi) les pouvoirs et obligations ; (vii) la transparence ; et (viii) la rémunération.

22

Le Forum des MI a présenté ces règles à la direction générale de la justice et des consommateurs de la Commission européenne le 25 juin 2016¹². Cependant, le Forum des MI a souligné que ces règles minimales ne devraient pas être imposées à la profession de l'insolvabilité, dont la diversité en termes de réglementation devrait être respectée.

Malgré tout, le Forum des MI a recommandé d'améliorer le rapprochement des praticiens de l'insolvabilité à l'initiative des professionnels eux-mêmes. Selon le Forum des MI, l'échange de connaissances et de bonnes pratiques, les revues par les pairs et la formation transfrontalière devraient être favorisés. À cet effet, les systèmes de formation continue existant dans les États membres devraient être encouragés ; il conviendrait même de leur donner l'autorisation de prévoir une formation théorique et pratique dans d'autres États membres.

s'appuie sur des recherches menées par l'université de Leyde (disponibles à l'adresse <http://www.trileiden.eu/project/categories/ioh-project/>).

⁹ Université de Leeds, *Étude d'une nouvelle approche de la défaillance et de l'insolvabilité des entreprises - Analyse juridique comparative des dispositions et pratiques pertinentes en vigueur dans les États membres*, étude demandée par la Commission européenne (direction générale de la justice et des consommateurs), appel d'offres n° JUST/2014/JCOO/PR/CIVI/0075, 2016.

¹⁰ INSOL Europe, *Harmonisation du droit de l'insolvabilité au niveau de l'UE*, étude demandée par la Commission aux affaires juridiques du Parlement européen (direction générale des politiques internes, service : Droits des citoyens et affaires constitutionnelles), note PE 419.633, 2010.

¹¹ <https://www.insol-europe.org/ioh-forumintroduction-and-members>.

¹² Voir Inacio, E., Problèmes et difficultés rencontrés par les mandataires de l'insolvabilité en Europe, *eurofenix*, numéro d'automne 2016.

Le rapprochement des praticiens de l'insolvabilité par l'échange de savoir-faire entraînerait une harmonisation sur le long terme, ce qui serait préférable à l'imposition de règles susceptibles d'affecter la santé économique et le bon fonctionnement des États membres.

Le 22 novembre 2016, la Commission européenne a présenté la tant attendue 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/UE¹³. Le Titre IV du projet de directive contient des propositions visant à accroître l'efficacité de la restructuration, de l'insolvabilité et de la deuxième chance et concernant la qualification, la formation, la nomination, la surveillance et la rémunération des professionnels de l'insolvabilité.

La proposition indique que les États membres devraient veiller à ce que les praticiens de l'insolvabilité soient convenablement formés et surveillés dans l'exercice de leur mission, qu'ils soient nommés en toute transparence en tenant compte de la nécessité d'assurer l'efficacité des procédures, et qu'ils s'acquittent de leurs obligations en faisant preuve d'intégrité. Les praticiens de l'insolvabilité devraient également adhérer à des codes de conduite volontaires visant à garantir un niveau approprié de compétences et de formation, mais aussi la transparence de leurs fonctions, et prévoyant des règles concernant la fixation de leur rémunération, la souscription d'une assurance responsabilité professionnelle et l'établissement de mécanismes réglementaires et de contrôle qui devraient inclure un régime approprié et efficace de sanction à l'égard de ceux qui ne remplissent pas leurs obligations.

La proposition ajoute que de telles normes pourraient être mises en place sans qu'il soit nécessaire, en principe, de créer de nouvelles professions ou compétences¹⁴.

La proposition semble de fait établir des règles minimales très semblables à celles établies par le Forum des MI d'INSOL Europe tout en respectant la diversité des règles existantes.

En ce qui concerne la formation, la proposition déclare que les États membres doivent veiller à ce que les médiateurs, les praticiens de l'insolvabilité et les autres praticiens désignés dans les affaires de restructuration, d'insolvabilité et de seconde chance reçoivent la formation initiale et continue nécessaire pour assurer que leurs services soient fournis avec efficacité, indépendance, compétence et impartialité à l'égard des parties¹⁵. De la même manière, concernant les membres autorités judiciaires et administratives traitant des questions de restructuration, d'insolvabilité et de seconde chance, les États membres doivent veiller à ce qu'ils reçoivent une formation initiale et continue à un niveau correspondant à celui de leurs responsabilités afin de garantir qu'ils disposent de l'expertise et de la spécialisation nécessaires¹⁶.

La proposition explique qu'au vu des mécanismes de coopération renforcée entre les juridictions et les praticiens dans les procédures transfrontières prévus dans la refonte du règlement

¹³ http://ec.europa.eu/newsroom/just/itemdetail.cfm?item_id=50043.

¹⁴ Considérant 40, articles 24 à 27.

¹⁵ Article 24.

¹⁶ Article 26.

européen sur l'insolvabilité du 20 mai 2015, le professionnalisme de tous les acteurs concernés doit être porté à un niveau élevé comparable dans toute l'Union¹⁷.

Ainsi, la proposition met l'accent sur l'éducation, ce qui avait également été souligné par notre Forum des MI.

Formation de haut niveau

S'inscrivant dans la lignée des conclusions du Forum des MI et à la proposition de la CE concernant la formation des praticiens de l'insolvabilité et des membres des autorités judiciaires et administratives, la formation de haut niveau d'INSOL Europe sur le droit de l'insolvabilité dans les pays d'Europe orientale a débuté en 2016. Cette formation ambitieuse vise à accompagner les pays d'Europe orientale dans leur transition vers un système de l'insolvabilité moderne, efficace et conforme aux bonnes pratiques.

Pour sa première édition, la formation de haut niveau s'est déroulée en Roumanie, où elle a bénéficié du soutien total et de la coopération du ministère de la Justice et de l'Institut national de la magistrature. L'Institut national pour la formation des praticiens de l'insolvabilité a lui aussi apporté son concours à la formation de haut niveau sur le droit de l'insolvabilité : il a décidé d'accorder 20 points de formation continue — c'est-à-dire le maximum possible — à la soixantaine d'avocats, prêteurs, praticiens de l'insolvabilité, auditeurs, juges et représentants de l'Institut national de la magistrature roumains qui ont assisté à la formation et partagé leurs connaissances et expérience.

Le professeur Ignacio Tirado (Universidad Autonoma de Madrid, Espagne), directeur du programme de la formation de haut niveau, et Radu Lotrean (CITR, Roumanie), directeur local, ont constitué des groupes de travail composés d'experts nationaux et internationaux qui dispenseront un programme d'un an, organisé en trois sessions de formation présentielle à Bucarest, afin d'aider les professionnels à se familiariser avec les normes internationales et des exemples comparatifs de bonnes pratiques issus de la pratique en matière de restructuration et d'insolvabilité, ainsi que de connaître plus en détail le système d'insolvabilité local.

La formation d'INSOL Europe a reçu le soutien de Mihaela Carpus-Carcea, responsable législative à la Commission européenne, qui non seulement a présenté aux participants la proposition de la Commission européenne concernant une directive sur les cadres de restructuration préventifs, mais analysera la conformité du système roumain actuel à la proposition à l'occasion d'un atelier.

Forte de ce succès, INSOL Europe prévoit de reconduire la formation INSOL Europe de haut niveau sur le droit de l'insolvabilité à Budapest l'année prochaine.

Il ne faut aucun doute que l'harmonisation de la formation des praticiens de l'insolvabilité et des membres des autorités judiciaires et administratives est **utile et réalisable**. Nous sommes fiers qu'INSOL Europe contribue à amener tous les acteurs concernés à des niveaux de formation élevés comparables dans toute l'Union.

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

¹⁷ Considérant 39.

Conférence de l'EECC

Compte rendu de la conférence 2017 de l'EECC

Réka Korompay-Túróczi, membre du Comité technique de la manifestation, nous donne sa vision personnelle de la Conférence qui s'est tenue à Budapest (Hongrie) et nous rend compte des principaux thèmes abordés*

J'étais assise devant mon ordinateur quand j'ai reçu un courrier d'INSOL Europe, m'annonçant qu'il était envisagé d'organiser la treizième conférence du Comité des pays d'Europe orientale (EECC) à Budapest en 2017.

J'assiste depuis des années à diverses conférences régionales d'INSOL Europe en compagnie de mes collègues. Certains d'entre vous s'en souviennent peut-être, mais je suis fière de le rappeler, Budapest a eu l'honneur d'accueillir la toute première conférence de l'EECC, en 2005.

Naturellement, nous avons été ravis de répondre favorablement à cette demande, car nous rêvions de participer à une conférence mémorable avec INSOL Europe.

En tant que représentants du seul organisme professionnel de l'insolvabilité de Hongrie, à savoir l'Association hongroise des praticiens de l'insolvabilité (HAIP/FOE), nous sommes fiers de dire que nous entretenons d'excellentes relations avec nos associations membres régionales, raison pour laquelle il était primordial d'impliquer le public hongrois autant que possible, afin d'élargir notre monde autrement plutôt fermé et de faire en sorte que les membres de notre profession puissent mieux connaître les pratiques internationales.

Conformément à la législation hongroise, nous participons régulièrement à des programmes de formation professionnelle obligatoires, qui sont organisés en interne spécialement pour nous. C'est la raison pour laquelle nous avons eu l'idée de faire de cette conférence une étape de formation complémentaire. En accord avec l'organisme de formation public, nous avons accordé 12 points de crédits au lieu des 8 habituels aux personnes ayant participé à la conférence. Un des plus était qu'INSOL Europe avait prévu un interprète hongrois-anglais pour toute la conférence. Tout cela a naturellement incité nos confrères à participer à la conférence, ce qui explique le nombre élevé de participants (285 personnes).

Nous avons également fait un effort pour présenter des exposés qui intéresseraient tant les délégués hongrois que ceux venus de l'étranger. Lors du choix du thème principal de la conférence, nous avons délibérément décidé de présenter une situation réelle. Nous voulions comprendre si les autres pays rencontraient les mêmes problèmes que nous. Par conséquent, le titre accrocheur de la conférence, mettant l'accent sur les aspects pratiques, n'a pas été choisi au hasard : en anglais, nous l'avons intitulée « *Reality show* ». Nous voulions mettre en lumière des situations de la vie réelle et non des théories utopiques.

La conférence a été ouverte par le président-directeur général d'Erste Bank Hongrie, Jelasity Radovan, expert financier à la renommée internationale. Il a présenté les effets de la crise financière et des prêts bancaires en Hongrie avec une aisance déconcertante, démontrant son

professionnalisme et faisant preuve d'un brio remarquable. J'ose dire que c'était l'introduction idéale à la situation générale.

Nous avons ensuite découvert les divers thèmes correspondant aux questions les plus pertinentes dans notre région, et tous les vrais problèmes ont été librement abordés par les délégués et les intervenants professionnels. J'en résume ici les points forts.

Aspects pratiques de la liquidation des sociétés (sans actif) en Europe centrale et orientale

Les différentes procédures simplifiées existant dans divers pays ont été rapidement présentées. En Hongrie, ces procédures représentent environ 90 % de l'ensemble des sociétés insolvable. Dans ce cadre, le commissaire à la liquidation n'a que peu de documents à examiner, surtout dans le cas des sociétés disposant de peu voire d'aucun actif.

Les honoraires garantis du PI couvrent essentiellement les frais de fonctionnement. Nous nous efforçons en permanence de faire en sorte que les « inspecteurs de trésorerie » puissent renouer avec la beauté et la complexité des procédures d'insolvabilité, qui exigent tout un ensemble de compétences professionnelles et le respect de certaines conditions statutaires en matière d'infrastructure, en inspectant des procédures de réorganisation, d'insolvabilité ou de maintien en activité. Nous nous demandons si cette tendance à la simplification se retrouvait dans d'autres pays.

Prêts non productifs / Gestion de crise et insolvabilité des établissements financiers après la crise financière

Ce thème n'est pas propre à un pays donné et figure toujours au menu des bonnes conférences. L'échange d'expériences entre les experts du secteur bancaire, de la gestion de dette et de l'insolvabilité a fourni un intéressant sujet de discussion.

26

Le nouveau règlement européen sur l'insolvabilité 2015/848 et l'harmonisation du droit de l'insolvabilité

Ce sujet ne pouvait pas être laissé de côté, car l'époque est de nouveau au changement, le règlement européen étant en passe d'être de nouveau modifié. À mon avis, notre conférence internationale était le meilleur endroit qui soit pour attirer l'attention sur ce fait, car les changements prévus ont pu être portés directement à l'attention des professionnels. D'éminents juges et chercheurs ont mis en avant les points les plus importants.

Harmonisation de la formation des PI en Europe ; aspects pratiques

L'harmonisation européenne des lois nationales sur l'insolvabilité a déjà commencé, non seulement au niveau procédural mais également réglementaire. C'est la raison pour laquelle il est nécessaire d'uniformiser la formation, de présenter des règles internationales et d'adopter une méthode d'enseignement universelle. INSOL Europe a présenté un exposé complet sur la formation continue de haut niveau, et les praticiens ont déjà pu se forger une expérience à l'occasion du premier programme de formation de haut niveau organisé cette année en Roumanie. Je me dois de préciser que nous sommes très heureux d'apprendre qu'INSOL Europe envisage la Hongrie pour un deuxième programme de formation de haut niveau en 2018.

Responsabilité des dirigeants en Europe

Ce sujet sera toujours aussi passionnant, car la responsabilité des dirigeants a une incidence importante dans le cadre des procédures d'insolvabilité. En Hongrie, les sanctions à l'encontre des

anciens dirigeants d'entreprises ont été renforcées, tant sur le plan financier que pénal. Nous espérons que cela portera ses fruits dans la pratique. Des solutions internationales ont été présentées par les personnes participant à cette séance.

Solutions pratiques de cession d'actifs

En Hongrie, les cessions électroniques dans le cadre des procédures d'insolvabilité n'en sont qu'à leurs premiers pas. Ce domaine totalement nouveau a encore besoin de s'améliorer, mais d'après les statistiques, le potentiel de correspondance entre la croissance des revenus, d'une part, et l'offre et la demande, d'autre part, s'est largement amélioré. Pour créer une interface procédurale encore meilleure et plus efficace, il était absolument nécessaire de mettre en lumière des exemples étrangers et partager les expériences de responsables de systèmes de cession en ligne.

Pour finir...

Outre ces excellents exposés, le dîner d'ouverture de la conférence, organisé le jeudi au restaurant Manna, s'est déroulé dans la bonne humeur : atmosphère lounge, douce musique tzigane, une agréable soirée de mai en terrasse, de délicieux arômes et vins hongrois dans un restaurant surplombant le tunnel conduisant au célèbre pont des chaînes... Les photos parlent d'elles mêmes.

Les jeunes professionnels ont relâché la pression après la conférence lors d'une sympathique soirée : sur les canapés, les discussions étaient spontanées et détendues, arrosées de délicieux cocktails dans l'un des bars les plus populaires de la ville.

Je pense que l'on peut facilement et modestement dire que la conférence a rencontré un grand succès, réunissant le plus grand nombre de participants de toute l'histoire de l'EECC. Leur nombre (285) n'a été limité que par la capacité d'accueil de la salle de conférence ! Les responsables de l'HAIP/FOE sont particulièrement ravis du fait que ces 285 personnes étaient présentes.

Nous avons beaucoup apprécié de collaborer avec l'équipe d'INSOL Europe, qui adopte une approche professionnelle, flexible et humaine en toutes circonstances. Merci de votre soutien et de votre expertise ! Nous sommes impatients de vous retrouver à la prochaine conférence !

**Réka Korompay-Túróczi, HAIP/FOE, Hongrie*

Vous trouverez des photos de cette manifestation sur notre site web, à l'adresse www.insol-europe.org/gallery/ecc-hungary-2017

La conférence 2018 de l'EECC se tiendra à Riga (Lettonie). De plus amples renseignements seront bientôt publiés.

