

e u r o f e n i x

La revue d'INSOL Europe

Automne 2017



Pré-Packs en Pologne

Formations & Evénements
Compte-rendus de
Tel Aviv, Bruxelles et Bucarest

Et aussi dans ce numéro :
Procédures secondaires virtuelles
Fiducies nées d'un concordat (IVA)
Actifs donnés en garantie
Nouvelles publications
Actualités par pays

...et plus

Numéro 69 : €30

N°ISSN 1752-5187

Contacts Insol Europe

Adresse postale :

INSOL Europe

PO Box 7149

Clifton, Nottingham NG11 6WD, Royaume Uni

Renseignements :

Caroline Taylor

Tél./Fax : +44 115 878 0584

E-mail : carolinetaylor@insol-europe.org

Site internet : www.insol-europe.org

Comité exécutif :

Président : Steffen Koch

(steffen.koch@hww-kanzlei.de)

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

Vice-président : Alistair Beveridge

(abeveridge@alixpartners.com)

Président précédent : Alberto Núñez-Lagos

(alberto.nunez-lagos@uria.com)

Trésorier : Jim Luby

(lubyj@mcstayluby.ie)

Directeur administratif : Caroline Taylor

(carolinetaylor@insol-europe.org)

Secrétariat:

Communication:

Paul Newson

(paulnewson@insol-europe.org)

Comité des pays de l'Europe Orientale (EECC)

Florica Sincu, Secrétaire

(floricasinu@insol-europe.org)

Co-ordinateur membres et enregistrements aux conférences:

Wendy Cooper

(wendycooper@insol-europe.org)

Co-ordinateur parrainages:

Hannah Denney

(hannahdenney@insol-europe.org)

Responsables techniques:

Emmanuelle Inacio & Myriam Mailly

(technical@insol-europe.org)

Responsables des comités et groupes de travail :

Branche Anti-fraude :

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

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

Branche Judiciaire :

Heinz Vallender (hvallender@t-online.de)

Branche Redressement :

Alberto Núñez-Lagos

(alberto.nunez-lagos@uria.com)

Rita Gismondi (rgismondi@gop.it)

Comité constitutif : Catherine Ottaway

(ottaway@hocheavocats.com)

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

Radu Lotrean (radu.lotrean@citr.ro)

Evert Verwey (evert.verwey@CliffordChance.com)

Comité technique du congrès de Varsovie, 2017:

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

Pawel Kuglarz (pawel.kuglarz@wolftheiss.com)

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

Forum des mandataires d'insolvabilité

Marc André (mandrelaw@aol.com)

Daniel Fritz (Fritz@hermann-law.com)

Stephen Harris (sharris@uk.ey.com)

Groupe de jeunes membres :

Sabina Schellenberg (sschellenberg@froirop.ch)

Slavomir Cauder (cauder@giese.cz)

Groupe des établissements financiers:

Florian Joseph (florian.joseph@helaba.de)

Alistair Beveridge (abeveridge@alixpartners.com)

INSOL International :

Catherine Ottaway

(ottaway@hocheavocats.com)

Parrainages :

David Rubin (david@drpartners.com)

Frank Tschentscher (Ftschentscher@schubra.de)

Relations avec l'Union Européenne :

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

YANIL

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

SOMMAIRE

5	La lettre des co-rédacteurs en chef
6	Stephen Koch: La lettre du Président
9	Actualités et événements
14	Rubrique technique par E. Inacio
18	Tel Aviv : séminaire conjoint INSOL Europe/Insol International
21	Congrès à Bruxelles par Myriam Mailly
23	Projet pédagogique : formation en Roumanie
27	Procédures secondaires virtuelles
30	Pré-packs en Pologne
34	Actifs donnés en garantie par Paul Omar
37	Fiducies nées d'un concordant
41	Italie : « Hâte-toi lentement »
44	Russie : Insolvabilité des banques
46	Etats Unis : Chapitre 15
50	Nouvelle publication : « Restructuration de dette », 2 ^{ème} édition
53	Actualités par pays : Pays-Bas, France, Russie, République tchèque
57	Compte-rendu technique : Application du REI 2015 (refonte), 2 ^{ème} partie
58	Liens utiles
60	Dates pour votre calendrier

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

Contacts eurofenix

<p>Co-Rédacteurs en chef : Guy Lofalk , Lofalk Advokatbyrå AB (Stockholm) Annerose Tashiro, Schultze & Braun (Achern)</p> <p>Comité exécutif de rédaction : Emmanuelle Inacio, technical@insol-europe.org Guy Lofalk, guy.lofalk@lofalk.se Paul Newson, paulnewson@pndesign.co.uk Florica Sincu, floricasincu@insol-europe.org Annerose Tashiro, atashiro@schubra.de Louise Verrill, lverrill@brownrudnick.com</p> <p>Comité de rédaction :</p> <p>Harald Bußhardt, hbusshardt@schubra.de Giorgio Cherubini, Gcherubini@explegal.it David Conaway, dconaway@slk-law.com Pau Donat, donat@gabinetebegur.com Edvins Draba, edvins.draba@sorainen.com Elizabeth Elliott, elizabeth.elliott@shlegal.com Martine Gerber, mgerber@opf-partners.com Frank Heemann, frank.heemann@bnt.eu Enda Lowry, lowry@mcstayluby@luby.ie Giulia Pusterla, giulia@giuliapusterla.it Ana-Irina Sarcane, irina.sarcane@sarcane.ro Catarina Serra, csserra@gmail.com Caroline Taylor, carolinetaylor@insol-europe.org Michael Tierhoff, michael.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 floricasincu@insol-europe.org</p> <p>Traduction : Gabrielle Allemand (gamtrad@free.fr)</p> <p>Imprimeur de la version anglaise : MRP Print eurofenix@mrp.uk.com</p> <p>Publicité et ventes : Edward Taylor - MRP Print eurofenix@mrp.uk.com Jubilee House, Nottingham Road, Basford, Nottingham NG7 7BT Royaume Uni Tél. +44 115 955 1000</p>	<p>Le futur numéro sera publié en Janvier 2018</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

Nous écrivons cet éditorial pour une occasion très spéciale : c'est notre dernier en tant que co-rédacteurs-en-chef de cette revue. Après huit ans, pour Annerose, et dix ans, pour moi, passés aux commandes, le temps est venu de donner le relais à d'autres personnes et à de nouvelles idées.

Nous sommes très reconnaissants au Comité exécutif d'INSOL Europe, qui nous a apporté son soutien tout au long de ces années, ainsi qu'à vous, chers lecteurs, qui avez été une source d'inspiration inépuisable dans la confection de cette revue.

Nous remercions tout particulièrement nos collègues du comité de rédaction, ainsi que tous les correspondants et auteurs nationaux qui ont pris le soin de nous fournir des articles au riche contenu. Il convient également de remercier Paul Newson, sans le talent duquel notre revue n'existerait pas sous sa forme actuelle. En outre, ses relances déterminées mais néanmoins amicales pour la livraison des articles ont joué un rôle qu'il ne faut pas sous-estimer ! Enfin, nous devons saluer notre chère Florica Sincu, qui met à l'œuvre son expérience, son œil de lynx et sa plume pointilleuse et ne laisse jamais passer un article sans nous donner son précieux avis. Florica et Paul, vous nous avez été d'un énorme secours pendant toutes ces années. Nos réunions, nos correspondances et votre dévouement pour cette revue nous manqueront.

Quand nous repensons aux années que nous avons passées ensemble pour réaliser cette publication, nous nous sentons emplis de joie et de gratitude pour cet épisode de notre vie et envers les personnes que nous avons rencontrées et avec lesquelles nous avons coopéré : que d'expériences, de bonté et de générosité ont été partagées avec nous au fil des ans ! Les séances de brainstorming que notre groupe a consacrées à chaque nouveau thème, les échanges de commentaires et d'idées au cours de nos réunions ont été une incroyable source d'inspiration. Comme nous les regretterons !

Nous félicitons nos successeurs, Catarina Serra et Frank Heemann, pour leur nomination, qu'ils doivent aux nombreux articles de qualité qu'ils ont publié dans notre revue. Nous leur adressons tous nos vœux de réussite et sommes persuadés qu'ils apprécieront leur mission ! Nous sommes impatients de voir comment évoluera notre revue. Il ne fait aucun doute qu'elle explorera de nouveaux territoires. Préparez-vous !

Pour le moment, nous avons hâte de vous retrouver à Varsovie, où nous passerons définitivement les rênes à Catarina et Frank. N'hésitez pas à nous inviter aux réunions du comité de rédaction quand vous le souhaitez !

Pour ce dernier numéro sous notre houlette, nous vous suggérons une lecture attentive de certains articles, par exemple de la critique de l'ouvrage sur le droit et la pratique de la restructuration au Royaume-Uni et aux États-Unis, qui a été rédigés par des auteurs très expérimentés. Nous nous procurerons très certainement un exemplaire de cet ouvrage.

Le séminaire de Tel Aviv semble avoir été une occasion parfaite pour mieux connaître l'insolvabilité et le redressement des entreprises en difficulté en Israël. Grâce à la conférence de Bruxelles, organisée en coopération avec l'Association du barreau allemand, l'été a été bien rempli, riche en nouvelles connaissances et expériences. Vous découvrirez également comment d'éminents juges et praticiens ont inauguré, en Roumanie, un cours de haut niveau très apprécié, lancé par INSOL Europe dans les pays d'Europe orientale. C'est également avec un plaisir nous dissimulé que nous assistons au rapprochement entre la Russie et INSOL Europe, sous la forme d'articles qui décrivent la situation en matière d'insolvabilité dans le pays. Le recours au droit américain (chapitre 15) par les débiteurs est toujours suivi avec intérêt et parfois, avec des sentiments mitigés.

Les actualités par pays sont toujours intéressantes à lire, nous permettant de constater les similitudes et les différences entre pays. Il est stimulant de lire des idées ou de réfléchir aux différentes façons de traiter les questions juridiques dans d'autres territoires.

Ce numéro propose de nombreux autres articles intéressants, mais nous n'allons pas recopier toute la table des matières dans ces lignes ! Entre autres, n'oubliez pas de consulter les liens fournis : vous serez surpris de constater à quel point ils peuvent s'avérer utiles.

Pour finir, pour le compte de l'équipe d'*eurofenix*, nous remercions tous nos parrains. Nous espérons que tout comme vous, nos lecteurs, ils continueront de manifester de l'intérêt pour notre revue et d'y contribuer.

Guy et Annerose

x x x

x

La lettre du Président

Famille et amis

Steffen Koch revient sur son mandat de Président d'INSOL Europe

Mon mandat de président arrive quasiment à son terme ; le moment est venu de revenir sur ce que nous avons réalisé ensemble pour INSOL Europe au cours des douze derniers mois, et sur ce qu'il nous reste à faire.

Famille et amis

J'espère avoir réussi à instiller mon mot d'ordre, « Famille et amis », dans l'esprit de tous : il reflète parfaitement ce que représente INSOL Europe, à savoir un groupe de professionnels aux idées communes, couvrant toute la gamme de services proposés dans le domaine de l'insolvabilité et de la restructuration, partageant leurs connaissances, échangeant et discutant de différentes approches, le tout dans le but de trouver les meilleures solutions pour les entreprises en difficulté

dans toute l'Europe. Bien entendu, cela englobe nos amis des autres associations qui traitent du même sujet, notamment nos amis d'INSOL International, dont je parle plus bas dans cet article. Ce titre reflète également l'aspect social de la famille INSOL Europe. C'est le lieu idéal pour se faire des amis et passer de bons moments en leur compagnie dans de magnifiques villes européennes !

Groupes de travail

Nos groupes de travail, le Forum universitaire, le Forum anti-fraude, le Comité des Pays de l'Europe orientale, le Groupe d'études européennes, le Forum des mandataires de l'insolvabilité, la Branche judiciaire, le Groupe des établissements financiers, la Branche redressement et le Groupe des jeunes membres tiennent nos membres occupés toute l'année entre deux Congrès annuels. Chaque groupe de travail a absolument besoin de co-présidents dévoués qui veillent à ce qu'il y ait au moins toujours un projet en cours, faute de quoi il est très difficile de maintenir la motivation des membres ou d'en attirer de nouveaux.

Pour garantir que les activités des groupes et l'engagement des membres restent au plus haut niveau, les groupes de travaux sont supervisés par notre Comité exécutif et par le Conseil. En outre, un système de rotation a été mis en place pour que les co-présidents se fassent remplacer régulièrement, afin de veiller à ce qu'une énergie nouvelle soit injectée dans chaque groupe de travail. Ceci dit, je suis très reconnaissant des travaux qui ont été effectués cette année par nos groupes et j'espère voir cette activité se poursuivre l'année prochaine.

Comité exécutif et Conseil

Comme je l'ai déjà dit dans un numéro précédent, j'ai mis en place une réunion bimestrielle du Conseil, au cours de laquelle celui-ci est informé des travaux du Comité exécutif. Cette réunion est déjà devenue une routine bien installée. Le Conseil et le Comité exécutif apprécient tous deux ces occasions d'échanger et de se tenir informés entre les réunions tenues deux fois l'an. Régulièrement, la grande majorité des membres du Conseil s'entretiennent par téléconférence pendant une heure des questions d'actualité pour la famille INSOL Europe, s'informant les uns les autres et s'aidant mutuellement à trouver des solutions pour réagir plus rapidement et de manière plus flexible.

INSOL International, DAV et nos autres amis

L'année dernière, nous avons renforcé les relations de longue date que nous entretenons avec nos amis d'INSOL International.

J'en ai déjà parlé dans un article précédent (et vous trouverez un compte rendu de la conférence dans ce numéro) : nous avons organisé ensemble un séminaire d'une journée à Tel-Aviv, qui a remporté un énorme succès.

En outre, j'ai été invité à rejoindre le Groupe de travail 3 d'INSOL International, qui travaille sur la mise en œuvre des conclusions du Groupe de travail 2021 d'INSOL concernant les associations membres et leurs relations avec INSOL International.

En collaboration avec la section Insolvabilité et restructuration de l'Association du barreau allemand (DAV), INSOL Europe a coorganisé le 6^e Congrès européen sur l'insolvabilité et la restructuration à Bruxelles (vous trouverez également un compte rendu de ce congrès dans ce numéro). En parallèle, j'ai négocié un accord avec le DAV pour que nous organisions toujours ensemble les prochaines éditions de cette manifestation importante. Ces négociations ont déjà été

approuvées par le Comité exécutif et le Conseil, et l'accord sera adopté lors de la réunion du Conseil à Varsovie.

Par ailleurs, nous accueillons volontiers toutes les occasions de coopérer avec d'autres associations traitant de restructuration et/ou d'insolvabilité.

Nos amis participent également à notre Groupe de travail 2025, dans le cadre duquel nous organiserons des entretiens avec leur Comité exécutif pour trouver d'autres possibilités de coopération ou d'approches conjointes.

Groupe de travail 2025

Les membres du Groupe de travail 2025 (GT 2025) ont travaillé dur et le questionnaire aux adhérents a été envoyé en juillet. À ce jour, beaucoup de réponses ont déjà été reçues. Le GT 2025 présentera les premiers résultats de l'enquête lors de notre Congrès à Varsovie. Par ailleurs, il contactera nos amis d'autres associations pour connaître leurs attentes par rapport à INSOL Europe. D'après les réponses réunies, nous élaborerons ensuite une stratégie que nous prévoyons de présenter lors de notre Congrès annuel à Athènes, en 2018.

Le GT 2025 déterminera notre future stratégie afin que nous puissions encore mieux servir nos membres et amis !

Le Brexit et nos membres britanniques

Les négociations du Brexit entre l'UE et le Royaume-Uni ont commencé, mais aucun progrès notable n'est encore perceptible. Malgré tout, nos membres britanniques font partie de notre famille et le resteront !

Le Comité exécutif et le Conseil, ayant désigné Alastair Beveridge pour exercer les fonctions de vice-président, ont choisi un professionnel britannique pour diriger INSOL Europe en 2018-2019, quand le Brexit devrait prendre effet. Ce choix montre également que nous sommes confiants en l'existence d'un avenir commun pour le Royaume-Uni et l'UE, qui, nous l'espérons, pourra être négocié dans le calme. Par ailleurs, nos spécialistes du Brexit travailleront sur les questions juridiques qui pourront se poser et les solutions pratiques à y apporter.

UE et CNUDCI

INSOL Europe assiste régulièrement aux sessions du Groupe de travail V de la CNUDCI (insolvabilité) à Vienne et New York, sous la direction du président de l'année courante. Avec moi-même cette année, Florian Bruder, du Forum universitaire, et Frank Tschentscher, ont formé l'épine dorsale technique de notre délégation et ont contribué à ces sessions, comme nous l'avons indiqué dans un précédent numéro.

Nos relations avec la Commission européenne se renforceront graduellement aussi, puisque nous serons désormais présents à Bruxelles chaque année en qualité de co-organisateurs du Congrès européen sur l'insolvabilité et la restructuration (voir ci-dessus) et que notre Groupe de travail UE s'occupe de tous les aspects de la législation européenne connexe.

Formation de haut niveau d'INSOL Europe concernant l'insolvabilité dans les pays d'Europe orientale

Notre premier cours, organisé à Bucarest, se terminera en novembre, mais il a d'ores et déjà remporté un grand succès. Avec plus de soixante participants qui travaillent activement aux côtés de professionnels renommés de la famille INSOL Europe, cette réussite très gratifiante nous encourage à reconduire ce cours en 2018 à Budapest et en 2019 à Riga.

Une fois de plus notre famille a prouvé qu'elle était le numéro un en Europe dans ce domaine, ce dont nous pouvons être fiers !

Chers amis, chère famille,

Ceci est la dernière fois que je rédige cette rubrique en ma qualité de Président. Je souhaite vous remercier de votre soutien et de vos encouragements.

L'année a été très chargée, mais ensemble, nous avons beaucoup fait pour INSOL Europe. J'ai véritablement eu un grand plaisir à travailler intensivement avec autant de personnes dévouées à la cause d'INSOL Europe. Je sais que notre organisation reste entre de bonnes mains, à savoir celles de mon successeur, Radu Lotrean, à qui j'adresse tous mes vœux de succès !
Carpe diem !

x x x
x

Actualités et événements

Actualités

9

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.

Nouveau projet de loi visant à introduire les procédures de pré-insolvabilité aux Pays-Bas

Le 5 septembre 2017, le Gouvernement néerlandais a publié un nouveau projet de loi visant à introduire les procédures de pré-insolvabilité aux Pays-Bas. Michael Veder et Nicolaes Tollenaar, de RESOR, nous en font le compte rendu.

« En résumé, la procédure prévue sera très similaire à celle du concordat anglais, à quelques exceptions près.

Au titre du projet de loi, le débiteur ou, dans certaines circonstances, un créancier, peuvent proposer ou initier un plan de restructuration. Comme le concordat anglais, le plan de restructuration peut être mis en œuvre hors du cadre d'une procédure d'insolvabilité formelle. Le plan de restructuration peut engager tous types de créanciers et d'actionnaires. Il n'est pas obligatoire qu'ils soient tous inclus, le plan pouvant ne s'adresser qu'à une certaine catégorie d'entre eux. Le plan peut prévoir des décharges de tiers.

Contrairement au concordat anglais, il n'est pas obligatoire de convoquer une audience ni une assemblée des créanciers. Le vote peut intervenir par voie électronique. On considère qu'une catégorie a accepté le plan si la majorité des deux tiers en termes de valeur a voté pour (leur nombre n'est pas pris en considération). Suite au vote, le tribunal doit homologuer le plan pour qu'il devienne opposable aux parties dissidentes. La procédure comporte un mécanisme d'adhésion forcée inspiré du chapitre 11, qui donne au tribunal le pouvoir de confirmer le plan en dépit des objections des catégories dissidentes.

La procédure prévoira des mesures d'accompagnement : moratoire, possibilité d'annuler les clauses résolutoires, pouvoir de résilier les contrats à titre onéreux, droit du débiteur à demander au tribunal de prononcer des décisions contraignantes par anticipation sur des points litigieux tels que la compétence, la constitution des catégories ou l'évaluation. La procédure entière reste confidentielle, jusqu'à ce que la décision de confirmation soit prononcée. Elle est conçue pour éviter toute intervention inutile du tribunal et pour être aussi rapide, efficace et flexible que possible.

Dans l'ensemble, nous estimons que ce projet de loi constituera un grand pas en avant et fournira un instrument efficace permettant de traiter les affaires de restructuration nationales et internationales.

Le projet sera ouvert à la consultation à partir du 1^{er} décembre 2017. Avec un peu d'espoir, il sera passé bien, la loi devrait être adoptée d'ici un an. »

Le projet de loi néerlandais peut être consulté à l'adresse <https://www.internetconsultatie.nl/>

10

Élections du Conseil d'INSOL Europe 2017

Sièges vacants

Chaque année, les pays comptant au moins trente membres ont droit à un siège réservé au Conseil. Nous avons reçu les nominations ci-dessous pour les sièges vacants.

Siège non réservé

Cette année, il n'y a qu'un seul siège vacant. Nous avons reçu des nominations pour Béatrice Dunogué-Gaffié (France), Rita Gismondi (Italie), Vasile Godinca-Herlea (Roumanie) et Nicolas Theys (France).

Sièges réservés vacants

Les nominations suivantes ont été reçues pour les sièges pays vacants :

Italie : Goffredo Caverni et Giorgio Corno

Royaume-Uni : Frances Coulson et Glen Flannery

Tous les membres dont les cotisations sont à jour peuvent voter pour le siège non réservé, tandis que les membres d'Italie et du Royaume-Uni peuvent voter pour le siège réservé de leur pays.

