

# e u r o f e n i x

La revue d'INSOL Europe

Automne 2015



## *Contact et communication avec les pays de l'Europe et d'ailleurs*

***De Porto Rico à la Grèce, des Etats Unis aux Pays baltes, du Royaume Uni à l'Italie, Espagne, France, Allemagne, Hongrie et Irlande...***

*Et aussi dans ce numéro :*

L'augmentation fulgurante du nombre de concordats anglais

Le compte-rendu de la Conférence du Forum Universitaire

La lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme en France

Procédures d'insolvabilité secondaires

L'insolvabilité de groupes d'entreprises

Numéro 61 : €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](mailto:carolinetaylor@insol-europe.org)

Site internet : [www.insol-europe.org](http://www.insol-europe.org)

### Comité exécutif :

**Président** : Robert Van Galen  
([robert.vangalen@nautadutilh.com](mailto:robert.vangalen@nautadutilh.com))

**Président adjoint** : Alberto Nunez-Lagos  
([alberto.nunez-lagos@uria.com](mailto:alberto.nunez-lagos@uria.com))

**Vice-président** : Steffen Koch  
([steffen.koch@hww-kanzlei.de](mailto:steffen.koch@hww-kanzlei.de))

**Président précédent** : Catherine Ottaway  
([catherine.ottaway@hocheavocats.com](mailto:catherine.ottaway@hocheavocats.com))

**Trésorier** : David Buchler  
([david@dbuchler.com](mailto:david@dbuchler.com))

**Directeur administratif** : Caroline Taylor  
([carolinetaylor@insol-europe.org](mailto:carolinetaylor@insol-europe.org))

### Présidents des comités d'INSOL Europe

#### Président d'honneur pour la vie et Directeur honoraire :

Neil Cooper ([ncooper@zolfocooper.eu](mailto:ncooper@zolfocooper.eu))  
Mark Udink ([mcudink@udink.nl](mailto:mcudink@udink.nl))

**Validation des adhésions**: Robert Van Galen  
([robert.vangalen@nautadutilh.com](mailto:robert.vangalen@nautadutilh.com))

#### Comité technique du congrès de Berlin, 2015:

Renata Mueller ([renata.mueller@thierhoffmueller.com](mailto:renata.mueller@thierhoffmueller.com))  
Piya Mukherjee ([pmu@horten.dk](mailto:pmu@horten.dk))

#### Parrainages :

David Rubin ([david@drpartners.com](mailto:david@drpartners.com))

**INSOL International** : Jim Luby  
([lubyj@mcstayluby.ie](mailto:lubyj@mcstayluby.ie))

**Comité constitutif** : Catherine Ottaway  
([catherine.ottaway@hocheavocats.com](mailto:catherine.ottaway@hocheavocats.com))

#### Comité des Pays de l'Europe Orientale (EECC)

Radu Lotrean ([radu.lotrean@ctr.ro](mailto:radu.lotrean@ctr.ro))  
Evert Verwey ([evert.verwey@CliffordChance.com](mailto:evert.verwey@CliffordChance.com))

#### Forum des Mandataires d'Insolvabilité

Marc André ([mandrelaw@aol.com](mailto:mandrelaw@aol.com))  
Daniel Fritz ([Fritz@hermann-law.com](mailto:Fritz@hermann-law.com))  
Stephen Harris ([sharris@uk.ey.com](mailto:sharris@uk.ey.com))

#### Relations avec l'Union Européenne :

Michael Thierhoff ([michael.thierhoff@tmpartner.de](mailto:michael.thierhoff@tmpartner.de))

**Registre central** : Chris Laughton  
([chrislaughton@mercerhole.co.uk](mailto:chrislaughton@mercerhole.co.uk))

#### Forum Universitaire :

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

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

**Glossaires** : Marc Udink ([mcudink@udink.nl](mailto:mcudink@udink.nl))

#### Branche judiciaire :

Heinz Vallender ([hvallender@t-online.de](mailto:hvallender@t-online.de))

#### Branche Redressement :

Chris Laughton ([chrislaughton@mercerhole.co.uk](mailto:chrislaughton@mercerhole.co.uk))  
Steffen Koch ([steffen.koch@hww-kanzlei.de](mailto:steffen.koch@hww-kanzlei.de))

#### Groupe de Prêteurs :

Patricia Godfrey ([p.godfrey@nabarro.com](mailto:p.godfrey@nabarro.com))

#### Groupe de travail sur REI :

Robert van Galen ([robert.vangalen@nautadutilh.com](mailto:robert.vangalen@nautadutilh.com))

#### Branche Anti-Fraude :

David Ingram ([david.ingram@uk.gt.com](mailto:david.ingram@uk.gt.com))