X X X
X

Varsovie 2017

Varsovie : en attendant le Congrès annuel et la Conférence du Forum universitaire

Emmanuelle Inacio nous donne un avant-goût du prochain Congrès annuel, et Anthon Verweij* de la Conférence annuelle du Forum universitaire*

Le Congrès annuel d'INSOL Europe se tiendra à Varsovie du 5 au 8 octobre 2017. Pour en savoir plus, rendez-vous à l'adresse www.insol-europe.org/events

En route pour Varsovie, la ville phénix qui renaît de ses cendres !

Cette année, notre Congrès annuel ne se tiendra pas pendant l'été indien, dans une ville pittoresque sur les rives de la Méditerranée, caressée par la brise marine... Non ! Cette année, nous vous offrirons plus encore : une capitale d'Europe centrale où vécurent Frédéric Chopin et Marie Skłodowska-Curie, qui est passée de l'obscurité à la lumière, qui abrite la vieille ville la plus ancienne du monde, inscrite au patrimoine mondial de l'UNESCO, l'une des métropoles européennes au développement le plus dynamique. De fait, cette année, nous avons choisi Varsovie, qui a été baptisée « la ville phénix qui renaît de ses cendres », et où 90 % de la population trouve qu'il fait bon vivre.

Notre prochain Congrès annuel se focalisera sur l'une des questions d'actualité les plus brûlantes pour notre organisation : « Restructuration préventive : le crépuscule de l'insolvabilité ? »

Nous avons longtemps attendu l'arrivée de la 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/UE. Elle a été publiée le 22 novembre 2016 par la Commission européenne.

Cette proposition a pour but, avant tout, d'améliorer la culture de la sauvegarde dans les États membres en établissant un moratoire obligatoire, sans dessaisissement du débiteur pendant la négociation du plan de restructuration, celui-ci étant approuvé à la majorité des catégories affectées. Elle prévoit une application forcée interclasse et l'élimination du pouvoir de blocage des créanciers financiers ou des actionnaires, permet le financement du débiteur-exploitant en Europe et réduit le rôle des tribunaux à l'homologation du plan, qui est contraignant pour les créanciers dissidents. En d'autres termes, son but est de fournir aux États membres les instruments nécessaires pour permettre aux entreprises viables d'être restructurées plutôt que de subir une liquidation forcée.

Dans ce contexte, la séance dirigée par Adrian Thery (Garrigues, Espagne) portera sur le champ d'application, le contenu et le futur processus législatif de cette directive sur la restructuration préventive, tandis que la séance concoctée par Alberto Núñez-Lagos (co-président de la Branche Redressement / Uría Menéndez, Espagne) analysera les aspects pratiques de sa mise en œuvre juridique.

Les cadres actuels de restructuration préventive seront évoqués lors d'une séance dirigée par le professeur Bettina Nunner-Krautgasser (université de Graz, Autriche). En raison du Brexit, il est peu probable que le Royaume-Uni mette en œuvre la directive, mais il se peut qu'il décide

d'adopter des dispositions similaires. Par conséquent, Frances Coulson (Moon Beaver, Royaume-Uni) dirigera un débat lors d'un atelier faisant la comparaison entre la directive sur la restructuration préventive et la proposition de révision de 2016 de l'Insolvency Service britannique.

Autre sujet d'actualité, les aspects pratiques de la refonte du règlement européen sur l'insolvabilité seront présentés lors d'une séance placée sous la direction de Stan Brijjs (NautaDutilh, Belgique) : la refonte du REI est sortie des cendres du règlement prédécesseur et s'applique pour l'essentiel à compter du 26 juin 2017. Bartosz Merczynski (Allen & Overy, Pologne) présidera une séance consacrée aux insolvabilités de groupes. Susanne Fruhstorfer (Taylor Wessing, Autriche) dirigera une séance traitant de l'établissement de registres de l'insolvabilité dans tous les États membres et de leur interconnexion.

Le thème central de notre Congrès annuel étant la renaissance, l'impact du Brexit sur les procédures de restructuration sera lui aussi évoqué, au cours d'une séance présidée par Mark Fennessy (Proskauer, Royaume-Uni).

Nous vous donnerons également des exemples réels d'approches créatives dans des situations de difficultés financières que rencontrent des sociétés traitant avec des clients et la chaîne d'approvisionnement, lors d'un atelier dirigé par David Conaway (Shumaker, États-Unis).

Par ailleurs, une séance modérée par Graham Lane (Willkie Farr, Royaume-Uni) évoquera l'utilisation et les abus du Chapitre 11 dans les restructurations européennes, et l'inspiration qu'il suscite. Le financement du débiteur-exploitant sera traité lors d'une séance dirigée par Devi Shah (Mayer Brown, Royaume-Uni) et les insolvabilités pré-organisées par Audrey Molina (Dentons, France).

Pour ce qui est des approches innovatives, Joanna Goodman (Royaume-Uni), journaliste spécialiste des technologies, notamment de l'informatique légale, dirigera une séance intitulée Legal Tech/Internet 4.0 ; elle nous expliquera comment les technologies feront évoluer notre métier.

Enfin, cette année, notre Congrès annuel bénéficiera des services d'un journaliste financier qui agira en tant qu'intermédiaire pour garantir le développement de notre programme.

Nous espérons que vous comprendrez mieux de quoi traitera le Congrès annuel d'INSOL Europe de cette année. C'est un événement à ne pas manquer !

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

x x x

x

Le début de la fin ou la fin du début : la percée de la restructuration préventive

En introduisant le projet de directive sur la restructuration préventive en novembre 2016, la Commission européenne a avancé sur la voie de l'harmonisation matérielle du droit de l'insolvabilité en Europe. Il est donc parfaitement indiqué que le **Forum universitaire** organise une conférence sur le thème de la « Percée de la restructuration préventive : difficultés et possibilités » à Varsovie vers la fin de l'année.

Au cours de la conférence, les intervenants et participants se plongeront dans les diverses difficultés et possibilités qui entourent les procédures de restructuration préventive. Les questions abordées iront des aspects procéduraux des cadres de restructuration préventifs et de l'exercice d'équilibrage entre efficacité et intégrité au cours des tentatives de restructuration préventive, aux instruments visant à faciliter la restructuration préventive, par exemple les moratoires automatiques, la protection des financements nouveaux et intermédiaires, ainsi que la différence entre utilisation adéquate ou possible abus de ces procédures d'insolvabilité préventive.

À la lumière du projet de directive proposé par la Commission européenne, le conseil du Forum universitaire d'INSOL Europe a concocté un programme de conférence à l'ordre du jour duquel figureront plusieurs de ces difficultés et possibilités, qui seront abordées en profondeur, permettant aux intervenants de communiquer leurs points de vue et de donner matière à réflexion. Au cours de la séance consacrée au *Financement des régimes de restructuration préventive*, le professeur Jennifer Payne, de l'université d'Oxford, présentera une analyse comparative des propositions de financement nouveau et intermédiaire.

Par ailleurs, le professeur Leonie Stander établira une comparaison entre les procédures de sauvegarde et de compromis d'Afrique du Sud et le projet de directive, au cours de la séance consacrée à l'*Harmonisation et [aux] procédures de restructuration préventive*.

Le premier jour de la conférence se terminera par le traditionnel *cours Shakespeare Martineau*, qui sera cette année dispensé par le professeur Bruce Markell, de la Northwestern University. Le professeur Markell procédera à l'étude critique des propositions de la Commission européenne du point de vue des États-Unis.

La conférence du Forum universitaire présente cette année une nouveauté : le *Forum Shakespeare Martineau des praticiens*, qui débattrà du risque d'abus en lien avec la restructuration préventive. À cette occasion, Janice Denoncourt, de la Nottingham Law School, évoquera la partition des actifs au moyen de droits de PI, tandis que Christina Fitzgerald et Tania Clench, du cabinet Shakespeare Martineau, s'intéresseront à la question des abus par rapport aux stratégies de « *loan-to-own* », qui consistent à prendre le contrôle de sociétés en difficulté au moyen de la conversion de créances en capital.

Dans l'ensemble, le programme de la conférence devrait permettre d'explorer les divers aspects de la restructuration et surtout de tester les limites du projet de directive. Nous sommes impatients de vous y voir !

***Anthon Verweij, Secrétaire du Forum universitaire d'INSOL Europe*

Le Forum universitaire d'INSOL Europe tiendra sa conférence annuelle à Varsovie les 4 et 5 octobre 2017. Pour en savoir plus, rendez-vous sur la page de l'événement du Forum universitaire, à l'adresse www.insol-europe.org/academic-forum-events.

X X X
X

Rapport sur la conférence internationale R3-INSOL Europe sur la restructuration

Chris Laughton nous rend compte de la quatorzième conférence conjointe entre R3 et INSOL Europe, qui s'est tenue le 19 mai 2017*

La quatorzième conférence internationale R3 - INSOL Europe sur la restructuration, qui s'est tenue à Londres le 19 mai 2017, est la meilleure d'entre toutes à ce jour. Glen Flannery et Nico Tollenaar, responsables du programme, auront un défi à relever l'année prochaine !

Richard Fisher, du cabinet South Square, a entamé une série d'études de cas en commentant le récent arrêt que la Cour suprême du Royaume-Uni a rendu dans l'affaire des insolvabilités Lehman¹⁸, analysant l'approche des tribunaux anglais concernant les pertes en devises étrangères découlant du fait que les créances avaient été libellées en GBP à la date de l'insolvabilité. Richard partageait l'opinion dissidente des juges Sumption et Clarke sur ce point, suggérant qu'une dette « faisait un bruit de fond » pendant la procédure d'insolvabilité et se demandant si le fait que les pertes de change ne puissent pas être payées du tout à partir de la masse de l'insolvabilité contredisait le principe selon lequel les créanciers sont désintéressés les premiers et les associés les derniers. La majorité des juges (ainsi que l'auteur et certains des autres délégués présents) estimaient que la dette sous-jacente était remplacée par les droits spécifiques accordés aux créanciers en vertu du régime d'insolvabilité statutaire, acceptant la situation inique dans laquelle les créanciers ne sont pas tenus de rembourser les gains de change et ne sont pas non plus dédommagés des pertes de change.

Richard a poursuivi en rappelant aux délégués que la refonte du règlement européen sur l'insolvabilité entrerait en vigueur le 26 juin 2017. Il a également brièvement évoqué divers arrêts de la CJUE portant sur les transferts de siège¹⁹, les droits réels²⁰, le non-respect des délais de preuve²¹, l'application de la directive concernant les contrats de garantie financière aux comptes bancaires ordinaires²², et les droits des salariés ne travaillant pas dans un État membre²³.

Henry Phillips, du cabinet South Square, a exploré la jurisprudence concernant les concordats, en plein développement, pour ce qui est des questions de compétence, de notification et de preuves, citant de nombreuses affaires, dont DTEK²⁴ et Indah Kiat²⁵. Il a également évoqué le fait que la soumission à la compétence doit être réelle (qu'elle soit expresse ou tacite) quand un jugement étranger est prononcé par défaut, comme cela a été le cas dans l'affaire Vizcaya²⁶ ; enfin,

31

¹⁸ The Joint Administrators of Lehman Brothers Limited c/ Lehman Brothers International (Europe) (In Administration) [2017] UKSC38

¹⁹ Leonmobili c/ Homag (C-353/15), mai 2016

²⁰ SCI Senior Home c/ Gemeinde Wedemark (c-195/15), 26 octobre 2016

²¹ Enefi Energiahatekonysagi Nyrt c/ Directia Regionala a Finantelor Puplice Brasov (C-212/15), 9 novembre 2016

²² Private Equity Insurance Group SIA c/ Swedbank AS (C-156/15), 10 novembre 2016

²³ Ellinko Dimosio c/ Stroumpoulis (C-292/14), 25 février 2016

²⁴ Re DTEK plc [2016] EWHC3563

²⁵ Re Indah Kiat International Finance Co BV [2016] EWHC246(Ch)

²⁶ Vizcaya Partners Limited c/ Picard [2016] UK PC

il a expliqué que la directive sur la liquidation pourrait supplanter la convention de Lugano en référence à l'affaire Tchenguiz²⁷.

John Willcock, de « Global Turnaround », a présidé une séance consacrée aux développements du marché. Il a rappelé aux délégués les changements intervenus dans l'expérience britannique depuis l'époque de la « méthode de Londres²⁸ ». Leo Plank, du cabinet Kirkland and Ellis, a mis en lumière un ralentissement des développements allemands, tout en faisant remarquer que le nouveau régime d'insolvabilité avait permis à des banques allemandes de se défaire de positions dans des sociétés en difficulté et à des fonds spéculatifs de les acquérir (tendance qui s'est accompagnée de nombreuses déconvenues !). Juan Ferré, du cabinet Jones Day, a recensé les changements structurels intervenus dans le secteur bancaire espagnol depuis 2012-2013, notamment l'établissement de la SAREB (structure de défaisance publique) et l'afflux des investisseurs spécialisés dans les entreprises en difficulté. Reinhard Dammann, du cabinet Clifford Chance, a lui aussi constaté que les banques françaises cédaient — et que les fonds spéculatifs acquéraient — des positions dans des sociétés en difficulté, mais il a souligné que le « *loan-to-own* » était difficile car la France n'était pas favorable aux créanciers, la « restructuration sociale » et la nécessité d'obtenir des aides publiques étant des conditions préalables à la réussite des investissements dans les sociétés en difficulté.

Le consensus était que les banques privilégiaient les cessions aux sauvetages ; que les fonds servent d'accélérateur aux grandes restructurations ; que les apports culturels locaux sont indispensables à la réussite des restructurations ; que la participation de fonds réceptifs et respectables est la bienvenue en Europe continentale ; enfin, que les petits fonds agressifs sont confrontés à des risques élevés.

Fred Hodara, du cabinet Akin Gump, a encadré une fascinante discussion sur la médiation dans le cadre de l'insolvabilité, comparant les expériences américaine et britannique, la médiation Nortel étant présentée en prélude à l'étude de cas de l'après-midi. Pour beaucoup des délégués qui ne le connaissaient pas, le système de médiation américain, tel qu'expliqué par Jack Esher, du cabinet CB Insolvency, médiateur, ressemble parfois davantage à un arbitrage non contraignant, mais certains de ses aspects, notamment la médiation judiciaire, ne fonctionneraient pas au Royaume-Uni. Le coût d'une procédure fondée sur le Chapitre 11 est déterminant dans les médiations intervenant dans le cadre de grandes insolvabilités aux États-Unis ; au Royaume-Uni, les médiations sont de moins grande envergure et semblent moins nécessaires, puisqu'il existe d'autres mécanismes qui permettent le dialogue entre les parties. Dans l'affaire Nortel, en six ans, plusieurs tentatives de médiation ont échoué, tant avant qu'après des procès parallèles aux États-Unis et au Canada. Selon Abid Qureshi, du cabinet Akin Gump, ces échecs seraient en partie dus au fait que les tentatives de médiation avaient eu lieu trop tôt, avant que les faits et la loi soient suffisamment clairs ; en outre, il est primordial de choisir le bon médiateur et la bonne procédure, surtout dans les dossiers transfrontaliers. Kevin Lloyd, du cabinet Debevoise & Plimpton, était du même avis et a ajouté qu'il y avait trop d'intérêts divergents et d'opinions tranchées pour que la médiation aient pu fonctionner dans le dossier Nortel, jusqu'à ce que le risque que des appels non coordonnés soient interjetés dans plusieurs pays amène les parties à transiger.

