

e u r o f e n i x

La revue d'INSOL Europe

Printemps 2015



Tragédie ou triomphe ? **LA GRÈCE ENCORE** **SUR LE DEVANT DE LA SCÈNE**

Et aussi dans ce numéro :

Actualités et événements

Fraude et informatique

Portugal : Banque assainie/Structure de défaisance

Réforme du droit de l'insolvabilité à Chypre

Restructuration de la dette obligataire en Pologne

Numéro 59 : €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 : Robert Van Galen
(robert.vangalen@nautadutilh.com)

Président adjoint : Alberto Núñez-Lagos
(alberto.nunez-lagos@uria.com)

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

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

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

Comité technique du congrès de Berlin, 2015:

Renata Mueller (renata.mueller@thierhoffmueller.com)

Piya Mukherjee (pmu@horten.dk)

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), co-président
Radu Lotrean (radu.lotrean@citr.ro), co-président

Comité des Praticiens de l'Insolvabilité

Marc André (mandrelaw@aol.com)

Daniel Fritz (Fritz@hermann-law.com)

Stephen Harris (sharris@uk.ey.com)

Relations avec l'Union Européenne :

Michael Thierhoff (michael.thierhoff@tmpartner.de)

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

Forum Universitaire :

Président : Professeur Christoph Paulus
(chrpaulus@t-online.de)

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

Glossaires : Marc Udink (mcudink@udink.nl)

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 co-rédacteurs en chef : Annerose Tashiro
6	La lettre du Président, Robert van Galen
8	Actualités et événements
12	Du nouveau dans vos bibliothèques
14	Rubrique technique
16	Portugal : Banque assainie/Structure de défaisance
21	Fraude et informatique
25	Grèce : Encore sur le devant de la scène
27	Grèce : Prêts improductifs
30	Chypre : Reforme du droit de l'insolvabilité
32	Lituanie : Récents développements du droit sur l'insolvabilité
35	Luxembourg : Responsabilité des dirigeants
39	Pologne : Restructuration de la dette obligataire
42	Restructuration internationale : LDK Solar
45	États-Unis : Droit des créanciers commerciaux
49	Macédoine : Nouvelle loi sur l'insolvabilité
52	Actualités par pays : Italie, Portugal, Roumanie, Espagne
59	Prix « Richard Turton »
59	Dates pour votre calendrier

3

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

Contacts eurofenix

<p>Co-Rédacteurs en chef : Guy Lofalk , Lofalk Advokatbyra AB (Stockholm) Annerose Tashiro, Schultze & Braun (Achern)</p> <p>Comité exécutif de rédaction : 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, gcherubini@cfmplegal.com David Conaway, dconaway@slk-law.com Laszlo Csia, csia@csabaholding.hu Elizabeth Elliott, elizabeth.elliott@shlegal.com Martine Gerber, mgerber@opf-partners.com Ana-Irina Sarcane, irina.sarcane@fiveadvisors.com Catarina Serra, csserra@gmail.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@cliffordchance.com</p>	<p>eurofenix est publié par PNDesign pour le compte d'INSOL Europe.</p> <p>Toute correspondance, y compris toute proposition d'article, doit être adressée à: Paul Newson - PNDesign, 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 Juillet 2015</p> <p>Date limite articles à obtenir en écrivant à Paul Newson : paulnewson@pndesign.co.uk</p> <p>Copyright : INSOL Europe 2015</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 co-rédacteurs-en-chef

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

On ne peut pas dire que l'année a bien commencé : attaques terroristes à Paris contre le journal satirique Charlie Hebdo ; crash volontaire de l'avion Germanwings dans les Alpes françaises ; poursuite des négociations entre le nouveau gouvernement grec et l'Eurogroupe, la Banque centrale européenne et le Fonds monétaire international...

En tant que professionnel de notre secteur, il vous est sans doute difficile de ne pas y penser. Nous avons tous un jour ou l'autre été assis à la table des négociations, occupés à demander des pièces justificatives, des idées commerciales, des plans de liquidité et une transparence absolue (!) pour nos clients créanciers, ou à présenter des informations financières, expliquer comment redéfinir un modèle d'activité, recalculer des chiffres pour la énième fois, débattre de conditions de refinancement qui permettraient à nos clients de garder l'espoir de sauver l'accomplissement d'une vie en mendiant un nouveau prêt relais...

Alors que ces images vous traversent l'esprit (en tout cas, elles traversent le mien) pendant que vous regardez les informations de ces dernières semaines, dans ce numéro d'*eurofenix*, **Alexandra Kastrinou** de la Nottingham Law School et **Stathis Potamitis** nous donnent leur avis sur certaines des réformes en Grèce, notamment sur la réforme nécessaire du droit de l'insolvabilité et sur celle de la loi sur la procédure civile, dans le contexte particulier de l'accumulation des prêts improductifs.

Même si Chypre n'est pas autant sur le devant de la scène, une première étape vient d'y être franchie avec l'élaboration d'un projet de loi visant à moderniser les lois sur l'insolvabilité, comme l'exigeait le protocole d'accord conclu avec la Commission européenne en avril 2013 et le mémorandum de politiques économiques et financières conclu avec le Fonds monétaire international en décembre dernier. **Kyriacos Kourtellos** et **Demetris Roti** nous en donnent quelques explications.

L'Europe est actuellement le théâtre d'autres réformes importantes : la Lituanie a trouvé une façon intéressante de lutter contre les éventuels problèmes d'indépendance et de mauvaise réputation dans le cadre de la nomination des mandataires de l'insolvabilité. J'espère que nous saurons si ce système fonctionne d'ici deux ans environ.

De façon intéressante, comme dans les autres pays, la restructuration de la dette obligataire et la renégociation des conditions d'émission des obligations change de direction en Pologne, se distinguant des régimes d'insolvabilité qui doivent être utilisés avant ou en même temps qu'une procédure d'insolvabilité formelle. **Przemysław Wierzbicki** aborde ce sujet de manière très intéressante.

Il y a deux autres points forts dans ce numéro : **Nuno Líbano Monteiro** nous livre des réflexions intéressantes sur ce qui se peut se passer lorsqu'on applique une directive européenne adoptée à la hâte, dans l'espoir de résoudre le problème de Banco Espírito Santo. **Phillip Taylor** nous fait faire

le tour du monde, des îles Caïmans à Hong-Kong en passant par l'Europe, afin d'étudier les moyens mis en œuvre pour sauver le fabricant de panneaux solaires LDK.

Nous espérons que vous découvrirez au fil des pages de ce numéro des articles et des considérations qui sauront vous intéresser. Si vous avez envie d'y réagir, partagez vos commentaires dans notre groupe *eurofenix* sur LinkedIn ou envoyez-nous votre proposition pour le prochain numéro.

x x x
x

La lettre du Président

Le mot de bienvenue du Président

Robert van Galen nous informe de certaines de nos manifestations à venir*

Chers membres d'INSOL Europe,

Vous avez devant les yeux un nouveau numéro d'*eurofenix* plein d'articles et de billets tous plus intéressants les uns que les autres. Si vous souhaitez connaître les dernières nouvelles concernant nos activités, sachez que notre application mobile est désormais disponible et que vous pouvez l'installer en recherchant « INSOL Europe » dans le *Store* sur votre smartphone.

6

Investissez dans votre réseau

Heureusement pour l'économie, mais peut-être un peu moins pour vous, la demande en matière de services d'insolvabilité a baissé au cours de l'année passée. Toutefois, cette pause est la bienvenue car elle vous permettra d'investir dans votre réseau et vos connaissances.

Europe de l'Est

Entre autres occasions, l'EECC tient sa conférence à Vilnius (Lithuanie) le 15 mai prochain. Le programme, intitulé « Insolvabilités bancaires, investisseurs et harmonisation », est très prometteur. L'accent sera mis sur les institutions financières, mais vous serez également tenus informés des derniers développements concernant la révision du règlement européen sur l'insolvabilité.

Les co-présidents de l'EECC, Radu Lotrean et Carlos Mack, abattent un dur travail avec l'assistance de Frank Heeman, de Rimvydas Norkus et d'une équipe de praticiens de l'insolvabilité lithuaniens. Alors que j'écris ces lignes, le nombre de places restantes diminue, mais il en reste sans doute encore quelques-unes. Alors si vous souhaitez être des nôtres, je vous conseille de vous inscrire dès aujourd'hui.

Après la conférence de Vilnius, Carlos Mack quittera ses fonctions. Le nom du candidat retenu pour prendre sa succession sera annoncé dans le prochain numéro d'*eurofenix*. Carlos est l'un des fondateurs de l'EECC ; il a vu son « bébé » grandir et devenir l'une des branches maîtresses de l'arbre qu'est notre organisation.

Allemagne

L'autre grande manifestation de l'année est le congrès de Berlin, qui se tiendra du 1^{er} au 4 octobre à l'hôtel Maritim (en fait, il y a deux hôtels Maritim à Berlin, ce qui est d'autant plus étonnant vu que ce n'est pas une ville côtière, alors faites bien attention de donner la bonne adresse à votre chauffeur de taxi : c'est celui qui se trouve sur Stauffenbergstrasse, la rue nommée d'après le poseur de bombe qui a participé au complot du 20 juillet 1944 contre Hitler).

Le congrès se focalisera sur trois thèmes : la révision du règlement européen sur l'insolvabilité, les mandataires de l'insolvabilité et la convergence des lois sur l'insolvabilité.

Dans mon dernier article, j'ai indiqué que nous avons répondu à l'appel d'offres concernant le projet de l'UE sur le droit matériel de l'insolvabilité.

Bien que nous ayons été la mieux notée des organisations, touchant presque au but, nous n'avons pas remporté l'appel d'offres. C'est l'université de Leeds qui s'est vu confier ce projet ; je lui adresse mes plus sincères félicitations. Il va de soi que nous inviterons l'équipe chargée du projet lors de notre congrès annuel, pour qu'elle nous tienne informés de ses conclusions.

J'espère que vous serez nombreux à participer à cette manifestation. C'est toujours une merveilleuse occasion pour rencontrer de nouveaux amis ou retrouver les anciens, et pour élargir nos connaissances sur l'insolvabilité en Europe. En outre, Berlin est une ville absolument fantastique.

Forum des MI

Autre défi que vous voudrez peut-être relever : participer à notre Forum des mandataires de l'insolvabilité, co-présidé par Marc André, Daniel Fritz et Stephen Harris.

L'étude réalisée par l'université de Leyde pour le compte d'INSOL Europe concernant les bonnes pratiques à l'intention des mandataires de l'insolvabilité a été publiée sur notre site, mais elle n'a pas été approuvée par INSOL Europe, notamment parce que seuls quelques membres ont rempli le questionnaire (plutôt long) qui avait été diffusé par l'équipe du projet.

Toutefois, d'après les co-présidents du Forum des MI, ce rapport constitue sans conteste un bon point de départ pour des discussions futures au sein d'INSOL Europe, qui se tiendront donc dans l'enceinte du Forum des MI.

Si vous souhaitez faire partie du forum pour participer à ce projet ou à d'autres, veuillez contacter l'un de ses co-présidents.

Autres activités

INSOL Europe ne connaît jamais de temps mort. Les 19 et 20 mars s'est tenue la conférence conjointe organisée par l'université de Trèves (ERA) et INSOL Europe ; elle était entièrement consacrée à la révision du règlement européen sur l'insolvabilité.

Par ailleurs, la conférence semestrielle du Forum universitaire aura lieu en juin à Nottingham (Royaume-Uni).

Comme je vous l'ai déjà dit, en décembre, pour la première fois de son histoire, INSOL Europe a été invitée à participer à une session du Groupe de travail V de la CNUDCI. Une nouvelle session se tiendra en mai, à laquelle INSOL Europe sera de nouveau présente. À l'ordre du jour figurent la reconnaissance des jugements liés à l'insolvabilité, le CIP dans les situations d'insolvabilité de groupes, la responsabilité des dirigeants.

J'espère passer une année stimulante à vos côtés !

**Robert van Galen est le Président d'INSOL Europe*

Actualités et événements

Actualités

Envoyez vos actualités à paulnewson@insol-europe.org

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

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*)
- 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.

8

Lancement du nouveau site

Le nouveau site d'INSOL Europe (www.insol-europe.org) a enfin été lancé en janvier 2015, après plusieurs mois de développement et un dernier essai de mise en service.

Le nouveau site comporte une interface plus dynamique et engageante, offrant à nos membres une expérience de meilleure qualité.

Parmi les nouvelles fonctionnalités du site, citons une rubrique « événements » améliorée, et une possibilité d'effectuer des réservations en ligne (www.insol-europe.org/events), des rubriques spécialisées pour chaque groupe de travail et comité (www.insol-europe.org/about-us/about-our-working-groups), enfin, une rubrique entièrement nouvelle réservée au contenu technique, sous forme de base de données :

(www.insol-europe.org/technical-content/introduction).

Nous espérons que notre nouveau vous donnera entière satisfaction site et serons heureux de connaître vos réactions.

Conférence 2015 du Comité des Pays de l'Europe orientale : Vilnius

Alors que nous imprimons ces pages, INSOL Europe souhaiterait remercier les parrains de la Conférence pour le généreux soutien qu'ils apportent à Vilnius 2015.

Parrain principal :

www.dnp.de

Parrain pour la documentation :

Kirkland & Ellis International LLP – www.kirkland.com

Parrains de la Conférence :

CNAJMJ – www.cnajmj.fr

hww hermann wienberg wilhelm – www.hww.eu

CITR – www.citr.ro

Troostwijk – www.troostwijkauctions.com

bnt attorneys-at-law – www.bnt.eu

Nous remercions les partenaires de la Conférence :

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

Association nationale des administrateurs d'entreprises à Vilnius – www.nvaa.lt

Il n'est pas trop tard pour apporter votre soutien à la conférence !

Contactez Hannah Denney : hannahdenney@insol-europe.org

9

Nouveau Forum des mandataires de l'insolvabilité

Compte-rendu de Stephen Harris, pour le compte des co-présidents du Forum des MI

Lors de l'assemblée générale d'INSOL Europe, tenue pendant le Congrès annuel d'Istanbul (octobre 2014), Catherine Ottaway (alors Présidente d'INSOL Europe) a annoncé la décision de créer un nouveau forum consacré aux mandataires de l'insolvabilité.

Le Conseil d'INSOL Europe a perçu l'intérêt croissant des membres de l'association, qui souhaitent mener des réflexions et débattre des questions et enjeux auxquels la profession des mandataires de l'insolvabilité est actuellement confrontée à travers l'Europe. Trois mandataires de l'insolvabilité en exercice ont accepté de co-présider le nouveau Forum et de le guider à travers une première étape : il s'agit de Stephen Harris (Ernst & Young, Royaume-Uni), Marc André (France) et Daniel F. Fritz (hww hermann wienberg wilhelm, Allemagne). Les co-présidents, avec l'aide du Comité exécutif d'INSOL Europe, se préparent à évaluer la meilleure façon de satisfaire les intérêts, besoins et attentes et à formuler des propositions à cet égard. Vous en saurez plus sur cette initiative dans un prochain numéro d'*eurofenix*.

Les membres qui ont des suggestions à formuler sur des questions dignes d'intérêt pour le Forum des MI peuvent s'adresser à Caroline Taylor (carolinetaylor@insoleurope.org). Les co-présidents seraient ravis que des membres des divers pays représentés au sein d'INSOL Europe participent activement à cette initiative.

Projet de Lignes directrices de la Branche Redressement : phase finale (janvier 2015)

Compte-rendu de Bernard Santen, Président du projet Lignes directrices de la Branche Redressement

Le projet de la Branche Redressement, consistant à rédiger des « lignes directrices pour les professionnels du redressement extra-judiciaire », a bien avancé. Dans ce cadre, un groupe consultatif regroupant dix personnes, experts pratiques et autres magistrats a été constitué.

Alors que nous écrivons ces lignes, six experts nationaux répondent à un questionnaire sur la situation juridique des professionnels du redressement extra-judiciaire et leurs missions dans leurs pays respectifs (France, Allemagne, Italie, Espagne, Portugal, Royaume-Uni). Ces rapports viendront rejoindre une analyse de six documents internationaux relatifs à la restructuration amiable. En s'appuyant sur ces données, la faculté de droit de Leyde présentera un cadre cohérent de points communs ou autres questions dignes d'intérêt susceptibles d'être couverts par les Lignes directrices.

Ce cadre, qui fera l'objet du Rapport I, sera présenté à des fins d'évaluation critique par le Groupe consultatif à la mi-mars 2015. Après cette évaluation, le processus de rédaction des Lignes directrices pourra commencer.

Vous serez tenus informés de l'avancement de ce projet en temps utile.

Bruce Leonard choisit Miller Thomson

10

Miller Thomson a la plaisir d'annoncer que Bruce Leonard a rejoint le bureau de Toronto du cabinet, au sein de l'équipe Insolvabilité et restructuration d'entreprise.

Véritable vétéran de l'insolvabilité, Bruce a participé à de nombreuses réorganisations importantes au Canada et dans le reste du monde. Il est reconnu comme un praticien de l'insolvabilité de premier plan par Chambers Global, Lexpert et l'International Who's Who of Insolvency and Restructuring Lawyers. Martindale Hubbel lui a également décerné la note « AV Preeminent » (c'est-à-dire la meilleure note attribuée à l'issue d'un examen par les pairs).

Figurant parmi les plus gros cabinets d'affaires nationaux du Canada, avec près de cinq cents avocats répartis en onze bureaux, Miller Thomson accueille Bruce au sein de son groupe Insolvabilité et restructuration d'entreprise, connu pour son expérience du conseil aux entreprises dans une multitude de transactions liées à l'insolvabilité, de la simple procédure de recouvrement à la réorganisation financière d'entreprises nationales ou internationales.

Miller Thomson propose une gamme complète de services juridiques aux décideurs nationaux et internationaux pour répondre à tous leurs besoins au Canada, notamment des solutions d'affaires, des services de représentation et des services personnalisés.

Miller Thomson LLP
millerthomson.com

INSOL Europe franchit une étape importante en Pologne

Steffen Koch, vice-président d'INSOL Europe, s'est rendu en Pologne le 12 mars dernier pour y faire une présentation à l'occasion du deuxième sommet sur la restructuration organisé par l'institut Allerhand à Varsovie.

Répondant à l'invitation de Pawel Kuglarz (vice-président du département Insolvabilité de l'institut Allerhand), Steffen a présenté INSOL Europe, son histoire, sa structure et ses différentes activités. Il a invité les participants au congrès, à savoir plus de quatre-vingts praticiens de l'insolvabilité, avocats et magistrats, à rejoindre les rangs d'INSOL Europe, en leur expliquant les avantages que les membres et la Pologne tireraient de leur qualité de membre.

Après la présentation, Pawel et Steffen ont évoqué le développement du droit de l'insolvabilité en Pologne, en Allemagne et plus généralement en Europe. Ils ont particulièrement souligné le rôle qu'a joué INSOL Europe dans la préparation de la révision du règlement sur l'insolvabilité et ont informé le public des récents développements du droit de l'insolvabilité dans leurs pays respectifs.

La Pologne se dote d'une nouvelle loi sur l'insolvabilité des consommateurs

La loi polonaise sur l'insolvabilité des consommateurs est entrée en vigueur le 31 décembre 2014. Au cours des cinq années précédentes, il y avait eu moins de trois cents insolvabilités en Pologne, contre 132 000 en Allemagne rien que pour l'année 2014. C'est dans ce contexte que Steffen et Pawel ont évoqué l'un des problèmes les plus récurrents, auquel il conviendrait d'apporter une réponse : le « *forum shopping* ». Rien qu'en 2012, plus de deux cents débiteurs ont transféré leur CIP (centre des intérêts principaux) en Angleterre : 134 venaient d'Allemagne, 35 d'Irlande et 48 du reste du monde. Les Polonais essayaient d'aller en Angleterre pour y ouvrir une procédure d'insolvabilité, mais il se pourrait que les choses changent. Un débiteur polonais qui devient involontairement insolvable peut demander l'ouverture de cette nouvelle procédure, qui prévoit une période de supervision de trois ans du débiteur. Au terme de ces trois ans, ses dettes peuvent être effacées sans qu'il ait de montant minimum à rembourser à ses créanciers. Par rapport à l'Allemagne, où les dettes ne peuvent être effacées qu'au bout de six ans, cela peut s'avérer très attractif.