## S O M M A I R E

5	La lettre des co-rédacteurs en chef par Annerose Tashiro
6	La lettre du Président, Robert van Galen
8	Actualités et événements
10	Rubrique technique
14	Compte rendu de la Conférence du Forum Universitaire à Nottingham
18	L'insolvabilité de groupes d'entreprises
22	Union Européenne : Les procédures d'insolvabilité secondaires
26	Concordats anglais : Créer un lien suffisant
30	Porto Rico fait-il ou non partie de la zone dollar ?
34	Luxembourg : Espirito Santo, suite
38	France : La lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme
41	Pays baltes : Comparaison de procédures d'insolvabilité et de restructuration
46	Italie : Modification du droit de l'insolvabilité
49	Actualités par pays (Espagne, France, Allemagne, Hongrie, Etats Unis et Irlande)
58	Prix Richard Turton 2015
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><b>Co-Rédacteurs en chef :</b>  <b>Guy Lofalk</b> ,  Lofalk Advokatbyrå AB (Stockholm)  <b>Annerose Tashiro</b>, Schultze &amp; Braun  (Achern)</p> <p><b>Comité exécutif de rédaction :</b>  Guy <b>Lofalk</b>, <a href="mailto:guy.lofalk@lofalk.se">guy.lofalk@lofalk.se</a>  Paul <b>Newson</b> <a href="mailto:paulnewson@insol-europe.org">paulnewson@insol-europe.org</a>  Florica <b>Sincu</b>, <a href="mailto:floricasinu@insol-europe.org">floricasinu@insol-europe.org</a>  Annerose <b>Tashiro</b>,  <a href="mailto:atashiro@schubra.de">atashiro@schubra.de</a>  Louise <b>Verrill</b>,  <a href="mailto:lverrill@brownrudnick.com">lverrill@brownrudnick.com</a></p> <p><b>Comité de rédaction :</b>  Harald <b>Bußhardt</b>,  <a href="mailto:hbusshardt@schubra.de">hbusshardt@schubra.de</a>  Giorgio <b>Cherubini</b>,  <a href="mailto:gcherubini@explegal.it">gcherubini@explegal.it</a>  David <b>Conaway</b>,  <a href="mailto:dconaway@slk-law.com">dconaway@slk-law.com</a>  Edwins <b>Draba</b>,  <a href="mailto:edwins.draba@sorainen.com">edwins.draba@sorainen.com</a>  Elizabeth <b>Elliott</b>,  <a href="mailto:elizabeth.elliott@shlegal.com">elizabeth.elliott@shlegal.com</a>  Martine <b>Gerber</b>,  <a href="mailto:mgerber@opf-partners.com">mgerber@opf-partners.com</a>  Enda <b>Lawry</b> <a href="mailto:LawryE@mcstayluby.com">LawryE@mcstayluby.com</a>  Giulia <b>Pusterla</b>, <a href="mailto:giulia@giuliapusterla.it">giulia@giuliapusterla.it</a>  Ana-Irina <b>Sarcane</b>,  <a href="mailto:irina.sarcane@fiveadvisors.com">irina.sarcane@fiveadvisors.com</a>  Catarina <b>Serra</b>, <a href="mailto:csserra@gmail.com">csserra@gmail.com</a>  Caroline <b>Taylor</b>, <a href="mailto:carolinetaylor@insol-europe.org">carolinetaylor@insol-europe.org</a>  Michael <b>Tierhoff</b>,  <a href="mailto:michael.thierhoff@tmpartner.de">michael.thierhoff@tmpartner.de</a>  Jesper <b>Trommer Volf</b>,  <a href="mailto:jtrommervolf@deloitte.dk">jtrommervolf@deloitte.dk</a>  Jean-Luc <b>Vallens</b>, <a href="mailto:vallensjl@ymail.com">vallensjl@ymail.com</a>  Evert <b>Verwey</b>,  <a href="mailto:evert.verwey@CliffordChance.com">evert.verwey@CliffordChance.com</a></p>	<p><b>eurofenix</b> est publié par <b>PNDesign</b> pour le compte d'INSOL Europe.</p> <p>Toute correspondance, y compris toute proposition d'article, doit être adressée à:  Paul Newson -  PNDesign,  <a href="mailto:pndesign@icloud.com">pndesign@icloud.com</a></p> <p><b>eurofenix français</b>  Parrainé par CNAJMJ – France  Editeur/Renseignements/  Proposition d'article :  <b>Florica Sincu</b>  <a href="mailto:floricasinu@insol-europe.org">floricasinu@insol-europe.org</a></p> <p>Traduction : <b>Gabrielle Allemand</b> (<a href="mailto:gamtrad@free.fr">gamtrad@free.fr</a>)</p> <p><b>Imprimeur : MRP Print</b>  <a href="mailto:eurofenix@mrp.uk.com">eurofenix@mrp.uk.com</a></p> <p><b>Publicité et ventes :</b>  <b>Edward Taylor - MRP Print</b>  <a href="mailto:eurofenix@mrp.uk.com">eurofenix@mrp.uk.com</a>  Jubilee House, Nottingham Road, Basford, Nottingham NG7 7BT  Royaume Uni  Tél. +44 115 955 1000</p>	<p><b>Le futur numéro sera publié en Janvier 2016</b></p> <p>Date limite articles à obtenir en écrivant à Paul Newson :  <a href="mailto:paulnewson@pndesign.co.uk">paulnewson@pndesign.co.uk</a></p> <p><b>Copyright :</b>  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><b>Images :</b>  @Fotolia.com (s'il n'y a pas une autre mention)</p>	<p><b>Avertissement :</b></p> <p>La présence d'une erreur ou omission dans les articles publiés n'engagera nullement la responsabilité, à <b>quelque titre que ce soit</b>, de la rédaction, la production, ou du comité exécutif d'INSOL Europe.</p> <p><b>Les opinions exprimées dans les articles publiés dans la présente revue</b> 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**