Résultats

Les résultats des élections seront annoncés aux candidats vainqueurs après la date limite du 10 septembre et officiellement annoncés aux membres lors de l'assemblée générale ordinaire du

5 octobre, pendant le Congrès annuel de Varsovie, puis confirmés dans la lettre d'information suivante.

Congrès annuel Varsovie

5-8 octobre 2017

Nous remercions chaleureusement nos parrains du congrès annuel 2017

PARRAIN PRINCIPAL

DENTONS – www.dentons.com

PARRAINS GÉNÉRAUX

Pluta – www.pluta.net

Proskauer – www.proskauer.com

Resor – www.resor.nl

Angerman Netbid - www.netbid.com www.angermann.de

PARRAINS DE LA MANIFESTATION

NautaDutilh – www.nautadutilh.com

Edwin Coe – www.edwincoe.com

Allen & Overy – www.allenoverly.com

hww hermann wienberg wilhelm – www.hww.eu

Hoche Société d'Avocats – www.hoche-avocats.com

McStay Luby – www.mcstayluby.ie

Moon Beaver – www.moonbeever.com

Prof. Dr. Pannen rechtsanwälte – www.profpannen.de

anchor rechtsanwälte – www.anchor.eu

CITR – www.citr.ro

Schultze & Braun – www.schubra.de

CNAJMJ – www.cnajmj.fr

Schiebe und Collegen – www.schiebe.de

Troostwijk – www.troostwijkauctions.com

CPO (Centre de formation professionnelle juridique) – www.cpo.nl

Grant Thornton – www.grant-thornton.co.uk

Nous remercions les partenaires de la Conférence

AIJA (Association internationale des jeunes avocats) – www.aija.org

Parrain du Forum universitaire

Shakespeare Martineau – www.shma.co.uk

Paul Omar rejoint l'équipe INSOL Europe

Nous avons le plaisir d'annoncer que Paul Omar rejoint l'équipe d'INSOL Europe au poste nouvellement créé de « coordinateur des recherches techniques ». Il sera chargé d'élaborer une stratégie de recherche et de publication au sein de notre organisation.

Paul est juriste universitaire de profession. Il a travaillé dans de grands établissements britanniques pendant vingt ans, principalement à l'université du Sussex, mais aussi au Pays de Galles et dans les Midlands de l'Est. Il a également été professeur invité à l'université de Pretoria, à l'University College London et à l'Institut de droit de Jersey, à Saint-Héliier. Il a publié plus de 230 ouvrages, et assuré la direction de collections, chapitres et articles divers.

Paul a occupé les fonctions de Secrétaire du Forum universitaire d'INSOL Europe. Il a été membre du Comité consultatif du Groupe des universitaires d'INSOL International, du projet universitaires-praticiens conjoint d'INSOL Europe sur la coopération et la communication, et du Groupe universitaire consultatif sur le projet de diplôme d'INSOL International. Par ailleurs, Paul est actuellement consultant auprès de la Société financière internationale (division de la Banque mondiale) et travaille sur plusieurs projets en Asie et en Afrique. Il est également membre du groupe d'experts spécialistes de la restructuration et de l'insolvabilité mis en place par la Commission européenne.

Nouvelle publication :

Le droit et la pratique de la restructuration au Royaume-Uni et aux États-Unis

Christopher Mallon, Shai Y. Waisman et Ray C. Schrock (éd.) (2^e édition) (2017, OUP, Oxford), 503 p., 195 GBP, ISBN 978-0-19-875539-5

Ce texte part du postulat essentiel qu'il faut réunir les questions affectant la pratique de la restructuration dans les deux pays où la plupart des entreprises multinationales d'une certaine envergure auront contracté des dettes, la plupart du temps dans les deux pays à la fois. Pour qu'une restructuration financière réussisse, il convient de prêter attention aux lois de Londres et New York, où se déroulent la plupart des opérations, lois qui s'appliquent à la plupart des titres de créance. Bien que ces deux pays soient ostensiblement des territoires de *common law*, les différences entre la théorie et la pratique ont incité les auteurs à dresser un recueil des questions qui sont susceptibles de se poser dans le cadre d'une restructuration de dette, ainsi qu'à étudier la position des principaux intéressés à cet égard. Tout naturellement, cet ouvrage reconnaît la dimension internationale des restructurations de dette ; il comprend quatorze chapitres rédigés par des praticiens britanniques et américains de renom.

L'agencement des chapitres tient compte des tendances observées dans la pratique dans les deux systèmes juridiques, en se focalisant sur la procédure de cession d'urgence, l'étude des techniques de restructuration extrajudiciaires, telles que le rachat, la modification et l'échange de titres, les obligations des administrateurs, les développements importants des techniques pratiques

(transactions, renonciations, modifications, moratoires...). Les différents chapitres couvrent également la mise en œuvre des transactions contractuelles et statutaires, une analyse du rôle que jouent les fonds d'investissement (spécialisés ou non dans les sociétés en difficulté) dans la facilitation ou, au contraire, la perturbation des tentatives de restructuration, la question du for et les règles britanniques et américaines en matière d'attribution de compétence, les pratiques précises dans les secteurs de l'énergie, de l'expédition et de l'assurance, et les préoccupations fiscales, toujours présentes dans ce cadre.

Enfin, se penchant sur le point de vue des intéressés, l'ouvrage se termine par une étude des créances des actionnaires, du rôle des salariés et des syndicats dans les restructurations, et de l'aspect retraites. Le texte se conclut par une discussion sur la question très importante de l'insolvabilité transfrontalière.

En résumé, même si le texte présente forcément un caractère général, puisque la complexité de chacune des questions qu'il couvre nécessiterait un ouvrage distinct, les auteurs, qui souhaitaient réunir ces grands thèmes dans un même ouvrage, ont mené à bien leur mission. Le texte est bien documenté, étayé par de nombreuses références non seulement à des textes fondamentaux (lois et études de cas illustrées dans des tableaux bien ordonnés), mais aussi à la littérature toujours plus riche dans ce domaine. Ainsi, cet ouvrage magistral tient ses promesses et, de ce fait, devrait être utile aux praticiens tout comme aux parties prenantes de l'environnement de la restructuration.

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

Nouvelle publication :

Droit européen de l'insolvabilité : réforme et harmonisation

Gerard McCormack, Andrew Keay et Sarah Brown (2016, Elgar, Cheltenham), xvi et 487 p., 95 GBP, ISBN 978-1-78643-330-5

L'intérêt que porte l'Union européenne pour le droit matériel de l'insolvabilité a conduit à l'adoption de la Recommandation de 2014 relative à une nouvelle approche en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises¹. Cet ouvrage est le rapport de l'étude menée par la faculté de droit de Leeds, qui a bénéficié d'un financement de la DG Justice, portant sur des grands thèmes dans trente pays (États membres, Norvège et États-Unis) dans le cadre de la procédure d'insolvabilité (par ex. obligations des dirigeants, priorités, actions en annulation, procédures s'adressant aux PME et statut des mandataires de l'insolvabilité). Ce texte analyse en outre les réformes mettant en œuvre l'approche préconisée par la recommandation en termes d'insolvabilité préventive, le traitement du surendettement des consommateurs et les nouveaux départs dans les systèmes de l'insolvabilité nationaux, le tout accompagné d'une analyse de l'impact des éventuelles disparités entre systèmes nationaux sur les affaires transfrontalières.

Les cinq premiers chapitres de cet ouvrage traitent de la responsabilité et de la révocation des dirigeants ; des praticiens de l'insolvabilité ; du rang des créances et des priorités ; des actions en annulation et en ajustement ; enfin, des questions de procédure relatives aux procédures d'insolvabilité formelles. Chaque chapitre contient une introduction aux travaux en la matière

¹ Recommandation 2014/135/UE.

mennés par des organismes internationaux, ainsi qu'une note sur la façon dont les règles sont gérées, le cas échéant, dans le cadre de l'initiative sur l'insolvabilité au sens large. Cette analyse méticuleuse comprend des exemples tirés de la quasi-totalité des systèmes étudiés, un résumé des tendances ainsi que des points communs et différences entre systèmes, dont la plupart sont commodément illustrés par des tableaux. Les trois derniers chapitres traitent de la Recommandation et des problèmes qu'elle a mis en évidence, cherchant à savoir comment elle a été accueillie dans les États membres, ainsi que des questions de nouveau départ pour les entrepreneurs et du surendettement des consommateurs.

Dans l'ensemble, cet ouvrage peut à juste titre être qualifié de magistral. Le rapport sur lequel il se fonde a exercé une forte influence sur les travaux du Groupe d'experts de la Commission européenne sur la législation en matière de restructuration et d'insolvabilité², qui a directement abouti sur le projet de directive du 22 novembre 2016, qui suit actuellement le processus législatif. Même si cet ouvrage présente les lois nationales à un instant T, il permet néanmoins de comprendre les tendances européennes en matière de convergence et attire l'attention sur le fait qu'il ne faut pas sous-estimer la complexité de ces questions, notamment les difficultés que pourraient engendrer toutes futures initiatives d'harmonisation. Ce texte est un recueil pratique de références à des sources primaires du droit national et international, ainsi qu'à la littérature essentielle dans ce domaine. Pour de nombreuses raisons, on ne peut que vivement le recommander !

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

Le Chinois Bingdao Wang est le lauréat du prix Richard Turton 2017

Cette année, le concours a suscité beaucoup d'enthousiasme et de nombreuses réponses de la part des jeunes membres de notre profession.

Les candidatures ont été évaluées par un jury représentant les quatre associations parrainant le prix : Robert van Galen (INSOL Europe), Neil Cooper (INSOL International), Patricia Godfrey (R3) et Maurice Moses (IPA).

Le comité a le grand plaisir d'annoncer que le prix a été attribué cette année à **Bingdao Wang, de Chine**, actuellement en troisième année de doctorat à l'université de Leeds (Royaume-Uni). Ses recherches portent sur le développement du droit international de l'insolvabilité dans les pays en développement et cherchent à savoir comment les expériences d'Europe et d'autres pays développés aideront à réaliser les réformes nécessaires en matière d'insolvabilité dans les pays émergents.

Dans le cadre de son prix, Bingdao est invité à participer au Congrès annuel d'INSOL Europe qui se tiendra à Varsovie (Pologne). Sa présentation portera sur la possibilité d'élaborer un traité sur l'insolvabilité internationale entre les participants à l'initiative « route et ceinture » (ou « nouvelle

² Dont l'auteur était membre.

route de la soie ») lancée par la Chine ; elle sera publiée sous forme de résumé dans *eurofenix* et en intégralité sur notre site web.

Nous souhaitons remercier tous les candidats au prix de cette année.

X X X

X

Rubrique technique

Les registres de l'insolvabilité dans la refonte du règlement européen sur l'insolvabilité

Emmanuelle Inacio étudie de plus près les registres d'insolvabilité et leur interconnexion, les droits des créanciers et la confidentialité.*

L'établissement de registres d'insolvabilité dans tous les États membres et leur interconnexion est une innovation de la refonte du règlement européen sur l'insolvabilité (REI), visant à « améliorer la communication d'informations aux créanciers et juridictions concernés et éviter l'ouverture de procédures d'insolvabilité parallèles³ ».

15

De fait, l'ancienne version du REI ne prévoit pas de publicité obligatoire de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans un autre État membre. Il s'agit uniquement d'une possibilité offerte au liquidateur nommé dans le cadre d'une procédure principale ou secondaire.

Cette publicité devient obligatoire pour le liquidateur de l'État membre d'ouverture de la procédure principale uniquement dans le cas où un État membre sur le territoire duquel le débiteur a un établissement l'impose⁴.

En ce qui concerne l'inscription dans un registre public dans les autres États membres, seul le liquidateur de la procédure principale est habilité à la demander. L'inscription de la décision d'ouverture de la procédure principale est toutefois obligatoire si un État membre l'exige⁵.

Néanmoins, la publicité ne semble pas produire d'effets juridiques formels autres que ceux qu'elle a en vertu du droit national. En effet, le point 29 de la version précédente du REI dispose que la publicité n'est pas une condition à la reconnaissance de la procédure étrangère. De fait, la décision d'ouverture de la procédure prend effet dans les autres États membres même sans publicité dans ces États.

Bien entendu, la version antérieure du REI contient deux dispositions qui minimisent les effets de l'absence de publicité obligatoire.

³ Refonte du REI, point 76 du préambule.

⁴ REI, article 21.

⁵ REI, article 22.

D'une part, l'article 24 dispose que la personne qui, ignorant l'ouverture d'une procédure, exécute une obligation au bénéfice du débiteur au lieu du liquidateur est libérée. Cette ignorance sera présumée en l'absence de preuve du contraire dans le cas où l'obligation a été exécutée avant la publication. Toutefois, si l'obligation est exécutée après la publication, la personne concernée sera présumée avoir eu connaissance de l'ouverture de la procédure.

D'autre part, l'article 40 établit une obligation d'information des créanciers dont la résidence habituelle, le domicile ou le siège social est situé dans les autres États membres, au moyen d'une note individuelle.

Néanmoins, le bon fonctionnement des procédures d'insolvabilité transfrontalières repose en grande partie sur la publicité des décisions pertinentes concernant une procédure d'insolvabilité⁶.

Ainsi, la refonte du REI oblige les États membres à établir et maintenir, sur leur territoire, un ou plusieurs registres électroniques d'insolvabilité, accessibles au public, dans lesquels des informations concernant les affaires d'insolvabilité transfrontalières sont publiées dès que possible après l'ouverture de la procédure en question⁷.

Les informations obligatoires à publier concernent la juridiction, le débiteur, le praticien de l'insolvabilité, le cas échéant, la date d'ouverture et de clôture, le cas échéant, de la procédure d'insolvabilité, le type de procédure et la compétence en matière d'ouverture de la procédure.

Doivent également être publiées la date limite de production des créances, le cas échéant, ou une mention du critère de calcul du délai, la juridiction et, le cas échéant, la date limite pour le dépôt d'une contestation de la décision d'ouverture de la procédure au titre de l'article 5, ou une mention du critère de calcul de ce délai.

En outre, les États membres ont la possibilité de faire figurer des documents ou d'autres informations dans leurs registres d'insolvabilité nationaux, tels que les déchéances de dirigeants liées à des situations d'insolvabilité.

Les États membres ne sont pas tenus de faire figurer dans les registres d'insolvabilité d'informations obligatoires concernant des personnes physiques n'exerçant pas une profession libérale ou toute autre activité d'indépendant, ni de rendre ces informations accessibles au public par l'intermédiaire du système d'interconnexion de ces registres, pour autant que les créanciers en soient informés par note individuelle et que les créances des créanciers qui n'ont pas été informés ne soient pas affectées par la procédure.

Pour faciliter l'accès aux informations figurant dans les registres d'insolvabilité, la refonte du REI prévoit que ces registres seront interconnectés par le biais du portail européen e-Justice⁸.

La refonte du REI contient d'autres références à la publicité. Ainsi, l'article 28 dispose que le praticien de l'insolvabilité ou le débiteur non dessaisi peut demander que l'avis d'ouverture de la procédure d'insolvabilité soit publié dans tout autre État membre où le débiteur a un établissement, conformément aux modalités de publication prévues dans cet État membre. Ils peuvent exiger cette publication quand ils la jugent nécessaire.

⁶ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil relatif aux procédures d'insolvabilité, COM(2012) 744 final.

⁷ Refonte du REI, article 24.

⁸ Refonte du REI, article 25.

En outre, l'article 29 exige que le praticien de l'insolvabilité ou le débiteur non dessaisi demande cette publication dans un registre public, dans le cas où la loi d'un État membre dans lequel le débiteur a un établissement ou la loi d'un État membre dans lequel sont situés des biens immobiliers du débiteur l'exige. Ils peuvent demander que cette inscription soit effectuée dans un autre État membre, pour autant que la loi de l'État membre dans lequel le registre est tenu l'autorise.

Enfin, les dispositions des articles 24⁹ et 40¹⁰ du REI antérieur sont conservées.

La publication d'informations dans les registres d'insolvabilité au titre de la refonte du REI ne produit expressément qu'un seul effet juridique : elle marque le début du délai légal minimum que les États membres doivent observer pour permettre à un créancier étranger de produire ses créances, à savoir un délai d'au moins trente jours suivant la publication de la décision d'ouverture de la procédure d'insolvabilité dans le registre d'insolvabilité de l'État d'ouverture¹¹. La publication d'informations dans les registres réalisée en vertu de la refonte du REI n'aura pas d'autres effets juridiques que ceux définis dans le droit national¹². De fait, la publication n'est pas une condition préalable à la reconnaissance de la procédure menée dans un autre État membre¹³.

Cependant, l'établissement de registres d'insolvabilité dans tous les États membres et leur interconnexion pourraient avoir un autre but : celui de faire entrer les procédures confidentielles dans le champ d'application de la refonte du REI.

Si le champ d'application a été élargi pour inclure les procédures préventives, seules les procédures dont l'ouverture est rendue publique sont couvertes, « afin de permettre aux créanciers de prendre connaissance de la procédure et de produire leurs créances, ce qui garantit le caractère collectif de la procédure, et de leur donner la possibilité de contester la compétence de la juridiction qui a ouvert la procédure¹⁴ ».

Par conséquent, les procédures confidentielles sont exclues du champ d'application du règlement pour des raisons de certitude juridique. En effet, « même si ces procédures peuvent jouer un rôle important dans certains États membres, il est impossible à un créancier ou à une juridiction établi(e) dans un autre État membre de savoir que de telles procédures ont été ouvertes, du fait de leur caractère confidentiel, et il est donc difficile d'assurer la reconnaissance de leurs effets dans l'ensemble de l'Union¹⁵ ».

Toutefois, la proposition de la Commission européenne de directive sur les cadres de restructuration préventifs vise à mettre en place un cadre de restructuration pour permettre aux débiteurs de résoudre leurs difficultés financières à un stade précoce, quand la prévention de leur insolvabilité et la poursuite de leur activité semblent possibles¹⁶. La proposition implique en outre que les procédures confidentielles seront généralisées dans l'Union européenne.

⁹ Refonte du REI, article 31.

¹⁰ Refonte du REI, article 54.

¹¹ Refonte du REI, article 55(6).

¹² Refonte du REI, article 24(5).

¹³ Refonte du REI, point 75 du préambule.

¹⁴ Refonte du REI, point 12 du préambule.

¹⁵ Refonte du REI, point 13 du préambule.

¹⁶ COM(2016) 723 final, point 17 du préambule.

Par conséquent, la question de savoir s'il est opportun d'inclure les procédures confidentielles dans le champ d'application de la refonte du REI se pose encore à ce jour. En effet, si une procédure confidentielle est ouverte dans un État membre à l'encontre d'un débiteur qui possède des établissements sur le territoire d'autres États membres, la non-reconnaissance de la procédure au titre de la refonte du REI n'empêchera pas, à un stade ultérieur, l'ouverture d'une procédure principale par une juridiction d'un autre État membre qui a compétence à cet égard.

La situation est d'autant plus malheureuse que cela compromet sérieusement les chances de réussite de la procédure préventive et n'incite pas les débiteurs à avoir recours à une restructuration précoce.

La principale raison invoquée pour que la refonte du REI ne s'applique pas aux procédures confidentielles est le respect des droits des créanciers. En effet, il est impossible à un créancier ou à une juridiction établi(e) dans un autre État membre de savoir qu'une procédure confidentielle a été ouverte.

Cependant, il serait possible de concilier le respect du principe de confidentialité avec les droits des créanciers.

En effet, puisque la refonte du REI prévoit l'établissement de registres d'insolvabilité dans tous les États membres à partir du 26 juin 2018 et leur interconnexion à partir du 26 juin 2019¹⁷, l'ouverture de procédures confidentielles pourrait être inscrite dans le registre d'un État membre, mais l'accès à ces informations confidentielles pourrait être réservé aux juges de l'insolvabilité et aux autorités administratives traitant de restructuration, d'insolvabilité et de seconde chance.

Par conséquent, dans le cas où une procédure confidentielle est ouverte dans un État membre à l'encontre d'un débiteur, puis qu'un créancier demande l'ouverture d'une procédure principale sur le territoire d'un autre État membre, la solution serait de prendre une décision de refus de la demande à huis clos. Cette décision ne serait pas rendue publique et ne serait notifiée qu'aux parties afin de respecter le principe de confidentialité. Ensuite, une fois les parties informées, il pourrait être proposé au créancier de devenir partie au concordat. Manifestement, le créancier pourrait décliner cette proposition et exercer son droit de contester devant une juridiction la décision d'ouverture de la procédure d'insolvabilité principale pour des motifs de compétence internationale.

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

x x x
x

Tel Aviv

Le séminaire conjoint de Tel Aviv déclenche d'intéressants débats

Eitan Erez nous rend compte dans les détails du séminaire d'une journée organisé avec succès
par INSOL Europe et INSOL International le 27 juin dernier*

¹⁷ Refonte du REI, article 92.

Le séminaire a commencé dès le lundi 26 juin au soir, par une passionnante réception donnée sur la magnifique terrasse de l'hôtel Hilton à Tel Aviv, avec vue sur la Grande Bleue et les quatre millénaires de la vieille ville de Jaffa.

Les délégués ont été accueillis par Steffen Koch, président d'INSOL Europe, et Adam Harris, président d'INSOL International, qui leur ont été présentés par l'auteur de ces lignes, Eitan Erez, président du comité d'organisation israélien.

Les délégués ont ensuite dîné en admirant le coucher de soleil sur la Méditerranée, occasion parfaite pour nouer des liens professionnels et se faire de nouveaux amis.

Le programme

Le lendemain, 120 participants d'Israël, d'Europe, des États-Unis et d'Afrique du Sud ont pu connaître les innovations européennes en matière d'insolvabilité internationale et les travaux de la CNUDCI.

