

e u r o f e n i x

La revue d'INSOL Europe
Été 2019



SYSTEMES D'ALERTE PRÉCOCE
au Danemark et ailleurs...

***La Directive sur la restructuration préventive
enfin adoptée***

Et aussi :

- Démystification de l'Offshore
- France : le statut des 'crypto-currencies'
- Espagne : l'acquisition d'unités de production
- Les conférences : Ljubljana, Stockholm, St. Petersburg, Copenhagen

Numéro 76 : € 30
N°ISSN 1752-5187

CONTACTS :**INSOL Europe**

PO Box 7149

Clifton, Nottingham NG11 6WD, Royaume Uni

Renseignements :**Caroline Taylor**

Tél./Fax : +44 115 878 0584

E-mail : carolinetaylor@insol-europe.orgSite internet : www.insol-europe.org**Comité exécutif****Président :** Alistair Beveridgeabeveridge@alixpartners.com**Président adjoint :** Piya Mukherjee (pmu@horten.dk)**Vice-président :** Marcel Groenewegenmarcel.groenewegen@cms-dsb.com**Président précédent:** Radu Lotrean (radu.lotrean@citro.ro)**Trésorier :** Christopher Laughtonchrislaughton@mercerhole.co.uk**Directeur administratif :** Caroline Taylorcarolinetaylor@insol-europe.org**Secrétariat:****Comité des pays de l'Europe Orientale (EECC)**

Niculina Somlea, Secrétaire

niculinasomlea@insoleurope.org**Communication:**

Paul Newson

paulnewson@insol-europe.org**Co-ordinatrice événementielle**Harriet Taylor (harriet@insol-europe.org)**Co-ordinateur parrainages:**

Hannah Denney

hannahdenney@insol-europe.org**Co-ordinateur des recherches techniques:**Paul Omar (khaemwaset@yahoo.co.uk)**Responsables techniques:**

Emmanuelle Inacio & Myriam Maily

technical@insol-europe.org**Directeur honoraire**Mark Udink (mcudinck@udinck.nl)**Président honoraire à vie :**Neil Cooper (neil@trutta.co.uk)**Responsables des comités et groupes de travail :****Approbation de nouveaux membres :** Alistair Beveridge
abeveridge@alixpartners.com**Branche Anti-fraude :**Carmel King (carmel.king@uk.gt.com)Bart Heynickx (bart.heynicks@altius.com)**Branche Judiciaire :**Caroline Costello (carolinecostello@courts.ie)**Branche Redressement :**Alberto Núñez-Lagos (alberto.nunez-lagos@uria.com)Steffen Koch (steffen.koch@hww.eu)**Comité constitutif :** Catherine Ottawayottaway@hocheavocats.com**Comité des pays de l'Europe Orientale (EECC) :**Radu Lotrean (radu.lotrean@citro.ro)Evert Verwey (evert.verwey@CliffordChance.com)**Comité de développement :**Alice Van Der Schee (alicevanderschee@vbk.nl)Albert Nunez-Lagos (alberto.nunez-lagos@uria.com)Radu Lotrean (radu.lotrean@citro.ro)**Comité technique du Congrès 2019:**Michala Roepstorff (mir@plesner.com)Florian Bruder (florian.bruder@dlapiper.com)Secrétaire : Emmanuelle Inacio (emmanuelleinacio@insol-europe.org)**Forum universitaire:**Michael Veder (m.veder@jur.ru.nl)Secrétaire: Anthon Verwey (anthon.verwey@gmail.com)**Forum des mandataires d'insolvabilité**Marc André (mandrelaw@aol.com)Daniel Fritz (Fritz@hermann-law.com)Robert Haenel (robert.haenel@anchor.eu)Stephen Harris (sharris@uk.ey.com)Jean Baron (jbaron@cbfassociés.com)David Soden (dsoden@deloitte.co.uk)**Groupe de jeunes membres :**Georges-Louis Harang (harang@hoche.com)Anne Bach (abach@goerg.de)**Groupe des établissements financiers:**Florian Joseph (florian.joseph@helaba.de)

Francisco Patricio

francisco.patricio@abreuadvogados.com**INSOL International :**Catherine Ottaway (ottaway@hocheavocats.com)**Parrainages :**David Rubin (david@drpartners.com)Frank Tschentscher (Ftschentscher@schubra.de)**Registre d'affaires fondées sur le REI :** Reinhard Bork
(bork@uni-hamburg.de)**Relations avec l'Union Européenne :**Robert Van Galen robert.vangalen@nautadutilh.com**Strategic Task Force 2025 :**Steffen Koch (steffen.koch@hww.eu)**YANIL**Jenny Gant (JenniferL.L.Gant@gmail.com)

S O M M A I R E

5	La lettre des co-rédacteurs en chef par Catarina Serra
6	La lettre du Président : Alistair Beveridge
10	L'éditorial de notre invité : Aidas Kavalianskas
14	Actualités et événements
20	Rubrique technique par Emmanuelle Inacio
23	Rapport de l'EECC - La conférence à Ljubljana - Slovaquie
27	Danemark : Systèmes d'alerte précoce
30	Copenhague en avant-première : le congrès annuel d'INSOL Europe et la conférence du Forum Universitaire
35	Ukraine : Nouveau code de l'insolvabilité
38	France : Les 'crypto-monnaies' et les procédures collectives
40	Offshore : La démystification
44	Espagne : Acquisition d'unités de production
47	Réseau des Jeunes Chercheurs en droit d'insolvabilité : YANIL a dix ans !
50	Etats Unis : Madoff – Lois sur l'insolvabilité sans frontières
53	Autriche : Des associations pour protéger les créanciers
57	Actualités par pays : Bélarus, Espagne, Estonie
62	Compte-rendu technique par Myriam Mailly – Actualités européennes
63	Nouvelles publications
66	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 : Frank Heemann, Lithuania (frank.heemann@bnt.eu) Catarina Serra, Portugal (csserra@gmail.com)</p> <p>Comité exécutif de rédaction : Emmanuelle Inacio, technical@insol-europe.org Paul Newson, paulnewson@pndesign.co.uk Florica Sincu, floricasincu@insol-europe.org</p> <p>Comité de rédaction : George Bazinas, gbazinas@bazinas.com Ruud W.A. Brunninkhuis R.Brunninkhuis@burenlegal.com 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 Martine Gerber, mgerber@opf-partners.com Guy Lofalk, guy.lofalk@lofalk.se Enda Lowry, lowry@mcstayluby@luby.ie Ana-Irina Sarcane, irina.sarcane@sarcane.ro Petr Sprinz, petr.sprinz@havelpartners.cz Daniel Staehelin, Daniel.staehelin@kelerhals-carrard.ch Annerose Tashiro, atashiro@schubra.de Caroline Taylor, carolinetaylor@insol-europe.org Michael Tierhoff, michael.thierhoff@tmpartner.de Jesper Trommer Volf, jtv@delacour.dk Jean-Luc Vallens, vallensjl@ymail.com Louise Verrill, lverrill@brownrudnick.com Evert Verwey, evert.verwey@cliffordchance.com Signe Viimsalu, Signe.viimsalu@gmail.com</p>	<p>eurofenix français Parrainé par CNAJMJ – France Editeur/Renseignements/ Proposition d'article : Florica Sincu floricasincu@insol-europe.org Tél. +33 6 03 54 60 37 Traduction : Gabrielle Allemand (gamtrad@free.fr)</p> <p>Publicité et ventes : Edward Taylor - MRP Print eurofenix@mrp.uk.com Tél. +44 115 965 1000</p> <p>Imprimeur de la version anglaise : MRP Print www.mrp.uk.com</p> <p>Le futur numéro sera publié en Juin 2019</p> <p>Toute correspondance, y compris toute proposition d'article, doit être adressée à: Paul Newson - PNDesign, pndesign@icloud.com</p>	<p>Copyright : INSOL Europe 2019</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>
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

La lettre des co-rédacteurs-en-chef

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

Quand je cherche de l'inspiration pour rédiger mon éditorial, je ne peux m'empêcher de repenser à ceux que j'ai déjà écrits.

Dans ce cas précis, j'ai été frappée par un paradoxe. Mon dernier éditorial portait sur la question du changement et de la vitesse à laquelle le temps passe ; pourtant, les sujets que j'avais abordés sont encore d'actualité : l'escalade de la guerre commerciale entre la Chine et les États-Unis, l'histoire sans fin du Brexit, la chronique d'une directive annoncée...

Au sens strict du terme, les seules véritables nouvelles sont les élections européennes. Confirmant les pires craintes de certains, les résultats témoignent d'une importante fracture. Nous assisterons sans doute bientôt à une bataille concernant la future orientation de l'UE.

Dans le monde de l'insolvabilité, nous avons récemment appris la triste nouvelle du décès de Gabriel Moss. Se démarquant par son expertise, ses travaux d'une valeur inestimable ont beaucoup apporté au développement de la « cause de l'insolvabilité » (voir dans les pages suivantes).

Heureusement, tout n'est pas si sombre.

La directive tant attendue sur les cadres de restructuration préventifs a enfin été adoptée par le Conseil. Même s'il est probable qu'il subsiste des différences au niveau national, il ne fait aucun doute que l'adoption de cette directive constitue un grand pas en avant vers l'harmonisation de la culture de la sauvegarde. C'est pourquoi je suis tout à fait d'accord avec Emmanuelle Ignacio qui nous propose de l'étudier de plus près dans son article.

Toujours sur le thème de l'harmonisation, vous serez heureux d'apprendre que Reinhard Bork dirige actuellement un nouveau projet visant à harmoniser les lois en matière d'action révocatoire en Europe.

Autre nouvelle importante : la création de la nouvelle branche d'INSOL Europe, « Legal Tech et Actifs numériques », vient d'être approuvée. Comme son nom l'indique, cette branche vise à recueillir et développer des connaissances dans le domaine de la technologie au service du droit et des actifs numériques. La question des liens entre droit (de l'insolvabilité) et technologies est également abordée dans l'éditorial de notre invité, qui se penche sur l'efficacité croissante des cabinets d'avocats qui ont recours aux décisions fondées sur des données ; elle est approfondie dans l'article consacré au cryptomonnaies dans les procédures d'insolvabilité en France.

Compte tenu de l'objectif consistant à maximiser la valeur des actifs dans le cadre des procédures d'insolvabilité, j'attire tout d'abord votre attention sur la nécessité de reconnaître et d'assister les

mandataires de l'insolvabilité exerçant sur les places off-shore (qu'il faut absolument démystifier), ainsi que sur l'instrument d'acquisition des unités de production en Espagne. En effet, s'il est bien utilisé, il permet d'assurer la cession d'un fonds de commerce en vue de la poursuite de l'activité.

N'oubliez pas de lire le passionnant article sur l'« alerte précoce » au Danemark. Impartial, confidentiel et gratuit, ce mécanisme a aidé avec succès des milliers d'entreprises en difficulté. Il ne reste plus qu'à le reproduire dans d'autres pays.

À propos du Danemark, je me dois de vous rappeler que le Congrès annuel d'INSOL Europe à Copenhague approche (26-29 septembre). Comme de coutume, nous aborderons de multiples questions, mais le thème dominant sera bien entendu celui du régime de pré-insolvabilité qu'instaure la directive récemment adoptée. Le Forum universitaire (qui fête son quinzième anniversaire !) tiendra sa Conférence juste avant l'ouverture du Congrès (25-26 septembre). Vous en trouverez un aperçu dans les pages suivantes, et nous espérons vous y voir !

Entre-temps, pour vous tenir au courant de l'actualité ou même l'anticiper, jetez un coup d'œil à notre revue fraîchement imprimée (vous y retrouverez les articles que j'ai présentés ci-dessus, mais beaucoup d'autres encore). Je vous souhaite une bonne lecture et un bel été !

Catarina

x x x
x

6

La lettre du Président

Coordination de notre expansion en Europe

Alastair Beveridge nous rend compte des récents développements et événements concernant INSOL Europe et ses membres*

Alors que nous venons d'entamer le deuxième semestre 2019, nous pouvons d'ores et déjà dire que l'année a été très occupée jusqu'à présent. Dans mon dernier article, j'écrivais que le Brexit était prévu pour le 29 mars : je me trompais, et nous ne savons toujours pas mieux quand il arrivera ni de quoi il aura l'air.

La vie continue malgré tout. Quoi qu'il arrive, le Royaume-Uni restera au sein de l'Europe et j'espère qu'il continuera de sentir qu'il en fait partie. En tout cas, cela sera mon cas !

Actualités du Comité de développement

Vous vous souviendrez que j'écrivais dans mon dernier article que notre organisation comporte une nouvelle facette importante : le Comité de développement. Il est composé d'Alberto Núñez-Lagos (Europe méridionale), Radu Lotrean (Europe orientale) et Alice Van Der Schee (Europe occidentale et septentrionale), Alice occupant également les fonctions de Présidente. Ce Comité a

pour fonction d'étendre la portée et l'influence d'INSOL Europe, à terme, dans tous les pays d'Europe.

Son premier objectif a été de trouver un ou plusieurs Coordinateurs nationaux pour chaque pays d'Europe, chargés de concevoir un plan d'action pour leur pays. J'ai le plaisir d'annoncer que nous avons approuvé des candidats pour plusieurs pays, pour lesquels des projets sont en cours de développement. Le Comité exécutif espère pouvoir apporter son soutien à ces projets alors que nous présenterons les résultats du projet de notre Groupe de travail 2025, afin de placer cette initiative au cœur de notre calendrier pour le long terme.

La liste des candidats qui ont été approuvés à ce jour figure dans le tableau ci-dessous. Nous continuons nos recherches pour les pays manquants. Je vous encourage vivement à prendre contact avec le Coordinateur national dont vous dépendez pour lui présenter vos idées et suggestions. À défaut, veuillez contacter le membre du Comité de développement de votre pays. J'espère vous en dire plus dans le prochain numéro.

Coordinateurs nationaux d'INSOL Europe		
Pays	Coordinateur	Société
Autriche	Susanne Fruhstorfer	Taylor Wessing
Belgique	Bart de Moor	Strelia
Chypre	Irina Misca	CITR
Danemark	Henrik Sjørlev	DLA Piper
France	Jean Baron	Administrateur judiciaire
Allemagne	Frank Tschentscher	Schultze & Braun
Grèce	George Nikopoulos	Exintaris N-Solution
Irlande	Barry Cahir	Beauchamps
Italie	Giorgio Corno	Studio Corno Avvocati
Luxembourg	Christel Dumont	Dentons
Pays-Bas	Alice van der Schee	Van Benthem & Keulen
Pologne	Laurent le Pajolec Michal Barlowski	EXCO A2A Wardynski
Portugal	Alberto Núñez-Lagos	Uría Menéndez Abogados
Roumanie	Cristina Ienciu	CITR
Espagne	Adrian Thery	J & A Garrigues
Suède	Hans Renman	Hamilton Advokatbyrå
Suisse	Sabina Schellenberg	FRORIEP Legal AG
Royaume-Uni	Frances Coulson David Rubin	Moon Beaver David Rubin & Partners

7

Projet de directive

Vous savez certainement que la *directive relative aux cadres de restructuration préventifs, à la seconde chance et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et d'apurement et modifiant la directive 2012/30* (la « Directive ») a été adoptée le 6 juin 2019.

Le Conseil européen a déclaré que « l'objectif général de la directive consiste à réduire les principaux obstacles à la libre circulation des capitaux découlant des différences entre les cadres de

restructuration et d'insolvabilité des États membres et à renforcer la culture du sauvetage dans l'UE, fondée sur le principe de la seconde chance. »

Chaque pays doit promulguer des lois qui adopteront les grands principes de la Directive, même si une certaine flexibilité est prévue pour leur permettre de moduler les domaines adoptés, le tout en respectant un délai de deux ans (avec une année supplémentaire en cas de difficultés).

Votre Conseil a discuté en long et en large de cette question lors de notre réunion de printemps à Londres. Nous avons eu le sentiment qu'INSOL Europe pouvait jouer un rôle important pour promouvoir des lignes directrices sur la meilleure approche à adopter, du fait de notre perspective pan-européenne. Nous avons également convenu qu'il fallait agir rapidement, puisque le calendrier législatif avait déjà été fixé.

C'est la raison pour laquelle nous avons constitué un petit groupe pour travailler sur la question, avec la participation du Forum des mandataires de l'insolvabilité, de la Branche Redressement, du Forum universitaire et d'un juge. En effet, nous avons pensé qu'il fallait aborder la question depuis des angles multiples pour que les résultats soient efficaces. Ce groupe comprend :

- Adrian Thery (Espagne) – Président
- Jean Baron (France)
- Evert Verwey (Pays-Bas)
- Alberto Núñez-Lagos (Espagne)
- Tomáš Richter (République tchèque)
- Ben Schuijling (Pays-Bas)
- Rita Gismondi (Italie)
- Michael Quinn (Irlande)

8

Ce groupe s'est déjà entretenu à plusieurs reprises ; en outre, il étudiera la Directive en détail. Il réalisera une analyse de la Directive qui permettra aux États membres et aux parties prenantes de disposer d'un référentiel sur la façon dont elle doit être mise en œuvre et sur les différences entre alternatives en termes de pratique de l'insolvabilité.

Conférence de l'EECC – 6 et 7 juin 2019, Ljubljana, Slovénie

La plupart d'entre vous savent qu'INSOL Europe organise chaque année depuis quinze ans une conférence d'une journée dans une ville différente d'Europe orientale à chaque fois. C'est l'un des piliers de notre démarche d'éducation et de formation de nos membres et c'est ainsi que j'ai eu le plaisir de participer à la conférence de 2019 qui s'est tenue à Ljubljana début juin. C'est l'une des conférences de l'EECC qui a enregistré une affluence des plus importantes, avec près de 200 participants, et elle a rencontré un grand succès. Vous pourrez en savoir plus en lisant l'article qui y est consacré dans les pages suivantes.

Je souhaite remercier Marko Zaman, de la ZUS (Association slovène de l'insolvabilité et de la restructuration), d'avoir coordonné le soutien apporté à cet événement et d'avoir fait en sorte que toute l'équipe d'INSOL Europe se sente la bienvenue dans cette magnifique ville qu'est Ljubljana.

Conférence de l'AIJA – 13-15 juin, Majorque, Espagne

Par ailleurs, nous venons d'organiser notre première conférence conjointe avec l'Association internationale des jeunes avocats (AIJA). Je suis ravi qu'elle se soit bien passée et j'espère que cela

marquera le point de départ d'une solide collaboration à long terme avec cette organisation. J'adresse de vifs remerciements aux co-présidents de notre Groupe des jeunes Membres, Georges-Louis Harang et Anne Bach, pour les efforts qu'ils ont déployés afin d'organiser cette manifestation, sur laquelle vous pourrez lire plus de détails dans notre prochain numéro.

Élections du Conseil

Dans le mois à venir, vous constaterez que plusieurs sièges de notre Conseil seront soumis à élection. C'est l'occasion pour **VOUS** de choisir le meilleur représentant ou de vous impliquer vous-mêmes ! Ne ratez pas l'annonce à paraître : je vous encourage tous vivement à participer.

Autres actualités

Je suis enchanté de vous annoncer que la refonte de notre site web avance bien et que nous prévoyons de lancer le nouveau site mis à jour pour des tests en juillet, puis de le révéler officiellement lors de la Conférence de Copenhague. Ce site nous servant de vitrine, afin que le monde extérieur puisse mieux nous connaître et interagir plus étroitement avec notre organisation, il est important qu'il soit moderne, fonctionnel et intéressant. Je suis persuadé que vous constaterez que ce sera le cas. Vos réactions sur le site seront les bienvenues.

Recommandations de lecture

Cette fois-ci, ma sélection nécessite quelques explications. Tout à fait par hasard, je suis tombé sur un livre intitulé *Système 1 / Système 2 : Les deux vitesses de la pensée*, de Daniel Kahneman, économiste comportementaliste lauréat du prix Nobel, que j'ai beaucoup apprécié malgré ses quelques lourdeurs. Il a éveillé mon intérêt pour ce sujet, et lorsque Michael Lewis (auteur du *Casse du Siècle* et de *Liar's Poker*, entre autres) a publié un ouvrage biographique sur Daniel Kahneman et Amos Tversky, sous le titre *The Undoing Project*, j'ai sauté dessus. Ces deux personnes extraordinaires ont remis en question plusieurs domaines de l'économie et ont prouvé que les choses n'étaient pas aussi simples que l'avaient suggéré de nombreux experts : de fait, ils ont « défait » des théories. C'est un récit très humain. Ils ont tous les deux eu des vies incroyables et je vous recommande cet ouvrage pour l'été.

9

À ce propos, je lisais *If I could tell you just one thing...* (*Si j'avais juste une chose à vous dire...*) de Richard Reed, dans lequel il rapporte ses rencontres avec de nombreuses personnalités, à qui il pose cette question toute simple. L'idée était de les amener à partager de bons conseils. De nombreux thèmes sont abordés, mais pour moi, Bill Gates est celui qui donne la meilleure réponse : « *Entretenez un amour pour la lecture... commencez dès que possible et n'arrêtez jamais.* » Il n'y a donc pas que moi qui pense ainsi !

Je vous souhaite un bel été et espère vous voir à Copenhague.

* Alastair Beveridge est le Président d'INSOL Europe

X X X

X

L'éditorial de notre invité

Accroître l'efficacité des cabinets d'avocats grâce aux décisions fondées sur les données

Aidas Kavaliauskas de la société de gestion de données Amberlo, replace dans son contexte l'importance croissante de la « legal tech » pour notre profession*

Le *Legal Trends Report* de 2018¹ rapporte un chiffre intéressant : 1,9 heure facturée par jour par avocat, soit un taux d'utilisation de seulement 25 %. La plupart des cabinets d'avocats classent l'augmentation de leurs recettes et de leur clientèle parmi leurs grandes priorités ; pourtant, très peu d'entre eux se montrent intéressés par un accroissement de leur efficacité.

Pourtant, ils devraient. Contrairement aux cabinets d'avocats, les sociétés de conseil en informatique se distinguent par des taux d'utilisation bien plus élevés, oscillant entre 65 et 85 %. Bien entendu, ces secteurs d'activité ne sont pas comparables, mais ces deux types d'entreprises proposent des services professionnels. On peut donc se demander s'il existerait une façon d'accroître l'efficacité des cabinets d'avocat. Essayons de répondre à cette question.

Que se passe-t-il avec les 75 % restants du temps ?

En plus du travail qu'ils effectuent pour les clients, les avocats doivent rédiger des courriers électroniques et des documents, organiser le développement commercial, tenir le compte de leur temps et de leurs dépenses, émettre des factures, suivre les paiements et gérer leur personnel. Tout ceci est effectué parallèlement à diverses tâches en continu, ainsi qu'à la gestion d'informations réparties sur divers sources et systèmes, ce qui implique souvent des processus manuels et des tâches répétitives.