**Chers lecteurs,**

**Quand je vois aux actualités les images de ces migrants et réfugiés qui viennent en Europe pour fuir la guerre et la terreur et sont applaudis à leur arrivée à la gare centrale de Munich, je ne peux m'empêcher de repenser au moment où, il y a vingt-six ans, le bloc soviétique s'effondrait en Europe de l'Est.**

Des milliers de personnes avaient quitté l'Allemagne de l'Est en passant par les ambassades d'Allemagne de l'Ouest à Prague ou à Varsovie, ou par les frontières peu surveillées de la Hongrie. De nombreux réfugiés avaient attendu pendant des jours dans les locaux de l'ambassade à Prague jusqu'à ce que le ministre des Affaires étrangères de l'époque, Hans-Dietrich Genscher, après avoir discuté avec ses homologues de la crise des réfugiés aux Nations Unies, déclare depuis le balcon (scène qui est restée dans les annales), qu'ils étaient autorisés à se rendre en Allemagne de l'Ouest. Vingt-six ans sont passés, mais j'en ai encore la chair de poule. Alors que leur train traversait le territoire de l'Allemagne de l'Est, beaucoup d'autres ont essayé de monter en marche vers la liberté. Quand le mur de Berlin s'est écroulé, les Allemands de l'Est ont été plus que chaleureusement accueillis.

Les Européens étaient certainement réticents à l'idée d'une Allemagne plus grande, quand les pourparlers ont commencé en vue d'une réunification, mais des politiciens visionnaires ont néanmoins entrepris de donner naissance à la nouvelle Allemagne en signant le Traité de Moscou (Traité portant règlement définitif concernant l'Allemagne). Les autres anciens pays communistes ont eux aussi connu d'énormes changements et sont entrés dans l'Union européenne, adhérant à son principe général commun d'espace de liberté, de sécurité et de justice. Nous vivons désormais dans une Union européenne de vingt-huit États membres, plus forte, durable et riche, dans tous les sens du terme.

**Dans vingt-cinq ans, quel regard porterons-nous sur l'année 2015 ?**

Nous nous souviendrons d'abord de l'attaque tragique de Charlie Hebdo à Paris, qui, selon moi, a amené les Européens à reconsidérer leurs valeurs, au moins en partie. Puis, tout au long du printemps et de l'été, nous avons suivi les discussions sur la crise de la dette grecque et avons craint de perdre l'un des membres de la zone euro, voire de l'Union européenne. Démocratie contre règles fiscales ? Durabilité contre tragédies individuelles ? Contrôles du capital contre ratio de service de la dette ? Décotes contre nouvelles liquidités ? Au-delà de ces débats brûlants, mon impression est que la solidarité envers le peuple grec, qui souffre à cause de l'austérité et des questions laissées en suspens par les anciens gouvernements, ne s'est pas tarie et qu'elle a débouché sur la décision politique de conclure un troisième plan d'aide pour sauver la Grèce de la faillite. Malgré tout, des doutes sérieux ont été émis quant à sa faisabilité économique. Angela Merkel n'a pas cessé de répéter que si l'euro s'écroulait, c'était la fin de l'Union européenne.

Toutefois, une fois la question du troisième plan réglée, elle a instantanément ajouté que la question des réfugiés et des migrants qui étaient si nombreux à vouloir se rendre en Europe serait malgré tout la plus importante.

Voilà où nous en sommes ; pourtant l'année n'est pas encore terminée. Des centaines de milliers de réfugiés aspirent à ce que représente l'Union européenne : liberté, sécurité et justice. Même si nous serons très certainement confrontés à diverses difficultés pour intégrer le million de réfugiés environ qui essaiera de trouver un nouveau foyer sur notre continent cette année, l'Europe pourra une fois de plus prouver la stabilité de ses valeurs et faire la démonstration de sa raison d'être, ce qu'elle a déjà su faire avec brio les dernières vingt-cinq années.

*Quel sera le visage de l'Union européenne dans vingt-cinq ans ? La façon dont nous aurons passé 2015 semble être la réponse à cette question.*

Annerose Tashiro

x x x

x

La lettre du Président

## Le mot de bienvenue du Président

*Robert van Galen\* dresse le bilan de l'année écoulée et se tourne vers l'avenir*

**Le moment est venu de dresser un rapide bilan de l'année écoulée et de nous tourner vers l'avenir.** INSOL Europe doit son succès à l'engagement de nombreux volontaires et au travail d'une petite équipe dévouée. Les lecteurs risqueraient de se lasser si je les remerciais tous personnellement, mais je souhaite tout de même mentionner quelques personnes.