Avant la pause déjeuner des délégués, Radu Lotrean, président adjoint d'INSOL Europe, a présenté l'Association et des statistiques comparatives sur l'insolvabilité en Europe. Entre autres points notables, citons une croissance de 5 % des insolvabilités prévues pour 2017 au Royaume-

²⁷ Tchenguiz c/ Kaupthing et al [2017] EWCA Civ 83

²⁸ Principes directeurs non contraignants adressés par la Banque d'Angleterre aux banques commerciales, qui sont instamment invitées à soutenir leurs débiteurs en situation financière difficile (N. de la T.).

Uni, chiffre que seule la Turquie atteint aussi, et une large corrélation entre le taux de désintéressement, la durée et le coût de la procédure d'insolvabilité, la Norvège, la Finlande, le Royaume-Uni, le Danemark, l'Irlande et l'Allemagne se positionnant en tête pour ce type de mesures.

Michael Veder, de l'université Radboud (Nimègue), a réussi à garder les délégués en éveil après le déjeuner, en leur rappelant les principales caractéristiques du projet de directive de la Commission européenne sur la restructuration, présentées sous la forme d'un duo divertissant en compagnie de Nico Tollenaar. Je peux vous révéler les votes des délégués concernant les propositions de Nico :

- Il faut plus qu'une probabilité d'insolvabilité pour permettre l'ouverture d'une procédure : 0 % des votes pour !
- L'intervention limitée du tribunal est une bonne chose qui doit rester en l'état : 87 % des votes pour ;
- Les créanciers peuvent proposer un plan contradictoire : 86 % des votes pour.

L'effet qu'auront ces avis sur la réponse du Parlement européen au projet de directive proposé par la Commission reste à voir...

Emma Lovell, directrice générale de R3, a parlé en termes éloquentes et encourageants de l'examen stratégique de R3, en mettant plus particulièrement l'accent sur les difficultés que pose le Brexit et la nécessité, pour R3, de se trouver au centre des débats sur le maintien des avantages du règlement européen sur l'insolvabilité et de la refonte du règlement de Bruxelles. La position de R3 concernant le Brexit est exposée sur son site internet²⁹. Le dialogue avec le gouvernement britannique s'est enlisé suite aux élections, mais R3 devrait avoir repris ses activités de défense des intérêts de la profession depuis le 8 juin.

La journée de travail s'est terminée (mais pas les prises de contact qui avaient commencé pendant les pauses entre chaque séance plénière) par l'étude de cas Nortel, avec un détour par le Brexit ! Patricia Godfrey, du cabinet CMS, a présidé la discussion au cours de laquelle Nortel a été étudiée du point de vue de plusieurs participants : Alan Bloom, du cabinet EY, liquidateur pour le Royaume-Uni et la région EMOA ; Malcolm Wier, du *Pension Protection Fund* (« PPF »), créancier chirographaire majeur ; Derek Adler, du cabinet Hughes Hubbard, représentant d'Alan aux États-Unis ; Mike Jervis, du cabinet PwC, conseil du PPF ; enfin, Gabriel Moss QC, du cabinet South Square.

Alan Bloom a relaté le dépôt simultané de demandes, dans plusieurs pays, en janvier 2009, concernant dix-sept entités européennes dont le CIP état situé en Angleterre et au Pays de Galles, en plus d'une demande fondée sur le Chapitre 11 aux États-Unis et d'une demande déposée en vertu de la LACC par la société mère canadienne. Une restructuration a été envisagée, mais en trois mois l'exercice s'est transformé en un programme de cession d'actifs mondial, dont l'un des points forts était que Google et Apple ont fait monter les enchères par tranches de 250 000 000 dollars ! Au bout du compte, un montant de 7,5 milliards de dollars a été atteint, et c'est là que les choses ont commencé à devenir amusantes...

Derek Adler a expliqué les difficultés du procès parallèle aux États-Unis et au Canada, dont le but était de déterminer comment les fonds seraient répartis entre les entités. Les juges n'ont suivi aucune des propositions des entités insolubles, leur préférant la proposition de « désintéressement proportionnel des créanciers » formulée par le comité des créanciers et le PPF.

²⁹

Mike Jervis a fait remarquer que la coopération à l'échelle de la région EMOA avait joué un rôle déterminant pour le PPF et que, comme l'avait dit Alan Bloom, le fait qu'un petit groupe de professionnels représente les dix-sept entités EMOA avait été positive. Les comparaisons avec les insolvabilités Lehman et OW Bunker ont permis de souligner les avantages d'une étroite coopération transfrontalière. Parmi les autres éléments déterminants, citons une planification attentive et continue des urgences, qui aurait idéalement pu être complétée par une plateforme d'information commune et un coordinateur financier indépendant.

Malcolm Wier a expliqué en quoi consistaient les régimes de retraite à prestations définies et quel était le rôle de l'autorité de réglementation des retraites et du PPF (qui est effectivement un établissement financier, et qui reprendra l'actif et le passif des régimes dont l'employeur est insolvable, à condition qu'ils correspondent à certains critères).

Gabriel Moss a ensuite étudié l'article 426 de l'*Insolvency Act 1986*, la loi type de la CNUDCI et la *common law*, en tant qu'aspects du droit britannique qui resteront en vigueur après le Brexit. Selon lui, puisque le Royaume-Uni n'a pas décidé de se retirer du règlement européen sur l'insolvabilité, il se pourrait qu'il cherche à devenir partie à un accord bilatéral avec l'UE après le Brexit. Cependant, il a reconnu que certains universitaires allemands adoptaient une ligne de conduite prohibant le « cas par cas » sélectif ! Sans traité bilatéral, le Royaume-Uni sera traité comme un pays tiers par l'UE après le Brexit. Cela entraînerait comme conséquences problématiques l'absence de réciprocité dans la mise en œuvre de la loi type par le Royaume-Uni, au titre de laquelle tout mandataire de l'insolvabilité étranger peut être reconnu au Royaume-Uni, et l'unilatéralité similaire qui se produirait si le Royaume-Uni se contentait d'importer le règlement européen sur l'insolvabilité en droit britannique au titre de la « *Great Repeal Bill*³⁰ » : en effet, les mandataires de l'insolvabilité britanniques doivent pouvoir être reconnus dans l'UE.

Les intervenants et délégués ont reconnu la valeur de la coopération entre mandataires de l'insolvabilité, tribunaux et régimes d'insolvabilité. Les lignes directrices du Réseau judiciaire en matière d'insolvabilité ont été mentionnées, suite à quoi est née la suggestion d'un tribunal international de l'insolvabilité et d'une convention internationale en la matière (ce qui avait déjà été envisagé par l'International Bar Association).

Enfin, il a été prédit que les insolvabilités allaient quelque peu augmenter, même si ceux qui percevaient une bulle de difficultés financières des entreprises n'étaient pas capables de déterminer l'élément catalyseur qui entraînerait son éclatement. L'incertitude abonde et, pour ce qui est du Brexit, on n'en est pas encore là !

**Chris Laughton, associé, Mercer & Hole, Londres (Royaume-Uni)*

X X X

X

³⁰ Projet de loi par lequel le Royaume-Uni vise à intégrer dans son cadre juridique une partie de l'acquis communautaire pour éviter tout vide juridique dû au Brexit, en abrogeant les parties du droit de l'Union européenne jugées incompatibles (N. de la T.).

Intelligence artificielle : Changez de vous-mêmes avant qu'on ne vous y oblige

Jane Colston et Louise Verrill nous rendent compte de l'utilisation de l'intelligence artificielle par les praticiens de l'insolvabilité*

L'intelligence artificielle (« IA ») est à la une dans les médias, qui l'appellent « superintelligence ». On dit souvent en guise de plaisanterie qu'il est difficile de faire des prévisions, surtout en ce qui concerne l'avenir, mais on peut tout de même s'aventurer à prédire que la superintelligence artificielle (c'est-à-dire des machines qui seront de loin plus intelligentes que nous) existera d'ici 2045-2060.

À l'IA correspond souvent la peur. Nous connaissons tous l'histoire de Frankenstein, qui a été écrite il y a 200 ans : une créature intelligente se retourne contre son créateur. Les préoccupations sont monnaie courante, par exemple du point de vue des considérations éthiques, de vie privée, sociales et économiques. Bill Gates, fondateur de Microsoft et l'un des hommes les plus riches du monde, a d'ailleurs proposé que les robots qui prennent le travail des humains soient taxés.

Le point de vue opposé est tout aussi stupéfiant. Le professeur Stephen Hawking a déclaré : « Les avantages potentiels de la création d'intelligence sont immenses. Il est impossible de prédire ce que nous pourrions faire quand nos propres cerveaux seront amplifiés par l'IA. Chaque aspect de notre vie en sera bouleversé. En d'autres termes, si nous réussissons à créer de l'IA, cela pourrait être l'événement le plus important de l'histoire de notre civilisation. »

Il ne faut pas avoir peur de l'IA, mais la comprendre. Par exemple, il faut plus de transparence de la part des personnes qui ont créé les algorithmes sur lesquels repose l'IA, pour que l'on puisse savoir comment ils ont été développés et quels biais ont été pris en compte, ce qui permettrait de mieux en comprendre les résultats.

L'IA est un terme passe-partout, qui englobe diverses technologies sous-jacentes dans les domaines suivants :

- calcul cognitif / intelligent ;
- apprentissage machine ; et
- robotique.

L'apprentissage machine est un type d'IA qui donne aux ordinateurs la capacité d'apprendre et de continuer à apprendre sans avoir besoin d'être expressément programmés à l'aide de règles prédéfinies. Le programme informatique apprend tout seul lorsqu'il est exposé à des données nouvelles. Il établit des corrélations, y compris des relations cachées ou peu évidentes. Il est intelligent dans le sens où il prend des décisions fondées sur une analyse de données. Nous disposons de technologies de plus en plus performantes, ne serait-ce que grâce aux investissements mis dans la balance :

- Ces trois dernières années, Google aurait investi 1 milliard de dollars dans les entreprises à orientation IA.
- En 2016, les Émirats arabes unis auraient approuvé un budget de 67 milliards de dollars visant à financer l'innovation.

Dans le domaine juridique / insolvabilité, du redressement et de la restructuration des entreprises, l'IA fait lentement son chemin. On entend souvent le refrain suivant : « On ne peut pas faire avec un ordinateur ce que je fais. En plus de mes compétences et de mes capacités d'apprentissage, j'apporte bon sens, créativité et éthique. »

Réfléchissez plutôt à ça : Watson, le super-ordinateur révolutionnaire d'IBM, diagnostique les cancers à 90 %. Les implications pour les avocats et les praticiens de l'insolvabilité sont évidentes.

Le Lord juge en chef d'Angleterre et du Pays de Galles était du même avis et a déclaré en octobre 2016 : « Il est probablement exact de dire que quand nous disposerons de meilleures informations statistiques, l'intelligence artificielle exploitant ces informations sera plus à même de prédire le résultat des affaires que le plus érudit des avocats de la couronne. »

Les avocats et praticiens de l'insolvabilité doivent accepter le fait que les services juridiques et d'insolvabilité seront bientôt organisés et fonctionneront différemment. À cause de l'explosion des données, le recours aux nouvelles technologies devient incontournable, si l'on veut garantir que les données soient exploitées au lieu de nous submerger.

Si les services de police et certains tribunaux ont déjà commencé à utiliser des technologies intelligentes, les avocats et praticiens de l'insolvabilité de nombreux pays s'y intéressent sans vraiment oser franchir le pas. Certains pensent que les technologies ne les concernent pas car ils ne s'en servent pas souvent, ou bien ils s'en méfient. Pourtant, au vu de la nature internationale de leurs activités et des contentieux, le rythme d'adoption des technologies devrait rapidement s'accélérer, sous l'influence des clients et entreprises qui sont en demande de « banalisation » des services et critiquent les avocats et praticiens de l'insolvabilité pour la lenteur et le coût de leurs prestations, alors que les technologies pourraient être utilisées pour les rendre plus rapides et moins chers. De nombreux tribunaux, surtout dans des pays comme l'Angleterre et le Pays de Galles, encouragent ce changement, en vue d'assurer un accès efficace à la justice et rompre avec la « dictature du papier ».

Les réfractaires aux nouvelles technologies seront confrontés à des situations où leurs clients et les tribunaux leur opposeront que leurs hésitations ne devraient pas entraîner de frais supplémentaires, que ce soit pour eux ou pour la partie adverse. Par conséquent, il est indispensable que les avocats et praticiens de l'insolvabilité se mettent à niveau et apprennent à comprendre les technologies disponibles plutôt que de laisser les plus jeunes membres de leur équipe s'en occuper.

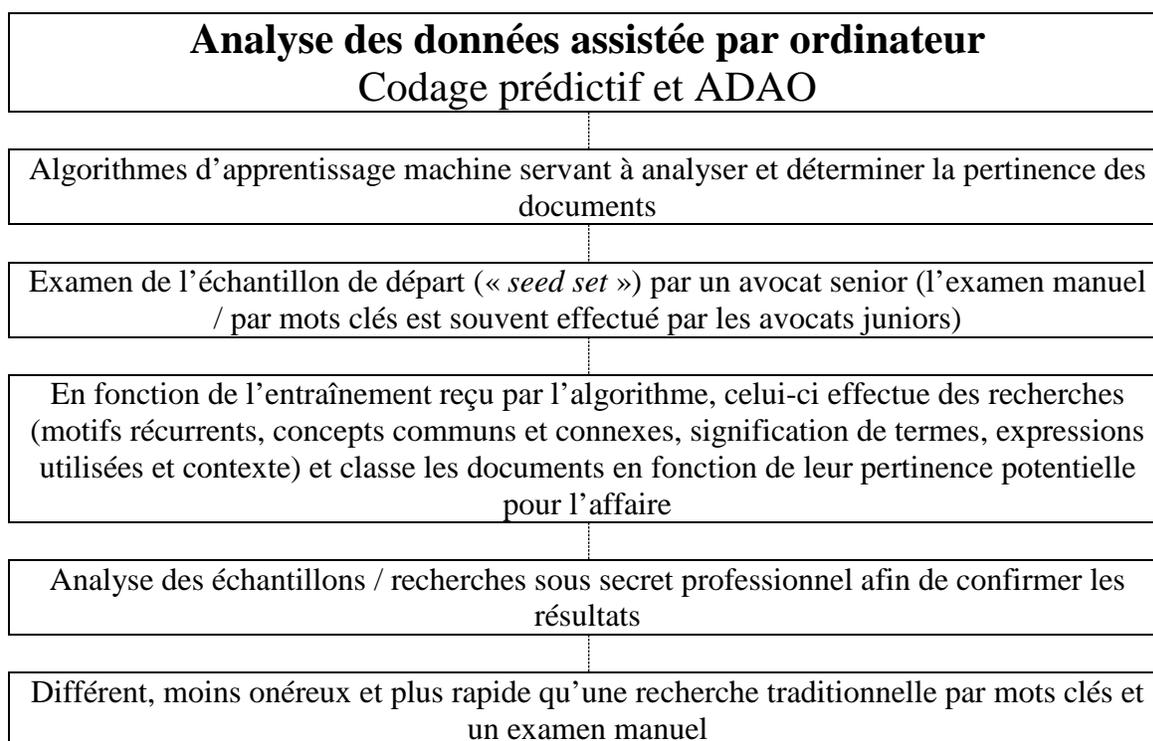
Analyse de données assistée par ordinateur

Il existe de nombreux outils d'analyse qui permettent de traiter rapidement les données. Par exemple, en quelques années à peine, l'utilisation de l'analyse de données assistée par ordinateur (ADAO) ou codage prédictif a augmenté (voir schéma ci-dessous).

Grâce à ces technologies, les autorités réglementaires et les services de police de nombreux pays coopèrent et enquêtent plus rapidement.