Les humains ne sont pas doués pour les tâches multiples. Notre cerveau ne peut faire qu'une seule chose à la fois. Le passage d'une tâche à une autre génère du stress et une perte de temps : la polyvalence peut entraîner jusqu'à 40 % de perte de productivité². Bien qu'il soit impossible d'éliminer complètement la polyvalence, nous pouvons la rendre plus efficace en améliorant la planification et l'exécution, en réduisant les efforts de gestion de l'information, en automatisant les tâches répétitives et en accroissant la visibilité. Tout cela est possible avec l'aide des technologies modernes appliquées au droit.

Soixante-dix ans d'informatique

En réalité, tout a commencé il y a près de deux siècles, lorsque le mathématicien britannique Charles Babbage a inventé le premier « ordinateur programmable »³. Mais après lui, il ne s'est pas passé grand-chose pendant les 120 ans qui ont suivi, jusqu'en 1948, date à laquelle le premier logiciel informatique a été chargé dans la mémoire d'un ordinateur et exécuté. Au cours des sept décennies suivantes, un nouveau secteur d'activité s'est développé, bouleversant en profondeur

¹ www.lawtechnologytoday.org/2018/12/the-legal-trends-report-whats-new-in-2018/

² www.psychologytoday.com/intl/blog/brain-wise/201209/the-true-cost-multi-tasking

³ https://fr.wikipedia.org/wiki/Machine_diff%C3%A9rentielle

tous les autres secteurs de l'économie. Parallèlement, le PIB généré par heure s'est multiplié par 2,5 dans les pays du G7⁴, ce qui n'est pas une coïncidence.

En 1966, les missions Apollo ont commencé à utiliser des ordinateurs pour contrôler les vaisseaux spatiaux. En 1975, les micro-ordinateurs sont devenus abordables pour tous les foyers. En 1993, la toile mondiale est apparue, connectant le monde entier. Ce monde connecté a ouvert la voie aux applications connectées ; par la suite, nous sommes entrés dans l'ère de l'informatique en nuage. En 2018, 73 % des entreprises utilisaient des applications de cloud⁵.

Les méthodes et outils de développement informatique ont eux aussi connu des changements radicaux : des piles de cartes perforées, chargées manuellement dans un ordinateur principal, aux outils de développement intégrés et aux méthodes automatisées de construction, de test et de déploiement dans le cloud.

Le matériel et les logiciels que nous utilisons quotidiennement sur nos smartphones n'auraient même pas pu être imaginés par la NASA à l'époque où le premier homme a marché sur la Lune il y a tout juste 50 ans !

Innovations dans le secteur du droit

Au cours du congrès annuel d'INSOL Europe à Athènes, un avocat m'a dit que la pratique du droit n'avait pas beaucoup évolué au cours des derniers siècles. Je ne suis pas d'accord. Si les méthodes de travail des législateurs et la façon dont les lois et règlements sont adoptés restent similaires, par contre, la pratique du droit et la prestation de services juridiques ont beaucoup changé, ne serait-ce qu'à cause des outils comme le fax et les photocopieurs, les ordinateurs, les traitements de texte, Internet et les logiciels spécialisés qui permettent aux avocats de travailler plus efficacement. Mais ce qui est également vrai, c'est que les professions du droit, par rapport aux autres métiers, sont très réticentes dès qu'il s'agit d'adopter de nouvelles technologies.

Pourquoi donc est-ce que les professionnels du droit conservent cette « distance de sécurité » par rapport aux technologies ?

L'une des raisons pourrait être que seules très peu d'écoles de droit en Europe⁶ incluent la legal tech au programme de leurs cursus, ce qui instaure une distance par rapport à la technologie dès le début de la formation professionnelle. Une autre explication pourrait résider dans la lenteur relative de l'évolution de la législation elle-même.

En même temps, nous assistons à une pression sans cesse croissante pour tout bouleverser et innover dans tous les domaines. Ce phénomène découle d'une surcharge d'informations qui entraîne une diversification constante des tâches, qu'il s'agisse des clients qui demandent plus tout en voulant payer moins, des nouvelles lois en matière de respect de la vie privée et des nouvelles technologies telles que l'informatique en nuage, de l'apparition des cryptomonnaies, d'un important changement générationnel, qui voit les enfants du millénaire et plus jeunes encore

⁴ <https://data.oecd.org/lprdy/gdp-per-hour-worked.htm>

⁵ www.forbes.com/sites/louiscolombus/2018/08/30/state-of-enterprise-cloud-computing-2018/

⁶ www.llmstudy.com/search/llm-programs/europe/?q=legaltech

rejoindre les cabinets d'avocats ou en devenir clients, ou même des nouvelles formes de relations G2C, telles que la citoyenneté virtuelle.

Les outils tels que le courrier électronique, le traitement de texte, les tableurs, les recherches Google et les méthodes manuelles répétitives qui les accompagnent ne sont pas adaptés aux nouveaux défis. Récemment, nous avons beaucoup entendu parler du fait que l'intelligence artificielle serait amenée à bientôt remplacer tous les juges et avocats. En réalité, en Europe, la plupart des cabinets d'avocats de petite et moyenne taille continuent d'exercer leurs activités à l'ancienne, en utilisant courrier électronique et tableurs. En Europe, personne ne peut donner de chiffres exacts, mais ceux fournis par l'American Bar Association indiquent qu'en 2018, seuls 22 % des cabinets d'avocats des États-Unis utilisaient des solutions fondées sur le cloud⁷.

Pourtant, certains signes indiquent que des changements commencent à se produire. En 2018, les investissements dans le secteur de la legal tech ont connu une augmentation vertigineuse de 713 %⁸. Cela signifie que l'on peut s'attendre à de nombreuses innovations dans les années à venir ; de fait, les premières d'entre elles semblent sur le point de voir le jour. La Lituanie utilise déjà un système automatisé pour choisir un praticien de l'insolvabilité adapté à une affaire donnée. Ce système n'est pas tout simplement aléatoire : il s'appuie sur certains critères. Pour sa part, l'Estonie semble prête à aller encore plus loin, puisqu'elle a récemment annoncé des projets visant à lancer un juge robot qui trancherait des affaires dans lesquelles le montant en jeu est limité⁹. Si ce système fonctionne correctement, il devrait permettre d'économiser beaucoup de temps et d'argent. On trouve de nombreux autres exemples dans les secteurs privé et public. La tendance générale est que les technologies sophistiquées, auparavant réservées aux grandes entreprises, deviennent plus accessibles et peuvent donc désormais être utilisées par un public beaucoup plus large.

12

La voie vers une efficacité accrue

De nos jours, le principal obstacle à la productivité est l'accélération du monde qui nous entoure, ce qui génère une surcharge d'information croissante et entraîne la perception d'une nécessité de polyvalence permanente.

La réduction de la multiplicité des tâches et de la surcharge d'informations, allant de pair avec une automatisation des tâches répétitives et une centralisation de la gestion de l'information ou un recentrage sur ce qui est important, est le principal facteur d'une efficacité accrue. Le problème est que les méthodes manuelles reposant sur le courrier électronique, les tableurs et d'autres logiciels généralistes obsolètes ne sont pas très utiles à cet égard. C'est la raison pour laquelle le secteur du droit doit investir dans les nouvelles technologies.

Selon les livres de physique, « l'efficacité est la mesure de la quantité de travail ou d'énergie contenue dans un processus¹⁰. » Pour mesurer l'efficacité d'un processus commercial, il faut calculer le rapport entre les ressources employées et les résultats.

⁷ www.lawtechnologytoday.org/2019/01/techreport-2018-cloud-computing/

⁸ www.forbes.com/sites/louiscolumbus/2018/08/30/state-of-enterprise-cloud-computing-2018/

⁹ www.wired.com/story/can-ai-be-fair-judge-court-estonia-thinks-so/

¹⁰ www.softschools.com/formulas/physics/efficiency_formula/29/

Tout commence par la planification et l'exécution. Ensuite viennent la mesure, la révision, l'optimisation, l'automatisation, l'exécution, et leur répétition, à l'infini.

Aujourd'hui, les décisions de qualité reposent sur les données ; pour cela, ces données doivent être cohérentes et de bonne qualité. Ce type de décision n'est donc possible qu'à condition que la collecte de données fasse partie intégrante des processus commerciaux d'une entreprise et fasse appel à des outils commerciaux qui recueillent automatiquement des données de haute performance. Dans le cas contraire, la collecte de données est difficilement possible, ce qui veut dire que les décisions reposeront sur des hypothèses potentiellement erronées. De la même manière, toute automatisation des processus commerciaux — qu'elle fasse ou non appel à l'intelligence artificielle — est difficilement faisable si l'on n'a pas d'abord accès à des données de grande qualité.

Pour vous donner un exemple : une équipe commerciale au sein d'un grand établissement financier invoquait les taux d'intérêt élevés, la mauvaise conjoncture et la forte concurrence comme justification de ses résultats insatisfaisants. Après la mise en place d'un logiciel d'automatisation, il a fallu moins d'un mois pour comprendre que les principales raisons de ces mauvais résultats étaient liées au temps passé à traiter manuellement les demandes de financement, ainsi qu'au retard des suivis, voire à leur absence totale. Ces constatations n'aurait pas été possibles sans les données pertinentes.

La qualité des logiciels de gestion est un catalyseur des décisions fondées sur les données. Si quelqu'un me demandait d'établir une liste de toutes les fonctionnalités que doit comporter ce type de logiciel, cette liste serait très longue : des logiciels au démarrage rapide, abordables, conviviaux et faciles à utiliser, basés sur le cloud, permettant la collecte et le suivi automatisés de données de haute performance, ainsi qu'une bonne budgétisation et une planification agile, dotés de fonctions d'automatisation des documents et du courrier électronique, et de toutes les intégrations possibles, entre autres priorités. Il n'existe pas de solution idéale unique ; pourtant, il existe un large choix de bonnes solutions qui s'améliorent de jour en jour.

Enfin, par conséquent, si l'on souhaite qu'une organisation rencontre le succès, il faut un projet, une équipe motivée capable d'exécuter et de mettre en œuvre des méthodes efficaces, ainsi que les meilleurs outils qui soient pour que l'équipe aie les moyens de réussir. Une fois lancés, vous vous retrouverez avec davantage de temps, moins d'erreurs et une productivité générale accrue.

** Aidas Kavaliauskas, associé, amberlo.io*

X X X

X

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 les prochains numéros, veuillez contacter Paul Newson, directeur de publication, à l'adresse paulnewson@insol-europe.org.

Actualités et événements

Élections du Conseil d'INSOL Europe

Voici venu le moment de l'année où nous nous occupons des départs et élections au sein de notre Conseil. Les pays comptant au moins trente membres ont droit à un siège réservé au Conseil. En octobre de cette année, les sièges suivants seront vacants : **Autriche, Danemark, Irlande, Pays-Bas, Roumanie et Suisse.**

Par conséquent, les membres de ces pays recevront bientôt un courrier électronique d'appel à candidatures de leur pays.

Entre-temps, deux sièges non réservés au Conseil (qui peuvent être occupés par n'importe quel pays) deviendront vacants ; en outre, deux autres sièges non réservés vacants permettront aux pays comptant moins de trente membres d'être représentés.

Date limite des candidatures : 21 juillet 2019

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

Création d'une nouvelle branche : « Legal Tech et Actifs numériques »

14

En mars, la réunion du Conseil d'INSOL Europe a approuvé la création d'une nouvelle branche, qui sera baptisée « Legal Tech et Actifs numériques ». Frank Heemann (bnt attorneys in CEE), José Carles (Carles Cuesta Abogados) et Laurent Le Pajolec (Exco A2A Polska) en ont été désignés les co-présidents. La branche en est actuellement à sa phase de mise en place.

Elle fonctionnera comme un groupe de travail spécialisé, réunissant et développant savoir-faire et expertise dans le domaine de la technologie au service du droit et des actifs numériques, permettant ainsi à INSOL Europe de mettre en œuvre avec succès ses objectifs et stratégies à une époque où les technologies modernes ont un impact de plus en plus important.

Les objectifs généraux de la branche sont les suivants :

- Étudier et développer le cadre juridique de la legal tech et des actifs numériques ;
- Former nos membres (par ex. au moyen de groupes de travail pendant les conférences, de séminaires, d'une nouvelle rubrique dans *eurofenix* consacrée à la legal tech et aux actifs numériques) ; et
- Attirer de nouveaux membres (y compris une nouvelle catégorie de membres issus du secteur de la legal tech).

Pour commencer, la branche se focalisera sur les deux projets suivants :

Associations / Organisations / Interlocuteurs dans divers pays :

Nous recueillerons et analyserons des informations concernant les associations et organisations qui ont été constituées et sont actives au niveau national dans le domaine de la legal tech et des actifs numériques. Nous pourrions ainsi créer une base de données d'organisations et associations pertinentes, comportant le nom de nos interlocuteurs, afin de permettre à INSOL Europe et à notre nouvelle branche d'approcher ces acteurs pour partager avec eux des informations et mettre en place de futurs projets.

Suivi et information concernant les développements, produits, services et prestataires :

Nous établirons une méthode de suivi des développements dans le domaine de la legal tech et des actifs numériques qui permettra d'informer les membres d'INSOL Europe concernant les développements, produits, services et prestataires dans ce domaine.

La nouvelle rubrique correspondante dans notre revue sera l'un des canaux de communication en la matière.

Les autres projets dépendront également de la composition de la branche et de l'implication de ses membres.

Les membres souhaitant rejoindre la branche et participer à ses activités sont invités à contacter l'un des co-présidents.

15

Nouvelle mission et nouveau projet pour le Professeur Reinhard Bork

Avec effet à compter du 1^{er} avril 2019, le Professeur Reinhard Bork, président-directeur du Registre d'INSOL Europe des affaires fondées sur le règlement européen sur l'insolvabilité, a été désigné professeur au sein du Centre de recherche en droit et affaires de l'université Radboud de Nimègue (Pays-Bas), pour une mission de deux ans.

Reinhard est professeur titulaire à l'université de Hambourg depuis 1990. C'est l'un des plus grands spécialistes universitaires mondiaux du droit de l'insolvabilité. Ses domaines de recherche portent sur divers thèmes du droit de l'insolvabilité nationale et internationale.

Sa désignation à Nimègue s'inscrit dans le cadre d'un budget consacré à un projet de recherche plus large. Reinhard l'utilise pour financer un groupe de travail indépendant qui a été créé dans la foulée de l'exposé intitulé « Conflit de principes : une nouvelle approche vers l'harmonisation des lois en matière d'action révocatoire ? » qu'il a présenté lors de la Conférence annuelle du Forum universitaire d'INSOL Europe à Athènes l'année dernière.

Ce groupe est composé d'experts des lois en matière d'action révocatoire, d'universitaires ainsi que de praticiens issus de tous les États membres de l'UE. Il est présidé par Reinhard lui-même,

aux côtés de Michael Veder (université Radboud, Nimègue, actuel Président du Forum universitaire d'INSOL Europe). Son objectif est d'élaborer une proposition en vue de l'harmonisation des lois en matière d'action révocatoire.

Le groupe s'est réuni pour la première fois à Amsterdam le 9 mai dernier, où ses membres ont évoqué un questionnaire conçu pour dresser l'inventaire des lois en matière d'action révocatoire dans les États membres, ainsi que de leurs principes sous-jacents (valeurs fondamentales). Ce questionnaire permettra de réunir les informations nécessaires en vue de rédiger une proposition d'harmonisation. Le groupe pense pouvoir soumettre les résultats de ses recherches au printemps 2021.

INSOL Europe et INSOL International unissent leurs forces à Stockholm

Le séminaire d'une journée qui s'est tenu le 22 mai dans la magnifique ville de Stockholm a réuni près de quatre-vingts délégués de dix pays (Danemark, Finlande, Norvège, Suède, Estonie, Belgique, France, Pays-Bas, Royaume-Uni et Australie).

Emma Inacio, Responsable technique d'INSOL Europe, nous en rend compte.

Malgré le temps estival et des températures extérieures avoisinant les 30°C, les délégués n'ont pas quitté la salle de séminaire du Grand Hôtel, préférant se concentrer sur le programme d'actualité qu'avaient préparé le président et le comité d'organisation.

Le discours de bienvenue a été prononcé par le Président d'INSOL Europe, *Alastair Beveridge* (AlixPartners, Royaume-Uni). Suite aux séminaires réussis organisés en 2017 à Tel Aviv et en 2018 à Helsinki, Alastair a annoncé qu'INSOL International et INSOL Europe étaient enchantées d'organiser leur séminaire conjoint d'une journée à Stockholm en 2019, avec le soutien des professionnels de la restructuration de toute la région nordique. En effet, la coopération entre nos deux organisations, actives aux niveaux mondial et local, est indispensable et doit être maintenue.

Erik Selander (DLA Piper, Suède), président du comité d'organisation, qui a également présidé le séminaire, a déclaré l'ouverture de la première séance, qui était consacrée aux débats sur la future directive européenne sur les cadres de restructuration préventifs (la « Directive »), en présence des représentants des ministères de la Justice (les « MJ »).

Après que la *Professeure Annina H. Persson* (université d'Örebro, Suède / correspondante pour la Suède du Registre d'INSOL Europe sur les affaires fondées sur REI), présidente de séance, a présenté les dispositions de la Directive, les représentants des MJ d'Estonie, de Finlande et de Suède ont abordé la question de savoir comment leur ministère tiendrait compte de la transposition de la Directive dans les lois internes.

Triin Tõnisson a fait remarquer que le MJ d'Estonie était sceptique quant à l'harmonisation des cadres de restructuration préventifs, contestant leur pertinence. Elle a signalé que le cadre estonien

serait confronté à de nombreuses difficultés dans la transposition de la Directive, notamment en ce qui concerne l'absence d'outils d'alerte précoce, la formation des classes, les mécanismes d'adhésion forcée interclasses et la protection des nouveaux financements.

Elle a également exprimé des préoccupations quant aux délais stricts de suspension des poursuites individuelles, la quantité excessive de données sur les résultats des procédures devant être réunies pour contrôler la mise en œuvre et l'application de la Directive et son interférence avec le droit du travail.

Tuukka Vähätalo (MJ de Finlande) et *Johan Klefbäck* (MJ de Suède) partageaient les préoccupations de la représentante du MJ d'Estonie concernant la durée maximale de la suspension des poursuites individuelles et l'interférence de la Directive avec le droit du travail. Ils ont également mis en lumière la confusion concernant les méthodes de désignation du praticien dans le domaine des restructurations prévues à l'article 5 de la Directive, et des dispositions concernant les obligations des dirigeants en cas de probabilité d'insolvabilité.

La première séance a été suivie d'une discussion entre le public et les intervenants concernant la logique qu'applique la Directive concernant la suspension en vue de soutenir les négociations de restructuration, et le risque que les dispositions relatives à la durée de la suspension puissent nuire aux perspectives de la restructuration de l'entreprise du débiteur, puisqu'elle ne sont pas suffisamment flexibles.

Le président du séminaire a conclu qu'au lieu de se focaliser sur les problèmes de transposition de la Directive et d'appeler à une harmonisation minimum, les États membres devraient plutôt se concentrer sur leurs besoins et les possibilités qu'offre la Directive, puisque il n'existe pas d'outils de restructuration préventifs dans les pays nordiques et baltes.

La deuxième séance de la matinée a offert aux praticiens, après les représentants des ministères de la justice, la possibilité de discuter de la future Directive.

En guise d'introduction, le président de séance, *Matti Engelberg* (Hannes Snellman, Finlande), a demandé aux intervenants de donner leur avis sur les cadres de l'insolvabilité existant dans leur pays.

Lars-Henrik Andersson (président adjoint, REKON, Cirio, Suède), *Piya Mukherjee* (Horten, Danemark) et *Evert Verwey* (Clifford Chance, Pays-Bas) étaient de l'avis que les sociétés les plus importantes sont restructurées à l'amiable parce qu'elles craignent les procédures officielles, tandis que seules les PME se soumettent à des restructurations judiciaires parce qu'elles réagissent relativement tard.

S'est ensuite posée la question de savoir comment forcer le débiteur et les créanciers à avoir recours à la restructuration judiciaire, ce processus s'avérant le plus démocratique, puisqu'il implique toutes les parties prenantes. Si les outils d'alerte précoce préconisés par la Directive, qui existent déjà au Danemark, s'avèrent utiles pour avertir les débiteurs de la nécessité d'agir en urgence, prenant en considération les ressources limitées dont disposent les PME pour recruter des experts, tous les intervenants étaient d'accord avec *Piya Mukherjee* pour dire que ces outils

n'étaient pas suffisants : selon eux, la responsabilité des dirigeants serait la seule mesure réellement incitative.

Le séminaire s'est terminé sur deux sujets d'actualité : le Brexit et les responsabilités du conseil d'administration, présentés lors d'une séance placée sous la présidence d'*Alexander Hagberg* (EY, Suède).

En ce qui concerne l'impact du Brexit sur la pratique en matière de restructuration de dette et d'insolvabilité, *Helena Raulus* (Bureau commun des Barreaux du Royaume-Uni à Bruxelles) a rappelé que le Royaume-Uni n'avait toujours pas réussi à décider s'il allait quitter l'Union européenne et, dans l'affirmative, à quelles conditions. Entre-temps, l'UE a accordé au Royaume-Uni une extension du délai pour son départ, initialement prévu le 29 mars, jusqu'au 31 octobre 2019. Un Brexit dur reste possible : le Royaume-Uni serait éjecté de l'UE sans transition et sans qu'aucun accord de libre-échange ne soit mis en place entre l'UE et le Royaume-Uni. Le Royaume-Uni retrouverait immédiatement le statut de « pays tiers » et ne pourrait se livrer à des échanges commerciaux que sur la base des règles de l'OMC. La situation et l'incertitude actuelles ne servent ni les intérêts de l'UE ni ceux du Royaume-Uni : l'accent a donc été mis sur la catastrophe que représenterait un Brexit « sans accord ».

Erik Selander a clos le séminaire par des remarques finales, en soulignant que la Directive sur les cadres de restructuration préventifs, telle que mise en lumière tout au long de ce séminaire conjoint d'une journée, devait être vue comme une opportunité permettant d'harmoniser la législation pré-insolvabilité dans les pays nordiques et baltes.

18

INSOL Europe dirige une séance lors du Forum international de l'insolvabilité à Saint-Pétersbourg

INSOL Europe a été invitée à diriger une séance lors du III International Insolvency Forum, qui s'est déroulé au cours du Forum juridique international annuel de Saint-Pétersbourg (SPBILF) du 15 au 17 mai 2019.