Les séances de travail organisées à l'hôtel Hilton de Tel Aviv ont été à la fois divertissantes et enrichissantes !

Les délégués ont tout d'abord pu apprécier une séance consacrée à l'insolvabilité et au redressement des entreprises en difficulté en Israël, en présence de l'avocat Admit Pines, du cabinet FBC, du juge à la retraite Adi Zarenkin, ainsi que de M. Yuval Cohen, qui représentait le fonds d'investissement Fortissimo, premier fonds d'investissement en capital-risque spécialisé dans le secteur israélien des hautes technologies. Cette intéressante séance était modérée par un avocat, Ofer Shapira.

Les délégués ont discuté du récent projet de loi israélien sur l'insolvabilité et de la détermination du forum approprié pour statuer sur une affaire d'insolvabilité internationale (CIP).

Le pays des start-ups

Les délégués ont ensuite assisté à une présentation donnée par l'ancien gourou du high-tech, Eli Reifman, qui a décrit Israël, le « pays des start-ups », comme un aimant pour les investisseurs du monde entier dans le secteur des hautes technologies. Eli Reifman a été l'un des quatre fondateurs et un membre influent de l'équipe de direction qui a porté Emblaze Systems du rang de petite start-up à celui de société valant plusieurs milliards de dollars, l'une des plus importantes du secteur high-tech israélien, cotée à la Bourse de Londres.

L'une des grandes réalisations d'Emblaze est un système de compression de fichiers et de diffusion en flux de vidéos. À son apogée, Emblaze employait plus de 5 000 personnes et générait plus de 500 millions de dollars par an.

M. Reifman fait actuellement l'objet d'une procédure d'insolvabilité. Les créances produites à son encontre avoisinent les 200 millions de shekels¹⁸.

Il a été condamné à quatre ans de prison par le tribunal de district de Tel Aviv, mais il est revenu sur le devant de la scène depuis sa libération.

Juste au-dessus de l'horizon

Les délégués ont ensuite assisté à une séance intitulée « Juste au-dessus de l'horizon », qui traitait de l'application du règlement européen sur l'insolvabilité et du récent projet de loi israélien sur

¹⁸ Soit environ 47 millions d'euros – N. de la T.

l'insolvabilité, par le biais d'une étude de cas théorique présentant des aspects transfrontaliers israélo-européens.

Reinhard Dammann, Ernst Giese, Adam Plainer, Guy Gissin, Israel (Reli) Leshem et Etai Hass, membres de grands cabinets spécialistes de l'insolvabilité d'Israël et d'Europe, en étaient les intervenants principaux. Etai Hass est le conseiller juridique du ministère de la Justice et du service d'administration judiciaire ; en outre, il participe à la rédaction du nouveau code israélien de l'insolvabilité.

Les intervenants se sont principalement focalisés sur le thème de l'insolvabilité internationale, dans le but d'analyser comment diriger avec succès des affaires d'insolvabilité internationale complexes impliquant des entités européennes et israéliennes et comment harmoniser efficacement les décisions prises par les différents tribunaux. Ils ont également évoqué la détermination du CIP en fonction du droit de l'UE et du droit israélien.

De nos jours, dans le village mondial, l'insolvabilité internationale est nécessaire pour gérer la fraude, surtout quand certains pays accueillent à bras ouverts les débiteurs (paradis de l'insolvabilité). Il est important d'arriver à une harmonisation juridique entre les pays et de renforcer la coopération dans le domaine de l'insolvabilité.

Le point de vue des juges

Vers la fin de la journée, la séance intitulée « Le point de vue des juges » était consacrée aux insolvabilités internationales. En Israël, tout comme dans d'autres économies avancées, les activités commerciales sont internationales, ce qui est d'autant plus vrai du secteur vital pour le pays qu'est le secteur des hautes technologies.

Les entreprises israéliennes sont cotées en bourse au Royaume-Uni et aux États-Unis ; elles sont clientes de banques américaines et leurs titres et actions appartiennent à des Américains. Il arrive souvent qu'elles deviennent insolubles ou rencontrent des difficultés financières, ce qui les contraint d'avoir recours à une sauvegarde ou à une restructuration, voire à une liquidation. Quand l'entreprise est internationale, la procédure d'insolvabilité l'est aussi, au moins en principe.

Les concepts qui prévalent sont l'unité et l'universalité. Par unité, on entend une procédure d'insolvabilité ou de sauvegarde/restructuration unique par débiteur, à l'endroit de son domicile — c'est-à-dire, historiquement, pour les entreprises, à l'endroit où elles ont été constituées —, mais désormais plutôt à l'endroit de leur « centre des intérêts principaux » (CIP). Par universalité, on entend le fait qu'une procédure, en principe, doit être reconnue ou doit pouvoir bénéficier d'une assistance judiciaire dans d'autres pays.

À cette séance ont participé plusieurs juges en fonctions ou à la retraite, venant des États-Unis, du Royaume-Uni, d'Allemagne et d'Israël. Ils ont cité des exemples pertinents tirés de leur expérience, expliquant comment ces types de problèmes sont gérés par leurs juridictions, mais aussi dans quelle mesure les procédures d'insolvabilité étrangères peuvent être reconnues et comment les praticiens de l'insolvabilité étrangers peuvent bénéficier d'une assistance judiciaire.

Ces juges étaient Malcolm Davis White, QC, Martin Glenn et Heinz Vallender (à la retraite). La séance était modérée par Gabriel Moss.

Planification et coordination avancées

Une autre séance intéressante était consacrée à la planification et à la coordination des affaires impliquant des sociétés multinationales. Elle était dirigée par l'avocat Ron Meisler, avec la participation des avocats Debora Dandeneau, Marshall Huebner et James H.M. Sprayregen.

Cette séance portait sur les problèmes que rencontrent actuellement les entreprises multinationales, ainsi que sur le choix du for, en référence à l'applicabilité de la procédure fondée sur le chapitre 11 du Code de la faillite des États-Unis, mais aussi à d'autres dispositions applicables du chapitre 15. La séance a pris la forme d'un brainstorming auquel s'est joint un public dynamique, réunissant des grands esprits du monde entier, notamment des juges et des avocats de premier plan. Le séminaire s'est terminé sur une conférence passionnante 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 également 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 confrères Shaul Kotler et Ofer Shapira.

**Eitan Erez est avocat au sein du cabinet Eitan S. Erez & Co. (Israël)*

x x x
x

Bruxelles

Insolvabilité et restructuration à Bruxelles

Myriam Mailly, responsable technique d'INSOL Europe, nous rend compte du sixième Congrès européen de l'insolvabilité et de la restructuration

21

Le sixième Congrès européen de l'insolvabilité et de la restructuration s'est déroulé à Bruxelles, les 29 et 30 juin 2017. Ce congrès était organisé par la section Droit de l'insolvabilité et restructuration de l'Association du barreau allemand (DAV), par l'intermédiaire de son groupe de travail 'Europe', en coopération avec INSOL Europe.

Le congrès a débuté par un discours de Věra Jourová, commissaire européenne en charge de la justice, de la protection des consommateurs et de l'égalité des genres. Pour commencer, la commissaire a rappelé la valeur ajoutée des actions menées par l'UE en matière d'insolvabilité, en particulier grâce à l'entrée en vigueur de la refonte du règlement européen sur l'insolvabilité, le 26 juin 2017. Ensuite, elle a mis l'accent sur les thèmes et objectifs principaux de la proposition de directive de la Commission européenne publiée le 22 novembre 2016 (ci-après la « proposition de directive »). La commissaire a également annoncé au public que le Conseil de l'Union européenne avait lancé un appel à davantage de flexibilité concernant certains aspects de la proposition de directive tout en la considérant comme une priorité.

Culture de la sauvegarde

Le professeur Reinhard Bork a ensuite donné une présentation visant à replacer la proposition de directive dans le contexte de la « culture de la sauvegarde » adoptée par la quasi-totalité des États membres de l'Union européenne. Il a décrit les principales caractéristiques de la proposition de directive, ainsi que ses grandes lacunes, notamment l'absence de justification de l'immixtion dans les droits légitimes des créanciers dans le domaine de la restructuration (et non de l'insolvabilité !).

Pour finir, il a déploré le risque de nivellement par le bas, dû à la contrainte temporelle du processus législatif, surtout au vu du degré élevé de divergence dans les lois nationales.

Ensuite est venu le tour d'Andreas Stein, chef de l'unité 'Justice civile' de la DG Justice, qui a informé le public du processus d'adoption de la proposition de directive, notamment au vu des résultats de la réunion de juin du Conseil de l'Union européenne. Il a également fait mention du calendrier du Parlement européen, qui s'est réuni le 12 juillet 2017, et d'un projet de rapport du Rapporteur, qui devrait être disponible en septembre 2017. Les débats au Parlement européen pourraient ensuite commencer début 2018. Selon ce calendrier, un accord politique pourrait être conclu sous la présidence bulgare, en juin 2018. En guise de conclusion, Andreas Stein a confirmé que les services de la Commission européenne sont toujours prêts à discuter de la mise en œuvre d'une approche de la « sauvegarde » européenne dans tous les États membres.

Après la pause café, les participants ont été informés des projets de lois en Italie et du processus de réforme qui a été lancé en 2005 en vue d'une mise en conformité avec l'approche européenne de la sauvegarde. De fait, l'Italie a adopté une nouvelle réglementation pour répondre à la nécessité de mettre à jour sa législation nationale du point de vue juridique et économique, afin de pouvoir attirer des investisseurs, mais aussi améliorer la qualité du crédit.

Peter Hoegen a également salué l'intention des auteurs de la proposition de directive visant à encourager la cession à l'amiable d'une entreprise sans cessation d'activité dans le cadre du processus de restructuration. Toutefois, il a déploré certaines incohérences de la proposition de directive, notamment celle liée au critère de l'intérêt supérieur utilisé dans le processus d'évaluation (valeur de liquidation ou de sauvegarde) et l'absence de dispositions relatives à la compétence internationale et au traitement des garanties concernant les groupes d'entreprises. Pour conclure, Peter Hoegen a appelé à ce que certaines propositions soient (ré)étudiées et à ce que d'autres, figurant déjà dans la proposition de directive, soient développées.

22

Flexibilité

Avant la fin de la séance du matin, Andreas Stein a souligné que la proposition de directive offrait suffisamment de flexibilité pour garantir que les principes communs puissent être adoptés par tous les États membres, tandis que les détails restent à la discrétion des législateurs nationaux. À cet égard, il a été rappelé que les dispositions relatives à la prolongation du moratoire (général ou ciblé) continueraient de relever de la compétence exclusive des États membres.

L'après-midi, le congrès s'est poursuivi par trois ateliers qui ont permis aux délégués d'entamer une discussion interactive.

Le premier atelier visait à identifier et débattre des grands éléments et principes de la proposition de directive, à savoir efficacité, transparence, équité et viabilité. Le deuxième était consacré aux chances et risques des procédures secondaires virtuelles prévues par le règlement européen sur l'insolvabilité (refonte). Le troisième et dernier atelier mettait en avant les différences de fonctions entre administrateurs de l'insolvabilité et professionnels de la restructuration, dans le cadre des procédures de restructuration. De l'avis des participants, les administrateurs de l'insolvabilité auront un rôle à jouer dans le futur, par le biais d'une extension de leur fonction traditionnelle au niveau national.

La première partie de la deuxième journée du congrès était consacrée à la récente jurisprudence de la CJUE. Lucas Kortmann a formulé des remarques sur les questions posées, en particulier par rapport à l'affaire relative aux droits des salariés, dans laquelle des pre-packs avaient été conçus

pour produire leurs effets après la déclaration d'insolvabilité (Federatie Nederlandse Vakvereniging, C126/16). Il a ensuite commenté l'interprétation de l'article 13 du REI par la CJUE dans le contexte d'une affaire italienne (Vinyls Italia SpA, C54/16).

Une séance consacrée à la vision des banques sur l'évolution du droit de l'insolvabilité a fait suite à celle consacrée aux actualités de la CJUE et autres décisions importantes fondées sur le règlement européen sur l'insolvabilité. Thomas Bauer s'est concentré sur les récents développements de la loi suisse sur la restructuration, qui visent à améliorer la prévention des crises des débiteurs et à faciliter la reconnaissance des procédures étrangères (cf. l'exigence de réciprocité).

Effets du Brexit

En guise de point d'orgue, la conférence s'est intéressée aux effets potentiels du Brexit sur le droit européen de l'insolvabilité transfrontalière et sur les éventuelles solutions possibles si aucun accord n'intervient d'ici mai 2019. Mettant de côté la controverse politique, le juge David Richards a tout d'abord souligné la longue tradition britannique de reconnaissance des procédures étrangères (le principe d'universalité a récemment été réaffirmé par la Cour suprême britannique, s'appuyant sur l'article 426 de la loi sur l'insolvabilité).

Par ailleurs, des difficultés ont été mentionnées, en particulier l'incertitude quant à la possibilité de reconnaissance des procédures britanniques sur le Continent, puisque la législation des autres États membres ne prévoit pas d'outils comparables (article 426 de la loi sur l'insolvabilité ou *common law*). De l'avis de Chris Laughton, il faudrait vingt-sept accords distincts pour traiter les situations transfrontalières impliquant le Royaume-Uni. S'agissant de l'Allemagne, Frank Tschentscher a expliqué que les procédures étrangères pourraient être reconnues à condition de faire l'objet d'une supervision des tribunaux allemands, afin de veiller à ce que les exigences du droit international privé allemand ou les cinq critères de la procédure civile soient respectés. Robert van Galen a rappelé que la loi néerlandaise ne prévoyait pas de reconnaissance des procédures étrangères, mais qu'il existait une pratique allant dans ce sens, fondée sur la jurisprudence de la Cour suprême.

Cette pratique est limitée, mais elle devient plus flexible depuis l'affaire Yukos (surtout en ce qui concerne les atteintes à l'ordre public). Les participants ont exprimé leur désaccord quant à la possibilité de reconnaissance des concordats en vertu du traité de Lugano, des règlements européens (Bruxelles / Rome) ou du droit international privé de chaque pays, comptant dans ce cas sur une coopération et une communication entre juges renforcées.

Daniel Fritz a clos la conférence en affirmant que l'UE aura certainement besoin de davantage de solidarité après l'épisode du Brexit, et que la priorité que le Conseil européen a accordée à la proposition de directive devrait améliorer le droit et la pratique sur les plans national et international.

x x x
x

Projet Pédagogique

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

Radu Lotrean et Niculina Șomlea nous rendent compte du lancement réussi de notre projet pédagogique*

Pratiquer l'insolvabilité, cela signifie agir sur un terrain complexe en constante évolution. Au cours d'une réorganisation ou d'une liquidation, toutes les relations juridiques d'une société sont soumises à des tensions puissantes et chaque aspect de ses activités est soumis à un contrôle très strict.

C'est ce qui rend ce métier si intéressant, mais aussi plein d'enjeux. Et ces enjeux ne se situent pas uniquement au niveau national. Il devient de plus en plus difficile de parler du droit de l'insolvabilité national à l'ère de la mondialisation. Il existe aussi des écarts en termes de bonnes pratiques dans les pays européens, en raison des divers stades de développement de l'environnement économique et politique.

Quelle est la réponse d'INSOL Europe à ce casse-tête ? Une formation de haut niveau composée de trois modules, chacun présentant une composante différente mais complémentaire pour faire connaître les principaux éléments des bonnes pratiques internationales et approfondir les connaissances et l'interprétation du système local d'un pays donné. Toute formation repose sur une base théorique, tout en adoptant fondamentalement une approche pratique. Le concept est aussi d'appliquer une méthodologie d'étude de cas pour chaque module.

Les cours prennent la forme de séminaires entièrement interactifs. La formation est conçue pour un maximum de 80 délégués, tous acteurs de haut niveau dans le domaine de l'insolvabilité de leur pays. Le public ciblé est celui des professionnels travaillant dans le domaine de l'insolvabilité, et plus particulièrement les avocats et praticiens de l'insolvabilité de haut niveau. Les juges et fonctionnaires sont également les bienvenus.

Les formateurs sont des experts locaux et internationaux de renom, choisis par INSOL Europe.

Base de lancement

Comme toute chose, cette formation est née d'une idée : le souhait / besoin d'offrir aux professionnels de l'insolvabilité un espace de discussion sur les bonnes pratiques en matière de restructuration et d'insolvabilité. Nous sommes très heureux que cette idée ait pu se concrétiser.

Ce nouveau projet ambitieux, la « Formation de haut niveau d'INSOL Europe concernant le droit de l'insolvabilité dans les pays d'Europe orientale », a été lancé en Roumanie, pays symbolique tant par sa tradition juridique que pour ses récentes réformes dans le domaine de l'insolvabilité. Les professionnels qui ont participé à la formation ont non seulement pu apprendre des aspects comparatifs essentiels du droit, mais aussi le champ d'application de la législation sur l'insolvabilité en lien avec le développement commercial, économique, politique et social de chaque pays. Ils ont également pu se rendre compte qu'une approche différente du droit national

était éventuellement possible. Ainsi, toutes les institutions de l'insolvabilité sont désormais comprises en profondeur.

Cours d'ouverture

Le premier module a débuté le jeudi 2 février 2017 à 14 heures. Au cours de la demi-heure qu'ont duré les inscriptions, la salle s'est remplie de soixante et un participants : praticiens de l'insolvabilité, avocats, professeurs et juges, tous impatients de partager leurs connaissances sur les bonnes pratiques internationales et des exemples comparatifs.

La formation a été inaugurée par le président adjoint d'INSOL Europe, Radu Lotrean, et par le professeur Ignatio Tirado. Le directeur général de la formation a ensuite ouvert la séance dirigée le professeur Riz Mokal (avocat, South Square Chambers, Londres, professeur honoraire, professeur invité à l'University College London, et université de Florence) consacrée au droit de l'insolvabilité. Pourquoi se doter d'un droit de l'insolvabilité ? À quoi sert-il ? Que nécessite-t-il des intéressés ? L'intervention du professeur Irit Mevorach (professeur de droit commercial international à l'université de Nottingham) était intitulée « Qui peut faire faillite, et comment ? ». Le professeur Michael Veder (professeur de droit de l'insolvabilité à l'université Radboud, Nimègue, Pays-Bas) a pris la relève, explorant le thème des « Effets sur le débiteur et le développement de la masse », et mettant au défi les participants avec des questions à première vue simples — par exemple celle de savoir quels actifs seront inclus dans la masse — mais qui ont des réponses très différentes en fonction du pays concerné.

Chaque professeur a insufflé sa propre énergie et a plongé les participants dans une discussion fascinante et sans fin touchant aux fondements de l'insolvabilité.

25

Nouvelles discussions

Le vendredi, le cours s'est poursuivi par des discussions sur les thèmes suivants : « Contrats et créanciers gagistes dans le cadre de l'insolvabilité », « Sauvetages informels dans l'ombre de la loi » et « Sauvegarde d'entreprises dans le cadre d'une procédure formelle ».

Les participants ont également pu littéralement s'immerger dans les sauvetages informels en cas d'insolvabilité transfrontalière et dans les études de cas détaillées servant d'illustration. Nous avons eu la grande chance d'avoir un cours donné par Mihaela Carpus-Carcea, de la direction générale de la justice et des consommateurs de la Commission européenne, portant sur 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 (COM(2016)723). Pour les professionnels roumains, il s'agissait là d'une occasion unique d'avoir une discussion informelle en direct avec un décideur européen.

Deuxième module

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 déroulé à Bucarest, à l'hôtel Caro, du 29 juin au 1^{er} juillet 2017.

Ce module était consacré à l'analyse de plusieurs thèmes particulièrement pertinents concernant le système de l'insolvabilité local : comment et pourquoi la nouvelle loi sur l'insolvabilité a été préparée ; les modifications nécessaires après trois ans de pratique ; les aspects pré-insolvabilité et les problèmes concernant l'insolvabilité de groupes d'entreprises ; l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et ses effets ; les actions en annulation ; la responsabilité des dirigeants ; la responsabilité des mandataires de l'insolvabilité ; le plan de restructuration ; les créances

courantes ; la conformité du système roumain actuel par rapport à la proposition de directive sur l'insolvabilité, la restructuration et la seconde chance, etc.

Le module a pris la forme d'un dialogue entre l'expert local et l'expert international, encourageant ainsi le public à participer activement à la présentation, ce qui est la meilleure façon de s'assurer que des éléments théoriques et pratiques appropriés sont transmis à un niveau élevé.

Les thèmes ci-dessus ont été traités par Simona Milos, présidente de l'Institut national de formation des praticiens de l'insolvabilité (INFPI), Irina Șarcane, membre du conseil de direction de l'INFPI, Flavius Motu, juge-syndic, Andrea Deli-Diaconescu, membre du conseil scientifique de l'INFPI, Vasile Godinca-Herlea, président de l'Organisation nationale des praticiens de l'insolvabilité, bureau de Cluj, président du CITR, Bogdan Biter, praticien de l'insolvabilité expérimenté, et Mihaela Carpus-Carcea, officier juridique à la Commission européenne.

La discussion était coanimée par le professeur Janis Sarra, de l'université de Colombie-Britannique, par le professeur Christoph Paulus, de l'université Humboldt de Berlin, et par l'ancien président d'INSOL Europe, Alberto Nuñez-Lagos, associé chez Uria Menedez Espagne.

Expérience internationale

Les présentations du deuxième module portaient sur le droit national. Les intervenants étaient des professionnels de haut niveau, très expérimentés dans le domaine de l'insolvabilité : mandataires de l'insolvabilité, juges de la Haute Cour, docteurs en droit de l'insolvabilité, avocats.