En février 2017, le *Financial Times* a rapporté que David Green, directeur général du *Serious Fraud Office*³¹ du Royaume-Uni, avait déclaré que les robots que le SFO avait utilisés dans l'enquête sur l'affaire de corruption Rolls Royce avaient pu « tirer un enseignement de leur propre base de connaissances et la renforcer pour aider à identifier les documents et informations pertinents [...] », et qu'ils avaient été « plus efficaces et plus précis qu'une intervention humaine. » Sacrée recommandation !

Aux États-Unis, en Irlande, en Angleterre et au Pays de Galles, les tribunaux bénissent l'utilisation du codage prédictif, et essaient de se former eux-mêmes aux nouvelles technologies³².



37

Aval des tribunaux

Les tribunaux ont balayé deux mythes :

- Les recherches par mots clés et l'analyse humaine sont précises et constituent la norme en la matière ;
- L'ADAO doit respecter des normes plus strictes que la recherche par mots clés ou manuelle.

³¹ Agence britannique chargée d'enquêter et de poursuivre les affaires importantes de fraude et de corruption (N. de la T.).

³² Depuis avril 2017, de nombreuses divisions de la Haute Cour d'Angleterre et du Pays de Galles ont rendu les démarches électroniques obligatoires (ce qui signifie que les parties sont tenues de déposer leurs demandes et pièces et de payer les droits de justice en ligne). Cela présente plusieurs avantages, notamment celui que les parties et le juge peuvent avoir accès au dossier électronique en ligne 24/7.

Aux États-Unis, dans l'affaire *Da Silva Moore c/ Publicis Groupe*, 287 F.R.D. 182, 183 (S.D.N.Y. 2012), le tribunal a déclaré :

- « Le tribunal reconnaît que [l'ADAO] n'est pas parfaite. Pour autant, les Règles fédérales de procédure civile ne requièrent pas la perfection. »
- « Les statistiques démontrent clairement que les recherches [ADAO] sont au moins aussi précises, si ce n'est plus, que l'analyse manuelle [par mots clés]. »

Dans l'affaire *Hyles c/ New York*, le juge Peck a déclaré : L'ADAO est « moins chère, plus efficace et supérieure à la recherche par mots clés. »

Pays où les tribunaux ont autorisé l'utilisation de l'ADAO	Observations
Australie	<i>Supreme Court of Victoria Practice Direction 2017, Practice Note SC Gen 5 : Technology in Civil Litigation – TAR accepted. May be compelled.</i> (Les nouvelles technologies dans les litiges civils – ADAO acceptée. Peut être ordonnée).
Irlande	<i>Irish Bank Resolution Corporation Ltd et al c/ Quinn et al</i> [2015] IEHC 175.
Royaume-Uni	Accord des parties : <i>Pyrrho Investments Ltd c/ MWB Property Ltd & Or</i> [2016] EWHC 256 (Ch) – Ordonnance du tribunal : <i>Brown c/ BCA Trading</i> [2016] EWHC 1464 (Ch).
États-Unis	<i>Da Silva Moore c/ Publicis Groupe</i> , 287 F.R.D. 182, 193 (S.D.N.Y. 2012) – Les tribunaux n'ont pas contraint les parties.

Bonnes pratiques en matière d'ADAO

Au titre des bonnes pratiques en matière d'ADAO, il convient de tenir compte de ce qui suit :

- Décider d'utiliser l'ADAO à un stade précoce.
- Ne pas renoncer, puisque la mise en route demande un certain temps et entraîne des coûts de téléchargement des données et d'apprentissage du système en vue d'établir la pertinence des données.
- Une personne expérimentée doit examiner l'échantillon de départ (un ensemble de documents) pour « apprendre » à l'algorithme quels documents sont pertinents / « brûlants ».
- Coopérer avec la partie adverse ou les services de police pour convenir du protocole d'utilisation :
 - choix du système d'ADAO à utiliser ;
 - définition des sources et du volume des données ;
 - documents à inclure (informations des dépositaires, plage de données) ou à exclure (par ex. texte insuffisant pour analyse) ;
 - nécessité de tri (les bonnes pratiques consistent à ne pas trier l'ensemble des données par ex. au moyen d'une recherche préliminaire par mots clés) ; et

- taille de l'échantillon de données et identification des personnes chargées de l'examen.
- Travailler en étroite coopération avec la personne qui sait comment fonctionne l'algorithme de la « boîte noire ». Il est essentiel de travailler en étroite coopération avec le prestataire de services afin d'identifier les décalages éventuels par rapport à la partie adverse, pour s'assurer que les clients et le tribunal reçoivent des explications adéquates et, enfin, pour savoir quel entraînement l'algorithme doit recevoir.

Quand l'ADAO peut-elle être utilisée ?	Oui	Non
Pertinence pour :	Enquêtes criminelles ; Analyse de gros volumes de données pour trouver des documents pertinents ; Communication de pièces et d'informations dans les pays de <i>common law</i>	
Volume des données		Inférieur à 100 000
Nature des documents	Données linguistiques, y compris en langues étrangères	Images, documents à base de chiffres, courts documents texte
Échantillon minimum devant être analysé pour « former » l'algorithme	1 600 – 1 800 documents	
Délai de configuration	Environ six semaines	
Coût estimé	Le coût d'ensemble de l'ADAO devrait être considérablement plus faible, car le nombre de documents qui doivent être examinés manuellement ne représentera qu'une petite partie de l'ensemble des données à analyser. Dans l'affaire <i>Pyrrho Investments Ltd v MWB Property Ltd & Or</i> [2016] EWHC 256 (Ch), les coûts estimés de l'utilisation de l'ADAO se situaient entre 182 et 469 000 GBP. Dans l'affaire <i>Brown C/ BCA Trading</i> [2016] EWHC 1464 (Ch), ils ont été estimés à environ 140 000 GBP.	

39

*Jane Colston, associée, service contentieux, Louise Verrill, associée, service insolvabilité et sociétés, Brown Rudnick LLP, Londres (Royaume-Uni)

X X X
X

Directive CE

L'impact de la directive sur les actionnaires, les dirigeants et les travailleurs

Catarina Serra aborde sous un autre angle la proposition de directive européenne sur les procédures de pré-insolvabilité*

L'information a largement été relayée par les médias : la « Proposition de directive sur les procédures de pré-insolvabilité » a été rendue publique avant la fin 2016 (plus précisément le 22 novembre)³³.

Ayant pour objectif une harmonisation minimale du droit matériel de l'insolvabilité, le projet de directive vise à mettre en place des principes et règles communs pour améliorer l'efficacité des lois nationales en matière de restructuration et d'insolvabilité³⁴, notamment en ce qui concerne les cadres de restructuration préventifs.

Même si cela est à première vue indécidable, les modifications proposées vont bien au-delà des frontières du droit de l'insolvabilité ou de la pré-insolvabilité. Elles empiètent sur les domaines du droit des sociétés et même du droit du travail, affectant non seulement les acteurs habituels (débiteurs et créanciers) mais aussi les autres parties prenantes des entreprises, à savoir les actionnaires, les dirigeants et les travailleurs.

40

Une fois promulguée et transposée en droit national, la directive aura des répercussions sur le statut juridique de ces personnes en conséquence de plusieurs mesures, notamment la possibilité de déroger à l'obligation de tenue d'une assemblée générale, le droit de préemption des actionnaires sur les actions émises dans le cadre d'une augmentation de capital, la règle de la négligence sanctionnable applicable aux dirigeants et le traitement spécial des travailleurs, le tout au nom de la restructuration.

Affaiblissement des droits des actionnaires

L'une des mesures les plus impressionnantes prévues par la directive est la possibilité de déroger à certaines des règles consacrées dans la « deuxième directive sur le droit des sociétés (refonte) » (également connue sous le nom de « directive sur les droits des actionnaires »)³⁵.

En vertu de l'article 32³⁶, un paragraphe est ajouté à l'article 45 de la deuxième directive sur le droit des sociétés, disposant que les États membres dérogent à l'article 19, paragraphe 1, à

³³ 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 (disponible à l'adresse <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0723&from=FR>).

³⁴ Voir 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, n° 66.

³⁵ Directive 2012/30/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012.

³⁶ Tous les articles sans référence concernent la proposition.

l'article 29, à l'article 33, à l'article 34, à l'article 35, à l'article 40, paragraphe 1, point b), à l'article 41, paragraphe 1, et à l'article 42 dans la mesure où et aussi longtemps que ces dérogations sont nécessaires à la mise en place du cadre de restructuration préventive prévu par la future directive sur les procédures de pré-insolvabilité.

Les dispositions susmentionnées exigent qu'une assemblée générale des actionnaires soit tenue dans certaines situations (diminution importante du capital souscrit, augmentation de capital et réduction du capital souscrit dans le cas où il existe plusieurs classes d'actions, ou en cas de retrait obligatoire d'actions et de retrait d'actions rachetées par la société elle-même ou par une personne agissant en son nom propre mais pour le compte de la société) et que, lorsque le capital est augmenté au titre d'un apport en numéraire, les actions soit proposées au titre d'un droit de préemption aux actionnaires proportionnellement à leur participation au capital.

L'objectif poursuivi par les législateurs européens est facile à comprendre : empêcher les actionnaires de menacer la tentative de restructuration³⁷. N'oublions pas pour autant que ces dérogations touchent à des points sensibles du droit des sociétés et, plus important, que leur transposition dans les systèmes juridiques des États membres entraînera la nécessité d'une coordination précautionneuse entre les cadres relevant du droit de l'insolvabilité et ceux relevant du droit des sociétés. Ceci rendra la tâche assez ardue pour les législateurs nationaux.

Responsabilité (accrue) des dirigeants

L'article 18 expose une règle sur les obligations des dirigeants dans le cas où l'entreprise est au bord de l'insolvabilité. D'après cette disposition, les États membres fixent des règles pour faire en sorte que, lorsqu'il existe une probabilité d'insolvabilité, les dirigeants soient tenus aux obligations suivantes :

- (a) prendre des mesures immédiates pour minimiser la perte pour les créanciers, les travailleurs, les actionnaires et les autres parties prenantes ;
- (b) tenir dûment compte des intérêts des créanciers et des autres parties prenantes ;
- (c) prendre des mesures raisonnables pour éviter l'insolvabilité ;
- (d) éviter tout comportement intentionnel ou toute négligence grave menaçant la viabilité de l'entreprise.

Le lien entre cette disposition et l'article 214 de l'*Insolvency Act (wrongful trading)*³⁸ britannique est évident. Pour reprendre les mots des législateurs, il est attendu des dirigeants qu'ils prennent « toutes les mesures nécessaires pour minimiser la perte potentielle pour les créanciers de l'entreprise », faute de quoi leur responsabilité sera engagée.

La transposition de ce régime dans le droit national de certains États membres peut soulever des préoccupations, car cela revient à adopter des critères qui sont, en même temps, plus étendus et vagues que ceux utilisés dans une grande partie des pays d'Europe³⁹. Il est incontestable que ce régime place des responsabilités (accrues) sur les dirigeants, leur imposant un ensemble d'obligations importantes. Cependant, il est impossible de prévoir les résultats d'une application étendue : ce n'est que quand les tribunaux nationaux sont disposés à appliquer des concepts juridiques vagues que la portée élargie du régime se traduit par une augmentation du nombre

³⁷ Voir Exposé des motifs et Considérant 44.

³⁸ Il est également utile de mentionner l'article 172, paragraphe 3, de la *Companies Act* britannique.

³⁹ Voir, par exemple, en Allemagne, *Insolvenzverschleppungshaftung*.

d'affaires dans lesquelles la responsabilité des dirigeants est reconnue. Et même si cela est le cas, le tableau n'est pas idyllique. Dans la crainte de voir leur responsabilité engagée, les dirigeants n'oseront pas prendre de risques et, qui plus est, demanderont une rémunération plus élevée.

Amélioration de la protection des travailleurs

Le traitement préférentiel accordé aux travailleurs en vertu de la directive peut être perçu comme triple. Il repose sur :

- (1) la possibilité ouverte aux travailleurs de former une classe distincte ;
- (2) la dispense de suspension des poursuites individuelles pour les travailleurs ; et
- (3) la protection accrue du travail déjà exécuté.

Conformément à l'article 9 (2), « les États membres peuvent *également* prévoir que les travailleurs sont traités dans une classe distincte. » La proposition prévoit, en général, que les parties affectées sont traitées dans des classes distinctes aux fins du vote concernant l'adoption du plan de restructuration, le critère de formation des classes reposant sur la similitude des créances ou intérêts susceptibles de justifier la constitution d'un groupe homogène partageant des intérêts communs. Cette référence à la similitude des intérêts (et non seulement des créances) et l'utilisation du terme « également » dans la partie de la disposition faisant référence à la possibilité de formation d'une classe distincte par les travailleurs laissent entendre que les travailleurs peuvent se présenter comme une classe *même lorsqu'ils ne possèdent pas de créances ou nonobstant cette qualité*.

En vertu de l'article 6 (3), les États membres veilleront à ce que les créances impayées des travailleurs soient exemptées des effets de la suspension des poursuites individuelles dans la mesure où ils ne prévoient pas de protection appropriée à un autre titre ou, plus précisément, s'ils ne garantissent pas que le paiement de ces créances bénéficiera d'un niveau de protection au moins équivalent à celui prévu en vertu de la loi nationale applicable transposant la directive 2008/94/CE⁴⁰. Ceci signifie que les travailleurs peuvent continuer d'entamer des poursuites individuelles à l'encontre du débiteur pour demander le paiement de leurs créances impayées. Cette possibilité correspond à la règle exposée à l'article 6 (2), qui dispose que la suspension peut être générale, de façon à concerner tous les créanciers, ou limitée, auquel cas elle ne concerne qu'un ou plusieurs créanciers individuels. Même dans ce cas, il convient de noter que la seule exception expressément prévue par la proposition concerne les créances des travailleurs.

Enfin, en vertu de l'article 17, paragraphes (1) et (2) (c), les États membres veilleront à ce que le paiement des salaires des travailleurs correspondant au travail déjà exécuté ne soit pas déclaré nul, annulable ou inapplicable en tant qu'acte préjudiciable à la masse des créanciers dans le cadre de procédures d'insolvabilité ultérieures, sauf si ces transactions ont été réalisées de manière frauduleuse ou de mauvaise foi. Il est présumé que ce travail est exécuté pour favoriser la négociation d'un plan de restructuration validé par une autorité judiciaire ou administrative ou qu'il est étroitement lié à ces négociations.

⁴⁰ Directive 2008/94/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2008 relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur.

Remarques finales

Certains ont tendance à sous-estimer les changements prévus en raison de la (faible) valeur de la proposition qui, assurément, n'a pas d'effet juridique. En outre, il n'est pas certain que la directive sera approuvée dans les termes exposés dans la proposition, voire du tout. Dans ce cas, nous ne faisons qu'attendre Godot...

Néanmoins, il n'est pas avisé d'ignorer la proposition. Dans le pire des cas, elle dévoile les tendances actuelles du droit de l'insolvabilité, ce qui en soi suffit à justifier sa prise en considération. Dans le meilleur des cas, la directive sera approuvée comme il est d'usage et confirmera les modifications figurant dans la proposition.

Comme indiqué ci-dessus, certaines des modifications surprendront ceux qui n'ont pas conscience des liens qui unissent le droit de l'insolvabilité et les autres branches du droit⁴¹. La vérité est que la récente (ré)orientation du droit de l'insolvabilité sur la restructuration des entreprises⁴², assortie du besoin qui s'ensuit de répondre aux problèmes quotidiens des entreprises (pré-insolvabilité et autres situations difficiles), conduit à un élargissement de son champ d'application et de l'univers des parties concernées. Aujourd'hui, le droit de l'insolvabilité peut effectivement être envisagé sous l'angle de la « gouvernance d'entreprises en difficulté financière »⁴³. C'est l'un des points qui ressort clairement de la proposition.