Emma Inacio, Responsable technique d'INSOL Europe, nous en rend compte.

Le III International Insolvency Forum est l'une des conférences organisées sous l'égide du SPBILF annuel, fondé en 2011, qui est organisé à son tour sous les auspices du Président et du ministre de la Justice de la Fédération de Russie, auquel assistent environ 1 400 délégués, y compris des représentants d'organisations internationales.

Le jeudi 16 mai, *Evert Verwey* (co-président de l'EECC d'INSOL Europe) et *Emmanuelle Inacio* (co-présidente de la Formation de haut niveau d'INSOL Europe sur l'insolvabilité) ont co-modéré la séance d'INSOL Europe consacrée à la mise en œuvre d'une culture de la sauvegarde. Les intervenants conviés à rejoindre la séance dirigée par INSOL Europe étaient les suivants : *Christina Fussi* (co-présidente du sous-comité des établissements financiers insolubles de la section Insolvabilité de l'IBA), *Carrie-Ann James* (vice-présidente de l'Association des praticiens

de l'insolvabilité), *Edward Olevinsky* (chef du conseil consultatif de l'Union russe des organisations autoréglementées de responsables d'arbitrage) et *Artur Trapitsyn* (membre du Conseil de l'Union russe des organisations autoréglementées de responsables d'arbitrage et président de l'organisation autoréglementée « Mercuriy »).

Après une présentation d'INSOL Europe, la séance a pris la forme d'une discussion au cours de laquelle les participants ont identifié les principaux éléments des procédures de pré-insolvabilité de leur pays et présenté la future directive sur les cadres de restructuration préventifs comme une chance à saisir, non seulement pour harmoniser la culture de la sauvegarde dans l'Union européenne mais également au-delà de ses frontières, ce qui a été très bien accueilli par nos hôtes russes.

INSOL Europe était fière d'être présente aux éditions 2018 et 2019 du SPBILF, qui est devenu une plateforme internationale de premier plan permettant d'aborder un large éventail de questions urgentes en présence de la communauté internationale des professionnels du droit d'aujourd'hui.

Gabriel Moss QC

Nous avons la grande tristesse de vous annoncer le décès prématuré de Gabriel Moss, intervenu soudainement le vendredi 15 mars 2019. Gabriel était une étoile du barreau et un titan du monde de l'insolvabilité et de la restructuration. Il soutenait fermement INSOL Europe et est intervenu lors de nos manifestations pendant de nombreuses années.

19

Sa pratique était très étendue, couvrant le droit bancaire, le droit des sociétés, les services financiers, le droit commercial, le droit off-shore et le contentieux, ainsi que, bien entendu, l'insolvabilité et la restructuration. Dans ce domaine, en particulier, il faisait autorité, ce qui était d'autant plus impressionnant quand on sait qu'il a avoué, lors d'un podcast de 2016 pour OUP, à l'occasion de la promotion de la troisième édition de l'ouvrage de Moss, Fletcher et Isaacs consacré au règlement européen sur l'insolvabilité, qu'il s'était spécialisé dans le domaine de l'insolvabilité plutôt par accident, et qu'il avait été attiré par une carrière juridique en partie à cause de « stupidités » telles que la célèbre série britannique des années cinquante et soixante « *Boyd QC* ».

L'expertise de Gabriel était mise en avant dans les annuaires juridiques depuis des décennies. Plus récemment, Legal 500 l'a décrit comme le « *doyen du droit de l'insolvabilité* » ; en outre, il a figuré dans la catégorie la plus élevée (« Star ») des conseillers de la Reine (*Queen's Counsel*) du classement établi par *Chambers & Partners*. Le *Who's Who Legal: Restructuring and Insolvency 2018* a classé Gabriel parmi les vingt-cinq meilleurs « *leaders éclairés* » du monde entier. Les *Lawyer Monthly Legal Awards* l'ont nommé Avocat spécialiste en restructuration et insolvabilité de l'année 2017 et Barrister spécialiste en banque et finance de l'année 2018.

Parmi les autres fonctions qu'il a occupées au sein d'organismes renommées, citons l'Insolvency Committee of Justice, la section britannique de l'International Commission of Jurists, l'Association of Fellows and Legal Scholars du Centre d'études juridiques internationales

(Salzbourg), le sous-comité droit de l'insolvabilité du comité droit commercial et de la consommation de la Law Society, et une bourse de la Society for Advanced Legal Studies de l'Institute of Advanced Legal Studies. Il était membre invité de l'International Insolvency Institute (III) (dont il a été le directeur de 2003 à 2010, puis le directeur émérite) et co-président du comité de l'III aux communications entre juges en matière d'insolvabilité. En 2011, il a été nommé membre du groupe PRIME d'experts financiers.

Gabriel était apprécié tant pour son amitié que pour son esprit. Il était des plus accessibles, humble, généreux et réfléchi (ainsi que doté d'un sens de l'humour assez sec et parfois subversif). Parallèlement à ses passions intellectuelles, Gabriel s'intéressait au tennis, au théâtre, au cinéma et aux voyages, sans oublier sa famille, qui représentait tout pour lui. Il adorait l'opéra et les concerts : chaque vendredi après-midi, il écoutait à plein volume du Mozart et du Beethoven (entre autres) dans son bureau des Chambres de Justice.

x x x
x

Rubrique technique

Coup de projecteur sur... L'adoption de la directive sur les cadres de restructuration préventive

20

Par Emmanuelle Inacio, Responsable technique d'INSOL Europe

Le 6 juin 2019, le Conseil européen a formellement adopté la directive relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes, et modifiant la directive (UE) 2017/1132 (directive sur les cadres de restructuration préventive).

Le vote formel du Conseil européen marque la fin de la procédure législative, après que la proposition de directive a été adoptée par la Commission européenne le 22 novembre 2016. La directive sera maintenant officiellement signée et entrera en vigueur le vingtième jour suivant celui de sa publication au Journal officiel de l'Union européenne. Les États membres disposeront ensuite d'un délai de deux ans pour transposer les dispositions de la directive dans leur système juridique. Les États membres qui rencontrent des difficultés particulières dans la mise en œuvre de la directive peuvent bénéficier d'une prolongation d'un an au maximum.

Pour résumer, la directive impose à chaque État membre de mettre en œuvre des lois harmonisées concernant ce qui suit :

- Accès des débiteurs à un ou plusieurs outils d'alerte précoce clairs et transparents permettant de détecter les circonstances qui pourraient donner lieu à une probabilité d'insolvabilité et permettant de leur signaler la nécessité d'agir sans tarder ;

- Mise à disposition des débiteurs d'un cadre de restructuration afin de leur permettre de remédier à leurs difficultés financières à un stade précoce, lorsqu'il semble probable que leur insolvabilité peut être évitée et que la poursuite de leur activité peut être assurée ;
- Procédures visant à effacer les dettes des entrepreneurs insolvable afin de leur offrir une seconde chance ;
- Mesures visant à accroître l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes.

Les États membres doivent veiller à ce que les cadres de restructuration préventive présentent les caractéristiques décrites dans les paragraphes suivants.

Régime du débiteur non dessaisi

Les débiteurs qui accèdent à des procédures de restructuration préventive doivent conserver totalement ou au moins partiellement le contrôle de leurs actifs et de la gestion courante de leur entreprise. La désignation par une autorité judiciaire ou administrative d'un praticien dans le domaine des restructurations doit être décidée au cas par cas, sauf dans certaines circonstances où les États membres peuvent imposer la désignation obligatoire d'un tel praticien dans tous les cas de figure.

Toutefois, les États membres doivent prévoir des mesures pour la désignation d'un praticien dans le domaine des restructurations et des façons d'assister le débiteur et les créanciers dans la négociation et la rédaction du plan au moins dans les cas suivants :

- i. lorsqu'une suspension des poursuites individuelles est accordée par une autorité judiciaire ou administrative ;
- ii. lorsque le plan de restructuration doit être validé par une autorité judiciaire ou administrative par voie d'application forcée interclasses ; ou
- iii. lorsque le débiteur ou une majorité de créanciers le demandent.

21

Suspension des poursuites individuelles

Les débiteurs doivent pouvoir bénéficier d'une suspension des poursuites individuelles pour permettre le bon déroulement des négociations relatives à un plan de restructuration, dont la durée initiale est limitée à une période maximale ne dépassant pas quatre mois et dont la durée totale, prolongations et renouvellements compris, n'excède pas douze mois.

Répartition en classes

Les débiteurs ont le droit de présenter des plans de restructuration en vue de leur adoption par les parties affectées. Les États membres doivent veiller à ce que les parties affectées soient réparties dans des classes distinctes représentatives d'une communauté d'intérêt suffisante, sur la base de critères vérifiables, conformément au droit national. Au minimum, les créanciers garantis et non garantis sont répartis en classes distinctes aux fins de l'adoption du plan de restructuration.

Mécanismes d'application forcée interclasses

Un plan de restructuration qui n'est pas approuvé par la majorité requise dans chaque classe autorisée à voter peut être imposé aux classes dissidentes autorisées à voter au moyen d'un mécanisme d'application forcée interclasses. Les États membres disposent d'une marge d'appréciation en ce qui concerne le choix de la règle de la priorité absolue ou de la règle de priorité relative.

En application de la règle de la priorité absolue, les États membres peuvent prévoir qu'une classe dissidente soit liée par un plan de restructuration que les créances des créanciers affectés d'une classe dissidente autorisée à voter soient ou non intégralement désintéressées par des moyens identiques ou équivalents lorsqu'une classe de rang inférieur a droit à un paiement ou conserve un intéressement dans le cadre du plan de restructuration. Des dérogations sont toutefois possibles dans les cas suivants :

- i. lorsqu'elles sont nécessaires afin d'atteindre les objectifs du plan de restructuration ; et
- ii. lorsque le plan de restructuration ne porte pas une atteinte excessive aux droits ou aux intérêts de parties affectées.

En application de la règle de la priorité relative, une classe dissidente peut être liée par un plan de restructuration à condition que les classes dissidentes autorisées à voter de créanciers affectés soient traitées au moins aussi favorablement que toute autre classe de même rang et plus favorablement que toute classe de rang inférieur.

Financements nouveaux et provisoires

Les financements doivent être adéquatement protégés contre les actions révocatoires et contre toute responsabilité civile, administrative ou pénale en cas d'insolvabilité ultérieure du débiteur.

Obligations des dirigeants

Lorsqu'il existe une probabilité d'insolvabilité, les dirigeants tiennent dûment compte, au minimum, des éléments suivants :

- i. les intérêts des créanciers, des détenteurs de capital et des autres parties prenantes ;
- ii. la nécessité de prendre des mesures pour éviter l'insolvabilité ; et
- iii. la nécessité d'éviter tout comportement intentionnel ou toute négligence grave menaçant la viabilité de l'entreprise.

Les droits des travailleurs individuels et collectifs prévus par le droit du travail au niveau national et de l'Union ne doivent pas être affectés par le cadre de restructuration préventive.

Transposition

La directive sur les cadres de restructuration préventive devrait prévoir une grande souplesse, permettant aux États membres d'adapter la nouvelle législation à leurs cadres existants. Il est espéré que les États membres ne sacrifieront pas la culture de la sauvegarde, élément important sous-jacent à la directive, en décidant de ne mettre en œuvre que les règles minimales proposées.

Vous pouvez consulter le texte de la directive à l'adresse suivante :

<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-93-2018-INIT/fr/pdf>

Rapport de l'EECC

Ljubljana... Ville de l'amour (et des dragons) !

Paul Omar nous rend compte de la 15^e conférence de l'EECC à Ljubljana*

La Slovénie, l'un des plus petit pays de l'Union européenne, a accueilli pour la première fois la manifestation de l'EECC, à Ljubljana, le vendredi 7 juin dernier. S'accompagnant d'une brusque flambée du thermomètre et d'une météo agréable, la conférence a accueilli près de 200 délégués, dont un grand nombre étaient des praticiens de la région.

Le jeudi soir, la manifestation a été précédée d'un dîner convivial organisé dans le château nouvellement restauré, offrant des vues panoramiques sur la ville et la rivière, sur lesquels veillent les dragons tutélaires de la cité.

Selon les croyances populaires, le nom de la ville viendrait du mot slovène « *ljubljen* » (aimée), ce qui est confirmé, dit-on, par l'attractivité de la ville aux yeux de ses habitants tout comme de ses visiteurs.

Histoire législative

La conférence a commencé par un discours de bienvenue prononcé par Alastair Beveridge (Président, INSOL Europe) et les co-présidents de l'EECC, Evert Verwey et Radu Lotrean.

Plantant le décor pour les délégués, le professeur Marko Simoneti (Faculté de droit, Université de Ljubljana) a prononcé un discours d'introduction dans lequel il a présenté les grandes lignes de l'histoire économique et législative du pays.

Il a notamment fait la surprenante révélation que la Slovénie a failli prendre la suite des grands accidents de la zone euro (comme l'ont vécu l'Espagne et la Grèce), dans un scénario de défaillance grave. Cette situation a été évitée en grande partie grâce à l'intervention du gouvernement, bien que le fonctionnement du droit de l'insolvabilité ait été critiqué pour sa prétendue incapacité à traiter la situation des débiteurs dont la défaillance était imminente.

Ces problèmes n'ont pas tous été résolus, comme le confirment les statistiques, qui révèlent des taux très modestes d'adhésion aux procédures, ainsi que le fait que la majorité des restructurations interviennent dans un cadre extrajudiciaire. Ainsi, de l'avis du professeur, l'absence de refonte fondamentale du cadre et d'options appropriées pourrait placer la Slovénie en-deçà des pays comparables.

La Directive

Les trois séances techniques qui ont suivi au cours de la matinée s'inscrivaient dans le contexte de l'adoption de la directive sur la restructuration préventive (la « directive »), qui a été annoncée alors que les délégués voyageaient vers la Slovénie, à la veille de la conférence.

La première séance portait sur le texte de la directive du point de vue de l'expérience de trois États membres : Pologne, Allemagne et Lettonie.

Sous la houlette du président de séance, Edvins Draba (Sorainen, Lettonie), qui a apporté des perspectives de son pays, Florian Bruder (DLA, Allemagne) et Pawel Kuglarz (Taylor Wessing, Pologne) ont évoqué les grands thèmes du texte, tels que la suspension, l'application forcée, les règles de priorité et les dispositions de protection. Le tout a suscité quelques controverses qui referont probablement surface au cours de la période de transposition qui commence.

Répondant par des observations sur la pensée de la Commission européenne, Andrej Vondraček a fait l'éloge du texte qui est selon lui capable de fournir un modèle permettant à tous les pays de mettre à jour leurs lois, étant donné qu'il ne s'agit pas d'un modèle national particulier mais constitue un compromis entre les tendances que l'on observe actuellement dans le monde de la restructuration préventive.

Attitudes vis-à-vis de l'insolvabilité

Au cours de la deuxième séance, après la pause café, des experts de la restructuration se sont intéressés à l'attitude des investisseurs vis-à-vis de l'insolvabilité. Sous la présidence de Roman-Knut Seger (BDO Restructuration, Allemagne), les intervenants Radek Werich (Giese and Partner, République tchèque), Wojciech Wąsowicz (Noerr, Pologne) et Inna Zhuranskaya (Kredirel Groupe, Royaume-Uni) ont essayé de formuler des prévisions, non seulement concernant les décisions d'investissement, mais également concernant la façon dont les attitudes vis-à-vis de l'insolvabilité, en particulier l'équilibre entre l'aversion au risque et la prise de risque, sont susceptibles de conditionner le comportement des investisseurs lorsque les débiteurs rencontrent des difficultés financières dans la période qui précède l'insolvabilité.

24

Assistance technologique

Juste avant le déjeuner, la troisième et dernière séance de la matinée a introduit le thème de l'assistance technologique aux procédures d'insolvabilité. Bien que le thème de la séance soit consacré aux enchères en ligne, la discussion modérée par Anto Kasak (Kasak and Missik, Estonie) s'est plus généralement intéressée à l'utilité des technologies. Tout en faisant l'éloge de ces systèmes qui permettent d'étendre les marchés pour vendre les actifs et éviter les collusions lors de leur cession, Peeter Viirsalu (TGS Baltic, Estonie), Ales Weikslar (NetBid, Ljubljana) et Marc André (ancien Président, CNAJMJ, France) ont expliqué en détail comment fonctionnait le système d'enchères en ligne, mais également les difficultés que ces systèmes mettaient en lumière lorsqu'ils traitaient de cessions complexes dans le cadre d'une restructuration.

Pre-packs

La séance de début d'après-midi consacrée aux pre-packs, dirigée par Glen Flannery (CMS, Royaume-Uni), a commencé par la présentation d'un film qui expliquait parfaitement leur fonctionnement. Cette présentation répondait aux nombreuses critiques dont cette procédure fait l'objet, notamment en matière de transparence, de protection de la valeur et du risque de « *phénixisation* » lié aux ventes à des particuliers.

En réponse, Michał Barłowski (Wardyński & Partners, Pologne) a soulevé d'autres considérations critiques portant sur la façon dont les pre-packs fonctionnent en lien avec la solvabilité, sur les conditions de pleine concurrence des cessions et sur la question éternellement épineuse de la protection des salariés. Il a affirmé que la Pologne allait engager des réformes et prévoyait d'étendre la disponibilité des pre-packs dans d'autres situations que la liquidation.

Nina Plavšak (ancienne juge, Slovénie) a poursuivi sur ce thème, affirmant, en se fondant sur son expérience, que les plans de cession conçus au titre de la loi en vigueur étaient suffisants pour servir de véhicules potentiels aux restructurations en Slovénie. Après elle, Petr Sprinz (Havel and Partners, République tchèque) a souligné la flexibilité de la loi tchèque dans son approche des plans de réorganisation et la façon dont elle avait éliminé en grande partie les abus en lien avec la désignation des administrateurs.

Nouvelles technologies

Revenant sur le thème des technologies, la séance précédant la pause café s'est intéressée à la désignation informatisée des praticiens de l'insolvabilité. Présidant la séance, Frank Heemann (bnt, Vilnius) a rapporté les résultats d'une enquête étudiant les cadres de désignation de dix-huit pays différents, confirmant la tendance au recours à l'informatique comme aide aux désignations. Se déroulant en présence de Dimitri Konstantinov (Ilyashev and Partners, Russie), Kersti Kerstna-Vaks (juge, tribunal de circuit de Tartu) et Hans-Georg Kantner (KSV1870, Autriche), les débats ont permis que des opinions très divergentes soient exprimées sur des thèmes tels que la confiance suscitée par les désignations générées sans intervention humaine, l'efficacité de ces désignations aléatoires, le type de procédures dans lesquelles ces systèmes pouvaient s'avérer utiles (les insolvabilités de consommateurs ayant été suggérées), et les questions de déontologie sous-tendant l'introduction de solutions logicielles.

Aviation

Après le café, une séance s'est intéressée au secteur de l'aviation et aux questions transfrontalières, explorant plusieurs études de cas d'insolvabilités récentes de compagnies aériennes. Christoph Schiller (Anchor Rechtsanwälte, Allemagne) a lancé les débats, invitant les autres intervenants à démontrer en quoi les compagnies aériennes sont apparemment différentes des autres entreprises à dimension transfrontalière. Sa présentation a rappelé des souvenirs de l'affaire Fairchild Dornier de 2002 : une affaire transfrontalière dans laquelle des actifs avaient été vendus et la production interrompue. Dans cette affaire, les thèmes principaux étaient les suivants : les questions réglementaires, la nécessité de favoriser la compréhension transfrontalière de la fonction des procédures d'insolvabilité, ainsi que les pressions environnementales militant contre la poursuite des opérations.

Évoquant des événements plus récents, Ulla Reisch (ULRS, Autriche) a évoqué la concurrence entre l'Autriche et l'Allemagne dans l'affaire Niki Air CIP, dans le cadre de laquelle différents aspects des opérations commerciales ont incité les tribunaux à imposer leur compétence. La réalité opérationnelle qui veut que seules les compagnies actives puissent transférer des créneaux a motivé la conclusion d'un protocole de coopération entre praticiens, en vue de l'abandon des poursuites et d'une répartition équitable des bénéfices.

Le thème de la coordination des procédures a été abordé par Paulius Markovas (Cobalt, Lituanie) en lien avec l'affaire Small Planet Airlines, tandis que pour Tobias Schulten (Clifford Chance, Allemagne), l'affaire Air Berlin était significative, non seulement en ce qui concernait la nécessité de garantir le rapatriement des clients, mais également, pendant la procédure de vente, de veiller à ce que les obligations de maintenance et de réparation continuent d'être remplies, la réglementation produisant un impact important sur la probabilité de maintien du financement.

Information et confidentialité

La dernière séance de la journée portait sur les thèmes de l'information et de la confidentialité, sous la présidence d'Evert Verwey (Clifford Chance, Pays-Bas). Des réflexions ont été proposées sur la définition de l'information en termes de compréhension de la composition de la masse, la localisation des actifs, l'évaluation du risque de contentieux, etc.

Le principe de parité de l'information des créanciers a soulevé la question du rôle que jouent les exigences de déclaration publique dans la législation de l'insolvabilité, en particulier aux Pays-Bas.

En réponse, Maja Zerjal (Proskauer Rose, États-Unis) a laissé entendre que l'une des caractéristiques prédominantes des procédures d'insolvabilité était le rôle que jouait l'information publique, sous la forme de déclarations et d'états financiers, représentant de la valeur non seulement pour les créanciers mais également pour toutes les parties prenantes. Aux États-Unis, le déroulement de la procédure d'insolvabilité est amélioré par la forte présomption de conformité aux exigences de notification, bien qu'il convienne de prêter attention aux informations commercialement sensibles.

Pour conclure, Anže Pavšek (Zaman and Partners, Slovénie) a indiqué que des informations publiques étaient disponibles en Slovénie par l'intermédiaire d'un portail électronique qui permet aux créanciers d'avoir accès aux dossiers du tribunal et autres déclarations des créanciers.

Sous la forme d'une liste de questions préparée par le président de séance, les intervenants ont terminé par un quiz sur la portée de la dynamique des informations, révélant quelques différences d'approche de l'équilibre entre accès à l'information et confidentialité en fonction des pays étudiés.

Terminant la journée, les remarques de clôture de Radu Lotrean et d'Evert Verwey ont souligné que la manifestation avait réussi à attirer un nombre record de participants et d'intervenants, en grande partie grâce aux organisations locales d'INSOL Europe et du pays, qui ont rendu possible l'organisation de cette manifestation.

La journée s'est achevée par le cocktail des Jeunes membres, qui s'est tenu au bar terrasse de l'Hôtel Vanders, en plein centre ville de Ljubljana. Là, les fêtards se sont retrouvés pour passer un moment de convivialité le vendredi soir, sur les berges du fleuve, où ils ont pu profiter de magnifiques vues sur la « ville aimée », Ljubljana la Blanche.

