

e u r o f e n i x

La revue d'INSOL Europe

Automne 2014



Un lieu de débats à la croisée des continents

Au sommaire de ce numéro :

Culture de la sauvegarde

Investisseurs informels

Pre-packs

Études de cas et actualités

Numéro 57 : €30
N°ISSN 1752-5187

Contacts Insol Europe

Adresse postale :

INSOL Europe
PO Box 7149
Clifton
Nottingham NG11 6WD
Royaume Uni

Renseignements :

Caroline Taylor, Directeur Administratif
Tél./Fax : +44 115 878 0584
E-mail : carolinetaylor@insol-europe.org

Site internet : www.insol-europe.org

Comité exécutif :

Président : Catherine Ottaway
(catherine.ottaway@hocheavocats.com)

Président adjoint : Robert Van Galen
(robert.vangalen@nautadutilh.com)

Vice-président : Alberto Nunez-Lagos
(alberto.nunez-lagos@uria.com)

Président précédent : Daniel Staehelin
(daniel.staehelin@kellerhals.ch)

Trésorier : David Buchler
(david@dbuchler.com)

Directeur administratif : Caroline Taylor
(carolinetaylor@insol-europe.org)

Présidents des comités d'INSOL Europe Président d'honneur pour la vie et Directeur honoraire :

Neil Cooper (ncooper@zolfocooper.eu)
Mark Udink (mcudink@udink.nl)

Validation des adhésions: Catherine Ottaway
(catherine.ottaway@hocheavocats.com)

Comité technique du congrès d'Istanbul, 2014:
Ian Grier (iangrier@me.com)

Michael Vedor (michael.vedor@resor.nl)

Parrainages :

David Rubin (david@drpartners.com)

INSOL International : Jim Luby
(lubyj@mcstayluby.ie)

Comité constitutif : Catherine Ottaway
(catherine.ottaway@hocheavocats.com)

Comité des Pays de l'Europe Orientale (EECC)

Carlos Mack (cmack@mackpartners.eu), président
Membres : Marc André (mandrelaw@aol.com),
Speranta Munteanu (smunteanu@kpmg.com),
Signe Viimsalu (signe.viimsalu@gmail.com)

Comité de Best Practices pour les IPs :

Patricia Godfrey (p.godfrey@nabarro.com)

Suivi des politiques européennes :

Marc Udink (mcudink@udink.nl)

Neil Cooper (ncooper@zolfocooper.eu)

Relations avec l'Union Européenne :

Michael Thierhoff (michael.thierhoff@tmpartner.de)

Registre central : Chris Laughton
(chrislaughton@mercerhole.co.uk)

Forum Universitaire :

Professeur Christoph Paulus

(chrpaulus@t-online.de)

Secrétaire : Dr. Paul Omar (paul.omar@ntu.ac.uk)

Glossaires : Marc Udink (mcudink@udink.nl)

Branche législateurs :

Jelena Todic (jelena.todic@alsu.gov.rs)

Rodrigo Rodriguez (rodrigo.rodriguez@civpro.unibe.ch)

Branche judiciaire :

Heinz Vallender (hvallender@t-online.de)

Branche Redressement :

Chris Laughton (chrislaughton@mercerhole.co.uk)

Steffen Koch (steffen.koch@hww-kanzlei.de)

Groupe de Prêteurs :

Patricia Godfrey (p.godfrey@nabarro.com)

Groupe de travail sur REI :

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

Branche Anti-Fraude :

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

S O M M A I R E

5	La lettre des corédacteurs en chef
6	La lettre de la Présidente
9	Actualités et événements
11	Rubrique technique
14	La Sauvegarde est à la hausse (Bob Wessels)
20	« Business Angels » : Faciliter les investissements informels (Signe Viimsalu)
25	Royaume Uni : Pre-packs (administrations pré-organisées) (Glen Flannery)
31	Finland : Réserve de propriété (Elina Pesonen et Pauliina Tenhunen)
33	Belgique : Inscriptions des gages mobiliers et agents de sûretés (Dr. Roel Fransis)
35	Nouvelle réforme du traitement des difficultés des entreprises en France (Marc André)
37	Etats-Unis : Réduire les créances sur un client dans la zone grise de l'insolvabilité
40	L'impact de la politique sociale sur l'insolvabilité transfrontalière (Jenny Gant)
43	Insolvabilité frauduleuse – L'approche néerlandaise (Willem van Nielen)
45	Continuité des entreprises – Nouvelle législation néerlandaise, 2 ^e partie (Evert Verwey)
48	Dix ans plus tard : Le Forum Universitaire fête ses 10 ans ! (Paul Omar)
51	Luxembourg : La procédure de la gestion contrôlée (Martine Gerber-Lamaire)
54	Le Nürburgring et les aides publiques en Allemagne (Jens Lieser et Dr. Alexander Jüchser)
57	Actualités par pays (Russie, Lituanie, Espagne)
60	Dates pour votre calendrier (2015 – 2016 – 2017)

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

Contacts eurofenix

<p>Co-Rédacteurs en chef : Guy Lofalk , Lofalk Advokatbyra AB (Stockholm) Annerose Tashiro, Schultze & Braun (Achern)</p> <p>Comité exécutif de rédaction : Guy Lofalk, guy.lofalk@lofalk.se Paul Newson, paulnewson@pndesign.co.uk Giulia Pusterla, giulia@giuliapusterla.it Florica Sincu, floricasincu@insol-europe.org Annerose Tashiro, atashiro@schubra.de Louise Verrill, lverrill@brownrudnick.com</p> <p>Comité de rédaction : Agustin Bou, abou@jausaslegal.com Harald Bußhardt, hbusshardt@schubra.de Giorgio Cherubini, giorgio.cherubini@studiopirola.com David Conaway, dconaway@slk-law.com Laszlo Csia, csia@csabaholding.hu Edvins Draba, edvins.draba@sorainen.com Elizabeth Elliott, elizabeth.elliott@shlegal.com Martine Gerber, mgerber@opf-partners.com Catarina Serra, csserra@gmail.com Ana-Irina Sarcane, irina.sarcane@fiveadvisors.com Caroline Taylor, carolinetaylor@insol-europe.org Michael Tierhoff, michael.thierhoff@tmpartner.de Artur Trapitsyn, trapitsyn@soautpprf.ru Jesper Trommer Volf, jesper.tommer.volf@deloitte.dk Jean-Luc Vallens, vallensjl@ymail.com Evert Verwey, evert.verwey@cms-dsb.com</p>	<p>eurofenix est publié par PNDDesign pour le compte d'INSOL Europe.</p> <p>Toute correspondance, y compris toute proposition d'article, doit être adressée à: Paul Newson - PNDDesign, pndesign@icloud.com</p> <p>eurofenix français Parrainé par CNAJMJ – France Editeur/Renseignements/ Proposition d'article : Florica Sincu floricasincu@insol-europe.org</p> <p>Traduction : Gabrielle Allemand (gamtrad@free.fr)</p> <p>Imprimeur : MRP Print eurofenix@mrp.uk.com</p> <p>Publicité et ventes : Edward Taylor - MRP Print eurofenix@mrp.uk.com Jubilee House, Nottingham Road, Basford, Nottingham NG7 7BT Royaume Uni Tél. +44 115 955 1000</p>	<p>Le futur numéro sera publié en janvier 2015</p> <p>Date limite articles à obtenir en écrivant à Paul Newson : paulnewson@icloud.com</p> <p>Copyright : INSOL Europe 2014</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>Avertissement :</p> <p>La présence d'une erreur ou omission dans les articles publiés n'engagera nullement la responsabilité, à quelque titre que ce soit, de la rédaction, la production, ou du comité exécutif d'INSOL Europe.</p> <p>Les opinions exprimées dans les articles publiés dans la présente revue ne sont pas nécessairement partagées par les rédacteurs en chef, la production, ou l'un ou l'autre des représentants d'INSOL Europe, ou bien par les sociétés et les organisations auxquelles appartiennent les auteurs des articles.</p>
---	---	--	---

Bienvenue :
La lettre des corédacteurs-en-chef

Le mot de bienvenue des corédacteurs-en-chef

Chers lecteurs,

Une plus grande cohérence et une meilleure efficacité des lois nationales en matière d'insolvabilité permettraient de maximiser le taux de recouvrement en faveur des créanciers et d'encourager les investissements transfrontaliers. C'est en ces termes que Bob Wessels a décrit l'appel lancé dans les recommandations que la Commission européenne a publiées en mars derniers.

La cohérence permet de meilleurs résultats : tel en est le thème principal et forcément incontestable. L'Europe compte vingt-huit États et des centaines de régions et groupes ethniques. Toute idéologie séparatiste est source de divisions entre nous.

Cette année, notre Congrès nous réunit à la croisée des continents, à Istanbul, le pont qui réunit l'Europe, l'Asie et le Moyen-Orient.

À notre époque, les régimes juridiques ont souvent pour but de créer de la cohésion et d'essayer de créer des cadres pour fournir aux citoyens une plateforme qui leur permet de vivre et de travailler dans la cohérence, alors que les nombreux flux existants vont généralement dans des directions opposées.

Pourtant, cela ne s'est pas toujours passé ainsi, même récemment. Il arrive souvent que les citoyens soient à l'origine du changement et que les régimes juridiques essaient de suivre le rythme, de s'adapter et ensuite de prendre les commandes. J'ai trouvé cela assez intéressant : il existe une interrelation et une corrélation très complexes entre les législateurs, les citoyens et leurs entreprises. Il se suivent les uns les autres, ou pas ; ils se pilotent et exigent des choses les uns des autres, ou au moins essaient de le faire ; ils se contrôlent réciproquement et parfois échouent.

Et là encore, cela se vérifie : la cohérence permet de meilleurs résultats.

Pendant mes vacances en Sicile, cet été, j'ai mangé pour la première fois du couscous de poisson et j'ai adoré ça ! Le couscous a été introduit en Sicile par des voyageurs d'Afrique du Nord (probablement des Berbères) ; la population locale l'a adopté, adapté et associé à ses plats de poisson. Aujourd'hui, c'est devenu une spécialité sicilienne typique du nord-ouest de l'île, absolument délicieuse. La Sicile a été colonisée par les Grecs, les Arabes, les Espagnols et les Normands ; au fil des siècles, elle a subi les influences de beaucoup de voyageurs et a développé sa propre culture, d'une richesse unique et fascinante, et sa propre cuisine. Cela a bien sûr pris du temps, mais la cohérence a produit ses effets.

De nos jours, les entreprises ne se soucient guère des frontières. Les entrepreneurs souhaitent que leurs biens et services puissent facilement traverser les continents et circuler librement. La loi devrait être là pour faciliter ces mouvements, les soutenir et les protéger ; elle ne doit pas être une entrave, même si elle doit conjuguer les intérêts de tous.

Actuellement, l'environnement commercial est parvenu à un stade de développement que les législateurs n'ont pas encore atteint. À l'ère du numérique, les concepts technologiques et commerciaux, du fait de leur rapidité et de leur croissance, non seulement font fi des frontières mais sont conçus pour les traverser instantanément (pensez par exemple au bitcoin).

La seule façon d'avancer est d'exiger une plus grande cohérence de la culture de la sauvegarde à travers l'Europe. Le législateur européen peut intervenir dans ce sens, mais il doit rattraper le rythme et ne pas perdre son élan. L'environnement des affaires évolue plus rapidement que par le passé et le processus législatif ne doit pas se contenter de suivre le mouvement une fois que les nouvelles idées sont là.

Pour autant, tout laisse penser que cette cohérence est possible, pour un meilleur taux de recouvrement en faveur des créanciers, ou quelque chose de nouveau, comme le couscous de poisson sicilien.

Annerose Tashiro

x x x

x

La lettre de la Présidente

Une année de changement dans la continuité

6

Catherine Ottaway nous présente son dernier éditorial en tant que Présidente d'INSOL Europe*

Rotations

Notre Association continue de prospérer grâce à l'implication de ses membres. C'est la raison pour laquelle nous avons mis en place des rotations et que de nombreuses personnes souhaitent y participer. Ce mouvement génère de l'action et attire des bénévoles.

L'une de ces rotations concerne l'EECC. Le Comité sera co-présidé par Radu Lotrean (Roumanie) pendant trois ans, et par Carlos Mack (Allemagne / Italie), dont le mandat de co-président pour l'Europe occidentale dure jusqu'en 2015. Sa prochaine conférence se tiendra à Vilnius (Lituanie) le 15 mai 2015. À Vilnius, nos présidents techniques seront Frank Heemann et Rimvydas Norkus, tous deux de Lituanie. Cet éditorial me permet de remercier profondément pour leur travail les précédents co-présidents de l'EECC, Marc André (France), Speranța Munteanu (Roumanie) et Signe Viimsalu (Estonie), et de saluer le travail constant et efficace de l'équipe technique de Prague.

Également concerné par une rotation, le prochain projet d'INSOL Europe, à savoir l'étude concernant la supervision des mandataires de l'insolvabilité. Des appels à candidatures seront lancés auprès des universités européennes. Les universités ont déjà reçu un appel à manifester leur intérêt, par l'intermédiaire des lettres d'informations qui ont été adressées cet été aux membres d'INSOL Europe et à ceux du Forum universitaire. Ce projet devrait prendre la forme d'une étude comparative en matière de nomination, de rémunération et de supervision (y compris concernant les procédures d'agrément formelles) des mandataires de l'insolvabilité en Europe. Elle

comprendra une comparaison avec la situation aux États-Unis et une recommandation sur la façon dont INSOL Europe pourrait faire avancer la question. Ce projet pourrait être piloté conjointement par une ou deux universités européennes. Nous avons déjà reçu des manifestations d'intérêt de l'université de Leyde, du *Business & Law Research Centre* de l'université Radboud de Nimègue, du *Centre for Business & Insolvency Law* de la faculté de droit de Nottingham et de la *Northwestern University School of Law* à Vienne. Des membres ont également exprimé leur intérêt à titre individuel.

Comme l'a dit Gandhi, soyez le changement que vous voulez voir dans le monde !

Améliorer la visibilité et la communication

Depuis 2013, INSOL Europe travaille avec la faculté de droit de Leyde pour concevoir des principes et des bonnes pratiques destinées aux mandataires de l'insolvabilité. Ce projet est dirigé par Patricia Godfrey (Royaume-Uni) et Martine Gerber (Luxembourg), qui représentent INSOL Europe, et par Jan Adriaanse et Iris Wuisman, qui représentent la faculté de droit de Leyde. Après un premier rapport consacré aux règles internationales et un deuxième aux règles nationales, la troisième étape du projet consiste à formuler les principes et pratiques de référence. Nous avons invité nos membres à nous donner leur avis sur chacun des sept principes et des trente-deux pratiques de référence à l'aide d'un questionnaire en ligne auquel ils devaient répondre avant le 17 août dernier. Notre Association a confirmé qu'elle récompenserait un des participants en lui offrant son inscription au congrès d'Istanbul : l'heureux gagnant est Bart de Moor (Belgique).

À propos du congrès d'Istanbul, j'en profite pour vous parler du nouveau site d'INSOL Europe. En effet, sa modernisation aura lieu en même temps que le lancement de notre nouvelle application pendant notre congrès d'Istanbul. Je remercie Paul Newson et Caroline Taylor pour le temps qu'ils ont consacré à ces nouveaux outils au profit de nos membres.

Nous aurons également bientôt le plaisir de lancer le site du registre des affaires fondées sur le REI sur une nouvelle plateforme hébergée par LexisNexis, qui publiera le registre sous licence. INSOL Europe continuera de fournir et de modérer les extraits d'affaires. À ce jour, 390 affaires sont en lignes ; 93 sont en cours de modération et de révision.

Il va de soi que l'accès au registre sera gratuit pour les membres d'INSOL Europe. Nous espérons qu'ils auront tous reçu un courrier électronique avec leur mot de passe d'ici le début du Congrès. Je dois remercier Chris Loughton qui a négocié ce nouveau partenariat avec LexisNexis, avec le concours d'Emmanuelle Inacio et Myriam Mailly (France). Par ailleurs, Myriam a soutenu sa thèse avec succès à Lille en mai dernier et je profite de l'occasion pour la féliciter.

Dans le numéro du printemps 2014 d'*eurofenix*, l'article de Michael Thierhoff intitulé « Le projet qui a tenu INSOL Europe en haleine » décrivait le dur travail qui avait eu lieu en coulisses concernant l'étude et le rapport final concernant les procédures de pré-insolvabilité qu'INSOL Europe devait remettre à la Commission européenne le 27 novembre 2014 afin de faciliter la rédaction de la nouvelle directive sur les insolvabilités transfrontalières. Les délégués présents à Istanbul se verront remettre une brochure récapitulant cette étude. Lors de la séance du samedi matin, INSOL Europe et moi-même profiterons de l'occasion pour remercier officiellement les personnes dévouées qui, dans chaque pays, ont participé à ce groupe efficace, en leur remettant un prix d'excellence en reconnaissance et en témoignage de gratitude du temps qu'ils ont consacré à faire de cette étude une telle réussite.

Notre nouveau Groupe des jeunes Membres est de plus en plus actif et apporte de nouvelles idées à notre Association. Slavomir Cauder (République tchèque) et la co-présidente Sabina Schellenberg (Suisse) ont de nouveau confirmé que l'International Young Lawyers Association (AIJA) coordonnerait à l'avenir des campagnes de marketing croisé avec INSOL Europe.

Bienvenue au Congrès d'Istanbul

Enfin, je souhaite à tous nos membres et délégués de passer un Congrès instructif et interactif dans cette magnifique ville qu'est Istanbul. C'est l'occasion parfaite pour que tous nos groupes se rencontrent : le Conseil et le Comité exécutif, le Forum universitaire, la Branche judiciaire, le Groupe de prêteurs, la Branche Redressement, le Forum anti-fraude, le Comité éditorial, l'EECC et le Groupe des jeunes Membres.

Notre Comité technique, composé d'Ian Grier (Royaume-Uni) et de Michael Veder (Pays-Bas), accompagnés d'Evert Verwey (Pays-Bas), l'équipe technique et tous les intervenants des diverses séances ont fait un excellent travail. J'espère également que vous apprécierez le spectacle et le dîner de gala au pavillon Sait Halim Paşa, après la croisière sur le Bosphore.

Une fois de plus, je souhaite remercier nos parrains fidèles, dynamiques et professionnels, sans lesquels ce Congrès ne pourrait pas avoir lieu.

J'aurai l'honneur d'accueillir tous les membres à l'occasion de notre assemblée générale ordinaire, qui se tiendra le jeudi 9 octobre 2014 à 18 heures, juste avant le début du Congrès. Les membres seront informés des décisions du Conseil et seront invités à approuver les modifications apportées à nos statuts.

Espérons que les lecteurs qui n'auront pas pu venir cette fois-ci pourront nous rejoindre au prochain Congrès, qui se tiendra à Berlin du 1^{er} au 4 octobre 2015. Le nouveau Comité technique co-présidé par Piya Mukherjee (Danemark) et Renate Mueller (Allemagne) nous concoctera encore une fois un programme intéressant.

Cela a été un grand privilège de vous servir cette année en tant que Présidente et je ferai de mon mieux pour continuer de vous servir sous la présidence de Robert van Galen, à partir de l'année prochaine. J'ai éprouvé un réel plaisir à échanger des conversations hebdomadaires concernant la gestion de notre Association avec Robert et Caroline Taylor, qui a été d'une aide considérable. Robert est tout à fait prêt à prendre la relève l'année prochaine, avec le soutien de son Président adjoint, Alberto Nuñez-Lagos.

Impliquons-nous pour apprendre, partager et mieux nous connaître !

**Catherine Ottaway est Présidente d'INSOL Europe*

Actualités et événements

Actualités

Envoyez vos actualités à paulnewson@insol-europe.org

LinkedIn

Sur LinkedIn, il y a désormais plusieurs groupes INSOL Europe auxquels vous pouvez vous inscrire pour échanger avec nos membres :

- INSOL Europe (groupe principal)
- Eurofenix : la revue d'INSOL Europe
- Branche redressement d'INSOL Europe (Turnaround Wing)
- Groupe de prêteurs d'INSOL Europe (Lenders Group)
- Comité des Pays de l'Europe orientale (Eastern European Countries Committee)
- Conférences d'INSOL Europe
- Forum anti-fraude d'INSOL Europe (Anti-Fraud Forum)

Pour vous inscrire à l'un des groupes, rendez-vous sur **www.linkedin.com** et faites une recherche par nom de groupe.

Coopération et communication entre juges dans le cadre des affaires européennes d'insolvabilité transfrontalière

9

Ces dernières années, l'Europe a connu une forte augmentation du nombre d'affaires d'insolvabilité transfrontalières. Afin d'améliorer la coopération entre les juridictions des différents États membres dans ces affaires, la faculté de droit de Leyde et celle de Nottingham ont travaillé sur les « Principes et lignes directrices de coopération entre juges en matière d'insolvabilité transfrontalière au sein de l'UE » (le « projet JudgeCo »). Ce projet est financé par la Commission européenne et par l'International Insolvency Institute (III). Il a pour objectif d'élaborer des principes et lignes directrices non contraignants en matière de communication et de coopération transfrontalières entre juges dans les affaires d'insolvabilité au sein de l'Union européenne.

Les professeurs Bob Wessels (Leyde) et Paul Omar (Nottingham) sont les rapporteurs du projet JudgeCo ; ils sont assistés dans leur tâche par un groupe réunissant une quarantaine d'experts de l'insolvabilité, dont vingt juges de différents pays d'Europe.

Révision des principes et lignes directrices

La dernière version publique de principes et lignes directrices a été publiée en juillet 2014. Elle peut désormais être consultée par le public et servira à des débats et formations judiciaires qui se tiendront entre septembre et décembre 2014. Les rapporteurs recueilleront tous les commentaires sur la dernière version publique des principes et lignes directrices JudgeCo jusqu'au 15 octobre 2014. Les principes et lignes directrices peuvent être téléchargés à l'adresse www.trileiden.eu/news/news-overview/final-public-draft-judgeco-project/.