**Catarina Serra, professeur à l'université de Minho (Portugal)*

x x x
x

BREXIT

43

L'importance d'un régime d'insolvabilité et de restructuration solide pour l'économie britannique

Christina Fitzgerald nous présente les implications du Brexit pour la profession de l'insolvabilité au Royaume-Uni*

Depuis le 31 mai 2002, le règlement européen sur l'insolvabilité (« REI ») produit ses effets directement en Angleterre et au Pays de Galles.

Ainsi, les procédures d'insolvabilité sont reconnues de plein droit dans les États membres de l'UE. Cela signifie que les praticiens de l'insolvabilité agréés (les « PI ») peuvent prendre le contrôle des actifs d'une société insolvable ou d'un particulier en faillite et les réaliser dans un

⁴¹ À ce sujet, voir Karsten Schmidt, « *Interaction of Corporate Law and Insolvency Law: German Experience and International Background* », Rebecca Parry / Paul Omar (réd.), *International Insolvency Law – Future Perspectives* – Cours Edwin Coe dispensés lors des conférences annuelles du Forum universitaire d'INSOL Europe 2008-2014, 2015, 125 p.

⁴² Historiquement, l'insolvabilité est un instrument conçu pour le monde du commerce. Pendant longtemps, elle a été exclusivement réservée aux commerçants et sociétés.

⁴³ Voir Horst Eidenmüller, « *Comparative Corporate Insolvency Law* », European Corporate Governance Institute (ECGI) – Law Working Paper n° 319/2016, 2 (disponible à l'adresse <https://ssrn.com/abstract=2799863>).

autre État membre de l'UE, rapidement, efficacement et à peu de frais. Ceci évite aux PI de devoir s'adresser à un tribunal du pays concerné pour demander la reconnaissance de leurs pouvoirs, puis pour demander le rapatriement des actifs au Royaume-Uni. En résumé, ce règlement prévoit des règles en matière de droit applicable, de reconnaissance et d'exécution des jugements, et de coopération entre les PI.

Le 5 juin 2015, la refonte du règlement européen sur l'insolvabilité (la « refonte du REI ») a été publiée ; il devait entrer en vigueur sur ce territoire à compter du 26 juin 2017. Il s'applique à tous les États membres de l'UE, exception faite du Danemark. La refonte du REI codifie la méthode de détermination du centre des intérêts principaux (« CIP ») visant à réduire le *forum shopping*. Les tribunaux sont tenus d'examiner le CIP et de déterminer si la procédure est une procédure principale ou simplement territoriale. Le champ d'application de la refonte du REI est élargi pour inclure les procédures de sauvegarde et de pré-insolvabilité, ainsi que la liquidation. La refonte du REI introduit une nouvelle définition du terme « établissement » ; elle introduit les procédures secondaires « synthétiques » et crée des bases de données électroniques nationales qui peuvent être consultées et sont reliées entre elles pour former une base de données européenne centralisée.

On s'inquiète que le gouvernement britannique, une fois que le Brexit sera formalisé, ne parvienne pas à conclure un accord qui aurait pour effet de maintenir les avantages offerts par la refonte du REI. R3, l'organisme professionnel de l'insolvabilité et de la restructuration, a appelé le gouvernement britannique à veiller à ce que les avantages du REI et de la refonte du REI soient conservés dans le cadre des négociations concernant le Brexit, par le biais d'un traité équivalent entre le Royaume-Uni et l'Union européenne. Cela permettrait aux procédures d'insolvabilité britanniques d'être automatiquement reconnues dans toute l'UE, et ainsi au Royaume-Uni de ne pas perdre son attrait pour les entreprises.

44

Domaines d'inquiétude

Les préparatifs du Royaume-Uni pour quitter l'UE coïncident avec la publication de la directive sur l'insolvabilité, la restructuration et la seconde chance. En tant que parrains du Forum universitaire d'INSOL Europe, nous savons que ce thème sera au centre de la conférence qui se tiendra à Varsovie en octobre 2017.

L'un des domaines de préoccupation qui a été identifié par nos confrères européens (avec tout le respect que nous devons à Rolef Weijts, de l'université d'Amsterdam, et à nos débats intellectuels autour de cette question) est le risque d'abus que les régimes de restructuration préventifs envisagés pourraient comporter. Nous avons vu des arnaques « *loan-to-own* » être commises aux États-Unis au titre du Chapitre 11, ainsi qu'en Australie. Ces stratégies font intervenir des investisseurs financiers opportunistes et retors qui acquièrent les dettes de sociétés en difficulté financière, généralement contre une fraction de leur valeur nominale. Il sera demandé aux États membres de tenir compte de ces problèmes lorsqu'ils mettront en œuvre la directive.

Nouveaux instruments

Du point de vue britannique, en ce qui concerne la directive, le Brexit n'aura peut-être pas un effet aussi dissuasif. Le gouvernement a lancé une consultation à l'été 2016 sur le « cadre d'insolvabilité des entreprises » et a proposé de créer de nouveaux instruments pour accompagner

la sauvegarde des entreprises, notamment un « moratoire » et un nouvel instrument de restructuration.

Le Royaume-Uni est considéré comme une excellente plateforme de restructuration ; nous disposons d'un cadre qui fonctionne très bien, à cheval sur le droit de l'insolvabilité et le droit des sociétés. Toutefois, d'autres pays développent et réforment leurs lois, y compris au sein de l'UE, à Singapour et aux États-Unis, où l'American Bankruptcy Institute a proposé une révision du Chapitre 11. Le Royaume-Uni a également souffert des notations de la Banque mondiale (suite à changement de méthode de notation en faveur de cadres à l'américaine), passant de la 6^e place en 2012 à la 13^e place en 2017. La consultation et les recommandations sont considérées comme un effort délibéré visant à faire remonter la position du Royaume-Uni dans le classement de la Banque mondiale.

Selon les propositions britanniques, le nouveau moratoire serait ouvert à toutes les entreprises et pourrait durer jusqu'à trois mois, avec une possibilité de prolongation. Ceci offrirait une « passerelle » aux entreprises qui souhaitent envisager les possibilités de plan de sauvegarde. Un superviseur agréé participerait au processus de demande et surveillerait la conformité de la société, veillerait à ce que ses dirigeants ne profitent pas abusivement du moratoire et y mettrait fin en cas d'abus avéré. Fondamentalement, les dirigeants conserveraient le contrôle des affaires au cours du moratoire. Par la suite, le superviseur ne pourrait pas accepter d'autre mandat officiel en qualité de PI.

Au titre de ces propositions, il a été suggéré que l'instigation de ces nouveaux instruments soit le fait de PI qualifiés, de comptables expérimentés et d'avocats agissant en qualité de superviseurs. Ce point n'a pas encore fait l'objet d'une décision définitive. Toutefois, les réactions indiquent que seuls les PI pourraient de fait assumer cette fonction et qu'il sont les seuls dont la profession est suffisamment réglementée. Les commentateurs pensent que cette fonction sera réservée aux PI tout en laissant la porte ouverte à d'autres professions qui s'avèreraient suffisamment réglementées à l'avenir. Ce n'est pas ce que prévoit la directive : elle utilise les termes « administrateurs » et « superviseurs », qui ne sont pas nécessairement des IP qualifiés, ce qui a suscité des inquiétudes quand à la possibilité que les « superviseurs » soient peu scrupuleux, mal formés ou non réglementés.

Critères d'admissibilité

Au titre des propositions britanniques, pour pouvoir bénéficier de la protection du moratoire, la société concernée doit remplir un ensemble de critères et de conditions d'admissibilité. Notamment, elle devra disposer d'un financement suffisant pour pouvoir maintenir son activité pendant le moratoire, être insolvable ou en difficulté financière, ne pas avoir été placée sous administration au cours des douze mois précédents et présenter des chances raisonnables de pouvoir conclure un compromis ou un concordat avec ses créanciers.

Au titre de la directive, les États membres pourront accorder aux personnes fournissant un financement nouveau ou intérimaire, dans le contexte de toute liquidation ultérieure, un privilège par rapport aux autres créanciers, qui bénéficieraient autrement de créances de rang supérieur ou égal sur les fonds ou actifs. La directive exige que les États membres accordent le statut de créance chirographaire de rang ordinaire ou de premier rang aux financements nouveaux ou intérimaires. Contrairement à la directive, les propositions britanniques ne prévoient pas de mettre en œuvre un

« super privilège », car il était considéré qu'il y avait suffisamment d'investisseurs privés dans le secteur sans avoir à introduire cette notion.

Réduction des coûts

L'une des autres motivations sous-tendant les propositions britanniques était de réduire les frais de restructuration. Il convient de noter que les dettes commerciales et les frais du superviseur engagés au cours du moratoire seraient payés en premier lieu à titre de dépenses. Toutes les dettes impayées bénéficieraient d'un privilège de premier rang si la société entamait une procédure d'insolvabilité formelle.

En ce qui concerne le moratoire, quelles seront ses implications sur les créanciers et fournisseurs ? Pour ce qui est des créanciers, la proposition dispose qu'ils recevront une copie de la demande de moratoire, qu'ils pourront contester dans les 28 premiers jours. Les créanciers pourront demander des informations au superviseur et s'adresser au tribunal pour contester les actes injustement préjudiciables des dirigeants de la société. Les fournisseurs essentiels pourront être contraints de continuer d'approvisionner la société, à condition qu'ils soient payés. Il reste des questions quant à la définition des « approvisionnements essentiels » et quant aux garanties à mettre en place pour protéger les fournisseurs.

Les propositions visent à introduire un plan de restructuration flexible qui permettrait aux sociétés de l'opposer à tous les créanciers signataires. Il est prévu que des dispositions d'« adhésion forcée » soient introduites pour qu'un plan puisse être imposé à une classe de créanciers de rang inférieur même s'ils votent contre le plan, tant que ses effets ne sont pas pires que ceux d'une liquidation. Pour ce qui est du mécanisme de vote, les classes doivent voter pour le plan à hauteur de 75 % des créanciers en termes de valeur, et à plus de 50 % en nombre.

46

Réactions

Au Royaume-Uni il n'y a pas encore eu de réactions officielles à ces propositions et le gouvernement poursuivait ses consultations à ce sujet début 2017. L'annonce des prochaines étapes a été reportée du fait de la décision du gouvernement d'organiser des élections surprise en juin. La réputation unique dont jouit le Royaume-Uni dans le domaine de l'insolvabilité et de la restructuration sera férocement défendue par R3 et nous veillerons à ce que l'avis des membres de notre profession sur les projets de réformes soit entendu par les décideurs politiques.

La directive envisage un moratoire qui peut être renouvelé d'une durée pouvant aller jusqu'à quatre mois. Dans les affaires complexes, le moratoire peut être prolongé jusqu'à douze mois. Quels fournisseurs peuvent se permettre de ne pas être payés pendant aussi longtemps ? Que se passera-t-il si le fournisseur n'est pas capable de fournir les produits commandés et ne peut pas résilier le contrat ? Il se pourrait que les États membres cherchent à adopter l'approche proposée au Royaume-Uni.

La directive introduit en outre des règles visant à permettre aux entrepreneurs de bénéficier d'une seconde chance, puisque leurs dettes seront effacées au bout d'un délai maximum de trois ans. Le gouvernement britannique n'a pas eu besoin de se concentrer sur cet aspect de la directive, puisqu'au Royaume-Uni, une personne insolvable bénéficie généralement d'une remise de dettes au bout de douze mois seulement.

Par le passé, les migrations de CIP ont contraint les autres pays de l'UE à modifier leur législation pour l'amener au même niveau que la législation britannique. Du point de vue de l'insolvabilité en Europe, il serait très décevant que ces liens qui se sont renforcés au fil des ans soient rompus. Le Royaume-Uni devrait se rendre compte qu'il pourrait tirer profit d'un maintien de ces liens étroits ; le continent, pour sa part, devrait comprendre que le Royaume-Uni peut rester une source d'inspiration concernant l'orientation future du droit de l'insolvabilité européen.

Le Brexit est un défi pour les professionnels britanniques de l'insolvabilité et de la restructuration. Il est important que leurs préoccupations soient prises en compte par le gouvernement dans le cadre de ses négociations avec l'UE. En tant que présidente de R3 pour Londres et le Sud-Est, je travaillerai avec mes confrères et le gouvernement pour atténuer certaines des difficultés que pose le Brexit et maximiser ses éventuelles possibilités.

**Christina Fitzgerald, associée, Shakespeare Martineau, Londres (Royaume-Uni)*

S X X
X

Débiteur-exploitant

Paymill GmbH : Transfert réussi du système de paiement en ligne allemand

47

Florian Pfoser et Vincenz von Braun nous font le récit de la cession de la start up munichoise à un nouvel investisseur, à peine trois mois après la décision provisoire d'insolvabilité sans dessaisissement*

Suite à une procédure réussie d'insolvabilité sans dessaisissement menée par Maître Vincenz von Braun et une équipe du cabinet *anchor* Rechtsanwälte, travaillant en étroite collaboration avec le superviseur de l'insolvabilité provisoire, Maître Christian Gerloff (Gerloff Liebler Rechtsanwälte), la start up technologique munichoise Paymill GmbH a été transférée à un investisseur suisse, Klick & Pay, dans le cadre d'une opération dite de « réorganisation par transfert ».

En vertu des termes de la réorganisation, la direction de la société n'a dû licencier que 18 des 65 membres du personnel d'origine.

Situation initiale

Fondée en 2012, Paymill GmbH est une start up technologique financière employant 65 personnes, exerçant des activités de prestataire de services de paiement en ligne traitant les cartes de crédit, SEPA (pour l'Allemagne seulement) et PayPal.

La solution logicielle développée par Paymill GmbH permet aux commerçants et prestataires de services en ligne de toute l'Europe de recevoir des paiements sur des sites internet et applications mobiles utilisant ces méthodes de paiement dans plus de 100 devises. Le service proposé par Paymill GmbH répond aux normes de sécurité les plus strictes (il est doté de son propre système de gestion des fraudes et des risques) et est conforme aux usages du secteur. Les recettes des ventes traitées par des commerçants en ligne à l'aide de l'interface fournie par Paymill GmbH étaient perçues par les banques et versées directement aux commerçants, après déduction des frais du débiteur et des banques.

Étant donné que Paymill GmbH ne disposait pas d'un agrément bancaire, elle n'avait pas le droit de gérer les fonds des clients. De ce fait, la croissance et les marges étaient limitées, et les frais bancaires qu'elle devait payer figurent parmi les raisons qui ont fait que Paymill GmbH n'était pas en mesure de rentrer dans ses frais lorsqu'elle proposait ses services sur le marché. Sa direction avait déjà fait une demande d'agrément bancaire peu après la fondation de la société. Toutefois, toutes ses tentatives ont échoué, car elle n'a pas pu remplir les exigences strictes de l'autorité de tutelle, BaFin.

En décembre 2015, après des discussions avec divers investisseurs stratégiques, qui se sont poursuivies jusqu'en avril 2016, il semblait probable que Paymill GmbH parviendrait à conclure un accord avec un investisseur. La partie intéressée était une filiale bancaire allemande spécialiste des opérations de paiement. Toutefois, ce projet s'est soldé par un échec alors qu'il était sur le point d'être confirmé, suite à une résolution du conseil d'administration de l'investisseur potentiel adoptée juste avant la date fixée pour la signature devant notaire. Pour permettre aux négociations de se poursuivre avec d'autres investisseurs potentiels, les partenaires de l'actionnaire unique ont fourni de nouvelles ressources financières début 2016. Une fois de plus, toutefois, les négociations avec un autre investisseur n'ont pas abouti, à cause des risques d'acquisition d'actions.