**Paul Omar, Coordinateur des recherches techniques, INSOL Europe, et Consultant, BERD*

eurofenix a demandé à Jelena Bajin, avocate au sein du cabinet ŠunjkaLaw (Serbie), de nous faire part de son expérience de la Conférence du point de vue d'une nouvelle venue.

« Pour ma toute première fois à une conférence d'INSOL Europe, j'ai été surprise par la richesse du programme de la conférence, alors qu'il ne s'agissait que d'une manifestation d'une journée, notamment par la fantastique présentation de l'intervenant principal, Marko Simoneti, qui m'a permis de mieux connaître le processus de restructuration dans les secteurs bancaire, des entreprises et public après une crise. Pour moi, cette présentation était très intéressante, car je viens

d'un pays qui présente un contexte historique, économique et juridique comparable à celui de la Slovénie.

En outre, le niveau de communication entre les intervenants et les délégués au cours de chaque séance était étonnamment vif et précis, ce qui montre que l'organisation a fait l'effort d'inclure des thèmes et des intervenants à la fois intéressants et stimulants pour les délégués, ce qui les encourage à donner leur avis et à poser des questions.

De toutes les séances, ma préférée a été celle intitulée « Augmentation de l'efficacité des procédures d'insolvabilité : désignation des PI », au cours de laquelle une discussion sur la désignation informatisée a entraîné un débat entre les intervenants eux-mêmes, puisqu'ils avaient des avis et des approches divergents concernant l'informatique et l'intelligence artificielle. Je dis donc bravo à l'organisation !

Vus de l'extérieur, les délégués pouvaient sembler former un groupe très soudé, quand on sait que la plupart d'entre eux se connaissait déjà. Pourtant, en tant que nouvelle venue, je me suis sentie plus que la bienvenue. En effet, j'ai eu un grand plaisir à discuter avec les délégués, à partager mes connaissances et expériences avec eux et à nouer des liens qui perdureront, j'en suis persuadée. »

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

x x x
x

27

Danemark

Systèmes d'alerte précoce au Danemark et en Europe

Morten Møller et Piya Mukherjee nous présentent le programme consultatif du Danemark
qui est en train d'être déployé dans d'autres États membres*

Ealry Warning Denmark (« EWD ») est un système qui apporte une assistance impartiale, confidentielle et gratuite aux entreprises en difficulté dont l'insolvabilité est imminente.

Ce système, dirigé par les centres de développement des entreprises régionaux, repose sur un groupe de conseillers bénévoles hautement qualifiés, disposant de connaissances approfondies des secteurs d'activité concernés, et couvrant toute une gamme de disciplines pertinentes, tels que le droit, la comptabilité, la gestion, la planification stratégique, le marketing, la logistique, etc.

Le mécanisme d'alerte précoce existe au Danemark depuis 2007 et a permis d'aider près de 6 000 entreprises en difficulté. Pour les chefs d'entreprise, il représente la possibilité unique d'obtenir l'assistance de professionnels à un moment du cycle de vie de leur entreprise où ils sont souvent dans l'incapacité de rémunérer des consultants qui pourraient les aider à se remettre sur la bonne voie.

Ces douze dernières années, l'équipe chargée de la mise en œuvre du mécanisme a appris plusieurs leçons importantes. Entre autres, le nombre d'entreprises ayant besoin d'une assistance lorsqu'elles

rencontrent des difficultés reste relativement stable, malgré les fluctuations économiques qui affectent des secteurs précis ou l'économie dans son ensemble.

Malgré les campagnes de sensibilisation et de visibilité, de nombreux chefs d'entreprise ont recours à l'EWD très tard, quand leurs dettes et problèmes sont devenus ingérables et que les possibilités de redressement sont limitées. Souvent, les problèmes des entreprises deviennent également des problèmes personnels, parce que les chefs d'entreprise perdent parfois de vue la situation de leur entreprise et ne sont plus capables de prendre des décisions lucides. À ce stade, on constate souvent un déni face à la situation réelle de l'entreprise, dont les problèmes sont attribués aux autres, et un sentiment de stress ou d'apathie intenses face à des décisions difficiles à prendre et à la nécessité de réaliser des changements. Dans ces circonstances, les conseillers de l'EWD appliquent tour à tour leurs savoirs comportementaux et pratiques pour redresser l'entreprise ou — quand il n'existe plus d'autre solution — pour la liquider rapidement et de manière ordonnée, en limitant les pertes.

Early Warning Europe

Depuis 2016, l'expérience acquise par EWD a bénéficié à d'autres pays européens, par l'intermédiaire du projet « Early Warning Europe » (« EWE »). Financé par le programme européen COSME et dirigé par le centre de développement des entreprises de la région Centre du Danemark, ce projet a permis de mettre en place des mécanismes d'alerte précoce pleinement opérationnels en Pologne, en Italie, en Grèce et en Espagne, et qui ont servi à plus de 2 000 entreprises à ce jour. La Finlande, la Croatie, la Lituanie et la Slovénie comptent parmi la prochaine vague de pays qui rejoindront le projet.

Pour que le mécanisme d'alerte précoce fonctionne dans les nouveaux pays, un gros travail d'adaptation au contexte législatif, culturel et institutionnel doit être réalisé. Des modèles d'opérateurs, des partenariats public-privé et des déploiements par étapes au sein de régions pilotes ont été testés. En outre, de nombreuses initiatives d'apprentissage entre pairs ont eu lieu dans les quatre premiers pays pilotes.

Dès le départ, l'EWE a été accueilli avec scepticisme, l'opinion générale étant que les hauts dirigeants ne se porteraient pas bénévoles pour travailler dans les pays pilotes. Néanmoins, quelque six cents cadres supérieurs et spécialistes polonais, grecs, italiens et espagnols sont aujourd'hui actifs et échangent des expériences et des idées tirées de leurs dossiers d'assistance. Trois des quatre pays pilotes ont intégré le mécanisme d'alerte précoce dans leurs politiques nationales en matière d'emploi, d'entrepreneuriat et d'assistance aux entreprises.

Il a été très difficile d'atteindre les entreprises en difficulté et leurs dirigeants. Cela a demandé des efforts soutenus à travers divers canaux de communication, notamment dans les médias traditionnels, une démarche de promotion politique à tous les niveaux, des campagnes sur les réseaux sociaux, des lettres d'information, des bases de données d'entreprises et une longue série de réunions locales dans les municipalités et associations où se rencontrent les chefs d'entreprise. Les témoignages d'entrepreneurs ayant connu des difficultés, une faillite ou un second départ se sont avérés particulièrement utiles, possiblement parce que les lecteurs et l'assistance pouvaient s'y identifier. Les systèmes d'appui aux entreprises étant très différents dans les quatre pays pilotes, allant de systèmes très complets à une quasi-inexistence, ces efforts de sensibilisation ont joué un grand rôle dans la réussite de l'EWE.

Un modèle logiciel a été développé par l'Autorité danoise des entreprises afin d'explorer le potentiel des big data et de l'intelligence artificielle en vue de discerner les signaux d'alerte dans les comptes annuels déposés par voie électronique par les entreprises. Exploitant les résultats du modèle, des consultants spécialisés en alerte précoce ont pu détecter ces signaux avec une précision relativement grande et contacter les chefs d'entreprises concernés, qui n'avaient souvent pas conscience de l'étendue de leurs problèmes. Ce modèle présente des possibilités intéressantes de développement et d'ajustement.

L'alerte précoce et la directive sur les cadres de restructuration préventive

L'article 3 de la Directive impose aux États membres de veiller à ce que les « débiteurs aient accès à un ou plusieurs outils d'alerte précoce clairs et transparents permettant de détecter les circonstances qui pourraient donner lieu à une probabilité d'insolvabilité et permettant de leur signaler la nécessité d'agir sans tarder. »

Ces outils d'alerte précoce peuvent inclure :

- des mécanismes d'alerte dans le cas où le débiteur n'a pas effectué certains types de paiement ;
- des services de conseil assurés par des organisations publiques ou privées ;
- des incitations prévues par la législation nationale en faveur de tiers disposant d'informations pertinentes concernant le débiteur, tels que les comptables ou les autorités fiscales et de sécurité sociale, permettant de signaler au débiteur toute évolution inquiétante.

29

Ainsi, le mécanisme d'alerte précoce décrit dans cet article constitue clairement l'une des façons dont les États membres peuvent s'acquitter de leur obligation au titre de l'article 3 leur imposant de mettre à la disposition des débiteurs des outils d'alerte précoce, tels que des services de conseil.

De fait, l'EWD fonctionne au Danemark depuis douze ans, avec de très bons résultats. Toutefois, les praticiens de l'insolvabilité au Danemark continuent de rencontrer de nombreux propriétaires d'entreprises insolubles qui aurait bénéficié grandement de l'alerte précoce s'ils avaient accepté à temps cette offre unique. Malheureusement, un grand nombre de chefs d'entreprise, de prêteurs, de comptables et de consultants n'ont pas connaissance de l'existence de l'EWD.

Bien que les chefs d'entreprise pourraient facilement trouver des informations à ce sujet, il sont réticents à affronter la réalité et à demander conseil.

Comme dit le proverbe, on peut conduire un cheval à l'abreuvoir, mais non le forcer à boire.

L'un des objectifs de la directive est de sauver davantage d'entreprises en leur permettant d'avoir accès à des mesures de restructuration à un stade précoce. L'assistance impartiale, fiable et gratuite des régimes d'alerte précoce est primordiale pour atteindre cet objectif. Toutefois, pour y parvenir réellement, les autorités, institutions et consultants travaillant avec le chef d'entreprise et connaissant la situation financière de l'entreprise devraient être incités à recommander aux chefs d'entreprise de demander conseil au service d'alerte précoce, voire y être obligés.

En conclusion, certains réussissent à faire boire le cheval !

** Morten Møller, Chef de projet, Early Warning Europe ; Piya Mukherjee, Associée au sein du cabinet Horten, Danemark, et Présidente adjointe d'INSOL Europe*

Copenhague en avant-première

Cadres de restructuration préventive (in)utiles : Quelles sont les limites ?

Emmanuelle Inacio vous invite dans la ville la plus heureuse du monde pour notre Congrès annuel et présente les séances techniques à venir*

Quoi de plus enchanteur que de vous inviter à Copenhague, la ville la plus heureuse du monde et la plus accueillante pour notre prochain Congrès annuel ?

Chaque petit détail de la ville est conçu pour la vie : des immeubles et de l'architecture à la nourriture et à l'eau, en passant par les innombrables vélos et l'infrastructure intelligente, jusqu'à l'éducation et aux soins de santé gratuits. En d'autres termes, c'est une société fermement attachée à l'équilibre vital entre travail et plaisir.

Copenhague ressemble à un conte de fée miniature, mais c'est en même temps un centre innovateur, qui fourmille d'idées. La ville est assez grande pour que chaque courant de philosophie de la vie y trouve sa place, tout en étant suffisamment petite pour pouvoir être traversée en vélo en vingt minutes. Tout est là : le pouls urbain dans les rues pavées, les châteaux et clochers, les artistes, les marchés et l'herbe verte, les mamans et leurs bébés dans leur poussette, les hipsters et leurs rêves, le prince et la reine.

Les Copenhaguois sont passés maîtres de l'art de combiner des solutions simples et durables à un mode de vie à la fois sophistiqué et décontracté. Fondé sur la tradition, l'histoire et la culture, sans pour autant cesser d'aller de l'avant, ce mode de vie confère à Copenhague un mélange unique entre les harmonies du charme de l'ancien monde et le rythme progressiste d'une ville véritablement cosmopolite.

Cette ville qui semble avoir réussi à associer avec succès dynamisme économique et sécurité sociale est une véritable source d'inspiration et notre Congrès n'aurait pas pu se dérouler sous de meilleurs auspices.

Le thème principal de notre prochain Congrès à Copenhague est tout à fait d'actualité. Les coprésidents du Comité technique de notre Congrès annuel, **Michala Roepstorff** (Plesner, Danemark) et **Florian Bruder** (DLA Piper, Allemagne) ont choisi d'intituler « **Cadres de restructuration préventive (in)utiles : quelles sont les limites ?** » le fil rouge qui fera le lien entre les différentes séances du programme technique qu'ils nous ont concocté.

En effet, la directive sur les cadres de restructuration préventive a formellement été adoptée par le Conseil le 6 juin 2019. Cette directive est le premier instrument conçu pour harmoniser les mécanismes d'intervention précoce au sein de l'Union européenne, dans le but de maintenir en activité et d'améliorer les entreprises viables, de préserver l'emploi, de maximiser la valeur et de répartir de manière appropriée les résultats entre toutes les parties prenantes. L'harmonisation des procédures préventives vise également à réduire le nombre de liquidations inutiles d'entreprises viables et d'éviter dans la mesure du possible les suppressions d'emplois.

Les États membres doivent désormais transposer la directive dans leur législation interne et, bien que l'idée d'une harmonisation de la culture de la sauvegarde dans l'Union européenne puisse être saluée, il y subsistera nécessairement des différences entre les pays. Ce phénomène sera renforcé par les États membres qui ont déjà anticipé la version définitive de la directive et mis en œuvre des mécanismes préventifs dans leur législation interne. Notre thème principal sera l'occasion d'explorer les différentes approches, les questions de concurrence réglementaire ainsi que des sujets connexes.

Journée inaugurale

Vincent F. Hendricks, très atypique professeur de philosophie formelle à l'université de Copenhague, nous a fait l'honneur d'accepter notre invitation à ouvrir notre congrès le vendredi 27 septembre. Il prononcera un discours d'inauguration qui permettra aux assistants de découvrir les thèmes de notre congrès. Ses recherches portent essentiellement sur la logique, la décision, le traitement de l'information, les comportements de groupe irrationnels, l'étude des bulles et de la démocratie formelle, et la crise financière.

La première séance, présidée par **Florian Bruder** (DLA Piper, Allemagne) analysera le champ d'application de la directive sur les cadres de restructuration préventive, ses points forts et ses points faibles, ainsi que les questions de *forum shopping* découlant des divergences dans sa mise en œuvre.

Le Royaume-Uni sera inévitablement au centre des discussions, puisqu'il est actuellement prévu qu'il cesse de faire partie de l'Union européenne le 31 octobre 2019. Le scénario d'un Brexit sans accord reste possible : dans ce cas, le Royaume-Uni quittera l'Union européenne sans accord de retrait ou autre accord. La discussion sur les répercussions potentielles que produira un Brexit sans accord sur l'insolvabilité et le redressement d'entreprises au niveau transfrontalier sera dirigée par **Eduardo Peixoto Gomes** (Abreu Advogados, Portugal).

Nos délégués auront ensuite la difficile tâche de choisir deux ateliers parmi quatre sujets sectoriels et pratiques très intéressants, à la lumière de la directive sur les cadres de restructuration préventive.

- **Daniel Fritz** (Dentons, Allemagne), président de la première séance de travail, abordera la question des insolvabilités dans le secteur de la santé et expliquera pourquoi les insolvabilités de prestataires de soins de santé sont particulièrement complexes. Par ailleurs, il dirigera les débats sur les applications et les ramifications potentielles pour les prestataires faisant l'objet de procédures d'insolvabilité, et soulignera les approches stratégiques en matière de restructuration.
- Étant donné que le nombre de détaillants frappés d'insolvabilité augmente d'année en année dans de nombreux pays, **David Conaway** (Shumaker, États-Unis), en tant que président de la deuxième séance de travail, examinera les problèmes auxquels est confronté le secteur du commerce de détail et ce que l'avenir lui réserve.
- **Henrik Sjørslev** (DLA Piper, Danemark) modérera la troisième séance consacrée aux insolvabilités de compagnies aériennes. Il analysera les causes de la défaillance des

compagnies aériennes européennes et donnera des conseils sur la façon de bien gérer un atterrissage d'urgence.

- La quatrième séance, dirigée par le **Pr Ignacio Tirado** (Universidad Autonoma de Madrid, Espagne / UNIDROIT, Italie) étudiera l'approche appropriée au traitement des MPME, qui représentent 99 % des entreprises de l'Union européenne et devraient donc bénéficier d'une approche plus cohérente.

S'inspirant du modèle du chapitre 11 des États-Unis, les cadres de restructuration préventive reposent sur le principe d'un accord conclu entre le débiteur dont l'insolvabilité est — au moins — probable et ses principaux créanciers, applicable aux créanciers dissidents au moyen d'une application forcée interclasses. Pour parvenir à cette application forcée interclasses, la directive offre aux États membres le choix entre une règle de priorité absolue et une règle de priorité relative. Ces deux mécanismes seront abordés en séance plénière sous la direction de **Reinhard Dammann** (Clifford Chance, France).

Alberto Nunez Lagos (Uria Menéndez-Proença de Carvalho, Espagne et Portugal) étudiera la question des prêts non productifs (NPL) en Europe. Il dirigera une discussion sur l'approche à adopter pour traiter les NPL, mais également sur les cadres de restructuration préventive qui sont considérés comme un outil permettant de prévenir l'accumulation de prêts non productifs et de limiter leur impact préjudiciable sur le secteur financier.

Notre Congrès donnera l'occasion à **Michala Roepstorff** (Plesner, Danemark) de présider une séance qui présentera la plus grande masse de l'insolvabilité transfrontalière de l'histoire récente de l'insolvabilité au Danemark : le groupe OW Bunker, affaire traitant des effets sur les tiers des cessions intervenant dans le cadre d'une facilité de crédit transnationale.

32

Une séance consacrée à la question de la reconnaissance des jugements liés à l'insolvabilité viendra terminer la première journée du Congrès. Présidée par le **Pr Rodrigo Rodriguez** (université de Lucerne, Suisse), elle traitera des ressemblances et différences entre le règlement de Bruxelles sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale, le règlement européen sur l'insolvabilité et la loi type de la CNUDCI sur la reconnaissance des jugements liés à l'insolvabilité.

Deuxième journée

C'est un grand honneur pour nous que la deuxième journée du congrès s'ouvre sur un discours de **Henning Jørgensen**, professeur au sein du département des sciences politiques de l'université d'Aalborg et ancien directeur de l'Institut syndical européen (ETUI).

La première séance de la journée sera consacrée au financement du contentieux, qui prend un rôle de plus en plus important dans le secteur du droit transfrontalier. Cette séance, dirigée par **Carmel King** (Grant Thornton, Royaume-Uni), étudiera ce phénomène et les possibilités qu'il offre : son fonctionnement, qui le fournit, et en quoi il peut bénéficier aux créanciers.

La deuxième séance de la journée se tournera vers les questions liées aux réseaux sociaux dans le cadre de l'insolvabilité. Notre monde devenant de plus en plus numérique, il va sans dire que les praticiens de l'insolvabilité sont plus que jamais confrontés à la question de savoir

comment protéger et recouvrer les actifs numériques. La présidente de séance, **Piya Mukherjee** (Horten Law Firm, Danemark), aura pour mission d'évaluer si les comptes de réseaux sociaux peuvent être considérés comme des actifs dans le cadre de l'insolvabilité, mais aussi de mettre en lumière les implications du règlement général sur la protection des données (RGPD) à cet égard.

Les cadres de restructuration préventive prévoient entre autres que les États membres devraient mettre en place des outils d'alerte précoce pour avertir les débiteurs de la nécessité de prendre des mesures d'urgence. En effet, plus un débiteur pourra détecter rapidement ses difficultés financières et prendre des mesures appropriées, plus la probabilité d'éviter une insolvabilité imminente sera grande ou, en cas d'activité dont la viabilité est compromise de manière permanente, plus la procédure de liquidation sera ordonnée et efficace. La séance dirigée par **Rita Gismondi** (Gianni Origoni Grippo Cappelli & Partners, Italie) explorera les questions principales liées aux outils d'alerte précoce, ainsi que la question des obligations des dirigeants en cas de probabilité d'insolvabilité, mais aussi les intérêts des créanciers, des détenteurs de capital et des autres parties prenantes.

Une dernière séance sera consacrée à l'utilisation des pre-packs (qui sont des accords de cession de tout ou partie du fonds de commerce ou des actifs du débiteur, entièrement négociés avant le début de la procédure d'insolvabilité formelle et réalisés juste avant son ouverture) et à leurs effets sur les salariés. Les répercussions des récents arrêts de la Cour de Justice de l'Union européenne sur les pre-packs et la cession d'un fonds de commerce (affaires Pays-Bas / Belgique) seront également analysées.

Enfin nous avons le plaisir d'annoncer que l'un de nos membres, **Chris Laughton** (Mercer & Hole, Royaume-Uni), occupera les fonctions d'animateur du Congrès pour garantir le bon déroulement de notre programme.

Avec un tel programme, vous conviendrez sans aucun doute que le Congrès annuel d'INSOL Europe en 2019 sera une manifestation à ne pas rater !

Le Congrès annuel d'INSOL Europe 2019 se déroulera à Copenhague du 26 au 29 septembre et sera précédé de la Conférence annuelle du Forum universitaire, les 25 et 26 septembre. Pour en savoir plus, rendez-vous à l'adresse www.insol-europe.org/events.

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

Conférence 2019 du Forum universitaire

Michael Veder nous annonce le 15^e anniversaire du Forum universitaire, qui sera fêté à Copenhague cet automne*

Le Forum universitaire fêtera son 15^e anniversaire à Copenhague cet automne.

Les 25 et 26 septembre 2019, le Forum universitaire se réunira à Copenhague pour discuter des sujets d'actualité dans le domaine du droit de l'insolvabilité. Cette année aura lieu la 15^e conférence du Forum universitaire, qui avait été créé sous le nom de « Branche universitaire » sous la direction du **Pr Sebastian Kortmann** (université Radboud, Nimègue) et lancé lors de la conférence d'INSOL Europe à Cork en 2003.

La directive européenne sur la restructuration ayant été formellement adoptée par le Conseil européen le 6 juin 2019, le thème de la conférence du Forum universitaire de cette année est parfaitement bien choisi : « **Harmonisation des lois en matière d’insolvabilité et de restructuration au sein de l’UE.** »

La conférence se focalise sur les cadres de restructuration préventive que la directive européenne cherche à mettre en œuvre dans tous les États membres. En six séances, les principaux éléments du cadre de restructuration prévu par la directive européenne seront abordés, ainsi que leur mise en œuvre et leur application (actuelles et futures) dans les États membres.

Les séances de la conférence traiteront de la conception et de la mise en œuvre des cadres de restructuration préventive, du rôle des dirigeants et de la position du débiteur non dessaisi, de la manière et de la mesure dont les créanciers peuvent être affectés et protégés par les cadres de restructuration préventive (par exemple grâce à une suspension et à des mécanismes d’application forcée interclasses), et de l’administration de la procédure de restructuration, sans oublier le rôle des praticiens (dans le domaine des restructurations) et des juges.