Quand vous tiendrez ce numéro d'*eurofenix* entre les mains, le Congrès de Berlin battra déjà son plein ou sera sur le point de commencer. Il s'avère très prometteur : cette année, nous allons atteindre un nouveau record et battre celui du nombre de participants présents au Congrès d'Istanbul. À la date où j'écris ces lignes, nous en sommes déjà à 414 personnes inscrites. En outre, le programme, très diversifié, devrait s'avérer passionnant. Nous devons énormément à notre Comité technique, présidé par Renate Müller et Piya Mukherjee, assistées d'Evert Verwey. Par ailleurs, Evert et Francisco Patricio co-présideront notre conférence qui se tiendra l'année prochaine à Lisbonne (Cascais).

Cette année, nous avons assisté à une conférence très intéressante et très fréquentée de l'EECC à Vilnius. C'est après cette conférence que l'un de nos co-présidents de l'EECC, Carlos Mack, a quitté ses fonctions après avoir brillamment dirigé cette branche pendant de nombreuses années. Ce qui avait commencé comme une petite aventure est depuis devenu une activité incontournable. Radu Lotrean, l'autre co-président de l'EECC, poursuivra sa mission aux côtés d'Evert Verwey, qui prendra le relais de Carlos. Nous n'aurons pas pour autant à nous passer des talents de Carlos, puisqu'il prendra en charge un projet éducatif de l'EECC, aux côtés de Neil Cooper.

David Buchler quitte lui aussi ses fonctions. Trésorier depuis douze ans, il a joué un rôle important au sein de notre organisation qui est devenu très saine financièrement parlant. Nous disposons désormais de réserves solides et pourrions résister aux sept ans de vaches maigres prédits par la Bible, s'ils venaient à arriver. Jim Luby lui succédera. Suite à leur dernière modification, nos

statuts prévoient désormais que le trésorier est nommé pour une durée définie : Jim est donc nommé à ce poste pour deux ans. Nous remercions David pour ses efforts et ses réalisations.

Le Forum universitaire, présidé par Christoph Paulus, a été très actif. Il a organisé une conférence conjointe avec R3 à Londres, une autre conférence à Nottingham et l'habituelle conférence qui précède notre Congrès principal à Berlin. Nous devons énormément à Paul Omar, qui organise ces activités depuis de nombreuses années et qui a décidé de quitter ses fonctions de Secrétaire du Forum universitaire après le Congrès de Berlin. Anthon Verweij lui succédera à ce poste.

Notre tout jeune Forum des mandataires de l'insolvabilité, co-présidé par Marc André, Daniel Fritz et Stephen Harris, a démarré ses activités cette année. Il a fourni des conseils concernant les Lignes directrices destinées aux mandataires de l'insolvabilité et s'est préparé à occuper un grand créneau horaire lors de notre Congrès de Berlin.

Je me dois également de mentionner que nos démarches visant à recruter de nouveaux membres dans les pays européens sous-représentés ont été couronnées de succès. Grâce aux efforts considérables déployés par Steffen Koch, la Pologne sera représentée pour la première fois au Conseil. Par ailleurs, grâce aux démarches d'Alberto Nuñez Lagos, l'Espagne retrouvera le siège qui lui était réservé.

Je souhaite également adresser des remerciements tout particuliers à Caroline Taylor, Paul Newson, Malcolm Cork, Wendy Cooper, Hannah Denney, Myriam Mailly, Emmanuelle Inacio et Florica Sincu. Ces personnes accomplissent pour l'essentiel un travail de l'ombre, mais nos conférences, nos lettres d'information, documents techniques et *eurofenix*, pour ne citer que quelques exemples, n'existeraient pas sans eux, du moins pas à leur niveau actuel, n'étaient leur dévouement et leur enthousiasme. Enfin, je souhaite remercier les autres membres du Comité exécutif, en particulier Alberto Nuñez Lagos, notre prochain président, pour leur soutien permanent. J'ai vraiment apprécié de travailler en étroite collaboration avec Caroline et lui.

### **Où en sommes-nous aujourd'hui ?**

Notre situation financière est bonne; nos conférences sont populaires; nous avons des membres dans quasiment tous les pays Européens et un grand nombre d'entre eux participe à nos activités. Dans son éditorial de l'année dernière, Catherine Ottaway a mentionné notre politique de roulement. Les dirigeants ne devraient pas rester trop longtemps à leur poste, raison pour laquelle nous cherchons des jeunes pour les remplacer : « La valeur n'attend point le nombre des années<sup>1</sup> ». Je pense que nous avons pleinement atteint notre objectif.

Depuis quelques années, INSOL Europe multiplie ses contacts auprès des institutions européennes. Michael Thierhoff, coordinateur des projets européens, a beaucoup œuvré en ce sens. Nous avons présenté plusieurs rapports, dont certains à notre propre initiative, d'autres à la demande de la Commission européenne et du Parlement européen, et sommes intervenus à plusieurs reprises lors de manifestations organisées par les institutions européennes. INSOL Europe est la seule organisation de l'insolvabilité véritablement européenne; elle est bien placée pour fournir des informations pertinentes dans le cadre des projets européens et pour contribuer au développement du droit et de la pratique dans l'Union européenne. À mesure que l'intérêt des institutions européennes augmente, de nouveaux projets fleurissent du jour au lendemain. Il est donc important que nous restions concentrés et cultivions nos bonnes relations avec Bruxelles. En cette époque où

---

<sup>1</sup> Pierre Corneille, *Le Cid* (N. de la T.).

l'Union européenne traverse diverses turbulences, il est indispensable de cimenter sa cohésion par la voie législative.