L'actionnaire unique n'accordant plus de prêts relais, le 22 avril 2016, la direction a décidé de déposer la demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité qui avait été préparée sur les conseils de Maître Vincenz von Braun, du cabinet anchor Rechtsanwälte, auprès du tribunal local (tribunal de l'insolvabilité) de Munich. La demande sollicitait qu'une gestion provisoire sans dessaisissement soit ordonnée en vertu des articles 270 et suivants du Code de l'insolvabilité allemand (InsO). La direction proposait également que l'expert de l'insolvabilité Christian Gerloff soit nommé superviseur de l'insolvabilité. Vincenz von Braun a rejoint l'équipe dirigeante de la société pour veiller à ce que les exigences du droit de l'insolvabilité soient respectées. Le tribunal local (tribunal de l'insolvabilité) de Munich a accédé à la demande dans sa décision du 26 avril 2016.

48

Mesures initiales

En collaboration avec une équipe d'*anchor* Rechtsanwälte, l'équipe de direction — bénéficiant désormais du renfort de Vincenz von Braun — a informé l'ensemble du personnel, des clients et des prestataires de services, a assuré le financement préliminaire des indemnités d'insolvabilité et a mené des négociations intenses avec les principaux créanciers (cessionnaires), qui ont, au bout du compte, garanti les ressources financières nécessaires à la poursuite de l'activité.

Les efforts soutenus de plusieurs associés et avocats du cabinet *anchor*, principalement les premiers jours de la procédure, ont permis de rapidement stabiliser les opérations commerciales et de regagner la confiance du personnel, des prestataires de services et des clients. Ainsi, la société a pu poursuivre ses opérations sans changement notable apparent, malgré l'insolvabilité, ce qui a permis de persuader les clients et prestataires de services de continuer à travailler avec Paymill GmbH. De fait, la société a même obtenu d'excellents résultats (parmi les meilleurs de son histoire) le mois suivant le dépôt de sa demande. En parallèle, l'équipe dirigeante a préparé une procédure de fusion et acquisition en partenariat avec *anchor* Rechtsanwälte et KPMG, en tant que consultants de gestion. Malgré un calendrier très serré, ce processus structuré a permis d'approcher

57 investisseurs potentiels, dont 28 ont signé des accords de confidentialité. Ces 28 investisseurs ont eu accès à une chambre de consultation des données qui avait déjà été mise en place, ainsi que la possibilité d'en savoir plus sur les caractéristiques de Paymill GmbH lors de plusieurs entretiens avec la direction et KPMG. Au bout du compte, cinq investisseurs potentiels ont présenté des offres indicatives. Des négociations concrètes ont eu lieu avec trois investisseurs de France, d'Angleterre et de Suisse.

Difficultés particulières

Toutes les personnes concernées ont compris qu'une réorganisation n'était possible que par le biais d'une cession de l'ensemble des actifs à un investisseur (opération connue sous le nom de « réorganisation par transfert »). Un plan d'insolvabilité n'était pas envisageable. Étant prévu que le résultat d'exploitation serait déficitaire, il était hors de question de continuer après la fin de la période de trois mois de versement des indemnités d'insolvabilité, le 30 juin 2016. Les actifs devaient donc être cédés au plus tard le 1^{er} juillet 2016.

Pour la réussite de la procédure, il était indispensable que la confiance des salariés et des clients soit regagnée aussi vite que possible. Le personnel était composé en majeure partie de jeunes bien formés. Très demandés sur le marché du travail, ils ont suscité un grand intérêt de la part de la concurrence dès que l'insolvabilité a été rendue publique.

Côté clients, le problème était que la perte de la solution technique aurait pu entraîner une baisse importante de revenus, surtout chez les grands comptes, et que les liens contractuels étaient pour l'essentiel négligeables, étant donné que les flux de paiements pouvaient être détournés vers d'autres fournisseurs en très peu de temps. Par conséquent, s'ils avaient des doutes concernant les efforts de réorganisation, ces clients auraient pu mettre fin à leur relation d'affaires avec Paymill GmbH très rapidement au profit d'un autre fournisseur. Par ailleurs, il s'est avéré qu'un prestataire de services concurrent de Paymill GmbH essayait de mettre à profit l'incertitude causée par la situation d'insolvabilité pour solliciter déloyalement des clients. Les conséquences négatives pour la réorganisation n'ont été évitées que grâce à une demande d'injonction provisoire à laquelle le tribunal régional de Munich a fait droit, permettant aux négociations de se dérouler sur un pied d'égalité.

La cession

Dans le cadre du processus de cession, les négociations avec les investisseurs français et suisse — qui disposaient tous deux de l'indispensable agrément bancaire — ont duré une journée entière dans les bureaux d'*anchor* Rechtsanwälte. Un accord oral a d'abord été conclu avec l'investisseur français. Malgré la considérable pression du temps et cet accord oral, la direction et *anchor* Rechtsanwälte ont également poursuivi les négociations avec l'investisseur suisse. Au cours de ces négociations, ce deuxième investisseur a notablement amélioré son offre initiale, ce qui a finalement permis aux créanciers d'obtenir les meilleurs résultats possibles.

La cession des actifs a été réalisée le 1^{er} juillet 2016, juste après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et le consentement du comité provisoire des créanciers et du superviseur de l'insolvabilité. Vincenz von Braun et l'équipe d'*anchor* Rechtsanwälte poursuivront le processus d'insolvabilité sans dessaisissement après le transfert des activités, en vue de liquider la structure restante de Paymill GmbH et de garantir le désintéressement des créanciers gagistes et

chirographaires dans les meilleurs délais, en coordination avec le superviseur de l'insolvabilité, Christian Gerloff.

Conclusion

Cette procédure démontre que les procédures d'insolvabilité (provisoires) dans les affaires de débiteur-exploitant peuvent constituer une bonne méthode stratégique pour réorganiser les jeunes entreprises, en particulier. Les développements opérationnels négatifs et les obstacles à la croissance peuvent être éliminés notamment avec l'aide d'un investisseur expérimenté, permettant de se recentrer sur les produits de base et la future stratégie commerciale de l'entreprise.

Le principal avantage de l'insolvabilité sans dessaisissement est le signal positif qu'elle envoie aux clients, fournisseurs et salariés : les activités sont maintenues et le tribunal de l'insolvabilité est persuadé des compétences et aptitudes de l'équipe de direction en place. Cet avantage est renforcé par la vitesse à laquelle le processus d'investissement peut avancer, puisque l'équipe de direction existante reste en place.

Pour les investisseurs, cela offre la possibilité unique d'étudier de nouvelles idées de produits et d'exploiter les marchés à forte croissance, tout en ayant la possibilité de faire confiance à une activité qui fonctionne sans s'exposer au risque d'hériter de charges dissimulées. Néanmoins, la clé du succès est l'étroite collaboration professionnelle, mise au service des intérêts des créanciers et autres parties prenantes, entre la direction existante, les experts en réorganisation et le superviseur de l'insolvabilité, ainsi qu'une transparence absolue vis-à-vis du tribunal de l'insolvabilité.

**Florian Pfoser, collaborateur, Vincenz von Braun, associé, anchor Rechtsanwälte, Munich (Allemagne)*

X X X

X

FRANCE

Le régime français de l'insolvabilité va de l'avant

Jean-Luc Vallens nous donne un aperçu rapide de l'actualité du régime d'insolvabilité français*

Ces derniers mois, un ensemble de nouvelles mesures a été mis en œuvre afin d'améliorer l'efficacité de la justice commerciale en France. Ces mesures portent sur le droit matériel de l'insolvabilité, ainsi que sur le cadre institutionnel.

Nouvelles mesures concernant le droit matériel de l'insolvabilité

Facilitation des accords amiables

Information des délégués du personnel

Afin de faciliter les accords amiables, la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 permet aux dirigeants participant à des négociations avec des créanciers de ne pas informer les délégués

du personnel de l'ouverture d'une procédure de mandat *ad hoc* (C. com., art. L.611-3 al. 3) ni d'une procédure de conciliation (C. com., art. L.611-6 al. 3). Cette mesure évite au dirigeant d'être poursuivi en vertu du droit du travail. Selon le Code du travail, le dirigeant doit notifier les difficultés financières que rencontre l'entreprise aux délégués du personnel.

Toutefois, l'obligation introduite par l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 reste en vigueur, à savoir l'obligation d'information du comité d'entreprise ou des délégués du personnel lorsque le débiteur sollicite l'homologation du tribunal (C. com., art. L.611-8-1).

La procédure de conciliation, alternative à la procédure de sauvegarde

La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 permet également au tribunal d'inviter le débiteur à demander l'ouverture d'une procédure de conciliation s'il ne remplit pas les exigences nécessaires à l'ouverture d'une procédure de sauvegarde (C. com., art. L.621-1 al. 3). En particulier, cela concerne les cas où la situation du débiteur ne fait pas apparaître de difficultés qu'il ne serait pas en mesure de surmonter.

Le président du tribunal doit utiliser cette nouvelle mesure incitative législative avec précaution, car il ne doit pas donner l'impression qu'il s'est déjà fait une idée précise des difficultés financières du débiteur et d'une possible insolvabilité.

Plan de sauvegarde : nouveaux actionnaires et dirigeants

La loi du 18 novembre 2016 introduit également de nouvelles règles concernant les modifications jugées nécessaires pour l'adoption d'un plan de sauvegarde. Auparavant, la loi prévoyait les conditions minimales à remplir par les assemblées générales après l'approbation d'un plan de sauvegarde. Le vote au cours des assemblées générales doit désormais se tenir avant l'homologation du plan de sauvegarde par le tribunal. En outre, les tribunaux auront le pouvoir de décider que les modifications requises par le plan seront adoptées à la majorité simple des actionnaires (C. com., art. L.626-3)

51

Interdiction d'exercice des dirigeants qui omettent de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité

En France, les tribunaux peuvent interdire aux dirigeants d'exercer une quelconque activité dans le cas où ils omettent de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans un délai de quarante-cinq jours à compter de la cessation des paiements.

Toutefois, la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 a introduit une condition supplémentaire : cette omission doit être délibérée (C. com., art. L.653-8). Cela entraîne davantage de difficultés pour les praticiens et les tribunaux, car il n'est pas aisé de mettre en lumière l'intention d'un dirigeant... Dans la pratique, cette condition d'interdiction est rarement utilisée seule ; elle est souvent associée à d'autres fautes de gestion ayant trait à l'utilisation à titre personnel des actifs de la société ou aux règles comptables.

Responsabilité personnelle des dirigeants en cas de faute de gestion entraînant une insuffisance d'actifs

Les dirigeants peuvent avoir à supporter les dettes de leur société dans le cas où ils n'ont pas respecté leurs obligations. Les tribunaux sont désormais *plus limités qu'avant* dans leurs possibilités de condamnation des dirigeants pour responsabilité personnelle : ceux-ci ne sont plus tenus personnellement responsables en cas de simple négligence. L'objet de ce changement montre que le législateur français souhaitait soutenir les dirigeants agissant de bonne foi (C. com., art. L.651-2 al. 1, introduit par la loi n° 2016-1097 du 9 décembre 2016).

Toutefois, cela est plus un signal qu'un véritable changement : les praticiens et tribunaux admettent généralement cette responsabilité personnelle et financière uniquement en cas de faute grave ou de manœuvres frauduleuses des dirigeants.

Protection de la résidence principale des entrepreneurs individuels

En principe, le local d'habitation constituant la résidence principale d'un entrepreneur individuel ne peut être saisi par le liquidateur en cas de procédure d'insolvabilité (C. com., art. L.526-1, introduit par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015). Il est important de noter que cette protection est valable même en l'absence de publicité légale (ce qui n'était pas le cas auparavant).

Toutefois, le législateur a prévu une exception importante : le débiteur peut déroger à cette règle en faveur d'un créancier précis. Cela offre aux créanciers une réelle protection en cas de cessation des paiements ultérieure, mais les autres créanciers n'auront pas plus le droit à des fonds tirés de la cession de ces actifs.

Procédure de rétablissement professionnel pour les entrepreneurs individuels (C. com., art. L.645-1)

Depuis la réforme précédente, promulguée en 2014, les entrepreneurs individuels disposant de peu d'actifs (moins de 5 000 euros) et n'employant aucun salarié peuvent bénéficier d'un effacement de leurs dettes impayées. Cette procédure implique une brève enquête de quatre mois mais ne produit pas les effets d'une véritable procédure collective.

Les conditions d'accès à cette « procédure de rétablissement professionnel » sont similaires à celles de la procédure de liquidation, c'est-à-dire qu'il doit y avoir cessation des paiements et que le redressement doit être manifestement impossible. Toutefois, cette procédure ne s'applique pas aux débiteurs agissant de mauvaise foi.

Depuis la nouvelle loi du 18 novembre 2016, cette procédure est également ouverte aux débiteurs en activité et à ceux qui ont cessé leur activité depuis moins d'un an.

Nouvelles mesures concernant le cadre institutionnel

Nouvelle structure tarifaire des administrateurs judiciaires et liquidateurs français

Le décret n° 2016-230 du 23 février 2016 prévoit une nouvelle structure tarifaire applicable aux administrateurs judiciaires et liquidateurs (C. com., art. R. 663-3 et seq. ; art. A. 663-3 et seq.).

Ces nouvelles dispositions sont le résultat du souhait de contrôler le coût des procédures d'insolvabilité en France. Cependant, l'intention est également de procéder, au moyen de petits ajustements successifs, à la réglementation de la profession d'administrateur judiciaire et de liquidateur.

Juges des tribunaux de commerce

La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 introduit de nouvelles règles concernant le statut des juges des tribunaux de commerce.

Parmi les plus importantes de ces règles, la loi a introduit une *obligation de formation initiale et continue* en matière juridique, économique et comptable. En cas de non-respect de ces nouvelles règles (qui entreront en vigueur le 1^{er} novembre 2018), les juges seront contraints de démissionner.

Outre l'ajout de *nouvelles règles déontologiques*, les juges des tribunaux de commerce français sont également tenus de remplir une déclaration d'intérêts, sous peine de sanctions pénales. L'objectif est d'éviter tout conflit d'intérêts avec leurs fonctions officielles.

Par ailleurs, la loi dispose clairement que les juges traitant d'affaires commerciales font l'objet d'interdictions spécifiques. En particulier, ils ne peuvent ni exercer la profession d'avocat, de greffier, de praticien de l'insolvabilité, ni siéger au Parlement européen, ni exercer certains autres mandats, etc. En outre, la loi prévoit une limite générale qui dispose que les juges doivent démissionner au bout de quatorze ans de service.

**Jean-Luc Vallens, juge, Cour d'appel de Colmar (France)*

x x x
X

ÉTATS-UNIS

L'affaire Arcapita et le rôle des tribunaux américains dans les restructurations internationales

Brad Geer, Anne Davey et Zachary Cohen nous présentent une affaire impliquant une entité étrangère qui a eu recours au Chapitre 11 et d'autres litiges intéressants à dimension internationale*

Les tribunaux de la faillite des États-Unis, surtout dans les États de New York et du Delaware, figurent parmi les tribunaux préférés des entreprises multinationales pour y déposer leurs demandes d'ouverture de procédure d'insolvabilité.

53

Cette tendance est visible depuis le début du dernier cycle de crédit. En effet, les entreprises exerçant des activités et possédant des actifs à l'international (ce qui sous-entend des opérations d'expédition) choisissent souvent les États-Unis comme destination de prédilection pour leurs réorganisations et recapitalisations. Les entreprises étrangères bénéficient de divers avantages lorsqu'elles choisissent les États-Unis pour traiter leurs difficultés, mais il existe néanmoins des inconvénients et limitations dont les entreprises et leurs conseils devraient tenir compte.