Cette année, la traditionnelle séance du **Réseau des jeunes chercheurs en droit de l’insolvabilité (YANIL)** fait réellement partie intégrante du programme de la conférence, puisqu’ils aborderont eux aussi le thème de la directive européenne sur la restructuration.

Le jeudi 26 septembre, la dernière séance de la conférence sera réservée au **Forum des praticiens Edwin Coe**. Tous les praticiens intéressés se trouvant déjà à Copenhague y sont cordialement invités pour explorer le champ d’application et les limites de la suspension.

Nous sommes enchantés et très honorés qu’**Ignacio Tirado**, professeur de droit commercial, de droit des entreprises et de droit de l’insolvabilité à l’Universidad Autónoma de Madrid, Espagne, et Secrétaire général d’UNIDROIT, ait accepté de dispenser le cours Edwin Coe cette année. Il nous fera part de ses réflexions sur un sujet très controversé dans le cadre de la directive européenne sur la restructuration, à savoir la « règle de priorité relative » à titre d’alternative à la « règle de priorité absolue ».

J’espère que vous serez nombreux à nous rejoindre pour débattre avec nous et fêter notre anniversaire à Copenhague !

Pour en savoir plus et consulter la dernière version du programme technique, rendez-vous à l’adresse www.insol-europe.org/academic-forum-events

** Michael Veder, Président du Forum universitaire d’INSOL Europe ; université Radboud, Pays-Bas*

X X X

X

Ukraine

Nouveau Code de l'insolvabilité en Ukraine : ce à quoi il faut s'attendre

Olha Stakheyeva-Bogovyk nous informe de ce que l'on peut attendre de ce nouveau Code ukrainien*

Les tendances internationales et la vitesse du développement de l'environnement de la restructuration et de l'insolvabilité à travers le monde font qu'il est impossible d'ignorer ces procédures. L'Ukraine n'est pas de reste.

Le 15 avril 2019, le Président ukrainien a enfin signé le tout premier Code du pays consacré aux procédures d'insolvabilité (le « Code ukrainien de l'insolvabilité »), qui a été rédigé avec l'assistance du FMI et de la Banque mondiale. Il remplacera l'actuelle loi ukrainienne intitulée « De la restauration de la solvabilité du débiteur ou de la déclaration de sa faillite » (la « loi ukrainienne ») à sa date de promulgation définitive, c'est-à-dire le 21 octobre 2019. Il est prévu que les cadres nationaux de la restructuration et de l'insolvabilité deviennent plus efficaces, transparents et prévisibles qu'avant.

Les grands développements exposés ci-dessous sont certains de ceux que laisse entrevoir le Code ukrainien de l'insolvabilité.

Amélioration du cadre de restructuration préventive

Le cadre de restructuration préventive national, dit « procédure de sauvegarde du débiteur avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité », est relativement nouveau pour l'Ukraine. Il a été introduit assez récemment dans l'objectif de redresser les débiteurs avant qu'ils ne deviennent insolubles.

En réalité, l'ancien cadre prévu par la loi ukrainienne ne pouvait pas être mis en œuvre dans la pratique. Pour l'essentiel, ce problème était lié au consentement des créanciers garantis dont dépendait l'approbation du plan de sauvegarde, et qui était quasiment impossible à obtenir.

Depuis l'adoption du Code ukrainien de l'insolvabilité, le concept entier de cette procédure a connu des changements importants. Les anciennes dispositions inopérantes concernant la restructuration préventive ont été améliorées pour permettre leur mise en œuvre dans la pratique. La procédure de sauvegarde préventive modifiée ressemble désormais davantage au concordat prévu par la loi britannique sur les sociétés ; par ailleurs, elle reprend également certaines caractéristiques de la procédure de restructuration fondée sur le chapitre 11 du Code de la faillite des États-Unis.

Parmi les évolutions les plus significatives, citons le seuil de vote applicable aux créanciers garantis affectés (de 100 %, il est réduit aux deux tiers des votants de la classe).

Dans la pratique, l'introduction d'un mécanisme d'application forcée interclasses aux créanciers garantis dissidents devrait dans une certaine mesure les empêcher de s'opposer à l'approbation du plan de sauvegarde. Par conséquent, les chances d'obtenir l'approbation et la mise en œuvre d'un plan de restructuration au cours de la période précédant l'insolvabilité augmentent, ce qui n'était

pas le cas auparavant. Dans ce sens, l'Ukraine devrait devenir un territoire plus favorable à la restructuration préventive, facilitant ainsi la restructuration préventive des débiteurs sur son territoire, au lieu que ceux-ci recherchent des centres de restructuration populaires à l'étranger.

Imposition d'une responsabilité conjointe au dirigeant du débiteur

Auparavant, la loi ukrainienne prévoyait l'obligation générale faite au débiteur, en cas de simple probabilité d'insolvabilité (lorsque le remboursement d'un créancier entraînait l'incapacité de rembourser les autres en intégralité), de déposer une demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité. Par contre, en vertu du Code ukrainien de l'insolvabilité, le débiteur est désormais soumis à un délai strict, c'est-à-dire qu'il doit déposer sa demande dans le mois suivant la date de l'apparition de ses difficultés.

Si le dirigeant ne se soumet pas à cette obligation dans la période qui précède l'insolvabilité, le tribunal de l'insolvabilité peut décider que sa responsabilité sera conjointement engagée envers les créanciers. En outre, la décision du tribunal de l'insolvabilité constatant la violation suffira à elle seule à exposer le dirigeant du débiteur à cette responsabilité conjointe, sans qu'il soit nécessaire de prouver sa faute dans le cadre d'une procédure pénale distincte.

Dans la pratique, l'établissement de délais stricts pour que le débiteur prenne des mesures en cas de probabilité de difficultés, ainsi que la perspective d'une responsabilité conjointe du dirigeant envers les créanciers sont censés permettre de discipliner la gestion quotidienne du débiteur, de contrôler la viabilité de l'entreprise et de détecter les problèmes à un stade précoce et ainsi les traiter dès que possible.

36

Facilité d'ouverture de la procédure

Les motifs d'ouverture de la procédure d'insolvabilité ont été simplifiés. L'ouverture de la procédure n'est plus liée à des exigences fastidieuses et chronophages. Plus précisément, le créancier ne dépend plus des conditions suivantes :

- a) L'existence d'un seuil d'endettement (à savoir des créances incontestées impayées s'élevant à 300 salaires minimaux¹¹, soit environ 41 454 euros) ;
- b) Le recouvrement des déclarations de créance par l'intermédiaire du tribunal et des autorités de police (c'est-à-dire l'obtention de la décision de justice définitive et la décision concernant l'ouverture de la procédure d'exécution) ; et
- c) Le défaut du débiteur à rembourser sa dette dans un délai de trois mois à compter de sa date d'échéance.

Désormais, pour ouvrir une procédure d'insolvabilité en vertu du nouveau Code ukrainien de l'insolvabilité, le créancier doit indiquer dans sa demande des informations concernant le montant de sa créance, ainsi que les circonstances de l'affaire motivant la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité. En outre, le créancier ou le débiteur (selon le cas) doit accompagner sa demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité d'un acompte en faveur de l'administrateur, s'élevant à trois salaires minimums (soit environ 415 euros), et payer des droits de justice s'élevant à dix revenus minimum¹² (soit environ 636 euros).

¹¹ Montant du salaire minimum du 1^{er} janvier au 30 juin 2019 = 4 173 UAH ; 300 salaires minimums = 1 251 900 UAH (1 EUR = 30,20 UAH en avril 2019).

¹² Montant du revenu minimum du 1^{er} janvier au 30 juin 2019 = 1 921 UAH.

Introduction de la levée de plein droit de la suspension pour les créanciers garantis

En règle générale, l'ouverture de la procédure d'insolvabilité en Ukraine déclenche de plein droit une suspension visant à protéger le débiteur et ses biens contre les créances et les procédures d'exécution ou de saisie.

Au vu de ce qui précède, la suspension empêchait un créancier garanti de réaliser sa garantie lorsqu'il le jugeait nécessaire. En effet, cela n'était possible que dans le cadre de la procédure de liquidation, par l'intermédiaire d'une vente aux enchères.

Toutefois, cette interdiction générale des saisies a été contournée par les nouvelles dispositions du Code ukrainien de l'insolvabilité. En effet, à condition qu'aucune décision d'ouverture de procédure de sauvegarde ou de déclaration de l'insolvabilité du débiteur n'ait été prononcée, la suspension doit être levée de plein droit pour les créanciers garantis à l'expiration d'un délai de 170 jours civils à compter de la date d'ouverture de la procédure d'administration. Dans la pratique, cela pourrait signifier que les créanciers garantis auront la possibilité de réaliser leur garantie entre la fin de la procédure d'administration et le début d'une éventuelle procédure de liquidation ou de sauvegarde, dans le cas où les conditions susmentionnées sont remplies.

Modification de la durée de la période suspecte dans le cadre des actions révocatoires

La période suspecte a été étendue d'un à trois ans, ce qui signifie que les opérations qui ont été réalisées par le débiteur dans les trois ans précédant ou suivant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et qui ont causé un préjudice au débiteur ou aux créanciers peuvent faire l'objet d'une action révocatoire dans le cadre de la procédure d'insolvabilité sur requête de l'administrateur ou d'un créancier.

37

Cession des actifs du débiteur dans le cadre d'une vente aux enchères électronique

La cession de la totalité des actifs du débiteur intervient exclusivement dans le cadre d'une vente aux enchères électronique. Cette mesure est censée promouvoir la transparence de la procédure de vente et éliminer (ou réduire au minimum) toute intervention externe.

À retenir

Les avantages et les inconvénients du Code ukrainien de l'insolvabilité récemment adopté ne pourront être établis qu'une fois qu'il sera appliqué dans la pratique. En tout état de cause, il est considéré que le vecteur mis en avant correspond aux tendances internationales qui visent à faciliter la sauvegarde des entreprises viables en cas de probabilité d'insolvabilité et à accroître l'efficacité des procédures d'insolvabilité.

** Olha Stakheyeva-Bogovyk, collaboratrice au sein du cabinet Hillmont Partners, Kiev (Ukraine)*

x x x

x

France

Les crypto-monnaies et les procédures collectives : le traitement des actifs volatils

Anja Droege Gagnier et Léa Marlière expliquent comment sont traités les nouvelles technologies en France

Nés au début des années 2010, les crypto-actifs¹³ ont progressivement pris pied dans l'économie réelle française au travers de services permettant leur achat ou vente contre des monnaies légales, leur conservation, ou encore comme instrument de financement dans le cadre d'*Initial Coin Offerings (ICOs)*. On dénombre aujourd'hui près de 1.600 crypto-monnaies, dont trois d'entre elles, *Bitcoin*, *Ethereum* et *Ripple* dominent les transactions et capitalisations.

Face à l'essor de ces actifs digitaux, les régulateurs et législateurs sont aujourd'hui appelés à mettre en place un cadre réglementaire adapté, dans une démarche coordonnée à l'échelle mondiale. Le droit français s'est d'ailleurs voulu pionnier en la matière, en permettant d'une part l'utilisation des technologies types « *Blockchain* » s'agissant de la transmission des titres financiers non cotés et des minibons¹⁴ et, d'autre part, en instaurant un cadre juridique aux *ICOs* et un régime fiscal aux crypto-actifs¹⁵. De ce constat il ressort que le législateur français n'envisage pas, pour le moment, les questions relatives à la qualification juridique des crypto-monnaies et leur traitement dans le cadre des procédures collectives françaises.

1. Quelle qualification juridique ?

La crypto-monnaie, actif disponible ?

Agissant tel un baromètre des difficultés, la notion de cessation des paiements¹⁶ et sa détection imposent une appréciation isolée et précise de l'**actif disponible** de la société en difficulté. La notion d'actif disponible d'une société comprend (i) l'ensemble des liquidités et (ii) les valeurs immédiatement réalisables. Or, les crypto-monnaies sont des réserves de valeur pouvant être converties immédiatement en euro suite à leur revente sur des plateformes de *trading* dédiées, de sorte qu'elles devraient être prises en compte dans l'évaluation de l'actif disponible d'une société en difficulté.

Ces actifs viendront donc « gonfler » l'actif disponible et faire échapper temporairement une société à la **cessation des paiements** ou, *a contrario*, l'y conduire brutalement dans l'hypothèse d'une importante fluctuation de valorisation¹⁷, en conséquence de quoi le représentant légal devra faire preuve d'une vigilance accrue.

La crypto-monnaie, bien meuble incorporel ou monnaie officielle ?

Les créanciers d'une société débitrice pourraient être tentés de déclarer entre les mains du mandataire judiciaire leur créance en crypto-monnaie, laquelle serait alors assimilée à une devise étrangère.

13 Crypto-monnaies et tokens

14 Ordonnances des 8 décembre 2017 et 28 avril 2016 sur le « dispositif d'enregistrement électronique partagé » et leur décret d'application du 24 décembre 2018

15 Loi PACTE du 11 avril 2019 et Loi de Finances 2019

16 En France, la cessation des paiements est la seule cause d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité conformément aux articles L.631-1 et L.640-1 du Code de commerce

17 Dans l'hypothèse où le patrimoine d'une société serait en grande partie constitué de crypto-actifs

Les autorités de régulation européennes s'accordent aujourd'hui à dire que les crypto-monnaies ne sauraient constituer des monnaies officielles ayant cours légal faute de rattachement étatique et de reconnaissance officielle en ce sens¹⁸, de sorte qu'elles ne sauraient fonder une déclaration de créance.

Ces actifs pourraient donc être assimilés à des biens meubles incorporels, pouvant constituer l'assiette d'une sûreté réelle. La constitution d'une sûreté sur ces biens complexes semble pourtant peu envisageable. A titre d'exemple, la constitution d'un nantissement sans dépossession sur des crypto-monnaies offrirait une très faible garantie au créancier nanti, à supposer que l'on puisse considérer le nantissement valablement constitué¹⁹. De même, la constitution d'un nantissement avec dépossession nécessiterait le transfert des crypto-monnaies entre les mains du créancier nanti ou d'un tiers convenu, entraînant alors d'importantes difficultés pratiques. Plus généralement, la complexité et la forte volatilité de ces nouveaux actifs constitueraient une réelle source d'incertitudes pour le créancier lors de la réalisation des garanties consenties.

Les crypto-monnaies peuvent-elles alors faire l'objet d'une clause de réserve de propriété, de sorte qu'elles pourraient être revendiquées par un créancier qui s'en estimerait le véritable propriétaire ? Une telle hypothèse ne saurait exister en pratique. La *Blockchain* permettant la circulation des crypto-monnaies entraîne *de facto* une transmission de la propriété, n'autorisant pas en principe la stipulation d'une clause de réserve de propriété ni un paiement différé de l'actif digital objet du bloc de transaction. Une société détenant des crypto-monnaies devrait donc nécessairement en avoir la pleine propriété.

39

2. Quel traitement ?

Avant l'ouverture d'une procédure collective

Deux hypothèses peuvent ici être envisagées : les paiements effectués en crypto-monnaies et la conversion de crypto-monnaies en liquidités au cours de la période suspecte²⁰.

Les paiements réalisés en crypto-monnaies intervenus durant la période suspecte pourraient être contestés, puisqu'ils ne constituent pas un « *mode de paiement communément admis dans les relations d'affaires* »²¹. Une telle remise en cause serait toutefois peu pertinente, puisqu'entre le moment où le paiement est réalisé et le moment où les actifs digitaux sont restitués du fait de la nullité de la transaction, leur valeur peut avoir sensiblement augmenté ou diminué.

La conversion de crypto-monnaies en euro devrait, quant à elle, échapper aux nullités de la période suspecte. Toutefois, un dirigeant qui, conscient des difficultés approchantes, procéderait à la vente rapide et à vil prix de ses crypto-monnaies, pourrait engager sa **responsabilité pour insuffisance d'actif** dès lors que cette conversion pourrait être assimilée à une faute de gestion ayant contribué à aggraver le passif de la société en difficulté. La preuve de la relation de cause à effet devrait toutefois être difficile à rapporter en pratique.

18 ESMA, ACPR, AMF, Banque de France, Focus n° 16 « *L'émergence du bitcoin et autres crypto-actifs : enjeux, risques et perspectives* », 5 mars 2018

19 Son opposabilité aux tiers étant conditionnée par sa publicité sur un registre national

20 En France, il s'agit de la période courant entre la date de cessation des paiements de la société en difficulté et la date du jugement d'ouverture de la procédure d'insolvabilité

21 Article L.632-1 du Code de commerce

Au cours d'une procédure collective

Afin de dégager de la trésorerie pour financer la poursuite d'activité de la société en **période d'observation**, l'administrateur judiciaire pourra procéder à la revente des crypto-monnaies, étant entendu qu'il devra compter sur la coopération du représentant légal de la société débitrice pour lui donner accès aux différents modes de stockage des crypto-monnaies détenues.

A cet égard, *quid* de la responsabilité de l'administrateur judiciaire qui, dans un souci de célérité, revendrait à vil prix les crypto-monnaies détenues par la société débitrice au détriment des intérêts de la procédure collective ? Ce risque semble écarté dans la mesure où l'administrateur judiciaire devra prendre soin d'obtenir l'autorisation du juge-commissaire préalablement à toute vente.

Dans le cadre d'une **cession totale ou partielle**, les candidats repreneurs devront proposer un prix au Tribunal prenant en compte, entre autres, la valorisation des actifs digitaux. Or, puisque l'offre de reprise déposée ne peut être modifiée, sauf dans un sens plus favorable, jusqu'à la décision du Tribunal, le candidat repreneur devra supporter le risque d'un krach sur la valeur des crypto-monnaies.

Dans le cadre de **cessions isolées des actifs** de la société débitrice, la question de la valorisation sera évitée grâce à l'intervention du juge-commissaire, lequel devra autoriser la vente des crypto-monnaies aux enchères publiques ou de gré à gré, aux prix et conditions qu'il déterminera. La valeur des crypto-monnaies pourra donc être débattue lors de la mise aux enchères, ou alors sera fixée en amont par le juge-commissaire.

Force est de constater que le droit français des entreprises en difficulté fait preuve d'une certaine rigidité peu compatible avec la nature hautement volatile des crypto-monnaies. Dans un souci d'anticipation, les praticiens de la faillite devront donc se former à manipuler sans trop de risques ces actifs bien particuliers.

x x x
x

Démystification de l'Offshore

Reconnaissance et assistance dans les territoires outre-mer

Dans ce premier article d'une série à venir, les auteurs présentent des décisions fondées sur le droit écrit ou la common law en matière de reconnaissance et d'assistance que les liquidateurs situés en Europe peuvent utiliser ; par ailleurs, ils mettent en lumière plusieurs affaires récentes*

Dans un environnement financier mondialisé, les mandataires de l'insolvabilité auront souvent besoin de regarder ce qui se passe au-delà de leurs frontières pour remplir leur mission principale qui consiste à recouvrer et réaliser les actifs.

Au sein de l'UE, cette tâche est simplifiée par les dispositions détaillées du règlement sur l'insolvabilité. Pourtant, malgré l'importance des activités financières qui se déroulent dans d'importants centres financiers offshore tels que les îles Vierges britanniques (« IVB »), les îles

Caïmans, Guernesey et Jersey (dénommés par commodité les « **Quatre dépendances et territoires outre-mer de la Couronne** » (les « **territoires** »))²², de nombreux professionnels de l'insolvabilité situés en Europe ont une vision très négative de ce qui peut y être réalisé. Comme l'ont montré les récents séminaires organisés par le Forum anti-fraude d'INSOL Europe, cette négativité est souvent déplacée.

Bien qu'aucun des quatre territoires ne soit membre de l'UE et qu'aucun d'entre eux ne soit doté d'une législation fondée sur la loi type de la CNUDCI de 1997 sur l'insolvabilité internationale (la « **loi type** »), chacun d'entre eux dispose de procédures reconnues pour assister les mandataires étrangers, qui peuvent être utilisées à diverses fins, notamment pour recouvrer des actifs ou obtenir les livres et registres nécessaires sur ces territoires.

Liquidations secondaires

En règle générale, les mandataires étrangers chercheront d'abord à établir s'il existe un lien suffisant entre l'entité pour laquelle ils sont désignés et le territoire en question avant d'envisager si une procédure de liquidation secondaire doit y être ouverte. Comparable aux procédures secondaires en Europe, la liquidation secondaire d'une société étrangère confère généralement aux mandataires les mêmes pouvoirs que ceux dont ils auraient bénéficié s'ils avaient été désignés pour une société locale.

Les îles Caïmans, Jersey et les IVB permettent la liquidation de sociétés étrangères entre autres dans le cas où elles exercent des activités ou possèdent des biens sur ces territoires. Actuellement, il est impossible de désigner un liquidateur à Guernesey par rapport à une société étrangère, mais il est proposé d'introduire cette possibilité avant la fin de l'année 2019.

41

Reconnaissance et assistance

Les mandataires européens peuvent également envisager de solliciter des décisions de reconnaissance de leur désignation et d'assistance auprès du tribunal compétent du territoire concerné. Ils ne sont pas désignés mandataires par le tribunal, mais leur statut et leur pouvoir d'agir au nom de la société se voient conférer un effet local et ils bénéficieront de l'assistance du tribunal dans leur mission, sous la forme de diverses autres décisions.

Ces demandes feront généralement suite à une commission rogatoire du tribunal ayant désigné le mandataire, exposant la nature de la reconnaissance et de l'assistance sollicitées²³.

Ces décisions peuvent généralement être prononcées en application du droit écrit ou de la *common law*.

Droit écrit

Les décisions prononcées en application de l'*Insolvency Act* des IVB, de la *Bankruptcy (Désastre) Law* de 1990 de Jersey (la « **loi de Jersey** ») et de l'*Insolvency Act 1986 (Guernsey) Order* de 1989 (l'« **ordonnance de 1989** ») ne peuvent être accordées qu'à des mandataires d'un petit

²² Il existe bien entendu un nombre important d'autres territoires similaires qui ne sont pas étudiés dans cet article.

²³ Ceci est obligatoire à Guernesey lorsque l'ordonnance de 1989 est appliquée.

nombre de pays précis²⁴. Ces limitations ne s'appliquent pas aux îles Caïmans, où la loi sur les sociétés²⁵ permet au tribunal de rendre des décisions à l'appui de toute procédure d'insolvabilité ouverte dans le pays de constitution ou d'établissement de l'entité concernée.