S'agissant d'une présentation d'ordre général, les experts locaux ont eu la difficile tâche d'éveiller l'intérêt tant des professionnels locaux que des experts internationaux. La frontière était ténue entre les aspects controversés détaillés du droit national et les aspects et idées d'ordre général qui pouvaient faire l'objet d'une discussion comparative.

Au vu des antécédents des participants — qui étaient tous des professionnels aguerris et très compétents dans le domaine de l'insolvabilité — ce module a été une expérience incroyable. Les membres du public (mandataires de l'insolvabilité, juges de la Haute Cour, avocats) pouvaient échanger leurs places avec les intervenants et l'ont effectivement fait à de nombreuses reprises. La meilleure description de ce module serait de le présenter comme un groupe de personnes réunies pour discuter de divers aspects controversés et solutions possibles du point de vue national et international.

Les réactions des participants ont été très positives. Ils ont apprécié le contenu du cours, sa structure et son organisation, et surtout l'interactivité et l'expérience pédagogique dans son ensemble. Les intervenants internationaux nous ont offert une expérience mémorable et rafraîchissante, en partageant avec le public leur point de vue unique sur certains des aspects les plus controversés du droit roumain de l'insolvabilité. Dans notre profession, nous sommes confrontés en permanence à des débiteurs en difficulté et nous ne pouvons donc jamais être parfaitement décontractés, quel que soit le nombre de nos années d'expérience. Cette formation nous a indubitablement aidés à replacer les choses en perspective. Ceci dit, nous sommes impatients d'assister au troisième module de cette formation, en novembre, quand les participants nous présenteront leurs travaux sur divers sujets.

Ainsi se terminera la première formation de haut niveau d'INSOL Europe concernant le droit de l'insolvabilité dans les pays d'Europe orientale en Roumanie, organisée par le directeur général, Ignatio Tirado, avec le concours d'Emmanuelle Inacio et du directeur local, Radu Lotrean, vice-président d'INSOL Europe, et le soutien de Niculina Șomlea.

La prochaine fois, la formation se tiendra en Hongrie, puis en Lettonie, avec le même succès, nous l'espérons !

**Radu Lotrean et Niculina Șomlea, CITR, Bucarest (Roumanie)*

Procédures secondaires virtuelles

Les procédures d'insolvabilité secondaires en vertu de la refonte du REI

Le professeur Dominik Skauradszun nous présente les premières étapes de leur préparation en application de l'article 36 de la refonte du REI*

Le sixième Congrès européen sur l'insolvabilité et la restructuration (organisé par l'Association du barreau allemand, en coopération avec INSOL Europe) a permis d'étudier de plus près la question de la nouvelle procédure d'insolvabilité secondaire virtuelle selon l'article 36 de la refonte du REI.

Actuellement, il s'avère que la question la plus urgente, pour les praticiens de l'insolvabilité, est la préparation de ces procédures virtuelles. Puisque cette préparation est intensive, et afin d'éviter que la responsabilité personnelle du praticien de l'insolvabilité ne soit engagée, comme le prévoit l'article 36 (10), cet article présente les premières étapes à suivre.

Étant donné que les dispositions du nouveau règlement s'appliquent depuis la fin juin de cette année, les praticiens de l'insolvabilité (PI) de toute l'Europe ont ajouté les procédures d'insolvabilité secondaires virtuelles (synthétiques) à leur boîte à outils. Le contexte s'explique facilement : l'ouverture d'une procédure secondaire réelle peut gêner une administration efficace (préambule, 41) et compromettre la restructuration dans son ensemble. Par conséquent, le PI a désormais le droit de prendre un engagement (sorte de promesse) afin d'éviter l'ouverture d'une procédure secondaire réelle. En vertu de l'article 36 (1, 3, 4), le PI prend un engagement unilatéral par écrit, établi dans la langue officielle de l'État dans lequel intervient la procédure secondaire virtuelle. Il est également manifeste que l'engagement concerne les actifs situés dans cet État et qu'il respecte les droits de priorité et de répartition de l'État en question.

27

Préparation des « circonstances factuelles »

La partie la plus difficile, et de loin, est que l'engagement doit préciser les « circonstances factuelles » sur lesquelles il repose, notamment en ce qui concerne la valeur des actifs se trouvant dans l'État membre concerné et les différentes options disponibles pour réaliser ces actifs (article 36 (1), deuxième phrase).

La préparation de la procédure secondaire virtuelle commence par une évaluation des circonstances factuelles obligatoires, sur lesquelles se fonde l'approbation ou le rejet de l'engagement par les créanciers en vertu de l'article 36 (5). Il va de soi que la procédure d'approbation en soi vaut la peine d'être étudiée en détail¹⁹. Toutefois, l'article 36 (5) dispose que les règles nationales en matière d'approbation de plans de restructuration s'appliquent. La procédure d'approbation ne sera donc pas la même dans tous les États membres. Par ailleurs, une présentation erronée des circonstances factuelles peut entraîner une action en dommages-intérêts au titre de l'article 36 (10). Par conséquent, le PI doit prendre cette exigence très au sérieux.

¹⁹ Voir *Mangano*, dans : Bork c/ v. Zwieten, REI, Oxford 2016, article 36, 36.16 et s.

Possibilités d'extension des délais

L'évaluation des circonstances factuelles demande généralement beaucoup de temps. Les procédures d'insolvabilité transfrontalières, en particulier, se distinguent par leur calendrier serré. L'évaluation des circonstances factuelles par le PI prendra donc la forme d'un pronostic, qui peut s'avérer incomplet ou inexact. Plus ce processus dure longtemps, plus il sera improbable que l'ouverture d'une procédure secondaire réelle puisse être évitée.

Actuellement, il n'existe pas de dispositions statutaires directement applicables sur lesquelles le PI pourrait se fonder pour obtenir une suspension de la demande d'ouverture d'une procédure secondaire. Toutefois, cette possibilité pourrait être ouverte si l'on se réfère *mutatis mutandis* à l'article 38 (3) du REI. En vertu de cette disposition, le PI peut demander une suspension de l'ouverture d'une procédure secondaire pendant une période ne dépassant pas trois mois. Prise à la lettre, cette disposition est applicable uniquement dans le cas où une suspension provisoire des poursuites individuelles a été accordée pour permettre des négociations entre le débiteur et les créanciers.

D'autre part, l'article 38 (3) est celui qui se rapporte le plus directement au problème en question. Les deux situations sont comparables (négociations en cours d'une part, engagement à titre de compromis d'autre part), elles doivent donc recevoir le même traitement. Sans suspension provisoire de la procédure secondaire, le nouvel instrument qu'est l'engagement ne peut être utilisé efficacement, mettant à mal le principe de l'effet utile. Par conséquent, il est recommandé de demander une suspension au titre de l'article 38 (3) *mutatis mutandis* afin d'établir les circonstances factuelles²⁰.

28

Informations temporelles et géographiques sur les actifs concernés

L'article 36 (1), deuxième phrase, dispose que « l'engagement doit préciser les circonstances factuelles sur lesquelles il repose, notamment en ce qui concerne la valeur des actifs se trouvant dans l'État membre » dans lequel la procédure secondaire aurait pu être ouverte. La détermination des actifs se trouvant dans cet État membre permet deux interprétations : soit les actifs sont *ceux qui appartiennent* à l'établissement situé dans cet État membre, soit ils *n'appartiennent pas nécessairement* à cet établissement. D'après la formulation de l'article 36 (1), première phrase, la deuxième interprétation est la plus convaincante. Ainsi, tous les actifs qui se trouvent physiquement dans l'État membre concerné sont compris.

En outre, la date « d'affiliation » des actifs doit être précisée. En d'autres termes, il s'agit de la date à laquelle l'engagement est exprimé, même s'il reste un risque, en cas d'imminence d'une procédure secondaire, que les actifs soient déplacés dans l'État membre dans lequel se déroule la procédure principale. Si tel est le cas, l'approbation de l'engagement par les créanciers locaux sera compromise.

Données de base des circonstances factuelles

Le REI ne mentionne pas comment le PI doit déterminer sur quelles données il doit se fonder pour évaluer les actifs. Les données de base changent en fonction de la situation : si l'établissement tient ses propres livres de comptes (comme c'est le cas pour la succursale d'une société étrangère en Allemagne), ou bien si les actifs sont inscrits dans les livres de comptes du siège. Faute de

²⁰ Skauradszun, « Les 'circonstances factuelles' de l'engagement au titre de l'art. 36, para. 1, 2^e phrase de la refonte du REI », ZIP 2016, p. 1563.

disposition contraire, le PI peut choisir entre les deux. Dans la plupart des cas, il sera plus facile, pour le PI, d'avoir accès aux livres de comptes du siège.

Normes comptables nationales ou internationales ?

Les livres de comptes du débiteur sont tenus conformément à des normes comptables nationales ou internationales, voire les deux en même temps. En raison des principes comptables différents utilisés, l'évaluation d'un même actif peut varier²¹. On peut supposer que les créanciers locaux se battront pour l'évaluation la plus élevée. Le REI ne dispose pas quelles sont les normes comptables pertinentes.

Une solution pourrait consister à considérer les principales normes comptables appliquées au siège du débiteur comme contraignantes, puisqu'elles seront familières au PI de la procédure principale. Par ailleurs, des engagements peuvent être pris dans plusieurs États membres. Cette méthode pourrait permettre au PI d'appliquer les mêmes normes comptables dans tous les États membres²².

Valeur comptable ou valeur vénale ?

Outre les possibles différences de valeur comptable, le prix de vente que peuvent atteindre les actifs sur le marché libre peuvent être supérieurs ou inférieurs à leur valeur comptable. Certaines normes comptables nationales, telles que celles prévues par le Code de commerce allemand, ne permettent aux entreprises de réaliser les actifs qu'à hauteur de leur coût initial (prix d'achat et coût de fabrication). Toutefois, les modèles de réévaluation prévus par les normes internationales, telles que les IFRS, permettent aux entreprises de réaliser les actifs à des valeurs plus élevées en cas de recouvrement de la dépréciation.

Une première solution pourrait consister à prendre en compte la valeur comptable, mais à utiliser obligatoirement la valeur vénale d'un actif si le PI est informé que ces valeurs diffèrent. Cette interprétation correspondrait à la formulation de l'article 36 (1), deuxième phrase, qui mentionne expressément les circonstances « factuelles » et non la situation antérieure²³. En outre, cette même phrase impose au PI d'expliquer les options disponibles pour réaliser les actifs. Sur le marché libre, la valeur vénale prévaudra. C'est la raison pour laquelle le PI devra choisir la valeur vénale si elle est différente de la valeur comptable.

Valeur de liquidation ou valeur de continuation ?

Que ce soit dans le dispositif du règlement ou dans son préambule, aucune disposition ne traite de la question de savoir si le PI doit travailler avec la valeur de liquidation ou de continuation. Il est manifeste que les créanciers locaux réclameront la valeur de continuation, puisqu'elle est généralement supérieure à la valeur de liquidation. Ceci est vrai au moins pour la plupart des machines, meubles, véhicules et autres biens usagés. Le PI peut également souhaiter utiliser la valeur de continuation, puisqu'il peut la trouver facilement dans les livres de comptes, tandis que la valeur de liquidation doit être évaluée, souvent avec l'assistance d'autres experts.

De l'avis de l'auteur, l'accent sera mis sur la procédure *secondaire* (virtuelle). C'est exactement ce que fait l'article 36 (1). La position juridique des créanciers doit être équivalente à celle qu'ils auraient dans le cas d'une procédure réelle, mais pas plus favorable. Ainsi, la valeur de continuation semble le bon choix uniquement si l'établissement est économiquement viable dans le cas où une procédure secondaire est effectivement ouverte. Dans le cas contraire (par ex. si

²¹ Schmid, DStR 2005, p. 80.

²² Voir note de bas de page 2, p. 1568.

²³ Voir note de bas de page 2, p. 1569.

l'établissement n'est qu'un entrepôt sans autonomie financière et ne peut donc survivre), la valeur de liquidation sera utilisée. Pour déterminer quelle valeur il convient d'utiliser, la question véritablement pertinente est de savoir si l'établissement est économiquement viable ou non²⁴.

Droit applicable à la réalisation des actifs

Le droit applicable à la réalisation des actifs est le droit de l'État membre dans lequel la procédure principale est ouverte. Ceci est conforme au principe de base énoncé à l'article 7 (2) (i), au principe d'universalité visé au point 23 du préambule et aux pouvoirs du PI (article 21 (1), première phrase). Par conséquent, le PI explique les options disponibles pour réaliser les actifs en vertu du droit de l'État dans lequel la procédure principale a été ouverte.

Autres circonstances factuelles

D'autres circonstances factuelles peuvent venir s'ajouter à celles requises par la loi : informations concernant les engagements du débiteur, nombre de créanciers connus, montant des dettes... Il est également possible de fournir des renseignements sur les créances produites, les actions en instance et les opérations contestées ; si des actifs ont été déplacés hors de l'État membre dans lequel la procédure secondaire aurait pu être ouverte, cela peut également être mentionné²⁵.

Conséquences en cas d'inexactitude des circonstances factuelles

Dans le cas où les circonstances factuelles ne correspondent pas à la situation réelle, les créanciers locaux peuvent saisir les tribunaux au titre de l'article 36 (7, 8, 9)²⁶. En outre, cela pourrait donner lieu à une demande en dommages-intérêts au titre de l'article 36 (10), dont les critères d'admissibilité ne sont pas entièrement examinés.

Toutefois, le PI ne s'engage qu'à respecter les droits de répartition et de priorité, ce qui constitue une position *juridique*²⁷. Même si les circonstances factuelles sur lesquelles l'engagement est fondé sont incorrectes dès le départ (par exemple si un actif n'a pas pu être réalisé en l'absence d'acquéreur potentiel), la position des créanciers locaux est garantie. Par conséquent, le législateur européen a eu la sagesse de ne pas prévoir, à l'article 36 du REI, que l'engagement du PI porte sur des montants concrets.

Conclusion

La préparation de toute procédure d'insolvabilité secondaire virtuelle commence par l'établissement des circonstances factuelles. Si cette première étape échoue, l'engagement n'arrive même pas à l'étape suivante, à savoir celle de la proposition et de l'approbation. Par conséquent, d'une part, le PI doit prendre au sérieux cette étape de préparation, d'autre part, le tribunal doit accorder un délai suffisant pour la préparation de l'engagement, sur demande du PI, en application de l'article 38 (3) *mutatis mutandis*.

**Dominik Skauradszun, université de Fulda, Of Counsel, Gleiss Lutz (Allemagne)*

²⁴ Voir note de bas de page 2, p. 1570.

²⁵ *Mankowski*, « L'engagement comme moyen permettant d'éviter une procédure d'insolvabilité secondaire au titre de l'article 36 du REI – Procédures secondaires synthétiques », NZI 2015, p. 961, 964.

²⁶ *Skauradszun*, « Mesures provisoires et conservatoires en vertu de l'article 36 para. 9 de la refonte du REI », KTS 2016, p. 419 et s.

²⁷ Voir note de bas de page 2, p. 1573.

Pologne

Pré-packs en Pologne : dix-huit mois plus tard

Karol Tatara, Marcin Kubiczek et Mateusz Kaliński commentent cette procédure judiciaire pratique, un an et demi après sa mise en œuvre*

La procédure de liquidation / administration pré-organisée, plus communément appelée en « pré-pack » est en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2016 dans le cadre de la loi polonaise sur l'insolvabilité.

En Pologne, les pré-packs sont des procédures judiciaires, dans le cadre desquelles la décision d'approuver des modalités de cession-acquisition est prise par le tribunal de la faillite, tout comme la décision de déclaration de l'insolvabilité. La principale caractéristique des pré-packs est la possibilité de vendre les actifs du débiteur insolvable à un investisseur, dans le cadre de la procédure d'insolvabilité, sans qu'il soit nécessaire d'organiser une vente aux enchères ou un appel d'offres. Les pré-packs ont pour objectif de vendre l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité, avec un effet de saisie-vente, ce qui signifie que l'investisseur n'est pas responsable des anciens engagements et obligations du débiteur.

Les dix-huit premiers mois de fonctionnement de cette institution nous permettent d'en dresser un premier bilan et de l'évaluer, ainsi que de formuler des propositions de modification de la loi. En Pologne, cette institution juridique n'est pas encore aussi populaire que, par exemple, aux États-Unis ou au Royaume-Uni, où près de 25 % des administrations prennent la forme d'un pré-pack et où les valeurs d'acquisition atteignent des sommets dans le cadre des procédures de liquidation pré-organisées. Toutefois, il existe des raisons solides de prédire que les pré-packs devraient également devenir très populaires en Pologne.

31

Délais courts

Premièrement, les opérations de cession-acquisition dans le cadre de la procédure pré-organisée sont vraiment rapides, non seulement par rapport aux délais observés dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité traditionnelle, mais également par rapport à une opération classique sur actifs, notamment dans les cas où un long processus de « *due diligence* » est fortement recommandé. Lors de l'acquisition d'actifs dans le cadre d'un pré-pack, tel qu'indiqué ci-dessus, l'investisseur bénéficie d'un effet de saisie-vente, ce qui signifie qu'il n'est pas responsable des engagements et obligations antérieurs du débiteur et, par conséquent, qu'il n'est plus nécessaire de procéder à des vérifications préalables longues et complexes.

D'un point de vue pratique, la procédure pré-pack dure environ quatre mois si le tribunal de grande instance n'est pas saisi d'une réclamation, et entre huit à neuf mois dans le cas contraire. En comparaison avec les délais habituels en Pologne, ces délais sont très attractifs pour les investisseurs potentiels. En général, l'administrateur conclut des accords de cession-acquisition, selon les modalités approuvées par le tribunal, dans le mois suivant la prise d'effet de la décision définitive.

En outre, dans le cadre de la procédure de pré-pack, le contrat de cession-acquisition peut porter sur l'entreprise entière en vue de la poursuite de l'activité, ou juste sur certains des actifs

importants de l'entreprise insolvable. Par conséquent, l'investisseur dispose d'une large gamme de possibilités en fonction des actifs qui l'intéressent. Ceci joue également sur la question de la rapidité, car dans le cadre de la procédure d'insolvabilité traditionnelle, l'administrateur est tenu d'essayer de réaliser en premier lieu l'entreprise en tant que tout, et ne peut procéder à la cession d'autres actifs que si personne n'est intéressé par son acquisition, ce qui ralentit considérablement la procédure.

Grâce aux pré-packs, l'investisseur peut négocier les termes de l'acquisition dès le départ avec le débiteur, ne choisissant que les actifs qu'il juge intéressants. Toutefois, tous les actifs ne peuvent pas faire l'objet d'une cession au titre d'un pré-pack, mais seulement ceux qui englobent une partie importante de l'entreprise, tels que les biens immobiliers ou les machines servant à la production. L'investisseur acquiert une entreprise qui fonctionne déjà, prête à poursuivre ses activités. Dans les procédures d'insolvabilité traditionnelles, cela n'était pas fréquent, l'administrateur mettant généralement fin aux activités du débiteur avant de licencier son personnel. Dans le cadre des pré-packs, il est même possible de transmettre immédiatement l'objet du pré-pack à l'acquéreur, sur décision du tribunal, lorsqu'une preuve de versement de l'intégralité du prix sur le compte de dépôt du tribunal est jointe à la demande d'approbation des modalités d'acquisition.

Ceci signifie que les pré-packs bénéficient à l'économie polonaise dans son ensemble, parce que la pire des situations est celle où il existe des actifs dormants : entreprises désertées, machines à l'arrêt, etc.

Évaluation

Autre avantage de la procédure pré-organisée : les sociétés affiliées peuvent participer au processus de cession-acquisition. Dans ce cas, le prix ne doit pas être inférieur à l'évaluation de l'expert judiciaire, ce qui est totalement différent de ce qui se passe dans le cadre de la procédure d'insolvabilité, qui ne recommande pas l'intervention d'un expert.

Affiliation et association

Les relations d'affiliation et d'association sont traitées comme dans les autres affaires d'insolvabilité, c'est-à-dire selon l'article 128 de la loi sur l'insolvabilité²⁸.

Une déclaration d'affiliation à l'investisseur doit être jointe à la demande d'approbation des modalités de cession-acquisition.

En outre, si l'opération est réalisée avec des entités non affiliées (ce qui est le cas général), le prix peut être inférieur à l'évaluation de l'expert, à condition de faire l'objet d'une garantie de l'État ou si l'entreprise du débiteur peut ainsi être préservée. En règle générale, le prix doit être supérieur au montant qui pourrait être obtenu dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité par le biais d'une

²⁸ L'article 128 de la loi sur l'insolvabilité dispose : « un ascendant ou descendant par filiation ou par alliance en ligne directe, un ascendant ou descendant par filiation ou par alliance en ligne collatérale jusqu'au deuxième degré, une personne cohabitant avec le débiteur insolvable, formant un foyer avec lui ou avec un enfant adoptif ou un parent adoptif, ainsi qu'une société de personnes ou de capitaux dont le débiteur insolvable est membre du conseil d'administration ou, selon le cas, l'associé ou l'actionnaire unique, et avec des sociétés de personnes ou de capitaux dont les personnes susmentionnées sont membres du conseil d'administration ou associés ou actionnaires uniques, ainsi que les sociétés de personnes ou de capitaux constituées avec une autre société de personnes ou de capitaux et contrôlées par l'une desdites sociétés, ainsi que dans le cas où ladite société contrôle le débiteur et l'autre partie, ainsi que la société de personnes ou de capitaux ou la personne morale traitant avec ses associés ou actionnaires, leurs représentants ou conjoints, ainsi qu'avec des sociétés de personnes ou de capitaux, leurs associés ou actionnaires, représentants ou conjoints. » (Traduction sous toutes réserves effectuée à partir de l'anglais – N. de la T.)

liquidation en application des principes généraux, qui prévoient la déduction du coût de la procédure.