Les affaires fondées sur le Chapitre 11 concernant Arcapita Bank B.S.C.(c) (« Arcapita » ou la « Société ») et ses filiales sont un exemple parfait des avantages et inconvénients potentiels du recours aux tribunaux de la faillite des États-Unis. Arcapita, gestionnaire international de premier plan d'instruments alternatifs conformes à la charia, exerçait des activités de banque d'investissement. Elle n'avait pas le statut de banque nationale agréée aux États-Unis et ne possédait pas de succursales dans le pays. Toutefois, elle avait un bureau à Atlanta. La Société avait son siège au Bahreïn et était soumise à une licence de banque de gros islamique délivrée par la Banque centrale du Bahreïn (la « BCB »). Les filiales d'Arcapita possédaient des sociétés qui à leur tour détenaient des participations minoritaires dans un portefeuille international de sociétés d'exploitation. AIHL, filiale à 100 % d'Arcapita, avait été constituée en 1998 sous forme de société off-shore aux îles Caïmans en vue de détenir les droits de participation d'Arcapita afférents à ses investissements.

Comme la quasi-totalité des fonds et banques d'investissement, Arcapita a été frappée de plein fouet par la crise économique mondiale, et plus particulièrement par la crise de la dette de la

zone euro. Ceci l'a empêchée d'obtenir des liquidités par le biais des marchés des capitaux et a entraîné une réduction de la valeur de ses actifs (et des difficultés concomitantes à monétiser certains de ses actifs illiquides complexes, détenus par son portefeuille de sociétés affiliées). Par conséquent, Arcapita ne disposait pas de suffisamment de liquidités pour rembourser sa *murabaha* (crédit syndiqué conforme à la charia) non garantie de 1,1 milliard de dollars, qui arrivait à échéance le 28 mars 2012 (le « Crédit syndiqué »).

Avant de demander que la Société soit placée sous la protection du Chapitre 11, l'équipe de direction d'Arcapita a mené des discussions intenses avec les prêteurs du Crédit syndiqué concernant des possibilités de scénarios de restructuration amiable. Toutefois, Arcapita n'a pas réussi à obtenir le consentement unanime requis dans le cadre d'un crédit conforme à la charia pour remplir les conditions d'une restructuration amiable.

En outre, un ou plusieurs fonds spéculatifs possédant des participations minoritaires dans le Crédit syndiqué — et qui, selon Arcapita, « avaient acquis leurs intérêts en bénéficiant d'une décote importante et cherchaient à utiliser leur opposition à une restructuration pour obtenir un rachat au pair, tandis que d'autres prêteurs risquaient de bénéficier d'un traitement moins favorable — ont brandi le spectre d'une action en justice qui, si les fonds obtenaient gain de cause, réduirait la valeur d'utilité de la Société au détriment des autres créanciers et parties prenantes⁴⁴. »

D'après la direction d'Arcapita, ces menaces, qui prenaient entre autres la forme d'une « procédure de liquidation forcée pure et simple, destructrice de valeur, aux îles Caïmans », ont contraint Arcapita à envisager des possibilités de réorganisation en vertu des lois de divers autres pays. Au bout du compte, Arcapita a estimé que le Chapitre 11 était le moyen le plus efficace de mettre en œuvre un plan de restructuration complet qui maximiserait les recouvrements pour tous les créanciers et parties prenantes.

Le 19 mars 2012, Arcapita a déposé une demande volontaire de placement sous la protection de l'insolvabilité au titre du Chapitre 11 dans le district sud de l'État de New York.

Au vu de la diversité des créanciers du Crédit syndiqué et de leurs intérêts concurrents, le Chapitre 11 s'est avéré un instrument efficace permettant à Arcapita de mettre en œuvre sa restructuration. Les créanciers du Crédit syndiqué étaient essentiellement des prêteurs non américains qui privilégiaient une approche « coup de pied dans la fourmilière », qui aurait entraîné des modifications du Crédit syndiqué, notamment des reports d'échéances et, en principe, aucune réduction.

D'autre part, les investisseurs minoritaires susmentionnés souhaitaient un remboursement immédiat au pair. En outre, d'autres créanciers américains, coutumiers des insolvabilités américaines, étaient disposés à consentir des sacrifices sous forme de décote du principal afin de maximiser les recouvrements à terme. Au titre de la procédure fondée sur le Chapitre 11, les créanciers ont été contraints de se regrouper en une classe unique. La restructuration a ainsi pu avoir lieu malgré l'existence de créanciers dissidents et de priorités concurrentes, puisque la majorité requise était ainsi obtenue (au moins deux tiers en termes de montant et plus de la moitié en termes de nombre de votants).

Cependant, même si le Chapitre 11 a bénéficié à la masse d'Arcapita en contraignant la plupart des créanciers dissidents, il a échoué à contraindre la totalité des intéressés non américains. Des contentieux opposent encore Arcapita à plusieurs banques moyen-orientales concernant la récupération de certains dépôts en espèces, ce qui montre que les tribunaux américains sont parfois

⁴⁴ Déclaration de Henry A. Thompson à l'appui des demandes fondées sur le Chapitre 11 et requêtes initiales des débiteurs et en conformité avec la règle locale 1007-2, *In re: Arcapita Bank B.S.C.(C), et al.*, affaire n° 12-11076.

limités dans l'influence qu'ils peuvent exercer sur des entités internationales. Avant sa demande, Arcapita avait déposé près de 35 millions de dollars en espèces auprès de plusieurs banques moyen-orientales florissantes, qui étaient également à cette époque des créanciers chirographaires d'Arcapita. Arcapita dispose de créances directes pour retirer ces 35 millions de dollars en vue de répartir les fonds conformément à son plan de réorganisation. Toutefois, les banques en question ont affirmé avoir compensé des droits par ces créances chirographaires et refusent par conséquent de débloquer les fonds. L'affaire est en instance depuis plus de quatre ans.

Comme le montre l'affaire Arcapita, les entreprises étrangères bénéficient de divers avantages lorsqu'elles choisissent les États-Unis pour traiter leurs difficultés financières. Le Chapitre 11 du Code de la faillite des États-Unis est l'un des régimes d'insolvabilité les plus élaborés du monde, offrant une certaine prévisibilité aux parties prenantes. L'une de ses caractéristiques les plus attirantes est sa capacité à résoudre le problème de la « dissidence ». En l'absence de consentement unanime des prêteurs, il est souvent difficile de procéder à une restructuration du bilan à l'amiable. Cette condition est valable tant aux États-Unis que dans le reste du monde. Toutefois, le Chapitre 11 permet de confirmer un plan de réorganisation qui ne remporte pas l'adhésion unanime des intéressés par le biais de l'article 1129 et d'autres dispositions du Code de la faillite des États-Unis. Si un débiteur parvient à obtenir les majorités de classe requises (au moins des deux tiers en termes de montant et plus de la moitié en termes de nombre de votants) et/ou remplit les autres critères de confirmation au titre du Chapitre 11, le plan devient opposable à tous les créanciers dissidents et abstentionnistes⁴⁵.

L'effet exécutoire est une autre caractéristique attirante du Chapitre 11. Dans le cas des États-Unis et d'autres grands centres financiers, le problème de la mise à exécution d'une décision de justice par rapport à des créanciers situés hors du ressort du tribunal est largement atténué. En effet, la plupart des créanciers institutionnels sont présents d'une manière ou d'une autre aux États-Unis ou dans ces centres financiers. En d'autres termes, il y aura de fortes chances pour que la plupart des créanciers soient présents aux États-Unis, ce qui fait que les débiteurs peuvent raisonnablement s'attendre à ce que les décisions d'un tribunal de la faillite des États-Unis soient exécutées. Toutefois, comme cela a été le cas dans l'affaire Arcapita, cet avantage n'est pas toujours garanti.

L'un des autres avantages les plus manifestes du Chapitre 11 est la suspension de plein droit prévue par l'article 362 du Code de la faillite des États-Unis. Il s'agit d'une injonction automatique qui prend effet dès le dépôt d'une demande d'ouverture de procédure fondée sur le Chapitre 11. Elle interdit aux parties de prendre des mesures pour poursuivre ou mettre à exécution des créances dirigées à l'encontre du débiteur ou des biens de la masse hors du cadre de la procédure d'insolvabilité. Elle produit ses effets dans le monde entier et les conséquences de son non-respect peuvent être graves⁴⁶.

Le dépôt d'une demande aux États-Unis donne par ailleurs naissance à une masse de l'insolvabilité composée de l'ensemble des biens du débiteur, « où qu'ils soient situés. » Ceci permet aux entreprises d'administrer tous leurs actifs dans le monde entier sans avoir à entamer des procédures dans chaque pays où elles exercent des activités ou possèdent des actifs⁴⁷. Enfin, il suffit qu'une entité étrangère présente des liens ténus avec les États-Unis pour pouvoir prétendre aux réparations qui lui sont ouvertes en vertu de la législation américaine en matière

⁴⁵ *Crossing Borders: International Reorganizations*, par James H.M. Sprayregen et David A. Agay, 10 février 2010.

⁴⁶ *DOES CHAPTER 11 WORK FOR FOREIGN SHIPPING COMPANIES?*, *Maritime Reporter and Engineering News*, avril 2013.

⁴⁷ *Absolute Priority*, *Coming to America : Corporate Bankruptcy Tourism*, 11 novembre 2014.

d'insolvabilité. L'article 109 du Code de la faillite des États-Unis, intitulé « Qui peut avoir la qualité de débiteur » dispose que « seule une personne qui a sa résidence ou son domicile, un établissement ou des biens aux États-Unis, ou une municipalité, peut avoir la qualité de débiteur⁴⁸. » Le Code de la faillite des États-Unis ne précise pas de montant minimum ni de plafond de biens devant se trouver aux États-Unis pour qu'une entité soit considérée comme un débiteur dans le cadre d'une affaire d'insolvabilité américaine. De fait, la façon la plus courante de satisfaire cette exigence de biens consiste à disposer d'un compte bancaire aux États-Unis ou de verser à un cabinet d'avocats américain des avances sur honoraires d'avocat pour le compte du débiteur et de ses sociétés affiliées. Un compte bancaire provisionné de 100 dollars seulement suffit, et le compte peut même être ouvert peu de temps avant le dépôt de la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité⁴⁹. Ainsi, il est relativement facile d'être reconnu comme débiteur par les tribunaux de la faillite américains.

Pendant longtemps, les États-Unis ont été le pays le plus populaire pour les demandes d'ouverture de procédure d'insolvabilité concernant des entreprises multinationales. Cela ne surprendra pas la plupart des professionnels de la restructuration, au vu des nombreux avantages dont bénéficient les entreprises étrangères lorsqu'elles choisissent les tribunaux américains (notamment la capacité à contraindre les créanciers dissidents, les effets exécutoires, la suspension de plein droit, et la facilité avec laquelle une société étrangère peut se voir reconnaître la qualité de débiteur aux États-Unis). Nous pensons que cette tendance se poursuivra, car le Code de la faillite des États-Unis reste l'un des régimes d'insolvabilité les plus élaborés du monde.

L'affaire Arcapita constitue une étude de cas très utile des avantages et inconvénients auxquels les sociétés multinationales sont confrontées lorsqu'elles s'adressent aux tribunaux de la faillite des États-Unis.

**Brad Geer, directeur général, groupe Restructuration financière, Houlihan Lokey, Minneapolis ; Anne Davey, directrice, Zachary Cohen, collaborateur, groupe Restructuration financière, Houlihan Lokey, New York*

Les déclarations et avis exposés dans cet article sont ceux de leurs auteurs et peuvent ne pas correspondre à ceux de Houlihan Lokey, Inc., banque d'investissement internationale indépendante axée sur le conseil, dont le siège est situé à Constellation Place, Century City, Los Angeles, California.

x x x
x

Actualités par pays

Actualités par pays Eté 2017

Actualités de la République tchèque, des Pays-Bas et de Lituanie

République tchèque : Les titulaires de créances garanties éventuelles et futures bénéficient d'une certitude accrue

Par Petr Sprinz, associé, Havel, Holásek & Partners, Prague (République tchèque)

⁴⁸ *New York Law Journal, Using the Bankruptcy Code For International Restructuring*, 13 juin 2016.

⁴⁹ *Section 109(a) – Filing a Chapter 11 Case for a Foreign Business*, Maurice Horwitz, 8 juin 2015.

Le 1^{er} juillet 2017, un important amendement à la loi sur l'insolvabilité sera entré en vigueur.

Cet amendement apporte plusieurs modifications importantes à divers aspects ayant trait aux procédures d'insolvabilité, notamment la garantie des créances éventuelles ou futures (garanties bancaires comprises), l'évaluation de l'insolvabilité d'une entreprise et l'effacement de dettes. Cet article s'intéresse à la position des créanciers titulaires de créances garanties éventuelles et futures.

Garantie des créances éventuelles et futures

La procédure d'insolvabilité commence lorsque la personne habilitée dépose une demande d'ouverture de procédure auprès du tribunal de l'insolvabilité compétent. La demande est ensuite publiée par le tribunal dans un registre d'insolvabilité accessible au public. L'un des effets les plus notables du commencement de la procédure d'insolvabilité est qu'un droit de sûreté relatif aux actifs appartenant au débiteur ou à d'autres actifs de la masse ne peut être créé ou exécuté qu'en conformité avec les conditions de la loi sur l'insolvabilité. De fait, seul le financement du débiteur-exploitant (en tchèque : *úvěrové financování*) permet de créer un « nouveau droit de sûreté ».

La règle du moratoire de plein droit a soulevé diverses questions controversées, notamment celle de savoir si, dans le cas d'un nantissement portant sur des stocks conservés dans un entrepôt, les articles arrivant dans l'entrepôt après le commencement de la procédure d'insolvabilité sont toujours nantis en faveur d'un créancier gagiste. La Cour suprême a répondu à juste titre par l'affirmative.

De la même manière, une question connexe s'est posée dans le contexte de la loi sur l'insolvabilité et la résolution, qui était alors applicable, dans l'affaire ELMA-THERM. Dans son arrêt, la Cour suprême a conclu qu'une banque n'a pas droit au désintéressement de sa créance à l'encontre d'une personne insolvable découlant d'une garantie si la banque a appliqué une garantie bancaire émise en faveur de la personne insolvable après la déclaration d'insolvabilité, même si le nantissement portant sur la garantie bancaire a été inscrit au registre foncier avant la déclaration d'insolvabilité.

Les praticiens de l'insolvabilité craignaient que la Cour suprême parvienne aux mêmes conclusions dans le cadre de la loi sur l'insolvabilité actuellement en vigueur. De fait, nos clients ont constaté que les mandataires de l'insolvabilité avait commencé à réfuter leurs créances en invoquant l'affaire ELMA-THERM dans des scénarios similaires. Dans ce contexte, l'amendement de la loi sur l'insolvabilité supprime l'arrêt de la Cour suprême.

L'intention du législateur était de veiller à ce qu'une banque ou une personne agissant en vertu d'une garantie bancaire ou financière après le début d'une procédure d'insolvabilité soit considérée comme un créancier gagiste à condition que le droit de désintéressement, découlant de la garantie, d'une créance sur un débiteur soit inscrit au registre foncier avant le début de la procédure. De la même façon, cette règle s'appliquera aux futures créances garanties nées après le début de la procédure d'insolvabilité.

Bien que la majorité des praticiens de l'insolvabilité soit probablement de l'avis que l'affaire ELMA-THERM était plutôt une question à trancher par le biais de l'interprétation plutôt qu'au moyen d'une intervention législative, les créanciers gagistes ont généralement bien accueilli l'amendement. Dans la pratique, les mandataires de l'insolvabilité ont déjà souvent dû reconnaître les droits de sûreté de nos clients qu'ils avaient au départ essayé de dénier.