D'après la législation en vigueur dans l'Union européenne, un débiteur peut demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dès qu'il s'est installé dans un nouvel État membre. Cette absence de délai de carence facilite le *forum shopping*, raison pour laquelle INSOL Europe a proposé d'introduire un délai de carence d'un an. Toutefois, la Commission européenne a préféré la fixer à six mois pour les particuliers et à trois mois pour les entreprises. Nous espérons que cela sera suffisant.

Par Pawel Kuglarz, vice-président du département Insolvabilité de l'institut Allerhand (Pologne)

ACTUALITES CONCERNANT NOS MEMBRES

Rimvydas Norkus

Rimvydas Norkus, membre d'INSOL Europe, vient d'être nommé Président de la Cour suprême de Lituanie

Avant d'être nommé à ce haut poste de la magistrature, Rimvydas Norkus était directeur du service des Recherches juridiques de la Cour suprême de Lituanie. De 2003 à 2009, il a occupé les fonctions de conseiller auprès du Président de la Haute Cour administrative et de directeur du service de la Pratique judiciaire. Par ailleurs, de 1999 à 2003, il avait occupé les fonctions de consultant auprès de la Cour d'Appel et de conseiller auprès du Président de sa chambre civile. Depuis 2003, Rimvydas Norkus mène également des travaux pédagogiques, puisqu'il enseigne le droit.

« Ce n'est pas pour ce poste que je souhaite exprimer des remerciements, mais pour l'occasion que l'on me donne d'améliorer les activités de la Cour suprême de Lituanie, » a déclaré Rimvydas Norkus lorsqu'il a accepté ce poste.

Pour de plus amples renseignements, voir le site de la Cour suprême de Lituanie, à l'adresse www.lat.lt

Giorgio Cherubini

Giorgio Cherubini, ancien Président et membre honoraire d'INSOL Europe, mais aussi correspondant d'eurofenix en Italie, est désormais associé au sein du cabinet EXPLegal

Ce cabinet propose à ses clients une assistance juridique et stratégique dans le cadre d'opérations nationales et transfrontalières.

Opérant depuis Rome et Milan, EXPLegal est spécialiste de domaines tels que les technologies de l'information et de la communication, la fiscalité internationale, la planification fiscale, l'insolvabilité et la restructuration, le droit des affaires, le droit commercial et les contrats, les fusions et acquisitions, la banque et la finance, les médias, le droit du sport et du divertissement, les organisations internationales et diplomatiques, le contentieux et l'arbitrage.

12

Du nouveau dans vos bibliothèques

Licences et insolvabilité

Consultants éditoriaux : Marcel Willems, Matthias Nordmann et Ulrich Reber, 2014, GBP Law Books, 328 p., 120 £. ISBN 978-1-909416-25-3

Dans l'environnement actuel, surtout dans une économie mondialisée, les actifs des débiteurs comprennent presque toujours des droits de propriété intellectuelle. Il peut s'agir de licences d'utilisation de technologies (matériel informatique, logiciels), de droits d'exploitation commerciale de noms et de marques, ou encore de droits médiatiques.

Même si le droit de la propriété intellectuelle des différents pays a tendance à lentement s'unifier, en partie grâce aux conventions internationales, la protection des droits de propriété

intellectuelle étant garantie par l'existence de systèmes d'enregistrement, les règles nationales peuvent varier considérablement, surtout en matière de droit international privé. Ceci peut avoir une incidence sur des questions telles que la compétence et le droit applicable en matière de propriété intellectuelle et dans d'autres domaines.

En outre, il existe aussi des différences concernant le traitement de ces droits en cas d'insolvabilité du débiteur (que celui-ci soit le cédant ou le preneur de licence), ainsi que concernant les répercussions des procédures nationales sur la situation des licences exclusives et/ou à perpétuité, des sous-licences et des droits de résiliation généralement prévus par ce type de contrats.

Dans cet ouvrage élégamment relié, plusieurs praticiens chevronnés apportent des réponses à ces questions pour quelque vingt-six pays, couvrant ainsi toute la planète et représentant les principales places commerciales du monde entier.

Les thèmes sont traités de manière structurée : la législation applicable en matière d'insolvabilité est exposée avant les différentes procédures existantes, le cas échéant. Ensuite, chaque chapitre aborde la situation des droits de licence au cours de la période séparant le dépôt de bilan et la déclaration d'insolvabilité, mais aussi après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, évoquant les répercussions des procédures sur les contrats de licence et les parties contractantes.

La sous-traitance, les droits de résiliation et les règles applicables en cas d'insolvabilité transfrontalière sont présentés en dernier.

L'approche adoptée dans ce recueil de textes est très pragmatique et permet de se faire une bonne idée des questions qui se posent dans ce domaine pour chacun des pays traités.

En bref, un livre qui s'avérera utile aux praticiens de l'insolvabilité, apportant une base solide aux personnes qui étudient les grandes questions liées aux opérations portant sur des éléments de propriété intellectuelle.

Par Paul Omar, professeur de droit international et comparé de l'insolvabilité à la Nottingham Law School (Royaume-Uni)

Le Forum universitaire lance une nouvelle publication pour fêter ses dix ans d'existence

Au cours de la période 2007-2014, le Forum universitaire a eu la chance d'être parrainé par Edwin Coe LLP, cabinet de praticiens de l'insolvabilité situé à Londres. Entre autres nombreuses réalisations, ce soutien a permis d'inaugurer une série de cours annuels dispensés par des juges, des praticiens et des universitaires de renommée internationale.

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. Elles ont été mises à jour et font l'objet d'une réédition en un volume, portant le titre *International Insolvency Law: Future Developments*, publié à l'occasion de la célébration du dixième anniversaire du Forum universitaire. Ce volume est le vingt et unième de la série de publications techniques.

Vous pouvez consulter la liste de tous les titres disponibles ou commander votre exemplaire sur notre site, à l'adresse www.insol-europe.org/publications/technical-series-publications.

Rubrique technique

Compte-rendu technique

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...

Le nouveau texte du Règlement européen 1346/2000

Jeudi 26 février 2015, la « Position du Conseil en première lecture en vue de l'adoption du règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte) » a été diffusée.

Ce texte est une version légèrement modifiée du texte du règlement européen sur l'insolvabilité, surtout en ce qui concerne l'article 89, qui prévoit désormais la constitution d'un comité (composé de représentants des États membres) chargé d'assister la Commission, notamment pour évaluer les propositions en vue de modifier l'Annexe A.

Rappelons que le jeudi 4 décembre 2014, le Conseil des ministres de la Justice avait adopté un accord politique concernant la première version du texte du règlement européen sur l'insolvabilité convenu avec le Parlement européen.

La version définitive du règlement européen sur l'insolvabilité devrait être adoptée dans les semaines qui viennent par le Parlement européen, avant d'être publiée au Journal officiel.

Il est prévu que la nouvelle version du règlement européen sur l'insolvabilité entre en vigueur en mai 2017. Si vous souhaitez consulter ces deux textes, ils sont disponibles à l'adresse <http://bobwessels.nl/blog/>

14

Nouveau contenu technique disponible sur le site web d'INSOL Europe

Nous invitons tous les membres d'INSOL Europe à nous fournir des contributions pour couvrir tous les pays d'Europe et au-delà ou à 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.

Statistiques nationales en matière d'insolvabilité

Des statistiques à jour sur l'insolvabilité provenant des pays suivants figurent désormais sur le site d'INSOL Europe : Allemagne, Croatie, Espagne, Finlande, France, Irlande, Italie, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Portugal, Royaume-Uni (Angleterre et Pays de Galles, Écosse, Irlande du Nord), Suède et Suisse.

Depuis notre dernier article, nous avons publié de nouvelles statistiques sur l'insolvabilité pour l'**Angleterre** et le **Pays de Galles** (troisième et quatrième trimestres 2014), à l'adresse www.insoleurope.org/technical-content/national-insolvency-statistics-england-wales

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.

Glossaires

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

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

Au 6 mars 2015, 449 extraits se trouvaient sur la nouvelle plateforme LexisNexis-INSOL Europe du Registre des affaires fondées sur le règlement européen sur l'insolvabilité, notamment l'extrait du récent arrêt prononcé par la CJUE le 4 décembre 2014 dans l'affaire H c/ HK.

Ces dernières semaines, nous avons reçu 17 nouveaux extraits de décisions en lien avec le REI prononcées par des juridictions bulgares ; ils seront bientôt disponibles en ligne.

Comment devenir praticien de l'insolvabilité en Europe ?

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.

Forum universitaire d'INSOL Europe : lettres d'information

La lettre d'information du premier trimestre 2015 (janvier-mars) du Forum universitaire d'INSOL Europe est désormais disponible à l'adresse www.insol-europe.org/academic-forum/newsletters/

Conférences du Forum universitaire d'INSOL Europe en 2015

Les formulaires d'inscription aux conférences du Forum universitaire d'INSOL Europe à Nottingham (25-26 juin 2015) et à Berlin (30 septembre – 1^{er} octobre 2015) sont désormais disponibles à l'adresse www.insol-europe.org/events.

Conférence de l'EECC d'INSOL Europe, 14-15 mai 2015, Vilnius

Le formulaire d'inscription et le programme technique de la prochaine conférence du Comité des Pays de l'Europe orientale d'INSOL Europe sont disponibles à l'adresse www.insol-europe.org/events

Congrès annuel d'INSOL Europe, 1^{er}-4 octobre 2015, Berlin

Le formulaire d'inscription du prochain congrès annuel d'INSOL Europe est disponible à l'adresse www.insol-europe.org/events.

Les inscriptions sont déjà ouvertes. Vous pouvez bénéficier d'un tarif privilégié si vous vous inscrivez avant le 1^{er} juillet.

Restez en contact !

Nous souhaitons vous inviter à vous inscrire au groupe INSOL Europe sur LinkedIn, à l'adresse www.linkedin.com/ et à nous suivre sur Twitter @INSOLEurope.

Si vous avez des questions relatives à l'insolvabilité, n'hésitez pas à nous soumettre votre projet ou vos demandes, à l'adresse technical@insol-europe.org.

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

Liens utiles

Courriel : technical@insol-europe.org.

LinkedIn : www.linkedin.com

Twitter : @INSOLEurope

Glossaires

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

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

x x x

x

16

Portugal

Soudain l'été dernier...

La dichotomie « banque assainie / structure de défaillance » au Portugal

De la promulgation hâtive de la directive européenne à l'application directe d'une « mesure de résolution », Nuno Líbano Monteiro nous présente la dichotomie « banque assainie / structure de défaillance », prétendue garantie des intérêts légitimes des clients*

Contexte factuel et juridique : l'intervention nécessaire de Banco de Portugal

Le 11 juillet 2014, Banco de Portugal (la banque centrale du Portugal) a annoncé publiquement, au vu des informations rapportées le jour précédent par Banco Espírito Santo, S.A. (« BES ») et par ses auditeurs externes, KPMG, que BES détenait suffisamment de fonds pour supporter les éventuelles répercussions négatives découlant de son exposition à la branche non financière du Grupo Espírito Santo (« GES ») sans compromettre le respect des ratios minimaux en vigueur. Banco de Portugal a été contraint de faire cette annonce après avoir appris, quelques jours plus tôt, l'importante défaillance d'une holding du GES, en lien avec le secteur portugais des effets commerciaux.

D'après les informations divulguées par BES le 30 juillet 2014, les pertes découlant de cette exposition, comptabilisées et reconnues dans ses états financiers clos le 30 juin, restaient dans

les limites attendues et ne dépassaient pas la provision de 2 milliards d'euros que Banco de Portugal avait demandé à BES de constituer à cet effet.

Toutefois, de manière surprenante, au cours de la seconde quinzaine de juillet, l'auditeur externe a identifié des opérations qui augmentaient d'environ 1,5 milliard d'euros la valeur des pertes devant être enregistrées dans les comptes de pertes et profits du premier semestre, remettant en question le respect des ratios minimaux de solvabilité.

D'après Banco de Portugal, ces mesures, prises entre juin et juillet 2014, avant la nomination de nouveaux membres du comité exécutif de BES, ont eu les conséquences suivantes :

- 1) BES s'est retrouvée en situation de non-conformité par rapport aux ratios minimaux de solvabilité applicables ;
- 2) Banco de Portugal a décidé de suspendre l'accès de BES aux opérations de politique monétaire et donc aux liquidités de l'Eurosystème ;
- 3) la trésorerie de BES a été soumise à une pression croissante ;
- 4) la réputation de BES en a subi les conséquences, comme le montrent les très mauvaises performances de ses titres, situation qui a sapé la confiance des déposants¹ ; et
- 5) l'incertitude quant au bilan de BES a augmenté, rendant impossible toute solution rapide de capitalisation privée.

Dans un contexte de bonnes pratiques législatives et confronté à la nécessité imminente d'intervenir dans la gestion de BES, le Gouvernement portugais a publié le décret-loi 114-A/2014 du 1^{er} août, qui apportait des modifications au chapitre VIII du Régime général des établissements de crédit et des sociétés financières.

Ce nouveau décret-loi introduisait les clarifications et modifications nécessaires pour transposer en partie la directive 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 dans le système législatif portugais. La directive européenne établit un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des sociétés d'investissement. Le décret-loi transpose un de ses principes directeurs en droit portugais. Ce principe, qui consiste à protéger les intérêts légitimes des créanciers affectés par des actions en résolution, dispose qu'aucun créancier ne doit être pénalisé par la résolution plus qu'il ne l'aurait été si la banque avait été liquidée en vertu de la législation applicable en matière d'insolvabilité. En outre, le décret-loi précise les moyens permettant de mettre à disposition les ressources du fonds de résolution, notamment la possibilité que ce fonds offre des garanties dans le contexte d'une mesure de résolution.

17

Application de la mesure de résolution par Banco de Portugal : séparation en une banque assainie et en une structure de défaisance

D'après Banco de Portugal, la réserve de capital de BES ne suffisait pas pour compenser les pertes du premier semestre 2014. Ayant (en toute hâte !) créé les conditions juridiques nécessaires à son intervention, un dimanche soir de l'été dernier (le 3 août), lors d'une conférence de presse, le Gouverneur de Banco de Portugal a annoncé la décision d'appliquer une mesure de résolution à BES. Il s'agissait sans conteste d'une façon originale de décider une intervention de l'État vis-à-vis de l'une des plus grandes banques portugaises : devant les caméras de télévision, après le journal de 20 heures.

¹ Cette image publique négative a entraîné la suspension des opérations l'après-midi du vendredi 1^{er} août 2014, avec un risque de propagation à la réputation de tous les autres établissements du système bancaire portugais.

Confrontée aux prétendues difficultés financières d'un établissement de crédit et au fait qu'il était impossible de trouver une solution d'ordre privé dans les délais nécessaires, Banco de Portugal s'est servi de cet instrument réglementaire pour isoler les actifs douteux de BES qui seraient ensuite liquidés, d'une part, et pour concentrer son métier de base dans une entité recapitalisée qui serait vendue une fois l'urgence passée, d'autre part.

Ces mesures de résolution prévoyaient la création d'une banque relais à laquelle serait transférée ce métier de base. De l'avis de Banco de Portugal, cette solution était une façon rapide de garantir : (i) la protection des dépôts et des clients ; (ii) la continuité des services financiers de BES ; et (iii) le maintien de la stabilité au sein du système financier portugais et de la confiance à son égard.

Cette banque relais a reçu le nom de Novo Banco. La plupart des activités et actifs de BES lui ont été transférés ; son activité s'est poursuivie normalement. Toutefois, il en a résulté que BES devenait la structure de défaillance (la « mauvaise banque »), tandis que Novo Banco devenait la structure assainie (la « bonne banque »).

En outre, Banco de Portugal est intervenue vis-à-vis de BES, en prenant les mesures d'intervention correctives suivantes :

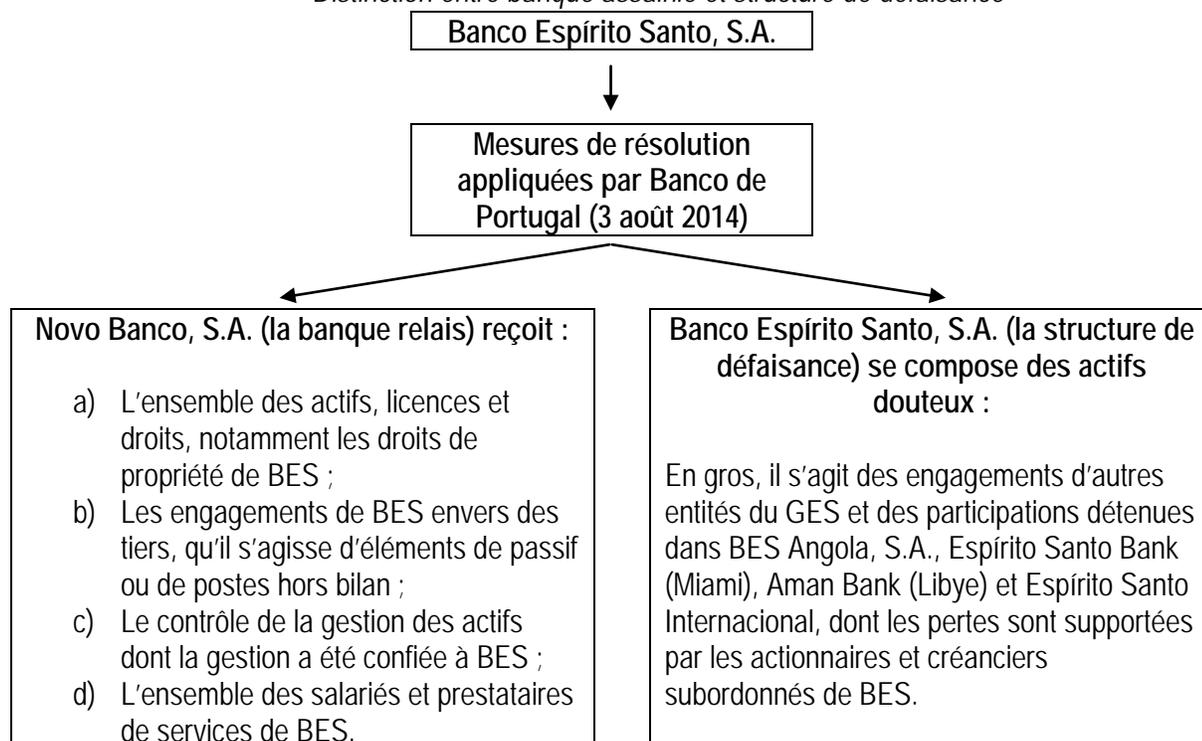
- a) Interdiction de consentir des prêts et d'appliquer des fonds à quelques actifs que ce soit, sauf dans la mesure du nécessaire pour préserver ou augmenter la valeur de ses actifs ;
- b) Interdiction d'accepter des dépôts ; et
- c) Renoncement, pendant un an, à l'exigence de conformité aux règles prudentielles applicables et aux obligations contractuelles antérieures, sauf dans la mesure du nécessaire pour préserver ou augmenter la valeur de ses actifs. Dans ce cas, Banco de Portugal pouvait autoriser les opérations nécessaires.

Résultat de cette intervention, BES n'exerce plus son activité bancaire et Banco de Portugal finira par révoquer son agrément. Cette décision produira le même effet qu'une déclaration d'insolvabilité, entraînant à son tour la liquidation de BES. La procédure de liquidation s'appliquera seulement à l'actif et au passif qui n'ont pas été transférés à Novo Banco ; les frais associés à cette procédure seront assimilables à ceux qui découlent d'une procédure d'insolvabilité et seront donc à la charge de la masse de l'insolvabilité.

À son tour, Novo Banco, en tant que banque relais, est un établissement de crédit constitué sous forme de société anonyme. Elle a été constituée expressément pour recevoir et gérer les éléments d'actif et de passif, les actifs placés en gestion et les postes hors bilan transférés d'un établissement de crédit se trouvant dans une situation de déséquilibre financier. En sa qualité de banque, elle peut exercer toutes les activités que les établissements de crédit sont habilités à exercer au titre du mandat de gestion mis en place par Banco de Portugal. Elle est également soumise à toutes les règles applicables, notamment aux exigences prudentielles imposées aux banques opérant sur le marché.