Prix équitable

Par conséquent, le prix doit être réaliste, et comprendre une réduction équitable, qui doit être considérée comme quelque chose de normal et non susciter des questions comme cela se passe parfois en cas d'insolvabilité, en particulier puisqu'il est très facile de trouver des arguments en faveur de modalités de cession-acquisition à un prix inférieur à celui indiqué par l'expert.

Tout aussi important, les détails de l'opération restent confidentiels, car la seule obligation est d'indiquer au tribunal le prix et l'identité de l'acquéreur ; il n'est pas nécessaire de lui fournir le projet de contrat.

Le cercle d'acquéreurs potentiels est également limité, car le tribunal reçoit des informations concernant le prix et les acquéreurs potentiels mais n'est pas supposé intervenir. En d'autres termes, le rôle du tribunal n'est pas de fixer le prix le plus élevé possible, ni d'organiser des enchères pour toutes les entités intéressées, mais simplement d'évaluer et d'approuver les détails concrets de l'opération (à savoir le prix et l'identité de l'acquéreur). Cette limitation peut être bénéfique à l'investisseur potentiel, surtout quand des concurrents font des propositions irréalistes uniquement pour repousser la décision du tribunal ou donner l'impression que les actifs pourraient être vendus à un prix plus élevé. Ces déclarations sont généralement exagérées, voire de mauvaise foi.

D'autre part, l'opération est sous le contrôle du tribunal ; son impartialité ne peut donc pas être contestée.

33

Efficacité de la procédure

Du point de vue du tribunal de l'insolvabilité, les pré-packs sont bénéfiques principalement parce qu'ils permettent d'éviter des procédures d'insolvabilité longues et coûteuses. Dans le cas d'un pré-pack, après la conclusion du contrat de cession-acquisition, l'administrateur a pour seules obligations de dresser la liste des créanciers, de répartir les montants tirés de la réalisation et de clore la procédure.

En 2016, les tribunaux de l'insolvabilité polonais ont reçu trente demandes de déclaration d'insolvabilité accompagnées de demandes d'approbation des modalités de cession-acquisition. Ces demandes peuvent être déposées par le débiteur ou par les créanciers. Le tribunal a rejeté les modalités de cession-acquisition dans un seul cas, après avoir analysé la réclamation déposée par un créancier. Il s'agit d'un incident rare, ce qui prouve que les demandes sont bien préparées et que les tribunaux sont attentifs à rendre des décisions impartiales.

Points faibles

La réglementation actuelle des pré-packs polonais présente toutefois quelques points faibles.

Il n'est pas certain que les pré-packs puissent être appliqués aux procédures d'insolvabilité des consommateurs, qui sont plus populaires en Pologne. De l'avis des auteurs de cet article, il n'existe aucun obstacle juridique à cela, mais certains experts estiment que les pré-packs sont réservés aux entreprises.

Autre point faible, d'ordre pratique, les banques n'ont pas de modèle spécial pour financer les acquisitions réalisées dans le cadre d'un pré-pack et les traitent comment des opérations sur actifs traditionnelles, sans tenir compte des différences et nuances propres à la nature de l'opération, notamment du besoin de garantir son montant total avant sa réalisation.

Il existe également des préoccupations d'ordre juridique quant à la possibilité d'acquisition des contrats de l'entreprise, essentiellement à cause de l'article 317 de la loi polonaise sur l'insolvabilité, qui dispose : « L'acquéreur acquiert l'entreprise du débiteur libre de tout privilège et n'est pas responsable des engagements du débiteur. » De l'avis des auteurs, cela ne pose pas problème du point de vue juridique, mais certains experts pensent le contraire; cette question est donc controversée.

Une intervention du législateur pourrait permettre de surmonter ces inconvénients, et les problèmes pratiques pourraient être résolus simplement si les pré-packs devenaient plus populaires, puisque les banques soutiendraient clairement ce type de procédures.

Conclusion

Les inconvénients et points faibles susmentionnés ne font pas revenir les auteurs sur leur position, à savoir que les pré-packs sont l'avenir des procédures d'insolvabilité en Pologne. En effet, ils sont bénéfiques pour toutes les parties intéressées : débiteurs insolvable, créanciers, économie et corps judiciaire.

**Karol Tatar et Mateusz Kaliński sont membres du cabinet Tatar & Associates, Cracovie/Varsovie (Pologne) ; Marcin Kubiczek est praticien de l'insolvabilité à Varsovie/Gliwice (Pologne)*

X X X
X

Actifs donnés en garantie

34

Actifs donnés en garantie et lien avec l'insolvabilité : le moment de l'harmonisation est-il venu ?

Paul Omar évoque certains des avantages d'une harmonisation des lois sur l'insolvabilité dans toute l'Europe*

Le rôle des garanties portant sur des actifs dans le financement des entreprises est essentiel dès lors que l'emprunt est l'une des seules solutions pour les entreprises qui souhaitent se développer.

Même si les créanciers préféreraient, évidemment, que les montants prêtés soient remboursés, l'existence d'un « plan B » palliant les risques de défaut ou d'insolvabilité, réduisant également, en théorie, le coût de l'accès au crédit, a toujours été attirante pour les prêteurs. Pour cette raison, les restrictions médiévales du principe de « *pari passu* » ont été évitées, presque dès le départ, pour les créanciers, la garantie consensuelle étant l'une des voies reconnues en droit pour atténuer les effets de la doctrine, l'autre voie étant généralement celle des préférences, ces dernières tirant généralement leur origine dans la loi²⁹. L'importance accordée aux garanties en tant qu'outil

²⁹ Cet article s'inspire d'une conférence donnée à l'université de Saint-Jacques-de-Compostelle (Espagne), le 15 avril 2016.

facilitant l'emprunt, surtout pour les pays en développement, se voit à la place qu'elles occupent dans les grands textes internationaux, tels que les Principes de la Banque mondiale régissant le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers³⁰. De l'avis de la Banque mondiale, la capacité du créancier à négocier le transfert de droits de sûreté permettant une mise à exécution portant sur les biens du débiteur est le « moyen le plus simple [et] le plus efficace » pour assurer le principe d'un paiement rapide. Selon elle, ce moyen est plus efficace que ne le serait la perspective d'une procédure d'insolvabilité, caractérisée par sa complexité et les délais de procédure³¹.

Le souhait de permettre une mise à exécution directe par le créancier peut expliquer la popularité historique, en *common law*, d'institutions telles que l'administration judiciaire (*receivership*), qui permet un accès direct aux biens du débiteur (puis à l'intégralité de son entreprise) pour éviter d'avoir recours à une procédure plus formelle (et généralement collective). Cela peut également expliquer le soin accordé, même dans le cadre d'une procédure formelle, à la préservation des droits du créancier, en séparant ou exonérant les actifs donnés en garantie, comme c'est effectivement le cas dans de nombreux systèmes, créant ainsi deux catégories d'actifs, que l'on peut qualifier de « généraux » et « grevés », ces derniers n'étant généralement disponibles que pour le créancier en faveur duquel la sûreté a été constituée. Dans un environnement où la liquidation est la norme, l'existence de catégories distinctes ne suscite que peu de problèmes, bien qu'il puisse s'avérer nécessaire d'établir des règles pour répondre aux situations où les actifs de la catégorie « grevés » sont inférieurs à la valeur de la sûreté : le créancier pourra-t-il être désintéressé à partir des actifs de la catégorie « généraux » et dans l'affirmative, sur quel fondement ? En d'autres termes, leur statut d'actifs « grevés » sera-t-il conservé ? Selon les systèmes, la réponse est légèrement différente. Dans le cas où il existe une procédure de sauvegarde, la séparation des actifs peut s'avérer insuffisante, voire contre-productive en cas de cession de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité ; par contre, de nombreux systèmes, mais pas tous, privilégient une forme de réintégration des actifs qui seraient autrement séparés, sous réserve que la priorité du créancier soit respectée.

35

Le fait de reconnaître cette différence de traitement signifie, à mesure que le phénomène des insolvabilités internationales augmente, qu'il faut aborder la question de savoir ce qui arrive aux droits de sûreté au niveau international. Le règlement européen sur l'insolvabilité (« REI »), dont la première version a été adoptée en 2000, a choisi de s'attaquer à ce problème en renvoyant à la loi nationale applicable. À l'article 5 (et aux articles 6 et 7 relatifs aux quasi-sûretés), il est prévu que la loi du territoire sur lequel se trouvent les actifs faisant l'objet d'un droit réel régisse l'issue de la négociation³². Ainsi, tandis que l'article 4 identifiait la *lex concursus*, il était tout à fait possible que l'article 5 invite à appliquer la loi d'un autre territoire. Toutefois, le REI ne définissait pas en termes précis l'articulation entre les dispositions, notamment ne précisait pas si le champ d'application de l'article 4, portant sur des questions telles que la composition de la masse, l'ouverture et la clôture de la procédure, les effets sur les droits de tiers, etc. pouvait avoir une incidence sur l'exercice de droits de tiers régis par la loi d'un autre territoire, sans mentionner la

³⁰ Voir les huit principes énoncés dans la partie A du texte (version de 2015).

³¹ Résumé analytique, Principes de la Banque mondiale, point 5.

³² S'agissant de l'article 6, la règle était formulée de manière très légèrement différente, étant « la loi applicable à la créance », puisque la compensation n'est généralement possible qu'en cas de créances mutuelles (une espèce de « chose in action », c'est-à-dire de bien incorporel).

question épineuse de l'annulation d'opérations. Il existe certainement des possibilités de conflit, bien que la jurisprudence limitée, notamment celle de la Cour de Justice de l'Union européenne, laisse entendre que le problème a largement été contourné au moyen d'un traitement pragmatique des créanciers gagistes (voir d'une déférence à leur égard), dont le consentement était généralement nécessaire pour que la plupart des procédures de sauvegarde aient une chance de réussite. Ainsi, la position de la refonte du REI, adoptée en 2015, et de ses articles 8-10, reproduisant le régime antérieur, s'explique parfaitement par le souhait de ne pas compromettre la position des créanciers gagistes. Ainsi, la situation reste inchangée³³.

Quelles sont les possibilités ?

Toutefois, quelles seraient les possibilités pour aller de l'avant ? Classiquement, il semble y en avoir deux : une harmonisation de la notion (et des types) de sûreté et/ou une harmonisation du traitement des sûretés en droit international privé. Pour ce qui est de la première, bien que la plupart des systèmes juridiques d'Europe occidentale se targuent d'être les héritiers du droit romain et insistent pour faire la distinction entre sûretés réelles et personnelles, tout en précisant si la sûreté constitue un droit réel sur les biens ou simplement une créance privilégiée, le gouffre qui sépare actuellement les perspectives de droit civil et de *common law* semble trop large pour pouvoir être comblé. Les différences sont palpables quand on observe la façon dont la *common law* a évolué vers la création d'une catégorie intermédiaire d'actifs (reposant sur les principes de l'*equity*) et la possibilité qu'une sûreté porte sur des catégories ou des groupes d'actifs³⁴. En outre, l'absence de compétence de l'Union européenne en matière de biens immobiliers³⁵ — biens sur lesquels reposent les sûretés réelles — pourrait constituer un obstacle au traitement global de toutes les formes de sûretés en vue d'une éventuelle harmonisation. Autre façon de traiter cette difficulté : on pourrait étudier comment le cadre des sûretés mobilières, dont le développement prend son origine en Amérique du Nord, pourrait s'appliquer, puisqu'il a été adopté par certains systèmes juridiques mixtes, tels que Jersey³⁶. Toutefois, cela pourrait aller trop loin pour les territoires où les pratiques en matière de prêts dépendent de l'existence de certains modèles de sûreté, tandis que la transition vers de nouveaux modèles pourrait vraisemblablement s'avérer coûteuse en termes de modification non seulement des clauses contractuelles mais aussi des comportements et des attentes.

36

En ce qui concerne l'harmonisation des règles de droit international privé, on pourrait avancer que le cadre du REI, dans ses deux versions, constitue déjà une tentative de régler cette question en identifiant la loi applicable. À cet égard, il s'avère qu'il n'est pas différent des autres instruments de droit international privé adoptés par l'Union européenne, notamment les règlements Rome I et Bruxelles I³⁷. Toutefois, comme indiqué ci-dessus, l'articulation incertaine entre la *lex concursus* et la loi applicable aux sûretés constitue une situation imparfaite qui laisse sans réponse de nombreuses questions que la jurisprudence doit encore préciser. Dans le contexte du projet *Ius*

³³ Malgré deux études de différents groupes d'universités, toutes deux dirigées par la faculté de droit de Leeds et financées par la Commission européenne, portant : (i) sur les questions relatives à l'article 5 et son application ; et (ii) sur les annulations d'opérations. Le résultat des recommandations, ainsi que les éventuels calendriers de réformes, ne sont pas encore connus.

³⁴ Curieusement, le Code civil de Maurice parvient à concilier les formes classiques de sûreté de droit civil et, au livre III, titre XVIII, chapitre X, les sûretés flottantes.

³⁵ Article 345, TFUE (ancien article 295, traité sur la CE).

³⁶ Dans la loi de 2012 sur les droits de sûreté (Jersey).

³⁷ Respectivement, règlement (CE) 593/2008 et règlement (CE) 44/2001.

Commune, qui vise à identifier des principes communs en vue de l'harmonisation du droit privé européen, la question s'est également posée de savoir s'il serait opportun d'harmoniser le droit international privé³⁸. Malheureusement, sur ce point, la question reste sans réponse positive immédiate, mis à part les discrets développements déjà mentionnés plus haut. Il semble improbable qu'une initiative majeure soit lancée dans ce domaine en l'absence de travaux supplémentaires en matière d'harmonisation des notions de droit privé sous-jacentes.

En tout état de cause, le débat sur l'harmonisation et son caractère souhaitable pourrait bien céder le terrain à une autre approche : celle que l'on perçoit dans la directive concernant les contrats de garantie financière³⁹, qui cherche à protéger les garanties financières contre les conséquences de l'application des règles du droit de l'insolvabilité national. Ainsi, cette approche, qui constitue la norme pour les accords en faveur de prêteurs réglementés, pourrait bien en arriver à influencer la dynamique de prêt dans son ensemble, notamment les modalités des contrats de prêt et le traitement des garanties dans toutes les autres situations. Ceci supprimerait par ailleurs le besoin d'envisager une harmonisation fondamentale, puisque ces accords, qu'ils prévoient une garantie financière ou non, aboutiraient de fait à une dissociation de ces actifs dans le cadre de l'insolvabilité. Cela laisse ouverte la question de l'intégration des actifs, en particulier dans le cas où cela pourrait être la condition *sine qua non* d'une sauvegarde, faute de quoi le destin de la sauvegarde serait inextricablement lié à l'opinion du créancier gagiste. En tout état de cause, la question de savoir si cela est souhaitable n'est pas tranchée.

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

x x x
x

37

Fiducies nées d'un concordat

Maintien en vigueur des fiducies nées d'un concordat : où en sommes-nous aujourd'hui ?

Kathryn MacLennan se demande si le récent arrêt de la Cour d'appel bénéficiera aux débiteurs*

En mars de cette année, la Cour d'appel a rendu une décision longtemps attendue dans l'affaire présentée ci-dessous, apportant ainsi un peu de clarté dans le domaine des concordats britanniques (« IVA » – *Individual Voluntary Arrangement*), s'agissant de la question des fiducies dans le cadre d'un IVA mené à son terme et de l'objet de l'attestation de libération fournie au débiteur.

Quels avantages les débiteurs tirent-ils de cette attestation en lien avec leurs dettes et leurs actifs, et comment peuvent-ils savoir si leur IVA est effectivement « terminé » ?

³⁸ A. Fiorini, « The Codification of Private International Law in Europe: Could the Community Learn from the Experience of Mixed Jurisdictions? » (2008) 12(1) *Electronic Journal of Comparative Law*.

³⁹ Directive 2002/47/CE.

Les faits

M. Wright a conclu un IVA avec ses créanciers en 2007 et honoré toutes ses obligations à ce titre. Il s'agissait d'un IVA « tous actifs », c'est-à-dire que les actifs qui auraient fait partie de la masse dans le cadre d'une insolvabilité étaient tous inclus dans l'IVA, sauf s'ils étaient expressément exclus. L'IVA donnait naissance à une fiducie, avec pour effet que les actifs couverts par l'accord étaient détenus en fiducie au bénéfice des créanciers.

La définition des « actifs » dans le cadre de l'IVA était identique à ce qu'elle aurait été en cas d'insolvabilité. Le droit d'entamer des poursuites concernant les réclamations pour vente abusive d'ADI⁴⁰ existait dès 2007, date à laquelle l'IVA a été conclu ; par conséquent, un actif était couvert par ce dernier, nonobstant le fait que le débiteur ou le superviseur ait pu ne pas avoir connaissance de l'existence de ces créances lors que les modalités de l'IVA ont été convenues.

En 2013, l'IVA s'est terminé avec succès. Un dividende définitif a été versé aux créanciers, et M. Wright a reçu son attestation de libération. Il s'était acquitté de toutes ses obligations et l'attestation confirmait qu'il n'avait plus aucune dette envers les créanciers liés par l'IVA. Quelques mois plus tard, les réclamations pour vente abusive d'ADI ont été jugées fondées et les banques concernées ont payé environ 24 500 GBP au superviseur de l'IVA. Les tribunaux inférieurs ont décidé que les fonds étaient dus et payables au débiteur. L'attestation de libération, étant concluante, a mis un terme à la responsabilité du débiteur envers ces créanciers, à l'IVA et à l'éventuelle fiducie créée par ce dernier.

Cour d'appel

La Cour d'appel a infirmé la décision du tribunal inférieur et a, entre autres, jugé que les fonds étaient dus au superviseur.

Une fiducie née d'un IVA continue-t-elle d'exister une fois l'IVA arrivé à son terme ?

Oui. Si l'IVA ne contient aucune stipulation énonçant expressément ce qu'il adviendra de la fiducie une fois l'IVA arrivé à son terme, la fiducie continuera d'exister. La Cour d'appel a jugé que, bien que l'affaire *Green c/ Wright* traite de l'expiration de l'IVA, et non de sa résiliation, le débiteur avait les mêmes obligations que dans l'affaire *N T Gallagher & Son Ltd v Tomlinson* [2002] EWCA Civ 404, c'est-à-dire qu'il devait démontrer pourquoi une fiducie judiciaire (*constructive trust*) devait prendre fin alors que le contrat ne le prévoyait pas expressément.

Qui sont les bénéficiaires ?

La position du débiteur était que la fin de l'IVA mettait un terme à la fiducie et que, même dans le cas contraire, la fiducie n'avait pas de bénéficiaires, puisque les créanciers avaient accepté les dividendes versés au titre de l'IVA à titre de règlement définitif.

La Cour d'appel a jugé que les créanciers de l'IVA demeuraient bénéficiaires au titre de la fiducie, se livrant à une analyse de la définition fondamentale des termes « créancier » et « dette » pour parvenir à cette conclusion. Selon elle, toute référence à un « créancier » devait être établie par référence aux créanciers à qui des montants étaient dus à la date d'entrée en vigueur de l'IVA.

Quels sont les effets d'une attestation de libération ?

Le débiteur avait reçu son attestation et tous les créanciers avaient été informés de la clôture de l'IVA, conformément aux *Insolvency Rules 1986*. Le débiteur est parti du principe qu'il n'avait plus d'obligations envers les créanciers, qui ont accepté son argument selon lequel ils ne pouvaient donc pas être bénéficiaires au titre d'une quelconque fiducie. La Cour d'appel a précisé qu'une

⁴⁰ ADI : assurance décès invalidité incapacité (*payment protection insurance*) (N. de la T.).

attestation de libération dans le cadre d'un IVA est censée produire le même effet qu'une attestation de libération dans le cadre de l'insolvabilité. L'article 281 (1) de l'*Insolvency Act 1986* confirme qu'une attestation de libération de l'insolvabilité décharge le débiteur de sa responsabilité au titre des créances incluses dans la masse, mais qu'elle ne produit pas d'effet sur la masse à proprement parler ni sur la position de l'administrateur.

Les dettes de l'insolvabilité ne sont pas libérées par l'attestation et les actifs conférés à l'administrateur restent en sa possession pour permettre leur réalisation en vue de rembourser ces dettes.

La Cour d'appel a établi un parallèle entre l'attestation de libération dans le cadre d'un IVA et la libération dans le cadre de l'insolvabilité. Toutefois, il est intéressant de noter que la règle 5.34 des *Insolvency Rules 1986* (règle 8.31 des *Insolvency Rules 2016*) énonce l'exigence de procédure nécessaire à la clôture d'un IVA sans se prononcer sur les effets de l'attestation. La Cour d'appel a conclu que l'attestation aura les mêmes effets que la libération, en ce qu'elle libérera le débiteur de ses dettes. Cependant, les actifs donnés en nantissement dans le cadre de l'IVA continuent de faire l'objet de la fiducie jusqu'à ce qu'ils soient réalisés. La difficulté liée à cette interprétation est que, dans le cadre de l'insolvabilité, les actifs restent en possession de l'administrateur en vertu de l'article 306 de l'*Insolvency Act 1986*, ce qui n'est pas le cas dans le cadre d'un IVA. Le débiteur reste tenu vis-à-vis des créances ADI (si elles n'ont pas été cédées), ce qui signifie qu'il n'est pas libéré de ses obligations — contrairement à ce qui serait le cas dans le cadre de l'insolvabilité —, puisqu'il continue d'être soumis à l'obligation prévoyant que les actifs en question doivent être détenus en fiducie.