Formations judiciaires

À partir de septembre 2014, des séances de formation seront organisées dans plusieurs villes d'Europe, notamment à Varsovie (22-23 septembre), Istanbul (10 octobre), Riga (3-4 novembre, à confirmer), Ljubljana (17-18 novembre, à confirmer) et Amsterdam (1^{er}-2 décembre). Les juges de l'insolvabilité auront la possibilité de participer à une formation interactive de deux jours. Ces formations permettront aux juges de mettre à l'épreuve les principes et lignes directrices et de formuler des observations sur leur utilité dans la pratique. Par ailleurs, elles leur permettront d'élargir leur réseau européen et d'aborder d'autres questions d'actualité avec leurs collègues.

Les juges dont la participation aura été acceptée verront leurs frais de déplacement et d'hébergement couverts par le projet. Pour en savoir plus : www.tri-leiden.eu/projects/judgeco-project/.

Les juges intéressés peuvent se manifester par courrier électronique en écrivant à l'adresse : judgeco@law.leidenuniv.nl

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 l'année prochaine, veuillez contacter Paul Newson, directeur de publication, à l'adresse paulnewson@insol-europe.org.

RICHARD TURTON AWARD

10

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

En reconnaissance des aspects qui présentaient un intérêt particulier pour Richard, le prix 2014 était ouvert aux candidats remplissant les conditions suivantes :

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

Les candidats ont été invités à écrire une lettre de moins de 200 mots expliquant pourquoi ils devraient recevoir cette distinction. Les candidatures ont été évaluées par un jury représentant les quatre associations. La composition du jury était la suivante : Stephen Adamson – INSOL Europe ; Neil Cooper – INSOL International ; Patricia Godfrey – R3 ; Maurice Moses – IPA. Cette année, le comité a reçu un nombre sans précédent de candidatures d'une qualité exceptionnelle et la décision a été très serrée, car le niveau des candidats était excellent. Nous sommes ravis de l'enthousiasme avec lequel le prix a été accueilli par les jeunes membres de la profession, et savons que Richard aurait été lui aussi extrêmement heureux de l'intérêt manifesté.

Le comité a le grand plaisir d'annoncer que le prix a été attribué cette année à **Anant Khandelwal**, d'Inde, qui travaille pour SBI Capital Markets Limited et fait partie de l'équipe conseil et restructuration de la dette de cette banque d'investissement. Il a participé à certaines des plus grandes opérations de restructuration de dette du pays.

Au titre de son prix, Anant est invité à participer à la Conférence d'INSOL Europe qui se tiendra du 9 au 12 octobre à Istanbul (Turquie). Il rédigera un article qui sera publié en résumé dans une ou plusieurs des revues des associations adhérentes et en intégralité sur leur site web. Nous souhaitons féliciter Anant de sa brillante candidature, et également remercier tous les candidats au prix de cette année. De nombreux dossiers se sont démarqués et la tâche du jury s'est avérée particulièrement ardue cette année.

Parrainé par :

INSOL Europe INSOL International Insolvency Practitioners Association R3

x x x
x

Rubrique technique

Compte-rendu technique : Autumn 2014

11

Les coresponsables techniques d'INSOL Europe nous informent du nouveau contenu disponible et des autres mises à jour sur le site web d'INSOL Europe*

COUP DE PROJECTEUR SUR...

Procédures de pré-insolvabilité et insolvabilités imminentes contre liquidations : quelques chiffres et réflexions de Croatie, d'Angleterre et du Pays de Galles, de France et d'Italie

Depuis quelques mois, des statistiques de l'insolvabilité pour 2013 ont été publiées dans plusieurs États membres de l'UE. Cela nous permet d'établir des comparaisons rapides dans plusieurs pays (quand les données de 2012 sont disponibles), en particulier en ce qui concerne les chiffres relatifs aux procédures de pré-insolvabilité et aux insolvabilités imminentes, par rapport aux procédures de liquidation traditionnelles.

Les chiffres ci-dessous concernent la Croatie, l'Angleterre et le Pays de Galles, la France et l'Italie (année civile 2013 – Demandes / Ouvertures).

Croatie

- 1 265 procédures de pré-insolvabilité (700 menées à terme et 565 en instance) (pas de données pour 2012) ;
- 6 220 insolvabilités (2 991 en 2012).

Angleterre et Pays de Galles

- 577 concordats de société (*Company Voluntary Arrangement*) (839 en 2012) ;

- 917 administrations judiciaires (1 222 en 2012)¹ ;
- 2 365 administrations (2 532 en 2012) ;
- 11 358 liquidations volontaires (-4,5 %) ;
- 3 624 liquidations forcées (-14,9 %) ;
- 18 841 liquidations et autres insolvabilités d'entreprises.

France

- 1 505 mandats ad hoc (+6,3 %) ;
- 1 272 conciliations (-1,6 %) ;
- 1 633 sauvegardes (+9 %) ;
- 18 464 réorganisations (-0,1 %) ;
- 43 003 liquidations (+4,1 %) ;
- 63 101 procédures judiciaires au total (+3 %).

Italie

- 3 000 procédures sans insolvabilité (+53,8 %) ;
- 4 400 demandes de concordat volontaire « réservées » (+102,7 % de concordats avec les créanciers) ;
- 94 000 liquidations volontaires (-5,6 %) ;
- 14 000 liquidations forcées ;
- 110 000 cessations d'activité.

Quelques réflexions

Ces données concernant les procédures d'insolvabilité et les liquidations volontaires indiquent que la longue crise a eu des répercussions très importantes en 2013 sur les entreprises dans certains pays (France, Italie, Croatie) plus que dans d'autres (Angleterre et Pays de Galles).

Toutefois, ces statistiques indiquent également que le nombre de procédures a pu connaître une augmentation brutale à cause du recours de plus en plus fréquent aux concordats volontaires dans certains pays (France, Italie, Croatie).

Si certains législateurs ont pris des initiatives visant à un encadrement accru dans le cadre des procédures préventives (des modifications ont été apportées l'été dernier dans la législation italienne, un rapport a récemment été publié par le Gouvernement britannique soulignant certaines lacunes du processus d'administration pré-organisée au Royaume-Uni), d'autres ont pris des initiatives visant à élargir les procédures préventives afin d'encourager les dirigeants d'entreprises à faire rapidement des démarches pour sauvegarder les entreprises en difficulté (la nouvelle loi française est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2014).

¹ Source : <https://www.gov.uk/government/collections/insolvency-service-official-statistics> : Les nominations d'administrateurs judiciaires comprennent les administrateurs nommés au titre de la loi de 1986 sur l'insolvabilité (et l'ordonnance de 1989 concernant l'Irlande du Nord) et certains autres administrateurs, par exemple ceux prévus par la *Law of Property Act 1925* (loi de 1925 sur le droit de la propriété). La même documentation officielle étant utilisée pour les différents types d'administration, il est impossible de les répartir par catégories. Les administrateurs nommés en vertu de la loi sur le droit de la propriété le sont dans le cadre d'une exécution de sûreté, qui n'est pas considérée comme une procédure d'insolvabilité au titre de la loi de 1986 sur l'insolvabilité. C'est la raison pour laquelle les chiffres et tendances en la matière doivent être interprétés avec précaution.

Si vous souhaitez ajouter vos propres statistiques à ce tableau ou partager votre avis, n'hésitez pas à nous contacter à l'adresse technical@insol-europe.org.

Glossaires

Depuis notre dernier article, nous avons publié un nouveau glossaire de l'insolvabilité pour la Croatie.

Nous remercions Domagoj Sajter de la faculté d'économie d'Osijek (Croatie) de sa généreuse assistance.

N'hésitez pas à nous contacter si vous souhaitez participer à ce projet pour Malte et la Slovénie (ou d'autres pays).

Statistiques nationales en matière d'insolvabilité

Depuis notre dernier article, nous avons publié des statistiques sur l'insolvabilité mises à jour pour l'Angleterre et le Pays de Galles (2^e trimestre 2014), l'Irlande du Nord et l'Écosse (2^e trimestre 2014), la France (année 2013, 1^{er} et 2^e trimestres 2014), l'Italie (3^e et 4^e trimestres 2013, 1^{er} trimestre 2014), l'Irlande (année 2013) et l'Espagne (3^e et 4^e trimestres 2013, 1^{er} trimestre 2014).

N'hésitez pas à nous contacter si vous souhaitez participer à ce projet pour des États membres de l'Union européenne (ou d'autres pays) qui ne sont pas encore couverts.

Comment devenir praticien de l'insolvabilité en Europe ?

Grâce à Catarina Serra (professeur à l'université de Minho, Portugal), un nouvel article intitulé « Tout ce que vous avez besoin de savoir pour devenir praticien de l'insolvabilité au Portugal » est désormais disponible sur le site internet d'INSOL Europe.

Nous avons également publié un article de Piya Mukherjee (Horten Advokatpartnerselskab, Copenhague, Danemark) intitulé « Tout ce que vous avez besoin de savoir pour devenir praticien de l'insolvabilité au Danemark ».

Actuellement, dix-huit pays sont couverts (Allemagne, Autriche, Danemark, Estonie, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Pologne, Portugal, Roumanie, Royaume-Uni, Russie, Slovaquie, Slovénie) et des rapports de quatre pays devraient être bientôt disponibles (Chypre, Roumanie (mise à jour), Serbie, Suède).

N'hésitez pas à nous contacter si vous souhaitez participer à ce projet pour des États membres (ou d'autres pays) qui ne sont pas encore couverts.

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

Au 22 mai 2014, 390 extraits se trouvaient sur le site internet du Registre des affaires fondées sur le règlement européen sur l'insolvabilité d'INSOL Europe.

Quatre-vingt-treize nouveaux extraits (CJUE, Allemagne, Angleterre et Pays de Galles, Écosse, France, Luxembourg, Pays-Bas) seront prochainement disponibles.

**Myriam Mailly et Emmanuelle Inacio sont coresponsables techniques d'INSOL Europe*

Nouveau contenu technique disponible sur le site web d'INSOL Europe
Nous invitons tous les membres d'INSOL Europe à nous aider à fournir des contributions pour couvrir tous les pays d'Europe et au-delà ou pour mettre à jour les informations publiées. Pour cela, consultez les liens ci-dessous ou contactez Emma et Myriam à l'adresse technical@insol-europe.org.

Liens utiles

Courriel : technical@insol-europe.org.

LinkedIn : www.linkedin.com

Twitter : [@INSOLEurope](https://twitter.com/INSOLEurope)

Glossaires

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

Nouvelles lois sur l'insolvabilité

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

Rapports nationaux

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

Statistiques nationales en matière d'insolvabilité

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

Comment devenir praticien de l'insolvabilité en Europe ?

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

Événements passés

www.insol-europe.org/academic-forum/2013-academic-forum-events/

www.insol-europe.org/events

www.insol-europe.org/eastern-europe/events-and-meetings

Jurisprudence nationale

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

Processus de réforme du REI

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

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

www.insolvencycases.eu

14

x x x

x

Sauvegarde

La sauvegarde est à la hausse

Bob Wessels étudie les modalités selon lesquelles la Commission européenne souhaite développer une culture de la sauvegarde et du redressement dans les États membres*

Dans une étude de 2012, le Professeur Andreas Piekenbrock de l'université de Heidelberg a comparé les mesures de sauvegarde prévues par les lois sur l'insolvabilité en Angleterre, en

Italie, en France, en Belgique, en Allemagne et en Autriche. Il en a conclu qu'on pouvait distinguer cinq grandes tendances en matière de sauvegarde.

1. Intervention précoce

Parfois, il est possible d'ouvrir une procédure de sauvegarde plus tôt, par exemple dans le cas de la sauvegarde française : le débiteur doit être confronté à des problèmes qu'il ne peut pas résoudre avant le moment traditionnel où il se retrouve dans l'incapacité d'honorer ses obligations financières à leur échéance.

2. Débiteur non dessaisi

Le conseil d'administration n'est pas entièrement remplacé par l'administrateur de l'insolvabilité ; dans certaines procédures, le conseil d'administration continue de diriger l'entreprise. Dans ce cas, on dit que le débiteur est « non dessaisi ».

3. Suspension

Dans ces pays, la législation prévoit un moratoire ou une suspension, soit automatique, comme dans le cas de la sauvegarde, soit sur demande (par exemple le *concordato preventivo* ou la réorganisation judiciaire).

4. Protection des nouveaux financements

Des dispositions particulières permettent de protéger les nouveaux financements mis à la disposition de l'entreprise pendant qu'elle essaie de sortir de ses difficultés.

5. Échange de dettes contre des participations

Possibilité d'échanger des dettes contre des participations, c'est-à-dire de convertir une créance en actions du capital de l'entreprise.

6. Adhésion forcée des créanciers dissidents

Généralement, comme l'explique Piekenbrock, ce type de sauvegarde repose sur le principe d'un concordat ou autre accord conclu entre le débiteur insolvable et ses créanciers. Ce plan de sauvegarde est opposable aux créanciers qui ont voté pour, mais également à un pourcentage donné de créanciers dissidents minoritaires (processus parfois appelé « adhésion forcée », ou « atténuation interne de mécontentes » dans le cas des « *altgesellschafter* », c'est-à-dire des actionnaires existants)².

Dans l'étude qu'INSOL Europe a consacrée à une nouvelle approche en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises, publiée en avril 2014, les rapporteurs (Stefania Bariatti, de l'université de Milan, et Robert van Galen) ont étudié vingt-huit États membres de l'UE. Il est intéressant de noter que les caractéristiques identifiées par le Professeur Piekenbrock se retrouvent de manière générale dans les nouvelles procédures de redressement ou dans les procédures rénovées, dans presque tous les États membres³.

² Andreas Piekenbrock, *Das ESUG – fit für Europa?*, NZI 22/2012, p. 906 et suivantes. Ce thème a été présenté par le même auteur dans un contexte plus large, avec une focalisation sur l'Allemagne, comme étant en évolution constante ; voir Andreas Piekenbrock, *Das Insolvenzrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts: ein Dauerbaustelle*, dans : Werner Ebke, Christopher Seagon, Michael Blatz (éd.), *Solvenz – Insolvenz – Resolvanz*, Baden-Baden : Nomos 2013, p. 79 et suivantes.

³ Par exemple : procédure du débiteur non dessaisi (dans certains cas sous la supervision d'un praticien de l'insolvabilité nommé par la juridiction compétente), plan de sauvegarde qui peut être imposé aux créanciers, parfois même aux créanciers garantis, à condition qu'une certaine majorité qualifiée soit atteinte, capacité d'ordonner la suspension de l'exécution des créances, possibilité d'attirer de nouveaux prêts, bien que les commentateurs aient généralement constaté que les nouveaux financements ne font l'objet d'aucun super-privilège. Pour un témoignage

Politique de l'UE : une nouvelle approche en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises

En 2013, la Commission européenne a présenté sa politique intitulée « Une nouvelle approche européenne en matière de défaillance et d'insolvabilité des entreprises », ainsi que les questions sur lesquelles cette nouvelle approche devrait se concentrer « pour favoriser le développement d'une culture de la sauvegarde et du redressement dans les États membres ». Il était déclaré que de nombreux cadres de restructuration européens « rest[aient] inflexibles, coûteux et destructeurs de valeur⁴. » Se fondant sur les résultats d'une consultation publique réalisée en 2013, la Commission européenne a présenté, le 12 mars 2014, sa recommandation sur une nouvelle approche européenne en matière de défaillance et d'insolvabilité des entreprises⁵. La recommandation a deux grands objectifs. Premièrement :

« [...] d'assurer aux entreprises viables en difficulté financière, où qu'elles se trouvent dans l'Union, un accès aux cadres nationaux en matière d'insolvabilité leur permettant de se restructurer à un stade précoce afin de prévenir leur insolvabilité et d'optimiser ainsi leur valeur totale pour les créanciers, les travailleurs, les propriétaires et l'économie dans son ensemble. La recommandation vise également à offrir une seconde chance, dans l'ensemble de l'Union, aux entrepreneurs honnêtes ayant connu la faillite. » (Préambule, point (1))

Pour atteindre ces objectifs, la Commission a jugé nécessaire :

« [...] [d']encourager la cohérence entre les cadres nationaux d'insolvabilité car cette cohérence permet de réduire les divergences et les pertes d'efficacité qui compromettent la restructuration précoce d'entreprises en difficulté et l'accès à une seconde chance pour les entrepreneurs honnêtes, en même temps qu'elle diminue le coût de la restructuration tant pour les débiteurs que pour les créanciers. En étant plus cohérentes et plus efficaces, les règles nationales en matière d'insolvabilité permettraient d'optimiser les rendements des différents créanciers et investisseurs et encourageraient les investissements transfrontières. Cette cohérence accrue faciliterait également la restructuration des groupes de sociétés, quel que soit le lieu de l'Union où sont établis les membres du groupe. » (Préambule, point (11))

16

Introduction de normes minimales concernant les cadres de restructuration préventifs

La présente recommandation vise à atteindre ces objectifs en encourageant les États membres à mettre en place « un cadre permettant de restructurer efficacement les entreprises viables confrontées à des difficultés financières et de donner une seconde chance aux entrepreneurs honnêtes » (para. 1)⁶. La recommandation prévoit des « normes minimales » sur les « cadres de

direct concernant les coulisses de l'appel d'offres et de la présentation du rapport destiné à la Commission européenne, voir l'article de Michael Tierhoff, « Le projet qui a tenu INSOL Europe en haleine », *eurofenix*, printemps 2014.

⁴ Voir l'analyse d'impact (« Analyse d'impact 2014 » ou « AI 2014 ») accompagnant la Recommandation de la Commission du 12.3.2014 relative à une nouvelle approche en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises, SWD(2014) 61 final, 2.

⁵ Le texte de la recommandation est disponible à l'adresse :

http://ec.europa.eu/justice/civil/files/c_2014_1500_fr.pdf.

Pour une présentation succincte, voir Stephan Madaus, « The EU Recommendation on Business Rescue – Only Another Statement or a Cause for Legislative Action Across Europe? », dans : *27 Insolvency Intelligence* 2014, n° 6, p. 81 et suivantes.

⁶ Les recommandations exposées aux para. 30-33 évoquent une seconde chance pour les entrepreneurs honnêtes. Elles ne sont pas abordées dans cet article.

restructuration préventifs » (para. 3(a)) à mettre en œuvre dans tous les États membres. En favorisant l'adhésion à ces normes dans toute l'Union, la Commission formule un triple espoir :

- *concernant les régimes de l'insolvabilité nationaux* : améliorer les moyens existants permettant de résoudre les difficultés des entreprises viables (préambule, point 5) et encourager la cohérence dans les initiatives ou les révisions concernant le « cadre de sauvetage des entreprises » dans tous les États membres (préambule, point 10) ;

- *concernant les entreprises* : améliorer l'accès au crédit (préambule, point 4), encourager les investissements (préambule, point 8) et faciliter, « en minimisant les coûts économiques et sociaux inhérents aux procédures de désendettement, l'ajustement des entreprises surendettées » (préambule, point 12) ; et

- *concernant les créanciers* : améliorer les mécanismes permettant de résoudre efficacement les difficultés financières, en limitant les délais et les coûts, ainsi que les formalités judiciaires (« aux situations dans lesquelles elles sont nécessaires et proportionnées afin de préserver les intérêts des créanciers et des autres parties intéressées susceptibles d'être affectées ») (préambule, point 17).

Six principes essentiels

Kristin van Zwieten, professeure associée à l'université d'Oxford, a analysé la recommandation plus en détail, pour en conclure que les normes minimales énoncées dans les recommandations de la Commission en faveur d'un cadre de restructuration préventif reposent sur six principes essentiels⁷. Je reprends son analyse ci-dessous. Ces principes s'appliquent à tout débiteur (c'est-à-dire « toute personne physique ou morale en difficulté financière lorsqu'il existe un risque d'insolvabilité » (para. 5(a)), à l'exclusion des établissements financiers⁸. Ces principes essentiels ont pour champ d'application la « restructuration », définie comme étant la « modification de la composition, des conditions, ou de la structure de l'actif et du passif des débiteurs, ou une combinaison de ces éléments, aux fins de permettre la poursuite, en totalité ou en partie, de l'activité des débiteurs » (para. 5 (b)).

1. Intervention précoce

Les débiteurs devraient pouvoir avoir recours au cadre de restructuration à un stade précoce (para. 6 (a)). Ce cadre n'est ouvert qu'aux débiteurs qui connaissent déjà des « difficultés financières » (para. 1) faisant qu'il existe un « risque d'insolvabilité » (para. 6 (a)).

2. Limitation de l'intervention judiciaire

Les débiteurs devraient pouvoir avoir recours au cadre de restructuration sans devoir passer par une procédure judiciaire formelle (para. 8). Plus généralement, la procédure de restructuration ne devrait pas se révéler longue et coûteuse et l'intervention des juridictions devrait être limitée aux situations où elle est nécessaire et proportionnée pour protéger les droits des créanciers et des autres parties concernées par le plan de restructuration proposé (para. 7). D'autre part, dans certaines circonstances, l'intervention des juridictions peut s'avérer nécessaire, notamment pour accorder un moratoire.

⁷ Kristin van Zwieten, « Restructuring law: recommendations from the European Commission », dans : *Law in Transition* (publication de la BERD) 2015 (à paraître).