En vertu du droit écrit des îles Caïmans, des décisions peuvent être prononcées à diverses fins, notamment la reconnaissance du mandataire à agir au nom de la société, l'interdiction ou la suspension des procédures ou des mesures d'exécution à l'encontre de la société, la demande de production d'informations ou de documents au mandataire et la remise des biens de la société (y compris l'introduction d'actions révocatoires).

Des décisions similaires peuvent être obtenus aux IVB (en vertu de la loi sur l'insolvabilité²⁶), à Jersey (en vertu de l'article 49 de la loi de Jersey) et à Guernesey (en vertu de l'ordonnance de 1989). La loi sur l'insolvabilité des IVB prévoit une liste de décisions similaire à celle des îles Caïmans²⁷, quoique pas identique ; par contre, ce n'est pas le cas de Jersey ou de Guernesey. Les tribunaux des IVB, de Jersey et de Guernesey peuvent appliquer soit leur droit interne soit le droit applicable à la procédure étrangère lorsqu'ils prononcent des décisions d'assistance²⁸, tandis que le droit écrit des îles Caïmans dispose que seul le droit interne peut être appliqué²⁹.

Common law

Les quatre territoires conservent également certains pouvoirs pour accorder une reconnaissance et une assistance en application de la *common law*.

À Jersey et Guernesey, où le droit écrit est moins complet, la *common law* joue un rôle plus important. À Jersey, les tribunaux peuvent accorder une assistance aux mandataires étrangers, même dans le cas où une procédure d'insolvabilité concurrente est en instance sur le territoire. De la même manière, à Guernesey, lorsqu'une requête émane d'un mandataire étranger désigné dans un pays qui ne figure pas dans la liste prévue par la loi, le tribunal peut exercer son pouvoir discrétionnaire et accorder la reconnaissance et l'assistance sollicitées. Conformément aux principes du droit international privé, les mandataires désignés par un tribunal du pays de constitution d'une société seront reconnus par les tribunaux de Guernesey et de Jersey.

Par contre, aux IVB, il s'avère que la législation limite fondamentalement les bénéficiaires de l'assistance du tribunal aux représentants étrangers désignés uniquement dans certains pays précis³⁰.

²⁴ Pour Guernesey : Royaume-Uni, Île de Man et Jersey ; pour les IVB : Australie, Canada, Finlande, Hong-Kong, Japon, Jersey, Nouvelle-Zélande, Royaume-Uni et États-Unis d'Amérique ; pour Jersey : Royaume-Uni, Île de Man, Guernesey, Australie et Finlande.

²⁵ Partie XVII, complétée par les *Foreign Insolvabilité Proceedings (International Cooperation) Rules*, 2018.

²⁶ Part XIX de l'*Insolvency Act (Orders in Aid of Foreign Proceedings)*. La loi sur l'insolvabilité contient également la Partie XVIII (insolvabilité transfrontalière), dont les dispositions sont fondées sur la Loi type de la CNUDCI. Elle n'est jamais entrée en vigueur.

²⁷ Article 467(3).

²⁸ Loi des IVB sur l'insolvabilité, 2003, art. 467(5) ; ordonnance de 1989 ; article 49 de la loi de Jersey sur l'insolvabilité, telle qu'appliquée dans l'affaire *Re Estates and General Developments Limited 2013* (1) JLR 145. Voir également l'affaire de Guernesey *Batty v Bourse Trust Company Ltd* [2017] GLR 54, dans laquelle une décision a été prononcée en vertu de l'ordonnance de 1989, appliquant le droit anglais annulant les opérations sous-estimées.

²⁹ *Picard v Primeo* [2014(1) CILR 379].

³⁰ Dans l'affaire *C (A Bankrupt) BVIHC(COM) 80* de 2013.

Nature du pouvoir discrétionnaire

Les principes régissant les décisions de reconnaissance ou d'assistance sont similaires dans les quatre territoires. Ils sont exposés dans les textes correspondants des îles Caïmans et des BVI, et exigent de prendre en considération divers facteurs tels que « les éléments qui garantiront au mieux l'administration économique et rapide de [la liquidation étrangère] [...] dans le respect » « du juste traitement de tous [les créanciers demandeurs dans le cadre de ladite liquidation] », « la protection des [créanciers locaux] contre tout préjudice et désagrément dans le traitement des créances dans le cadre de [la liquidation] étrangère » et « le principe de courtoisie »³¹. Des considérations similaires sont susceptibles d'influencer les décisions des tribunaux guernesiais et jersiais.

Common law – après l'affaire *Singularis*

L'un des objectifs de l'insolvabilité transfrontalière moderne se traduit par le principe de l'universalisme modifié : les actifs d'un débiteur doivent être localisés et distribués à l'échelle mondiale, dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité unique, les tribunaux nationaux protégeant néanmoins les intérêts des parties prenantes locales lorsque cela s'avère nécessaire. Suite à l'affaire *Cambridge Gas*, il a été admis que le pouvoir des tribunaux de *common law* d'assister les procédures de liquidation étrangères devait s'étendre au prononcé de décisions *comme si* l'entité concernée était placée en liquidation dans le pays.

Par la suite, l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Rubin* et la décision du Conseil privé dans l'affaire *Singularis* ont considérablement réduit la portée de l'universalisme modifié. Même si ce concept continue de faire partie de la *common law*, sa portée est beaucoup plus réduite que ce qui avait été formulé dans l'affaire *Cambridge Gas* ; en particulier, le tribunal interne ne peut agir que dans la stricte limite de ses pouvoirs en vertu du droit écrit et de la *common law* et non pas prononcer de décisions « *comme si* ».

La pleine mesure de ces pouvoirs est encore à l'étude. Dans l'affaire *Singularis*, la majorité a jugé qu'il existait un pouvoir, en vertu de la *common law*, de demander aux personnes soumises à la compétence du tribunal de fournir des informations aux mandataires étrangers dans la mesure où des décisions similaires pouvait être prononcées dans le pays des mandataires. Ceci a suscité des controverses à Guernesey, au moins dans le contexte de l'insolvabilité des personnes physiques. La Royal Court a refusé de suivre la majorité dans l'affaire *Singularis*, jugeant à la place que le mandataire étranger d'un débiteur étranger insolvable ne pouvait pas exercer de pouvoirs de collecte d'informations à Guernesey³².

Aux îles Caïmans, dans deux affaires récentes³³, le tribunal a accordé une assistance en vertu de la *common law* à des mandataires désignés par un tribunal de Hong-Kong concernant des sociétés des îles Caïmans. Il leur a accordé une reconnaissance leur permettant de demander au nom de ces sociétés une mesure de réparation ouverte aux sociétés en vertu des lois des îles Caïmans (à savoir l'ouverture d'un concordat dans un cas et la présentation d'une demande de liquidation dans l'autre), ainsi que des instructions en matière de gestion des affaires, visant à suspendre la procédure des îles Caïmans dirigée à l'encontre de ces sociétés. Dans les deux affaires, les faits

³¹ Articles 242 et 468, respectivement.

³² *Brittain (Trustee in Bankruptcy of X) v GTC (Guernsey) Limited* [2015] GLR 248.

³³ *China Agrotech 2017 (2) CILR 526* et *Changgang (FSD 270 de 2017)*.

étaient simples, c'est-à-dire qu'il était peu probable qu'une procédure de liquidation concurrente existe et que les créanciers subissent un préjudice du fait de ces décisions.

Conclusion

Comme on peut le constater, la portée des procédures secondaires ou des décisions de reconnaissance et d'assistance dans les quatre territoires est considérable.

Les tribunaux de ces territoires, soutenus par des professionnels qualifiés du droit et de la comptabilité, s'adaptent aux développements mondiaux et ont l'habitude des insolvabilités transfrontalières. Les mandataires européens ne devraient donc pas avoir peur de saisir les tribunaux de ces territoires pour obtenir des décisions appropriées.

** Du cabinet Maurant Ozannes : Stephen Alexander, Associé à Jersey ; Nicholas Fox, Associé aux îles Caïmans ; Justine Lau, Associée à Hong-Kong ; Abel Lyall, Associé à Guernesey*

X X X
X

Espagne

Acquisition d'unités de production en Espagne

Julio Menchaca Vite nous présente une analyse de l'acquisition d'unités de production à chaque étape de la procédure d'insolvabilité

44

L'acquisition d'unités de production, définies à l'article 149.4 de la loi sur l'insolvabilité 22/2003 (la « loi ») comme un « ensemble de moyens organisés afin d'exercer une activité économique essentielle ou accessoire »³⁴ peut-être intégrée à chacune des étapes de la procédure d'insolvabilité espagnole, à savoir : (i) étape commune, (ii) étape de concordat, (iii) étape de liquidation, et (iv) procédures pré-organisées ; chacune d'entre elles présentant les caractéristiques analysées ci-dessous :

Acquisition d'unités de production lors de l'étape commune

L'étape commune débute par la déclaration d'insolvabilité et se termine par l'ouverture de l'étape de concordat ou, selon le cas, par l'ouverture de l'étape de liquidation (article 21.2 de la loi) ; elle n'a pas pour objectif principal la réalisation des actifs ou des unités de production du débiteur. Toutefois, la loi permet certains actes de cession à cette étape s'ils sont réalisés au bénéfice de la procédure d'insolvabilité et dûment justifiés.

En règle générale, la cession doit être autorisée par le juge (article 43.2 de la loi), bien qu'il existe des exceptions, auquel cas elle peut être réalisée directement par l'administrateur de l'insolvabilité (article 43.3 de la loi). Dans le cas de la cession d'une unité de production, l'objectif est principalement de garantir la viabilité de l'entreprise. La cession intervient généralement lorsque le

³⁴ Ce concept est conforme à l'article 1.1.b de la directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, qui définit les unités de production comme une « entité économique maintenant son identité, entendue comme un ensemble organisé de moyens, en vue de la poursuite d'une activité économique, que celle-ci soit essentielle ou accessoire. »

report de la procédure d'insolvabilité est susceptible d'entraîner la perte des principaux contrats avec les clients et fournisseurs, le départ des travailleurs clés ou l'obsolescence des machines ou technologies.

Étant donné que la cession de l'unité de production à cette étape constitue une exception, le juge ou l'administrateur de l'insolvabilité dispose d'une marge de manœuvre importante pour décider de la forme et des conditions de la cession, de son éventuelle publicité ou de la méthode d'évaluation des offres.

Toutefois, les pouvoirs discrétionnaires de cession à cette étape ne sont pas absolus. En effet, en tout état de cause, les règles de cession énoncées aux articles 146 bis et 149 de la loi, qui font respectivement référence aux spécialités dans le cadre des cessions d'unités de production et aux règles de liquidation, doivent être respectées.

Acquisition d'unités de production lors de l'étape de concordat

On peut distinguer deux étapes différentes de concordat : (i) la proposition précoce de concordat, et (ii) l'étape « régulière » de concordat.

Conformément à l'article 104 de la loi, la proposition précoce de concordat peut être déposée à condition que l'ouverture de la liquidation n'ait pas été demandée, entre la date d'ouverture de la procédure d'insolvabilité et la fin de la période de déclaration des créances par les créanciers, c'est-à-dire un mois après la publication de la déclaration de la procédure d'insolvabilité au Journal officiel (article 21.1.5 de la loi).

45

D'autre part, l'étape de concordat que nous avons appelée « régulière », pour la différencier de la proposition anticipée, intervient après l'étape commune (article 111.1 de la loi).

Dans les deux cas de figure, la cession de l'unité de production peut intervenir dans le cadre du concordat (article 100.2 de la loi), l'acquéreur pouvant décider s'il souhaite assumer ou non les dettes envers les créanciers. Dans la négative, la cession de l'unité de production interviendra hors du cadre du concordat. Par contre, si les dettes sont expressément assumées par l'acquéreur (article 146 bis 4 de la loi) celui-ci doit signer le concordat et payer les dettes selon les modalités qu'il prévoit, à titre de condition de la cession de l'unité de production.

Ceci est habituellement la solution à choisir lorsque l'acquéreur souhaite maintenir les relations avec les créanciers ou lorsque ceux-ci disposent de garanties grevant les actifs indispensables au développement de l'activité.

Acquisition d'unités de production lors de l'étape de liquidation

L'étape de liquidation — qui est l'autre issue possible de l'étape commune, outre l'étape de concordat — nécessite que l'administrateur de l'insolvabilité dépose un plan de liquidation prévoyant si possible la cession de l'unité de production (article 148 de la loi), étant donné que le législateur privilégie la cession en tant que tout à une cession fragmentée des actifs.

Le plan de liquidation sera déposé devant le juge qui, avant de l'homologuer, accordera un délai de quinze jours aux créanciers, aux travailleurs et au débiteur pour qu'ils puissent l'examiner et

exprimer leurs observations ou propositions de modification, et, s'agissant des travailleurs, publier un rapport par l'intermédiaire de leurs représentants.

Une fois ce délai écoulé, le juge procédera à l'homologation du plan de liquidation et, le cas échéant, pourra y apporter les modifications qu'il estime nécessaires. Il peut également autoriser la liquidation conformément aux règles énoncées à l'article 149 de la loi.

En ce sens, il est possible d'observer la convergence de nombreux intérêts qui influencent le plan de liquidation et dont l'acquéreur potentiel doit tenir compte lorsqu'il présente son offre. Cela est sans préjudice de la possibilité que les acquéreurs potentiels formulent des observations ou des propositions de modification du plan de liquidation. En effet, certains auteurs affirment qu'ils sont en droit de le faire du fait de leur intérêt légitime à la procédure, en application de l'article 184.4 de la loi.

Acquisition d'unités de production dans le cadre d'une procédure pré-organisée

Un mécanisme de plus en plus employé pour l'acquisition d'unités de production consiste à faire appel aux procédures « pré-organisées », au titre desquelles la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité est accompagnée d'une offre d'achat ferme, ce qui est possible dans le cadre de la procédure accélérée (article 190.3 de la loi), afin de procéder à la cession aussi rapidement que possible.

Cette possibilité repose sur la section IV du préambule de la loi, qui déclare : « la loi vise en second lieu à ce que la résolution de l'insolvabilité ne soit pas différée, chose qui ne fait que porter préjudice à la partie insolvable et à ses créanciers, en réduisant la valeur des actifs dont la cession conditionne le désintéressement des créanciers, éliminant les possibilités de garantir la viabilité du débiteur et accroissant les coûts. À cet effet, la procédure d'insolvabilité est simplifiée et optimisée, afin de favoriser l'anticipation de la liquidation, ainsi que de promouvoir et d'encadrer une véritable procédure accélérée. »

Les récentes expériences que nous avons connues dans l'application de cette formule ont confirmé son efficacité, car elle permet de réaliser des cessions en temps record et produit des résultats qui bénéficient clairement à la procédure d'insolvabilité en termes de poursuite de l'activité et de sauvegarde de l'emploi.

Conclusions

La législation espagnole, dans son objectif d'encourager la cession des unités de production en tant que tout, et afin de remplir les objectifs de maximisation de la valeur des actifs, de poursuite de l'activité et de sauvegarde de l'emploi, permet la cession des unités de production à chaque étape de la procédure d'insolvabilité, en imaginant différentes formules qui peuvent être plus ou moins attractives en fonction des parties concernées. D'après notre expérience, ces cessions sont efficaces car elles augmentent le nombre d'unités de production cédées et ouvrent une large gamme de possibilités pour les investisseurs.

** Julio Menchaca Vite, Avocat, Département Fusions et Acquisitions, AGM Abogados (Espagne)*

X X X

X

Réseau des Jeunes Chercheurs en droit de l'insolvabilité

10^e anniversaire du YANIL :

La restructuration en Europe et la directive européenne sur la restructuration et l'insolvabilité

Gert-Jan Boon, Line Langkjaer, David Christoph Ehmke, Jennifer L. L. Gant & Emilie Ghio font le point sur la collaboration au sein du YANIL à l'occasion de la célébration de son 10^e anniversaire*

En 2009, le Pr Bob Wessels et Myriam Mailly ont pris l'initiative de créer le Réseau des jeunes chercheurs en droit de l'insolvabilité (YANIL). Cette branche du Forum universitaire d'INSOL Europe réunit des doctorants, des post-doctorants et des universitaires en début de carrière.

Les fondateurs ont observé à juste titre que les jeunes universitaires avaient besoin de nouer des liens avec leurs pairs pour pallier aux débouchés limités de la recherche universitaire en matière d'insolvabilité, problème auquel les débutants ont pu être confrontés.

Cette année, le YANIL célèbre son 10^e anniversaire. Depuis sa création, il se développe régulièrement et regroupe actuellement plus de 70 membres de plus de 20 pays. Son objectif est d'encourager l'échange d'informations concernant des sources précises ou les postes d'enseignement et de recherche disponibles, mais aussi concernant les possibilités de financement et d'aide à la recherche. Ses membres se rencontrent une fois par an à l'occasion de la conférence du Forum universitaire d'INSOL Europe, où ils participent à une séance qui leur est réservée, mais aussi à l'occasion d'autres manifestations ayant trait à l'insolvabilité en Europe et ailleurs. Ces dix dernières années, plus de trente jeunes universitaires ont été invités à présenter le fruit de leurs recherches lors de la séance du YANIL à la conférence annuelle du Forum universitaire.

47

Pour marquer cet anniversaire, cinq membres du conseil du YANIL ont réalisé une étude comparative sur la restructuration préventive en Europe et l'impact de la directive européenne sur la restructuration et l'insolvabilité (la « **directive** »)³⁵. Elle regroupe des rapports sur le Danemark, l'Allemagne, la France, les Pays-Bas et le Royaume-Uni. Nous l'évoquerons brièvement dans cet article.

Promotion de la restructuration en Europe

La perception des lois sur l'insolvabilité et la restructuration en Europe a beaucoup évolué ces dernières années, grâce à un vent de fraîcheur apporté par les réformes nationales, complété par les réformes plus radicales et fondamentales envisagées dans le projet de directive.

Pendant des décennies, l'application du droit de l'insolvabilité en Europe (continentale) a été impitoyable. Les dirigeants de l'entreprise débitrice en difficulté encourraient une responsabilité stricte et même, dans certains pays, des sanctions pénales s'il ne demandaient pas l'ouverture

³⁵ Directive of the European Parliament and of the Council on preventive restructuring frameworks, on discharge of debt and disqualifications, and on measures to increase the efficiency of procedures concerning restructuring, insolvency and discharge of debt, and amending Directive (EU) 2017/1132 (Directive on restructuring and insolvency).

d'une procédure d'insolvabilité. La société débitrice insolvable était durablement marquée par les stigmates de l'insolvabilité, ce qui était souvent l'une des raisons pour lesquelles elle repoussait l'ouverture de la procédure, qui débouchait presque toujours sur la dissolution de l'entreprise débitrice et la liquidation chaotique de ses actifs.

Toutefois, les réformes du droit de l'insolvabilité entreprises dans de nombreux États membres de l'UE prouvent que les procédures d'insolvabilité et de restructuration sont désormais considérées comme un outil qui non seulement permet de dissoudre les entreprises non viables mais également de faciliter le rétablissement d'une entreprise en vue de la poursuite de son activité et d'accorder au débiteur une deuxième chance au bénéfice de la maximisation de valeur³⁶. Pourtant, les États membres ne se sont pas tous intéressés à ce basculement de la dissolution vers le rétablissement. Grâce à la mise en œuvre de la directive, un premier pas timide a été effectué vers un cadre de restructuration harmonisé minimum, reposant sur le postulat sous-jacent qu'une restructuration en temps utile et coopérative, incitée par des « carottes » plutôt qu'imposée à coups de bâton, devrait permettre de générer un excédent qui pourrait être partagé entre les créanciers, contrairement à ce qui se passerait dans le cadre d'une longue procédure d'insolvabilité judiciaire.

Une fois adoptée et mise en œuvre, la directive produira un impact sur les lois de l'insolvabilité matérielles. Afin d'établir dans quelle mesure elle produira des répercussions dans les États membres, des rapports nationaux ont été préparés sur « l'état de la technique » du droit et de la pratique de la restructuration au Danemark, en France, en Allemagne, aux Pays-Bas et au Royaume-Uni. Pour chaque pays, les rapports nationaux précisent les points suivants :

- (1) développement de la culture de la restructuration ;
- (2) outils juridiques disponibles permettant de soutenir la restructuration des sociétés insolubles ; et
- (3) possibilités d'amélioration des lois en matière de restructuration.

48

Les rapports nationaux montrent qu'il existe actuellement une grande diversité d'approches entre législateurs nationaux et entre pays de l'UE. Même si la restructuration a pris de l'importance dans la plupart d'entre eux, les divergences restent importantes.

Valeur ajoutée de la directive

La directive laisse beaucoup de latitude aux États membres, ce qui fait qu'il est difficile de prévoir quels seront les effets de sa mise en œuvre. Il se pourrait que ses exigences d'harmonisation minimum n'aboutissent pas à la convergence envisagée dans la recommandation de la Commission de 2014³⁷ ou dans la directive. La formulation de la directive tend à présenter un caractère quasiment facultatif, puisqu'elle utilise le verbe « pouvoir » au lieu d'un verbe plus prescriptif qui constituerait un paramètre de mise en œuvre plus contraignant. L'impression laissée par la formulation des articles de la directive est volontairement vague. Le caractère dilué de ces dispositions est peut-être dû à l'hésitation des États membres à accepter des changements obligatoires prescrits par l'UE, au vu des aspects chargés de culture juridique de l'approche de l'insolvabilité et de la restructuration préventive en général.

³⁶ David Christopher Ehmke, Jennifer L.L. Gant, Gert-Jan Boon, Line Langkjaer & Emilie Ghio, 'The EU Preventive Restructuring Framework: a hole in one?', (2019) 28(2) *International Insolvency Review*, forthcoming.

³⁷ European Commission's Recommendation of 12.3.2014 on a new approach to business failure and insolvency.

Toutefois, si elle est pleinement mise en œuvre, la directive aura des conséquences importantes sur la restructuration en Europe, du fait de son approche favorable aux débiteurs et à la restructuration. L'association d'un régime de pré-insolvabilité sans dessaisissement du débiteur, d'une suspension et d'une application forcée interclasses va au-delà de la pratique actuelle en matière de restructuration au Royaume-Uni (concordat) et ressemble davantage à une version européenne du chapitre 11 du Code de la faillite des États-Unis. Ces avancées pouvant s'avérer trop audacieuses pour certains, cela pourrait inciter certains États membres à adopter une approche précautionneuse dans leur mise en œuvre de la directive.

La directive tend à codifier ce que l'on considère comme des bonnes pratiques dans les États membres. Bien qu'elle ne change pas grand-chose par rapport aux cadres de restructuration préventive qui existent déjà dans certains pays de l'UE, elle établit néanmoins un point de départ pour les pays qui ne sont pas encore dotés de tels régimes et leur permettra d'améliorer leur approche.