Position actuelle

Cet arrêt a apporté des éclaircissements longtemps attendus dans le domaine des IVA. Les IVA qui n'ont pas été clôturés dans l'attente de cette décision peuvent désormais l'être et les attestations de libération délivrées aux débiteurs. Cet arrêt a été favorablement accueilli par les professionnels de l'insolvabilité en raison de la clarté qu'il a apporté ; cependant, les choses ne sont peut-être pas aussi simples qu'elles le paraissent et l'arrêt pourrait, à court terme, causer plus de problèmes qu'il n'en résout, comme nous le verrons ci-dessous.

L'arrêt ne s'applique pas à tous les IVA. La loi n'impose pas qu'un IVA crée automatiquement une fiducie et, bien que la plupart le fassent, certains IVA ne seront pas associés à une fiducie. Il est trop simpliste d'affirmer que l'affaire *Green c/ Wright* concerne toutes les situations et qu'elle permet systématiquement au PI de recouvrer les montants tirés de la réalisation des créances ADI après la clôture. Les PI devront étudier les modalités de chaque IVA pour vérifier s'il existe une fiducie et si elle a été résiliée ou non. Ils devront faire preuve de précautions quand ils affirment qu'ils peuvent réclamer les montants tirés des réalisations intervenant après la clôture sans procéder à cet exercice. Dans le cas contraire, ils risquent de réclamer, recevoir et répartir des montants post-clôture auxquels ils n'ont pas droit, ce qui les exposera à des demandes dirigées à leur encontre par les débiteurs affectés.

L'affaire Green c/ Wright étudie les conditions générales R3 applicables au concordat de M. Wright. D'autres conditions générales qui prévoient des dispositions différentes pour ce qui est de la fiducie peuvent aboutir à un résultat différent. Le plus souvent, les modalités du protocole d'IVA contiennent une disposition relative à la fiducie qui s'applique « pendant la durée du concordat ». Cette expression n'a pas été prise en compte dans l'affaire *Green c/ Wright* ; il n'existe donc pas de décision faisant autorité concernant son effet sur les fiducies lors de la clôture

de l'IVA. Il est possible d'interpréter cette expression comme mettant fin à la fiducie lors de la clôture de l'IVA ou bien comme lui permettant de rester en vigueur : des arguments valables peuvent étayer les deux positions. Cette ambiguïté de termes si fréquemment utilisés dessert les PI et les consommateurs, et des interprétations différentes font déjà leur apparition.

Les changements sont également une source de préoccupations. Il existe des cas où les PI contactent les débiteurs lorsqu'un IVA a été clôturé par anticipation grâce à un versement unique. Le débiteur peut être de l'avis que ce versement remplace toutes les obligations au titre de l'IVA (ce qui inclurait l'obligation de maintenir les actifs en fiducie), mais certains PI sont d'un avis différent et affirment que ce changement ne met pas fin à la fiducie ; par conséquent, toute créance ADI post-clôture serait toujours incluse dans la fiducie.

Les PI pourraient se retrouver en possession de montants tirés de la réalisation de créances ADI qui n'avaient pas encore été répartis dans l'attente de l'arrêt dans l'affaire Green c/ Wright. Toutefois, il se pourraient également qu'ils se retrouvent sans la moindre provision pour payer leurs honoraires au titre des réalisations post-clôture. Les PI sont alors confrontés à la nécessité de conclure des accords avec des créanciers sur la possibilité de payer leurs honoraires à partir des actifs faisant l'objet de la fiducie.

Il y aura un nombre important de trusts. L'administrateur fiduciaire sera le superviseur en fonctions lorsque l'IVA a été conclu. Ceci entraîne des problèmes d'ordre pratique quand les PI connaissent des changements. Une décision de transfert global est nécessaire pour transférer le siège du superviseur, mais peut ne pas s'avérer être le mécanisme adéquat pour transférer le rôle d'administrateur fiduciaire d'une fiducie en vigueur. Ceci aura des répercussions sur le mouvement des nominations et sur la cession des livres et registres d'IVA, notamment dans le cas où un prestataire décide de se retirer entièrement du marché. Le prestataire et l'acquéreur voudront s'assurer que la fonction d'administrateur fiduciaire est transmise à l'acquéreur, en sus des droits et obligations qui y sont associés.

La FCA a confirmé que la date limite de production des créances ADI était fixée à août 2019. Il est prévu que leur nombre augmentera, puisque les consommateurs doivent agir avant cette date. Les prêteurs mettent des millions de côté pour couvrir ces créances. Il s'agit de chiffres importants et il semble, au vu de l'existence de fiducies encore en vigueur et des montants impliqués, que les créances ADI continueront d'occuper une place centrale dans le domaine des IVA.

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

x x x
x

Italie

« Hâte-toi lentement », le mot d'ordre de la gestion des prêts non performants en Italie

Giovanni Matteucci nous explique comment la gestion patiente et réfléchie des prêts non performants peut donner de bons résultats*

En matière d'opérations militaires, « *festina lente* » (« hâte-toi lentement ») était l'un des dictons favoris de l'empereur romain Auguste⁴¹. Il pourrait également s'appliquer avec succès dans la gestion des prêts non performants (« PNP »).

D'après le Fonds monétaire international, en Italie, « les objectifs et stratégies de réduction des PNP doivent être ambitieux et crédibles, soutenus par la capacité d'évaluation prudentielle des banques à résoudre les PNP de façon réaliste et en temps opportun⁴². » Par « en temps opportun », on entend « rapidement ».

Habituellement, une solution rapide de gestion des PNP consiste à les vendre. L'un des principaux problèmes est la « justesse » du prix de transfert. En Italie, les acquéreurs voudront payer moins de 10 % de la valeur nominale, soit un prix très bas, car la procédure de recouvrement dure au moins quatre à cinq ans, au cours desquels les prêteurs doivent supporter les frais de gestion et payer des intérêts sur les financements levés pour l'entreprise. Pour les vendeurs, ce prix bas entraîne une importante perte.

En Italie, les prêts douteux atteignaient 146 milliards d'euros au premier semestre 2010, 341 milliards au second semestre 2015, et 324 milliards au quatrième trimestre 2016⁴³. Le ratio créances douteuses / actifs totaux a augmenté, passant de 9,4 % au premier semestre 2011 à 18,7 % au premier semestre 2015, enregistrant une très légère baisse pour repasser à 18 % au quatrième trimestre 2016. Les experts prévoient une explosion des opérations sur PNP en 2017. En moyenne, au premier trimestre 2017, les prix se situaient à moins de 10 % de la valeur nominale. Pour 2017, les prévisions en la matière sont les suivantes : 11 % de prêts à la consommation, 33 % de prêts garantis⁴⁴.

⁴¹ « *Nihil autem minus perfecto duci quam festinationem temeritatemque convenire arbitrabatur. Crebro itaque illa iactabat : σπεῦδε βραδέως (Speude bradeos). [...] Et, sat celeriter fieri quidquid fiat satis bene.* », Suetonius, *De Vita Caesarum*, 25.4 http://www.latin.it/autore/svetonio/de_vita_caesarum/!02!divus_augustus

⁴² FMI, « *Italy Staff Concluding Statement of the 2017 Article IV Mission* » 12.6.2017 <https://www.imf.org/en/News/Articles/2017/06/12/ms061217-italy-staff-concluding-statement-of-the-2017-article-iv-mission> ; Carli Andrea, « *IMF calls for additional measures on NPLs: they are worth 21% of Italian GDP* », *Il Sole 24 Ore*, 28.7.2017, <http://www.italy24.ilssole24ore.com/art/business-and-economy/2017-07-27/fondoreport-154658.php?uuiid=AEpB3c4B>

⁴³ Banca Ifis, « *Market watch–Speciale NPL: la mappa dei crediti deteriorati realizzata da Banca Ifis* » 20.4.2017 <https://www.bancaifis.it/comunicati-stampa/market-watch-speciale-npl-la-mappa-italiana-dei-crediti-deteriorati-realizzata-banca-ifis/> « *Market watch NPL – The Italian Scenario* », avril 2017 https://www.bancaifis.it/wp-content/uploads/2017/04/Market-Watch-NPL-Aprile_-Stampa-20170420.pdf

⁴⁴ Banca Ifis, « *Market watch NPL – Italian scenario : Italia, fucina di NPL, 104 miliardi complessivi saranno venduti entro il 2017. Prezzi medi tra l'11% (consumer) e il 33% (secured)* » 17.7.2017 <https://www.bancaifis.it/comunicati->

Mais il semblerait que l'Italie soit sur la voie de renouer avec une « gestion patiente et réfléchie des PNP » ; cette méthode, qui a déjà fait ses preuves, malgré sa lenteur, peut produire des résultats intéressants.

En 1996, Banco di Napoli, l'une des premières banques italiennes, a rencontré de graves difficultés financières, entraînant la réalisation de la quasi-totalité de ses actifs. Le plan de sauvegarde était très complexe. Entre autres :

- 6,3 milliards d'euros de créances douteuses (38 000 positions en risque) ont été transférés à un véhicule ad hoc (Società per la Gestione delle Attività S.G.A. s.p.a.), à une valeur de transfert correspondant aux réalisations prévues, c'est-à-dire 70 % de la valeur nominale (soit 4,4 milliards d'euros) ; et
- un financement a été accordé par la Banque d'Italie pour l'acquisition des créances douteuses à un taux d'emprunt de 1 % ; ces fonds devaient être investis dans des obligations d'État BTP (taux d'intérêt de 7 %) qui seraient par la suite données en nantissement pour garantir le financement.

Vingt ans plus tard, en 2016, 5,6 milliards d'euros de créances douteuses (34 000 positions en risque) ont été recouverts, soit 89 % du prix payé pour les acquérir en 1996, à divers taux de recouvrement (revenus / prix payé), en fonction de la catégorie des positions en risque :

- jusqu'à 154 000 euros, taux de recouvrement de 140 % (22 300 positions en risque) ;
- de 155 000 à 515 000 euros, 93 % ;
- de 516 000 à 2 600 000 euros, 87 % ; et
- au-delà de 2 600 000 euros, 83 %.

Ceci correspond à un taux de recouvrement moyen de 92 %, qui est ramené à 89 % si l'on tient compte des 3 % liés aux frais de procédure (soit un montant très faible). Enfin, cela correspond une provision pour bénéfices de 500 milliards d'euros⁴⁵.

Cela a été possible grâce à quatre raisons principales :

- En 1996, les créances douteuses transférées à la SGA avaient déjà été décotées de 30 %.

stampa/market-watch-npl-italian-scenario-italia-fucina-npl-104-miliardi-compressivi-saranno-venduti-entro-2017-prezzi-medi-111-consumer-33-secured/

Banca Ifis, « *Market watch NPL – The Italian Scenario* », juillet 2017 https://www.bancaifis.it/wp-content/uploads/2017/07/Market-Watch-NPL-July-2017_-Stampa_20170717.pdf

« [...] En Italie, il y a tant de problèmes que la valeur des prêts chute. Le premier problème est la lenteur du système judiciaire : [...] si les procédures d'insolvabilité pouvaient être réduites de deux ans (elles durent actuellement 7,8 ans en moyenne), les prix augmenteraient de 10 à 12 %. [...]Le deuxième est l'inefficacité des banques à gérer ces créances ; [...] les portefeuilles de créances douteuses auraient besoin d'une sorte de 'lifting', c'est-à-dire qu'il faudrait les trier informatiquement, en les classant par type de prêt et par zone géographique. [...]Ensuite, il y a le problème de l'immobilier ; [...] il y a 500 000 mises à exécution en cours portant sur des biens immobiliers, mais en 2015, seules 12 000 propriétés ont été vendues aux enchères [...] et il y a un énorme problème lié à la valeur très faible de l'immobilier dans les banlieues. » Longo Morya, « *Italian non performing loans in search of a price* », Il Sole 24 Ore, 31.1.2017 <http://www.italy24.ilsole24ore.com/art/markets/2017-01-31/npls-eba-plan131515.php?uud=AEFFZHL>

⁴⁵ Parlement italien, « *Disposizioni in materia di procedure esecutive e per investitori in banche in liquidazione – Schede di lettura – D.L. 59/2016 – A.S. n. 2362 . article 7* », mai 2016 <http://documenti.camera.it/leg17/dossier/pdf/D16059.pdf> ; Occorsio Eugenio, « *Roberto Romagnoli il Re Mida degli Npl: così il Banco di Napoli è diventato un affare* », *La Repubblica*, Affari & Finanza, 3.7.2017, page 6 http://www.repubblica.it/economia/affari-e-finanza/2017/07/03/news/roberto_romagnoli_il_re_mida_degli_npl_cos_il_banco_di_napoli_diventato_un_affare-169825823/.

- De 1996 à 2007, la valeur de l'immobilier a doublé (puis baissé de 30 % entre 2008 et 2016).
- Jusqu'au début des années quatre-vingt-dix, le ratio prêt-valeur des hypothèques était rarement supérieur à 50 % (il a augmenté jusqu'à 90-95 % les années suivantes, jusqu'en 2008).
- Le financement accordé par la Banque d'Italie pour le rachat des créances douteuses a été accordé à un taux de 1 %, les revenus étant à 7 % (« un type d'assouplissement quantitatif 'ad bancam'⁴⁶ »).

Néanmoins, à mon avis, il existe encore une autre raison : le très faible montant des frais de procédure, résultat d'une « gestion patiente et réfléchie » (selon la Banque d'Italie)⁴⁷. D'après Roberto Romagnoli, qui a dirigé la SGA pendant de nombreuses années, « les actions en justice sont inévitables, mais tout débiteur est une personne ; il convient de faire preuve d'une patience et d'une diplomatie infinies pour ne pas rompre la communication avec cette personne, dans l'espoir de trouver un compromis. »

Par conséquent, la **négociation dans le cadre de l'insolvabilité** sert non seulement à prévenir les PNP⁴⁸ mais aussi à les gérer. Et désormais, la SGA jouera un rôle essentiel dans le développement d'une gestion équilibrée des actifs en Italie.

Autre initiative intéressante qu'il convient de mentionner : le projet de loi déposé devant le Parlement en mars 2017. Pour les dettes dont le montant individuel est inférieur ou égal à 500 000 euros (59 milliards d'euros au total, soit près de 10 millions de positions en risque), le débiteur peut demander à la banque de racheter les créances entrant dans la catégorie des PNP à un prix correspondant à la valeur inscrite au bilan de la banque ou au prix auquel elles seraient cédées à des tiers⁴⁹. Cela représente des économies potentiellement énormes en termes de procédures judiciaires, de temps et d'argent. Ce projet sera-t-il adopté ?

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

X X X
X

43

⁴⁶ Marchesano Mariarosaria, « *Miracolo bad bank – La vera storia della Sga a venti anni dal crac del Banco di Napoli* », Guida editori, &goWare, 2016 Zingales Luigi, « *What Banco di Napoli's nonperforming loans can teach the Atlante Fund* », « *How Many Non-Performing Loans Are Hidden in the 'Unlikely to Pay'?* » et « *Quel 'tesoretto' della bad bank del Banco di Napoli* » in *Il Sole 24 Ore*, 7 / 14 / 20.8.2016 <https://europaono.com/2016/08/08/zingales-cosa-insegnano-ad-atlante-sofferenze-del-banco-napoli-what-banco-di-napolis-nonperforming-loans-can-teach-atlante-fund/> <https://europaono.com/2016/08/08/zingales-cosa-insegnano-ad-atlante-sofferenze-del-banco-napoli-what-banco-di-napolis-nonperforming-loans-can-teach-atlante-fund/> <http://www.ilsole24ore.com/art/commenti-e-idee/2016-08-20/quel-tesoretto-bad-banco--napoli-204514.shtml?uuiid=ADmk807>

⁴⁷ « *Banche venete, Bankitalia, lo Stato non ci perde, forse ci guadagna* », Ansa 23.6.2017

http://www.ansa.it/sito/notizie/economia/2017/06/23/banche-veneteclima-positivo-a-bruxelles_f9c38d5a-a6a6-475d-8a8d-6d23377a2808.html

⁴⁸ Matteucci G., « *Divulgarion précoce des crises d'entreprise en Italie* », *eurofenix* printemps 2017, <https://www.insol-europe.org/publications/eurofenix-past-issues>

⁴⁹ Capozzi Fiorina, « *Banche, alla Camera la proposta per agevolare i piccoli debitori. Che non piace a chi specula sui crediti deteriorati* », *Il Fatto Quotidiano*, 26.3.2017 <http://www.ilfattoquotidiano.it/2017/03/26/banche-alla-camera-la-proposta-per-agevolare-i-piccoli-debitori-che-non-piace-a-chi-specula-sui-crediti-deteriorati/3451341/>

Russie

Insolvabilité des banques en Russie : une menace pour l'économie ?

Dmitry Konstantinov nous présente les réformes de la Banque centrale de Russie, qui visaient à réduire drastiquement le nombre de banques. Mais ont-elles produit le résultat escompté ?*

Après l'effondrement de l'Union soviétique, le secteur bancaire russe s'est développé rapidement. Au début du XXI^e siècle, on recensait plus d'un millier de banques dans le pays.

La plupart de ces banques avaient été créées pour servir l'intérêt premier des actionnaires ou à des fins de blanchiment d'argent. Certaines, bien entendu, exerçaient des activités bancaires classiques, mais leurs fréquentes défaillances ont eu des répercussions négatives sur le marché. Au bout du compte, la Banque centrale de la Fédération de Russie a annoncé une nouvelle politique, imposant des exigences financières strictes aux banques. L'Agence d'assurance des dépôts bancaires a été chargée de la liquidation des banques ; depuis, près de soixante-dix agréments bancaires sont révoqués chaque année. Fait surprenant, ce phénomène se poursuit, et on dénombre près de six cents banques sur le marché. Moins surprenant, la Banque centrale a été largement critiquée pour un grand nombre de ses activités en la matière.

L'assurance des dépôts, en Russie, ne couvre que les dépôts des particuliers, les entreprises n'étant pas protégées.

En 1998, le gouvernement russe a été confronté à la grogne sociale causée par la perte des économies que les particuliers avaient déposées auprès de banques défaillantes ; cependant, les banques restant le seul moyen d'économiser, le régime d'assurance des dépôts est devenu un enjeu politique. En 2004, quand le régime a finalement fait son apparition, l'Agence d'assurance des dépôts bancaires (« AAD ») ne protégeait que les dépôts des particuliers, dans la limite de 100 000 roubles (environ 3 000 euros l'époque). Il va sans dire que ces conditions n'ont été imposées qu'aux déposants les plus pauvres qui, vraisemblablement, constituaient la majeure partie de l'électorat du gouvernement. Toutefois, au cours des treize années qui ont suivi, le gouvernement a réussi à faire passer les montants assurés à 1 400 000 roubles et a même offert une protection aux comptes des auto-entrepreneurs. Parallèlement, le régime d'insolvabilité des banques a évolué : les particuliers ont obtenu le statut de créanciers de premier rang, faisant que leurs créances étaient prioritaires sur toutes les autres⁵⁰.

En cas de défaillance bancaire, les entreprises ne sont pas dédommagées par le régime d'assurance des dépôts et ont très peu de chances de recouvrer leurs créances dans le cadre d'une liquidation.

La majorité des entreprises n'ont pas bénéficié de l'assurance des dépôts et en ont même subi des conséquences négatives. L'assurance des dépôts a poussé les particuliers à choisir leur banque pour d'autres critères que la stabilité financière, suivis par les entreprises. Quand les banques ont fait faillite, les particuliers ont récupéré leur argent auprès de l'AAD, mais pas les entreprises. Qui plus est, une fois que l'AAD a procédé au dédommagement, elle a acquis le statut de créancier à la place des particuliers, faisant que les entreprises ont perdu toute chance de recouvrer leurs dépôts.

⁵⁰ Le deuxième rang correspond aux salariés ; le troisième rang à tous les autres créanciers.

Si l'on étudie les chiffres, on constate que dans les insolvabilités bancaires, 34,2 % des créances sont de premier rang ; selon les données des années précédentes, on sait que près de 74 % des créances de premier rang appartiennent à l'AAD⁵¹. Le liquidateur des banques recouvre 65 % des créances de premier rang et seulement 16 % des créances de troisième rang⁵² ; en d'autres termes, l'AAD, en tant que liquidateur des banques, ne se paie généralement qu'elle-même.

Par conséquent, les entreprises russes sont contraintes de s'adresser à des banques publiques, dont la situation financière est garantie par l'État ; même les filiales des banques multinationales ne constituent pas une solution envisageable, car elles quittent actuellement le marché russe. À titre d'exemple, les banques publiques (Sberbank, VTB-24, Rosselkhozbank, Gazprombank) ont reçu davantage de dépôts de la part des entreprises que les banques privées⁵³, même si les actifs totaux des banques publiques sont moins importants⁵⁴. Cette disproportion se creuse : le nombre des dépôts réalisés auprès de banques telles que la Sberbank augmente beaucoup plus vite que le nombre de dépôts réalisés sur le marché dans son ensemble⁵⁵.

Ainsi, le régime actuel d'insolvabilité des banques place leurs entreprises clientes dans une position défavorable. Pour échapper au risque de défaillance bancaire, celles-ci doivent faire appel aux services des banques publiques bénéficiant du soutien de l'État, ce qui influence clairement le marché bancaire et engendre des coûts supplémentaires pour les entreprises.

Les premières années suivant l'entrée en vigueur de la réforme bancaire, les banques qui disparaissaient étaient pour l'essentiel des petites banques. Pourtant, ces dernières années, certaines des banques figurant au palmarès des 100 premières banques nationales ont elles aussi perdu leur agrément.

Au départ, la Banque centrale avait déclaré que la réforme du secteur bancaire visait à soutenir les activités bancaires ordinaires et à éliminer les banques impliquées dans des affaires de blanchiment d'argent et de fraude, le nouveau régime de restructuration étant introduit pour protéger les banques confrontées à des difficultés financières.