⁸ Préambule, point 15 : « Il convient d'exclure du champ d'application de la présente recommandation les entreprises d'assurance, les établissements de crédit, les entreprises d'investissement et les organismes de placement collectif, les contreparties centrales, les dépositaires centraux de valeurs mobilières et les autres établissements financiers soumis à des cadres de sauvetage et de résolution spécifiques dans lesquels les autorités nationales de surveillance disposent de vastes pouvoirs d'intervention. »

3. Débiteur non dessaisi

Le débiteur « devrait garder la maîtrise de la gestion courante de son activité » en cas de recours au cadre de restructuration (para. 6 (b))⁹. Ce principe incite le débiteur à avoir recours à cette procédure à un stade précoce, garantit une interruption minimale des opérations du débiteur et lui permet de poursuivre ses opérations quotidiennes¹⁰. La restructuration est un outil de gestion plutôt qu'un signe d'échec¹¹.

4. Moratoire

Le débiteur doit disposer du droit de saisir une juridiction d'une demande de sursis à l'exécution d'une mesure d'exécution individuelle requise par les créanciers (y compris par les créanciers garantis et les créanciers privilégiés) (para. 6 (c) et para. 10). Du point de vue du débiteur, le moratoire a pour but de protéger les actifs de l'entreprise en empêchant qu'ils soient mis en pièces par les créanciers. Le moratoire augmente les chances de négociations du débiteur, mais il doit être comparé au besoin de protéger de manière adéquate les intérêts des créanciers garantis, en leur permettant de demander la levée du moratoire dans certaines conditions précises. La recommandation propose un ensemble de sauvegardes, notamment des délais (moratoire initial de quatre mois maximum, pouvant être renouvelé sans dépasser douze mois, voir para. 13) ; en outre, le moratoire doit être levé lorsqu'il n'est plus nécessaire pour faciliter l'adoption d'un plan de restructuration (para. 14). Dans les États membres qui soumettent l'octroi du moratoire à certaines conditions, le débiteur devrait pouvoir obtenir un moratoire dans tous les cas lorsque : (a) les créanciers représentant un « montant significatif » des créances susceptibles d'être affectées par le plan de restructuration soutiennent les négociations sur l'adoption d'un plan de restructuration ; et (b) le plan de restructuration est raisonnablement susceptible d'être mis en œuvre et de prévenir l'insolvabilité du débiteur (para. 11).

5. Caractère contraignant du plan de restructuration pour les créanciers dissidents

Le cadre de restructuration préventif adopté par les États membres devrait prévoir qu'un plan soit négocié entre les débiteurs et les créanciers (garantis ou non) et, si nécessaire, approuvé par la majorité requise des créanciers des catégories concernées, tel que prévu par la législation nationale, et validé par une juridiction compétente, avant de devenir contraignant pour les créanciers dissidents (para. 6 (d), 16, 20, 21, 26). Les créanciers garantis doivent être traités comme une catégorie distincte des créanciers qui ne le sont pas (para. 17). Lorsqu'un plan de restructuration est adopté à l'unanimité des créanciers affectés, il devrait être contraignant « pour l'ensemble de ces créanciers », ce qui semble favoriser une restructuration contractuelle entièrement extrajudiciaire, également pour les créanciers qui n'ont pas participé au processus d'adoption à proprement parler.

Ce cadre devrait également permettre la validation d'un plan approuvé par certaines catégories mais pas d'autres, faisant que la majorité des catégories pourrait imposer le plan aux catégories dissidentes (c'est-à-dire qu'elles seraient soumises à une « adhésion forcée »). Les conditions dans

⁹ Toutefois, la recommandation envisage (sans obligation, au cas par cas) qu'une juridiction compétente puisse nommer un « superviseur » pour superviser l'activité du débiteur et sauvegarder les intérêts des créanciers : para. 9 (b).

¹⁰ AI 2104, 10.

¹¹ Voir Madaus, *op. cit.*, 82.

lesquelles un plan de restructuration peut être confirmé par une juridiction devraient être clairement définies et prévoir au moins que le plan de restructuration : (a) ait été adopté dans des conditions garantissant la protection des intérêts légitimes des créanciers ; (b) ait été notifié à tous les créanciers susceptibles d'être affectés ; et (c) ne réduise pas les droits des créanciers dissidents en-deçà du niveau qu'ils auraient pu raisonnablement escompter en l'absence de restructuration, si l'entreprise du débiteur avait fait l'objet d'une liquidation ou si elle avait été vendue en tant qu'entreprise en activité, selon le cas (critère dit du « résultat hypothétique de liquidation »). En outre, (d) tout nouveau financement prévu dans le plan de restructuration doit être nécessaire pour mettre en œuvre le plan et ne doit pas porter injustement préjudice aux intérêts des créanciers dissidents (para. 22). Les exigences de procédure devraient protéger les droits des créanciers et veiller à ce qu'ils soient informés de la teneur du plan, qu'ils bénéficient du droit de formuler des objections et de faire appel du plan ; cependant, cet appel « ne devrait pas, en principe, suspendre la mise en œuvre du plan de restructuration » (para. 24).

6. Protection en vue de nouveaux financements

Les parties qui apportent de nouveaux financements à un débiteur conformément aux termes d'un plan de restructuration validé par une juridiction devraient être protégées contre les annulations, les actions pauliennes, etc. par la législation nationale en matière d'insolvabilité (para. 6 (e) et 27), ainsi qu'être exemptés des « responsabilités civiles et pénales en lien avec la procédure de restructuration en cause » (para. 28) sauf en cas de fraude (para. 29).

Et ensuite ?

Les États membres sont invités à mettre en œuvre les « principes » énoncés dans la recommandation dans les douze mois à compter de sa publication (c'est-à-dire avant avril 2015) (para. 34). Au final, dix-huit mois après l'adoption de la recommandation (c'est-à-dire en octobre 2015), la Commission évaluera la situation en se fondant sur les rapports annuels des États membres pour déterminer s'il convient de proposer des mesures supplémentaires en vue de consolider l'approche européenne (para. 36). Si tout se passe bien, le résultat de la recommandation s'articulera avec le règlement européen sur l'insolvabilité (ou plutôt avec sa révision), puisque le champ d'application du règlement sera probablement étendu pour inclure les procédures de débiteur non dessaisi et de pré-insolvabilité. Les procédures fondées sur le « cadre préventif de restructuration » inscrites dans les régimes d'insolvabilité nationaux bénéficieront potentiellement du système décrit dans le règlement.

Conclusion

D'un point de vue formel, la recommandation traduit une approche douce. Elle invite les États membres à prendre des mesures ou à les poursuivre. En l'essence, elle ne fait que présenter une « norme minimale », ce qui permet aux États membres d'y ajouter des conditions et composants spécifiques pour que le cadre préventif de restructuration fonctionne dans le contexte juridique et l'environnement économique propres à leur marché national. Il s'agit du strict minimum, puisqu'aucun principe clair n'est énoncé pour interdire au débiteur de prendre des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur le taux de rendement escompté des créanciers concernés (que ce soit collectivement ou individuellement) à une certaine date de référence, ni pour lui imposer de fournir toutes les informations utiles concernant son actif, son passif, son

entreprise et ses perspectives et de permettre aux créanciers et/ou à leurs conseillers professionnels d'y avoir accès, afin de permettre d'évaluer dans de bonnes conditions sa situation financière et les éventuelles propositions destinées aux créanciers concernés¹². Une analyse comparative solide devra être effectuée en 2015 pour déterminer s'il convient de prendre d'autres mesures contraignantes pour atteindre les objectifs politiques de la Commission. Si la nouvelle Commission, sous la présidence de Jean-Claude Juncker, maintient cette politique (ce que je viendrais appuyer), nous aurons de ses nouvelles, puisque le processus législatif prendra certainement plusieurs années dans de nombreux États membres. Toutefois, des lois adoptées en Allemagne, en Espagne et en France ainsi que des propositions avancées aux Pays-Bas ont été rédigées dans des termes à peu près similaires à ceux de la recommandation.

**Bob Wessels est professeur émérite de droit international de l'insolvabilité, université de Leyde (Pays-Bas)*

X X X

X

Investisseurs informels
(*Business Angels*)

Faciliter les investissements informels

*Signe Viimsalu*¹³ nous présente une alternative pour éviter l'insolvabilité des PME en Europe*

20

Pour les jeunes PME innovantes, l'accès au financement se fait par l'endettement, source fréquente de financement extérieur, et par l'émission de titres.

Au cours de la récente crise économique, le soutien apporté par le système financier aux entreprises, surtout aux jeunes entreprises, a disparu. Même avant la récente crise financière, les banques hésitaient à consentir des prêts aux petites et jeunes entreprises, à cause des risques perçus et de l'absence de garantie. En outre, cette aversion du risques et l'impossibilité de sortie pour les investisseurs sont restées problématiques et continuent de faire pression sur les sources de capital d'amorçage et d'appoint. La crise financière n'a fait qu'amplifier les défaillances du marché aux stades de l'amorçage et du début d'activité des entreprises, les prêts bancaires aux jeunes pousses et aux entreprises de capital-risque étant repoussés à des stades ultérieurs où les risques sont plus faibles. Pourtant, les différentes sources de capital à la disposition des PME en Europe devraient coopérer. Le marché des investisseurs informels subit les répercussions de la situation actuelle, caractérisée par l'absence de capitaux issus des sources financières traditionnelles, ce qui influence par ricochet l'élaboration des politiques futures. À cause de l'évolution de la scène économique, les investisseurs informels doivent pouvoir accompagner les entreprises à des étapes de

¹² Voir les troisième et cinquième principes de la déclaration de principes généraux d'INSOL International pour une approche globale des accords de règlement amiable faisant intervenir plusieurs créanciers (publiés en octobre 2000). Cette publication démontre que ces principes ont été approuvés par la Banque mondiale, la Banque d'Angleterre et la British Bankers Association. Voir Bob Wessels, *International Insolvency Law*, 3^e éd., 2012, para. 10107.

¹³ Signe Viimsalu (titulaire d'une licence ès lettres, d'une maîtrise de droit et d'un doctorat), est coresponsable de l'EECC d'INSOL Europe.

financement plus nombreuses, puisque les étapes d'investissement de suivi traditionnel font souvent défaut.

Pourquoi les investisseurs informels sont-ils importants et doivent-ils être encouragés ?

Les investisseurs informels, qui sont souvent des entrepreneurs expérimentés, sont de plus en plus souvent reconnus comme une source importante de fonds propres lors de l'amorçage et du début d'activité des jeunes entreprises en Europe. Il est remarquable que des investisseurs particuliers s'impliquent dans l'activité hautement risquée qui consiste à financer la « traversée du désert » d'une entreprise pour aider ses dirigeants alors qu'elle peut être confrontée à tout moment à une situation d'insolvabilité. Et puisqu'il peut falloir attendre six ou sept ans, voire plus, pour pouvoir réaliser une sortie, un portefeuille plus important est nécessaire afin de limiter les risques. Il faut comprendre quelles seraient les mesures d'incitation capables d'encourager et de soutenir l'activité des investisseurs informels en Europe, vu l'utilité qu'elles représentent pour l'économie. Étant donné que de moins en moins d'investisseurs en capital-risque osent accompagner les jeunes entreprises, l'écart entre les investisseurs informels particuliers et les investisseurs en capital-risque s'est considérablement creusé, faisant que les entrepreneurs sont confrontés à une pénurie importante de financement. C'est la raison pour laquelle les investisseurs informels occupent une part de plus en plus importante de l'offre d'investissement, en venant combler cette pénurie de financement pour les PME. Jusqu'à présent, ils se sont efforcés de le faire en formant des groupes ou des consortiums avec d'autres investisseurs informels, augmentant ainsi la taille totale de l'opération pour les entreprises à la recherche d'un financement en début d'activité. D'après l'EBAN (*European Business Angels Network*), les opérateurs formels du capital-risque investissent un minimum de 2 500 000 euros dans les entreprises, ce qui laisse une faille, au niveau du marché, en ce qui concerne les montants inférieurs. Les investisseurs particuliers, eux, investissent des montants qui se situent entre 20 000 et 250 000 euros. En Europe, le montant moyen investi par personne est de 80 000 euros, mais il peut aller jusqu'à 250 000 euros, en fonction du type d'entreprise et de la région. Ces montants peuvent augmenter lorsque les investisseurs informels s'associent entre eux ou passent par le biais d'un fonds de co-investissement¹⁴. Dans de nombreux pays, les investisseurs informels représentent la plus grosse source de financement extérieur des jeunes entreprises, après la famille et les amis¹⁵.

Cette forme de financement non institutionnel, qui est encore relativement modeste en Europe par rapport aux États-Unis, où le marché de l'investissement informel est cinq fois plus important, pourrait devenir un moteur essentiel pour créer davantage de PME à forte croissance¹⁶. Outre les fonds propres qu'ils apportent, les investisseurs informels peuvent jouer un rôle important en mettant leur expertise stratégique et opérationnelle au service des jeunes entreprises¹⁷. Les

21

¹⁴ EBAN, *Business Angels*.

¹⁵ Centre for Strategy and Evaluation Services (2012), *Evaluation of EU Member States' Business Angel Markets and Policies - Final report*, p. 1, disponible en anglais uniquement à l'adresse http://ec.europa.eu/enterprise/dg/files/ba-rep_en.pdf.

¹⁶ Commission européenne (2012), *Report of the Chairman of the Expert Group on the Cross-border Matching of Innovative Firms with Suitable Investors*, p. 6, disponible en anglais uniquement à l'adresse <http://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupDetailDoc&id=6008&no=1>.

¹⁷ Wilson, K. (2011), *Financing High Growth Firms: The Role of Angel Investment*, présentation effectuée lors de la Hong-Kong VC and Angel Conference. Disponible en anglais uniquement à l'adresse http://hkban.org/sites/default/files/karen_wilson_oecd_nov_2011.pdf.

entreprises soutenues par des investisseurs informels participent activement à la croissance économique et à la création d'emplois. Aux États-Unis, on estime que près de 250 000 emplois ont été créés en 2009 par des entreprises soutenues par des investisseurs informels, représentant au total 5 % des créations d'emplois dans le pays¹⁸. Les jeunes entreprises y réalisent de meilleurs résultats et ont donc plus de chances de survivre grâce à un financement informel et à une croissance de 30-50 % en moyenne¹⁹.

En effet, pour que les décideurs politiques interviennent sur un marché, il faut souvent que celui-ci montre des signes de défaillance. Même s'il ne constitue pas une défaillance, le taux de survie des jeunes pousses et des PME indique un clair manque de financement aux stades de l'amorçage et du début d'activité, ce qui cause un énorme gaspillage de potentiel. Bien entendu, il existe de nombreuses façons d'exploiter ce potentiel pour en faire un atout. L'une de ces méthodes, parmi tant d'autres, consiste à encourager les personnes physiques fortunées (les investisseurs informels) ayant des compétences dans le domaine des affaires à consacrer une partie de leurs actifs à ces jeunes pousses. Un des arguments puissants en faveur d'une action politique en ce sens concerne les effets positifs de contagion des investissements informels²⁰. D'après l'OCDE, les politiques publiques favorisant les investissements informels comportent des mesures du côté de l'offre comme de la demande. Du côté de la demande : volonté d'investissement pour les entrepreneurs, développement de l'écosystème entrepreneurial. Du côté de l'offre : incitations fiscales, fonds de co-investissement, soutien aux associations, réseaux ou groupes d'investisseurs informels, formation et perfectionnement des investisseurs informels²¹. En outre, dans certains pays européens, des mesures relatives à des régimes de garantie ont également été prises, afin de couvrir une partie des risques assumés par les investisseurs informels²². Certains décideurs politiques ont cherché à trouver une solution aux lacunes du marché en prenant des mesures du côté de l'offre et de la demande, même si ce sont souvent les premières qui prédominent.

22

Soutien des associations, réseaux et groupes nationaux d'investisseurs informels

D'après l'OCDE, pour développer le marché du financement par les investisseurs informels, les décideurs politiques ont notamment pris des mesures consistant à soutenir directement les associations ou fédérations nationales et autres réseaux et groupes d'investisseurs informels afin de les aider à couvrir leurs frais de fonctionnement. Les associations et réseaux nationaux d'investisseurs informels peuvent participer à des actions de sensibilisation concernant leurs

¹⁸ Sohl, J. (2010), *The Angel Investor Market in 2009: Holding Steady but Changes in Seed and Startup Investments*, p. 2, Center for Venture Research, 31 mars 2010, disponible en anglais uniquement à l'adresse http://paulcollege.unh.edu/files/2009_Analysis_Report.pdf.

¹⁹ Kerr, W.R., Lerner, J. et Schoar, A. (2010), *The Consequences of Entrepreneurial Finance: A Regression Discontinuity Analysis*, p. 1, Harvard Business School Entrepreneurial Management Working Paper n° 10-086, disponible en anglais uniquement à l'adresse <http://www.hbs.edu/faculty/Publication%20Files/10-086.pdf>.

²⁰ OCDE (2011), *Financing High-Growth Firms: The Role of Angel Investors*, OECD Publishing, p. 11, disponible en anglais uniquement à l'adresse <http://dx.doi.org/10.1787/9789264118782-en>.

²¹ OCDE (2011), *op. cit.*, p. 95.

²² Carr, M., MACC-BAM (2011), *Effective Measures and Critical Points to Accelerate the Business Angel Market in the Mediterranean*, 2011, p. 52, disponible en anglais uniquement à l'adresse http://www.programmed.eu/uploads/tx_asybibliomed/MACC-BAM_7_Effective_measures_for_BA_market_EN.pdf.

activités, étape qui vient compléter l'écosystème entrepreneurial dans la construction du marché²³. L'EBAN a déclaré que la Commission européenne encourageait les investisseurs informels et leurs réseaux à accroître leur visibilité et à se faire connaître des entrepreneurs et décideurs politiques. Il existe des fédérations nationales réunissant les réseaux régionaux ou nationaux dans quasiment tous les pays européens. Ces fédérations sont généralement des organisations faitières sans contact direct avec les entrepreneurs et les investisseurs. Leur principale mission est de promouvoir le rôle économique des investisseurs informels et de leurs réseaux auprès des autorités publiques et de recueillir des informations sur le marché du capital-risque²⁴. Contrairement aux groupes composés uniquement d'investisseurs informels, ces réseaux réunissent en leur sein des prestataires de services et des intervenants autres que des investisseurs.

Pour ce qui est des tendances concernant l'activité des groupes et réseaux d'investisseurs informels, il convient de noter que les investisseurs informels du monde entier ont commencé à coopérer et utilisent des solutions informatiques remarquables, par exemple la plateforme logicielle Gust²⁵, qui fournit une plateforme mondiale pour obtenir et gérer des investissements en début d'activité. Cette plateforme est recommandée par les plus grandes associations de capital-risque et d'investisseurs informels du monde ; elle accueille plus de mille organisations d'investisseurs de soixante-cinq pays. Les plateformes de financement participatif sont un autre exemple d'utilisation de l'informatique dans les activités d'investissement informel pour se procurer du capital d'appoint et de début d'activité. Entre autres, la plateforme AngelList²⁶ s'adresse aux jeunes pousses et leur permet d'entrer en contact avec des investisseurs et des entrepreneurs. On peut également citer Crowdfunder²⁷, Invesdor²⁸, etc., sites sur lesquels les investisseurs peuvent placer de petits montants de capital d'appoint par Internet ; en général, une commission de réussite de 5 % est prélevée par le site hébergeur. Cependant, le revers de la médaille est qu'il n'y a pas toujours de vérification préalable ni de contrôles pour les personnes qui souhaitent investir. Les mêmes préoccupations peuvent se poser concernant les réseaux d'investisseurs informels en ligne, car le réseau qui sert de site d'hébergement n'effectue pas nécessairement de vérifications ni de contrôles concernant l'entreprise bénéficiaire avant qu'elle soit enregistrée et présentée aux investisseurs²⁹. La Commission européenne a déclaré que, même si les nouvelles sources de financement qui font appel aux médias sociaux n'en sont qu'au stade embryonnaire, les risques potentiels associés à ces types de financement et le cadre réglementaire européen fragmenté relatif aux plateformes transfrontalières, par rapport aux bases nationales, figurent parmi les nouveaux défis qui posent problème aux entrepreneurs, aux fournisseurs de plateformes et aux investisseurs³⁰.

Encouragement des opérations transfrontalières

Même si l'on parle beaucoup des opérations transfrontalières, en réalité, la plupart des investissements informels restent locaux. Historiquement, sur la base des politiques nationales, la

²³ OCDE (2011), *op. cit.*, p. 116.

²⁴ EBAN, *Business Angels - Summary Brief on Private Informal Venture Capital Players - Information for Public Decision-makers, Entrepreneurs and Virgin Angels on the Role of Business Angels and their Networks - European Good Practices*, Bruxelles, <http://www.eban.org>.

²⁵ <http://www.gust.com>.

²⁶ <https://angel.co>.

²⁷ <https://www.crowdfunder.com>

²⁸ <https://www.invesdor.com>.

²⁹ Commission européenne (2012), *op. cit.*, p. 30.

³⁰ Commission européenne (2012), *op. cit.*, p. 7.

majorité des investissements informels restent circonscrits au niveau national (les entreprises cibles doivent généralement être constituées dans le même pays) et seuls quelques investisseurs placent leurs fonds à l'étranger. Toutefois, il semble que les choses commencent à changer. Les investisseurs informels envisagent des propositions dans d'autres pays afin d'étudier les possibilités présentant un bon potentiel de croissance. Ils se rendent compte que les entreprises à fort potentiel de croissance ne se situent pas toujours dans leur propre pays de résidence. Même les jeunes pousses sont davantage mondialisées, surtout dans le secteur de la haute technologie³¹. Pourtant, les investisseurs informels restent réticents à réaliser des investissements régis par le droit d'un autre pays que le leur. Ce domaine est néanmoins prometteur et il est considéré de bonne pratique que de stimuler l'activité transfrontalière en partageant des propositions d'investissement. Les opérations transfrontalières ne sont possibles que lorsque des relations de confiance sont en place, quand l'autre marché est suffisamment connu et que les systèmes juridiques et fiscaux des différents pays concernés permettent de réaliser des opérations dans des conditions similaires. On constate des investissements transnationaux en Europe dès lors que les environnements fiscaux, juridiques et réglementaires s'y prêtent et que les difficultés humaines, telles que barrières linguistiques, connaissances des autres marchés, mise en place de relations, etc. sont surmontées. Les investisseurs informels ne réaliseront une opération transfrontalière que s'ils connaissent un investisseur principal local de confiance dans le pays de la société de portefeuille cible³². Actuellement, les opérations transfrontalières les plus fréquentes sont généralement réalisées dans des communautés situées près des frontières et où des relations se sont formées au fil du temps. Ceci dit, des efforts continuent à être faits pour établir des réseaux et des relations au niveau international afin de faciliter de futures opérations transfrontalières³³.