Autre initiative digne de mention: notre participation au projet du groupe de travail V (droit de l'insolvabilité) de la CNUDCI. Rita Gismondi, Catherine Ottaway, Alberto Nuñez-Lagos et Ilona Aszódi se sont lancés avec enthousiasme dans cette nouvelle aventure. L'un des projets de la CNUDCI concerne la reconnaissance des jugements liés à l'insolvabilité, l'autre l'assistance aux procédures d'insolvabilité internationale visant des groupes d'entreprises. Je pense pouvoir affirmer que les États membres de la CNUDCI et la CNUDCI elle-même voient notre participation d'un bon œil; d'ailleurs, nous avons été invités à contribuer à l'une des propositions.

Nous mettons donc l'accent d'un côté sur notre contribution aux développements transfrontaliers en lien avec les institutions, et de l'autre sur la formation et l'assistance en faveur de la communauté de l'insolvabilité dans les pays d'Europe de l'Est. À mesure que nos conférences de l'EECC gagnent en fréquentation, nous commençons à envisager des projets particuliers, par exemple des universités d'été à l'intention des praticiens, ou autres. Ces projets seront précisés dans le courant de l'année prochaine. Le comité chargé de ce projet est présidé par Neil Cooper et Carlos Mack.

Notre nouveau président, Alberto Nuñez Lagos, aura donc un programme passionnant et bien rempli. Je pense que nous avons de la chance de l'avoir parmi nous.

Je suis très reconnaissant d'avoir eu l'occasion de m'impliquer en tant que président de notre organisation l'année passée. J'en ai vraiment tiré un grand plaisir.

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

x x x  
x

8

## Actualités et événements

# Actualités

*Envoyez vos actualités à [paulnewson@insol-europe.org](mailto: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](mailto: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](http://www.linkedin.com) et faites une recherche par nom de groupe.

## Mise à jour de notre application pour le congrès de Berlin 2015

**Nous avons le plaisir de vous annoncer que notre application mobile créée sur mesure pour le congrès annuel de Berlin a été améliorée et mise à jour.**

Elle est accessible à tous les participants du congrès qui pourront consulter tous les détails du programme, ainsi que les coordonnées des intervenants et délégués, ce qui leur permettra d'interagir avec eux grâce à la messagerie intégrée à l'application. Les documents du congrès, mais aussi des plans et informations locales pourront être téléchargés.

L'application sera disponible sur la plupart des grandes plateformes de téléchargement juste avant le congrès.

*Nous remercions CITR ([www.citr.ro](http://www.citr.ro)) et Schultze & Braun ([www.schubra.de](http://www.schubra.de)) qui parrainent notre application pour le congrès de Berlin.*

## Actualité des projets TRI-Leiden

INSOL Europe participe à des projets de recherche avec l'équipe *Turnaround, Rescue & Insolvency Leiden* (TRI-Leiden), qui se compose de spécialistes universitaires du droit et des affaires et d'étudiants de master de la faculté de droit de Leyde (université de Leyde), placés sous la direction de Jan Adriaanse et de Jean-Pierre van der Rest. Le professeur Bob Wessels est consultant auprès de TRI-Leiden.

### Projet sur les protocoles d'insolvabilité

**Au cours des séances de formation internationales concernant le projet JudgeCo organisées fin 2014 pour les juges, l'équipe de recherche TRI-Leiden a reçu plusieurs questions sur la signification que pouvait avoir un protocole dans le cadre des insolvabilités internationales, phénomène qui s'est avéré très obscur.**

L'équipe de recherche TRI-Leiden a promis de réaliser une étude sur ce sujet et de publier des documents et d'autres études pertinentes sur son site web. C'est ainsi qu'est né le projet « Leiden-protocol ».

Dans diverses sources, par exemple les *European Communication & Cooperation Guidelines for Cross-border Insolvency* (« Directives Co-Co ») d'INSOL Europe (2007), la publication de l'American Law Institute et de l'International Insolvency Institute intitulée *Transnational Insolvency: Global Principles for Cooperation in International Insolvency Cases* (2012), le texte de 2015 de la refonte du REI, mais aussi les projets MI et JudgeCo de la faculté de droit de Leyde, on trouve des références à des « accords et protocoles ». Entre-temps, une étude portant sur la littérature numérique concernant les protocoles et un recueil de protocoles que nous avons trouvés sur internet ont été publiés à l'adresse [www.TRI-Leiden.eu](http://www.TRI-Leiden.eu).

Nous demandons à tous les lecteurs de notre site de commenter nos conclusions pour que nous puissions compléter et mettre à jour les bases de données. Si vous disposez d'autres protocoles ou informations que vous souhaitez partager avec d'autres adeptes de l'insolvabilité internationale, nous vous remercions de les envoyer à l'adresse [info@tri-leiden.eu](mailto:info@tri-leiden.eu).