La distinction entre « banque assainie » et « structure de défaillance » est plus claire à l'étude du schéma ci-dessous.

Distinction entre banque assainie et structure de défaillance



Coût de l'application de la mesure de résolution : importance du fonds de résolution et répercussions sur les fonds publics

Selon Banco de Portugal, l'un des principaux objectifs de la création du cadre de résolution était soi-disant de minimiser les répercussions du déséquilibre financier d'un établissement de crédit sur les fonds publics.

Dans le cas de BES, le coût de la résolution a en premier lieu été supporté par les actionnaires et les créanciers subordonnés de l'établissement. En second lieu, parce que le coût total de la résolution était supérieur au montant couvert par les actionnaires et créanciers subordonnés, le fonds de résolution a dû intervenir, ce qu'il a fait en qualité d'entité de droit public dont le principal objet est de fournir une assistance financière en vue de l'application des mesures de résolution imposées par Banco de Portugal.

Résultat de cette intervention, le capital-actions de Novo Banco s'élève à 4,9 milliards d'euros et a été entièrement souscrit par le fonds de résolution. Les ressources de ce fonds proviennent des cotisations versées par ses établissements membres et par les prélèvements sur le secteur bancaire qui, en vertu des règles applicables, sont inférieures à un seuil qui risquerait de menacer les ratios de solvabilité.

Cela signifie que, dans l'idéal, les fonds publics ne seront pas engagés. Toutefois, le fonds de résolution n'a été créé qu'en 2012, ce qui signifie qu'il ne dispose pas encore de suffisamment de ressources pour financer la mesure de résolution appliquée à BES. C'est la raison pour laquelle le fonds, faisant jouer une possibilité prévue par la loi, a dû contracter un prêt auprès de l'État portugais, son intention étant de remplacer ce prêt par un financement provenant des établissements de crédit. En tout état de cause, les montants provenant des deniers publics et les intérêts seront remboursés une fois que le fonds de résolution disposera de revenus suffisants.

Au bout du compte, à la fin de l'opération, l'État ne devrait pas supporter de frais liés à la résolution de BES. Le temps nous le dira, mais il est fort peu probable que le prix de vente de Novo Banco suffise à rembourser à l'État le montant qu'il a prêté au fonds de résolution. Si cela s'avère être le cas, il ne restera que deux possibilités : soit les membres du fonds de résolution — en d'autres termes, la plupart des banques opérant au Portugal — fournissent au fonds les montants nécessaires pour rembourser le prêt public, soit l'État renonce à une partie du montant qu'il a prêté, ce qui signifie que les contribuables supporteront le coût de l'intervention vis-à-vis de BES.

Il ne faut pas oublier que la mesure de résolution a été contestée devant les tribunaux par diverses entités et que ces procédures judiciaires sont désormais en instance.

Conséquences de la mesure de résolution pour les clients et actionnaires : le souci particulier de protéger les intérêts des clients

D'après Banco de Portugal, la mesure de résolution qu'elle a appliquée vise à garantir la sécurité des dépôts réalisés auprès de BES et à maintenir les conditions contractuelles des prêts consentis par cette banque. Banco de Portugal maintient que la résolution n'a eu aucune incidence sur les droits légaux ou contractuels des déposants. Les dépôts ont été intégralement transférés à Novo Banco, exception faite des dépôts réalisés par des personnes présentant certains types de liens avec BES. Malgré la bonne volonté affichée par Banco de Portugal, la réalité a prouvé que l'application de cette mesure avait de fait eu des répercussions sur les clients de la banque, entraînant de nombreux litiges qui ont été portés devant les tribunaux portugais.

Les dépôts transférés à Novo Banco ne faisant pas l'objet d'un différend peuvent être utilisés immédiatement par les clients, sans restriction — exception faite des restrictions déjà en place du temps de BES. Ces dépôts auprès de Novo Banco ont exactement les mêmes caractéristiques qu'avant (solde et conditions générales de fonctionnement du dépôt). Ces dépôts continuent en outre de bénéficier de la protection offerte par le fonds de garantie des dépôts.

Contrairement au résultat décrit plus haut, les actionnaires de BES, qui est désormais une structure de défaillance, ont vu la responsabilité principale des dettes découlant du déséquilibre financier de BES attribuée à la société dans laquelle ils détiennent des participations.

En vertu des lois applicables, le fait que les actifs ayant le plus de valeur aient été transférés à Novo Banco (la banque assainie), laissant derrière eux les actifs toxiques, ne donne en soi aux actionnaires aucun droit à dédommagement. Étant donné que la partie de l'activité de BES qui n'a pas été transférée à Novo Banco fera l'objet d'une procédure de liquidation, les éventuels droits des actionnaires devront être exercés dans le cadre de cette procédure, conformément à la loi applicable.

Considérations finales

Nous arrivons au bout de notre histoire et parvenons à la conclusion que la mesure de résolution appliquée à BES par Banco de Portugal est une solution innovante dans le contexte des mécanismes de protection de la Banque centrale européenne. La solution « banque assainie / structure de défaillance » sera soumise à l'examen des tribunaux dans le cadre des procédures en instance avant de pouvoir être considérée comme stabilisée. En outre, il se peut que la mesure de résolution viole les principes de justice distributive. Le temps et les tribunaux nous diront si la mesure prise par Banco de Portugal tient la route.

** Nuno Libano Monteiro, cabinet d'avocats PLMJ, Lisbonne (Portugal)*

La place de l'informatique légale dans l'enquête d'un liquidateur

David Ingram et Carmel King font suite à leur article précédent et présentent les outils dont nous disposons pour examiner des preuves électroniques*

Dans le numéro d'été 2014 d'eurofenix, nous avons parlé de l'importance de l'« heure d'or », à savoir la façon dont les premières mesures prises par un liquidateur peuvent dicter l'issue de l'affaire, surtout en cas de soupçon de fraude, alors que le risque de dispersion des actifs est grand ou quand les archives de la société risquent de disparaître.

Nous avons étudié l'étape de collecte des informations, qui consiste notamment à évaluer les divers risques et à recenser, obtenir et réunir les preuves. Nous allons aujourd'hui vous présenter les outils dont nous disposons pour examiner des preuves électroniques. Ces outils peuvent être utilisés pour réduire les coûts et améliorer l'efficacité, et contribuer de façon non négligeable à une enquête sensée et à l'élaboration d'une stratégie qui permettra d'aboutir au recouvrement des actifs détournés au bénéfice des créanciers.

La taille n'est pas un détail

Les archives électroniques récupérées auprès de l'entreprise ont toutes les chances être d'une taille impressionnante. Que représente un gigaoctet ? Imaginons, par exemple, que les données des serveurs de messagerie électronique, de documents, du cloud et autres sources de données telles que les clés USB, ordinateurs portables, téléphones mobiles et tablettes d'une entreprise en liquidation représentent 210 Go. Cela peut équivaloir à 580 000 documents Word, plus 139 000 fichiers Excel, 4 millions de messages électroniques, 46 000 images et 26 000 présentations PowerPoint. Si l'on tient compte des capacités de stockage qu'offrent divers dispositifs électroniques, 210 Go est une estimation très modeste. Il n'est pas rare que les ordinateurs portables soient équipés d'un disque dur de 1 To. Mon propre téléphone mobile dispose d'une capacité de 16 Go, et les clés USB que j'ai sur mon bureau ont chacune une capacité de 4 Go. Face à une telle quantité de données, il est probable même que le plus déterminé des liquidateurs (ou celui dont les poches sont bien pleines) s'arrêtera un instant pour réfléchir. En associant ses connaissances du dossier aux compétences d'une équipe d'informatique légale chargée de traiter, d'analyser et d'examiner les données, le liquidateur peut approcher ce volume de données de manière sensée.

L'équipe d'informatique légale lui fournira les détails essentiels dont il a besoin pour commencer son travail. Elle lui communiquera les informations qui lui seront utiles : volume, type de fichiers, langue et taille des données. Surtout, elle doit préciser le délai et le coût de traitement des données pour le compte du liquidateur.

Tri et analyse des données

C'est à ce stade que le pilotage du liquidateur intervient, afin de traiter et de trier les fichiers électroniques et de les réduire à un volume adéquat pour pouvoir les étudier. Le tri méthodique des données permettra de réduire le volume des données à examiner, ce qui réduit les frais et améliore l'efficacité. Il faut connaître les différentes méthodes dont dispose le liquidateur. L'exercice est plus complexe qu'une simple recherche de mots clés. Une méthode de traitement simple, par exemple l'application d'un filtre de date aux données peut, dans notre cas, en faire passer le volume de 210 Go à 80 Go. Pour déterminer les dates pertinentes, il faudra faire appel aux connaissances qu'a le liquidateur du dossier. La déduplication des données peut également permettre de réduire davantage ce volume, pour arriver à 18 Go. Pour autant, un tel volume est difficile à gérer, encore trop important pour être étudié manuellement de façon efficace. Heureusement, le liquidateur dispose d'autres outils qui lui permettront d'étudier intelligemment les dossiers informatiques de l'entreprise.

Dans un système informatique, lorsqu'un logiciel a besoin de mémoire, celle-ci est attribuée par secteurs (*clusters*). Parfois, ces « secteurs » sont plus importants que nécessaire : la mémoire attribuée en trop porte alors le nom d'espace interstitiel (ou perdu). Ces zones de stockage peuvent être examinées par l'équipe d'informatique légale, car elles peuvent contenir des données qui ont été éliminées lorsqu'un fichier a été fermé à la fin d'une session de travail. Cela peut s'avérer particulièrement utile lorsque le liquidateur soupçonne une fraude. En effet, il y a beaucoup de chances que les personnes concernées aient tenté d'éviter de sauvegarder des documents dans leur système. Dans une affaire récente, nous soupçonnions une personne d'utiliser un ou plusieurs comptes de messagerie électronique sur Internet pour éviter de réaliser ses activités illégales en passant par le serveur de messagerie de l'entreprise. Nous avons identifié des pages incomplètes correspondant à des comptes de messagerie électronique sur Internet dans l'espace interstitiel, dont le contenu a confirmé nos soupçons et nous a permis d'identifier plusieurs adresses électroniques sur Internet utilisées par la personne suspectée de fraude. L'espace non alloué est similaire à l'espace perdu. De nos jours, tout le monde devrait savoir que les éléments supprimés ne disparaissent pas entièrement. Ceci vaut également pour les documents numériques stockés dans un système et pour ceux qui sont partagés en ligne. Lorsque nous supprimons un fichier, il n'est pas entièrement éliminé, mais le secteur qui lui était attribué est marqué comme étant disponible pour une réallocation. Par conséquent, avant d'être écrasé, l'espace non alloué peut contenir une mine de fichiers ou de données supprimés susceptibles de présenter un intérêt. La stratégie du liquidateur consiste donc entre autres à interroger méthodiquement l'espace perdu et l'espace non alloué, en plus des éléments numériques récupérés directement. Cela peut sembler l'opposé d'un tri ; toutefois, si le liquidateur décide d'ignorer les dossiers de fichiers supprimés ou moins visibles, ce sera à ses risques et périls. Les recherches par mots clés sont devenues très complexes et sont infiniment préférables et plus utiles qu'une pêche aux données dans une mer de fichiers. Voici quelques exemples de types intelligents de recherches par mots clés :

- **Recherches de proximité :**

Permet de rechercher des mots clés séparés d'autres mots. Ce type de recherche peut s'avérer utile lorsque les intéressés utilisent occasionnellement d'autres prénoms ou des noms de famille ; toutes les variations doivent être envisagées.

- **Recherches booléennes :**
Association de mots clés grâce aux opérateurs tels que « AND », « OR », « NOT », etc. afin de produire des résultats plus pertinents.
- **Recherches floues :**
Permet des variations mineures dans les mots clés, afin de produire des correspondances. Utile pour contourner les variations dues aux fautes d'orthographe ou de frappe.
- **Recherches avec joker :**
Utilisation des jokers « * » et « ? » afin de rechercher des mots contenant une certaine combinaison de caractères déterminée par la personne établissant les paramètres de recherche.

D'autres types de recherche permettront d'identifier automatiquement des éléments tels que des adresses électroniques, numéros de téléphone, noms de lieux et devises. À l'aide de ces outils, dans notre exemple, le liquidateur a trié les documents numériques pertinents, ce qui lui a permis d'en réduire le volume jusqu'à 7 Go. Grâce à des connaissances pratiques de la liquidation, cela représente un volume gérable à des fins d'examen.

Une analyse historique peut être réalisée à l'aide des métadonnées stockées dans les fichiers numériques ; c'est une bonne méthode pour structurer les données de façon pratique, dans l'ordre chronologique. Les métadonnées contiennent des informations sur divers aspects des fichiers numériques. Par exemple : heure et date de création, identité de l'auteur, détail des modifications ; dans certains cas, lieu de création, d'envoi, de réception du fichier, etc. Les métadonnées permettent en d'autres termes de réaliser un audit historique électronique des fichiers numériques. Ainsi, le liquidateur peut savoir quand les fichiers ont été créés, consultés et modifiés ; il peut étudier l'accès des utilisateurs à certains comptes et l'utilisation des navigateurs, les téléchargements et l'utilisation de clés USB.

L'application d'une analyse historique aux connaissances qu'a le liquidateur des activités de l'entreprise peut produire des résultats impressionnants. Les schémas d'utilisation quotidiens du dirigeant sont-ils conformes à son propre récit de ses habitudes quotidiennes et à ses fonctions ? Qui a eu accès à l'application de banque en ligne de l'entreprise à la date d'un paiement suspect ? Si l'entreprise ne conserve pas de copies papier de sa correspondance, les dates des versions électroniques correspondent-elles à la date d'envoi, ou bien les documents ont-ils été modifiés depuis ?

Parmi les outils dont le liquidateur doit disposer lorsqu'il examine les fichiers numériques d'une entreprise, il doit pouvoir trier et filtrer les fichiers, leur attribuer des descripteurs (*tags*) ou des catégories, ajouter des commentaires, en surligner des parties ou ajouter du texte. Ces possibilités lui seront offertes par le biais d'une plateforme d'obtention de preuves électroniques mise à sa disposition par l'équipe d'informatique légale. Les plateformes utilisées le plus fréquemment disposent d'une interface web, ce qui permet notamment au liquidateur de procéder à son examen à partir de l'endroit de son choix, dans le cas où l'équipe d'informatique légale est

externe, mais aussi de partager les fichiers numériques avec ses conseils juridiques en prévision d'un contentieux.

Coût

La question des coûts est bien entendu un facteur important. D'après des articles parus dans la presse spécialisée, le secteur de l'informatique légale se chiffre en milliards de dollars et présente un énorme potentiel de croissance et d'expansion. L'équipe d'informatique légale ne travaillera pas gratuitement, pas plus que le liquidateur. Certains points doivent évidemment être pris en considération avant de s'engager dans un exercice d'informatique légale potentiellement onéreux : budget, volume du travail effectué par rapport à la taille de l'entreprise ou à la complexité du dossier.

Toutefois, il faut tenir compte du fait que même s'il peut sembler extravagant de recourir aux services d'une équipe d'informatique légale, il est de moins en moins probable que les fichiers numériques puissent être analysés correctement sans avoir recours aux outils informatiques disponibles. Ceux-ci ne sont pas nécessairement inabordables. Le liquidateur peut acheter en ligne des outils plus légers, ainsi qu'une formation, un service de maintenance et des mises à jour, sans avoir besoin de faire appel à une équipe d'informatique légale.

Le cas échéant, l'équipe d'informatique légale peut automatiser certaines procédures pour contrôler les coûts. Ces méthodes peuvent s'avérer plus rentables : nous venons d'apprendre d'un collègue que notre équipe d'informatique légale est capable d'extraire très rapidement et à moindre coût des données (avec les dates figurant dans les métadonnées) vers un tableau Excel, alors que la même manœuvre réalisée manuellement aurait été longue, complexe et coûteuse. Notre collègue a également réussi à pratiquement éliminer le risque d'erreur humaine. Nous savons parfaitement que ce type d'erreur peut revenir très cher si des données importantes échappent aux mailles du filet.

Conclusion

Notre vie est de plus en plus « virtuelle », et on peut dire la même chose de la majorité des entreprises. Nous envoyons des messages électroniques au lieu d'écrire des lettres ou de passer des appels téléphoniques ; les tableurs ont remplacé les grands livres ; nous aspirons à des bureaux « sans papier » au lieu d'étagères croulant sous les dossiers. C'est là probablement le plus grand changement qu'ait connu la vie professionnelle ces dernières années. Les liquidateurs devront connaître les outils dont ils disposent pour pouvoir réaliser avec succès leurs enquêtes, poursuivre les fraudeurs et recouvrer les biens des entreprises au bénéfice des créanciers.

** David Ingram, praticien de l'insolvabilité, Carmel King, consultante, cabinet Grant Thornton UK LLP, Londres (Royaume-Uni)*

X X X

X

Grèce

La Grèce est encore sur le devant de la scène !

Alors que d'importantes réformes sont annoncées, Alexandra Kastrinou examine à point nommé les déficiences de l'actuel régime de l'insolvabilité*

Depuis plus de cinq ans, la Grèce fait l'objet de sévères mesures d'austérité dans l'espoir de servir sa dette souveraine. Elle a dû avoir recours à des institutions européennes et internationales (la « Troïka »²) pour obtenir une aide financière.

En échange, elle a dû souscrire à un ensemble d'engagements qui lui ont été imposés dans le but d'éliminer les déséquilibres budgétaires, de parvenir à un excédent budgétaire et de rendre le marché plus flexible.

Suite au premier accord de sauvetage conclu en 2010³, des réformes structurelles ont été mises en place pour améliorer la liquidité et les perspectives de croissance du pays. Ces réformes allaient de la mise en œuvre d'un programme de privatisation sans précédent à une coupe sombre dans les dépenses consacrées aux prestations sociales, à la santé, à l'éducation et à l'aide sociale, en passant par de profonds bouleversements en matière de droit du travail. En outre, certaines réformes devaient s'attaquer à des problèmes de longue date : la corruption et l'évasion fiscale. Le Code de l'insolvabilité a fait l'objet de plusieurs modifications⁴. En 2012, la Grèce a amélioré sa procédure de sauvegarde des entreprises en supprimant la procédure de conciliation, qui était obsolète, et en créant une procédure de rétablissement⁵.

Dans le cadre de l'accord de sauvetage conclu avec la Troïka, la Grèce a également mis en place un programme de privatisation à grande échelle⁶ : c'est le plus grand programme de dessaisissement qu'on ait connu dans le monde. Il a pour but d'attirer des grandes quantités de capitaux étrangers qui permettront de relancer l'économie grecque et d'alimenter la croissance économique⁷.

En particulier, grâce à la « loi d'urgence » (L.3986/2011) promulguée en 2011, des réserves ont été constituées afin d'établir un Fonds de développement des actifs (« FDA ») pour l'utilisation des biens privés de l'État. La première mission du FDA était de réunir environ 50 milliards d'euros, par le biais de la cession d'actifs stratégiques de l'État⁸.

Ce processus de privatisation s'est déroulé sous l'œil attentif des créanciers européens de la Grèce. Il n'est peut-être pas surprenant que deux observateurs aient été nommés au conseil

² Le Fonds monétaire international, la Banque centrale européenne et la Commission européenne.

³ La Grèce a reçu une assistance financière en échange de l'adhésion aux termes d'un Protocole d'accord.

⁴ Peu de temps avant la crise, en 2007, la Grèce avait procédé à des réformes importantes de son Code de l'insolvabilité afin de moderniser et promouvoir son régime de sauvegarde des entreprises et de le rendre plus attirant et efficace.

⁵ Article 234 de la loi 4072/12 modifiant l'article 99 de la loi 3588/2007. Voir également le rapport de la Banque mondiale, « *Doing Business* », 2015, p. 104.