Synthèse

Pour qu'il y ait des investissements informels et que le marché se développe, l'écosystème entrepreneurial doit être sain et opérationnel. Il est important de tirer des enseignements des autres pays expérimentés en la matière, mais il ne suffit pas de copier les modèles existants. Les différentes sources de capitaux doivent coopérer. Les efforts des pouvoirs publics, outre qu'ils doivent être coordonnés, doivent intervenir au bon moment dans le développement du marché des investisseurs informels. L'écosystème entrepreneurial doit encourager et motiver les entrepreneurs expérimentés pour qu'ils prennent des risques élevés et deviennent des investisseurs informels engagés afin de venir au secours des jeunes pousses dans leur traversée du désert. Il faut également modeler le système éducatif et la culture nationale en faveur de la prise de risques dans l'entreprise, d'une mentalité commerciale et d'une attitude propice à l'innovation. Pour cela, des acteurs du marché tels que les incubateurs et accélérateurs, outre les pôles d'affaires et les formations aux compétences entrepreneuriales, doivent intervenir. Néanmoins, les protagonistes du marché des investisseurs informels doivent être les investisseurs informels eux-mêmes.

La version intégrale de cet article est disponible dans : Santen et van Offeren (éd.), Perspectives on International Insolvency Law: A Tribute to Bob Wessels, Kluwer Deventer, 2014.

**Signe Viimsalu, du réseau Estonian Business Angels Network (EstBAN)*

³¹ Carr, M., MACC-BAM (2011), *op. cit.*, p. 11.

³² Commission européenne (2012), *op. cit.*, p. 26.

³³ OCDE (2011), *op. cit.*, p. 77.

Royaume Uni : Pre-packs

Les administrations pré-organisées britanniques ont reçu un avis favorable... Pourtant, un « toilettage » reste nécessaire

*L'administration pré-organisée figure parmi l'arsenal d'outils qui fait du Royaume-Uni un territoire attractif pour les restructurations. Une récente étude indépendante, se disant favorable aux administrations pré-organisées, a tout de même recommandé certaines améliorations, comme nous l'explique Glen Flannery**

Contexte

Le 16 juin 2014, le Gouvernement britannique a publié les conclusions et recommandations d'une étude indépendante portant sur les administrations pré-organisées (« pre-packs ») réalisée par Teresa Graham CBE^{34, 35}.

L'étude de Mme Graham a été commandée par Vince Cable, ministre britannique des Affaires, de l'Innovation et du Savoir-Faire, pour répondre aux rumeurs persistantes remettant en question le bien-fondé des pre-packs, surtout parmi certains groupes de créanciers chirographaires.

Bien qu'elle ait recensé quelques lacunes qui pourraient être comblées, Mme Graham a conclu que les pre-packs « ont sans conteste leur place sur la scène de l'insolvabilité » et que leur interdiction pour manque d'efficacité reviendrait à « jeter le bébé avec l'eau du bain ».

Par conséquent, au lieu de proscrire les pre-packs, comme le proposaient certains des adversaires de cette technique, Mme Graham préconise un « toilettage » pour apporter « des améliorations majeures à la façon dont ils sont administrés ». Pour ce faire, elle propose un ensemble de six mesures.

Deux de ces mesures concernent les pre-packs impliquant des cessions à des parties liées à l'entreprise insolvable (« acquéreurs liés »), ces cessions étant généralement plus controversées que les cessions à des parties ne présentant aucun lien avec le débiteur. Mme Graham souhaiterait que les acquéreurs liés, avant de conclure un pre-pack, se soumettent volontairement aux démarches suivantes :

- Entrer en contact avec un « groupe pre-pack » d'hommes d'affaires indépendants et expérimentés, pour obtenir leur avis sur la proposition de pre-pack ; et
- Préparer une « étude de viabilité » exposant comment l'acquéreur survivra pendant au moins un an à compter de l'étude et ce qu'il fera différemment de l'entreprise insolvable pour éviter une nouvelle défaillance.

Les autres mesures visent à améliorer :

- La publicité avant la cession ;
- Les évaluations avant la cession ;

³⁴ Pour ceux qui souhaiteraient en savoir plus, le rapport intégral de Mme Graham est disponible à l'adresse <https://www.gov.uk/government/publications/graham-review-into-pre-pack-administration>.

³⁵ CBE : Commandeur de l'ordre de l'Empire britannique (N. de la T.).

- La communication d'informations aux créanciers après le pre-pack, au moyen d'une déclaration *Statement of Insolvency Practice 16*³⁶ (« SIP 16 ») améliorée ; et
- Le contrôle de la conformité par rapport à la SIP 16.

Mme Graham a invité le secteur de l'insolvabilité à adopter volontairement ses mesures, sans qu'il soit nécessaire d'adopter une nouvelle loi, tout en demandant que le Gouvernement envisage de légiférer dans l'hypothèse où ses propositions ne seraient pas adoptées ou ne produiraient pas l'effet souhaité.

Les principales conclusions de Mme Graham et les mesures qu'elle propose sont présentées plus en détail ci-dessous. Cette présentation est précédée d'une rapide explication des pre-packs et de la SIP 16 en vigueur, à l'attention des lecteurs qui ne les connaissent pas forcément très bien.

Qu'est-ce qu'un pre-pack ?

L'administration pré-organisée (or *pre-pack*) est l'une des procédures d'insolvabilité formelles qu'offre le droit anglais, dans le cadre de laquelle un praticien de l'insolvabilité agréé (l'administrateur) est nommé auprès d'une entreprise insolvable dans les buts suivants, classés par ordre de priorité :

- Sauver l'entreprise sans qu'elle ne cesse ses activités ;
- Obtenir un meilleur résultat pour les créanciers de l'entreprise que dans le cas d'une liquidation immédiate ;
- Réaliser les biens de l'entreprise pour procéder à une distribution aux créanciers garantis ou privilégiés.

Dans un pre-pack, la cession de tout ou partie du fonds de commerce de l'entreprise insolvable est organisée avant que l'administration ne soit ouverte ; la cession est réalisée par l'administrateur lors de sa nomination en tant que tel ou peu de temps par la suite.

La cession est structurée de manière à minimiser l'impact de la procédure d'insolvabilité formelle sur l'entreprise et donc de préserver sa valeur. Dans le cas où la cession n'est pas pré-organisée de cette manière, le risque de perdre des fournisseurs, des clients ou des salariés importants peut augmenter lorsque la nouvelle de l'insolvabilité est annoncée.

La cession est organisée par l'entreprise, le futur administrateur et l'acquéreur. En présence d'un créancier garanti, celui-ci peut se fonder sur sa sûreté pour diriger la procédure. Il peut également adopter un rôle plus passif, mais il sera tout de même consulté pour obtenir la levée de sa sûreté une fois la cession réalisée.

Les créanciers non garantis sont traités différemment. En général, ils n'ont pas leur mot à dire sur la décision de procéder à un pre-pack et n'en apprennent l'existence qu'après coup. Ceci fait que certains n'ont pas confiance en cette méthode, même s'ils peuvent bénéficier financièrement : (a) d'un meilleur taux de recouvrement pour les créanciers dans le cadre de l'insolvabilité ; et (b) pour ceux dont les biens ou services sont nécessaires à la poursuite de l'activité, de la possibilité de continuer à approvisionner l'entreprise en activité.

Le pre-pack n'a pas été créé par la loi. C'est une technique qui a été mise au point par les praticiens pour parvenir à la sauvegarde d'une entreprise et maximiser les réalisations au moyen

³⁶ Lignes directrices concernant les cessions pré-organisées dans le cadre des administrations (N. de la T.).

d'une cession de fonds de commerce dans le cas où le débiteur ne peut être sauvé sans cesser son activité.

Au Royaume-Uni, ces dernières années, près d'un quart des administrations impliquaient un pre-pack. On peut notamment citer les exemples de Blacks Leisure et Dreams Plc.

Statement of Insolvency Practice 16 (« SIP 16 »)

La SIP 16 a été publiée pour la première fois en janvier 2009 puis mise à jour en novembre 2013. Elle exige que l'administrateur qui réalise un pre-pack fournisse un document expliquant aux créanciers, dans les sept jours du pre-pack, pourquoi celui-ci a été entrepris (une « déclaration SIP 16 »).

La déclaration SIP 16 doit comporter des informations sur des points tels que les possibilités envisagées, les opérations de publicité réalisées, les évaluations d'actifs obtenues, l'acquéreur, l'éventuel lien entre l'acquéreur et l'entreprise insolvable, et la contrepartie de la cession.

La SIP 16 est une obligation d'ordre réglementaire plutôt qu'une obligation légale. Le non-respect de la SIP 16 peut entraîner des sanctions disciplinaires à l'encontre de l'administrateur par son organisme réglementaire / professionnel. L'administrateur peut faire l'objet de poursuites s'il a exécuté un pre-pack de manière incompatible avec le bon exercice de ses fonctions.

Principales conclusions de Mme Graham

Mme Graham a analysé des informations provenant de diverses sources, dont celles concernées ou autrement impliquées dans les pre-packs (par ex. : fournisseurs, propriétaires, praticiens de l'insolvabilité, avocats, comptables), ainsi que des rapports publiés dans le cadre de l'administration d'un échantillon de 499 entreprises qui avaient eu recours à un pre-pack en 2010.

27

Avantages des pre-packs

Mme Graham a recensé les avantages suivants :

- Les pre-packs sauvegardent les emplois. Ceci bénéficie aux autres créanciers en réduisant le montant des créances sur l'entreprise insolvable.
- Les pre-packs sont moins onéreux que les procédures de restructuration en amont, telles que les concordats qui font davantage intervenir les juridictions et les créanciers.
- Dans la plupart des cas, les paiements différés sont effectués ; les créanciers ne sont donc pas inutilement lésés si le pre-pack prévoit un report des paiements.
- Un acquéreur a davantage de chances de réussite dans le cas où il a fait l'acquisition d'un fonds de commerce au titre d'un pre-pack plutôt qu'à la suite d'une période d'exploitation dans le cadre d'une administration. En effet, dans ce cas, le risque d'échec est 2,4 fois plus élevé que dans le cas d'une acquisition au titre d'un pre-pack.
- Les pre-packs bénéficient même à l'économie britannique dans son ensemble, même si ce n'est que de manière limitée, puisque des entreprises étrangères s'installent au Royaume-Uni pour bénéficier des pre-packs ; c'est-à-dire qu'on observe un phénomène de « *forum shopping* » à destination du Royaume-Uni.

Inconvénients des pre-packs

Par ailleurs, Mme Graham a recensé les inconvénients suivants :

- Les pre-packs manquent de transparence. De façon inhérente, les créanciers chirographaires n'apprennent l'existence du pre-pack qu'après coup. Ceci leur donne l'impression d'être laissés-pour-compte, surtout dans le cas où l'acquéreur présente un lien avec l'entreprise.
- Les activités de publicité sont insuffisantes. Pour plus du tiers des entreprises sondées, aucun élément ne permettait d'établir si des activités de publicité avaient été entreprises et, dans l'affirmative, pendant combien de temps. Trop souvent, seule une publicité limitée avait été entreprise. Dans les cas où il n'y avait pas eu de publicité, le taux de recouvrement des créanciers était plus faible.
- Les évaluations sont insuffisamment expliquées. Bien que des évaluations indépendantes aient été réalisées dans la majorité des cas étudiés (91 %), la plupart d'entre elles n'étaient que des évaluations virtuelles ne portant pas sur la totalité des actifs disponibles, omettant par exemple les éléments de propriété intellectuelle ou les actifs incorporels (*goodwill*).
- La viabilité de l'acquéreur n'est pas suffisamment étudiée. Ceci est particulièrement préoccupant pour les fournisseurs (transférés ou nouveaux), mais pas pour l'administrateur, puisqu'il est principalement tenu de rendre compte aux créanciers du cédant insolvable.
- L'encadrement des pre-packs et son suivi pourraient être meilleurs. En particulier, la SIP 16 pourrait être renforcée pour décourager les mauvaises pratiques.

Sur les 499 pre-packs étudiés par Mme Graham, près des deux tiers faisaient intervenir un acquéreur lié. Les cessions de pre-pack à des acquéreurs liés suscitent généralement davantage de critiques que celles à des parties non liées, puisqu'elles donnent l'impression que ce sont les mêmes dirigeants « qui passent la grille de l'usine dans la même Rolls Royce ».

Les statistiques indiquent que 29 % des acquéreurs liés ont ensuite connu une défaillance dans les trois ans suivant le pre-pack, contre seulement 16 % des acquéreurs non liés.

Pour répondre à ces problèmes, Mme Graham a focalisé deux de ses six mesures sur les pre-packs impliquant des acquéreurs liés.

Recommandations de Mme Graham

Mme Graham a recommandé les mesures suivantes afin d'améliorer les pre-packs.

1. Groupe pre-pack

De manière volontaire, avant de conclure un pre-pack, un acquéreur lié devrait entrer en contact avec un « groupe pre-pack », pour fournir à un de ses membres des informations détaillées sur l'opération proposée, suite à quoi ce membre prononce son avis, contre une rémunération versée par l'acquéreur.

Le membre du groupe doit être un homme d'affaires expérimenté, choisi parmi un large éventail de secteurs et de disciplines, éventuellement nommé par une organisation telle que la *Confederation of British Industry* (CBI).

Mme Graham envisage la création d'un secrétariat réduit pour administrer ce groupe et pour procéder à une attribution des dossiers sur la base d'une rotation stricte. Si le membre du groupe émet un avis défavorable, le pre-pack pourrait quand même avoir lieu, mais l'avis défavorable devrait être mentionné dans la déclaration SIP 16.

Cette proposition vise à introduire une forme de contrôle indépendant du pre-pack avant qu'il ne soit exécuté, mais sans diffuser l'information de façon plus large, ce qui risquerait de nuire à l'entreprise avant la cession.

Cette mesure vise uniquement les cessions à des acquéreurs liés.

2. Rapport de viabilité

Sur une base volontaire, l'acquéreur lié devrait préparer une « étude de viabilité » exposant comment l'acquéreur survivra pendant au moins un an à compter de l'étude et ce qu'il fera différemment de l'entreprise insolvable pour éviter une nouvelle défaillance.

Le rapport de viabilité devrait être joint à la déclaration SIP 16. L'administrateur ne sera pas tenu d'exprimer son avis quant à ce rapport. En l'absence de rapport de viabilité, l'administrateur devrait indiquer qu'il en a demandé un mais qu'il n'a pas été fourni.

Cette mesure vise uniquement les cessions à des acquéreurs liés.

3. Publicité

Toute publicité des entreprises avant un pre-pack devrait être conforme à six principes de bonnes pratiques ; tout écart par rapport à ces derniers devrait être porté à l'attention des créanciers dans la déclaration SIP 16 révisée.

Mme Graham propose les principes suivants :

- Privilégier une large diffusion. L'entreprise doit faire l'objet d'une publicité aussi large que possible, proportionnellement à sa nature et à sa taille.
- Les médias utilisés doivent être justifiés. La déclaration SIP 16 doit expliquer en détail les motifs de la publicité et la stratégie médias adoptée.
- Garantir l'indépendance. Le praticien de l'insolvabilité doit être convaincu que la publicité entreprise est adéquate et ne pas se fier uniquement sur les activités de publicité réalisées avant sa nomination pour éviter d'avoir à réaliser d'autres activités publicitaires par la suite.
- Procéder à une réelle publicité et non à une simple publication. La publicité doit durer suffisamment longtemps pour que le praticien de l'insolvabilité puisse s'assurer que la meilleure solution a été recherchée.
- Connectivité. Des publicités en ligne doivent compléter l'utilisation des autres médias par défaut. Lorsque l'internet n'a pas été utilisé à des fins de publicité, l'administrateur doit justifier pourquoi.
- Appliquer ou expliquer (« *comply or explain* »). L'administrateur doit expliquer en détail sa stratégie de publicité et comment elle a permis d'atteindre le meilleur résultat possible pour tous les créanciers, en particulier lorsque la cession a été réalisée en faveur d'un acquéreur lié.

4. Évaluation

La SIP 16 devrait être modifiée pour exiger que les évaluations soient effectuées par des personnes ayant souscrit une assurance responsabilité professionnelle. Dans le cas contraire, l'administrateur doit justifier son choix.

En effet, Mme Graham estime que les assureurs soumettent leurs souscripteurs potentiels à des vérifications strictes. Ainsi, les créanciers seraient plus facilement convaincus qu'une évaluation réalisée par un expert indépendant représente la juste valeur de l'entreprise.

5. SIP 16 modifiée

Le *Joint Insolvency Committee* (comité composé de représentants des organismes professionnels reconnus qui encadrent les praticiens de l'insolvabilité et délivrent leurs agréments) devrait envisager d'adopter une version renforcée de la SIP 16 dans les meilleurs délais.

En effet, Mme Graham voit en la SIP 16 le moyen de mettre en œuvre l'ensemble de mesures qu'elle propose. Elle a préparé une nouvelle version de la SIP 16 de 2013 afin de tenir compte de ses recommandations.

6. Contrôle de la SIP 16

Le contrôle des déclarations SIP 16 devrait être effectué par les organismes professionnels reconnus et non par l'administration publique compétente en matière d'insolvabilité. En effet, Mme Graham considère que leur expérience pratique fait qu'ils sont mieux placés pour vérifier la conformité à la SIP 16.

Opinions sur les recommandations de Mme Graham

Les propositions de Mme Graham ont suscité des réactions mitigées au sein de la sphère de l'insolvabilité et autres personnes intéressées.

R3, le principal organisme professionnel regroupant les praticiens de l'insolvabilité au Royaume-Uni, a déclaré qu'il soutenait la conclusion de Mme Graham selon laquelle il y a une place pour les pre-packs dans le cadre britannique de l'insolvabilité et qu'il était favorable à ce que ses recommandations soient mises en œuvre.

La *British Property Federation*, fédération qui représente les propriétaires fonciers, a accueilli favorablement les recommandations visant à encourager la transparence, mais s'est dite préoccupée par l'absence d'obligation légale, ce qui pourrait empêcher que les recommandations soient pleinement adoptées.

Le Gouvernement britannique, pour sa part, a lui aussi accueilli favorablement le rapport de Mme Graham et s'est engagé à travailler avec les professionnels et les entreprises pour mettre en œuvre ses recommandations, afin d'améliorer la transparence et la confiance qu'inspire ce précieux outil de sauvegarde des entreprises.

En outre, dans un projet qui pourrait bientôt devenir une loi (*Small Business, Enterprise and Employment Bill 2014*), le Gouvernement a prévu la possibilité d'introduire une législation secondaire interdisant les cessions pre-pack à des acquéreurs liés ou les soumettant à des conditions. Cette possibilité pourrait être utilisée si les recommandations de Mme Graham ne sont pas adoptées ou ne s'avèrent pas suffisamment efficaces dans la pratique.

Il reste à voir comment les propositions de Mme Graham seront mises en œuvre dans la pratique (il reste beaucoup de détails à préciser), ainsi que l'effet qu'elles auront sur la sauvegarde des entreprises et les résultats qu'elles produiront pour les créanciers.

Pour le moment, les praticiens de l'insolvabilité britanniques qui gèrent des dossiers transfrontaliers seront heureux d'apprendre que les propositions de Mme Graham ne visent pas à faire interdire les pre-packs, ce qui permettra d'aider le Royaume-Uni à conserver son statut de territoire favorable aux restructurations.

**Glen Flannery, associé, membre du groupe restructuration et insolvabilité du cabinet Nabarro LLP, Londres*

x x x

x

Finland : Réserve de propriété

Les clauses de réserve de propriété protègent-elles le cédant dans les procédures d'insolvabilité finlandaises ?

Elina Pesonen et Pauliina Tenhunen étudient l'efficacité de ces clauses dans la pratique*

Des procédures d'insolvabilité finlandaises en général et des clauses de réserve de propriété en particulier

En Finlande, les procédures d'insolvabilité sont régies par la loi finlandaise sur l'insolvabilité (loi n° 20.2.2004/120). Cette loi a été totalement rénovée et modernisée en 2004, date à laquelle des changements majeurs par rapport au Code de la faillite antérieur ont été introduits. En outre, la nouvelle loi a légèrement modifié les dispositions légales régissant le traitement des clauses de réserve de propriété dans le cadre des procédures d'insolvabilité.

Les procédures d'insolvabilité ont pour objet de liquider les actifs du débiteur au bénéfice des créanciers et, au bout du compte, de partager l'excédent en parts égales entre les créanciers de même rang. En droit finlandais, l'un des grands principes de la procédure d'insolvabilité est celui de l'égalité de rang des créanciers (*pari passu*) lors de la distribution des actifs de la masse.

Les clauses de réserve de propriété sont des clauses en vertu desquelles le cédant reste propriétaire des biens cédés jusqu'à ce que le prix d'acquisition ait été réglé en intégralité. Ce type de clause est une exception à la règle générale prévue par la législation finlandaise dans la loi sur la vente de marchandises, en vertu de laquelle le titre de propriété est transféré à l'acquéreur en même temps que la possession du bien en question.