Par exemple, au Danemark, en Allemagne et aux Pays-Bas, la directive entraînera une réforme législative. Pour le Danemark, un cadre de restructuration qui offre des outils à un débiteur avant l'insolvabilité constitue un changement important, en particulier en ce qui concerne la restructuration des dettes garanties. En Allemagne, la directive permettra de promouvoir une approche plus propice à la restructuration. Elle pourrait éliminer les obstacles à une possibilité de restructuration amiable, permettant que les accords contractuels soit restructurés avant l'insolvabilité. Aux Pays-Bas, la directive renforcera la réforme législative en cours qui introduit une procédure sans dessaisissement du débiteur. Dans les pays comme la France et le Royaume-Uni, où il existe déjà un cadre complet de restructuration préventive, peu de changements sont attendus. Toutefois, la directive introduit des procédures qui pourraient également avoir pour effet de réduire la fréquence du « *forum shopping* », puisque la course aux procédures de restructuration préventive efficaces serait elle aussi réduite, à condition que les États membres s'engagent dans un processus de mise en œuvre complet, conformément à ce que prévoit la directive.

49

Malgré tout, la question reste posée de savoir si la directive a introduit des provisions suffisamment contraignantes pour aller au-delà de ce que prévoyait la recommandation originelle de la Commission. Si la recommandation de la Commission n'a pas réussi à susciter des réformes, en quoi une directive diluée accordant d'importantes marges d'appréciation serait-elle plus efficace ? Ou bien les États membres dont les régimes sont déjà assez différents de ceux prévus par la directive chercheront-ils à maintenir le *statu quo* aussi longtemps que possible et à mettre en œuvre ses dispositions de la manière la moins perturbatrice possible ? Étant donné que le texte actuel n'est qu'une confirmation d'un compromis en vue d'un accord, il reste à voir comment sa mise en œuvre dans les États membres affectera les cadres de restructuration préventive en Europe et l'objectif de l'UE de les harmoniser le plus possible.

L'étude comparative complète, y compris les cinq rapports nationaux, est publiée dans l'*International Insolvency Review* de 2019.

Célébration des 10 ans du YANIL

Le 10^e anniversaire du YANIL sera célébré par une conférence s'adressant aux jeunes universitaires. Elle se tiendra le mardi 24 septembre 2019 à Copenhague, dans les bureaux de DLA Piper. Les jeunes universitaires disposeront ainsi de tout l'espace nécessaire pour présenter leurs

recherches et en discuter avec des pairs et des universitaires expérimentés, et ce sera en outre l'occasion idéale pour entamer une nouvelle décennie³⁸ !

* Gert-Jan Boon, titulaire d'une maîtrise en droit et d'une maîtrise en sciences, chercheur à la faculté de droit de l'université de Leyde, Pays-Bas ; Line Langkjaer, professeure assistante, département de droit de l'université d'Aarhus, Danemark ; David Christoph Ehmke, Allemagne ; Jennifer Gant, chercheuse post-doctorante à University College Cork, Irlande ; Emilie Ghio, maître de conférences en droit à Birmingham City University, Royaume-Uni

X X X
X

États-Unis

Madoff : Lois sur l'insolvabilité sans frontières

David Conaway nous présente un récent arrêt de la Cour d'appel des États-Unis, selon lequel le Code de la faillite des États-Unis s'applique aux transferts entre entités étrangères*

Le 25 février 2019, la Cour d'appel des États-Unis (2^e Circuit) a arrêté que l'administrateur désigné pour Madoff Investment Securities, LLC dans le cadre d'une procédure fondée sur le Chapitre 11 pouvait invoquer le Code de la faillite des États-Unis pour recouvrer les paiements effectués entre entités étrangères.

Auparavant, le tribunal de la faillite du district sud de New York et le tribunal fédéral de district des États-Unis pour le district sud de New York avaient jugé que l'administrateur NE POUVAIT PAS attaquer les entités étrangères sur la base des principes de la courtoisie internationale et que la présomption allait à l'encontre de l'extraterritorialité des lois américaines, y compris du Code de la faillite des États-Unis. Cet arrêt donne un nouvel élan à quatre-vingt-huit actions révocatoires dirigées à l'encontre d'entités étrangères.

Bernard Madoff a orchestré la plus grande chaîne de Ponzi de l'histoire. Il a sollicité des investisseurs pour qu'ils souscrivent à des « fonds d'investissement » qui allaient générer un rendement nettement supérieur à celui du marché. Cependant, il a mis en commun les fonds des investisseurs sur un compte courant ouvert auprès de la JP Morgan Chase. Lorsque les investisseurs ont cherché à retirer leurs fonds, Madoff a utilisé ce compte, ce qui consistait essentiellement à « voler Pierre pour payer Paul ». Son système a fonctionné jusqu'à ce que les marchés s'effondrent, en 2008.

Le 15 décembre 2008, Bernard Madoff Investment Securities LLC s'est placée sous la protection du Chapitre 11 et un administrateur a été nommé pour gérer la masse. Il a essayé d'annuler les paiements aux investisseurs au motif qu'ils constituaient des « transferts frauduleux » au titre de l'article 548(a)(1)(A) du Code de la faillite des États-Unis. En ce qui concerne les quatre-vingt-huit actions susmentionnées, Madoff a réalisé des transferts initiaux vers des « fonds nourriciers » (qui mettaient en commun les fonds des investisseurs), qui transféraient à leur tour les fonds aux investisseurs. En l'espèce, les fonds nourriciers étaient des entités étrangères, tout comme les

³⁸ For more information and participation in the YANIL conference, visit: www.insoleurope.org/yanil-mission-statement.

investisseurs. Alors que l'article 548(a)(1)(A) permet à la masse d'annuler les paiements effectués, l'article 550(a) permet à la masse de *recouvrer* des paiements *à la fois* auprès des bénéficiaires « initiaux » (les fonds nourriciers) et des bénéficiaires « ultérieurs » (les investisseurs), qui étaient tous, en l'espèce, des entités étrangères.

En effet, l'administrateur de Madoff cherche à recouvrer des paiements effectués par une entité étrangère à une autre, lesdits paiements découlant de transferts initiaux de la masse de Madoff au titre du Chapitre 11 en faveur des fonds nourriciers.

Les tribunaux inférieurs ont rejeté les demandes de l'administrateur pour les deux motifs suivants : (1) la courtoisie internationale ; et (2) la présomption contre l'application extraterritoriale des lois des États-Unis, notamment, en l'espèce, du Code de la faillite des États-Unis. Les tribunaux inférieurs ont jugé que les États étrangers étaient davantage intéressés aux opérations entre entités étrangères, et que leurs intérêts devraient être respectés par les États-Unis. En outre, ils ont jugé qu'étant donné que les parties qui avaient effectué et reçu les transferts étaient des entités étrangères, il n'existait pas de justification suffisante pour appliquer le droit des États-Unis à l'étranger.

En « décortiquant » les dispositions du Code de la faillite des États-Unis relatives aux transferts frauduleux, la Cour d'appel a noté que les transferts pouvaient être annulés au titre de l'article 548(a)(1)(A), qui dispose :

« L'administrateur peut annuler tout transfert [...] d'un droit du débiteur afférent à des biens, ou toute obligation [...] supportée par le débiteur, réalisé ou supportée, selon le cas, dans les deux ans précédant la date de dépôt de la demande d'ouverture de la procédure, si le débiteur a réalisé ledit transfert ou supporté ladite obligation [...] volontairement ou involontairement dans le but de gêner, retarder ou tromper une entité envers laquelle le débiteur était ou est devenu, à compter de la date dudit transfert ou de ladite obligation, endetté [...]. »

51

Quand un transfert est susceptible d'annulation, il est recouvrable, au titre de l'article 550(a), qui dispose :

« Sauf disposition contraire du présent article, dans la mesure où un transfert est annulé au titre de l'article 544, 545, 547, 548, 549, 553(b) ou 724(a) du présent titre, l'administrateur peut recouvrer, au bénéfice de la masse, les biens transférés ou, sur décision du tribunal, la valeur desdits biens auprès [...] (1) du bénéficiaire initial dudit transfert ou de l'entité au bénéfice de laquelle il a été effectué ; ou [...] (2) de tout bénéficiaire médiateur ou immédiat dudit bénéficiaire initial. »

La Cour d'appel a premièrement abordé la question de la présomption à l'encontre de l'extraterritorialité, notant qu'en l'absence d'un avis expressément contraire du Congrès, les lois fédérales ne devraient avoir qu'une application interne. Cette présomption évite la discorde internationale qui peut survenir lorsque le droit des États-Unis est appliqué dans des pays étrangers.

L'intention du Congrès est clairement que les articles 548(a)(1)(A) et 550(a) permettent l'annulation et le recouvrement du transfert initial réalisé par Madoff Securities aux fonds

nourriciers étrangers. Les tribunaux inférieurs ont conclu que le Congrès n'avait pas l'intention de permettre l'annulation et le recouvrement du transfert ultérieur des fonds nourriciers étrangers en faveur des investisseurs étrangers. Toutefois, la Cour d'appel a conclu que les articles 548(a)(1)(A) et 550(a) fonctionnaient en tandem. Elle a fait remarquer que l'article 550(a) régissait clairement le transfert initial du débiteur, à savoir le transfert opérationnel qui avait appauvri la masse. Par conséquent, le recouvrement de transferts ultérieurs d'une entité étrangère en faveur d'une autre n'élimine pas le lien avec les États-Unis ni leurs intérêts découlant du transfert initial. Selon son raisonnement, tout autre résultat « créerait un vide » permettant aux parties de protéger les transferts contre les recouvrements en réalisant des transferts en deux étapes par l'intermédiaire d'entités étrangères.

La Cour d'appel a ensuite fait remarquer que le principe de courtoisie internationale tenait compte des intérêts des États-Unis, des intérêts de l'État étranger, ainsi que des intérêts mutuels du concert des nations. Même si les États-Unis sont directement intéressés à la capacité des débiteurs américains à recouvrer des fonds au bénéfice de leur masse, dans certains cas, la procédure étrangère crée des intérêts qui l'emportent sur les leurs. Toutefois, dans ce cas, aucune procédure parallèle étrangère n'était en instance concernant Madoff Securities. En outre, les procédures d'insolvabilité étrangères concernant certains des fonds nourriciers ne dupliquaient pas les actions entamées dans le cadre de la procédure fondée sur le Chapitre 11 concernant Madoff.

Suite à l'arrêt de la Cour d'appel, les quatre-vingt-huit actions engagées à l'encontre des entités étrangères connaîtront une nouvelle vie. Toutefois, les investisseurs ont fait part de leur intention de former un recours contre l'arrêt de la Cour d'appel auprès de la Cour suprême des États-Unis, et ont obtenu une suspension dans l'attente de ce recours, faisant que la procédure est bloquée jusqu'à la décision de la Cour suprême. Dans le cas où la Cour suprême confirmerait l'arrêt de la Cour d'appel, les entités étrangères risqueront davantage de faire l'objet d'actions fondées sur le Code de la faillite des États-Unis. Cet arrêt traitait de l'article 548, mais la même logique s'appliquerait à l'article 547 s'agissant des transferts réalisés à des créanciers dans les quatre-vingt-dix jours précédant la demande d'ouverture d'une procédure fondée sur le Chapitre 11.

Une dernière réflexion : si l'administrateur de Madoff parvient à obtenir des jugements condamnant les défendeurs étrangers, ces jugements pourront-ils être mis à exécution à l'étranger ?

** David H. Conaway, Avocat, Shumaker, Loop & Kendrick, LLP*

X X X
X

Autriche

Des associations autrichiennes pour protéger les créanciers

Susanne Fruhstorfer et Andreas Howadt nous présentent une spécificité autrichienne : les associations de protection des créanciers (Gläubigerschutzverbände)*

Les associations de protection des créanciers sont une composante centrale du paysage de l'insolvabilité autrichien.

En leur qualité d'« associations privilégiées pour la protection des créanciers » disposant d'une assise juridique et bénéficiant de « droits préférentiels », elles sont indissociables de toutes les procédures d'insolvabilité ouvertes en Autriche et fournissent indifféremment leurs services aux créanciers, aux praticiens de l'insolvabilité et aux tribunaux de l'insolvabilité.

Origines

Bien qu'il existe des associations de protection des créanciers depuis près de 150 ans en Autriche, la première mouture du système actuel n'a été codifiée qu'en février 1925.

À l'époque, le législateur avait ajouté une disposition au texte de l'« *Ausgleichsordnung* »³⁹, accordant aux associations de protection des créanciers désignées par la Chancellerie le droit d'obtenir le remboursement des dépenses engagées pour recenser et protéger les actifs au bénéfice de l'ensemble des créanciers.

Peu après, le 10 mars 1925, les premières associations ont obtenu leurs « droits préférentiels ».

Bien que la base juridique ait évolué au fil des années et que d'autres droits préférentiels soient venus compléter les premiers, l'idée principale est restée la même.

L'objectif principal des associations « privilégiées » de protection des créanciers et des « droits préférentiels » statutaires était et reste encore de protéger les intérêts de tous les créanciers affectés par la procédure d'insolvabilité et d'assister les tribunaux et les praticiens de l'insolvabilité afin de maximiser les recouvrements.

De nos jours, il existe quatre associations « privilégiées » de protection des créanciers en Autriche :

1. Alpenländischer Kreditorenverband (AKV)
2. Kreditschutzverband von 1870 (KSV)
3. Österreichischer Verband Creditreform
4. Insolvenzschutzverband für ArbeitnehmerInnen (ISA)

Base juridique

Après quelques errements, les conditions à remplir pour devenir une association

³⁹ Prédécesseur de la loi autrichienne sur l'insolvabilité.

« privilégiée » ainsi que les « droits préférentiels » accordés à ces associations sont désormais consacrées par le Code de l'insolvabilité autrichien.

En application de l'article 266 du Code de l'insolvabilité, seules les associations enregistrées (*Vereine*)⁴⁰ peuvent demander le statut d'association privilégiée (*bevorrechtete*) de protection des créanciers.

Outre le fait que le demandeur doit être une association enregistrée, les conditions préalables supplémentaires suivantes doivent également toutes être remplies :

- (i) La création d'une association de protection des créanciers (supplémentaire) doit être nécessaire ;
- (ii) Les activités de l'association doivent être orientées de manière « fiable » sur l'Autriche dans son ensemble. Ceci a pour effet d'empêcher les associations qui ne disposent pas de ressources suffisantes pour participer à toutes les procédures d'insolvabilité ouvertes en Autriche — ou qui ne le souhaitent pas — de devenir des associations « privilégiées ».
- (iii) L'association doit être à but non lucratif, ce qui est plutôt redondant quand on connaît la définition autrichienne d'une association enregistrée.
- (iv) L'association enregistrée doit compter « de nombreux membres » ou « de nombreux membres qui ne réalisent pas de bénéfices et représentent les intérêts d'un grand nombre de créanciers ».

« Droits préférentiels »

Une fois qu'une association obtient le statut d'association « privilégiée », le Code de l'insolvabilité autrichien prévoit deux droits particuliers qui lui permettent de participer à toutes les procédures d'insolvabilité.

Droit de représenter les créanciers

À titre de dérogation au principe autrichien qui veut que la représentation judiciaire soit généralement réservée aux avocats, les associations « privilégiées » ont le droit de représenter les créanciers dans le cadre de la procédure d'insolvabilité et d'exercer leurs droits. Ceci inclut non seulement la déclaration de créances et la participation aux assemblées, mais également l'exercice de droits de vote.

Droit d'accès à tous les dossiers liés à l'insolvabilité

Même dans le cas où les associations « privilégiées » ne représentent pas des créanciers, elles ont le droit (qui est en principe réservé aux créanciers) d'avoir accès au dossier judiciaire de la procédure d'insolvabilité et (bien que cela ne soit pas expressément codifié) d'assister à toutes les audiences au cours de la procédure d'insolvabilité.

Conséquences pratiques

Les droits exposés ci-dessus accordent à ces associations « privilégiées » une position unique dans le paysage autrichien de l'insolvabilité.

⁴⁰ En vertu de la loi autrichienne sur les associations (*Vereinsgesetz*), les associations ne peuvent avoir que des objets immatériels (c'est-à-dire à but non lucratif).

Une majorité notable de créanciers sont représentés par des associations privilégiées

Puisqu'elles ont accès à tous les dossiers d'insolvabilité (et sont informées de l'ouverture de la procédure par les tribunaux), les associations ont connaissance (souvent avant l'administrateur désigné) de toutes les procédures d'insolvabilité ouvertes en Autriche. Étant donné que la plupart des demandes d'ouverture de procédure d'insolvabilité émanant des débiteurs contiennent des listes de créanciers (et leur adresse), les associations « privilégiées » savent généralement quels créanciers ont des créances sur le débiteur (au moins de l'avis du débiteur ou de son service comptable).

Ensuite, ces informations sont souvent utilisées pour informer les créanciers (potentiels) de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et en même temps pour leur proposer des services.

C'est ainsi que la majorité des créanciers affectés par une procédure d'insolvabilité sont souvent représentés par les associations de protection des créanciers.

Les procédures de restructuration dépendent souvent de l'opinion des associations « privilégiées »

Plus particulièrement dans le cadre des procédures de restructuration, les associations « privilégiées » jouent un rôle central, déterminant la réussite des tentatives de réorganisation ou de la liquidation des actifs de l'entreprise.

L'importance de leur rôle réside dans le fait que le plan de restructuration proposé par l'entreprise débitrice (c'est-à-dire un quota assorti de délais de paiement) doit être accepté par les créanciers (ou leurs représentants) disposant à la fois d'une majorité en capital (plus de 50 % des créances non garanties déclarées) et d'une majorité en nombre (plus de 50 % des créanciers présents à l'audience examinant le plan de restructuration).

Dans la pratique, cela signifie souvent — au moins en ce qui concerne la majorité en nombre — que sans l'approbation des créanciers représentés par les associations privilégiées, toutes les tentatives de réorganisation sont vouées à l'échec.

D'un point de vue pratique, le regroupement des créanciers présente certains avantages pour les entreprises débitrices et ses représentants. D'un point de vue logistique, il est bien plus facile de négocier avec un nombre moindre de participants, qui, en plus, sont habitués à évaluer la faisabilité des mesures de restructuration et le caractère adéquat du taux de désintéressement.

Abondance d'informations – efficacité du suivi

Outre l'importance du rôle que jouent les associations « privilégiées » en tant que représentants des créanciers, le fait qu'elles participent à toutes les procédures d'insolvabilité ouvertes en Autriche signifie qu'elles tirent une expérience des milliers de procédures ouvertes chaque année (16 566 l'année dernière).

Ceci signifie en outre que les associations « privilégiées » occupent une position (plutôt unique) qui leur permet de proposer leur aide aux juges et administrateurs, grâce aux nombreux exemples de bonnes pratiques dont elles disposent, et d'assurer un suivi des performances des administrateurs, évaluateurs, commissaires-priseurs et autres protagonistes à tous les niveaux de la procédure d'insolvabilité en Autriche.

Financement

Par définition, les associations de protection des créanciers sont à but non lucratif. Toutefois, les exigences que la loi impose aux associations « privilégiées » (activité dans toute l'Autriche, maintien de l'infrastructure nécessaire à la protection effective des intérêts des créanciers) occasionne des dépenses importantes. Pour financer ces dépenses, les associations de protection des créanciers autrichiennes obtiennent des financements principalement auprès de trois sources :

- (i) **Frais d'adhésion** : à l'exception de l'ISA qui est l'Association de la Chambre du travail d'Autriche (les associations de protection des créanciers proposent des adhésions donnant lieu à des frais annuels).
- (ii) **Services** : les services de représentation dans le cadre des procédures d'insolvabilité et autres services tels que les services typiques des agences de notation financière sont fournis contre paiement.
- (iii) **Rétribution statutaire** : en application de la loi sur l'insolvabilité, les associations de protection des créanciers ont droit à une rétribution à laquelle vient s'ajouter la taxe à la valeur ajoutée « pour leurs activités à l'appui du tribunal et pour la préparation d'un plan de restructuration, ou encore pour le recensement et la protection des actifs au bénéfice de l'ensemble des créanciers. »

Cette rétribution correspond à un pourcentage fixe de la rémunération nette de l'administrateur de l'insolvabilité. En fonction du type de procédure, toutes les associations prises collectivement reçoivent une rémunération nette s'élevant à 10 % (dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité « normale ») ou 15 % (dans le cadre d'une procédure de restructuration) de la rémunération nette du liquidateur. Ce montant total est ensuite réparti entre les associations comme suit : 30 % du montant sont divisés à parts égales entre toutes les associations (qui ont participé à la procédure) ; les 70 % restants sont distribués aux associations autres que l'ISA proportionnellement au nombre de créanciers représentés. Le montant de cette rétribution peut être augmenté ou réduit par le tribunal mais l'expérience montre que cela se produit extrêmement rarement.

** Susanne Fruhstorfer et Andreas Howadt, du cabinet Taylor Wessing, Vienne (Autriche)*

X X X
X

Actualités par pays

Actualités par pays Été 2019

Brève sélection d'actualités de Bélarus, d'Espagne et d'Estonie

Bélarus : Nouveaux projets de lois en matière d'insolvabilité

Par *Darya Gaiduchy*, Collaboratrice, et *Anna Gritskevich*, Collaboratrice junior, cabinet international COBALT, Bélarus

Le gouvernement de la République du Bélarus vient de présenter au Parlement un nouveau projet de loi sur l'insolvabilité. La résolution n° 9 du ministère de l'Économie, intitulée « De la soumission d'offres électroniques pour la cession de biens dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité (faillite) économique » entrera en vigueur le 13 novembre 2019.

Bien que ce projet de loi soit progressiste, ses dispositions ont besoin d'être améliorées. Il se focalise principalement sur la protection des intérêts des gestionnaires de crise alors qu'il devrait plutôt équilibrer les intérêts de toutes les parties à la procédure d'insolvabilité.

Le projet de loi est désormais en cours de préparation pour son examen en première lecture.

Nouveaux motifs permettant de déposer une demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité auprès du tribunal

Le projet de loi établit des nouveaux motifs permettant de déposer une demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité, reposant sur le principe du défaut de paiement. Une demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité peut désormais être déposée si le débiteur est dans l'incapacité de s'acquitter de ses obligations financières avec des fonds disponibles, dans les neuf mois suivant la date d'échéance de celles-ci. Le débiteur est dans l'obligation de déposer une demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité si la valeur de ses actifs au premier jour du trimestre ne suffit pas à régler l'intégralité de ses obligations, quelle que soit leur date d'échéance.

Lorsque la demande d'ouverture de la procédure est à l'initiative d'un créancier, le débiteur peut contester la demande et prouver que la valeur de ses actifs suffit à régler l'intégralité de ses obligations envers tous les créanciers.