⁶ Bazinas, G., & Sakkas, Y., « Privatisations en Grèce : Conte d'un Euro 'Phénix' », *eurofenix*, automne 2011.

⁷ Voir <http://www.hradf.com/en/the-fund>.

⁸ Ce fonds est une société anonyme régie par le droit privé. Son conseil d'administration est composé de cinq membres nommés par l'assemblée générale pour un mandat de trois ans.

d'administration du FDA (le premier de la zone euro et le second de la Commission européenne), ni que, bien que le conseil d'administration ait le dernier mot en termes de décisions de privatisation, il soit tenu de suivre les conseils d'un comité d'experts dont trois membres sont nommés par la Troïka⁹. Il a été avancé que l'indépendance du FDA et de ses opérations a été mise à mal au bénéfice des créanciers européens de la Grèce¹⁰. L'actuel ministre grec des Finances, Yanis Varoufakis, a qualifié ce régime de privatisation d'« anti-démocratique et malin ». Il affirme également que « les dirigeants européens ont pris l'initiative non seulement de décider que les Grecs devraient se séparer de leur patrimoine, mais, chose surprenante, qu'ils devraient effectuer eux-mêmes la vente¹¹ ».

Il est flagrant que l'exercice d'appel de fonds mal préparé de la Grèce¹² a échoué à attirer des investissements sains. Couplé aux efforts léthargiques de la précédente administration grecque qui n'a pas su prendre de mesures actives pour lutter contre la corruption et introduire des réformes structurelles dans un secteur public plutôt disproportionné et inefficace, cet échec a enfoncé la Grèce encore plus profondément dans la récession, qui, se prolongeant, a à son tour entraîné une crise humanitaire. Les niveaux de pauvreté ont fait un bond, les taux de chômage ont augmenté en flèche (surtout celui du chômage des jeunes)¹³ et les salaires ont chuté dramatiquement¹⁴.

Le désespoir des Grecs et leur opposition au programme d'austérité sont perceptibles dans le résultat des récentes élections de 2015. Le Gouvernement de coalition nouvellement élu du pays a déclaré que sa principale mission était de lutter contre les effets destructeurs d'une austérité durable. Il a annoncé un certain nombre de réformes réglementaires, qui seront présentées au Parlement en mars, visant non seulement à soulager les personnes aux revenus les plus faibles (voire sans aucun revenu !) mais également à améliorer la productivité en procédant à une refonte des secteurs public et privé et en ramenant l'économie sur la voie de la viabilité et de la compétitivité.

Toutefois, la mise en œuvre des politiques économiques et sociales prometteuses que propose le nouveau Gouvernement nécessitent le soutien de la Troïka, ce qui suppose à son tour que la Grèce ne sorte pas de la zone euro. Au cours des récentes réunions de l'Eurogroupe, le nouveau Gouvernement a affirmé que la sortie de l'euro n'était pas encore à l'ordre du jour et que le futur du pays était étroitement associé à la zone euro et à l'Union européenne. Bien que les négociations entre le Gouvernement grec et les « institutions » concernant la révision et l'achèvement du programme de sauvetage précédent ne soient pas encore terminées, la Grèce s'est récemment vu accorder un peu de mou, sous la forme d'une extension de quatre mois de l'accord cadre d'assistance financière (*Master Financial Assistance Facility Agreement*). Toutefois, il se peut que cela ne lui apporte qu'un soulagement temporaire, car seule l'approbation de la

⁹ Articles 3 et 4 de la loi 3986/2011.

¹⁰ Voir ci-dessus, note 5.

¹¹ Varoufakis, Y., « *Privatisation Without Representation: European democracy's last grasp* », 2011, disponible à l'adresse <http://yanisvaroufakis.eu/2011/05/24/privatisation-without-representation-european-democracys-last-gasp/>.

¹² En 2013, le FMI a reconnu que ce programme était inadapté. Voir L. Elliot, P. Inman & H. Smith « *IMF admits: we failed to realise the damage austerity would do to Greece* », *The Guardian*, 5 juin 2013.

¹³ Fin octobre 2014, il a été rapporté que le chômage atteignait 27 % et que le chômage des jeunes, en particulier, atteignait 50 %.

¹⁴ Les Grecs ont subi une réduction de 30 à 50 % de leurs salaires.

conclusion à laquelle parviendront les institutions après leur examen permettra de débloquer la tranche restante du programme du Fonds européen de stabilité financière (FESF)¹⁵.

Pour conclure, la question qui reste encore sans réponse est de savoir comment un État quasiment failli pourra restructurer son économie qui bat de l'aile. Il va sans dire que la réponse dépend de l'approche européenne envers la crise grecque. L'Union européenne est confrontée à un dilemme : on peut se demander si les difficultés de la Grèce font partie d'un problème européen plus large qui appelle une réponse collective et qui nécessitera des réformes institutionnelles au niveau européen. On peut aussi se demander si la sortie éventuelle de la Grèce de la zone euro ne menacera pas gravement l'existence-même de l'Union européenne, et si le moment n'est pas venu de punir l'enfant prodige. On peut néanmoins espérer que le drame grec, touchant à sa fin, fera place à une catharsis.

* Alexandra Kastrinou, Nottingham Law School (Royaume-Uni)

x x x
x

Le problème croissant des « prêts improductifs » en Grèce

Stathis Potamitis évoque les récentes tentatives du Gouvernement grec pour s'attaquer au problème croissant des prêts improductifs.*

27

La Grèce est entrée en récession il y a près de six ans. Depuis, elle a perdu plus du quart de son PIB tandis que le chômage, surtout celui des jeunes, atteint des niveaux sans précédent.

Fin 2014, les premiers signes du retour à la croissance étaient perceptibles, mais le redressement reste fragile et incertain. L'incertitude politique, auquel contribue notablement le récent changement de gouvernement, rend l'effort de redressement plus complexe.

La crise a permis de mettre en lumière les déficiences des lois grecques en matière d'insolvabilité. Par exemple, alors que la crise (et le tarissement des liquidités) s'étendait, les débiteurs ont arrêté de payer leurs créanciers mais très peu d'entre eux (et très peu de créanciers) ont eu recours à l'insolvabilité ou à l'une des procédures de pré-insolvabilité. Il semblerait (les statistiques sont officieuses et peu fiables) que la moyenne annuelle des demandes d'ouverture de procédures d'insolvabilité ait été moins élevée pendant la crise qu'avant. En conséquence, il y a désormais en Grèce de nombreux débiteurs quasiment insolvable qui restent hors du cadre de toute procédure d'insolvabilité formelle. Selon une récente étude de PriceWaterhouse Coopers¹⁶, un pourcentage important d'entreprises grecques peuvent être qualifiées de « zombies » (54 % de l'échantillon retenu, employant 46 % du nombre total de salariés et représentant 42 % du chiffre

¹⁵ Voir la déclaration 20-022015 de l'Eurogroupe concernant la Grèce, disponible à l'adresse <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2015/02/150220-eurogroup-statement-greece/>

¹⁶ http://www.pwc.com/en_GR/gr/publications/assets/stars-zombies-eng.pdf

d'affaires total) et au moins un quart des dettes impayées sont le fait de débiteurs incapables de servir leur dette, se trouvant à un stade au-delà même de la restructuration. Cette étude montre également que la majorité des dettes totales ont été contractées par des entités dont la dette devrait être restructurée. Pourtant, les créanciers et débiteurs ont rarement recours à la liquidation ou à la restructuration. Cela signifie que des dettes non remboursables continuent de s'accumuler et que des moyens de production restent piégés entre les mains d'acteurs économiques inefficaces ou inactifs, sans que cela n'entraîne pour autant une tendance générale à avoir recours aux outils d'insolvabilité ou de pré-insolvabilité pour y remédier.

La réforme des lois sur l'insolvabilité est un des points à traiter au titre de l'accord de sauvetage conclu entre l'État grec et son groupe de créanciers officiel ; certaines mesures initiales ont déjà été prises pour définir l'orientation de ces réformes et les domaines prioritaires. Autre réforme connexe qui est plus proche de la mise en œuvre, celle du Code grec de procédure civile, en ce qui concerne l'exécution des droits de sûreté et le rang des créanciers, notamment le super-privilège dont bénéficient les créanciers publics et les salariés. Le destin de ces réformes est désormais incertain, à cause du changement de gouvernement qui a eu lieu fin janvier 2015 et de la formation d'un nouveau cabinet de coalition entre des partis de la gauche radicale et de l'extrême-droite fervents adversaires de l'austérité, unis dans leur engagement à renégocier l'accord de sauvetage et à revoir les réformes convenues.

Toutefois, juste avant les élections de janvier 2015, un ensemble de mesures d'urgence visant à résoudre la crise des prêts improductifs a été adopté par le Parlement grec. Ces mesures visaient à apporter des solutions provisoires aux débiteurs et créanciers qui ne pouvaient pas ou ne souhaitaient pas avoir recours aux procédures normales d'insolvabilité et de pré-insolvabilité, en leur proposant toute une gamme de solutions amiables et judiciaires simplifiées. Ces mesures d'urgence entrent dans deux catégories.

La première regroupe un ensemble d'incitations fiscales ou d'autre nature visant à encourager les banques à abandonner ou rééchelonner les dettes des petites entreprises (par « petites entreprises », on entend celles dont le chiffre d'affaires annuel est inférieur ou égal à 2,5 millions d'euros). Ces incitations coïncident avec un nouveau plan de remboursement des dettes fiscales et de sécurité sociale du secteur privé. Le rééchelonnement de ces dettes prévoit également l'effacement ou la réduction des majorations et pénalités imposées aux débiteurs défaillants. Le destin de ces mesures est désormais incertain, puisque le gouvernement nouvellement élu a promis d'introduire des mesures de restructuration des dettes privées qui pourraient s'avérer encore plus drastiques.

La seconde catégorie comprend deux nouvelles procédures judiciaires s'adressant aux débiteurs plus importants. La première est une procédure d'homologation des accords de restructuration conclus entre le débiteur et plus de la moitié de ses créanciers chirographaires et gagistes (en termes de montant des créances). Parmi les créanciers consentants doivent figurer au moins deux établissements financiers. Cette procédure est comparable à l'homologation « pré-organisée » prévue par le Code de la faillite, bien que largement simplifiée et optimisée. En particulier, le tribunal n'a pas besoin d'évaluer la viabilité du débiteur à titre de condition préalable à l'homologation. De la même manière, le tribunal n'est pas obligé de vérifier que le traitement des créanciers dissidents (dont l'adhésion est forcée) leur est favorable, mais ceux-ci disposent néanmoins d'un bref délai pour entamer des poursuites en cas de différence entre le montant

auquel ils ont droit au titre du plan homologué et celui auquel ils pourraient prétendre en cas de liquidation. La deuxième procédure, intitulée « administration spéciale », consiste en une vente aux enchères accélérée du fonds de commerce de l'entité insolvable, sur demande d'au moins 40 % de ses créanciers (en termes de créances impayées), parmi lesquels doit figurer au moins un établissement financier. La loi prévoit que cette cession doit être réalisée en douze mois maximum, faute de quoi la procédure devient une liquidation pour faillite.

La procédure judiciaire d'urgence qui vient d'être créée a pour but de remédier à plusieurs des problèmes qui sont la plaie de la procédure normale prévue par le Code de l'insolvabilité. La liquidation pour insolvabilité n'est pas du tout efficace. Comme l'indique la dernière édition du rapport « *Doing Business* » de la Banque mondiale¹⁷, par rapport aux autres pays européens (dont l'Italie, qui est similaire à la Grèce en termes de lenteur des procédures judiciaires), la procédure grecque est bien plus lente (plus du double), elle est relativement peu onéreuse (moins de la moitié de son coût en Italie mais deux fois plus chère qu'en Belgique) et n'offre pas de bons résultats pour les créanciers (environ la moitié par rapport à l'Italie et moins de la moitié par rapport à la Belgique et à l'Espagne).

La procédure grecque de liquidation pour faillite est donc très gourmande en temps tout en n'offrant que des résultats très médiocres pour les créanciers. Par conséquent, les débiteurs ne perçoivent pas la faillite comme une menace crédible et résistent aux offres de restructuration raisonnables que leur présentent leurs créanciers. En outre, la procédure de pré-insolvabilité est complexe du point de vue procédural et trop alambiquée pour les tribunaux de compétence générale qui en connaissent. Il en résulte de longs retards et des résultats imprévisibles qui dissuadent d'y avoir recours. La nouvelle procédure d'urgence s'efforce de remédier à la fois au problème du faible taux de remboursement et à celui des délais et de la complexité. Elle offre en outre une place centrale aux banques et à leurs clients, puisque des incitations fiscales et autres sont prévues à des fins d'allègement de la dette.

Il est encore trop tôt pour juger du succès de ces nouvelles mesures. Des facteurs externes, tels que le taux de croissance économique et les liquidités présentes sur le marché y auront certainement un rôle à jouer. Néanmoins, on peut parier sans grand risque que nous assisterons à la poursuite des efforts visant à remodeler et améliorer les outils d'insolvabilité et de pré-insolvabilité grecs à mesure que le pays lutte pour sortir de la crise et gérer ses retombées, notamment pour faire face au volume sans cesse croissant de la dette privée.

* *Stathis Potamitis, PotamitisVekris, Grèce*

X X X
X

29

¹⁷ <http://www.doingbusiness.org/~-/media/giawb/doing%20business/documents/profiles/country/GRC.pdf>.

Chypre

Réforme du droit de l'insolvabilité à Chypre : premières étapes

Kyriacos Kourtellos et Demetris Roti étudient les premières avancées en vue d'une réforme à Chypre, tendant à moderniser et optimiser la procédure de liquidation forcée des entreprises.*

La loi chypriote sur les sociétés CAP113 (la « loi sur les sociétés ») s'inspire de la loi britannique de 1948 sur les sociétés, modifiée de manière à transposer les directives européennes applicables.

Les articles relatifs à la restructuration et à l'insolvabilité des entreprises, à la liquidation volontaire ou forcée, à l'enregistrement et à l'exécution des privilèges, et à la nomination des liquidateurs ou administrateurs restent pratiquement inchangés, à l'exception de la transposition de la troisième directive du Conseil relative aux fusions ou scissions des sociétés anonymes. Le régime de l'insolvabilité établi au titre de la loi sur les sociétés est en général favorable aux créanciers. Il définit clairement le recouvrement, la liquidation et la répartition du produit entre les créanciers et de l'éventuel reste entre les associés.

En son état actuel, la loi sur les sociétés prévoit deux formes de liquidation d'une entreprise : forcée ou volontaire. La liquidation forcée (ou liquidation judiciaire) est déclenchée par une décision de liquidation prononcée par le tribunal suite à la demande d'un intéressé (créancier, apporteur ou l'entreprise elle-même). La liquidation volontaire, pour sa part, est entamée à l'initiative de l'entreprise elle-même, suite à l'adoption d'une résolution à cet effet. Les critères à retenir pour déterminer la procédure adéquate, en tout état de cause, sont de savoir si l'entreprise exerce des activités, si elle dispose d'avoirs ou si elle est endettée, et si elle est solvable ou non. Une société solvable peut être dissoute volontairement par le biais de la procédure de liquidation volontaire décidée par les associés ou, en l'absence d'actifs notables, par une radiation du Registre du Commerce et des Sociétés.

Lors de sa réunion du 23 décembre 2014, le Conseil des ministres a approuvé un projet de loi intitulé « Loi de 2014 relative à la loi sur les sociétés (amendement) (n° 4) » (le « projet de loi ») modifiant les dispositions de la loi sur les sociétés relatives à la liquidation forcée, et a autorisé qu'elle soit présentée à la Chambre des représentants en vue de son adoption. Ces modifications sont requises au titre du protocole d'accord d'avril 2013 conclu entre Chypre et la Commission européenne au titre du mécanisme européen de stabilité, et du mémorandum de politiques économiques et financières conclu entre Chypre et le Fonds monétaire international. Le projet de loi a été examiné par le Procureur général de Chypre, qui a signé l'exposé des motifs correspondant.

Le principal objectif du projet de loi est de moderniser et optimiser la procédure de liquidation forcée des entreprises, afin de réduire le délai de la procédure et ainsi de faciliter et d'accélérer le retour d'actifs productifs sur le marché, tel qu'exposé dans le cadre sur

l'insolvabilité adopté par le Conseil des ministres le 30 juillet 2014 et approuvé par la Chambre des représentants dans une résolution en date du 6 septembre 2014.

La loi sur les sociétés dispose que l'une des raisons pour lesquelles une société peut être liquidée judiciairement est son incapacité à honorer ses dettes. Le projet de loi modifie les critères d'évaluation de la cessation des paiements et ajoute un critère selon lequel il doit être prouvé, à la satisfaction du tribunal, que la valeur de l'actif de l'entreprise est inférieure à son passif total, en tenant compte de ses engagements courants et à venir. Le projet de loi prévoit en outre qu'une fois la décision de liquidation prononcée, c'est l'Administrateur judiciaire officiel (fonctionnaire et magistrat) qui est nommé liquidateur et non plus un liquidateur provisoire, comme c'est le cas actuellement.

Les autres modifications importantes introduites par le projet de loi sont les suivantes :

- a. Si le liquidateur n'est pas l'Administrateur officiel, il doit être un professionnel indépendant agréé (les avocats et comptables agréés seront considérés comme remplissant ce critère) ;
- b. Le liquidateur peut être nommé par le tribunal mais aussi par les assemblées de créanciers et apporteurs ;
- c. Pour apporter une solution aux retards et engorgements liés au processus actuel de prise de décision des assemblées de créanciers, le projet de loi modifie ce processus en remplaçant l'exigence de majorité en nombre de voix et en valeur par une majorité en valeur seule ;
- d. Dans certaines circonstances, le tribunal peut accorder au liquidateur le pouvoir de gérer les actifs grevés en faveur de tiers s'il constate que la cession de biens donnés en garantie par l'entreprise peut aboutir à une réalisation plus avantageuse des actifs de l'entreprise. Le liquidateur peut répartir l'éventuel excédent entre les créanciers ordinaires après avoir payé les créanciers gagistes. Toutefois, les droits des créanciers gagistes en lien avec le remboursement du montant garanti par le gage ne sont pas affectés ;
- e. Le liquidateur voit ses pouvoirs étendus pour obtenir des informations auprès des dirigeants et responsables de l'entreprise ; le liquidateur peut demander au tribunal d'ordonner qu'un apporteur, ancien liquidateur ou mandataire de l'insolvabilité de l'entreprise fasse l'objet d'un contrôle public ;
- f. Au titre d'une procédure accélérée visant à éviter les retards et réduire les coûts, l'Administrateur officiel peut également demander au tribunal de dissoudre l'entreprise s'il constate que ses actifs ne suffisent pas à couvrir les frais de la liquidation et que les affaires de l'entreprise ne nécessitent pas d'enquête complémentaire ;
- g. La liquidation forcée doit être réalisée dans un délai de dix-huit mois, période qui peut être prolongée dans certains cas sur approbation du tribunal.

Le projet de loi, l'exposé des motifs signé par le Procureur général et le questionnaire sur l'analyse d'impact rempli ont été présentés à la Chambre des représentants en vue de l'adoption du projet de loi.

Si cette adoption marquera une première avancée attendue depuis longtemps sur la voie de la modernisation du régime de l'insolvabilité à Chypre, les changements qu'elle introduit sont néanmoins limités. De nombreux praticiens espéraient une réforme de plus grande ampleur. Par exemple, le projet de loi ne traite pas des questions récemment abordées au Royaume-Uni, telles que l'enregistrement des nantissements d'actions ou l'élimination de l'exigence d'acte constitutif

d'une société. Néanmoins, ce projet de loi est une avancée dans la bonne direction puisqu'il devrait permettre de simplifier les procédures de liquidation forcée et d'économiser du temps et de l'argent.

Une fois la loi adoptée, sa mise en œuvre et l'approche adoptée par les tribunaux seront des facteurs décisifs du succès qu'elle remportera. Les tribunaux étant eux-mêmes complètement engorgés, la réduction de la durée des liquidations nécessitera une bien plus grande célérité de leur part.