La loi sur l'insolvabilité part du principe que les biens de tiers ne font pas partie de la masse de l'insolvabilité s'ils peuvent être séparés des biens du débiteur. La réserve de propriété en situation d'insolvabilité est expressément prévue au chapitre 5(7) de la loi sur l'insolvabilité ; elle s'applique aux biens mobiliers sous réserve des droits du cédant au titre des clauses de retrait ou de réserve de propriété.

Les clauses de réserve de propriété peuvent-elles être frappées de nullité en cas d'insolvabilité ?

En cas d'insolvabilité, les clauses de réserve de propriété sont de nul effet si elles ont été conclues après que le droit de possession a déjà été transféré à l'acquéreur, c'est-à-dire au débiteur. Dans ces situations, les biens en question font partie de la masse au même titre que les autres biens de l'acquéreur. En effet, si la clause est conclue après, cela reviendrait dans la pratique à favoriser le cédant au détriment des autres créanciers.

En outre, les clauses de réserve de propriété ne produisent pas d'effet sur la masse de l'insolvabilité si l'acquéreur, malgré l'existence d'une clause de réserve de propriété, a le droit de transférer de nouveaux les biens, de les associer à d'autres biens ou de les céder à un autre titre comme s'il en était le propriétaire. Par exemple, l'acquéreur ne pourrait pas donner de biens en

gage ou les transférer de nouveau selon des modalités qui feraient que la clause de réserve de propriété dont bénéficie le cédant d'origine continue de produire ses effets à l'encontre d'un acquéreur tiers. Que l'acquéreur ait ou non exercé ses droits ne change rien. Le fait que ce droit existe suffit en soi. En d'autres termes, cela signifie que les clauses de réserve de propriété relatives à tous types de biens (par exemple aux stocks) destinés à être associés aux biens de l'acquéreur seraient considérées comme nulles.

Les fournisseurs étrangers, en particulier, devraient garder à l'esprit que le droit finlandais s'applique en cas d'insolvabilité d'un acquéreur finlandais. De ce fait, les clauses contractuelles déclarant que la réserve de propriété est régie par le droit d'un autre territoire ne sont pas valables dans les procédures d'insolvabilité finlandaises, surtout si les actifs cédés se situent en Finlande.

Intégration de clauses de réserve de propriété dans les contrats

Dès la rédaction d'un contrat, il faut prêter une attention suffisante aux questions de réserve de propriété. Tout d'abord, la clause de réserve de propriété doit figurer dans le contrat. Une notification unilatérale d'application d'une réserve de propriété ne suffira pas. Ainsi, la réserve de propriété doit être convenue dans le contrat ou, par exemple, dans un bon de commande contraignant. Si des conditions générales s'appliquent et que la clause de réserve de propriété en fait partie, le cédant doit s'assurer que les conditions générales sont communiquées à l'acquéreur et qu'elles font partie intégrante du contrat.

Ensuite, le cédant doit réfléchir aux droits dont l'acquéreur dispose sur des biens cédés sous réserve d'une clause de réserve de propriété. Le cédant doit s'assurer que l'acquéreur n'a pas la permission d'associer les biens faisant l'objet de la réserve de propriété à d'autres biens ou de les céder à un autre titre comme s'il en était le propriétaire. Ceci signifie que l'efficacité des clauses de réserve de propriété en cas d'insolvabilité est particulièrement douteuse en ce qui concerne les actifs courants.

Dans la pratique, les clauses contractuelles devraient stipuler expressément que l'acquéreur ne peut céder les biens pour son propre compte avant que le prix d'achat ait été réglé intégralement et que le titre de propriété lui ait été transféré. Le cédant peut également envisager d'autres formes de garantie. Les garanties bancaires sont certainement les plus sûres, mais elles ne constituent pas toujours une solution pratique pour se protéger en cas d'insolvabilité d'un acquéreur.

**Elina Pesonen est collaboratrice et Pauliina Tenhunen associée gérante au sein du cabinet Castrén & Snellman Attorneys Ltd (Finlande)*

X X X
X

Belgium : Gages mobiliers

Inscription des gages mobiliers et agents des sûretés en Belgique

Roel Fransis nous présente succinctement la réforme de 2013*

Introduction

La loi du 11 juillet 2013 (la « Loi ») reformera le régime juridique commun des sûretés mobilières (en sus du régime applicable aux sûretés financières, régi par la loi du 15 décembre 2004 transposant la directive 2002/47/CE sur les contrats de garantie financière). À quelques exceptions près, le régime juridique applicable aux hypothèques grevant des biens immobiliers et les droits préférentiels statutaires restent inchangés. Bien que l'entrée en vigueur de la loi soit prévue pour le 1^{er} décembre 2014, elle sera vraisemblablement reportée jusqu'au 1^{er} janvier 2017 au plus tard. Ceci devrait laisser suffisamment de temps pour mettre en place le registre électronique national des inscriptions de gages.

La Loi : (i) introduit de nouvelles règles concernant les gages portant sur des biens mobiliers (corporels ou incorporels, relatifs à certains actifs individuels ou à une universalité d'actifs) ; (ii) reconnaît généralement la validité et le caractère exécutoire des clauses de réserve de propriété ; et (iii) accorde de plein droit un gage aux créanciers exerçant un droit de rétention. La réforme de 2013 vise à créer un régime flexible et efficace concernant la constitution et la réalisation de ces sûretés, couplé à une procédure de réalisation moderne, à visée économique, et à un résultat prévisible en cas de différends concernant le rang des créanciers gagistes. Au bout du compte, cela devrait permettre d'améliorer l'accès au crédit pour les entreprises et les particuliers, et ce à un coût moindre. La Loi s'inspire d'exemples internationaux tels que la réforme législative française de 2006, le système d'inscription des droits de sûreté mis en place par le Code de commerce uniforme des États-Unis et des lois types ou lignes directrices internationales, par exemple le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties.

33

Gage sur biens mobiliers

La constitution d'un gage mobilier entre les parties (créancier gagiste ou agent des sûretés, et débiteur / constituant du gage ou garant tiers) fait désormais l'objet d'un consensus : il existe entre les parties dès lors que celles-ci ont conclu un contrat de gage.

Bien qu'il ne s'agisse pas d'une condition à la validité du gage, il est recommandé aux parties de conclure un contrat de gage écrit précisant le montant maximum garanti par le gage, puisque seul un tel contrat : (i) en vertu de la Loi, fournira la preuve suffisante du gage ; et (ii) permettra l'inscription du gage dans le registre national. S'agissant des consommateurs, un contrat écrit exprimant la valeur de la sûreté est une condition de la validité du gage.

À hauteur du montant maximum précisé dans le contrat, le gage garantit : (i) le montant du principal ; (ii) les intérêts ; (iii) les pénalités ; et (iv) les frais de réalisation, étant entendu que, s'agissant des consommateurs, le montant total garanti composé des éléments (ii), (ii) et (iv) ne peut être supérieur à la moitié du montant du principal.

Afin de protéger les consommateurs et d'éviter qu'ils ne constituent des gages trop importants (phénomène désigné par le terme « *Übersicherung* » en allemand), la valeur de la sûreté donnée ne doit pas dépasser le double du montant de la créance garantie (tel que défini ci-dessus).

Agent des sûretés

Outre le régime spécifique qui s'applique actuellement aux contrats de garantie financière, la Loi reconnaît désormais la validité et le caractère exécutoire des contrats de gage faisant intervenir un agent des sûretés, qui détient le gage mobilier pour le compte d'un ou de plusieurs bénéficiaires, qu'il représente, sous réserve que l'identité du (des) bénéficiaire(s) puisse être établie à partir du contrat de gage. L'agent des sûretés est conjointement responsable avec le(s) bénéficiaire(s), sauf mention contraire du contrat.

Inscription, rang et réalisation

Avant la réforme de 2013, l'existence et le caractère exécutoire d'un gage mobilier nécessitait que le bien grevé soit remis physiquement au créancier ou autre gagiste tiers. Depuis la réforme, les parties peuvent désormais choisir d'inscrire le gage dans un registre national prévu à cet effet. Tandis que le débiteur n'est pas dépossédé du bien grevé (et a le droit, sauf mention contraire du contrat de gage, de le céder dans le cours normal de ses affaires et de transférer le gage sur un autre bien), l'inscription garantit l'opposabilité du gage aux autres créanciers et tiers et détermine le rang du gage.

La Loi prévoit une procédure de réalisation flexible s'agissant des gages constitués par des non-consommateurs : l'intervention du tribunal *ex ante* n'est plus nécessaire ; à la place, tout intéressé peut demander au tribunal de procéder à un contrôle *a posteriori*. Il incombe aux parties de décider de la façon dont le gage sera réalisé : au moyen d'une vente de gré à gré ou aux enchères, d'une location du bien grevé, ou de son appropriation par le créancier. La Loi exige que la procédure de réalisation soit effectuée de bonne foi et de manière économiquement justifiée.

**Roel Fransis, avocat au barreau de Bruxelles, est associé, membre du groupe Banque et Finance au sein du cabinet Liedekerke Wolters Waelbroeck Kirkpatrick ; il est également membre de l'Institut de droit commercial et de l'insolvabilité de l'université of Louvain (Belgique)*

X X X

X

France

Nouvelle réforme du traitement des difficultés des entreprises et de l'insolvabilité en France

Par Marc André*, mandataire judiciaire

Le Gouvernement, pour satisfaire la demande de la nouvelle majorité politique, a procédé par voie d'Ordonnance, ce qui limite les débats parlementaire, pour modifier de façon importante le droit du traitement des difficultés des entreprises et de l'insolvabilité.

Ainsi l'Ordonnance du 12 mars 2014 (N° 2014 du 12 mars 2014), avec ses 117 articles, entrée en vigueur le 1er juillet 2014 (Décret N° 2014-736 du 30 juin 14) apporte de nouvelles solutions, d'abord par la création de deux nouvelles procédures :

- **Sauvegarde accélérée**, qui vient s'ajouter à la sauvegarde financière accélérée ;
- **Rétablissement professionnel**, qui traite de la situation des personnes physiques insolvables sans actifs.

Ensuite, pour s'inscrire dans la continuité des dernières réformes, l'ambition du texte est d'améliorer le traitement des difficultés des entreprises tout en proposant des équilibres plus satisfaisants entre les droits du débiteur et ceux de ses créanciers.

35

Pour favoriser la prévention afin d'éviter autant que possible l'aggravation des difficultés de nature à condamner l'entreprise à disparaître, le recours au *mandat « ad hoc »* et à la *conciliation* est encouragé et facilité. Les créanciers sont d'une part incités à participer aux négociations, d'autre part, empêchés de paralyser les négociations puisqu'ils ne peuvent plus faire valoir les clauses de résiliation d'un contrat fondées sur l'ouverture de l'une de ces procédures.

Le texte pose ainsi une atteinte certaine à la loi du contrat pour favoriser le sauvetage du débiteur, parce qu'en contrepartie le texte renforce les modalités de règlement de la créance du créancier qui a apporté de l'argent frais ou de nouveaux biens. C'est le privilège de la " New Money".

Toujours dans le domaine de la prévention, le texte apporte une innovation spectaculaire en consacrant une *cession « pre-pack »* à la française par l'article L 611-7 qui prévoit que le conciliateur désigné dans la procédure de conciliation peut être chargé de la mission de rechercher une cession totale ou partielle. Encore plus spectaculaire est l'article L 642-2, qui concerne aussi le *mandat « ad hoc »*, et qui prévoit que cette cession pourra être mise en œuvre dans le cadre d'une procédure ultérieure de sauvegarde, redressement judiciaire et même liquidation judiciaire.

Au-delà des améliorations de la prévention pure, pour améliorer le traitement de l'insolvabilité passager ou définitif, il est possible de retenir de la réforme :

- que l'Ordonnance de 2014 crée la *Sauvegarde Accélérée*, dont la Sauvegarde Financière Accélérée (SFA) - que la loi de 2012 avait créé - devient une variante.

L'innovation est importante puisque le débiteur peut bénéficier désormais de ces procédures alors même qu'il est en cessation des paiements.

Ainsi la Sauvegarde Accélérée propose d'appliquer les solutions de la SFA à tous les créanciers, et non plus seulement aux établissements financiers.

- qu'en ce qui concerne la Sauvegarde et le Redressement Judiciaire, dans le nouveau texte le débiteur perd le monopole de demander la conversion d'une procédure de Sauvegarde vers une procédure de Redressement Judiciaire.

L'avenir renseignera sur le point de savoir si en pratique, cette modification, qu'il convient de rapprocher de la faculté désormais ouverte aux créanciers de proposer un plan concurrent par rapport au celui du débiteur, ne venait pas diminuer considérablement le caractère attractif que l'on devait reconnaître à la procédure de Sauvegarde pour le débiteur, qui bénéficiait d'une procédure judiciaire avec suspension des poursuites par les créanciers, tout en conservant une certaine maîtrise sur cette procédure.

Il faut préciser immédiatement que la faculté offerte aux créanciers de proposer un plan concurrent est réservée aux procédures dans lesquelles ont été constitués des Comités de Créanciers.

En sauvegarde, la loi nouvelle décide aussi que ne sont plus soumis à la règle du paiement au comptant les contrats en cours.

- pour ce qui concerne les procédures liquidatives, le texte crée une nouvelle procédure à côté de la liquidation judiciaire : il s'agit de la procédure de *Rétablissement Professionnel*.

Cette procédure se caractérise par une réelle intention de donner une nouvelle chance aux débiteurs - personnes physiques, pratiquement sans actifs, d'une valeur au plus gelée à 5 000€ Cet actif n'est d'ailleurs pas réalisé mais conservé par le débiteur, dans le cadre d'une procédure particulièrement rapide à la suite d'une procédure d'enquête, confiée à un mandataire judiciaire.

La procédure est ouverte par un jugement à la demande du débiteur, qui fournit une situation active et passive et précise qu'il n'emploie pas de salariés.

Le Tribunal désigne un Juge et un Mandataire judiciaire pour vérifier que le débiteur est de bonne foi, que son actif et son passif sont bien tels qu'il les a décrits dans sa demande d'ouverture. Si c'est le cas, la procédure est clôturée dans les quatre mois et le débiteur est déchargé de ses dettes.

Avec cette nouvelle procédure liquidative, on ne peut que saluer le domaine très complet du dispositif français de traitement des difficultés des entreprises et de l'insolvabilité.

Ce domaine concerne tous les débiteurs, qu'ils soient entrepreneurs dans toutes les activités commerciales ou agricoles, artisanales ou libérales, personnes morales, personnes physiques, ou simples particuliers concernés par la procédure de redressement personnel (prévue par le code de la consommation) et s'étend de la prévention à la liquidation, en passant par le redressement.

**Marc André est mandataire judiciaire, Etude Marc André*

États-Unis

Réduire les créances sur un client dans la zone grise de l'insolvabilité

David Conway nous explique comment les fournisseurs peuvent se protéger en faisant preuve d'anticipation*

Reuters, Bloomberg et Debtwire publient tous des informations financières négatives concernant votre client :

Les notations baissent, les cours obligataires chutent, une probable « restructuration » de la dette obligataire est en voie, les obligataires constituent un comité *ad hoc* pour négocier avec le client, les obligataires consultent des conseillers financiers et juridiques... le client aussi...

Vous savez ce qui se passe : une requête fondée sur le Chapitre 11 va bientôt être déposée, mais votre client ne vous le confirmera pas. En effet, il réfute les « rumeurs », craignant de déclencher des déchéances du terme et de perdre le bénéfice des conditions de crédit que lui ont accordé ses fournisseurs.

Le solde de vos comptes clients s'élève à 500 000 USD, qui deviendront une créance chirographaire ordinaire antérieure à la demande d'ouverture de la procédure fondée sur le Chapitre 11. Vous savez pertinemment que ces créances sont rarement recouvrées dans le cadre d'une procédure fondée sur le Chapitre 11 : tout porte à croire que les 500 000 USD vont être annulés.

Vous êtes dans une zone grise, la zone grise de l'insolvabilité. Cette situation peut durer des semaines, si ce n'est des mois, en fonction de l'état des négociations entre le client, ses prêteurs et obligataires concernant son financement en tant que débiteur non dessaisi et la restructuration de sa dette obligataire (souvent sous la forme d'un échange contre des participations). Il y a de fortes chances que la procédure fondée sur le Chapitre 11 soit « pré-organisée ».

La bonne nouvelle, c'est que vous n'êtes pas obligé de rester cloué dans votre fauteuil à assister à la douloureuse descente vers la faillite. Vous pouvez agir par anticipation et réduire le solde de vos comptes clients, même en l'absence de défaut de paiement important.

Les fournisseurs disposent de deux outils puissants que leur offre l'article 2 du Code de commerce uniforme régissant la vente de marchandises :

Section 2-609 Inexécution anticipée

Lorsque des motifs raisonnables d'inquiétude surviennent quant à l'exécution des obligations de l'une ou l'autre partie, la partie inquiétée peut demander par écrit des garanties d'exécution adéquates et, à condition que cela soit commercialement justifié, suspendre l'exécution du contrat.

Section 2-702(1) Paiement comptant avant livraison en cas d'insolvabilité de l'acheteur

Lorsque le vendeur découvre que l'acheteur est insolvable, il peut refuser de lui livrer les marchandises, sauf en contrepartie de leur paiement comptant.

Les sections 2-609 et 2-702(1) s'associent parfaitement. Les obligations d'exécution du vendeur, qui peuvent être suspendues en vertu de la section 2-609, concernent l'expédition des marchandises et l'octroi d'éventuelles conditions de crédit convenues entre les parties. S'il existe des motifs raisonnables d'inquiétude, le vendeur peut suspendre son obligation d'expédition ou

d'octroi de conditions de crédit, ou les deux. Selon le même principe, la section 2-702(1) permet au vendeur de vendre ses marchandises contre un paiement comptant.

Foire aux questions

1. *Qu'entend-on par « motifs raisonnables d'inquiétude » ?*

Bien que l'article 2 n'en donne pas de définition, les tribunaux ont jugé qu'il existait des « motifs raisonnables d'inquiétude » quand une partie ne versait pas les paiements dus au titre d'un contrat (par exemple quand un acheteur ne règle pas ses factures impayées au titre d'un contrat d'approvisionnement) ou lorsque les dettes accumulées d'un acheteur réalisant des achats à crédit dépassaient largement son plafond de crédit.

En outre, les tribunaux ont jugé qu'un rapport émanant d'une source manifestement fiable indiquant qu'une partie connaissait des difficultés financières pouvait suffire pour donner à l'autre partie des motifs raisonnables d'inquiétude, même si ce rapport s'avérait par la suite inexact.

2. *Quand est-ce que l'acheteur est considéré insolvable ?*

L'insolvabilité est en règle générale définie selon un critère lié au bilan : son passif est supérieur à son actif. En outre, une entreprise peut être insolvable si elle est généralement incapable de payer ses dettes à leur échéance.

Dans de nombreux cas, le client peut être solvable pour ce qui est de sa facilité de fonds de roulement, et dans la plupart des cas solvable en ce qui concerne ses comptes fournisseurs. Toutefois, si le client ne dispose pas de ressources suffisantes pour rembourser sa dette obligataire conformément à ses modalités, il est dans l'incapacité d'honorer ses obligations financières à leur échéance. En outre, le montant de sa dette obligataire, des fonds de roulement et des dettes à terme, ainsi que de toutes ses autres obligations, peut entraîner l'insolvabilité « sur bilan » du client.

3. *Que se passe-t-il si le client n'a pas commis de manquement grave ?*

Aucune des sections 2-609 ou 2-702(1) n'est déterminante par rapport au manquement de l'acheteur. En effet, l'article 2 offre des solutions claires au vendeur lorsque l'acheteur ne le paie pas. La section 2-609 traite de la situation où le manquement n'a pas encore eu lieu, mais que le vendeur peut raisonnablement l'anticiper.

De la même manière, la section 2-702(1) est déterminante par rapport à l'insolvabilité de l'acheteur, pas au manquement.

Néanmoins, les vendeurs exerçant ces recours peuvent s'attendre à une riposte des acheteurs.

En outre, des « conditions générales de vente » bien rédigées prévoiront que le non-paiement d'une facture à son échéance entraînera l'exigibilité immédiate de toutes les factures impayées, auquel cas tout manquement, même négligeable, peut entraîner une inexécution concernant l'ensemble du solde des comptes clients.

4. *Que se passe-t-il dans le cas où le client est partie à un contrat d'approvisionnement ?*

Dans ce contexte, le fait que les opérations se déroulent dans le cadre de commandes et de factures ponctuelles ou dans le cadre d'un contrat d'approvisionnement ne fait pas beaucoup de différence. Dans les deux cas, le vendeur est tenu de livrer des marchandises et d'octroyer un crédit, tandis que l'acheteur est tenu de payer les marchandises conformément aux conditions du crédit. Toutefois, les acheteurs ont tendance à penser qu'un contrat d'approvisionnement renforce l'obligation d'exécution du vendeur, même en présence d'un motif raisonnable d'inquiétude ou d'une insolvabilité.

5. Le vendeur peut-il purement et simplement refuser d'expédier les marchandises ?

En effet, sans aucun doute. Mais si le vendeur livre les marchandises contre un paiement comptant d'avance, il remplit sa mission commerciale sans courir le risque de ne pas être payé.

La section 2-609 permet à un vendeur de suspendre toute exécution « si cela est commercialement justifié ». En outre, le Code de commerce uniforme impose une règle de bonne foi, qui pèse en faveur de la poursuite de l'expédition, surtout si les opérations commerciales de l'acheteur risquent d'être perturbées par l'interruption des livraisons.