Cependant, le gouvernement n'a suivi ce programme que les premières années, suite à quoi la Banque centrale a révoqué l'agrément de plusieurs acteurs importants. À ce jour, six banques des 100 premières banques au classement 2010 ont perdu leur agrément (TranskapitalBank, Tatfondbank, Master-Bank, VnechpromBank, AMT Bank (BTA Bank-Russia), Investbank) ; elles ont toutes été placées en liquidation. D'autres banques ont été restructurées, dont deux (Bank of Moscow et Bank Uralsib) qui faisaient partie du Top 20. Pire encore, le processus de révocation des agréments et de restructuration des banques n'en est pas responsable.

Même si la réglementation de la Banque centrale énonce les exigences formelles qui s'appliquent aux banques, la question est de savoir comment elle vérifie si ces exigences sont respectées. Presque dans chaque cas d'insolvabilité bancaire, il s'est avéré que la banque ne satisfaisait pas aux exigences en matière de fonds propres et qu'elle avait falsifié ses livres de comptes pendant des années⁵⁶. Il existe deux explications possibles à ce phénomène : soit la Banque centrale de la Fédération de Russie n'est pas capable de superviser les banques ; soit elle ne réagit pas aux

⁵¹ Rapport annuel 2016 de l'AAD : <https://www.asv.org.ru/agency/>

⁵² <https://www.asv.org.ru/agency/annual/2012/en/page3/page35/index.html>

⁵³ <http://mir-procentov.ru/banks/ratings/sredstva-ul.html?date1=2017-07-01&date2=2016-07-01>

⁵⁴ http://www.forbes.ru/sp_data/2017/rating-bank/all.html

⁵⁵ Comparer : http://www.cbr.ru/statistics/UDStat.aspx?TblID=302-21&pid=sors&sid=ITM_30761 et <http://www.sberbank.com/ru/investor-relations/reports-and-publications/key-data>

⁵⁶ <https://www.asv.org.ru/agency/appearance/322554/>

infractions, sauf quand elle décide de le faire. Mais le résultat est le même : la grande majorité des banques risquent d'être confrontées à la révocation de leur agrément. Cette situation crée une incertitude importante pour les banques et leurs clients, et pourrait avoir des répercussions négatives sur l'économie.

L'alternative à la liquidation est la restructuration ; toutefois, cette procédure est encore moins prévisible. Par exemple, une restructuration avec participation de l'État (art. 189.9, para. 1, al. 4 de la loi russe sur l'insolvabilité) intervient sur décision de la Banque centrale de la Fédération de Russie ; cette décision ne peut être contrôlée ni contestée. Le financement total accordé par le gouvernement au titre de ce processus non contrôlé est de 1 229,98 milliards de roubles⁵⁷. Il est probable que la restructuration bancaire avait pour objectif de servir la notion de « *too big to fail* », mais la question de savoir quelles banques sont trop « importantes » n'est pas claire. Actuellement, vingt-cinq banques font l'objet d'une procédure de restructuration ; certaines d'entre elles sont bien moins importantes que les banques cotées dont l'agrément a été révoqué.

Suivant la tendance mondiale, la Russie s'est dotée d'un régime d'insolvabilité différent pour les banques et pour les autres débiteurs ; toutefois, cela a entraîné un certain nombre de nouveaux problèmes. Le régime de l'insolvabilité bancaire vise en premier lieu à protéger les particuliers en leur qualité de déposants ; cette fonction est parfaitement remplie. De nos jours, les dépôts réalisés par des particuliers sont pour la plupart couverts par le régime d'assurance des dépôts et constituent des créances de premier rang en cas de liquidation. La face cachée du régime est la faiblesse de la position des autres créanciers, qui sont principalement des entreprises contraintes de conserver leurs liquidités en banque sans être protégées par le régime d'assurance des dépôts et ont très peu de chances de recouvrer leurs créances en cas d'insolvabilité. Les entreprises se voient forcées de choisir des banques dont l'agrément ne risque pas d'être révoqué, et se tournent en premier lieu vers les banques publiques. Parallèlement, la Banque centrale révoque les agréments des banques instables, mais ce processus menace le marché dans son ensemble.

En conclusion, dans ses décisions de révoquer un agrément ou de restructurer une banque, la Banque centrale de la Fédération de Russie s'avère totalement imprévisible et irresponsable.

**Dmitry Konstantinov est collaborateur au sein du cabinet Ilyashev & Partners, Moscou (Russie)*

X X X
X

Etats Unis

Chapitre 15 : une arme à la fois offensive et défensive

David Conaway nous présente des affaires récentes qui montrent que le chapitre 15 est principalement utilisé par les débiteurs étrangers à la fois pour faire valoir leurs prétentions et pour protéger leurs actifs*

La décision : les débiteurs invoquant le chapitre 15 peuvent faire valoir des actions en annulation en vertu du droit d'État

⁵⁷ <https://www.asv.org.ru/sanation/>. Ce chiffre est comparable au montant total des dépôts des banques commerciales auprès de la Banque centrale.

http://cbr.ru/hd_base/?PrtId=ostat_base&pid=idkp_br&sid=itm_31037

Le 23 mars 2017, le tribunal de la faillite fédéral des États-Unis pour le district sud de Floride, division de Miami, a jugé qu'un débiteur étranger pouvait invoquer le chapitre 15 pour faire valoir des « actions en annulation » aux États-Unis en vertu du droit d'État (en l'espèce, les lois de New York sur les transferts frauduleux).

En 2010, la Cour d'appel fédérale du cinquième circuit des États-Unis avait jugé de manière similaire qu'un débiteur étranger pouvait invoquer le chapitre 15 pour faire valoir des « actions en annulation » aux États-Unis en vertu du droit d'un autre pays. Mon article de novembre 2011 paru dans l'*International Committee Newsletter* de l'Institut américain de l'insolvabilité présentait en détail l'affaire Condor Insurance Ltd., tranchée par la Cour d'appel du cinquième circuit. En comparaison, la formulation du chapitre 15 indique clairement que les débiteurs étrangers ne peuvent pas faire valoir d'« actions en annulation » en se fondant sur les dispositions du Code de la faillite des États-Unis, notamment les articles 547 (préférences) et 548 (transferts frauduleux).

Chapitre 15 : Contexte

Les entreprises exerçant des activités à l'international seront inévitablement confrontées à des problèmes avec leurs clients ou leurs partenaires contractuels de la chaîne d'approvisionnement. Notamment, ceux-ci peuvent faire l'objet d'une procédure d'insolvabilité dans leur pays « d'origine ». Puisqu'il n'existe pas de droit de l'insolvabilité uniformisé à l'échelle mondiale, le résultat pour l'entreprise dépend essentiellement du droit de l'insolvabilité du pays étranger en question. Si le risque potentiel d'exposition de l'entreprise est important, il est conseillé de participer à la procédure étrangère.

Les entreprises internationales sont susceptibles d'avoir des actifs, des dettes, des contrats, des biens ou des salariés dans le monde entier. Si une entreprise internationale entame une procédure d'insolvabilité dans son pays d'origine, il est probable qu'elle ait à régler des problèmes dans d'autres pays. De ce fait, et pour promouvoir le principe de courtoisie entre pays, en 1997, la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a publié sa loi type sur l'insolvabilité internationale. À ce jour, quarante-trois pays l'ont adoptée, dont les États-Unis, qui l'ont adoptée en 2005 sous la forme du chapitre 15.

Les procédures fondées sur le chapitre 15 sont des procédures secondaires par rapport à une procédure étrangère principale portant sur la restructuration générale de l'entreprise du débiteur.

De ce fait, le chapitre 15 est un outil puissant qui permet aux débiteurs étrangers de gérer leurs actifs et prétentions aux États-Unis. Le chapitre 15 est principalement utilisé par les débiteurs étrangers comme une arme à la fois offensive et défensive. Du point de vue offensif, le chapitre 15 permet à un débiteur étranger de faire valoir des prétentions et d'obtenir la communication de pièces s'agissant d'entreprises ou d'actifs situés aux États-Unis.

Du point de vue défensif, le chapitre 15 permet à un débiteur étranger de protéger ses actifs situés aux États-Unis en invoquant la « suspension de plein droit » prévue par l'article 362 du Code de la faillite des États-Unis, qui consiste en une injonction large protégeant le débiteur étranger ou ses actifs aux États-Unis contre les prétentions ou actions judiciaires dirigées à leur encontre. De fait, certains tribunaux de la faillite américains ont également procédé à une application extraterritoriale de cette « suspension de plein droit », concernant des actifs du débiteur situés hors des États-Unis.

Droit fédéral contre droit d'État

Les articles 547 et 548 du Code de la faillite des États-Unis permettent d'annuler et recouvrer les « paiements préférentiels » et les « transferts frauduleux », notamment les transferts constituant

une « fraude implicite » ou dont la contrepartie est « d'une valeur moins que raisonnablement équivalente ».

Dans de nombreux États des États-Unis, il existe en outre de lois sur les sociétés ou l'insolvabilité qui contiennent des dispositions en matière de préférence du droit d'État, applicables aux débiteurs qui utilisent ces lois d'État au lieu du chapitre 11. Par ailleurs, la *Uniform Law Commission*, sous l'égide de la *National Conference of Commissioners of United States Laws*, a adopté au fil des années diverses lois commerciales uniformes susceptibles d'être transposées dans le droit des États par leurs législateurs. Notamment, s'inspirant d'une loi anglaise, la *Fraudulent Conveyance Act of 1571 (Statute of 13 Elizabeth)*, la Uniform Law Commission a adopté la *Uniform Fraudulent Conveyance Act* (1918), la *Uniform Fraudulent Transfer Act* (1984) (« UFTA ») et la *Uniform Voidable Transactions Act* (2014) (« UVTA »). À ce stade, la plupart des États des États-Unis ont adopté l'UFTA, mais il est prévu que la plupart des États passeront à l'UVTA dans les années à venir. En général, ces lois d'État prévoient toutes l'annulation et le recouvrement des « transferts frauduleux », que ce soit en vertu du principe de la fraude avérée ou de la fraude implicite. Ces poursuites peuvent être entamées hors du cadre d'une affaire fondée sur le chapitre 11. Toutefois, l'article 544 du Code de la faillite des États-Unis permet aux débiteurs d'invoquer les dispositions légales d'État en matière d'annulation en plus de celles prévues par le Code de la faillite.

La décision Banco Cruzeiro Do Sul S.A.

Le tribunal de la faillite fédéral de Miami, dans la procédure fondée sur le chapitre 15 concernant la banque brésilienne Banco Cruzeiro Do Sul S.A. (« BCSUL »), a étendu la portée de l'arme offensive offerte aux débiteurs étrangers en permettant à l'administrateur de BCSUL de faire valoir une action en transfert frauduleux en vertu du droit de l'État de New York pour recouvrer un appartement avec terrasse situé dans la ville de New York.

Les participations dans BCSUL étaient contrôlées par la famille Indio da Costa et gérées par Felipe et Octavio Indio da Costa. D'après les allégations formulées dans la demande de l'administrateur dans le cadre de la procédure contradictoire fondée sur le chapitre 15, Felipe avait acheté un appartement à New York grâce à des fonds détournés de BCSUL. L'appartement avait ensuite été transféré à une société des îles Vierges britanniques, Alina Corporation (« Alina »), contrôlée par Felipe.

En réponse, Alina a déposé une requête visant à obtenir le rejet de la procédure contradictoire, affirmant entre autres que le chapitre 15 ne permettait pas à un débiteur étranger de faire valoir des « actions en annulation », se fondant sur une exclusion expresse des articles 547 et 548 visée au chapitre 15. Le tribunal de la faillite a rejeté cet argument et n'a pas fait droit à la requête de la défenderesse. Le tribunal a conclu, en termes d'interprétation législative, que le chapitre 15 excluait expressément les dispositions en matière d'annulation en question du Code de la faillite, et rien d'autre. Ainsi, l'intention manifeste du chapitre 15 était de ne pas exclure les actions en annulation fondées sur le droit d'un autre territoire. Le tribunal de la faillite a également fait remarquer qu'un débiteur étranger placé sous la protection du chapitre 15 avait le droit d'ester en justice aux États-Unis.

Toutefois, dans l'affaire *In Re Hellas Telecommunications (Luxembourg) II SCA*, 524 B.R. 488, 495 (Bankr. S.D.N.Y.), servant de fondement, 526 B.R. 499 (Bankr. S.D.N.Y. 2015) (Hosking I), le tribunal de la faillite des États-Unis pour le district sud de New York a jugé qu'un représentant étranger en vertu du chapitre 15 n'avait pas qualité pour faire valoir des actions en annulation fondées sur le droit de l'État dans une affaire fondée sur le chapitre 15. En lien avec une opération

LBO (rachat par effet de levier) impliquant Hellas Telecommunications, la première société de télécommunications grecque, Hellas a déplacé son CIP du Luxembourg au Royaume-Uni et a ouvert une procédure d'insolvabilité en vertu du droit anglais. Le représentant étranger a ensuite demandé l'ouverture d'une procédure fondée sur le chapitre 15 devant le tribunal de la faillite du district sud de New York. Le représentant étranger de Hellas a introduit des actions en transfert frauduleux en vertu du droit de l'État de New York pour obtenir le recouvrement d'environ 1,57 milliards d'euros. Le tribunal de la faillite a contourné la question de savoir si un représentant étranger en vertu du chapitre 15 pouvait introduire des actions en vertu du droit de l'État concerné, citant l'affaire Condor Insurance susmentionnée.

Le 13 juin 2017, dans une affaire fondée sur le chapitre 11, *FAH Liquidating Corp. f/k/a Fisker Automotive Holdings, Inc.*, le tribunal de la faillite du Delaware a permis à l'administrateur de faire valoir des prétentions extraterritoriales dirigées à l'encontre de BMW, au titre de l'article 548 du Code de la faillite, à hauteur de 793 761 de dollars au motif des transferts frauduleux et de 32,5 millions de dollars au motif de l'enrichissement sans cause. Le tribunal a conclu que les versements effectués à BMW étaient intervenus en Allemagne, parce que les travaux de développement étaient réalisés par une entreprise allemande en Allemagne, qu'il s'agissait d'un contrat allemand appliquant le droit allemand, que les livraisons contractuelles intervenaient en Allemagne et que le paiement devait être effectué en euros. Le fait que les versements proviennent des États-Unis n'a pas prévalu sur le « centre de gravité » allemand.

Avantages pour les débiteurs étrangers

Ces affaires ont des répercussions sur les entreprises européennes qui font l'objet de procédures d'insolvabilité dans l'Union européenne mais qui demandent une réparation en vertu du chapitre 15 aux États-Unis, puisqu'elles leur montrent comment utiliser la suspension de plein droit, demander la communication de pièces ou faire valoir des prétentions à l'encontre de tiers situés aux États-Unis ou y possédant des actifs.

La jurisprudence fondée sur le chapitre 15 indique clairement que ces débiteurs ne peuvent pas invoquer les articles 547 et 548 du Code de la faillite des États-Unis pour accroître la valeur de la masse de l'insolvabilité. Toutefois, les affaires évoquées dans cet article laissent penser que ces débiteurs en vertu du chapitre 15 peuvent avoir recours (1) aux actions en annulation en vertu des lois sur l'insolvabilité du pays de la procédure étrangère principale et (2) les lois d'État des États-Unis. De ce fait, dans le cadre d'une procédure fondée sur le chapitre 15, les débiteurs étrangers peuvent accroître la valeur de leur patrimoine au bénéfice des créanciers.

À retenir

Les affaires Condor Insurance et Banco Cruzeiro indiquent clairement que les débiteurs étrangers, dans ces pays, ont le droit de faire valoir des actions en annulation aux États-Unis en se fondant sur les lois d'État américaines applicables et sur les lois en matière d'annulation du pays étranger.

Depuis 2005, les tribunaux de la faillite des États-Unis ont interprété largement le chapitre 15 pour permettre une flexibilité maximale aux débiteurs étrangers souhaitant protéger leurs actifs et faire valoir leurs prétentions. Il est prévisible que d'autres tribunaux suivront les décisions Condor Insurance et Banco Cruzeiro, encourageant les débiteurs étrangers à faire valoir des actions en annulation dans le cadre d'affaires fondées sur le chapitre 15 en vertu des lois d'État aux États-Unis et en vertu du droit étranger, afin d'accroître la valeur du patrimoine des débiteurs. La récente décision rendue dans l'affaire Fisker indique qu'un débiteur placé sous la protection du chapitre 11 peut demander l'application extraterritoriale d'actions en annulation, notamment au titre de

l'article 548, et potentiellement de l'article 547 (préférences), à des paiements en lien avec des opérations étrangères.

Il est conseillé à toute entreprise exposée à un risque important associé à un client ou à un partenaire contractuel dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité à l'étranger de participer à la procédure étrangère concernant ses créances, contrats et risques. En outre, cette entreprise devrait vérifier si le débiteur étranger a déposé une demande fondée sur le chapitre 15 aux États-Unis, ce qui pourrait augmenter le risque d'action en annulation.

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

x x x

x

Nouvelle publication

« Restructuration de dette »

Deuxième édition

Bilal Kurbanov nous présente la deuxième édition de l'ouvrage d'Oxford University Press consacré à la restructuration de dettes, le seul à couvrir la restructuration des banques, des entreprises et des États en un seul volume

Auteurs / rédacteurs : Rodrigo Olivares-Caminal, John Douglas, Randall Guynn, Alan Kornberg, Sarah Paterson, Dalvinder Singh

Éditeur : Oxford University Press 2016

848 pages, 195 GBP

ISBN 9780198725244

Critique de Bilal Kurbanov, étudiant en doctorat, faculté de droit, Université nationale de recherche, École supérieure d'économie, Moscou

50

La dernière crise financière mondiale a prouvé l'importance de disposer de lois adéquates en matière de restructuration et d'insolvabilité, afin d'empêcher que les économies nationales ne touchent le fond et de veiller à ce que les entreprises en difficulté⁵⁸ prennent des mesures efficaces.

Les auteurs ont consacré leurs travaux aux mécanismes modernes de la restructuration, sur lesquels la crise financière de 2008-2009 a laissé son empreinte. L'ouvrage est divisé en trois parties, restructuration des entreprises, résolution bancaire, restructuration de la dette souveraine, ce qui fait de cet ouvrage une sorte de guide pratique de la restructuration.

La première partie porte sur les questions de restructuration des entreprises sur trois territoires : États-Unis, Royaume-Uni et Union européenne. L'analyse débute par une comparaison de la position juridique des dirigeants à la veille de l'insolvabilité, ainsi que des règles d'annulation des opérations aux États-Unis et au Royaume-Uni. Le fait que ces deux pays soient de tradition de *common law* n'empêche pas qu'il y existe de grandes différences en la matière. Par ailleurs, les

⁵⁸ De nos jours, on peut percevoir des signaux avertisseurs d'une crise à venir, qui pourrait s'avérer plus grave que la crise de 2008-2009. Voir par exemple, Volker Beissenhertz, *Bedingt sanierungsbereit. Restrukturierung, Sanierung und Insolvenzverwaltung im Umbruch*, ZInsO 2016, 1778 - 1796 (Ausgabe 36 v. 08.09.2016).

auteurs étudient le déroulement des restructurations judiciaires et extrajudiciaires, ainsi que les instruments de restructuration existant dans les deux pays. Il est intéressant de noter que le chapitre 11, avec son approche orientée sur le débiteur, est unique et ne se retrouve nulle part ailleurs dans le monde⁵⁹. Toutefois, au Royaume-Uni, les concordats et les administrations pré-pack, mais aussi les concordats volontaires (CVA), grâce à la flexibilité et au pragmatisme des tribunaux anglais, permettent eux aussi aux entreprises qui rencontrent des difficultés financières de prendre des mesures efficaces. Cet ouvrage décrit les avantages et inconvénients de chaque type de procédure de sauvegarde dans les deux pays. En outre, il passe en revue les pratiques judiciaires, ce qui pourrait s'avérer très utile pour comprendre le raisonnement sous-jacent du processus décisionnel dans les deux pays.

De plus, les auteurs étudient les questions de restructuration dans le contexte de l'Union européenne. La refonte du REI et le Brexit amènent à repenser les questions d'insolvabilité transfrontalière au sein de l'Union européenne. Le CIP est toujours un point de référence dans la refonte du REI, ce qui signifie que la question du transfert de CIP est toujours à l'ordre du jour ; en effet, certains territoires sont perçus comme plus avantageux à des fins de restructuration⁶⁰. De fait, le droit moderne de la restructuration repose davantage sur un développement de la *common law* et certains pays européens modifient leurs lois sur l'insolvabilité en conséquence pour être plus compétitifs et prévenir le tourisme de l'insolvabilité à destination des pays de *common law*⁶¹.

Cet ouvrage donne également des conseils pour gérer l'insolvabilité de groupes d'entreprises et appliquer le règlement européen à un plan de sauvegarde. Enfin, les auteurs étudient les implications de la loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale. Ils s'intéressent à des questions propres à l'application des dispositions du chapitre 15 à des fins de restructuration et aux difficultés qui se posent dans ce domaine, notamment à la question de la reconnaissance des concordats par les tribunaux de la faillite américains. L'étude de la pratique judiciaire en lien avec les aspects principaux de l'insolvabilité transfrontalière permettra aux lecteurs qui s'y intéressent de suivre les progrès réalisés par les tribunaux américains s'agissant des points traités dans ce chapitre. Comme pour les questions précédentes, les auteurs se penchent également sur l'approche anglaise de la question de l'insolvabilité transfrontalière.