** Kyriacos Kourtellos et Demetris Roti, Andreas Neocleous & Co LLC, Limassol (Chypre)*

x x x
x

Lituanie

Tirage au sort et responsabilité : récents développements du droit de l'insolvabilité lituanien

Frank Heemann et Karolina Grityte nous expliquent le raisonnement sur lequel est fondé le nouveau système de « tirage au sort » des administrateurs judiciaires*

32

Les changements récemment promulgués de la loi lituanienne sur l'insolvabilité des entreprises et la récente initiative de la Présidence visant à y apporter encore d'autres modifications méritent d'être étudiés de plus près.

Au début de l'année, des changements importants sont entrés en vigueur, modifiant en profondeur le processus de sélection des administrateurs judiciaires dans le cadre des insolvabilités d'entreprises. Comme avant, le tribunal qui ouvre la procédure d'insolvabilité à l'encontre d'une société doit également nommer un administrateur judiciaire. La nouveauté, à compter du 1^{er} janvier 2015, est que cet administrateur est choisi au hasard par un programme informatique. Ce système de « tirage au sort » peut sembler étrange, en particulier pour les praticiens de l'insolvabilité d'Europe occidentale. Pourtant, aux yeux des législateurs lituaniens, ce processus de sélection fondé sur un algorithme garantit l'indépendance et l'objectivité de l'administrateur judiciaire dans le cadre de sa mission.

Début février 2015, la Présidence a présenté un projet de loi proposant de modifier la loi sur l'insolvabilité afin de remédier à certaines lacunes graves de la procédure d'insolvabilité actuelle. Ces lacunes avaient été mises en lumière par le service national des audits dans son rapport du 25 novembre 2014, intitulé « Gestion et supervision du processus d'insolvabilité des entreprises ». Ces modifications ont pour but de garantir une procédure d'insolvabilité plus rapide et plus efficace. L'un des principaux points traités dans ce contexte est la responsabilité des dirigeants et des autres personnes incriminées d'avoir tardé à demander l'ouverture d'une

procédure d'insolvabilité, voire de ne pas l'avoir fait du tout. D'autres changements sont proposés concernant la réalisation des actifs et la rémunération des administrateurs de l'insolvabilité. Le Parlement devrait se prononcer sur ce projet de loi d'ici la fin avril 2015.

Des administrateurs judiciaires « tirés au sort »

Le nouveau processus de sélection des administrateurs judiciaires est exposé dans les « Règles de sélection des administrateurs de l'insolvabilité¹⁸ ». En vertu de ces règles, les administrateurs et entreprises insolubles sont classées en catégories. Les entreprises insolubles sont réparties en petites, moyennes et grandes entreprises. Pour ce faire, les critères à prendre en considération sont la valeur des biens de l'entreprise, la valeur totale des créances et le nombre de créanciers et de salariés.

Par exemple, pour qu'une entreprise entre dans la catégorie des grandes entreprises, le juge saisi de la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité doit avoir établi que les biens du débiteur insoluble et les créances totales dépassent 300 000 euros, et que le nombre de créanciers est supérieur à 80, d'après les documents et données accompagnant la demande. Quant aux administrateurs judiciaires, ils sont répartis en quatre catégories (A1, A2, B et C), en fonction des critères suivants :

- Expérience générale (déterminée par un algorithme tenant compte du nombre d'entreprises de différentes tailles dont la gestion a précédemment été confiée à l'administrateur) ; expérience particulière (déterminée en fonction du nombre de procédures spéciales dans le cadre desquelles l'administrateur a précédemment été nommé, par ex. procédures présentant des éléments transfrontaliers, administration d'entreprises sans cessation d'activité) ;
- Pénalités imposées à l'administrateur ; et
- Refus de nominations antérieures.

Au sein d'une même catégorie, les administrateurs sont classés en fonction de leur charge de travail.

Comme nous l'avons écrit plus haut, ce système de « tirage au sort » peut sembler étrange, en particulier pour les praticiens de l'insolvabilité d'Europe occidentale. Pourtant, les critiques devraient garder à l'esprit que ce nouveau système est une tentative de redorer le blason de l'ancien système de sélection et de nomination des administrateurs de l'insolvabilité, en particulier. L'ancien système obligeait la partie déposant la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité non seulement à proposer un administrateur mais aussi à joindre à sa demande des documents attestant que l'administrateur proposé acceptait sa nomination.

De manière peu surprenante, à cause des communications que l'administrateur potentiel et le demandeur devaient échanger avant le dépôt de la demande, l'administrateur nommé avait un parti pris en faveur du demandeur et de ses intérêts. Toutefois, il reste à voir si le nouveau système de sélection informatisé permettra de nommer non seulement un administrateur objectif et neutre, mais également quelqu'un qui possède les compétences et l'expérience nécessaires pour gérer le dossier.

¹⁸ Selection Rules for Bankruptcy Administrators as approved by Government Order No 647 of 9 July 2014.

Changements proposés par le projet de loi de la Présidence, en particulier concernant la responsabilité des dirigeants

Après avoir examiné en particulier la période 2011-2013, le service national des audits critique dans son rapport la durée des procédures d'insolvabilité en Lituanie (en moyenne : deux à trois ans) et le faible taux de remboursement des créanciers (moyenne : 13 %, mais seulement 2 % pour les créanciers chirographaires sans le moindre privilège).

Entre autres recommandations, le rapport d'audit préconise des améliorations concernant la réalisation effective des actifs et des changements dans le mode de rémunération des administrateurs. Cependant, un accent particulier est mis sur la nécessité d'améliorer le régime actuel en ce qui concerne la responsabilité des dirigeants d'entreprises insolubles, étant donné que des règles plus claires et plus strictes, imposant une responsabilité aux dirigeants, devrait les inciter à déposer plus tôt les demandes d'ouverture de procédure d'insolvabilité et ainsi aider à augmenter le taux de remboursement des créanciers. Le projet de loi de la Présidence reprend les conclusions du rapport d'audit.

En ce qui concerne la responsabilité des dirigeants, le projet de loi propose :

- D'établir un délai précis d'un mois au cours duquel un dirigeant doit déposer une demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité une fois que l'entreprise répond aux critères prévus par la loi sur l'insolvabilité ;
- De préciser qui doit déposer une demande de dédommagement en cas de dépôt tardif ou d'absence de dépôt de la demande, en précisant que c'est à l'administrateur judiciaire qu'il incombe de demander des dommages-intérêts ;
- De préciser qui peut entamer la procédure visant à interdire à un dirigeant d'exercer la moindre fonction de gestion pendant trois à cinq ans s'il n'a pas déposé la demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité dans les délais prescrits ou s'il n'a pas honoré certaines de ses obligations au cours de la procédure. Le projet de loi propose que cette procédure puisse être entamée par le tribunal de la faillite de sa propre initiative ou sur demande de l'administrateur ou encore d'un ou de plusieurs créanciers détenant plus de la moitié de la valeur total des créances admises ; et
- De permettre à l'assemblée des créanciers d'ordonner à l'administrateur judiciaire de déposer une demande en dommages-intérêts à l'encontre d'un dirigeant et de saisir le tribunal pour demander que le dirigeant ne puisse plus exercer de fonctions de gestion à l'avenir.

Une fois adoptées, les modifications de la loi sur l'insolvabilité élimineront dans une certaine mesure des ambiguïtés du régime existant. Actuellement, ces ambiguïtés laissent suffisamment de marge de manœuvre aux dirigeants pour justifier pourquoi ils ne devraient pas être tenus responsables de ne pas avoir respecté leur obligation de déposer une demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité, sans pour autant obliger clairement l'administrateur judiciaire à entamer des poursuites à l'encontre d'un ancien dirigeant. Malgré tout, si l'existence d'une règle claire dans la loi sur l'insolvabilité précisant le délai du dépôt de la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité par le dirigeant constitue bien une clarification importante, il est à déplorer qu'elle soit la seule. D'autres clarifications restent nécessaires, que ce soit sous forme d'amendements législatifs ou de jurisprudence future. Par exemple, certaines

questions concernant la détermination de l'« insolvabilité » ou le calcul des dommages-intérêts liés au retard ou au défaut de dépôt de la demande d'ouverture de la procédure restent sans réponse.

Conférence de l'EECC

La Conférence annuelle du Comité des pays de l'Europe Orientale d'INSOL Europe se tiendra le 15 mai 2015 à Vilnius (Lituanie). Les récents développements liés à la nomination des mandataires de l'insolvabilité (notamment le système de « tirage au sort » lituanien) et la responsabilité des dirigeants dans la zone grise ne sont que deux des nombreux thèmes intéressants qui seront abordés et débattus pendant la conférence.

Pour de plus amples renseignements, rendez-vous sur le site www.insol-europe.org/events

** Frank Heemann est associé et Karolina Grityte collaboratrice du cabinet bnt attorneys-at-law, Vilnius (Lituanie)*

X X X

X

Responsabilité des dirigeants

Luxembourg : de l'huile sur le feu ?

Christel Dumont étudie la responsabilité des dirigeants en cas de défaillance d'un groupe d'entreprises*

Une chose est certaine : être dirigeant d'une entreprise rencontrant des difficultés est une tâche complexe et dangereuse, mais pas autant que d'être dirigeant de plusieurs entreprises d'un même groupe rencontrant des difficultés.

35

Les dirigeants se trouvent souvent au milieu d'un jeu de pouvoir entre les différentes parties prenantes. En effet, de nos jours, qu'il s'agisse des créanciers ou des actionnaires, ceux-ci n'hésitent plus à exercer des pressions sur les dirigeants, voire à les attaquer en justice pour manquement à leurs obligations fiduciaires. Dans ce contexte, un dirigeant remplissant plusieurs mandats au sein d'un même groupe d'entreprises peut se retrouver dans une situation inextricable si les intérêts des différentes entités du groupe ne coïncident pas.

En droit luxembourgeois, les obligations des dirigeants sont essentiellement régis par la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle que modifiée (la « loi sur les sociétés ») et par certaines dispositions des codes civil, commercial et pénal.

La notion de groupe d'entreprises n'est pas inconnue en droit luxembourgeois. On la rencontre notamment en droit du travail, en droit de la comptabilité ou encore dans la loi du 2 septembre 2011 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales. Toutefois, bien qu'elle soit définie dans ces textes, la notion de groupe en soi n'a pas de conséquences et la loi sur les sociétés ne contient aucune disposition spécifique concernant les groupes d'entreprises. L'intérêt social du groupe n'est pas reconnu en tant que tel dans la loi sur les sociétés et, malgré l'existence de la notion de groupe, chaque entreprise appartenant à un groupe donné sera toujours considérée comme une personne morale distincte du point de vue du droit des sociétés.

Dans le contexte de l'insolvabilité, dans une situation ne présentant pas d'élément transfrontalier, le tribunal de commerce examinerait chaque personne morale et vérifierait si les

deux conditions cumulatives de la faillite sont remplies, ce qui est en général le cas même si les entités sont considérées à titre individuel.

La proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil relatif aux procédures d'insolvabilité (la « proposition de modification du REI ») est une étape importante. Dans un contexte transfrontalier, la notion de groupe d'entreprises pourra être traitée différemment à l'avenir. La proposition de modification du REI explique que l'évaluation du REI a permis d'identifier cinq grandes lacunes, notamment en ce qui concerne l'insolvabilité des groupes d'entreprises. De fait, le REI « ne prévoit pas de règles spécifiques en ce qui concerne l'insolvabilité de groupes multinationaux d'entreprises, alors qu'un grand nombre de cas d'insolvabilité transfrontière concerne des groupes d'entreprises. » Cela vaut aussi dans une situation nationale, c'est-à-dire que des procédures distinctes doivent être ouvertes pour chacun des membres du groupe, et « ces procédures sont totalement indépendantes les unes des autres¹⁹. » La proposition de modification du REI prévoit la coordination des procédures d'insolvabilité concernant différents membres d'un même groupe d'entreprises en imposant aux juridictions et syndicats l'obligation de coopérer et de communiquer entre eux. De plus, les syndicats concernés disposeront des instruments procéduraux leur permettant d'exiger une suspension des autres procédures qui y sont liées et de proposer un plan de redressement pour les membres du groupe. Ceci offre sans aucun doute une meilleure approche de ce type d'insolvabilités. Le fait que les syndicats puissent échanger des informations pertinentes et se coordonner entre eux pose la question de savoir si cette coopération accrue ne risque pas d'augmenter le risque de responsabilité pour les dirigeants de plusieurs entités membres du groupe.

36

Responsabilité personnelle

En droit luxembourgeois, dans la plupart des insolvabilités, la responsabilité personnelle des dirigeants n'est généralement pas engagée du fait des décisions qu'ils prennent ou ont prises. En d'autres termes, si ces décisions ont été prises de bonne foi, dans l'intérêt de l'entreprise, et si les dirigeants ont un degré minimum de compétences, l'entreprise est liée par leurs décisions même si celles-ci auraient pu entraîner l'insolvabilité de l'entreprise.

Néanmoins, il est possible d'aller au-delà de la personnalité distincte de l'entreprise en tant que personne morale, et de tenir les dirigeants personnellement responsables de leurs actes. Un tribunal peut décider d'étendre l'insolvabilité de l'entreprise à ses dirigeants. Le raisonnement qui sous-tend ce principe a pour but de lutter contre la fraude. À cet effet, les dettes de l'entreprise sont fusionnées avec celle du dirigeant qui a agi dans son propre intérêt. L'article 495 du Code de commerce du Luxembourg prévoit cette possibilité dans le cas où, par exemple, un dirigeant a réalisé des opérations commerciales pour son intérêt personnel, ou a utilisé les biens sociaux comme les siens propres, ou bien lorsqu'il a poursuivi abusivement, dans son propre intérêt, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de l'entreprise. Ceci s'applique généralement aux dirigeants qui abusent de leur position majoritaire dans l'entreprise et dirigent celle-ci dans leur intérêt personnel ; ces situations sont plus rares dans les structures de groupe.

¹⁹ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil relatif aux procédures d'insolvabilité.

Faute grave et caractérisée

Ce qui pourrait être plus pertinent dans le contexte d'un groupe rencontrant des difficultés est l'action en comblement de passif prévue par l'article 495-1 du Code de commerce. D'après cet article, en cas d'insuffisance d'actif, le tribunal de commerce peut déclarer que cette insuffisance doit être complétée par les actifs personnels des dirigeants si ceux-ci ont commis une faute grave ou caractérisée, ayant contribué à la faillite. Le tribunal peut condamner les dirigeants à supporter, en tout ou partie, avec ou sans solidarité, la couverture du déficit, à condition qu'ils aient commis une faute grave qui a conduit à la faillite de l'entreprise.

Une faute est considérée comme grave et caractérisée s'il s'agit d'un acte ou d'une omission qui présente un lien de causalité avec la faillite et dont le dirigeant savait ou aurait pas dû savoir qu'elle pouvait entraîner la faillite. Par conséquent, ce type de faute s'apparente au dol, c'est-à-dire à une faute intentionnelle ou « dolosive ». La faute devient caractérisée dès lors qu'elle outrepassa la marge d'erreur permises dans ces circonstances.

Bien entendu, dans la pratique, ces exemples semblent ne pas s'appliquer dans le contexte d'un groupe. Il a notamment été jugé qu'un manque total de diligence vis-à-vis des affaires de l'entreprise constituait une faute caractérisée. Le fait que les dirigeants ne respectent pas leur obligation d'établir les comptes annuels prévus par la loi sur les sociétés, s'il est prouvé que cela a contribué à l'insolvabilité, peut également être considéré comme une faute caractérisée. Une fois de plus, ceci n'est généralement pas le cas dans le contexte de l'insolvabilité de groupes d'entreprises internationaux dont plusieurs membres sont implantées au Luxembourg.

Toutefois, il est intéressant de noter qu'il peut y avoir faute grave ou caractérisée si les dirigeants ont contracté des dettes intentionnellement ou par négligence alors que l'entreprise était insolvable ou n'avait aucun espoir d'être en capacité de payer ses dettes. Dans ce cas, lorsque les intérêts sociaux des différents membres du groupe ne sont pas les mêmes, les dirigeants, s'ils remplissent plusieurs mandats pour ces différents membres, peuvent savoir qu'un des membres du groupe n'a aucune chance d'être en capacité de réaliser des paiements. Cela peut se produire si une entreprise a une filiale déjà insolvable mais que les dirigeants contractent des dettes pour sauver d'autres entités du groupe. Manifestement, il n'existe pas encore de précédent et il faudra prouver qu'ils ont agi de manière intentionnelle ou par négligence, ce qui peut être difficile mais ne peut être entièrement exclu.

En outre, il est important de noter que, le 1^{er} février 2013, le Gouvernement du Luxembourg a déposé un nouveau projet de loi relative à la préservation des entreprises et portant sur la modernisation du droit de la faillite (projet de loi n° 6539, le « projet »). Ce projet prévoit en particulier de simplifier les dispositions pénales afin de faciliter les poursuites. Dans ce contexte, la modification de l'article 495-1 pourrait accroître la responsabilité potentielle des dirigeants. En effet, la formulation actuelle du projet prévoit de remplacer la notion de « faute grave et caractérisée » par la notion de « faute de gestion » ayant contribué à l'insuffisance d'actifs. Cette modification rendrait la loi plus rigoureuse et pourrait accroître la responsabilité potentielle des dirigeants, puisque les tribunaux pourraient interpréter largement la notion de « faute de gestion ». Cependant, le projet ne définit pas en quoi consiste une « faute de gestion » et les juges pourraient être tentés, en fonction des circonstances, de l'interpréter de manière libérale.

Étude de l'UE

À ce jour, la Commission européenne ne s'est pas encore penchée sur la question de la responsabilité des dirigeants. Une étude a été préparée pour fournir toutes les informations nécessaires à cet effet aux vingt-sept États membres et à la Croatie²⁰. Cette étude pourrait permettre de mieux comprendre comment la question de la responsabilité des dirigeants est traitée dans les autres pays de l'UE et pourrait servir de source d'inspiration au Luxembourg.

Il en ressort qu'il existe des lacunes et des déficiences en ce qui concerne les règles matérielles relatives aux obligations des dirigeants, notamment du point de vue de l'application de ces règles. Les auteurs de l'étude ont noté que, dans la plupart des États membres, cette application se limite aux cas de conduite frauduleuse, en particulier en cas de manquement grave aux obligations des dirigeants. D'après l'étude, il s'avère que, dans la plupart des États membres, l'exécution forcée des obligations des dirigeants intervient surtout ou presque toujours après que l'entreprise a déposé son bilan, et que seule une petite partie des prétentions formulées à l'encontre des dirigeants d'une entreprise insolvable sont mises à exécution dans la pratique. Ceci semble également être le cas au Luxembourg.

On peut en conclure que même si les obligations et engagements des dirigeants ne font que rarement l'objet d'une exécution forcée, les dirigeants de plusieurs entités d'un même groupe rencontrant des difficultés se trouvent dans une situation très délicate. Ils doivent faire preuve de prudence et de diligence, en tenant compte des intérêts sociaux du groupe et de chacune des entités membres du groupe pour lesquelles ils remplissent un mandat. Dans ce contexte, il serait avisé qu'ils se procurent régulièrement des conseils juridiques et comptables pour veiller à ce que toutes les entités en question s'acquittent de leurs obligations. Ils doivent se tenir informés de la situation financière du groupe et de ses membres ; à cet effet, ils doivent agir par anticipation et demander des comptes rendus réguliers (trimestriels) aux entités opérationnelles.