6. En quoi les sections 2-609 et 2-702(1) bénéficient-elles au vendeur ?

Si le solde des comptes clients s'élève à 500 000 USD et que les conditions de crédit sont *net* à trente jours, ce solde devrait être de zéro après trente jours, ou de 250 000 USD après deux semaines. En fonction de la durée de la « zone d'insolvabilité », le vendeur réduira probablement le solde des comptes clients, si ce n'est totalement, au moins partiellement, avant que le client ne dépose sa demande d'ouverture de procédure fondée sur le Chapitre 11. Il s'agit là d'un recouvrement intégral par rapport à ce qui aurait été le cas si le solde des comptes clients existait encore à la date du dépôt de la demande.

Au vu de l'énorme écart entre ces différentes issues possibles, il est recommandé aux vendeurs de toujours exercer les recours qui leur sont offerts par les sections 2-609 et 2-702(1).

Les acheteurs se servent souvent de la menace de changer de fournisseur pour éviter de se retrouver contraints de payer comptant avant la livraison. Pourtant, l'expérience montre que les acheteurs doivent pouvoir compter sur leurs fournisseurs, et que ceux-ci doivent pouvoir compter sur leurs clients. Malgré cette « rhétorique » qui précède l'ouverture de la procédure fondée sur le Chapitre 11, ils continueront certainement d'entretenir des relations commerciales. Dans le souci d'entretenir des bonnes relations avec sa clientèle, le fournisseur pourrait augmenter le taux d'escompte d'un ou deux points en cas de « paiement comptant avant livraison ».

7. Qu'en est-il du risque de paiement préférentiel ?

La réduction anticipée des soldes des comptes clients dans la zone grise implique normalement un risque accru de « paiement préférentiel ». En effet, cette réduction anticipée n'est pas considérée comme intervenant dans le « cours normal des affaires ».

Toutefois, si le solde des comptes clients est payé conformément aux modalités prévues avant la fin de la zone grise, il devrait être protégé au titre de l'exception du cours normal des affaires. Les livraisons ultérieures interviendront contre paiement comptant d'avance, faisant que les paiements du client ne correspondront pas à des « dettes antérieures (existantes) », puisqu'une dette ne naît qu'après la livraison.

Au vu du résultat que produit généralement une procédure fondée sur le Chapitre 11 sur les créances chirographaires, il est vivement recommandé de les réduire avant le dépôt de la requête.

À suivre... Dans un prochain article, nous étudierons comment vous devez réagir si votre client, après avoir déposé sa requête au titre du Chapitre 11, insiste pour appliquer des conditions de crédit normalisées au motif qu'il dispose de suffisamment de fonds pour honorer ses obligations de paiement grâce à la facilité de financement du débiteur non dessaisi approuvée par le tribunal.

**David H. Conaway est président du groupe Faillite, insolvabilité et droits des créanciers au sein du cabinet Shumaker, Loop & Kendrick, LLP (États-Unis)*

L'impact de la politique sociale sur l'insolvabilité transfrontalière

Jennifer L. L. Gant étudie l'effet que l'encadrement de la politique sociale peut avoir sur la réussite des sauvegardes d'entreprises*

Introduction

L'insolvabilité transfrontalière peut souvent être entravée par l'absence de coordination juridique entre territoires, que ce soit en termes de différences des systèmes de l'insolvabilité ou de différences plus fondamentales dans l'approche juridique de la réglementation en général. Le règlement européen sur l'insolvabilité (« REI ») constitue une tentative d'accroître la coordination transfrontalière dans un domaine qui est important pour les activités du marché en lien avec les entreprises. Bien que le REI vise à coordonner les procédures d'insolvabilité au sein de l'UE, il reste des écarts, entre États membres, dans les procédures d'insolvabilité et dans d'autres règlements liés à l'insolvabilité. Le contenu et même les objectifs fondamentaux de la réglementation diffèrent à travers l'UE, ce que l'on peut illustrer au moyen de la comparaison ci-dessous entre la France et le Royaume-Uni. L'un des domaines juridiques qui peut représenter un obstacle particulier à la coordination transfrontalière efficace des entreprises est l'encadrement de la politique sociale, qui a des effets sur la réussite des sauvegardes d'entreprises.

40

Qualité individuelle de la politique sociale

La politique sociale exerce une influence sur les objectifs de la réglementation dans toute l'UE. Toutefois, les États membres restent campés sur leurs positions et conservent leur propre approche en la matière. Le caractère individuel de la politique sociale apparaît clairement dans l'approche non interventionniste que l'UE a adoptée vis-à-vis de la législation en matière de politique sociale. Ainsi, l'encadrement de la politique sociale par l'UE prend essentiellement la forme de directives, qui se contentent de demander aux États membres d'atteindre un résultat donné, sans leur imposer les méthodes pour y parvenir. L'absence de politique sociale européenne clairement définie et encadrée est due à la croyance selon laquelle la politique sociale en général, et le droit du travail en particulier, relèvent de la souveraineté des États. C'est également un élément important qui permet de préserver l'intégrité et la stabilité politique des États membres³⁷. Le caractère individualiste de la politique sociale des États membres a des conséquences sur la mise en œuvre de toute loi présentant un aspect social. Ceci inclut les lois sur l'insolvabilité, qui soulèvent naturellement des considérations sociales puisque le résultat des procédures d'insolvabilité a des répercussions sur les individus, les petites entreprises et les communautés, dont les intérêts doivent donc être protégés.

Différentes approches de la réglementation du travail

Les différences de réglementation du travail entre pays peuvent poser problème lorsque des multinationales sont restructurées, ce qui peut entraîner des licenciements. En effet, les règles ne

³⁷ C. Barnard, *EC Employment Law* (2006, Oxford University Press, Oxford), 7-8.

seront pas les mêmes dans les différents États membres concernés. Les règles générales en matière de licenciement ne seront pas les mêmes, ni la participation des syndicats et des salariés à la prise de décisions. Outre la potentielle confusion qu'elle peut provoquer, la différence de traitement des salariés dans les différents pays peut avoir des répercussions sur le moral des travailleurs, même s'il se peut que l'injustice perçue ou réelle du résultat ne soit que la conséquence d'obligations légales propres à chaque pays. En outre, lorsque la réussite d'une procédure de sauvegarde dépend de la nécessité de céder tout ou partie de l'entreprise, différentes règles s'appliqueront à la manière dont les contrats de travail sont traités. Cette question se pose avec d'autant plus d'acuité dans le cas où l'acquéreur est situé dans un autre pays. Même les procédures entamées en vue d'une liquidation peuvent entraîner un traitement hétérogène des salariés.

Directive sur le maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises³⁸

Même s'il existe de nombreuses lois en matière sociale qui sont susceptibles d'influencer le résultat d'une procédure d'insolvabilité, les règles relatives au transfert des contrats de travail suite à un transfert d'entreprise revêtent une importance particulière. Bien que la directive sur le maintien des droits des travailleurs (« DMDT ») prévoie un cadre commun pour le transfert des contrats de travail dans l'UE, les États membres conservent une grande marge de manœuvre dans la façon de la mettre en œuvre. Les différences de mise en œuvre découlent des buts visés par la législation du travail sous-jacente, notamment en ce qui concerne les conséquences des licenciements, la participation des syndicats et des salariés, mais aussi des différences d'interprétation des juridictions de différents territoires³⁹. Ces différences sous-jacentes sont pour leur part influencées par la tradition juridique du territoire en question, par son style réglementaire, ses politiques économiques et sociales, entre autres facteurs.

41

Familles juridiques et style réglementaire

Les différences dans la façon dont ces règles ont été transposées dans certains États membres sont seulement en partie dues à l'appartenance de ces États à la famille du *droit civil* ou de la « *common law* », le droit civil étant réputé pour sa législation plus interventionniste que la « *common law* ». En France, les diverses règles qui correspondent à la DMDT figurent dans le Code du travail. L'article L 1224-1 du Code du travail énonce les conditions dans lesquelles intervient le transfert des contrats de travail. Les règles concernant la consultation des salariés, les licenciements économiques et les effets d'un transfert sur les conventions collectives sont exposées dans d'autres articles du Code. Au Royaume-Uni, les effets d'un transfert d'entreprises sur les contrats de travail sont entièrement régis par les règles « TUPE 2006 »⁴⁰, y compris les conventions collectives, les licenciements et les exceptions propres à l'insolvabilité.

³⁸ 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.

³⁹ Global Human Resources Lawyers, *Transfer of Undertakings Guide* (2009, Ius Laboris, Bruxelles).

⁴⁰ *SI 2006/246 Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 2006* : Règles de 2006 relatives au transfert d'entreprises (protection de l'emploi).

Préoccupations économiques et sociales

Les transferts d'entreprise découlant d'une procédure de sauvegarde sont généralement soumis aux dispositions en matière de maintien des droits, que ce soit au Royaume-Uni ou en France. Toutefois, les attitudes à cet égard diffèrent en raison des différences entre les politiques économiques et sociales sous-jacentes de chaque pays. Des règles concernant la migration des contrats de travail à un acquéreur lors de la cession d'une entreprise existent dans le Code du travail français depuis 1928⁴¹, puisqu'il était reconnu que les transferts d'entreprises pouvaient menacer la sécurité de l'emploi, ce qui était une préoccupation d'ordre social. Toutefois, ces règles ne s'appliquaient pas au Royaume-Uni à cause de leur incompatibilité avec le principe fondamental de liberté de contracter, préoccupation d'ordre juridique et potentiellement économique. Ce n'est qu'avec l'entrée en vigueur des règles TUPE 2006 que la DMDT a été transposée de manière à satisfaire les exigences minimales de cet acte législatif de l'UE. Les différences d'approche de la question du maintien des droits font apparaître des différences fondamentales entre territoires qui, à elles seules, peuvent gêner la coordination.

Exemple de différence fonctionnelle

Les conséquences d'une violation de la loi, particulièrement en matière de consultation, sont très différentes entre la France et le Royaume-Uni. En France, le défaut de consultation peut entraîner des sanctions pénales : emprisonnement et/ou amende. Les comités d'entreprise concernés doivent être informés et consultés afin de donner leur avis sur les modalités de l'accord, ce qui peut retarder une opération de plusieurs mois. Au Royaume-Uni, la consultation des représentants des travailleurs est obligatoire pendant une période précise⁴², mais il n'existe pas d'institutions légales comparables au comité d'entreprise français auquel il faut rendre compte. De ce fait, l'exercice d'information et de consultation dépend des parties concernées et ne fait pas nécessairement intervenir un syndicat. Au Royaume-Uni, un défaut de consultation n'entraînera une pénalité pour l'employeur que si un salarié décide de le poursuivre devant un tribunal compétent en matière de travail.

42

Conclusion

Les conflits tels que ceux décrits ci-dessus sont courants entre les objectifs du droit du travail⁴³ et ceux des branches du droit orientées sur le marché, telles que l'insolvabilité. Étant donné que la législation du travail varie davantage entre États à cause du caractère individuel de la politique sociale, la divergence entre les niveaux de protection des travailleurs peut gêner la coordination efficace des procédures d'insolvabilité présentant un élément international. Ceci pourrait limiter la capacité à coordonner les affaires transfrontalières de manière à servir les intérêts des parties prenantes dans tous les pays concernés. Une meilleure connaissance de ces différences pourrait être la clé d'une coordination accrue des restructurations transfrontalières.

**Jennifer L. L. Gant est assistante de recherche et doctorante en droit du travail, droit de l'insolvabilité et droit comparé*

⁴¹ Figurant désormais dans l'article L 1224.1-4 du Code du travail.

⁴² Voir articles 13-16 des TUPE 2006.

⁴³ N. Bruun et B. Hepple, « Economic Policy and Labour Law », dans B. Hepple et B. Veneziani, éd., *The Transformation of Labour Law in Europe* (Hart Publishing, 2009), 31-57.

Insolvabilité frauduleuse

L'approche néerlandaise pour combattre l'insolvabilité frauduleuse

Willem van Nielen cherche à savoir si l'approche néerlandaise est menacée par le principe nemo tenetur⁴⁴*

Introduction

En 2012, le ministre de la Sécurité et de la Justice des Pays-Bas a annoncé un « recalibrage » de la loi néerlandaise sur l'insolvabilité, surtout en ce qui concerne son approche multidisciplinaire de la lutte contre l'insolvabilité frauduleuse. Cette annonce a déclenché plusieurs initiatives dans la pratique, par exemple l'introduction d'heures de consultation en matière d'insolvabilité frauduleuse, ce qui permet aux syndic de faillite de se procurer des renseignements auprès de divers partenaires dans la chaîne (procureur, représentant de l'administration fiscale, juge superviseur et syndic de faillite spécialiste de la lutte contre la fraude) en vue de combattre l'organisation frauduleuse de l'insolvabilité. Plusieurs juridictions néerlandaises ont constaté les effets positifs de ces heures de consultation.

Pour favoriser cette approche multidisciplinaire, le ministère de la Sécurité et de la Justice a publié un projet de loi qui prévoit d'étendre le champ de compétences du syndic de faillite pour y inclure la lutte contre l'insolvabilité frauduleuse. À cet égard, le syndic de faillite est tenu d'enquêter sur les irrégularités (fraudes) et d'en rendre compte au juge superviseur. Celui-ci a le pouvoir d'obliger le syndic de faillite à signaler l'insolvabilité frauduleuse au procureur. En outre, s'il est confronté à des irrégularités menant à une conclusion de mauvaise gestion (fraude) par le dirigeant, le syndic de faillite a le pouvoir de demander sa révocation dans le cadre d'une procédure civile. Une fois sa demande approuvée par le tribunal, la révocation du dirigeant (qui peut aller jusqu'à cinq ans) est publiée dans un registre public. En outre, le projet de loi renforce les moyens dont dispose le syndic de faillite pour obtenir des informations, c'est-à-dire que le groupe de personnes tenues de lui fournir toutes les informations pertinentes concernant l'entreprise insolvable est élargi (sur la base de la jurisprudence).

Entre-temps, la Cour suprême des Pays-Bas a prononcé deux arrêts qui limitent les possibilités d'imposer les obligations d'information qui incombent au débiteur ou au dirigeant de l'entreprise débitrice à l'égard du syndic de faillite sur la base du principe *nemo tenetur*. Ces arrêts ont également un impact sur l'approche multidisciplinaire visant à combattre l'insolvabilité frauduleuse en général et sont pertinents pour tous les États membres de l'UE.

Cour suprême des Pays-Bas

Aux Pays-Bas, une personne qui a été déclarée insolvable ou le dirigeant d'une entreprise insolvable a pour obligation légale de fournir au syndic de faillite toutes les informations pertinentes concernant l'entreprise insolvable, que ces informations lui aient été demandées ou

⁴⁴ *Nemo tenetur se ipsum accusare* : nul n'est tenu de s'incriminer soi-même (N. de la T.).

non. En vertu de la loi, le syndic de faillite a quant à lui le pouvoir d'imposer cette obligation par la coercition, en demandant au juge superviseur d'ordonner le placement en détention provisoire de la personne concernée. Le plus souvent, dans la pratique, cette personne essaiera d'éviter la détention provisoire en invoquant le principe *nemo tenetur*, en référence à l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme – CEDH), puisque l'obligation de fournir des informations relatives à des actes frauduleux peut revenir à s'accuser soi-même.

À cet égard, en vertu de la jurisprudence néerlandaise, le fait de contraindre le débiteur insolvable ou le dirigeant de l'entreprise insolvable à fournir ces informations juridiques en le plaçant en détention n'entraîne en principe pas de violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, puisque la détention n'est pas de nature punitive mais vise à amener la personne concernée à s'acquitter de son obligation légale en vue de la liquidation de l'entreprise.

Toutefois, selon des arrêts antérieurs de la Cour européenne des droits de l'homme (CrEDH), il y a violation de l'article 6 de la CEDH dès lors que : (i) il ne peut être écarté que les informations demandées seront utilisées dans le cadre d'une « accusation en matière pénale » dirigée contre cette personne ; (ii) lesdites informations sont obtenues par des moyens coercitifs sans garantie qu'elles ne seront pas utilisées dans le cadre d'une procédure pénale à l'encontre de cette personne (CrEDH, 17 décembre 1996, affaire Saunders c. Royaume-Uni, requête n° 19187/91). Par contre, il n'y a pas violation de l'article 6 de la CEDH quand il s'agit d'informations existant indépendamment de la volonté de la personne concernée.

Dans ses arrêts des 12 juillet 2013 et 24 janvier 2014, la Cour suprême des Pays-Bas conclut que le droit néerlandais ne prévoit pas de garantie de la sorte. Par conséquent, faisant référence à la jurisprudence de la CrEDH, la Cour suprême des Pays-Bas a arrêté que le juge superviseur devait inclure une clause restrictive dans sa décision de placement en détention provisoire (afin de contraindre la personne concernée à se conformer à ses obligations d'information). Cette clause restrictive prévoit que les informations dépendant de la volonté de la personne concernée ne peuvent être utilisées qu'aux fins de l'administration et de la liquidation de l'entreprise insolvable. Suivant les arrêts de la CrEDH, la Cour suprême a arrêté que les déclarations effectuées sous la contrainte comprenant des éléments indépendants de la volonté de la personne concernée ne constituaient pas une violation de l'article 6 de la CEDH. Si, en dépit de cette restriction, les informations obtenues par la contrainte sont utilisées dans une procédure pénale, le juge pénal doit prendre en considération les conséquences de leur utilisation.

La Cour suprême ne répond pas à la question de savoir quelles informations sont considérées comme des « informations dépendant de la volonté de la personne concernée ». D'après les arrêts de la CrEDH, ces informations comprennent : (i) les déclarations orales ou écrites (CrEDH, 17 décembre 1996, affaire Saunders c. Royaume-Uni, requête n° 19187/91) ; (ii) les pièces dont l'existence est incertaine (CrEDH, 25 février 1993, affaire Funke c. France, requête n° 10828/84 ; (iii) les documents qui ne sont pas clairement précisés (CrEDH, 3 mai 2001, affaire J.B. c. Suisse, requête n° 31827/96).

Conclusion

Pour combattre avec succès l'insolvabilité frauduleuse, une approche multidisciplinaire internationale est indispensable. Au vu du principe *nemo tenetur*, le législateur, les juges

superviseurs, les syndics de faillite et les procureurs doivent tous savoir : (i) que le syndic peut obtenir par coercition des informations précieuses de la personne (ou du dirigeant de l'entreprise) déclarée insolvable ; (ii) quelles sont les informations que le syndic de faillite peut (volontairement) communiquer au procureur ; et (iii) quelles sont les informations qui peuvent être utilisées dans le cadre d'une procédure pénale. Afin de maintenir la position solide du syndic de faillite (et une approche multidisciplinaire fructueuse de la lutte contre la fraude), il faut éviter que sa mission fondamentale de liquidation des actifs pour le compte des créanciers ne devienne une obligation visant à faciliter la tâche du procureur dans une affaire pénale d'insolvabilité frauduleuse.

**Willem van Nielen, avocat, associé au sein du cabinet Van Diepen Van der Kroef (Pays-Bas)*

X X X
X

Continuité des entreprises

Nouvelle législation néerlandaise sur l'insolvabilité, 2^e partie

Evert Verwey nous rend compte des nouvelles lois néerlandaises
visant à faciliter la continuité des entreprises*

45

Introduction

En 2013, les législateurs néerlandais ont annoncé qu'une modification de la loi néerlandaise sur l'insolvabilité s'imposait et que la « continuité des entreprises » était une priorité. Il a été annoncé que trois nouvelles lois seraient préparées :

- Loi sur la continuité des entreprises I : Procédures pré-organisées (voir *eurofenix*, printemps 2014) ;
- Loi sur la continuité des entreprises II : Concordat hors de la procédure d'insolvabilité ;
- Loi sur la continuité des entreprises III : Obligation des fournisseurs de poursuivre leurs prestations en cas d'insolvabilité.

Ces nouvelles lois ont pour principal objectif de préserver la valeur d'une entreprise insolvable et d'offrir davantage de solutions de restructuration afin d'obtenir un meilleur taux de recouvrement pour les créanciers.

Le 14 août 2014, le ministre néerlandais de la Sécurité et de la Justice a présenté un projet de loi sur la continuité des entreprises II, qui définit un cadre réglementaire applicable aux concordats hors de la procédure d'insolvabilité. Les parties intéressées disposent d'un délai allant jusqu'au 11 novembre 2014 pour commenter le projet de loi, suite à quoi il sera soumis, éventuellement sous une forme modifiée, au Parlement néerlandais.

Loi néerlandaise sur l'insolvabilité

Actuellement, la loi néerlandaise sur l'insolvabilité prévoit deux procédures principales : (i) l'insolvabilité (*faillissement*) ; et (ii) la suspension des paiements (*surseance van betaling*).

Dans ce cadre, un concordat (*akkoord*) (ci-après « plan de restructuration ») avec les créanciers est déjà possible. Ce plan de restructuration est un accord passé entre le débiteur et ses créanciers ; il prévoit le paiement (partiel) de ces derniers. Le débiteur a la possibilité de restructurer les dettes non garanties et non privilégiées en mettant en œuvre un plan de restructuration au moyen d'un mécanisme en vertu duquel la majorité des créanciers peut engager la minorité dissidente (adhésion forcée). Si le plan de restructuration est accepté par les créanciers et homologué par le tribunal, la masse ne sera pas liquidée et la procédure d'insolvabilité sera interrompue.

Dans le cadre de cette procédure d'insolvabilité, les créanciers gagistes ou privilégiés ne sont pas liés par le plan de restructuration proposé et peuvent réaliser leur gage sans être tenus de négocier le plan avec le débiteur. En outre, pendant la procédure, il est fréquent qu'il soit mis un terme aux activités et contrats de l'entreprise, puisque la masse ne peut garantir les paiements des frais courants.