Rémunération du gestionnaire de crise

La personne qui demande l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité (exception faite des organismes publics) doit transférer des fonds sur le compte du gestionnaire de crise dans les délais prescrits par le tribunal, à hauteur d'un montant correspondant à un mois de salaire moyen des salariés de l'entreprise débitrice au cours du mois précédant le dépôt de la demande. En mars 2019, ce montant s'élevait à 1 056,90 BYN, soit 450 euros.

Rétablissement préliminaire

Désormais, le rétablissement préliminaire ne se rapporte qu'aux mesures prises au titre d'une décision individuelle du tribunal. Le tribunal prononce ce type de décision s'il estime que le

montant des créances recouvrées ne permettra pas au débiteur de poursuivre ses activités normales. Une décision individuelle oblige le débiteur à prendre des mesures de rétablissement préliminaire dans les délais impartis par le tribunal.

Désignation du gestionnaire de crise

Le gestionnaire de crise sera désigné par le tribunal sur la base d'une sélection aléatoire effectuée par la Chambre des gestionnaires à l'aide d'un système automatisé. Contrairement à la pratique actuelle, le gestionnaire ne pourra pas refuser sa désignation.

Organisme auto-réglementé de gestion de crise

Les gestionnaires de crise devront obligatoirement être membres de l'organisme auto-réglementé de gestionnaires de crise qui sera créé : la Chambre biélorusse des gestionnaires de crise. Cette Chambre aura pour mission principale d'analyser les pratiques existantes et de faciliter l'utilisation d'une approche uniforme.

Insolvabilité de certaines catégories d'entités

Pour certaines catégories de débiteurs, par exemple les sociétés de courtage, la procédure d'insolvabilité revêt une forme particulière.

Offres électroniques

La résolution sur les offres électronique a été adoptée le 1^{er} avril 2019.

Une nouvelle méthode de vente avec réduction a été introduite. Au cours du processus d'offre électronique, le prix initial d'un lot est réduit toutes les heures à partir de la deuxième heure, en parts égales au prix minimum du lot, en l'absence de taux permettant l'augmentation du prix initial. La réduction de prix est interrompue par la première offre réalisée par un participant à la procédure.

Pour la première offre, le prix minimum peut être fixé en réduisant le prix initial à 40 %, et pour l'offre secondaire, à 80 %.

58

Espagne : Reconnaissance du droit des travailleurs à la déconnexion numérique

Par Talmac Bel Geronés, Associé, FieldFisher Jausas, Espagne

Le 7 décembre 2018, la loi organique 3/2018 sur la protection des données à caractère personnel et la garantie des droits numériques (*Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*) (ci-après la « loi organique ») est entrée en vigueur en Espagne.

Bien que la loi organique ait été au départ uniquement prévue pour mettre en œuvre le règlement général de l'UE sur la protection des données (RGPD) en Espagne, son champ d'application a soudainement été étendu pour inclure les droits dits « numériques ». Pour la première fois, cette nouvelle loi organique accorde un droit de déconnexion numérique aux travailleurs (article 88 de la

loi organique), également connu sous le nom de « désintoxication numérique ». Il est désormais obligatoire que les employeurs publient une « politique de déconnexion numérique » qui régleme les droits numériques des travailleurs et veillent à ce que ces droits soient effectivement garantis.

En vertu de la loi organique, les travailleurs ont le droit de ne pas être connectés ou disponibles pendant leur temps de repos et leurs congés, afin de garantir un équilibre approprié entre vie privée et vie professionnelle. Ceci signifie que les employeurs espagnols devront concevoir une politique de déconnexion qui garantisse le droit des travailleurs à la déconnexion numérique eu égard à leurs fonctions, et établisse une culture qui respecte le droit à la déconnexion numérique. À titre d'exemple, la politique de déconnexion peut interdire l'utilisation de la messagerie électronique de l'entreprise en-dehors des heures de travail, restreindre temporairement l'accès à ses serveurs pendant certains créneaux horaires, ou limiter le nombre de personnes pouvant recevoir copie d'un message électronique. Les entreprises comptant des représentants du personnel doivent discuter du contenu de leurs politiques de déconnexion numérique avec eux. Par ailleurs, la nouvelle loi organique dispose que les futures conventions collectives sectorielles devront prévoir des règles particulières en matière de déconnexion numérique.

Il est important de noter que la loi organique ne prévoit pas de pénalités précises en cas de manquement à cette obligation.

Toutefois, les politiques de déconnexion sont un bon outil pour éviter les sanctions et les réclamations relatives au temps de travail maximum et à l'hygiène et à la sécurité sur le lieu de travail ; en outre, elles peuvent être perçues comme une nouvelle possibilité, pour les employeurs, de réglementer l'utilisation de la messagerie électronique et des appareils de l'entreprise.

59

Les nouvelles règles (article 87) reconnaissent expressément le droit de l'employeur à accéder à ces appareils en vue de contrôler que les salariés remplissent leurs obligations contractuelles et les utilisent dans les règles. La demande d'accès aux appareils est accordée si l'employeur a clairement énoncé les conditions d'utilisation des appareils et offre un niveau de protection des données minimum. Il est important de noter que les représentants du personnel doivent participer à l'établissement des conditions d'utilisation, qui doivent être communiquées en bonne et due forme à chaque salarié.

Enfin, la loi organique permet l'utilisation d'enregistrements vocaux par l'employeur uniquement dans les cas où cela est nécessaire pour garantir la sécurité des locaux, des biens ou des personnels de l'entreprise.

Il reste à voir si les entreprises espagnoles respecteront cette nouvelle exigence en matière de politique de déconnexion numérique. Cependant, ce nouveau texte réglementaire constitue un pas important vers la création d'une culture de la protection des données sur le lieu de travail et l'amélioration de l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée pour les travailleurs.

Estonie : Révision de toutes les lois sur l'insolvabilité

Par **Signe Viimsalu**, Responsable d'EY LAW Estonia Ernst & Young Baltic AS

Depuis 2016, le ministère estonien de la Justice, en collaboration avec un groupe de travail spécialisé et des experts externes renommés, travaille à la révision de l'ensemble des lois du pays en matière d'insolvabilité : la loi sur la faillite (en vigueur depuis 1992), la loi de réorganisation des entrepreneurs (en vigueur depuis la fin 2009) et la loi de restructuration des dettes des personnes physiques (en vigueur depuis 2011).

On pourrait peut-être se demander pourquoi un pays aussi jeune que l'Estonie a besoin d'une révision législative aussi complète. L'objectif principal de cette révision est de rendre les procédures d'insolvabilité plus transparentes, plus rapides et moins onéreuses, ce qui entraînerait idéalement à terme de meilleurs taux de désintéressement des créanciers et une amélioration de la réputation internationale du pays auprès des investisseurs étrangers.

Manifestement, la situation actuelle, qui repose sur le récent rapport *Ease of Doing Business* de la Banque mondiale, est loin d'être satisfaisante pour l'Estonie et impose de prendre des mesures d'envergure au niveau législatif.

Jusqu'à présent, le ministère de la Justice a identifié quinze points à traiter, dont trois constituent — de l'avis des législateurs — une priorité pour remplir les objectifs.

Ces thèmes prioritaires sont les suivants :

- 1) Institution du médiateur de l'insolvabilité ;
- 2) Définition du statut d'insolvabilité temporaire et permanente ; et
- 3) Spécialisation des tribunaux et juges en matière d'insolvabilité.

La création potentielle de l'institution du médiateur de l'insolvabilité en tant qu'organe de supervision d'État officiel serait une nouveauté totale dans l'histoire des lois estoniennes sur l'insolvabilité. À cet égard, le gouvernement estonien a suivi l'exemple du système de l'insolvabilité finlandais. La principale fonction du médiateur de l'insolvabilité serait la supervision des débiteurs (qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales) et des praticiens de l'insolvabilité, dans la mesure applicable (supervision d'ordre principalement administratif), au lieu qu'elle soit assurée par l'Association professionnelle des praticiens de l'insolvabilité (*Kohtutäiturite ja Pankrotihaldurite Koda* : Chambre des huissiers et administrateurs de l'insolvabilité). Le médiateur de l'insolvabilité disposerait de pouvoirs spéciaux pour enquêter sur les causes de l'insolvabilité et pour superviser la procédure d'insolvabilité dans le cas où l'insolvabilité est frauduleuse. Par ailleurs, il établirait des bonnes pratiques qu'il inviterait les parties aux procédures à appliquer. Les législateurs estoniens estiment qu'avec l'aide du médiateur de l'insolvabilité, seul un petit nombre d'insolvabilités « sans actif » auraient lieu en Estonie et le taux de désintéressement des créanciers augmenterait de manière importante dans les années à venir.

La terminologie en matière d'insolvabilité et le dépôt tardif des demandes d'ouverture de procédure par les débiteurs auprès des tribunaux sont des éléments corrélés des lois estoniennes. Le terme « insolvable » fait l'objet de trop de controverses. Ainsi, les législateurs estoniens

affirment que la terminologie devrait être plus précise et transparente, et reposer sur des critères manifestement compréhensibles du grand public, reprenant par exemple des termes financiers bien connus. Si le débiteur affirme que l'entreprise n'est pas définitivement insolvable et qu'une procédure ne doit pas être ouverte, il devra soumettre des preuves écrites au tribunal pour justifier ses affirmations. Si l'on se fonde sur les intentions des législateurs faisant l'objet de la révision, la charge de la preuve reviendra désormais au débiteur.

Il est incontestable que les procédures d'insolvabilité durent trop longtemps en Estonie, notamment à cause de l'absence de juges et d'avocats compétents dans ce domaine hybride du droit, ce qui entraîne des pratiques différentes selon les tribunaux et une augmentation des points litigieux entre les parties, qui se battent pour leurs droits afin d'obtenir de meilleurs taux de désintéressement. Le ministère de la justice prévoit de créer ou de renforcer la pratique de l'insolvabilité dans des tribunaux spécialisés, de manière à ce que les bonnes pratiques en matière de droit de l'insolvabilité soient homogènes à travers le pays et que les juges, juges assistants, avocats, greffiers, etc. reçoivent une formation approfondie dans divers domaines de l'économie, de la finance, de la gestion et du droit, et soient donc plus compétents à l'avenir.

En outre, cette révision aborde d'autres thèmes intéressants. Par exemple :

- 1) Classement des prêts et créances créés par des personnes liées au débiteur par rapport aux prêts et créances des créanciers ordinaires ;
- 2) Système de rémunération et plan d'action des praticiens de l'insolvabilité dans toutes les procédures d'insolvabilité ;
- 3) Contestation des créances par le biais d'une procédure écrite (suppression de l'obligation de présence) ;
- 4) Créances automatiquement considérées comme contestées dans le cadre de la procédure ;
- 5) Droits et obligations du débiteur ; statut juridique de certaines déclarations du débiteur devant être utilisées dans d'autres procédures, telles que des procédures pénales ;
- 6) Droits réels ;
- 7) Délais de production des créances et contenu pertinent de la déclaration de créances, visant à aider les créanciers ;
- 8) Réglementation particulière de la masse de l'insolvabilité des personnes décédées par rapport au droit des successions.

D'après le plan d'action disponible à cette date, il s'avère que le ministère estonien de la Justice prévoit de promulguer les lois modifiées en question à partir de 2021 au plus tard. De fait, ces projets pourraient être modifiés par le nouveau gouvernement. Restez attentifs !

x x x
x

Compte-rendu technique

Actualités européennes

Myriam Mally, co-responsable technique d'INSOL Europe, présente à nos membres les actualités européennes susceptibles de les intéresser; elles sont désormais disponibles sur le site d'INSOL Europe

Lois nationales traitant de l'application concrète du règlement européen sur l'insolvabilité 2015/848

Dans un article précédent, paru dans le numéro d'été 2017 d'*eurofenix*, les membres d'INSOL Europe avaient été informés que des liens utiles figuraient sur le site d'INSOL Europe pour aider les acteurs de l'insolvabilité à trouver des informations pertinentes sur les lois nationales applicables en cas d'insolvabilité transfrontalière, lors de l'application de la refonte du REI.

En effet, cette rubrique de notre site, qui est régulièrement mise à jour, contient trois grandes sections. La première section énumère les textes officiels et les annexes modifiées (y compris la dernière version consolidée au 27 juillet 2018), tandis que la seconde contient les liens vers les formulaires uniformisés prévus par la refonte du REI. Une troisième section a été créée pour regrouper les informations sur les lois et registres nationaux.

En ce qui concerne plus particulièrement la troisième section, de nouvelles informations sont disponibles : il s'agit des textes nationaux adoptés dans la législation interne des États membres pour traiter de l'application (concrète) de la refonte du REI. J'ai le plaisir d'annoncer que ces informations sont désormais disponibles pour les pays suivants : Angleterre et Pays de Galles, Espagne, Finlande, France, Hongrie, Irlande, Lettonie, Lituanie, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République tchèque, Roumanie, Slovaquie, à l'adresse www.insol-europe.org/national-texts-dealing-with-the-rei-2015

Si vous souhaitez également contribuer, n'hésitez pas à m'envoyer des informations pertinentes, des articles, etc., par courrier électronique à l'adresse mailly.myriam@orange.fr.

Registre d'affaires fondées sur le REI

Les récentes affaires tranchées en 2019 par la CJUE mais aussi par les tribunaux de première instance et cours d'appel des États membres de l'UE appliquant le REI ou la refonte du REI sont disponibles dans le Registre d'affaires d'INSOL Europe, accessible à partir de la plateforme Lexis Library.

Veillez noter que l'accès au Registre d'affaires d'INSOL Europe à partir de la plateforme a récemment changé : il ne se trouve plus sous la rubrique « Affaires internationales ». Désormais, les utilisateurs peuvent trouver son contenu en se connectant comme d'habitude et en cliquant sur l'onglet « Sources » en haut à droite de l'écran. L'étape suivante consiste à trouver « INSOL Europe : Registre d'affaires fondées sur le règlement européen sur l'insolvabilité », puis à cliquer sur le bouton « Parcourir » sur la droite.

Si vous avez oublié votre identifiant ou votre mot de passe, vous devez contacter Lexis via leur boîte mail réservée aux utilisateurs d'INSOL Europe (INSOL-Users@lexisnexis.co.uk) pour le recevoir de nouveau.

Si vous avez besoin d'assistance, envoyez un message électronique à l'adresse technical@insol-europe.org

La directive européenne sur la restructuration et l'insolvabilité

Les derniers textes d'intérêt concernant la directive relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes et modifiant la directive (UE) 2017/1132 sont désormais disponibles sur le site d'INSOL Europe.

En effet, la **résolution législative du Parlement européen** du 28 mars 2019 et le **document du Conseil de l'UE PE 93 2018 INIT** du 15 mai 2019 sont désormais disponibles à l'adresse www.insol-europe.org/technical-content/eu-draft-directive. À l'heure où j'écris ces lignes, il est prévu que la directive soit publiée au Journal officiel de l'Union européenne courant juin 2019. Vous en serez informés en conséquence dans la prochaine rubrique technique.

X X X
X

Nouvelles publications

63

Vous souhaitez présenter un nouvel ouvrage ou en faire la critique ?

Contactez-nous afin que nous puissions l'envisager pour un futur numéro. Pour de plus amples renseignements, écrivez à Paul Newson à l'adresse paulnewson@insol-europe.co.uk

Procédures pré-insolvabilité : cadre et fondement normatif

Nicolaes Tollenaar, Oxford University Press,
1^{ère} édition, 2019, 320 pages,
ISBN 978-01-98799-92-4, 75 GBP

Ce texte récemment publié présente une discussion analytique critique des cadres de restructuration préventive reposant sur une version nuancée de la théorie de la négociation des créanciers (« *creditors' bargain theory* »). La directive sur la restructuration préventive vient d'être adoptée et la période de transposition a commencé. La publication de cet ouvrage intervient donc à un moment propice, car il établit un fondement normatif et un cadre pour la restructuration préventive de manière générale, et commente également l'objet, la fonctionnalité et enfin l'équité de ces cadres.

En étudiant la procédure fondée sur le Chapitre 11 du Code de la faillite des États-Unis et le concordat britannique, l'auteur s'interroge sur la viabilité de ces deux cadres en tant que procédures de restructuration préventive ainsi que sur leur équité relative vis-à-vis des créanciers dans le cadre normatif de la théorie de la négociation des créanciers, bien que l'auteur se montre également très critique à l'égard de ce paradigme théorique. Le résultat est un cadre de restructuration préventive qui tient compte des inconvénients et avantages du Chapitre 11 et du concordat, ainsi que des réponses de l'auteur à certains de ces inconvénients.

De manière générale, ce texte est utile non seulement parce qu'il étudie les deux procédures susmentionnées, mais aussi parce qu'il décrit succinctement comment elles fonctionnent, ainsi que ce que l'auteur perçoit comme leurs défauts. Il se livre également à une fascinante étude et critique de la théorie classique de l'insolvabilité, présentant un cadre normatif nuancé visant précisément à la création et à l'application de cadres de restructuration préventive.

Cette recherche va au-delà d'une simple recommandation de la progression actuelle vers un cadre de restructuration préventive au sein de l'EU, et vers un concept soutenu par une analyse très critique et des raisons qui pourraient constituer la base de futures réformes. Il se pourrait bien que Nicolaes Tollenaar ait anticipé les problèmes que les cadres actuels rencontreront et qu'il ait déjà trouvé des solutions potentielles.

Jennifer L. L. Gant, chercheuse postdoctorale, Projet JCOERE, University College Cork, Irlande

64

Dal Fallimento Alla Liquidazione Giudiziale (De la faillite à la liquidation judiciaire)

Giorgio Cherubini, Maggioli Editore
1^{ère} édition, 2019, 432 pages,
ISBN 978-88-91631-62-6, 46 euros

Ce texte, publié début 2019, s'inscrit dans le sillage des profonds changements introduits par la loi du 14 février 2019. Outre la redéfinition de la nomenclature, « faillite » étant remplacé par « liquidation judiciaire », par exemple, dans l'espoir de réduire les stigmates associés au processus de restructuration, la loi introduit un nouveau concept : l'« état de crise », condition préalable à toute action. Par ailleurs, elle harmonise la question de la compétence dans le droit national par rapport à la position européenne, au moyen de l'application universelle du critère du « centre des intérêts principaux ». Entre autres changements apportés par la loi, citons la refonte des règles concernant le rôle des commissaires aux comptes et l'importance accordée aux nouvelles procédures d'alerte, dans le cadre de la procédure de concordat / règlement.

Même si la loi présente certains points communs avec le régime précédent, la nouveauté et l'ampleur des changements qu'elle introduit devront passer l'épreuve des tribunaux. De ce fait, les conseils qu'apporte ce texte, dont l'auteur possède de longues années d'expérience dans la

pratique, sont inestimables. Cet ouvrage répond aux besoins de nombreuses parties prenantes, des entreprises et de leurs dirigeants, dont la position en matière de responsabilité a été quelque peu réaménagée par la loi, ainsi que des créanciers, qui jouent un rôle de premier plan dans la résolution des difficultés du débiteur. De manière générale, la structure claire du texte permet de mieux comprendre les réformes, qui sont les plus importantes à avoir eu lieu depuis longtemps en Italie.

Paul J. Omar, Coordinateur des recherches techniques

Gestion du redressement : débloquent et préserver la valeur des entreprises en difficulté

Alan Tilley, Globe Law and Business,
1^{ère} édition, 2019, 218 pages,
ISBN 978-1-787421-68-4, 95 GBP

Reposant sur la vaste expérience de l'auteur, qui a traité plus de cinquante grandes affaires de redressement en vingt-cinq ans de pratique, ce texte est un recueil de ce qu'il faut faire et ne pas faire. Il étudie l'avènement de la gestion du redressement en tant que fonction spécifique, faisant à juste titre la distinction entre le rôle de l'insolvabilité formelle et celui des procédures de pré-insolvabilité, surtout des procédures consensuelles, et s'intéresse au constat que les situations de difficultés financières n'ont pas nécessairement toutes besoin d'être résolues en ayant recours à la loi. Alors que la loi sert de plus en plus souvent à consolider une position, l'auteur dresse la liste des différents régimes qui existent, ainsi que de leurs avantages ou inconvénients. Ce qui distingue cet ouvrage des autres est que l'auteur fait référence à des études de cas dont la plupart sont tirées de son expérience, mais aussi la façon dont les éléments présentés dans chaque chapitre peuvent être compris grâce à l'analyse de situations réelles.

Le texte étudie le cycle de vie d'une entreprise, examinant le rôle des responsables du redressement et les situations dans lesquelles leur implication devient indispensable, en particulier la façon dont la « courbe du déclin » et les points critiques témoignent de la nécessité de prendre des mesures. Les principales conditions préalables à la réussite du redressement sont énumérés, en particulier le rôle de l'information et l'identification des mesures prioritaires. L'évaluation de la valeur de l'entreprise et la résolution des problèmes qui ont entraîné ses difficultés font naturellement partie du travail qui aboutit à un plan d'affaires, dans lequel des questions telles que la réputation de la direction, les stratégies de négociation et les aspects opérationnels de la restructuration ont toutes leur rôle à jouer.

La clôture des procédures et le rapprochement des intérêts des créanciers et du débiteur forment la toile de fond de la conclusion générale de cet ouvrage, qui se garde bien d'omettre l'indispensable chapitre consacré aux questions transfrontalières.

En bref, il s'agit d'un texte très utile non seulement pour ses « histoires vécues » mais surtout pour son condensé d'expériences et ses références aux développements intervenus dans plusieurs pays, qui donnent à cet ouvrage un indéniable aspect comparatif.

Paul J. Omar, Coordinateur des recherches techniques

X X X

X

Dates pour votre calendrier

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

2019	
25 & 26 Septembre	Conférence annuelle du Forum Universitaire <i>Copenhague, Danemark</i>
26 - 29 Septembre	INSOL Europe – Congrès annuel <i>Copenhague/Danemark</i>
2020	
30 Septembre & 1 ^{er} octobre	Conférence Annuelle du Forum Universitaire <i>Sorrento/Italie</i>
1 – 4 Octobre	INSOL Europe – Congrès annuel <i>Sorrento/Italie</i>
2021	
6 & 7 Octobre	Conférence annuelle du Forum Universitaire <i>Dublin, Irlande</i>
7- 10 Octobre	INSOL Europe – Congrès annuel <i>Dublin, Irlande</i>
2022	
5 & 6 October	Conférence Annuelle du Forum Universitaire <i>Dubrovnic, Croatie</i>
6 – 9 Octobre	INSOL Europe – Congrès annuel <i>Dubrovnic, Croatie</i>

66

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)**