En cas de garanties croisées sur fond de financement / refinancement, les dirigeants devront prêter particulièrement attention à l'intérêt que peut avoir l'entreprise à accorder une garantie « *cross-stream* » (c'est-à-dire une garantie accordée par une entreprise à un autre membre du même groupe). S'ils sont dirigeants de plusieurs membres du groupe, cette évaluation peut s'avérer extrêmement délicate, car l'opération pourrait servir l'intérêt de l'entité bénéficiant du financement mais pas celui de l'entité accordant la garantie « *cross-stream* » ou « *upstream* » (c'est-à-dire une garantie accordée par une filiale à sa société mère). En pareil cas, les dirigeants doivent vérifier avec la plus grande attention si le fait de siéger au sein de plusieurs conseils d'administration ou d'occuper des fonctions doubles au titre desquelles ils ont accès à des informations confidentielles qu'ils sont tenus de partager avec les autres dirigeants est la source d'un conflit d'intérêts. Ceci se produit surtout dans les structures en « cascade », dans lesquelles le dirigeant de la société faîtière est également dirigeant de la holding, et que ces deux entités ont des parties prenantes différentes

* *Christel Dumont, Senior Counsel, Bonn Steichen & Partners, Luxembourg*

²⁰ Étude sur les obligations et la responsabilité des dirigeants, préparée pour la direction générale Stabilité financière, services financiers et union des marchés des capitaux (FISMA, ex-MARKT) de la Commission européenne par Carsten Gerner-Beuerle, Philipp Paech et Edmund Philipp Schuster (département du droit, London School of Economics, avril 2013).

Pologne

Restructuration de la dette obligataire : la Pologne se dote de règles totalement inédites

Przemysław Wierzbicki nous rend compte de la nouvelle loi qui permet enfin la restructuration de la dette obligataire*

Des solutions totalement inédites en matière de restructuration de la dette obligataire entreront en vigueur en Pologne le 1^{er} juillet 2015.

Ce changement est fondamental. Jusqu'à présent, en principe, la dette obligataire ne pouvait pas être restructurée. Dans le meilleur de cas, les émetteurs étaient contraints d'avoir recours à des solutions partielles. Ce changement a été introduit grâce à la nouvelle loi du 15 janvier 2015 sur les obligations (l'« amendement »). Les nouvelles règles prévoient plusieurs solutions visant à permettre une « véritable » restructuration de la dette obligataire, passant par la modification des conditions d'émission des obligations.

Il ne faut pas oublier que ces nouvelles règles de restructuration de la dette obligataire peuvent être appliquées avant le dépôt de bilan ou parallèlement à la procédure d'insolvabilité (par ex. en cas de concordat).

Situation actuelle : la restructuration est problématique

Dans la situation juridique actuelle, les possibilités de modification des conditions d'émission sont très limitées. En principe, elles se résument à deux cas :

- a) Modification des conditions de paiement des créances découlant des obligations en cas d'insolvabilité et avec l'accord des créanciers dans le cadre de la procédure d'insolvabilité, avec la possibilité de conclure un concordat ; ou
- b) Accords individuels conclus entre l'émetteur et tous les obligataires.

Par conséquent, dans la plupart des cas, les possibilités très limitées de modification des conditions d'émission évoquées ci-dessus ne pouvaient, en pratique, être appliquées que très tard ou étaient trop compliquées pour être mises en œuvre (surtout dans le cas des obligations admises à la négociation publique). Selon notre expérience, par exemple, dans certains cas, des obligataires majeurs faisaient l'acquisition d'obligations d'une nouvelle série, le rendement de la nouvelle série permettant de rembourser les séries antérieures dont ces mêmes obligataires détenaient également des obligations, mais parallèlement, il existait des obligataires individuels qui n'avaient pas pu être contactés pour établir les règles de modification des conditions d'émission. En outre, les théoriciens du droit se demandent s'il est possible, dans l'absolu, de modifier les conditions d'émission d'obligations déjà acquises.

Nouveaux instruments juridiques

L'amendement a pour but de résoudre ces problèmes. En particulier, il contient des dispositions qui permettent de modifier les conditions d'émission et créent l'institution de « l'assemblée des obligataires » (« AO »). Pour commencer, l'amendement confirme qu'il est possible de modifier les conditions d'émission après l'acquisition des obligations (ce qui était contesté jusqu'à ce jour), comme suit :

- a) La modification des conditions d'émission doit être approuvée par voie de résolution de l'AO et par l'émetteur (cependant, les conditions d'émission peuvent également être modifiées au moyens d'accords identiques conclus entre l'émetteur et la totalité des obligataires) ;
- b) L'émetteur peut décider de convoquer une AO dans les conditions d'émission (ce qui n'était pas possible jusqu'à présent), ce qui signifie que l'AO ne peut se réunir que si l'émetteur l'a décidé dans les conditions d'émission ;
- c) Une AO peut être constituée pour les obligations vendues de gré à gré et celles admises à la négociation sur un marché réglementé ou dans le cadre d'un système de négociation alternatif (les « obligations cotées ») ;
- d) Dans certains cas d'ordre technique, les conditions d'émission peuvent être modifiées unilatéralement par l'émetteur (par ex. modification de l'entité tenant le registre des obligations) ;
- e) Si le contenu de la documentation obligataire devient obsolète du fait des modifications apportées aux conditions d'émission, l'émetteur appellera les obligataires, par voie d'avis publié sur son site web, par courrier recommandé ou par service de messagerie expresse, à renvoyer l'ancienne documentation pour que son contenu soit modifié ou à la remplacer par des documents « actualisés », sous peine d'annulation de l'obligation.

Par ailleurs, l'amendement définit des règles précises concernant l'institution de l'assemblée des obligataires :

- a) L'assemblée représente tous les détenteurs admissibles d'obligations d'une série donnée ou portant le même code, au sens de l'article 55, paragraphe 2 de la loi sur les opérations sur instruments financiers (Journal officiel n° 211, point 1384) ; ceci découle de l'hypothèse selon laquelle les effets des résolutions d'une AO sont censés — en principe — s'appliquer à tous les obligataires ;
- b) La résolution d'une AO peut s'appliquer :
 - i. Aux conditions d'émission à proprement parler, c'est-à-dire le taux ou la méthode de calcul du coupon ;
 - ii. Les autres modalités des conditions d'émission ;
- c) Les règles de convocation et de tenue d'une AO ressemblent beaucoup à celles qui s'appliquent aux assemblées générales des actionnaires des sociétés anonymes, à savoir :
 - i. En principe, l'émetteur a le droit de convoquer une AO sur sa propre initiative, dans les cas où les conditions d'émission prévoient la convocation d'une AO ; l'AO peut également être convoquée à la demande d'un ou de plusieurs obligataires représentant le montant prescrit en termes de valeur nominale des obligations ;
 - ii. En cas d'absence de réponse de l'émetteur dans les deux semaines suivant la demande de convocation d'une AO, le tribunal compétent peut autoriser les obligataires ayant présenté la demande à convoquer l'AO ;
 - iii. L'AO doit être annoncée au moins trois semaines avant la date de l'assemblée, par voie de publication sur le site web de l'émetteur ou (dans certains cas) dans un quotidien national ; si toutes les obligations d'une série donnée sont des obligations nominatives, dans une convocation envoyée par lettre recommandée

- ou par service de messagerie expresse (ou même par courrier électronique si l'obligataire y a donné son consentement) ;
- iv. L'AO se réunit au siège de l'émetteur ou, si les conditions d'émission le précisent, à un autre lieu en Pologne (exceptionnellement, à un autre lieu au sein de l'UE) ;
- d) Les obligations suivantes ne permettent pas de participer à une AO : obligations détenues par des entités membres du groupe de l'émetteur et obligations remboursées (les obligations restantes étant désignées par le terme « valeur nominale totale ajustée des obligations » ou « VNTAO ») ;
 - e) Avant l'assemblée, les obligataires qui souhaitent y participer doivent :
 - i. Présenter une attestation délivrée par un établissement financier ou une attestation de dépôt confirmant que les obligations ont été bloquées ; ou
 - ii. Présenter le titre obligataire à l'émetteur ;
 - f) Par conséquent, les obligations ne peuvent pas être négociées avant la fin de l'AO ;
 - g) L'AO délibère valablement à condition que soient présents les obligataires représentant au moins la moitié de la VNTAO (sauf si les conditions d'émission prévoient davantage) ; chaque obligation donne droit à une voix et les résolutions sont adoptées par l'AO (sauf si les conditions d'émission prévoient des règles plus strictes) :
 - i. En principe, à la majorité des trois quarts, en cas de modification des conditions d'émission à proprement parler ;
 - ii. À titre exceptionnel (pour les obligations cotées et les modifications susmentionnées), le consentement de tous les obligataires présents à l'AO est requis ;
 - iii. À titre exceptionnel (en cas de réduction de la valeur nominale des obligations), le consentement de tous les obligataires présents à l'AO est aussi requis ;
 - iv. À la majorité absolue, pour les résolutions concernant d'autres points ;
 - h) L'émetteur doit approuver les modifications des conditions d'émission dans les sept jours suivants la tenue de l'AO ;
 - i) Les délibérations de l'AO doivent être consignées dans un procès-verbal qui, en cas de résolution modifiant les conditions d'émission à proprement parler, doit être dressé par un notaire public ; et
 - j) Les résolutions d'une AO peuvent être contestées dans le cadre d'une action en annulation (si la résolution en question porte gravement préjudice aux intérêts des obligataires ou si elle est contraire aux bonnes pratiques) ou dans le cadre d'une action en invalidation (si la résolution est contraire à la loi).

Il est intéressant de noter que les règles prévues par l'amendement n'ont pas d'effet rétroactif et ne s'appliquent donc qu'aux obligations émises après son entrée en vigueur.

En outre, l'amendement introduit le principe selon lequel, une fois que les bénéficiaires d'une obligation dématérialisée ont été établis, les droits attachés à l'obligation ne peuvent plus être cédés ; par conséquent, les obligations dématérialisées ne peuvent pas être cédées en cas de défaillance.

**Przemysław Wierzbicki, avocat, associé gérant du cabinet Wierzbicki Adwokaci i Radcowie Prawni, Varsovie (Pologne)*

LDK Solar : mise en œuvre de la restructuration internationale d'un groupe d'entreprises chinois

Phillip Taylor nous relate une restructuration innovante faisant appel à
un ensemble d'outils américains et européens*

Alors que l'attention des experts en restructuration migre vers l'Est, le groupe LDK Solar (« LDK ») a établi un précédent : c'est l'un des premiers groupes chinois à réussir la restructuration de sa dette émise sur les marchés des capitaux internationaux par le biais d'une procédure judiciaire.

LDK et ses conseillers ont utilisé des outils européens et américains à la pointe en matière de restructuration, afin de surmonter un certain nombre de problèmes inhérents à la restructuration d'un groupe d'entreprises financièrement et géographiquement diversifié.

Contexte

LDK est un fabricant verticalement intégré de systèmes et panneaux solaires photovoltaïques essentiellement présent en Chine. Avant la restructuration, LDK avait été affectée par divers problèmes d'ordre commercial, notamment un déclin général sur le marché européen, dû en partie à des surcapacités et en partie au fait que les gouvernements européens ont arrêté de subventionner l'énergie renouvelable. LDK a également été victime de la chute dramatique du prix du silicium polycristallin, qui sert à fabriquer les panneaux solaires, et que sa filiale LDK Silicon fournissait aux autres fabricants de panneaux solaires. Suite au déclin du prix du marché du silicium polycristallin, il n'était pas commercialement justifié que LDK Silicon produise du silicium polycristallin à d'autres fins qu'une utilisation interne au groupe ; par conséquent, certains des sites de production de LDK Silicon ont été mis à l'arrêt.

Financement du groupe

La société mère du groupe, LDK Solar Co. Ltd. (« LDK Solar »), était cotée à la Bourse de New York. Elle avait émis des titres de créance à haut rendement sur les marchés des capitaux. Une partie de sa dette historique avait été restructurée au moyen de plusieurs accords bilatéraux, mais ses titres de premier rang (les « titres de premier rang ») ne l'avaient pas été, 293 millions de dollars restant à payer lorsqu'ils sont arrivés à échéance en février 2014. LDK Silicon avait également émis des actions privilégiées rachetables, lesquelles représenteraient, en cas de rachat, une dette garantie de 390 millions de dollars. En outre, LDK Solar avait souscrit à plusieurs facilités pour financer des projets, mais aussi à d'autres facilités moins importantes.

Outre ces dettes « offshore » (c'est-à-dire contractées à l'étranger), les filiales de LDK en République populaire de Chine (« RPC ») avaient emprunté plus de 2 milliards de dollars « onshore » (c'est-à-dire en RPC) sous forme de facilités faisant l'objet de garanties simples ou

croisées portant sur la majorité de ses actifs « onshore » (c'est-à-dire ceux constitués ou situés en RPC).

Il était clair, dès le départ, que pour qu'il se poursuive, le soutien des prêteurs onshore de LDK dépendait largement du succès de la restructuration de ses dettes offshore. Si la restructuration offshore échouait, le groupe ne pourrait pas échapper à une liquidation désordonnée.

Accord de soutien à la restructuration

À la date d'échéance des titres de premier rang, les négociations avec les parties prenantes étaient en cours depuis quelques mois déjà. Un comité informel de détenteurs de titres de premier rang avait été constitué ; leurs conseillers discutaient de solutions de restructuration avec LDK, qui était aussi en pourparlers avec certains détenteurs d'actions privilégiées et leurs propres conseillers.

Ces discussions ont abouti à un accord de soutien à la restructuration (« ASR ») qui exposait les grandes lignes de la restructuration et un cadre pour sa mise en œuvre. Les objectifs convenus de cette restructuration étaient de repousser l'échéance et d'assouplir les conditions de remboursement de la dette offshore de LDK en convertissant les titres de premier rang et les actions privilégiées en obligations convertibles à échéance 2018 et 2016, respectivement. Outre les obligations convertibles, les détenteurs de titres de premier rang et d'actions privilégiées se sont engagés à échanger une partie de leurs titres de créances contre des participations, ce qui réduirait à terme la dette offshore de 10 % environ.

43

Liquidation provisoire aux îles Caïmans

Lorsque les titres sont arrivés à échéance, en février 2014, LDK souhaitait éviter que les créanciers qui n'avaient pas connaissance des négociations de restructuration ou qui pourraient essayer de les contourner entament des poursuites à son encontre. Les dirigeants de LDK Solar se sont adressés à la *Grand Court* des îles Caïmans pour demander la nomination de liquidateurs provisoires, mission qui a été confiée à Eleanor Fisher et Tammy Fu du cabinet Zolfo Cooper (les « liquidateurs provisoires »).

Les liquidateurs provisoires se sont attelés à négocier l'ASR. Celui-ci a été signé par la majorité des détenteurs de titres de premier rang et d'actions privilégiées le 28 mars 2014. L'ASR prévoyait de restructurer les dettes non garanties ordinaires de LDK (les « créances chirographaires ») en plus des titres de premier rang et des actions privilégiées.

Au départ, l'ASR permettait aux parties prenantes qui ne souhaitaient pas recevoir des participations et des nouvelles obligations convertibles de se retirer de l'opération en effectuant un « *cash-out* » (c'est-à-dire en vendant leurs titres); toutefois, cette possibilité dépendait de la quantité de fonds levés par LDK. Bien que difficilement, suffisamment de fonds ont été levés pour verser le montant du cash-out aux créanciers chirographaires.

Mise en œuvre par le biais de concordats

Bien que les titres de premier rang soient régis par le droit de New York, la mise en œuvre de la restructuration s'est principalement déroulée sur la base de concordats. Ces concordats ont été préférés à une procédure fondée sur le chapitre 11 du Code de la faillite des États-Unis, parce

qu'ils offraient suffisamment de flexibilité pour mettre en œuvre la restructuration approuvée par la majorité des parties à l'ASR.

Ces concordats, qui faisaient l'objet de liens conditionnels, ont été menés à bien par l'intermédiaire de tribunaux des îles Caïmans et de Hong-Kong. Les cinq concordats étaient essentiellement similaires même s'ils s'appliquaient à des entreprises et à des créanciers différents. Les créanciers étaient répartis en trois catégories : titres de premier rang, obligations privilégiées et créances chirographaires. Les trois catégories n'étaient pas pour autant tenues d'approuver chacun des cinq concordats ; par exemple, les détenteurs de créances chirographaires n'étaient pas concernés par deux des trois entreprises concordataires.

À Hong-Kong, il n'était pas certain qu'un concordat puisse être homologué pour une entreprise de droit étranger. Pourtant, le juge Lam a tranché en faveur de LDK, statuant que le tribunal de Hong-Kong était compétent pour homologuer des concordats portant sur des sociétés de droit des îles Caïmans, et devait exercer son pouvoir d'appréciation à cet effet en se fondant sur l'existence d'un « lien suffisant » comparable à ce qui se fait dans les concordats de droit anglais : voir l'affaire LDK Solar Co., Ltd (en liquidation provisoire)²¹. Le critère du lien suffisant était rempli du fait de l'existence de la raison même justifiant un concordat de Hong-Kong : en effet, les concordats visaient à régler des dettes régies par le droit de Hong-Kong.

Reconnaissance du concordat en vertu du chapitre 15

Il était important d'obtenir la reconnaissance du concordat aux États-Unis en vertu du chapitre 15 du Code de la faillite des États-Unis (c'est-à-dire la transposition de la loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale), puisque les titres de premier rang étaient régis par le droit de l'État de New York. La demande correspondante s'appuyait sur le fait que le centre des intérêts principaux (le « CIP ») de LDK Solar se trouvait aux îles Caïmans. Des affaires telles que Bear Stearns²² avaient jeté un doute sur la possibilité d'affirmer qu'une société holding de droit des îles Caïmans avait son CIP aux îles Caïmans aux fins du chapitre 15. Toutefois, dans l'affaire LDK, les liquidateurs provisoires exerçaient la plus grande partie de leurs activités à partir des îles Caïmans, faisant que la situation du CIP ne pouvait être remise en question à la date du dépôt de la demande fondée sur le chapitre 15. Un tribunal fédéral de la faillite du district de Delaware a rendu des ordonnances fondées sur le chapitre 15 peu de temps après l'homologation des concordats.

44

Confirmation rapide des plans pré-organisés fondés sur le chapitre 11

Les ordonnances fondées sur le chapitre 15 reconnaissaient et donnaient effet au concordat des îles Caïmans pour ce qui était du droit des États-Unis, mais des incertitudes restaient quant à la libération des filiales américaines garantes. Des demandes d'ouverture de procédures pré-organisées fondées sur le chapitre 11 ont été déposées pour veiller à ce que la restructuration ne puisse pas être contournée par les créanciers demandant une mise à exécution à l'encontre des actifs des filiales américaines garantes. Comme leur nom le laisse entendre, les procédures pré-organisées peuvent être menées à terme en quelques semaines et sont bien moins onéreuses qu'une procédure classique fondée sur le chapitre 11, surtout si elles ont la possibilité de mettre à profit les

²¹ Décision non publiée, HCMP 2215/2014, 10 décembre 2014 (LDK)

²² In re. Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund, Ltd. (in provisional liquidation) 2007 WL 2479483 (Bankr. S.D.N.Y. Aug. 30, 2007), modifié, annulé et remplacé par 374 B.R. 122 (Bankr. S.D.N.Y. 2007).

synergies qu'offre la coordination des pièces avec la documentation du concordat. Le plan pré-organisé fondé sur le chapitre 11 concernant les trois filiales américaines de LDK garantes a été confirmé par le tribunal de la faillite un mois à peine après le dépôt des demandes correspondantes.

Opérations européennes

LDK détenait diverses participations en Europe. Elle était notamment actionnaire majoritaire de Sunways, fabricant et fournisseur allemand de composants pour panneaux solaires. Sunways a entamé une procédure d'insolvabilité en Allemagne peu de temps après que LDK a déposé une demande de liquidation provisoire. Les liquidateurs provisoires ont chargé le cabinet Schultze & Braun de mener les négociations avec l'administrateur de l'insolvabilité et de les conseiller concernant le droit allemand. D'autres actifs européens ont été placés en liquidation sans insolvabilité, dans le cadre de la restructuration internationale.

Conclusion

L'opération LDK prouve qu'une combinaison de procédures de restructuration peut permettre de restructurer avec succès des accords de financement transfrontaliers complexes régis par le droit de différents pays et concernant des créanciers du monde entier. Des techniques élaborées sur les marchés britannique, européen et américain ont été adaptées et utilisées efficacement dans d'autres pays. Étant donné que de nombreux groupes d'entreprises implantés en Asie sont structurés de manière similaire à LDK, cette restructuration servira de modèle à d'autres, dans une région où la restructuration prend de plus en plus d'importance.