(Projet de) Loi sur la continuité des entreprises II (la « Loi »)

La possibilité, pour le débiteur, de conclure un plan de restructuration avec ses créanciers hors du cadre de la procédure d'insolvabilité n'est pour le moment pas encadrée. Par conséquent, lorsqu'un débiteur souhaite proposer un plan de restructuration hors du cadre de la procédure d'insolvabilité, le créancier est libre de décliner sa proposition et n'est pas tenu de coopérer. En outre, le consentement unanime des créanciers est nécessaire pour que la proposition puisse être mise en œuvre. Par conséquent, il n'existe pas d'exemple récent de plan de restructuration réussi hors du cadre de la procédure d'insolvabilité.

En vertu des dispositions de la Loi, les débiteurs auront la possibilité de proposer un plan de restructuration à leurs créanciers et/ou actionnaires hors du cadre formel de la procédure d'insolvabilité. Ceci signifie entre autres qu'aucun administrateur ne sera nommé pour étudier la faisabilité et la viabilité du plan de restructuration proposé.

Si le débiteur ne souhaite pas proposer de plan de restructuration et qu'il est prévisible que le débiteur ne pourra pas payer ses dettes, la Loi institue le droit, pour un créancier individuel du débiteur, de proposer un plan de restructuration aux autres créanciers et/ou actionnaire(s).

Contenu du plan de restructuration et conditions formelles

En vertu de la Loi, un plan de restructuration peut prévoir que les créanciers et actionnaires soient répartis en catégories différentes et que leurs droits respectifs soient modifiés. Le plan de restructuration permet également de modifier les statuts du débiteur. Ceci signifie que le débiteur dispose de diverses méthodes de restructuration (par ex. de la possibilité d'échanger des dettes contre des participations) et qu'il dispose d'une marge de manœuvre suffisante pour que la restructuration aboutisse.

Le projet de plan de restructuration doit exposer les conséquences financières qu'il aura sur chaque catégorie de créanciers, les informer de la valeur de l'entreprise et expliquer le contenu du plan de restructuration lui-même. Le plan de restructuration doit également prévoir des étapes que le débiteur devra suivre après la mise en œuvre du plan.

L'étape suivante est que chaque créancier doit être informé du projet plan de restructuration. Si les créanciers et le débiteur ne sont pas d'accord sur le contenu du plan de restructuration, un juge superviseur pourra éventuellement être nommé. Celui-ci peut donner son avis sur le système de paiement aux créanciers et sur la composition des catégories de créanciers. En outre, il peut ordonner que le plan de restructuration soit modifié ou étendu pour permettre aux créanciers de prendre une décision.

Le plan de restructuration est considéré accepté par les créanciers et/ou les actionnaires uniquement si toutes les catégories l'ont accepté. Une catégorie est considérée avoir accepté le plan de restructuration si : (i) la majorité simple en nombre de votes exprimés par les créanciers et/ou d'actionnaires s'est prononcée en faveur du plan de restructuration ; (ii) cette majorité simple représente au moins 75 % de la valeur totale des créances ou des actions émises détenues par les actionnaires (dans leurs catégories respectives).

Homologation par le tribunal

Une fois le plan de restructuration accepté par la majorité requise des créanciers, le tribunal doit l'homologuer et tient une audience spécialement à cet effet. Les créanciers peuvent informer le tribunal par écrit des motifs pour lesquels ils jugent que l'homologation du plan de restructuration n'est pas souhaitable.

Si une catégorie de créanciers a voté contre le plan de restructuration, le tribunal peut contraindre cette catégorie à y adhérer à condition que ce vote défavorable de la catégorie dissidente ne soit pas raisonnable. La catégorie dissidente peut être contrainte à adhérer au plan de restructuration uniquement si celui-ci ne prévoit pas que les créanciers ou actionnaires recevront une distribution au moins égale à ce qu'ils auraient reçu si l'entreprise avait été liquidée dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité. Les créanciers gagistes ont droit à une distribution au moins égale à la valeur de l'actif grevé s'il était vendu de gré à gré.

Le tribunal refusera d'homologuer le plan de restructuration si : (i) son résultat n'est pas adéquatement garanti ; (ii) les créanciers ou actionnaires sont lésés de manière disproportionnée dans leurs droits ; (iii) le plan de restructuration est le résultat d'une fraude ; ou (iv) le tribunal, à son appréciation, considère qu'il y a d'autres motifs importants de refuser l'homologation du plan.

Si le tribunal confirme le plan de restructuration, une fois sa décision devenue définitive, le plan de restructuration devient contraignant.

Conclusion

La Loi institue diverses possibilités permettant à un débiteur de proposer un plan de restructuration à ses créanciers et actionnaires afin de restructurer sa dette hors du cadre formel de la procédure d'insolvabilité, de manière plus souple. La possibilité d'échange des dettes contre des participations et d'adhésion forcée des créanciers sont des avantages supplémentaires pour le débiteur.

**Evert Verwey, du cabinet CMS Netherlands (Amsterdam)*

X X X

X

Dix ans plus tard

Le Forum universitaire fête ses 10 ans !

Paul Omar nous rappelle les manifestations et réussites de ces dix dernières années et nous annonce les projets pour l'avenir*

Des débuts modestes

Prague, octobre 2004. Un petit groupe d'universitaires se réunit dans une salle à l'écart de la salle de conférence pour envisager la création d'une branche universitaire au sein d'INSOL Europe. Sous la direction du professeur Sebastian Kortmann (désormais *Rector Magnificus* (ou vice-chancelier) de l'université Radboud de Nimègue), notre groupe voit le jour !

Partant de ces débuts modestes, le Forum universitaire (ce nouveau nom lui a été donné en 2007) fête cette année son dixième anniversaire. Pour marquer cet événement, nous avons redessiné son logo et prévoyons quelques publications d'anniversaire. Depuis sa fondation, la mission première du Forum universitaire est de représenter les membres intéressés par le droit de l'insolvabilité et la recherche, d'encourager et de favoriser le développement d'initiatives de recherche et d'enseignement dans le domaine de l'insolvabilité, surtout auprès de nos membres les plus jeunes, mais également de participer aux activités organisées par INSOL Europe. Aujourd'hui, les membres du Forum universitaire sont des universitaires spécialistes de l'insolvabilité, des praticiens de l'insolvabilité diplômés et des personnes généralement actives dans le domaine de la recherche, de l'étude et de l'enseignement de l'insolvabilité.

48

Lieux, publications et projets

Quand on recense toutes les réunions du Forum universitaire, on a l'impression d'avoir sous les yeux une carte de l'Europe. Bien qu'il suive habituellement son organisation mère lors de sa conférence principale annuelle, le Forum universitaire a également organisé des manifestations conjointes avec des facultés de droit et d'autres instituts de recherche et d'enseignement en Europe. Dans la décennie qui a suivi Prague, l'universitaire voyageur aura pu visiter Amsterdam (2005), Monaco (2007), Leyde et Barcelone (2008), Brighton et Stockholm (2009), Leyde (encore une fois) et Vienne (2010), Milan, Venise et Jersey (2011), Nottingham et Bruxelles (2012), ainsi que Trèves et Paris (2013). Cette année, nos réunions se seront tenues à Leyde (pour la troisième fois !) et à Istanbul, notre première incursion aux marges de l'Europe. À l'avenir, il est prévu que notre groupe revienne à Trèves, et qu'il se réunisse à Berlin et Lisbonne.

Dès le début de notre série de conférences, nos manifestations ont eu une forte orientation internationale. Elles ont attiré des universitaires et d'autres personnes intéressées de toute l'Europe et du reste du monde, la liste des participants à chaque réunion ne représentant jamais moins de quinze à vingt pays. Nos conférences ont toujours été des moments de réflexion, mais aussi d'échanges conviviaux. Les présentations de la journée ont toujours été suivies d'une réception précédant un dîner universitaire, auquel était souvent invité un intervenant. Autour de la table, les amitiés se nouent et se renouvellent chaque année ; les discussions portent sur des sujets allant des plus sérieux aux plus frivoles ! À ces occasions, nous avons le sentiment d'appartenir à une grande communauté, dont les membres se rencontrent peut-être seulement de temps en temps mais qui ont

toujours du plaisir à rattraper le temps perdu en se donnant des nouvelles et en retrouvant de vieilles connaissances.

Beaucoup de choses ont essaimé de ces conférences, principalement les actes des conférences, qui sont régulièrement publiés depuis 2009. Cette année-là, le texte des interventions présentées à Leyde et à Barcelone en 2008 est venu rejoindre les premiers volumes de notre série de publications techniques. À la mi-2014, nos publications regroupaient toutes les interventions présentées lors de nos conférences jusqu'à la fin 2013, soit un total de quinze contributions universitaires à la série. À leur date de publication, ces textes contiennent les dernières informations et documentent de manière cohérente les présentations données lors des manifestations du Forum universitaire. C'est aussi une bonne illustration de la situation et de la qualité de la recherche et de l'enseignement dans le domaine de l'insolvabilité en Europe et ailleurs, constituant une bibliothèque pratique des idées et thèmes associés à chaque conférence.

Mais ce ne sont pas les seuls produits de ces manifestations. Les idées affluent ; les présentations, qui jouent un rôle vital, ont suscité beaucoup d'autres articles et projets de recherche. Certains d'entre eux ont également fait l'objet de collaborations mises en place lors des conférences. Des membres de notre Forum universitaire entreprennent souvent des projets en s'appuyant sur les informations que leur fournissent des collègues qu'ils ont rencontrés lors de nos activités. Lors de nos manifestations, le réseautage débouche également sur des consultations formelles et informelles entre de nombreux membres de notre groupe lorsqu'ils se rencontrent dans d'autres forums, colloques et séminaires nationaux et internationaux. Le Forum universitaire entretient des relations étroites avec d'autres organismes universitaires, notamment le Groupe universitaire d'INSOL International, qui tient ses réunions sous l'égide de l'organisation dont INSOL Europe fait également partie.

49

L'importance du financement

Le Forum universitaire a eu très tôt la chance de se voir offrir la possibilité d'être parrainé par Edwin Coe LLP, cabinet de praticiens de l'insolvabilité situé à Londres. Son soutien a permis de réaliser beaucoup de choses, principalement d'attribuer des bourses de recherche et de voyage. Les bourses de voyage permettent aux jeunes chercheurs et à ceux originaires des pays ayant rejoint l'UE après 2004 ou des pays candidats à venir faire une présentation lors de nos manifestations. Ces dernières années, les bourses de voyage ont permis à des jeunes chercheurs (pouvant aller jusqu'au nombre de cinq) de participer à chaque conférence et d'y intervenir. Pour certains, c'était la première fois qu'ils s'adressaient à un public international. Des prix sont également offerts pour récompenser des recherches en droit remarquables, sur la base des monographies et publications des lauréats.

Ce financement a en outre permis d'inaugurer une série de conférences données par des juges, des praticiens et des universitaires de renommée et de stature internationales, notamment le professeur Jay Westbrook (Université du Texas), Gabriel Moss QC (3/4 South Square, Gray's Inn), le juge Ian Kawaley (Président de la Cour suprême des Bermudes), le professeur Karsten Schmidt (Président de l'école supérieure privée de droit Bucerius, Hambourg), le professeur Bob Wessels (faculté de droit de Leyde) et le professeur Ian Fletcher QC (University College, Londres). Leurs interventions sont un complément précieux de nos conférences annuelles, puisqu'elles permettent

de mieux connaître les grands thèmes actuels du droit de l'insolvabilité, tout en proposant un aperçu des futurs développements dans le domaine en question.

Des femmes, des hommes, des personnalités

Pourtant, tout ceci n'aurait pas été possible sans la participation et l'assistance d'un grand nombre de personnes, sans compter les intervenants et délégués présents à chacune de nos conférences et manifestations. Le Forum universitaire a également eu la chance d'avoir des femmes et des hommes de talent à sa tête. Après le professeur Kortmann (2004-2007), le professeur Bob Wessels (2007-2010) et le professeur Stefania Bariatti (2010-2013) ont chacun à leur tour assuré la présidence. Ils ont chacun fait avancer notre organisation, offrant une contribution unique aux travaux de notre groupe. Bob a joué un rôle important dans la mise en place du Réseau des Jeunes chercheurs (YAN)⁴⁵, qui réunit des doctorants et des chercheurs post-doctorants en début de carrière dans un environnement favorable. Ainsi, ils peuvent s'associer et recevoir un soutien pour donner des présentations lors des séances consacrées au YAN lors de chaque conférence annuelle. Stefania a aidé à guider notre groupe lors des premières étapes de la réponse à la consultation et des propositions en vue de la réforme du règlement européen sur l'insolvabilité. Elle a également joué un rôle essentiel pour renforcer les liens avec l'Académie de droit européen de Trèves, ce qui a débouché sur une conférence qui s'y est tenue avec succès début 2013. Le professeur Christoph Paulus, qui a repris les rênes en 2013, guidera le Forum universitaire pour franchir une autre étape importante, à savoir la conclusion du projet de réforme. Nous vivons des moments vraiment stimulants !

Même si nos Présidents occupent une place de premier plan dans la vie du Forum universitaire, d'autres personnes y ont joué un rôle important. Myriam Mailly et Emmanuelle Inacio sont devenues co-présidentes du YAN à sa fondation et l'ont dirigé jusqu'à la fin 2013, date à laquelle elles ont cédé leur place à Rolef de Weijjs. Pour l'immense plaisir de notre organisation (et à son grand soulagement), elles continueront toutes deux de s'impliquer dans nos activités, puisque Myriam reste de Secrétaire du YAN, et qu'Emmanuelle et elle conservent les fonctions de Responsables techniques d'INSOL Europe, apportant leur soutien lors des conférences d'INSOL Europe mais aussi lors de celles du Forum universitaire. Du côté de la direction, le Forum universitaire a bénéficié des conseils et de l'assistance de son organe de gestion, composé de Florian Bruder, Jessica Schmidt et Michael Veder, ainsi que des membres de l'organe de contrôle représentant la communauté universitaire élargie de toute l'Europe. Concernant l'édition de nos publications, il faut mentionner le professeur Rebecca Parry, qui a assumé la responsabilité de la production des brochures de nos conférences lors de notre manifestation de 2011 à Milan et qui s'acquitte de ses fonctions de manière irréprochable. Au sein de notre organisation mère qu'est INSOL Europe, il ne faut pas oublier Marc Udink, qui est le premier à avoir eu l'idée qui allait donner naissance au Forum universitaire, et Caroline Taylor, qui fait le lien avec notre groupe et, entourée de son équipe, veille à ce que nos manifestations se déroulent toujours efficacement et sans heurt.

50

⁴⁵ Ce lien avec Bob explique aussi pourquoi le Forum universitaire semble se retrouver si souvent à Leyde.

Projets d'avenir

Au bout de dix ans, le Forum universitaire semble bien installé sur des fondations solides. Et pourtant, on peut se demander quelle sera la suite. Conférences et réunions mises à part, le prochain enjeu concerne la réforme du règlement européen sur l'insolvabilité, qui n'est pas encore terminée. Par ailleurs, les lois nationales de nombreux pays font l'objet de modifications. Une fois ce processus achevé, il faudra comprendre comment ces nouvelles règles fonctionnent et comment elles seront mises en œuvre. Pour cela, il faudra partager des idées et des bonnes pratiques, et préparer des commentaires de qualité. N'oublions pas les changements qui concernent le milieu universitaire dans de nombreux pays européens, où notre profession évolue à mesure que les modèles de financement et de réglementation s'adaptent à la mondialisation. Il y a aussi la façon dont l'insolvabilité — en tant que sujet de recherche et d'enseignement — poursuit sa mutation rapide : il faut user de trésors d'ingéniosité pour arriver à suivre son évolution. Il s'ensuit que nous devons nous assurer que notre profession et l'insolvabilité continuent d'attirer une nouvelle génération de chercheurs et d'enseignants, qui à leur tour assumeront la responsabilité de diriger le Forum universitaire quand le moment sera venu ! Ces dix premières années ont été bonnes, mais je lève mon verre aux dix prochaines !

**Paul Omar est professeur de droit international de l'insolvabilité à la Nottingham Law School et Secrétaire du Forum universitaire d'INSOL Europe*

x x x
x

51

Luxembourg

Espirito Santo fait revivre la procédure de la gestion contrôlée

Martine Gerber-Lemaire se demande si cet outil « à l'ancienne » pourra sauver le groupe Espirito Santo*

Cela arrive même dans les bonnes familles. Pourtant, ce n'est pas la première fois que la famille Espirito Santo rencontre des difficultés.

Dans les années soixante-dix, à l'époque où de grandes industries portugaises ont été nationalisées, notamment Banco Espirito Santo, les chefs de clan se sont exilés pour refaire fortune sous des cieux plus cléments. C'est ainsi que la holding ESI, société holding faîtière du groupe Espirito Santo (GES) a été constituée en 1975 au Luxembourg, suivie par deux sous-holdings principales : Espirito Santo Financial Group (1984) et Espirito Santo Resources (1983), qui allait devenir Rio Forte en 2009.

Près de quarante ans plus tard, le 18 juillet 2014, pour commencer, Espirito Santo International S.A. — qui détient 20 % des parts dans Banco Espirito Santo S.A. — a déposé une demande de gestion contrôlée au Luxembourg, après avoir été déclarée en graves difficultés financières à la suite d'un audit demandé par la Banque centrale du Portugal. Moins d'une semaine plus tard, le

22 juillet, Espirito Santo Financial Group S.A. — qui est détenue à 49 % par Espirito Santo International — et Rio Forte Investment S.A. ont demandé à bénéficier d'une protection contre leurs créanciers, cette dernière n'ayant pas remboursé sa dette de 897 millions d'euros envers Portugal Telecom.

Alors que les nouvelles négatives concernant le GES s'accumulent, il est difficile de prévoir quel résultat la décision, qui devrait être prononcée le 8 octobre, aura sur l'avenir du groupe. Bien que la Banque centrale portugaise ait décidé de consacrer 4,9 milliards d'euros de son fonds de résolution pour renflouer Banco Espirito Santo, on ne sait pas encore si le magistrat luxembourgeois, se fondant sur l'avis des experts analysant l'affaire (ce sont les mêmes experts qui ont été consultés dans le cadre de la procédure de moratoire des paiements concernant trois grandes banques islandaises au Luxembourg en 2008 et également dans le feuilleton Madoff), autorisera les trois entités luxembourgeoises à poursuivre leurs activités après leur restructuration ou si elles feront l'objet d'une procédure de liquidation et d'insolvabilité.

Mal connue et peu utilisée, la gestion contrôlée, régie par l'arrêté grand-ducal du 24 mai 1935 (l'« Arrêté »)⁴⁶, était considérée comme un outil obsolète et passé de mode. Est-ce encore le cas ? Relativement ancienne et largement inspirée du droit belge⁴⁷, la gestion contrôlée est une alternative pour les commerçants — personnes morales ou physiques — confrontés à une situation de crise mais souhaitant éviter l'insolvabilité, jugée trop extrême, ou le concordat, qui est lui critiqué pour sa rigidité. En termes concrets, elle est ouverte aux entrepreneurs ou entreprises qui soit ne sont plus solvables soit éprouvent des difficultés à honorer tous leurs engagements.

Contrairement à l'insolvabilité, la gestion contrôlée n'est pas possible si le demandeur a déjà été déclaré insolvable au titre d'une décision judiciaire définitive⁴⁸. L'application d'une procédure de gestion contrôlée doit servir à obtenir la réorganisation de l'entreprise ou une meilleure réalisation des actifs du demandeur⁴⁹.

Si la loi belge exige que le commerçant soit de bonne foi, le législateur luxembourgeois a refusé d'introduire cette mention dans l'Arrêté. D'après ce dernier, « le désir de sauvegarder l'intérêt général doit l'emporter sur l'intérêt du commerçant⁵⁰. » Toutefois, les juges tiennent compte de cet aspect et peuvent refuser d'accorder le bénéfice du régime de la gestion contrôlée s'il s'avère que les demandeurs ont commis une fraude ou des fautes graves dans la gestion de leur entreprise⁵¹.

Dans les affaires Espirito Santo, les rumeurs de détournement d'actif sont très présentes ; de fait, les parquets portugais et luxembourgeois ont ouvert des enquêtes. Par conséquent, il subsiste des doutes quant à la bonne foi de la direction, mais il est incontestable que le mot d'ordre du secteur bancaire européen, « *too big to fail* » a été appliqué par le tribunal luxembourgeois afin de laisser à la banque portugaise le temps de trouver une solution appropriée.

⁴⁶ Arrêté grand-ducal du 24 mai 1935 complétant la législation relative aux sursis de paiement, au concordat préventif de la faillite et à la faillite par l'institution du régime de la gestion contrôlée.

⁴⁷ Arrêté royal belge du 15 octobre 1934, abrogé le 31 décembre 1936.

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ Cour d'appel du Luxembourg, 19 novembre 1986.

⁵⁰ Hommel L. et Levêque F., *La gestion contrôlée*, 1934, p. 22, n° 7 [traduction de l'anglais, l'original n'étant pas accessible sur Internet — N. de la T.].

⁵¹ Cour d'appel du Luxembourg, 17 février 1982.

Il sera également intéressant de suivre cette affaire pour voir si le slogan ironique de certains créanciers découragés se vérifiera lui aussi : « *too big to go to jail* »⁵². Espérons que le parquet luxembourgeois aura tenu compte de la recommandation de son homologue portugais et qu'il prendra les déclarations des dirigeants, actionnaires et autres responsables des entités luxembourgeoises avec des pincettes. En effet, l'affaire de liquidation de Landsbanki Luxembourg a connu un rebondissement soudain et intéressant. Le 10 juillet 2014, la Cour d'appel du Luxembourg a prononcé un arrêt inattendu en lien avec des infractions pénales alléguées dans d'autres pays mais n'ayant pas donné lieu à des poursuites au Luxembourg. La Cour d'appel a infirmé une décision du juge d'instruction, qui disait que le délai de prescription était écoulé concernant des faits allégués dans une plainte déposée par un groupe de 108 plaignants contre Landsbanki, entre autres. Le plus intéressant est la plainte pour blanchiment d'argent déposée à l'encontre du liquidateur. Par conséquent, il semblerait que l'époque de l'indulgence soit révolue dans les tribunaux et au parquet luxembourgeois.