Lituanie : Actions en annulation et bonne foi — les règles à observer dans les relations avec des entreprises lituaniennes

Par Frank Heemann, associé, et Karolina Gasparke, collaboratrice senior, bnt attorneys in CEE, Vilnius (Lituanie)

La récente jurisprudence lituanienne confirme que les entreprises doivent être très prudentes et prendre des mesures actives avant de conclure des opérations avec des entreprises lituaniennes potentiellement exposées à des difficultés.

Autrement, elles risquent d'avoir à restituer ce qu'elles ont tiré de l'opération si une procédure d'insolvabilité est ouverte à l'encontre de la société et que l'administrateur introduit une action en récupération.

Les administrateurs lituaniens de l'insolvabilité examinent les opérations du débiteur conclues dans les trente-six mois précédant l'ouverture de la procédure. Ils doivent introduire des actions en annulation à l'encontre de l'autre partie au contrat conclu avec le débiteur si les conditions d'une action paulienne sont réunies⁵⁰. L'une de ces conditions est la mauvaise foi de l'autre partie au moment de l'opération. Elle sera considérée avoir agi avec mauvaise foi si elle savait ou aurait dû savoir que l'opération violerait les droits des autres créanciers. Cela sera le cas s'il peut être démontré que l'autre partie savait ou aurait dû savoir que l'opération causerait ou aggraverait l'insolvabilité du débiteur⁵¹.

Le droit lituanien présume que les parties à une opération sont de bonne foi. Cette présomption s'applique également dans le cas des actions pauliennes. Toutefois, la récente pratique judiciaire semble indiquer un changement en matière de charge de la preuve, car les tribunaux ont tendance à tolérer les allégations superficielles de l'administrateur demandeur affirmant que l'autre partie avait connaissance de l'insolvabilité (imminente) du débiteur. C'est donc à la partie défenderesse de prouver qu'elle avait agi de bonne foi et avait pris les mesures requises par la pratique judiciaire actuelle. À cet effet, la défenderesse doit démontrer qu'elle a vérifié et analysé les informations publiquement accessibles qui auraient pu apporter de la lumière sur la situation financière de son partenaire commercial. Ceci consiste notamment à vérifier les registres des nantissements, des hypothèques, des saisies et du commerce. Les états financiers les plus récents doivent être obtenus auprès du registre du commerce. Ne serait-ce que pour les relations de longue date, les tribunaux exigent également que l'autre partie discute avec son partenaire commercial de sa situation financière, notamment de ses obligations envers ses autres créanciers, de ses obligations garanties par des nantissements ou hypothèques et leurs dates d'échéance, ainsi que du statut des affaires judiciaires en instance⁵². Certains jugements semblent indiquer qu'un nantissement portant sur la totalité des actifs du demandeur peut en soi suffire pour que le tribunal conclue que l'autre partie avait agi de mauvaise foi lors de la conclusion de l'opération avec le débiteur⁵³.

Les tribunaux ont tendance à appliquer ces critères de manière plutôt formelle sans tenir compte du fait que des informations significatives ont été ou auraient pu être obtenues en

58

⁵⁰ Les tribunaux déclarent une opération nulle et ordonnent une restitution au titre des règles de l'action paulienne si les conditions suivantes sont remplies : (1) la créance sur le débiteur est incontestable ; (2) l'opération en question viole les droits des autres créanciers du débiteur ; (3) le débiteur n'était pas dans l'obligation de conclure l'opération ; (4) le débiteur et le créanciers n'agissaient pas de bonne foi car ils savaient ou auraient dû savoir que l'opération porterait préjudice aux droits des autres créanciers.

⁵¹ Arrêt de la Cour suprême de Lituanie (« LAT ») en date du 2 octobre 2013, aff. civile n° 3K-3463/2013. Arrêt de la Cour d'appel de Lituanie (« LApT ») en date du 13 octobre 2016, aff. civile n° e2A-813464/2016.

⁵² LApT, *ibid.* ; LAT, *ibid.*

⁵³ LApT ; LApT, arrêt du 11 mai 2017, aff. civil n° e2A-245-178/2017.

respectant cette « liste de contrôle ». Par exemple, le nantissement d'actifs est une pratique normale nécessaire à l'obtention d'un financement et non pas forcément le signe de problèmes financiers. Par ailleurs, les états financiers ne sont que de peu d'utilité pour comprendre la situation de trésorerie d'une société, d'autant plus si ces états sont vieux de plusieurs mois, voire de plusieurs années. Par ailleurs, le fait de demander à son partenaire commercial s'il est au bord de l'insolvabilité n'amènera probablement pas une réponse honnête. Fait intéressant, dans une décision récente, le tribunal a interprété la simple existence d'une assurance contre les risques de crédit en défaveur du créancier étranger assuré du débiteur lituanien, plutôt que de reconnaître que l'assureur avait surveillé la situation financière du débiteur lituanien et, au moment de l'opération litigieuse, n'avait ni résilié l'assurance ni autrement lancé de signaux d'alerte⁵⁴.

Par conséquent, il est conseillé aux entreprises étrangères de suivre la « liste de contrôle » découlant de la récente jurisprudence avant de conclure des opérations commerciales avec des entreprises lituaniennes. Autrement, le risque est grand qu'en cas d'action paulienne (à cause du transfert de la charge de la preuve !), elles ne parviennent pas à prouver qu'elles ont vérifié les antécédents de leur partenaire, en conséquence de quoi les tribunaux sont susceptibles de conclure que la société défenderesse avait agi de mauvaise foi et de se prononcer en faveur de l'administrateur.

Pays-Bas : Le programme législatif de « recalibrage du droit de l'insolvabilité »

Par Ruud Brunninkhuis et Laurens Prickartz, collaborateurs seniors et avocats, Buren, Pays-Bas

En novembre 2012, le législateur néerlandais a lancé un programme législatif intitulé « Recalibrage du droit de l'insolvabilité ».

Ce programme législatif, qui progresse régulièrement, repose sur trois piliers : (i) renforcer les possibilités de restructuration des entreprises ; (ii) moderniser la procédure d'insolvabilité ; et (iii) lutter contre les insolvabilités frauduleuses.

Les deux premiers piliers du programme législatif

Le premier pilier — renforcer les possibilités de restructuration des entreprises — comporte entre autres des projets de loi prévoyant l'introduction d'une base statutaire pour les pré-packs et d'un concordat de restructuration obligatoire (hors du cadre de l'insolvabilité). Le deuxième pilier — moderniser la procédure d'insolvabilité — comporte un projet de loi qui prévoit plusieurs modifications de l'actuelle procédure d'insolvabilité néerlandaise. Entre autres, l'utilisation des moyens de communication électroniques sera mise en œuvre et les créanciers auront un délai à respecter pour produire leurs créances.

Le troisième pilier du programme législatif

Le troisième pilier du programme législatif — lutter contre les insolvabilités frauduleuses — est presque achevé. Ce pilier comporte trois lois, dont deux sont entrées en vigueur le 1^{er} juillet 2016 : la loi sur la révocation des dirigeants en vertu du droit civil (*de Wet civielrechtelijk bestuursverbod*) et la loi sur la révision de la pénalisation de l'insolvabilité frauduleuse (*de Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude*). La troisième loi (encore au stade de projet) de ce pilier, la loi sur le renforcement de la position du mandataire de l'insolvabilité (*Wet versterking positie curator*), a été adoptée par la Chambre haute néerlandaise le 21 mars 2017. Il était prévu qu'elle entre rapidement en vigueur, possiblement le 1^{er} juillet 2017.

⁵⁴ LApT, 13 octobre 2016, *ibid*.

La position renforcée du mandataire de l'insolvabilité

En quoi la position du mandataire de l'insolvabilité est-elle renforcée ? Il convient de noter que cette loi oblige le mandataire de l'insolvabilité à vérifier si des irrégularités ont (en partie) entraîné l'insolvabilité, compliqué la liquidation de la masse ou augmenté le déficit dans le cadre de l'insolvabilité. En d'autres termes, le mandataire de l'insolvabilité sera chargé d'identifier les fraudes. Dans le cas où une fraude est identifiée, le mandataire de l'insolvabilité doit en informer le juge superviseur à titre privé et peut, après s'être entretenu avec lui, le signaler aux autorités compétentes. En outre, il doit le mentionner dans son rapport de liquidation.

Par ailleurs, la position du mandataire de l'insolvabilité est renforcée puisque le débiteur est tenu de lui fournir des informations et de coopérer avec lui. Ceci signifie que le mandataire de l'insolvabilité doit être informé par le débiteur de tous les faits et circonstances pertinents, qu'ils aient ou non été demandés. Par ailleurs, le mandataire de l'insolvabilité doit être informé de l'existence d'actifs à l'étranger, par exemple des biens immobiliers et comptes bancaires du débiteur situés dans des pays étrangers. Le débiteur doit également coopérer pleinement avec le mandataire de l'insolvabilité à cet égard. Lorsqu'une personne morale ou société de personnes est déclarée insolvable, ces obligations s'appliquent également à ses dirigeants (indirects), membres du conseil de surveillance, associés et dirigeants de fait, ainsi qu'aux personnes qui ont occupé ces fonctions au cours des trois années précédant l'insolvabilité. Le débiteur doit également fournir directement ses livres et registres et les rendre lisibles en fournissant des clés de cryptage. De la même manière, tous les tiers qui conservent (en partie) les livres et registres du débiteur à titre professionnel, par exemple les comptables, seront tenus de fournir ces livres et registres au mandataire de l'insolvabilité, accompagnés des moyens de les rendre lisibles, sur demande.

Il convient de noter que cette loi s'applique aux procédures d'insolvabilité ouvertes après l'entrée en vigueur de la loi, c'est-à-dire vraisemblablement après le 1^{er} juillet 2017.

x x x
x

60

Rapport technique

Application du règlement n° 2015/848 relatif aux procédures d'insolvabilité

Myriam Mailly, responsable technique d'INSOL Europe, informe les praticiens de l'insolvabilité de ce qu'ils doivent savoir avant d'appliquer le règlement (UE) 2015/848 relatif aux procédures d'insolvabilité (le « REI 2015 (refonte) »), qui est entré en vigueur le 26 juin 2017

Rectificatif au règlement du Conseil (UE) 2015/848 (JOUE du 21 décembre 2016)

La version initiale de l'article 84(1) du REI 2015 (refonte) ne couvrait que les procédures d'insolvabilité ouvertes postérieurement au 26 juin 2017, tandis que l'article 84(2) disposait que « [...] le règlement (CE) no 1346/2000 continue de s'appliquer aux procédures d'insolvabilité relevant du champ d'application dudit règlement et qui ont été ouvertes avant le 26 juin 2017. »

Par conséquent, ni le REI 2000 ni le REI 2015 (refonte) n'auraient été applicables aux procédures d'insolvabilité transfrontalières ouvertes par un tribunal précisément le 26 juin 2017.

Grâce au rectificatif publié le 21 décembre 2016, ce problème est réglé : le REI 2015 (refonte) s'applique à compter du 26 juin 2017.

Mise à jour des annexes au règlement (UE) 2015/848 (JOUE du 3 mars 2017)

Le règlement (EU) 2017/353 du 15 février 2017, remplaçant les annexes A et B au règlement (UE) 2015/848, a été publié le 3 mars 2017.

Ce règlement tient compte des informations que la Pologne a notifiées à la Commission concernant la réforme importante de sa loi nationale relative à la restructuration, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2016. La Pologne a donc demandé que les listes exposées aux annexes A et B au règlement (UE) 2015/848 soient modifiées en conséquence.

Toutefois, il ne faut pas oublier que les annexes faisant partie intégrante du règlement, elles sont directement applicables dans les États membres. C'est la raison pour laquelle nous recommandons aux praticiens de l'insolvabilité de consulter la version la plus récente des annexes avant d'appliquer le REI 2015 (refonte).

Mise à jour des informations concernant les lois nationales et de l'UE en vertu de l'article 86 du REI 2015 (refonte)

L'article 86 du REI 2015 (refonte), qui est entrée en vigueur le 26 juin 2016, vise principalement à faire en sorte qu'une brève description des lois et procédures nationales relatives à l'insolvabilité soit mise à disposition du public, notamment concernant les éléments énumérés à l'article 7(2) (« la loi de l'État d'ouverture »).

Au 29 juin 2017, une brève description des lois et procédures nationales relatives aux éléments énumérés à l'article 7(2) est disponible pour les dix-neuf États membres suivants : Allemagne, Autriche, Bulgarie, Croatie, Chypre, Espagne, Estonie, Finlande, France, Grèce, Italie, Malte, Pologne, Portugal, République tchèque, Roumanie, Royaume-Uni, Slovaquie et Suède.

61

Formulaires uniformisés devant être utilisés par les praticiens de l'insolvabilité en vertu de l'article 88 du REI 2015 (refonte)

Des formulaires uniformisés dans toutes les langues officielles de l'Union européenne ont été publiés le 22 juin 2017 par la Commission européenne.

Tout d'abord, ces formulaires uniformisés permettront aux États membres de subordonner l'accès aux informations concernant les personnes physiques insolvables, via le système d'interconnexion, à la condition de la vérification de l'existence d'un intérêt légitime à accéder à ces informations (article 27(4)).

Deuxièmement, les praticiens de l'insolvabilité devront envoyer une copie du formulaire uniformisé de production des créances avec leur notification, de manière à informer immédiatement les créanciers étrangers connus de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (articles 54 et 55). Il convient de noter que le REI 2015 (refonte) précise que les conséquences du dépôt d'un dossier incomplet doivent continuer de relever du droit national.

Troisièmement, un formulaire uniformisé sera créé pour les praticiens de l'insolvabilité désignés pour représenter un membre d'un groupe de sociétés, leur permettant de formuler, dans les trente jours à compter de la réception de la notification, une objection en ce qui concerne :

- la demande d'ouverture d'une procédure de coordination collective ;
- l'inclusion, dans une procédure de coordination collective, de la procédure d'insolvabilité pour laquelle il a été désigné ; ou
- la personne proposée en qualité de coordinateur (article 64).

Prochaines étapes : établissement et interconnexion des registres nationaux de l'insolvabilité (2018-2019)

Pour mieux assurer que les créanciers et tribunaux reçoivent des informations pertinentes et pour prévenir l'ouverture de procédures parallèles, l'article 24 du REI 2015 (refonte) impose aux États membres de publier des informations pertinentes dans un registre en ligne accessible par le public. La date limite d'établissement de ces registres nationaux est le 26 juin 2018. Une fois établis au niveau national, ces registres nationaux seront interconnectés via le portail européen e-Justice d'ici le 26 juin 2019.

Si vous êtes curieux ou trop impatient, sachez que vous pouvez d'ores et déjà avoir accès au projet pilote, qui comporte des informations pour les États membres suivants : Allemagne, Autriche, Estonie, Lettonie, Pays-Bas, République tchèque, Roumanie et Slovénie.

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

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

Liens utiles

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

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

Resources www.insol-europe.org/resources

Nouvelles lois sur l'insolvabilité

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

Rapports nationaux

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

Comment devenir praticien de l'insolvabilité en Europe ?

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

Statistiques nationales en matière d'insolvabilité

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

Jurisprudence nationale

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

Processus de réforme du REI

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

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

www.insolvencycases.eu

Etudes INSOL-Europe

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

Groupes de travail

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

62

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

Dates pour votre calendrier

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

2017

4 & 5 Octobre

**INSOL Europe/Forum Universitaire
Conférence Annuelle**

Varsovie / Pologne

5 - 8 Octobre

INSOL Europe – congrès annuel

Varsovie/Pologne

2018

3 & 4 Octobre

**INSOL Europe/Forum Universitaire
Conférence Annuelle**

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

2020

30 Septembre et 1^{er} octobre

**INSOL Europe/Forum Universitaire
Conférence Annuelle**

Sorrento, Italie

1 – 4 Octobre

INSOL Europe – congrès annuel

Sorrento, Italie

63

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)