LDK et ses liquidateurs provisoires ont été conseillés par Sidley Austin LLP, Campbells et Schultze & Braun, ainsi que par les avocats Michael Crystal QC et Adam Al-Attar ; à Hong-Kong, ils étaient représentés par Charles Manzoni SC et Clifford Smith SC.

** Phillip Taylor, associé, Sidley Austin LLP, Londres (Royaume-Uni)*

x x x
x

États-Unis

Droits des créanciers commerciaux aux États-Unis

Dan Lowenthal nous explique les textes traitant des droits des fournisseurs aux États-Unis*

Tout fournisseur d'une entreprise qui dépose son bilan devrait chercher à faire valoir certains droits dans la procédure fondée sur le chapitre 11.

Par exemple, l'article 546(c) du Code de la faillite protège le droit de restitution des marchandises dont bénéficie le créancier en vertu du droit de l'État. Le texte applicable en la matière est l'article 2-702 du Code de commerce uniforme. Ensemble, ces deux articles permettent à un fournisseur d'exiger la restitution des marchandises fournies à un débiteur insolvable dans le cours normal de ses affaires si tant est que ces marchandises peuvent être identifiées.

L'article 546(c) du Code de la faillite permet d'exiger la restitution des marchandises fournies dans les quarante-cinq jours précédant la date de dépôt de la demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité ou bien, si ce délai arrive à expiration avant l'ouverture effective de la procédure, au plus tard vingt jours après son commencement. Le fournisseur (ou son conseil) doit présenter sa demande en restitution après que la demande d'ouverture de la procédure fondée sur le chapitre 11 a été déposée.

Cependant, les fournisseurs ne peuvent pas toujours demander la restitution des marchandises qu'ils ont fournies avant la demande. En effet, ces marchandises peuvent faire l'objet du droit de rétention d'un créancier gagiste ou ne pas être identifiables. Un carton de chaussures peut être identifiable, mais du pétrole circulant dans un pipeline mélangé à celui d'autres fournisseurs l'est plus difficilement.

L'article 503(b)(9) du Code de la faillite accorde aux fournisseurs une créance administrative prioritaire correspondant à la valeur des marchandises fournies aux débiteurs dans le cours normal de leurs affaires dans les vingt jours précédant la date de dépôt de la demande. Les fournisseurs qui ne peuvent pas faire jouer l'article 546(c) pour demander la restitution de leurs marchandises peuvent bénéficier de ce droit en déposant une demande fondée sur l'article 503(b)(9).

Un fournisseur peut demander l'arrêt de ses livraisons en invoquant l'article 2-705 du Code de commerce uniforme. La suspension automatique prévue par l'article 362 du Code de la faillite empêche les créanciers d'essayer de récupérer des biens faisant partie de la masse des débiteurs. Malgré tout, certains tribunaux ont permis aux créanciers d'invoquer leurs droits d'arrêt des livraisons. Le raisonnement suivi est que le créancier ne cherche pas à obtenir des biens de la masse, mais plutôt à suspendre l'exécution du contrat en question en attendant que le débiteur décide s'il souhaite assumer ou rejeter un contrat exécutoire conclu avec le créancier / fournisseur.

Le Code de la faillite dispose également que les sept premiers créanciers en termes de valeur peuvent siéger au comité officiel des créanciers chirographaires, qui est constitué par le *US Trustee's Office*²³ peu de temps après le dépôt de la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Bien que ce comité à sept membres soit la règle, il est arrivé que le *US Trustee* nomme des comités composé de trois à onze membres, voire plus. La taille du comité dépend du nombre de créanciers souhaitant en faire partie et de la taille du dossier.

Il y a des avantages et des inconvénients à faire partie d'un comité de créanciers. Les membres du comité ont accès aux informations confidentielles du débiteur et obtiennent des prévisions de trésorerie, des plans d'affaires, etc. Ils en apprennent plus à propos des objectifs que souhaite atteindre le débiteur grâce à sa réorganisation ou liquidation que s'ils n'en faisaient pas partie.

Cependant, les membres du comité représentent les intérêts de tous les créanciers chirographaires. Les créanciers souhaitent maximiser le paiement de leurs créances, mais dans certains cas, les intérêts d'un créancier en particulier peuvent différer de ceux des autres membres du comité. Les obligataires ou agences publiques peuvent exercer des pressions sur un comité afin qu'il adopte une position différente de celle qu'auraient souhaité les fournisseurs. En tant que

²³ Agence du ministère de la Justice des États-Unis chargée de superviser l'administration des affaires d'insolvabilité (N. de la T.).

représentants de l'ensemble des créanciers, les membres du comité doivent savoir gérer ces tensions.

Si un débiteur a donné des garanties concernant ses dettes, le comité des créanciers cherche à savoir si les sûretés sont valables et opposables et vérifie d'autres points concernant la validité des créances prioritaires du créancier gagiste. Les membres du comité décident si des poursuites doivent être entamées à l'encontre du créancier gagiste.

Possibilités ouvertes aux débiteurs

Les détaillants insolvable peuvent demander au tribunal l'autorisation de payer leurs fournisseurs essentiels avant la déclaration d'insolvabilité. Les débiteurs font la liste des créanciers qu'ils estiment indispensables à leur activité. Sa requête précisera le montant total qu'il souhaite leur payer. Le projet d'ordonnance donnant droit à sa requête peut obliger certains fournisseurs à poursuivre leurs livraisons au débiteur dans certaines conditions précises. Les créanciers qui acceptent ces conditions sont admissibles pour recevoir les montants qui leur étaient dus avant la demande d'ouverture de la procédure, montants dont ils risqueraient de ne recevoir qu'une partie en qualité de créanciers chirographaires dans le cadre de la procédure d'insolvabilité.

Les fournisseurs sont également tenus de déposer leurs déclarations de créances en temps utile. En général, le débiteur dépose une requête afin de fixer une date limite concernant les déclarations de créances. Les créances doivent préciser le montant dû avant la demande d'ouverture de la procédure et être accompagnées de pièces justificatives. Une date limite distincte est fixée pour déclarer les créances pour frais administratifs, c'est-à-dire des créances correspondant à des biens et services fournis à un détaillant après la demande d'ouverture de la procédure. Ces « frais administratifs » correspondent aux frais et dépenses réels et nécessaires engagés par un débiteur pour préserver sa masse grâce au chapitre 11. Les créances pour frais administratifs sont payées en priorité sur les créances chirographaires correspondant à des montants dus avant la demande d'ouverture de la procédure.

Parfois, les contrats conclus entre fournisseurs et débiteurs sont ce que l'on appelle des contrats exécutoires, c'est-à-dire que le créancier et le débiteur ont une obligation mutuelle d'exécution, faisant que tout défaut d'exécution par l'un ou l'autre constituerait un manquement grave. Un débiteur peut assumer ou rejeter un contrat exécutoire, ou l'assumer et le céder à un tiers (article 365 du Code de la faillite).

Un débiteur qui assume ou cède un contrat (ou, dans ce cas, le cessionnaire) doit payer au créancier les montants dus avant le dépôt de la demande d'ouverture de la procédure et lui donner des garanties suffisantes confirmant que le débiteur ou le cessionnaire pourra continuer d'exécuter le contrat (article 365(b)(1) du Code de la faillite). Le rejet d'un contrat constitue un manquement grave et permet au créancier de déclarer une créance chirographaire du montant des dommages subis à la date de la demande (article 365(g)(1) du Code de la faillite). Les créanciers dont les contrats sont assumés ou cédés recouvrent une part plus importante de leurs créances antérieures à la demande d'ouverture de la procédure que les créanciers dont les contrats sont rejetés.

La masse de la faillite peut également avoir des créances à faire valoir à l'encontre de créanciers chirographaires. Les débiteurs peuvent chercher à récupérer des paiements qui ont été versés aux fournisseurs dans les quatre-vingt-dix jours précédant le dépôt de la demande

d'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Dans ce cas, la masse aura des droits de transfert préférentiels à faire valoir en vertu de l'article 547 du Code de la faillite.

Un paiement est qualifié de « préférentiel » dès lors que le débiteur remplit les cinq conditions suivantes, à savoir que le paiement : (1) a été réalisé à un créancier ou au profit de ce dernier ; (2) correspondait à une dette antérieure ; (3) a été effectué alors que le débiteur était insolvable ; (4) a été effectué dans les quatre-vingt-dix jours suivant le dépôt de la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité ; et (5) a permis au créancier de recevoir un montant supérieur à ce qu'il aurait reçu en cas de liquidation fondée sur le chapitre 7.

La cinquième condition s'applique quand le créancier a fourni des marchandises sans qu'une sûreté ne soit consentie. Le paiement intégral de ces marchandises dépasserait probablement ce qu'un créancier chirographaire recevrait dans le cadre d'une liquidation fondée sur le chapitre 7. Ainsi, ce créancier privilégié aurait reçu un montant supérieur dans les quatre-vingt-dix jours précédant l'insolvabilité à ce que lui et les autres fournisseurs auraient reçu à titre de distribution correspondant à leurs créances antérieures à la demande dans le cadre de la procédure d'insolvabilité.

Le Code de la faillite offre aux créanciers des moyens de défense pour contester les droits de transfert préférentiels. Les moyens de défense les plus courants sont celui du « cours normal des affaires », celui de l'« échange concomitant contre une valeur nouvelle », et celui de la « valeur nouvelle subséquente ». Ces moyens de défense empêchent ou minimisent la récupération des transferts, parce que les créanciers ont poursuivi leurs opérations avec le débiteur dans les quatre-vingt-dix jours précédant l'insolvabilité, ce qui, selon le Code de la faillite, doit être respecté.

Le moyen de défense du cours normal des affaires s'applique quand le transfert consiste en un paiement correspondant à une obligation supportée par le débiteur dans le cours normal de ses affaires commerciales ou financières, réalisé dans le cours normal des affaires commerciales ou financières entre le débiteur et le bénéficiaire du transfert, ou réalisé conformément à des conditions générales habituelles. Le créancier doit justifier d'un historique cohérent de facturation au débiteur et de règlement par ce dernier pendant et avant la période de quatre-vingt-dix jours susmentionnée.

Le moyen de défense de l'échange concomitant contre une valeur nouvelle s'applique dès lors que le débiteur effectue un transfert en faveur d'un créancier et que celui-ci fournit une valeur nouvelle²⁴ au débiteur à peu près à la même date. Le moyen de défense de la valeur nouvelle subséquente s'applique dès lors que le débiteur effectue un transfert en faveur d'un créancier et que celui-ci apporte une valeur nouvelle au débiteur à une date ultérieure et que cette valeur demeure impayée. Si un droit de transfert préférentiel est avancé à l'encontre du créancier, la valeur nouvelle subséquente fournie réduira le montant que le créancier devra à ce titre.

²⁴ L'article 347 du Code de la faillite en donne la définition suivante : « Le terme 'valeur nouvelle' désigne des fonds ou leur valeur en biens, services ou facilités de crédit, ou la mainlevée, par le bénéficiaire d'un transfert, de biens qui lui avaient été précédemment transférés dans le cadre d'une opération qui n'est ni nulle ni annulable par le débiteur ou le *trustee* en vertu de toute loi applicable, notamment le produit de la réalisation de ces biens ; ce terme n'inclut pas les obligations se substituant à des obligations existantes » (N. de la T.).

Se préparer

Les fournisseurs sont confrontés à de nombreuses difficultés lorsqu'ils traitent avec des détaillants qui risquent de déposer leur bilan ou le font effectivement. Avant l'insolvabilité, les fournisseurs doivent surveiller et gérer les risques de crédit et envisager d'autres conditions générales.

Si un détaillant demande l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, ses fournisseurs doivent envisager les voies de droit qui leur sont ouvertes concernant les marchandises qu'ils ont livrées avant le dépôt de la demande. Ils doivent également étudier les pièces déposées dans le cadre de la procédure pour vérifier s'ils pourraient bénéficier du statut de fournisseur essentiel et s'il serait utile de siéger au comité des créanciers ; ils doivent établir si les contrats sont exécutoires et, si possible, faire en sorte qu'ils soient assumés ; ils doivent faire valoir leurs créances pour frais administratifs, le cas échéant. Pour finir, les fournisseurs doivent savoir que la masse de la faillite peut avoir des créances à faire valoir à leur encontre correspondant à des montants qu'ils ont reçus avant la demande et se préparer en conséquence.

La Turnaround Management Association a publié cet article pour la première fois dans le numéro d'octobre 2014 du Journal of Corporate Renewal.

** Daniel A. Lowenthal, associé, groupe Réorganisation d'entreprises et droits des créanciers, Patterson Belknap Webb & Tyler LLP, New York (États-Unis)*

x x x
x

49

Macédoine

Le droit de l'insolvabilité en République de Macédoine

Dejan Kostovski nous présente l'histoire et les développements de la réforme des lois sur l'insolvabilité*

1997: Promulgation d'une nouvelle loi

La réforme des lois sur l'insolvabilité dans le pays remonte à 1997, quand la nouvelle loi sur l'insolvabilité a été promulguée et publiée au Journal officiel en octobre. Elle est entrée en vigueur le 6 novembre 1997 et a pris effet le 5 juin 1998. Depuis, l'ancienne loi sur le règlement forcé, la faillite et la liquidation, règlement national utilisé après la séparation de la Yougoslavie, n'est plus utilisée puisqu'elle a été remplacée par cette nouvelle loi.

Cette loi de 1998 a été modifiée trois fois, en juillet 2000, 2002 et 2004 ; elle a été fortement influencée par la loi allemande et la loi américaine en matière d'insolvabilité. Les innovations les plus importantes qu'elle a apportées sont les suivantes :

- Le rôle des créanciers est passé de celui de conseillers à celui de principaux décisionnaires dans le cadre de la procédure d'insolvabilité ;
- Un plan de réorganisation est désormais obligatoire ; il permet de prolonger l'activité et de réorganiser le débiteur après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ;
- Une procédure de faillite personnelle ; et

- Une procédure d'insolvabilité spéciale portant sur les biens d'un propriétaire unique.

En bref, cette nouvelle loi était assez complexe, produisant des répercussions sur la jurisprudence et sur le rôle des créanciers dans les procédures d'insolvabilité, tout en créant une nouvelle image de l'insolvabilité.

2006: Les réformes se poursuivent

La réforme s'est poursuivie avec la promulgation de la loi sur l'insolvabilité en 2006. Cette loi a été publiée au Journal officiel n° 34/2006 le 22 mars 2006 ; elle est entrée en vigueur le 30 mars suivant.

En lien avec l'application de la loi sur l'insolvabilité, des règlements ont été publiés, affectant le programme de formation et l'organisation de l'examen de certification des mandataires agréés, la rémunération des PI et le remboursement des frais de la procédure d'insolvabilité. Les règles professionnelles des PI ont également été fixées en détail, notamment celles concernant la vente des actifs du débiteur. À cela est venu s'ajouter un code de déontologie s'adressant aux mandataires. La promulgation de ces différents textes a permis de parachever le cadre juridique réglementant l'insolvabilité dans le pays.

Les changements les plus importants sont les suivants :

- Création d'une Chambre des mandataires, association professionnelle des mandataires agréés ;
- Création d'un principe d'urgence : mise en place de délais pour prendre des mesures en vue d'entamer la procédure d'insolvabilité, qui est désormais placée sous la supervision d'un juge de l'insolvabilité, alors que l'ancienne solution était très inefficace puisqu'il n'existait pas de tribunal spécialisé ;
- Des conseils en insolvabilité peuvent désormais être obtenus auprès d'une autorité qui traite les réclamations et les recours, et peut invalider les décisions prises à un stade antérieur de la procédure d'insolvabilité ;
- La procédure d'examen et d'admission des créances a été raccourcie et relève désormais de la compétence du conseil de créanciers et de l'assemblée des créanciers ; et
- Les conditions d'ouverture de la procédure d'insolvabilité et la mise en place de conditions permettant de proposer un plan de réorganisation simplifié ont été redéfinies, entraînant une réduction du coût de la procédure.

Peu après la promulgation de la loi (en décembre de la même année), la loi sur les amendements à la loi sur l'insolvabilité a elle aussi été modifiée. Un groupe de députés a proposé d'abroger l'amendement et d'apporter des améliorations au texte, afin de limiter le droit du mandataire de l'insolvabilité à être nommé dans le cadre de plus de trois procédures d'insolvabilité [en même temps].

La loi modificative, publiée en juillet 2007 et promulguée huit jours après sa publication au Journal officiel, a elle aussi été modifiée de nouveau, introduisant des dispositions pénales similaires aux dispositions sur les délits présentes dans d'autres lois.

La troisième révision de la loi sur l'insolvabilité, à savoir la loi sur les modifications de la loi sur l'insolvabilité, publiée au Journal officiel en avril 2011 et entrée en vigueur huit jours plus tard, a modifié certaines des obligations du mandataire de l'insolvabilité et visait à raccourcir la durée de la procédure d'insolvabilité.

En réalité, le plus grand changement introduit est l'obligation qui incombe aux mandataires de consigner tous les changements et décisions adoptés par les autorités saisies des procédures d'insolvabilité dans le registre d'e-insolvabilité conservé au Registre central. Le ministère de l'Économie était censé prescrire les modalités de tenue de ce registre. Une fois cela fait, des instructions concernant la forme, le contenu et les modalités de tenue du registre de l'e-insolvabilité ont été publiées en novembre 2011. Ainsi, les créanciers et autres intéressés pouvaient désormais suivre la procédure d'insolvabilité ouverte par voie électronique.

S'agissant de la quatrième mise à jour de la loi sur l'insolvabilité, publiée en mai 2013, on peut dire également qu'elle contient les modifications les plus importantes qui aient jamais été apportées.

La première partie modifie l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Une procédure générale préalable a été mise en œuvre ; elle est désormais obligatoire lorsque la procédure d'insolvabilité est ouverte par un mandant.

Outre cette procédure générale, deux autres procédures préliminaires ont été mises en place. La première est applicable dans le cas où l'ouverture de la procédure est demandée par un débiteur, tandis que la seconde est applicable lorsqu'une réorganisation pré-insolvabilité est souhaitée.

Le rapport développait les conditions, les méthodes et les modalités d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sans qu'il soit nécessaire de réaliser une enquête préliminaire.

Il est désormais possible de nommer un mandataire de l'insolvabilité en utilisant la méthode de sélection aléatoire lorsque la proposition d'ouverture de la procédure d'insolvabilité est faite par le débiteur. Toutefois, il existe une exception à cette règle quand c'est un créancier qui présente la demande d'ouverture de la procédure. En effet, le créancier peut suggérer la nomination d'un mandataire figurant dans la liste publiée par le ministère de l'Économie.

Cette nouvelle version de la loi apporte un autre changement important : elle prévoit des délais bien plus courts que les autorités judiciaires saisies de la procédure d'insolvabilité doivent respecter pour prendre certaines mesures procédurales et prononcer leur décision. Le juge de l'insolvabilité est désormais habilité à gérer les réclamations contentieuses découlant de la contestation des créances et les mesures judiciaires dans le cadre des procédures d'insolvabilité.

Cette réforme modifie également les dispositions relatives à la composition, aux délibérations et au vote du conseil de créanciers, en supprimant toutes les incohérences de la jurisprudence.

Concernant la réalisation de la masse de l'insolvabilité, un nouveau type de vente a été créé : il s'agit d'une vente aux enchères électronique sans mise à prix.

En outre, il convient de mentionner la possibilité de réorganisation de l'entreprise débitrice une fois le plan de réorganisation présenté, ce qui permet d'éviter les conséquences judiciaires de la procédure d'insolvabilité. Les créanciers ont le droit de présenter des observations et le plan peut être accepté dans les deux mois suivant le vote.

Ces nouveautés ayant entraîné de grands changements, d'autres textes ont été publiés en octobre 2014 concernant la formation des experts et les façons d'obtenir une certification d'expert, concernant la préparation des plans de réorganisation, ainsi que concernant les modalités et la mise en œuvre des ventes d'actifs par voie électronique, et la détermination des honoraires du mandataire de l'insolvabilité. Des règles concernant la constitution du dossier d'insolvabilité, la

tenue des registres de mandataires, la forme et le contenu des réclamations des créanciers et les modalités de nomination du mandataire par tirage au sort électronique ont également été définies.