## Lignes directrices de la Branche Redressement

**Le projet de lignes directrices pour les professionnels du redressement extra-judiciaire de la Branche Redressement en est à sa phase finale.**

Les six lignes directrices, disponibles à l'adresse [www.TRI-Leiden.eu](http://www.TRI-Leiden.eu), font actuellement l'objet d'un questionnaire qui a été diffusé auprès des membres d'INSOL Europe. La Branche Redressement d'INSOL Europe et la faculté de droit de Leyde espèrent pouvoir bientôt présenter la version définitive des lignes directrices pour discussion lors du congrès annuel de Berlin, qui se tiendra du 1<sup>er</sup> au 4 octobre 2015.

## Hommage à Leopoldo Pons

**Leopoldo Pons, président du *Registro de Economistas Forenses de España* (REFor), principale organisation des praticiens de l'insolvabilité espagnols, et membre d'INSOL Europe, nous a quittés en août dernier.**

Leopoldo était un économiste de renom en Espagne, offrant ses services à des clients importants, non seulement dans le pays mais aussi à l'étranger. En 1981, il est entré à l'Inspection nationale des finances, sous la tutelle du ministère des Finances espagnol. Il a occupé des fonctions à responsabilités au sein du ministère des Finances (directeur général adjoint de l'Institut des études fiscales en 1986, puis directeur de la bibliothèque du ministère).

Outre qu'il est l'auteur de nombreuses publications sur l'analyse économique et l'économie d'entreprise, avec une mention spéciale pour les systèmes fiscaux espagnols et d'autres pays, ainsi que la macro-économie, Leopoldo a occupé tout au long de sa carrière les postes suivants : président du Registre des économistes et conseillers fiscaux (1996), représentant international du Conseil général des collèges d'économistes d'Espagne auprès de la Confédération fiscale européenne (depuis 1998), trésorier et membre du comité scientifique du CIRIEC (depuis 1990).

Durant sa carrière universitaire, il a été chercheur et professeur invité auprès d'établissements tels que la *London School of Economics*, la *Brookings Institution* (Washington DC), le Département du Trésor (États-Unis), et auprès d'universités espagnoles telles que l'*Universidad Politécnica de Valencia*, l'*Universidad de Alcalá de Henares* et l'*Universidad de Valencia*. Il avait également dirigé le Master de fiscalité du *Colegio de Economistas de Valencia* depuis sa création en 1981 et ce, jusqu'en 2008.

X X X  
X

Rubrique technique

## Compte-rendu technique

Emmanuelle *Inacio*\* nous informe du nouveau contenu disponible et des autres mises à jour sur le site web d'INSOL Europe. Si vous souhaitez participer aux divers projets, contactez Emma à l'adresse [technical@insol-europe.org](mailto:technical@insol-europe.org).

**Statistiques nationales en matière d'insolvabilité**

Depuis notre dernier article, nous avons mis à jour les statistiques nationales pour l'Angleterre et le Pays de Galles (2<sup>e</sup> trimestre 2015, publiées en juillet 2015), l'Écosse (1<sup>er</sup> et 2<sup>e</sup> trimestres 2015),

l'Irlande du Nord (1<sup>er</sup> et 2<sup>e</sup> trimestres 2015), l'Allemagne (1<sup>er</sup> et 2<sup>e</sup> trimestres 2015) et la France (1<sup>er</sup> et 2<sup>e</sup> trimestres 2015).

Nous remercions Michael Thierhoff du cabinet Thierhoff Müller & Partner Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater (Allemagne) de son aide précieuse.

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.

*N'hésitez pas à nous contacter si vous souhaitez participer à ce projet pour des États membres qui ne sont pas encore couverts ou pour mettre à jour des statistiques nationales.*

### **Glossaires**

Si vous souhaitez contribuer pour les pays manquants de l'Union européenne (Malte et Slovaquie), veuillez nous contacter : nous vous enverrons les deux modèles correspondants.

### **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, Slovaquie) 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 qui ne sont pas encore couverts.*

### **Lettres d'information du Forum universitaire d'INSOL Europe**

La lettre d'information du troisième trimestre 2015 (juillet-septembre) du Forum universitaire d'INSOL Europe est désormais disponible à l'adresse [www.insol-europe.org/academic-forum-news](http://www.insol-europe.org/academic-forum-news).

### **Publications techniques d'INSOL Europe**

INSOL Europe nous propose deux nouvelles publications techniques en 2015, suite aux manifestations organisées par le Forum universitaire d'INSOL Europe :

*International Insolvency Law: Future Perspectives [Droit de l'insolvabilité internationale : perspectives d'avenir]*

Recueil des cours Edwin Coe organisés lors des conférences annuelles du Forum universitaire d'INSOL Europe 2008-2014, à l'occasion du 10<sup>e</sup> anniversaire du Forum universitaire ; et

*Teaching and Research in International Insolvency Law: Challenges and Opportunities [Enseignement et recherche en matière de droit de l'insolvabilité internationale : enjeux et débouchés]*

Actes de la conférence conjointe sur l'insolvabilité organisée par le Forum universitaire d'INSOL Europe et la NACIIL, Leyde (Pays-Bas), 14-15 avril 2014.