En tout état de cause, le regain d'intérêt pour la gestion contrôlée appelle à une explication des trois grandes étapes de ce mécanisme, qui sont résumées chronologiquement dans le tableau ci-dessous.

1. Dépôt de la requête	2. Préparation du rapport	3. Approbation ou rejet du plan de restructuration
<p>> Le demandeur dépose une requête formelle, motivée et justifiée, auprès du tribunal de commerce.</p> <p>Deux scénarios :</p> <p>a) Requête rejetée : Le tribunal peut ouvrir la procédure d'insolvabilité.</p> <p>a) Requête acceptée : Le tribunal désigne un juge qui sera chargé d'analyser la situation et de préparer un rapport. (Des experts peuvent également être nommés pour assister le juge.)</p>	<p>> Le rapport du juge a été déposé ; le tribunal entend le demandeur une deuxième fois.</p> <p>Deux scénarios :</p> <p>a) Refus d'appliquer la procédure : Le tribunal peut ouvrir la procédure d'insolvabilité.</p> <p>a) Poursuite de la procédure : Le tribunal place les actifs du demandeur sous le contrôle de commissaires.</p>	<p>> Les commissaires présentent le plan de restructuration.</p> <p>Double approbation :</p> <p>a) Le plan est d'abord approuvé par les créanciers : Il doit être accepté par plus de 50 % des créanciers représentant plus de 50 % des créances ; et</p> <p>b) Le plan est approuvé ou rejeté par le tribunal : S'il est rejeté, le tribunal peut ouvrir la procédure d'insolvabilité ou ordonner aux commissaires de préparer un nouveau plan.</p>
<p>Effets de la désignation du juge</p> <p>Suspension de tous les actes d'exécution ultérieurs.</p> <p>Le débiteur n'a pas le droit de : disposer de ses biens, les constituer en gage, etc. sans l'autorisation d'un juge délégué.</p> <p>De fait, cette désignation entraîne l'ouverture d'une période d'observation au cours de laquelle les experts et juges désignés entameront des discussions</p>	<p>Effets de la nomination d'un commissaire</p> <p>Les commissaires doivent préparer : un inventaire des actifs et un état de la situation active et passive du débiteur.</p> <p>Les attributions des commissaires sont relativement étendues ; ils doivent agir dans l'intérêt du demandeur mais aussi de l'ensemble de ses créanciers.</p>	<p>Effets du plan approuvé</p> <p>Le demandeur reprend possession de ses biens et retrouve le libre exercice de ses droits.</p> <p>Le tribunal ne peut pas déclarer la dissolution de l'entreprise placée sous la protection du régime de la gestion contrôlée ni intervenir dans la mise en œuvre du plan.</p> <p>Ce plan devient obligatoire pour l'entité commerciale, l'ensemble de ses créanciers, codébiteurs et</p>

⁵² Jeu de mots avec l'expression « *too big to fail* » : « trop grand pour finir en prison », au lieu de « trop grand pour faire faillite » (N. de la T.).

informelles avec les principaux créanciers et décideront si l'entreprise peut se redresser ou pas.		cautions ; il ne peut être rendu caduc qu'en cas d'annulation licite.
--	--	---

Audience

Dans l'affaire Espirito Santo, la prochaine audience aura lieu le 8 octobre 2014, date à laquelle on saura si la gestion contrôlée peut être utilisée pour sauver des sociétés holding ou pas.

Les tribunaux luxembourgeois sont très pragmatiques ; en outre, l'Arrêté est assez souple et s'il est possible que le groupe entier soit sauvé au lieu d'être simplement liquidé, il est vraisemblable qu'une procédure formelle de gestion contrôlée sera ouverte. Il semblerait que certains fonds de renflouement aient proposé de financer le groupe au cours de la période d'observation. La suspension des opérations sur certains instruments financiers déclarée par la Commission luxembourgeoise de surveillance du secteur financier le 4 août 2014 a été levée moins de deux semaines plus tard, le 18 août ; cela pourrait être l'indice d'un « *happy end* ».

Néanmoins, il faut admettre que la balle est dans le camp de l'autorité de réglementation financière portugaise. Si la banque portugaise peut être renflouée sans ses holdings, une procédure d'insolvabilité viendra remplacer la gestion contrôlée. En conséquence, le grand arbre Espirito Santo sera seulement soumis à une opération d'élagage. Il faut espérer qu'on ne sciera pas les branches sur lesquelles sont assis les créanciers...

**Martine Gerber-Lemaire, du cabinet OPF Partners (Luxembourg)*

X X X
X

54

Nürburgring

Le Nürburgring et les aides publiques

Jens Lieser et Alexander Jüchser nous expliquent comment une enquête sur des aides publiques a eu une influence sur la réalisation des actifs dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité*

En juillet 2012, la société Nürburgring GmbH, appartenant à 90 % au land de Rhénanie-Palatinat et à 10 % au district de Bad Neuenahr-Ahrweiler, et deux de ses filiales ont déposé une demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité au titre des articles 270 et suivants du Code allemand de l'insolvabilité (InsO).

Thomas B. Schmidt (Trèves, Allemagne) a été nommé responsable de la restructuration (« CRO »). Le tribunal de Bad Neuenahr-Ahrweiler a nommé Jens Lieser (Coblence, Allemagne), tout d'abord en qualité d'administrateur de l'insolvabilité provisoire, puis, après l'avoir confirmé dans ses fonctions, en qualité d'administrateur de l'insolvabilité permanent.

La société Nürburgring GmbH, qui a été fondée en 1927, est propriétaire du circuit automobile du même nom, célèbre pour sa « boucle nord » (*Nordschleife*). Ce circuit et ses infrastructures

modernes, construits en 1925, ont accueilli le Grand Prix à plusieurs reprises. Les deux filiales possèdent leurs propres établissements hôteliers et de restauration à proximité du circuit automobile. Ces trois sociétés étaient et sont encore à ce jour des sociétés holding immobilières sans activité opérationnelle et sans accès à des liquidités. Au débit de la procédure d'insolvabilité, elles n'employaient que huit personnes dans des fonctions administratives.

En vertu d'un contrat de bail commercial daté d'avril 2010, Nürburgring GmbH et ses filiales ont cédé à bail tous leurs actifs et opérations à une entreprise privée. Ce locataire n'était pas contrôlé par Nürburgring GmbH ni par le land. Il employait près de 300 personnes chargées de toutes les opérations. Pour diverses raisons, ce bail a été résilié au printemps 2012 et contesté par le locataire. Quand une procédure d'insolvabilité a été ouverte, en juillet 2012, la situation n'était pas claire du tout.

Pour commencer, l'administrateur de l'insolvabilité a dû mettre fin à l'« externalisation » de l'exploitation pour avoir accès à des liquidités et à des informations commerciales, et pour pouvoir réaliser les actifs. Il a dû retenir les organisateurs de manifestations qui, à cause de cette incertitude, prenaient déjà le large. Alors qu'il est impossible d'organiser des grandes manifestations de remplacement à courte échéance, l'administrateur de l'insolvabilité a dû calmer l'opinion publique et les parties prenantes locales.

Aide publique

Outre ces difficultés relativement importantes, une enquête sur des aides publiques que la Commission européenne avait ouverte en mars 2012 s'est rapidement retrouvée au centre de l'attention. On ne peut nier que cette enquête a ouvert la boîte de Pandore.

Une fois qu'une enquête sur des aides publiques (en vertu de l'art. 108 du TFUE⁵³) est déclenchée, plus rien ne peut l'arrêter. Pour le Nürburgring, cela signifiait qu'une décision officielle était attendue pour le mois de septembre 2013. Les créances correspondant aux subventions illégales pouvaient être produites à l'administrateur de l'insolvabilité, mais elles ne peuvent pas être d'un rang supérieur aux créances chirographaires ordinaires. Dans l'affaire Nürburgring, elles sont même en partie subordonnée, conformément à l'article 39 InsO. Par conséquent, aucun recouvrement n'était envisageable, ce qui a eu de très graves conséquences. En vertu du droit de l'UE, soit les subventions sont remboursées dans un délai de quatre mois suivant la décision officielle, soit toutes les activités doivent cesser. Une vente des actifs ne résout pas le problème, puisque tous les actifs sont entachés par les aides publiques. Dans une opération portant sur des actifs, il y a de fortes chances que les aides d'état soient transférées à l'acquéreur, conséquence du concept juridique énoncé par le droit de la concurrence de l'UE en vertu duquel l'entreprise est considérée comme une unité économique. Seule une procédure de vente conforme au droit de l'UE interrompt les subventions illégales et peut ainsi prévenir une cessation d'activité, ainsi que le transfert des aides publiques à l'acquéreur.

En d'autres termes, la seule solution, pour l'administrateur de l'insolvabilité, était de procéder à une vente conforme au droit de l'UE dans les plus brefs délais. Par conséquent, le processus de vente doit être « ouvert, juste, non discriminatoire et transparent ». Ces principes ne sont pas très

⁵³ TFUE : Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (N. de la T.).

concrets. Seul un dialogue franc et juste avec la Commission européenne permet d'avoir accès à suffisamment d'informations pour se faire une idée de ce qui est faisable et de ce qui ne l'est pas. La procédure de vente a débuté en mai 2013, par des annonces dans plusieurs journaux, et s'est terminée en mars 2014 par la signature du contrat d'achat d'actif.

Interruption

Pour interrompre les subventions, il a fallu respecter un autre principe du droit de l'UE, le principe de la discontinuité.

Le transfert des actifs a été autorisé, parce qu'ils ont été vendus au prix du marché. Par contre, les contrats de travail ont été transférés en vertu de l'article 613a BGB. Il semblerait qu'il ait été utile de rendre la discontinuité plus claire, parce que la future structure salariale s'écarte de la situation telle qu'elle était avant l'opération.

Les contrats des clients ne seraient pas transférés, conformément à l'exigence de discontinuité. La société d'exploitation vendeuse, société privée solvable constituée après le règlement avec l'opérateur original et contrôlée à 100 % par Nürburgring GmbH, assure l'exploitation de la saison 2014 et résiliera tous les contrats avant la fin 2014. La société d'exploitation acheteuse négociera donc un nouveau contrat avec chaque client à partir de 2015. Mais l'administrateur de l'insolvabilité devait trouver une solution pour le cas où la réalisation interviendrait après le mois de décembre 2014, parce que la société d'exploitation vendeuse n'aurait alors plus de contrats, et de l'autre côté, la société d'exploitation acheteuse n'aurait pas accès aux opérations. La solution était un contrat de bail.

La question suivante était de savoir comment traiter le risque lié aux aides d'état dans le contrat d'achat d'actif. Il était absolument clair qu'aucun acquéreur ne prendrait le risque de rembourser un montant pouvant s'élever à 500 millions d'euros. Seule une décision de l'UE ayant force d'obligation serait capable d'offrir suffisamment de prévisibilité à cet égard.

Il existe actuellement deux façons possibles de résoudre le problème du contrat d'achat d'actif : repousser la réalisation jusqu'à ce que la décision de l'UE soit prise, ou imposer un droit d'annulation en faveur de l'acquéreur, dans le cas où l'UE ne rendrait pas une décision en sa faveur. Aucune de ces deux méthodes n'est idéale. Si tant est qu'un report de la réalisation et du paiement soit conforme au droit de l'UE, cette solution est la moins dommageable car le risque que l'UE prononce une décision ayant force d'obligation doit être assumé par le vendeur en tout état de cause.

Après approbation du comité de créanciers, le CRO et l'administrateur de l'insolvabilité ont signé le contrat d'achat d'actif en mars 2014. La réalisation interviendra une fois que la Commission européenne aura prononcé une décision favorable ayant force d'obligation.

**Alexander Jüchser et Jens Lieser, du cabinet Lieser, Coblenze (Allemagne)*

x x x
x

Actualités par pays

Actualités par pays : Automne 2014

Russie, Lituanie, Portugal

Russie

Durcissement des conditions en matière de qualifications professionnelles des praticiens de l'insolvabilité

Par Artur Trapitsyne, président du conseil d'administration, NP SOAM Mercury (Russie)

La législation russe sur l'insolvabilité expose plusieurs conditions qu'un praticien de l'insolvabilité doit satisfaire avant que sa nomination dans une affaire d'insolvabilité puisse être approuvée par le tribunal.

Ces conditions sont les suivantes : être titulaire d'un diplôme, avoir au moins un an d'expérience de la gestion, avoir effectué un stage en tant que praticien de l'insolvabilité, avoir réussi les examens professionnels requis, ne jamais avoir été révoqué en lien avec une infraction administrative, ne jamais avoir été condamné pour un crime avec préméditation.

Depuis plusieurs années, les organisations d'autoréglementation essayaient de convaincre leur ministère de tutelle qu'il fallait adopter des règles pour imposer aux praticiens de l'insolvabilité de se perfectionner sur le plan professionnel.

Le 26 décembre 2013, le ministère du Développement économique de la Fédération de Russie a approuvé la norme fédérale intitulée « Conditions pour la prestation de services de formation continue en faveur des praticiens de l'insolvabilité ».

D'après ce texte, à partir de 2014, chaque praticien de l'insolvabilité doit suivre au moins 24 heures universitaires de formation professionnelle continue par an. Pour ce faire, il peut suivre une formation auprès d'un établissement public ou privé d'enseignement supérieur ou d'autres organismes d'enseignement, ou participer à des séminaires, conférences et autres manifestations organisées par le Syndicat national des organisations d'autoréglementation des praticiens de l'insolvabilité, par les organisations d'autoréglementation elles-mêmes ou par des organisations internationales du domaine de l'insolvabilité.

L'adoption de ce texte améliorera la qualité des prestations des praticiens de l'insolvabilité dans le cadre des procédures d'insolvabilité et aura des répercussions positives sur l'institution de l'insolvabilité en tant que tout.

57

Lituanie

Une nouvelle loi vise à réduire l'exclusion sociale des personnes physiques insolubles

Par Ieva Strunkiene, avocate, membre du Parlement de la République de Lituanie

Le 10 mai 2012, le Parlement lituanien a adopté la loi sur l'insolvabilité des personnes physiques de la République de Lituanie (ci-après dénommée la « Loi »), qui permet aux particuliers de déclarer une faillite personnelle.

Fondamentalement, la Loi vise à créer un mécanisme juridique efficace permettant de restaurer la solvabilité d'une personne physique, d'un agriculteur ou de tout autre particulier honnête, engagé(e) dans une activité individuelle légale, afin de satisfaire les conditions des créanciers en vertu de la Loi tout en maintenant un juste équilibre entre les intérêts du débiteur et ceux des créanciers.

Selon la Loi, toute personne physique dans l'incapacité d'honorer ses obligations arrivées à échéance dont le montant dépasse vingt-cinq mois de salaire minimum, tel qu'approuvé par le Gouvernement (environ 25 000 litas, soit 7 241 euros), peut déposer une demande de faillite auprès du tribunal de district compétent de son domicile. Si le tribunal établit que la personne concernée peut être déclarée en faillite, elle doit établir un plan de faillite. Le remboursement des dettes peut s'étaler sur cinq ans maximum, sous la supervision du syndic de faillite.

La Loi prévoit également une mesure de sécurité qui empêche les particuliers d'avoir trop souvent recours aux procédures de faillite, c'est-à-dire qu'au moins dix ans doivent s'écouler entre deux procédures de faillite dirigées à l'encontre de la même personne physique.

Il est prévu que la Loi contribue à réduire l'exclusion sociale et sera conforme au principe d'égalité de traitement des créanciers.

Portugal

Tribunaux de l'insolvabilité contre administration fiscale — La culture de la sauvegarde finira-t-elle par l'emporter ?

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

Après trois années difficiles, le programme d'assistance financière internationale en faveur du Portugal est enfin arrivé à son terme, la Troïka ayant quitté notre pays en mai dernier.

Pour le meilleur et pour le pire, beaucoup de choses ont changé concernant les structures politiques, économiques et sociales.

En ce qui concerne l'insolvabilité, la Troïka a exigé que la culture de la sauvegarde soit encouragée, tant pour les entreprises que pour les particuliers. La loi portugaise sur l'insolvabilité a été modifiée en conséquence en 2012. La définition de la procédure d'insolvabilité a été modifiée afin de s'adapter aux objectifs prioritaires de la sauvegarde, le plan d'insolvabilité a été rebaptisé « plan de restructuration » et une nouvelle procédure d'insolvabilité a vu le jour (la procédure spéciale de « revitalisation »). Aucune mesure n'a été prise concernant les possibles répercussions des plans de restructuration ou de revitalisation sur les créances fiscales, malgré le protocole d'accord de la Troïka (2011), qui exigeait que les obstacles au redressement soient éliminés, faisant expressément référence au besoin de « modifier la législation fiscale afin d'éliminer les obstacles à la restructuration volontaire des dettes » (art. 2.19 du protocole d'accord de la Troïka). Au bout du compte, cette « obstination » législative nous amène à nous demander si le législateur portugais était véritablement soucieux du redressement et s'il a véritablement fait autre chose que de respecter ces conditions pour la forme.

La « bataille » entre les tribunaux et l'administration fiscale concernant le caractère inaliénable des impôts ne date pas d'hier. On pourrait résumer ce problème par une question : un plan de restructuration ou de revitalisation peut-il entraîner la modification de créances fiscales

(effacement, réduction de leur montant, rééchelonnement des paiements) ? D'une part, on a pour habitude de considérer que les créances fiscales représentent un élément indispensable au bien-être des citoyens et doivent par conséquent rester intouchables. D'autre part, étant donné que les plans de redressement dépendent de la volonté des créanciers à accepter des modifications de leurs créances, si les créances fiscales restent intactes, l'objectif de redressement sera compromis.

Presque dès le départ, et même avant que la Loi sur l'insolvabilité ne soit modifiée, en 2012, les tribunaux portugais ont féroce­ment lutté contre les tentatives de l'administration fiscale de surestimer le principe d'inaliénabilité des créances fiscales. Dans un premier temps, ils ont réussi. Lorsqu'un accord de redressement négocié entre le débiteur et la majorité des créanciers modifiait des créances fiscales et était ensuite contesté par l'administration fiscale, les tribunaux l'approuvaient quand même, déclarant que le droit fiscal ne devait pas l'emporter sur le droit de l'insolvabilité, au vu de la nature et des objectifs particuliers de ce dernier et du fait que le principe d'inaliénabilité avait été conçu à des fins générales. Le principe juridique qui justifiait cette position, à savoir « *lex specialis derogat legi generali* », est que la loi qui régit une matière précise (*lex specialis*) l'emporte sur la loi qui ne régit que des questions générales (*lex generalis*).

C'est là que le législateur portugais a décidé d'intervenir et de renforcer la position des créances fiscales. La loi fiscale a été modifiée en 2010 afin de prévoir la supériorité du principe d'inaliénabilité des créances fiscales même dans le cas où il existe une loi spéciale. Ceci constituait un revers important. Il n'était plus possible d'avancer l'argument habituel contre l'administration fiscale, puisque la loi le contredisait clairement. Une chose nous laisse songeurs : comment le législateur peut-il modifier la loi sur l'insolvabilité en visant un objectif de redressement tout en gênant la réalisation de cet objectif ?

Après une brève période caractérisée par l'absence de réaction efficace, une fois que tout semblait irrémédiablement perdu, une nouvelle ligne d'action a graduellement vu le jour. Dans un récent arrêt (18 février 2014), la Cour suprême portugaise a arrêté qu'un plan de revitalisation pouvait être approuvé par le tribunal quelle que soit la nature des créances qu'il modifie. Le plan est de nature contractuelle ; par conséquent, si l'administration fiscale prétend que le plan est en conflit avec une disposition donnée et qu'elle demande que le tribunal interdise qu'il affecte les créances fiscales, le plan devrait néanmoins rester admissible à condition de circonscrire ses effets aux créanciers restants.

L'arrêt de la Cour suprême a précisé un point important et permettra certainement à de nombreux plans d'être sauvés. Reste un problème : le plan approuvé par le tribunal au bout du compte n'est pas forcément celui qui a été négocié et convenu entre le débiteur et les créanciers. Sans les mesures visant à modifier les créances fiscales, le plan pourra-t-il toujours fonctionner dans la plupart des cas ? Le redressement sera-t-il un objectif réaliste et faisable ?

Pour cette raison et d'autres encore, il semble que la culture de la sauvegarde n'est pas près d'être établie au Portugal. Actuellement, la procédure visant à rendre les instruments de redressement opérationnels dépend presque exclusivement des tribunaux et de leur capacité à surmonter les obstacles juridiques qui les empêchent d'interpréter la loi. Au vu des solutions contradictoires que le législateur portugais a récemment adoptées, c'est peut-être la seule voie possible.

Dates pour votre calendrier

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

2015

14-15 Mai

**INSOL Europe / Conférence du Comité des Pays
De l'Europe Orientale (EECC)**
Vilnius/Lituanie

30 Septembre et 1^{er} Octobre

**INSOL Europe/Forum Universitaire
Conférence Annuelle**
Berlin /Allemagne

1-4 Octobre

INSOL Europe – congrès annuel
Berlin/Allemagne

2016

21-22 Septembre

**INSOL Europe/Forum Universitaire
Conférence Annuelle**
Cascais, près de Lisbonne, Portugal

22-25 Septembre

INSOL Europe – congrès annuel
Cascais, près de Lisbonne, Portugal

2017

4-5 October

**INSOL Europe /Forum Universitaire
Conférence annuelle**
Varsovie / Pologne

5-8 October

INSOL Europe – congrès annuel
Varsovie / Pologne

60

Vous souhaitez participer au prochain numéro d'*eurofenix* ?

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

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