Tous ces nouveaux amendements à la loi sur l'insolvabilité ont été publiés en novembre 2013, notamment l'article 23, qui régit la procédure d'examen permettant de devenir mandataire agréé. En décembre 2014, l'ancien texte concernant cet examen est devenu caduc.

En juin 2014, d'autres amendements à la loi sur l'insolvabilité ont été publiés, rendant possible sa mise en conformité avec la loi sur le blocage de la procédure d'insolvabilité, en partie concernant les dispositions relatives au droit de construire une infrastructure et la détermination du statut juridique du bâtiment construit, constituant la masse de l'insolvabilité du débiteur.

2014: Conclusion des procédures d'insolvabilité ouvertes en vertu de la loi en vigueur avant 1997

Cette loi a été publiée en janvier 2014 et est entrée en vigueur en mars suivant. Elle a pour seul objectif de réglementer les procédures d'insolvabilité ouvertes en vertu des lois applicables avant 1997. En effet, cette loi prévoit une procédure distincte, indéniablement extra-judiciaire, dans le cadre de laquelle les bâtiments inclus dans la masse de l'insolvabilité qui n'ont pas été vendus ou n'ont pas de statut juridique en obtiennent un, ce qui augmente leur valeur et facilite la procédure d'achat et l'inscription dans les registres publics. Cette loi réglemente la vente de ces biens aux enchères, par voie électronique, sans mise à prix. Si les biens ne sont pas vendus, leur valeur est répartie entre les créanciers conformément au plan préparé à cet effet par le mandataire de l'insolvabilité. Enfin, cette loi a raccourci les délais que les juges sont tenus d'observer pour trancher des matières civiles dans le cadre de la procédure d'insolvabilité initiale ou prolongée.

Pour conclure, on peut dire que les réformes se poursuivent et que leur but est, d'une part, de créer des conditions pour que les créanciers obtiennent un meilleur règlement de leurs créances grâce à l'intégration de bonnes pratiques dès que possible et, d'autre part, de permettre à l'entreprise débitrice de surmonter ses difficultés financières au moyen d'une réorganisation, le cas échéant, pour éviter les conséquences judiciaires d'une procédure d'insolvabilité.

** Dejan Kostovski est gérant et propriétaire d'Imago-Ena, République de Macédoine*

x x x
x

Actualités par pays

Actualités par pays : Printemps 2015

Actualités d'Italie, du Portugal, de Roumanie et d'Espagne

Italie

Des amendements majeurs apportés à la loi sur l'insolvabilité et la restructuration des entreprises

Par Giorgio Corno, Avocat, Studio Corno, Milan

L'Italie est dotée d'un système juridique moderne et compétitif qui lui permet de faire face non seulement à l'insolvabilité mais aussi et surtout à la crise financière.

En vue d'améliorer la réglementation actuelle, le 28 janvier 2015, le ministère italien de la Justice a créé une commission qui étudiera comment réformer les procédures d'insolvabilité et de restructuration italiennes.

D'ici le 31 décembre 2015, cette commission proposera des amendements aux règles actuelles, visant à :

- a. Évaluer l'impact de la réforme du règlement européen sur l'insolvabilité (REI) n° 1346/2000, qui prévoit des règles générales concernant les insolvabilités de groupes d'entreprises ;
- b. Coordonner les règles des procédures d'insolvabilité et de restructuration avec celles concernant les procédures civiles informatisées (*processo civile telematico*) ;
- c. Promouvoir une approche précoce de la crise financière ;
- d. Réviser les règles concernant les concordats préventifs (*concordati preventivo*) et plus particulièrement concernant ceux qui prévoient la réorganisation de l'entreprise du débiteur (*concordati preventivo in continuità aziendale*) afin de préserver l'emploi ; établir des règles plus simples et rationnelles concernant le financement des entreprises en difficulté ; établir des catégories de créanciers faisant la distinction entre créanciers « pré-préférentiels » et créanciers gagistes ;
- e. Réduire la durée des procédures de liquidation ;
- f. Permettre l'ouverture de procédures de liquidation des débiteurs surendettés sur demande des créanciers ;
- g. Réformer les règles concernant les grandes entreprises insolubles (*amministrazione straordinaria*) ; et
- h. Simplifier les règles concernant les créances garanties et autoriser les charges flottantes.

La commission est composée d'universitaires, de représentants du ministère de la Justice et de juges, notamment de Luciano Panzani, président de la Cour d'Appel de Rome, membre réputé et de longue date d'INSOL Europe.

Portugal

Le cadre de pré-insolvabilité portugais a récemment été modifié à la lumière de la recommandation de la Commission européenne sur une nouvelle approche en matière de défaillance et d'insolvabilité des entreprises

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

Le décret-loi n° 26/2015 du 6 février 2015 est entré en vigueur le 3 mars 2015. Ce nouveau texte revêt une grande importance pour le droit de l'insolvabilité portugais, ou plus précisément pour son cadre de pré-insolvabilité.

Il modifie l'une des dispositions de la loi portugaise sur l'insolvabilité concernant la procédure spéciale dite de « revitalisation » (*processo especial de revitalização*, ou « PER ») et plusieurs dispositions du décret-loi n° 178/2012 du 3 août 2012 régissant la procédure de restructuration extrajudiciaire (*sistema de recuperação por via extrajudicial*, ou « SIREVE »). Ces deux procédures ont été conçues pour permettre aux entreprises en difficulté de se restructurer à un stade précoce en vue d'éviter l'insolvabilité. La principale différence entre les deux est que la PER

est une procédure hybride, qui implique un certain degré d'intervention judiciaire, tandis que le SIREVE est strictement extrajudiciaire.

Les amendements introduits par le décret-loi n° 26/2015 peuvent être résumés en six grands chapitres :

1. Champ d'application du SIREVE (qui ne couvre plus l'insolvabilité proprement dite mais uniquement la pré-insolvabilité) ;
2. Évaluation de la situation économique et financière de l'entreprise (indispensable à l'ouverture du SIREVE) ;
3. Majorité des créanciers nécessaires pour l'adoption du plan de restructuration (adoption facilitée dans le cadre de la PER et du SIREVE) ;
4. Protection des nouveaux financements dans le cadre du SIREVE (renforcement et harmonisation par rapport aux dispositions correspondantes de la PER) ;
5. Droits des créanciers gagistes à l'encontre des garants du débiteur dans le cadre du SIREVE (qui étaient limités en raison d'un certain alignement entre garants et débiteur au niveau procédural) ; et
6. Qualification du SIREVE en tant que procédure confidentielle (ce qui est à l'origine de son exclusion du champ d'application du règlement sur l'insolvabilité internationale).

Nonobstant les commentaires (ou plutôt les critiques) que ne manqueront pas de susciter ces amendements, il convient de souligner que le législateur a omis quelque chose, surtout au vu de la recommandation du 12 mars 2014 de la Commission européenne : des règles minimales concernant les cadres de restructuration préventive. Bien que, dans l'ensemble, on puisse affirmer que le cadre de pré-insolvabilité portugais n'est pas très éloigné du modèle d'outils de pré-insolvabilité recommandés par la Commission, certaines « omissions » méritent qu'on s'arrête dessus. Certaines d'entre elles sont à proprement parler impardonnables, quand on pense que le processus de réglementation implique des efforts et des dépenses considérables, et ne devrait donc pas être pris à la légère (par exemple en négligeant le paysage européen de l'insolvabilité).

En premier lieu, contrairement à ce que préconise la recommandation n° 17, aucune des procédures de pré-insolvabilité portugaises ne prévoit une division des créanciers en catégories distinctes, ne serait-ce que sous une forme très générale, c'est-à-dire en séparant les créanciers gagistes et les créanciers chirographaires. Tant que cette omission perdurera, il sera impossible d'avoir une règle qui permet au plan de restructuration d'être adopté par la majorité des créanciers en termes de valeur des créances par catégorie, comme le suggère la recommandation n° 18.

En second lieu, aucune des procédures de pré-insolvabilité portugaises n'exige expressément que le plan contienne des informations détaillées sur sa capacité à prévenir l'insolvabilité du débiteur et à garantir la viabilité de l'entreprise. Par ailleurs, on ne trouve aucune disposition permettant au tribunal de rejeter le plan de restructuration s'il est manifeste qu'il n'offre aucune chance de prévenir l'insolvabilité ou de garantir la viabilité de l'entreprise, contrairement aux recommandations n° 15 (e) et 23, respectivement.

On peut également discerner une troisième grande omission en ce qui concerne le deuxième objectif de la recommandation concernant les personnes physiques, qui accorde une deuxième chance aux entrepreneurs insolubles honnêtes (recommandations n° 30 à 33). La loi portugaise sur l'insolvabilité prévoit (toujours) une période d'effacement des dettes de cinq ans, tandis que la recommandation préconise que les dettes des entrepreneurs soient entièrement effacées au bout de

trois ans au plus à compter de la date d'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou de la date à laquelle la mise en œuvre du plan de remboursement a commencé, en fonction du type de procédure.

Comme nous l'avons déjà dit, il est regrettable que le législateur portugais n'ait pas traité ces questions dans le décret-loi n° 26/2015. Une bonne occasion de moderniser complètement le cadre national de pré-insolvabilité et de le mettre en conformité avec la recommandation et ses suites prévisibles (en toute vraisemblance une directive) a été manquée. Si l'on tient compte du fait que, selon la recommandation n° 34, la Commission prévoit que tous les États membres mettent en œuvre les principes exposés dans la recommandation d'ici mars 2015, on peut s'attendre à de nouvelles interventions législatives dans un avenir proche.

Roumanie

Nouvelles perspectives : la Roumanie introduit des dispositions légales concernant les groupes d'entreprises

Par Ana-Irina Șarcane, Avocat, gérante de Five SPRL, Bucarest

Ces dernières années, dans le domaine de l'insolvabilité, l'un des sujets les plus brûlants est celui de l'insolvabilité des groupes d'entreprises.

La Roumanie a consacré un chapitre entier de sa rénovation majeure de la législation sur l'insolvabilité (loi n° 85/2014 sur la prévention de l'insolvabilité et les procédures d'insolvabilité, adoptée pendant l'été 2014) à l'insolvabilité des groupes d'entreprises.

S'inspirant de la troisième partie (traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité) du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité, des documents de travail préparés en vue de la révision du règlement européen sur l'insolvabilité n° 1346/2000, des Directives Co-Co concernant l'insolvabilité transfrontalière et des Principes de la Banque mondiale régissant le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers, le texte fraîchement adopté par la Roumanie prévoit un système de coordination des procédures.

Ses dispositions visent à améliorer les perspectives de recouvrement des créanciers, ainsi que celles des débiteurs, principalement par le biais de règles à la fois matérielles et formelles.

- Diverses expressions y sont définies : groupe d'entreprises²⁵, membres du groupe, demande d'insolvabilité conjointe, obligations de coopération.
- Le tribunal compétent doit être situé sur le territoire de la société mère ou du membre du groupe dont le chiffre d'affaires est le plus élevé (interprétation particulière de la règle du CIP).
- Chaque procédure d'insolvabilité fait l'objet d'un dossier distinct ; toutefois, il n'y a nomination que d'un seul juge, d'un seul représentant du débiteur non dessaisi et d'un seul praticien de l'insolvabilité ; si cela s'avère impossible, ces personnes sont tenues de coopérer entre elles ; si la composition de la liste de créanciers le permet, le comité de créanciers doit être le même dans chaque procédure.

²⁵ Le terme « groupe d'entreprises » désigne deux entreprises ou plus liées par voie de contrôle ou de participation (dans ce cas, la participation doit être de 20 à 50 %).

- Lorsqu'il est impossible de ne nommer qu'un praticien de l'insolvabilité, celui nommé pour la société mère ou le membre du groupe dont le chiffre d'affaires est le plus élevé fera office de coordinateur, sur la base d'un protocole de coopération signé avec les autres praticiens.
- Le seuil d'ouverture de la procédure pour chaque membre du groupe est fixé à 40 000 lei (environ 9 000 euros) pour le débiteur tout comme pour le créancier demandeur.
- Les membres du groupe ont désormais la possibilité de présenter une demande d'insolvabilité conjointe.
- Un membre solvable du groupe peut adhérer à la demande d'insolvabilité conjointe, auquel cas l'approbation des actionnaires est obligatoire.
- Tout plan de restructuration doit faire l'objet d'une approche coordonnée.
- L'effet des procédures judiciaires portant sur des opérations annulables réalisées entre membres du groupe est évalué par les praticiens de l'insolvabilité avant toute décision en ce sens.
- Pour favoriser le financement intra-groupe, le membre du groupe accordant un prêt à un autre membre disposera d'un privilège similaire à celui des autres créanciers rendant la poursuite de l'activité possible.

Vu que les dispositions relatives aux groupes d'entreprises sont encore très récentes, on ne sait pas encore si elles fonctionnent bien dans la pratique. En outre, ce type de dispositions nécessite l'entière coopération et la bonne volonté des participants. C'est la raison pour laquelle seul le temps nous dira si ces nouvelles règles s'avèrent efficaces, même si je suis persuadée qu'elles répondent à des besoins qui existent de longue date.

56

Espagne

Exécution de décisions prononcées dans un autre État membre de l'UE dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité

Par Alberto Palomero Benazerraf et Ruben Garcia-Quismondo, Quabbala Abogados y Economistas SLP, Espagne

Pour obtenir la reconnaissance de décisions étrangères en Espagne dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité, il convient d'analyser la loi espagnole sur l'insolvabilité (*Ley 22/2003 de 9 de Julio, Concursal*) en parallèle au règlement européen sur l'insolvabilité (REI) n° 1346/2000.

Après avoir analysé la loi susmentionnée, on peut affirmer que les démarches suivantes doivent être effectuées en vue d'obtenir l'exécution d'une décision étrangère dans le cadre d'une procédure espagnole.

Reconnaissance de la décision déclarant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité

D'après les articles 16 et 25 du REI, la reconnaissance se fait de plein droit concernant la décision déclarant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et toute autre décision prononcée dans le cadre de la procédure d'insolvabilité dans un autre État membre. Par conséquent, à condition qu'une décision prononcée par un tribunal soit valable, elle sera automatiquement valable dans tous les États membres.

En ce qui concerne l'exécution de ces décisions, le REI nous renvoie à la Convention de Bruxelles de 1968, qui expose les mécanismes précis à appliquer pour demander cette exécution. Par conséquent, l'exécution en Espagne de décisions prononcées dans un autre État membre de l'UE doit être demandée devant le *Juzgado de Primera Instancia* compétent pour le territoire sur lequel le domicile du débiteur est situé. Si la décision du *Juzgado de Primera Instancia* est contestée, le recours se déroule devant l'*Audiencia Provincial* du territoire dont relève le *Juzgado de Primera Instancia*.

Toutefois, au titre de la législation espagnole sur l'insolvabilité, ces règles générales ne s'appliquent pas si la décision porte sur un bien immobilier. Ainsi, les décisions traitant des matières suivantes ne peuvent pas être directement exécutées :

1. Droits réels et autres droits susceptibles d'inscription dans un registre public ;
2. Droits concernant des titres financiers ;
3. Droit de compenser une créance par une dette ;
4. Tout contrat permettant la jouissance d'un bien immobilier ;
5. Contrats de travail et autres relations juridiques avec des salariés ;
6. Actions en récupération ;
7. Procédures judiciaires en instance.

Dans ces cas, une procédure d'insolvabilité secondaire sera ouverte en Espagne, et le syndic chargé de la procédure d'insolvabilité étrangère devra demander l'ouverture de la procédure secondaire en Espagne, laquelle sera dirigée conformément à la législation espagnole en la matière. La procédure secondaire se déroulera en même temps que la procédure principale et permettra d'avoir accès aux actifs du débiteur situés sur le territoire espagnol. Grâce à ce mécanisme, les actifs qui échappaient aux procédures étrangères grâce à la loi espagnole sur l'insolvabilité y seront désormais inclus. Les syndics nommés dans la procédure principale et ceux nommés dans la procédure secondaire coopéreront en partageant toutes les informations dont ils disposent.

C'est à ce stade de l'analyse que la possibilité de demander une injonction sera examinée (article 38 du REI).

Ensuite, le tribunal connaissant de la procédure principale peut, pour préserver les actifs du débiteur, nommer un syndic temporaire qui dispose du pouvoir de demander toute mesure visant à protéger les actifs du débiteur situés dans un autre État membre. En Espagne, ces mesures prendront la forme d'injonctions (*Medidas Cautelares*).

En vertu du droit espagnol, les injonctions doivent être prononcées par le tribunal local du lieu où se trouvent les actifs concernés du débiteur. Les tribunaux espagnols compétents pour connaître des ces mesures de protection sont les *Juzgados de lo Mercantil*. Si les actifs en question ne sont pas situés dans le ressort du *Juzgado de lo Mercantil*, la procédure devra être portée devant un *Juzgado de Primera Instancia*.

En tout état de cause, si la décision accordant ou rejetant les mesures de protection est contestée, le recours se déroule devant l'*Audiencia Provincial* du territoire dont relève le *Juzgado de Primera Instancia* ou le *Juzgado de lo Mercantil*.

Le prix « Richard Turton »

Parrainé par INSOL Europe, INSOL International, The Insolvency Practitioners Association et R3

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 sera attribué annuellement à un participant remplissant les conditions requises, lui permettant de compléter sa formation en participant à la conférence annuelle d'Insol Europe.

En reconnaissance des aspects qui présentaient un intérêt particulier pour Richard, le prix est 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 parlé pour tirer parti du programme technique du congrès annuel;
- accepter les conditions ci-dessous.

Les candidats sont invités à écrire - avec leur CV - à l'adresse ci après, une lettre d'environ 200 mots, pour expliquer pour quoi ils se considèrent qualifiés à recevoir ce prix, et ceci avant le 1^{er} juillet 2015. Ils sont également censés donner le titre du papier qu'ils soumettront à la commission. La décision sera prise par un panel représentant les quatre organisations au plus tard le 3 août 2015, pour permettre au candidat retenu de programmer sa participation au Congrès annuel d'INSOL Europe.

Le candidat retenu bénéficiera :

- d'une inscription gratuite au congrès annuel d'INSOL Europe, qui se tiendra en 2015 à Berlin du 1er au 4 octobre ; ses frais de voyage, de logement et de nourriture seront pris en charge pour toute la durée du congrès ;
- en retour, le candidat devra écrire un article d'environ 3 000 mots sur le droit et/ou la pratique de l'insolvabilité ou réorganisation avec l'accord de la commission. Cet article pourra être publié dans la revue des quatre organisations marraines sous une forme réduite ; il sera également affiché intégralement sur leurs sites web.
- le candidat gagnant sera félicité lors du congrès et recevra un certificat encadré, correspondant à son prix.

Etes-vous intéressé ?

Envoyez votre lettre d'environ 200 mots, expliquant pour quoi vous vous considérez qualifié à bénéficier de la possibilité d'être présent au Congrès annuel d'INSOL Europe en tant que gagnant du prix Richard Turton, avant le 1^{er} juillet 2015, à l'adresse suivante :

Richard Turton Award c/o INSOL International 6-7 Queen Street London EC4N 1SP Royaume Uni
e-mail : claireb@insol.ision.co.uk

Avez-vous dépassé les 35 ans ? Passez cette annonce à un collègue plus jeune !

Décision du Jury : aux environs du 3 août 2015.

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) <i>Vilnius, Lituanie</i>
30 Septembre et 1 ^{er} Octobre	INSOL Europe/Forum Universitaire Conférence Annuelle <i>Berlin /Allemagne</i>
1-4 Octobre	INSOL Europe – congrès annuel <i>Berlin/Allemagne</i>

2016

21-22 Septembre	INSOL Europe/Forum Universitaire Conférence Annuelle <i>Cascais, près de Lisbonne, Portugal</i>
22-25 Septembre	INSOL Europe – congrès annuel <i>Cascais, près de Lisbonne, Portugal</i>

2017

4-5 Octobre	INSOL Europe/Forum Universitaire Conférence Annuelle <i>Varsovie / Pologne</i>
5-8 Octobre	INSOL Europe – congrès annuel <i>Varsovie/Pologne</i>

59

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)