*Pour en commander un exemplaire, veuillez contacter [wendycooper@insol-europe.org](mailto:wendycooper@insol-europe.org)*

### **Conférence conjointe sur l'insolvabilité internationale organisée par le Forum universitaire d'INSOL Europe et la faculté de droit de Nottingham, 25 et 26 juin 2015, Nottingham**

Le programme technique définitif, les diapositives des présentations et les photographies de l'événement sont désormais disponibles.

### **Registre d'affaires fondées sur le REI**

Au 28 août 2015, 467 extraits se trouvaient sur la nouvelle plateforme LexisNexis / INSOL Europe du Registre des affaires fondées sur le règlement européen sur l'insolvabilité.

*Au cours de la période estivale, le 11 juin 2015, la CJUE a prononcé un arrêt dans l'affaire « Nortel » (C-649/13) ; il est actuellement à l'étude et sera bientôt publié.*

### **Restez en contact !**

Nous souhaitons vous inviter à vous inscrire au groupe INSOL Europe sur LinkedIn, à l'adresse [www.linkedin.com/](http://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](mailto:technical@insol-europe.org).*

### **COUP DE PROJECTEUR SUR...**

*Les métiers du mandataire de l'insolvabilité et des professionnels du redressement et de la restructuration extra-judiciaires en Europe*

**Le projet des mandataires de l'insolvabilité (« projet MI ») est une initiative de la faculté de droit de Leyde, lancée en 2012 à la demande d'INSOL Europe.**

Il étudie les possibilités de développement d'un ensemble de principes et de bonnes pratiques destinés aux mandataires de l'insolvabilité (« MI »), en comparant les traités multilatéraux et les recommandations de droit mou avec la législation nationale des différents pays européens. Par conséquent, il peut être considéré comme la prochaine étape vers l'éventuelle harmonisation des lois sur l'insolvabilité au sein de l'Union européenne.

### **Principes**

On peut s'attendre à ce que ces principes et bonnes pratiques augmentent la confiance que le public accorde aux MI, à la qualité de leur travail et leur supervision. Le projet de Déclaration de principes et lignes directrices d'INSOL Europe pour les mandataires de l'insolvabilité en Europe, qui énonce sept principes et trente-trois lignes directrices, est disponible à l'adresse [www.insol-europe.org/technical-content/insol-europe-studies](http://www.insol-europe.org/technical-content/insol-europe-studies)

### **Nouveau forum**

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 MI est actuellement confrontée à travers l'Europe. C'est la raison pour laquelle Catherine Ottaway, ancienne présidente d'INSOL Europe, a annoncé, lors du Congrès annuel tenu en 2014 à Istanbul, qu'INSOL Europe avait décidé de créer un nouveau forum consacré aux MI, baptisé « Forum des mandataires de l'insolvabilité » (« Forum des MI »).

Trois MI en exercice ont accepté de co-présider le nouveau Forum et de le guider à travers ses premières étapes : il s'agit de Stephen Harris (Ernst & Young, Royaume-Uni), Marc André (France) et Daniel F. Fritz (hww hermann wienberg wilhelm, Allemagne).

**La première réunion du Forum des MI se tiendra juste avant le début du Congrès annuel d'INSOL Europe à Berlin, le jeudi 1<sup>er</sup> octobre 2015.**

Le vendredi 2 octobre 2015, une séance sera consacrée à des débats sur la situation actuelle des praticiens de l'insolvabilité en Europe, pour savoir si leur profession est soumise à des pressions et si elle est prête à innover. Le Forum des MI réalisera également une enquête pour demander aux

participants leur avis sur les lignes directrices, les protocoles, les réformes législatives et l'harmonisation.

### **Branche Redressement**

INSOL Europe a confié le projet de la Branche Redressement (« Projet BR ») à la faculté de droit de Leyde lors du Congrès annuel de 2014 à Istanbul. La Branche Redressement d'INSOL Europe, présidée par Steffen Koch (hww hermann wienberg wilhelm, Allemagne), et la faculté de droit de Leyde travaillent à la rédaction de lignes directrices destinées aux professionnels du redressement extra-judiciaire.

En établissant des normes déontologiques, notamment des procédures disciplinaires, s'appliquant à la profession en Europe, ces lignes directrices visent à : (a) faire autorité en matière de pratique du redressement en Europe ; (b) promouvoir le redressement extra-judiciaire plutôt que la réorganisation ou la liquidation judiciaires ; (c) jeter les bases d'un avenir durable dans la profession, en assurant la qualité des professionnels du redressement ; et (d) améliorer la confiance vis-à-vis de la profession sur le marché.

La version définitive des Principes et lignes directrices destinées aux professionnels du redressement extra-judiciaire (les « Lignes directrices de la BR ») sera présentée lors du Congrès annuel de Berlin, le vendredi 2 octobre 2015. La réunion de la Branche Redressement se tiendra le même jour.

Nous invitons tous les membres et autres personnes intéressées à se joindre aux débats pour aider le Forum des MI et la Branche Redressement à comprendre comment ils pourraient aider les professionnels de la meilleure façon qui soit. 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](mailto:carolinetaylor@insoleurope.org)).