La crise financière mondiale est à l'origine de nombreux changements dans la réglementation bancaire, visant à améliorer la résilience du système bancaire. C'est justement sur ces questions que porte la deuxième partie, dans laquelle les lecteurs pourront suivre pas à pas les grands changements intervenus aux États-Unis et au Royaume-Uni. Pour commencer, les auteurs présentent la réglementation du système bancaire dans les deux pays, avant d'étudier le rôle des mesures financières prises pour éviter l'effondrement des banques, quand cela est possible, surtout si la sauvegarde de la banque est importante pour la stabilité financière du pays, ou bien pour

⁵⁹ Toutefois, les universitaires américains sont nombreux à faire remarquer que les temps ont changé et que le chapitre 11 n'est plus en adéquation avec la nouvelle réalité. Voir par exemple Douglas G. Baird et Robert K. Rasmussen, « *Antibankruptcy* ». 119 Yale L.J. 648 (2010) ; Rasmussen, Robert K., « *The End of Insolvency. Revisited* » (11 août 2016). USC CLASS Research Paper No. CLASS 16-26 ; USC Law Legal Studies Paper No. 1628. Disponibles sur le site SSRN : <https://ssrn.com/abstract=2821838> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2821838>.

⁶⁰ Armour, « *Who Should Make Corporate Law? EC Legislation versus Regulatory Competition* », 58 (2005) *Current Legal Problems* 369, 408.

⁶¹ Voir, par exemple, le raisonnement de la réforme du droit de l'insolvabilité allemand de 2012 *Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen*. Disponible à l'adresse http://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Bibliothek/Gesetzesmaterialien/17_wp/Esug/diske.pdf;jsessionid=133DE827F06A5434D599153B6400EA1F.2_cid368?__blob=publicationFile

garantir une sortie efficace du marché par la banque défailante. Pour atteindre ces objectifs, les autorités réglementaires américaines et britanniques pourraient pendre diverses mesures *ad libitum* ; certaines de ces mesures sont analysées plus en détail dans cet ouvrage. Pour achever le portrait des résolutions bancaires, la deuxième partie contient une étude du régime de résolution de la Banque européenne, analysant les instruments de résolution applicables au sein de l'UE.

Traditionnellement, les ouvrages classiques sur le droit de l'insolvabilité n'évoquent pas la restructuration de la dette souveraine. Toutefois, celui-ci fait exception à la règle. La troisième partie de l'ouvrage montre, en se fondant sur des études de cas, comment le monde moderne traite la restructuration de la dette souveraine, quels sont les instruments utilisés à cet égard, quels obstacles existent et dans quels environnements juridiques ces mesures sont prises. Bien entendu, il s'agit d'un domaine où les politiciens ont leur mot à dire. Néanmoins, les instruments tels que les offres d'échange, les actions collectives et les clauses *pari passu* sont largement appliqués et peuvent être utilisés avec efficacité en vue d'une restructuration réussie.

Les auteurs étudient les questions de contentieux, les aspects transactionnels de la restructuration de la dette souveraine, les dispositions en matière de loi applicable et d'attribution de compétence, et leur mise en œuvre. Ces dernières jouent un rôle fondamental, car elles touchent à des questions délicates telles que l'immunité des États. L'examen de ces questions sous plusieurs angles fournit aux lecteurs intéressés des éléments d'analyse qui s'avèrent utiles non seulement du point de vue pratique, mais également du point de vue de la recherche universitaire.

Conclusion

Le moteur des réorganisations d'entreprises a toujours été et reste la négociation. Cela semble avéré. Néanmoins, il ne faut pas ignorer le rôle que joue l'environnement juridique ou, plus généralement, institutionnel, auquel sont attribués, dans ce contexte, un cadre légal et un système judiciaire.

Les auteurs ont étudié en détail l'environnement institutionnel ; au bout du compte, ils nous livrent un guide pratique complet sur les questions de restructuration, qu'elles se rapportent à une société privée, à une holding bancaire ou à un État entier. Cela change des habitudes, mais cela peut être porté au crédit des mérites de cet ouvrage.

x x x
x

Actualités par pays

Actualités par pays Automne 2017

Pays-Bas, France, Russie, République tchèque

Pays-Bas : Approche multidisciplinaire de la lutte contre l'insolvabilité frauduleuse ; permanences de consultation en matière de fraude et Centre d'expertise internationale en insolvabilité frauduleuse

Par Willem van Nielen, avocat, associé au sein du cabinet Recoup, Pays-Bas

Dans un numéro précédent d'*eurofenix* (n° 57, automne 2014), j'avais rapporté que le ministre de la Sécurité et de la Justice des Pays-Bas avait annoncé, en 2012, un « recalibrage » de la loi néerlandaise sur l'insolvabilité, surtout en ce qui concernait son approche multidisciplinaire de la lutte contre l'insolvabilité frauduleuse.

L'annonce du ministre néerlandais concernant une approche multidisciplinaire de la lutte contre l'insolvabilité frauduleuse a abouti à un programme législatif qui est entré en vigueur l'année dernière, dans le cadre duquel les obligations de l'administrateur ont été étendues pour inclure la lutte contre l'insolvabilité frauduleuse.

À cet égard, l'administrateur est tenu d'enquêter sur les irrégularités (fraudes) et d'en rendre compte au juge de l'insolvabilité. L'administrateur est tenu de signaler l'insolvabilité frauduleuse au procureur si le juge ou lui-même l'estiment nécessaire. En outre, s'il est confronté à des irrégularités menant à une conclusion de mauvaise gestion (fraude) par le dirigeant, l'administrateur a le pouvoir de demander sa révocation dans le cadre d'une procédure civile. Une fois sa demande approuvée par le tribunal, la révocation du dirigeant (qui peut aller jusqu'à cinq ans) est publiée dans un registre public. En outre, les moyens dont dispose l'administrateur pour obtenir des informations sont renforcés, c'est-à-dire que le groupe de personnes tenues de lui fournir toutes les informations pertinentes concernant l'entreprise insolvable est élargi (sur la base de la jurisprudence).

L'annonce du ministre concernant cette approche multidisciplinaire de la lutte contre l'insolvabilité frauduleuse a en outre entraîné plusieurs initiatives dans la pratique, par exemple la mise en place de permanences de consultation en matière d'insolvabilité frauduleuses, au cours desquelles les administrateurs peuvent répondre aux questions (demandes d'informations) de diverses parties intéressées (procureur, représentant des autorités fiscales, juge superviseur de l'insolvabilité, administrateur expérimenté dans la lutte contre la fraude) au sujet de la lutte contre la fraude (en vue de récupérer des actifs et de signaler les suspicions de fraude).

Depuis, tous les tribunaux néerlandais ont mis en place ces permanences avec succès, et celles-ci sont devenues une institution permanente aux Pays-Bas. Ces permanences — entre autres consultations offertes par les tribunaux néerlandais — sont proposées par la plateforme « insolvabilité frauduleuse » qui a été mise en place aux Pays-Bas. Cette plateforme a donné naissance à l'*International Expert Centre for Bankruptcy Fraud* (www.bankruptcyfraud.eu).

Cette plateforme internationale vise à créer une communauté internationale de professionnels qui sont confrontés à l'insolvabilité frauduleuse dans leur métier : administrateurs de l'insolvabilité,

experts-comptables, avocats pénalistes, services répressifs, juges (superviseurs), juristes du ministère de la Justice, représentants des autorités fiscales, services de police.

L'un des thèmes qui alimentera les discussions sur cette plateforme est le principe *nemo tenetur*. Dans le numéro 57 d'*eurofenix* (automne 2014), j'avais écrit que la Cour suprême des Pays-Bas avait rendu deux arrêts limitant les possibilités d'imposer des obligations d'information à l'administrateur, sur la base du principe *nemo tenetur*. Ces arrêts ont également un impact sur l'approche multidisciplinaire visant à combattre l'insolvabilité frauduleuse en général et sont pertinents pour tous les États membres de l'UE.

Pour tous renseignements concernant l'International Expert Centre for Bankruptcy Fraud, vous pouvez me contacter à l'adresse wvannielen@recoup.nl

France : Récents arrêts de la Cour de cassation en matière d'insolvabilité

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

Entrepreneurs individuels

Selon un récent arrêt, le liquidateur judiciaire peut entamer des poursuites à l'encontre d'un débiteur entrepreneur individuel pour éviter l'insaisissabilité de sa résidence principale.

La Cour de cassation a précisé que cette action est possible mais uniquement en cas de défaut de publicité (Cass. com., 15 novembre 2016).

Transfert d'une entreprise en vue de la poursuite de l'activité

Une affaire récente illustre les conditions dans lesquelles le transfert de l'entreprise en difficulté ou d'une partie de ses activités en vue de la poursuite de l'activité peut être valable.

Selon la législation française, seules les personnes intéressées, sans lien direct ou indirect avec l'entreprise, peuvent présenter une offre (C. com., art. L. 642-3). En d'autres termes, les filiales ou sociétés affiliées d'une entreprise débitrice ou ses dirigeants ne peuvent pas racheter l'entreprise. Dans ce contexte, la Cour de cassation a récemment jugé que l'ancien dirigeant d'une entreprise ne pouvait pas être considéré comme un tiers (Cass. com., 8 mars 2017).

La Cour de cassation a rappelé une règle très importante qui ne souffre que quelques exceptions très limitées (par ex. activité agricole). De fait, il est important de noter que la loi prévoit une dérogation à cette interdiction générale. Toutefois, cette possibilité n'existe dans que des cas très précis, à la demande du procureur, après avoir entendu l'avis des créanciers agissant en qualité de « contrôleurs » et uniquement sur la base d'un jugement bien fondé.

Accent sur les droits des créanciers gagistes

Dans plusieurs affaires, la Cour de cassation a apporté de la certitude juridique aux créanciers gagistes.

Réserve de propriété

Selon la législation française (C. com., art. L. 624-9), le vendeur d'un bien mobilier corporel faisant l'objet d'une réserve de propriété est autorisé par la loi à revendiquer le bien grevé en cas de procédure d'insolvabilité. Toutefois, la loi prévoit un délai : il dispose à cet effet de trois mois à compter de la publication du jugement d'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

Le 9 mars 2017, la Cour de cassation a jugé que ce délai était conforme à la loi, et en particulier aux droits de propriété (Cass. com. 9 mars 2017)

Validité de la cession d'une créance financière garantissant un prêt conclu pendant la période suspecte

Ce deuxième arrêt concerne les droits des banques au titre d'une garantie. Le 22 mars 2017, la Cour de cassation a jugé que la cession d'une créance financière visant à garantir un prêt ne pouvait être qualifiée de « paiement ».

Par conséquent, elle a jugé que cette cession ne pouvait pas être annulée bien qu'elle soit intervenue pendant la période suspecte, c'est-à-dire avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (Cass. com. 22 mars 2017).

Russie : Les dirigeants d'entreprises insolubles sont confrontés à des risques de responsabilité accrues

Par Ilya Kokorine, maître de conférences, université de Leyde, Of Counsel, Buzko & Partners (Russie)

Le droit russe de l'insolvabilité prévoit que les dirigeants (et autres personnes exerçant un contrôle) peuvent être tenus responsables du défaut de demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans les délais et des actions (ou omissions) empêchant le désintéressement total des créanciers.

Les amendements à la loi sur l'insolvabilité, introduits par la loi fédérale n° 266-FZ du 29 juillet 2017, systématisent et développent les règles sur la responsabilité des dirigeants, en prévoyant des instruments efficaces pour lutter contre les abus et l'opportunisme des dirigeants.

Le nombre de demandes dirigées à l'encontre de dirigeants d'entreprises défailtantes en Russie a augmenté ces dernières années. En 2014, on en dénombrait seulement 2 090, contre plus de 2 800 en 2016. Le taux de désintéressement a également augmenté, passant de tout juste 4 % fin 2014 à 20 % au cours du premier semestre 2017. Malgré cette tendance, le taux de recouvrement général reste incroyablement bas, dépassant à peine les 3 %. La nécessité de stimuler une résolution efficace des affaires d'insolvabilité a entraîné la réforme des règles sur la responsabilité des dirigeants, question qui est désormais traitée en détail dans le nouveau chapitre III.2 de la loi russe sur l'insolvabilité.

55

Personne exerçant un contrôle

Le chapitre III.2 introduit la notion de « personne exerçant un contrôle » (PC), qui comprend toute personne morale ou physique qui a le droit de donner des instructions obligatoires au débiteur ou qui détermine ses actions à un autre titre.

Outre les PDG, les actionnaires majoritaires (> 50 %) et les membres du conseil d'administration, la notion de PC peut inclure les personnes agissant au titre d'une procuration, les comptables, les directeurs financiers et les personnes tirant un avantage des actions illégales ou de mauvaise foi des personnes susmentionnées. Ainsi, la loi étend la catégorie des personnes dont la responsabilité peut être engagée. Dans le cadre de la réforme, le chapitre III.2 vise les dirigeants de fait et non les dirigeants de droit. Ces derniers se voient donner une chance d'échapper à toute responsabilité ou de voir leur responsabilité réduite s'ils aident à révéler l'identité d'une PC (qui a généralement les poches plus pleines).

Présomption de responsabilité

Dans certains cas de figure, il est présumé que l'insolvabilité est le résultat des actes (ou omissions) de PC. Par exemple, cette présomption existe dès lors qu'une PC a réalisé des opérations frauduleuses ou préférentielles, ou lorsque des informations comptables du débiteur sont manquantes ou erronées.

En vertu de la loi modifiée, outre ces cas, la présomption de responsabilité est étendue pour couvrir les situations de documents manquants (obligatoires en vertu des lois sur les sociétés ou les titres)

ou d'informations incomplètes concernant le débiteur dans les registres fédéraux. Ce dernier point est particulièrement d'actualité, puisque la loi modifiée oblige les PDG à publier un avis dans le registre public (*Fedressours*) dès l'apparition de signes d'insolvabilité. Cette nouvelle obligation devrait permettre d'informer les créanciers des difficultés financières du débiteur.

Garanties de procédure

Le chapitre III.2 prévoit des garanties de procédure supplémentaires en faveur des créanciers, qui peuvent désormais déposer leurs prétentions à l'encontre des PC à tout moment de la procédure d'insolvabilité.

Le délai d'introduction des demandes est porté à trois ans (au lieu d'un an) après la découverte du chef de responsabilité, sans toutefois dépasser trois ans après la fin de la procédure d'insolvabilité. Ces actions peuvent être introduites hors du cadre formel de la procédure d'insolvabilité à condition que cette dernière soit close ou classée pour défaut de financement (« insolvabilité insolvable »).

République tchèque : Allègement de dette en vertu de la loi tchèque modifiée sur l'insolvabilité

Par Karolína Nováková, collaboratrice, bnt attorneys-at-law s.r.o., République tchèque

Le 1^{er} juin 2017, un amendement important à la loi tchèque sur l'insolvabilité est entré en vigueur, modifiant, entre autres, l'allègement de la dette en tant qu'instrument de résolution de l'insolvabilité.

Sous sa forme précédente, la loi sur l'insolvabilité prévoyait que les dettes du débiteur découlant d'opérations commerciales n'interdisaient pas la résolution de l'insolvabilité au moyen d'un allègement de la dette à condition que les créanciers concernés y donnent leur consentement. En vertu des nouvelles règles, l'hypothèse par défaut est que les créanciers sont consentants, à moins qu'ils informent expressément le tribunal, lors de la production de leurs créances, qu'ils s'opposent à la résolution de l'insolvabilité au moyen d'un allègement de la dette, en motivant leur contestation.

56

Autorisation d'allègement de la dette

Une autre modification concerne la proposition d'autorisation d'allègement. En vertu des règles actuelles, cette proposition doit être préparée par écrit et présentée pour le compte du débiteur par un avocat, notaire, huissier, mandataire de l'insolvabilité ou autre personne agréée (c'est-à-dire une personne morale disposant d'un agrément du ministère de la Justice pour la prestation de services dans le domaine de l'allègement de la dette au titre de la loi sur l'insolvabilité).

La rémunération pour la préparation et le dépôt de cette proposition d'autorisation d'allègement (et tous les services connexes) doit être versée à la personne concernée. Son montant est plafonné à 4 000 CZK HT (6 000 CZK HT pour l'allègement conjoint de la dette d'époux). Cette rémunération couvre en outre toutes les démarches relatives à la présentation de la proposition, notamment les consultations avec le client et la correction des éventuelles erreurs figurant dans la proposition. D'autre part, si la proposition est traitée par une personne agréée (par exemple une association à but non lucratif, sous la forme d'un conseiller en surendettement ou d'un conseiller civil), ce service est proposé gratuitement. La rémunération n'est pas payée par le client : la personne qui l'a préparée devient partie à la procédure d'insolvabilité en tant que créancier.

En vertu des règles actuelles, le mandataire de l'insolvabilité doit retenir sur les versements mensuels du débiteur un montant correspondant à sa rémunération et au remboursement de ses

frais pendant six mois (au détriment de l'ensemble des créanciers) et déposer ce montant sur un compte réservé à cet effet.

Audience

La loi introduit un autre changement important : la réunion d'étude sous forme d'audience judiciaire est remplacée par un rapport. Il n'y aura réunion formelle que sur demande de la majorité absolue des créanciers dont les créances (en termes de montant) représentent la majorité absolue des créances chirographaires.

Si le tribunal de l'insolvabilité rejette l'allègement de la dette, il n'est pas pour autant tenu de déclarer le débiteur insolvable de plein droit. L'insolvabilité n'est déclarée que dans des cas précis prévus par la loi sur l'insolvabilité.

Enfin, la loi sur l'insolvabilité consacre désormais explicitement la combinaison entre un calendrier de remboursement et la monétisation de l'actif (en tout ou partie), qui peut être autorisée sur demande expresse du débiteur.

x x x
x

Compte-rendu technique

Application du règlement n° 2015/848 relatif aux procédures d'insolvabilité (2^e partie)

57

Myriam Maily nous informe de ce que les acteurs de l'insolvabilité doivent savoir avant d'appliquer le règlement (UE) 2015/848 du 20 mai 2015 (JO L 141 du 05.06.2015, p. 19-72) relatif aux procédures d'insolvabilité (ci-après le « REI 2015 (refonte) ») entré en vigueur le 26 juin 2017*

Coopération

Selon le point 48 du préambule du REI 2015 (refonte), une bonne coopération entre les acteurs impliqués dans des procédures d'insolvabilité transfrontalière « suppose une coopération étroite entre les différents praticiens de l'insolvabilité et les juridictions concernées, qui doit notamment comprendre un échange d'informations suffisant. [...] Dans le cadre de leur coopération, les praticiens de l'insolvabilité et les juridictions devraient tenir compte des meilleures pratiques en matière de coopération dans les affaires d'insolvabilité transfrontalières, telles qu'elles sont énoncées dans les principes et lignes directrices concernant la communication et la coopération adoptés par les organisations européennes et internationales actives dans le domaine du droit de l'insolvabilité, et en particulier dans les lignes directrices pertinentes élaborées par la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI). »

La majorité (si ce n'est la totalité) des praticiens de l'insolvabilité désignés dans des procédures d'insolvabilité transfrontalières connaissent déjà les lignes directrices publiées par la CNUDCI et en particulier les textes explicatifs intitulés « Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité

internationale : le point de vue du juge (2011) » et « Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale (2009) », mais d'autres textes devraient toutefois être pris en considération.

Principes et lignes directrices

De fait, diverses recommandations non contraignantes existent dans le domaine de la communication et de la coopération transfrontalières et sont (ou peuvent être) utilisées dans les pays européens (et ailleurs).

Pour commencer, il ne faut pas oublier que les Directives européennes sur la communication et la coopération en matière d'insolvabilité transfrontalière (plus connues sous le nom de « Directives Co-Co ») (2007) ont été préparées pour apporter des conseils en matière de fond et de procédure aux personnes impliquées dans des procédures d'insolvabilité principales et secondaires dans le contexte du règlement européen sur l'insolvabilité (2000). Ces Directives ont par exemple été utilisées dans l'affaire Nortel (voir CJUE, affaire C-649/13 et surtout l'avis de l'avocat général).

C'est pourquoi, en 2015, les principes de coopération et de communication entre juges en matière d'insolvabilité transfrontalière européenne (plus connus sous le nom de « Principes et lignes directrices JudgeCo ») ont été adoptés. Ils ont été préparés spécialement pour être utilisés dans le contexte du REI 2015 (refonte). Le texte est divisé en deux parties : une première qui énonce vingt-six principes, portant sur des sujets tels que les cessions transfrontalières ou les plans de réorganisation transfrontaliers, et une seconde qui contient dix-huit lignes directrices en matière de coopération et de communication entre juges en matière d'insolvabilité transfrontalière européenne, visant à faciliter la communication dans les affaires transfrontalières.

Outre ces lignes directrices « européennes », les *Global Principles and Guidelines* (2012) de l'American Law Institute / International Insolvency Institute (ALI-III) peuvent également s'avérer utiles. Ces lignes directrices mises à jour peuvent être utilisées dans un contexte mondial (pays civilistes ou de *common law*).

Par ailleurs, d'autres lignes directrices conçues principalement pour les pays de *common law* ont été publiées : les « *Judicial Insolvency Network Guidelines for Communication and Cooperation between Courts in Cross-Border Insolvency Matters* » (Lignes directrices du Réseau judiciaire en matière d'insolvabilité pour la communication et la coopération entre juges dans les affaires d'insolvabilité transfrontalières – « Lignes directrices du RJI »). Ces lignes directrices visent à faciliter les protocoles qui améliorent la communication et la coopération entre juges au cas par cas.

Ces instruments de droit mou devraient favoriser une communication efficace entre juges dans les affaires d'insolvabilité produisant des effets transfrontaliers. Puisque le REI 2015 (refonte) est désormais applicable, servons-nous-en !

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

59

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

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)

Dates pour votre calendrier

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

2018

31 Mai – 1 Juin 2018

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

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***