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

13

#### Liens utiles

Courriel : [technical@insol-europe.org](mailto:technical@insol-europe.org).

LinkedIn : [www.linkedin.com](http://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](http://www.insol-europe.org/technical-content/updated-insolvency-laws)

Rapports nationaux : [www.insol-europe.org/technical-content/state-reports](http://www.insol-europe.org/technical-content/state-reports)

Statistiques nationales en matière d'insolvabilité : [www.insol-europe.org/technical-content/national-insolvency-statistics](http://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](http://www.insol-europe.org/technical-content/how-to-become-an-insolvency-practitioner-across-europe)

Événements passés : [www.insol-europe.org/academic-forum-events](http://www.insol-europe.org/academic-forum-events); [www.insol-europe.org/events/past\\_events](http://www.insol-europe.org/events/past_events); [www.insol-europe.org/eastern-europe-countries-committee-events](http://www.insol-europe.org/eastern-europe-countries-committee-events)

Jurisprudence nationale : [www.insol-europe.org/technical-content/national-case-law](http://www.insol-europe.org/technical-content/national-case-law)

Processus de réforme du REI : [www.insol-europe.org/technical-content/european-insolvency-regulation](http://www.insol-europe.org/technical-content/european-insolvency-regulation)

Registre des affaires fondées sur le règlement européen sur l'insolvabilité : [www.insolvencycases.eu](http://www.insolvencycases.eu)

Études d'INSOL Europe : [www.insol-europe.org/technical-content/insol-europe-studies](http://www.insol-europe.org/technical-content/insol-europe-studies)

X X X

X

Le compte-rendu de la Conférence du Forum Universitaire

## Conférence conjointe sur l'insolvabilité internationale

*Paul Omar\* nous rend compte de la conférence organisée à Nottingham (Royaume-Uni) les 25 et 26 juin dernier, et Jennifer L. L. Gant\* nous confie son point de vue de jeune chercheuse*

**Le passé de Nottingham a de nombreuses facettes : un passé voyageur, lié aux rois voyageurs vikings et de Mercie ; un passé industriel, lié aux textiles, aux cycles et aux produits chimiques ; et plus particulièrement un passé romantique, lié à la légende de Robin des Bois et au « coup d'État » moins connu qui a permis à Édouard III de prendre possession du trône dont il avait hérité.**

De nos jours, la cité est une vraie ruche marchande ; elle tire sa renommée du fait qu'elle compte plus de boutiques et plus de pubs, clubs et restaurants par habitant que tout autre centre métropolitain de Grande-Bretagne.

C'est là que s'est tenue la conférence conjointe sur l'insolvabilité internationale, organisée en association avec le Centre de droit des affaires et de l'insolvabilité de la Faculté de droit de Nottingham et la Faculté de droit de l'Université Radboud de Nimègue. Les participants à la conférence ont ainsi eu l'occasion de se faire une idée de l'esprit éclectique de Nottingham.

### **Repenser la sauvegarde**

La conférence avait pour thème général « **Repenser la sauvegarde** » ; elle se focalisait en particulier sur les sujets suivants : « Analyse critique des approches actuelles en matière de sauvegarde des entreprises » ; « Sauvegarde des entreprises : expériences et perspectives des magistrats » ; « Le praticien et la sauvegarde des entreprises » ; « Accords pré-insolvabilité : perspective comparative » ; « Repenser la sauvegarde transfrontalière dans l'Union européenne ».

Après une introduction de Robert van Galen, président d'INSOL Europe, Janine Griffiths-Baker, doyenne récemment nommée de la Faculté de droit de Nottingham, a remercié plusieurs groupes de personnes de leur présence, de leur implication et de l'organisation de la conférence. Entre autres, ses remerciements s'adressaient à une délégation du Zimbabwe accueillie par la Banque mondiale, qui s'est rendue auprès de diverses organisations du pays pour mieux connaître le régime d'insolvabilité britannique, en vue de se servir des renseignements obtenus dans le cadre de leur programme de réforme général.

Elle a également remercié les représentants de la Banque mondiale, un groupe d'étudiants en maîtrise de droit des Pays-Bas qui venaient de terminer le cours inaugural du master double organisé avec l'Université Radboud (Nimègue), un groupe de professionnels libéraux et d'universitaires d'Afrique du Sud, et bien entendu les nombreux représentants européens qui ont pris le temps d'assister à la conférence.

### **Réforme et sauvegarde**

Pour commencer la première journée, un discours d'ouverture a été prononcé par le professeur G. Ray Warner de la Faculté de droit de l'Université St. Johns de New York, critiquant les approches actuelles de la réforme de l'insolvabilité et de la sauvegarde des entreprises pour leurs redondances et leur absence d'innovation. Le professeur Warner a exhorté les délégués à polémiquer, ce qu'ils n'ont pas manqué de faire tout au long des débats de la conférence.

La première séance s'est focalisée sur la critique des approches actuelles vis-à-vis de l'impératif de sauvegarde. Présidée par Neil Cooper (NLS), cette séance a entre autres vu intervenir Irit Mevorach (Nottingham), Jenny Clift (CNUDCI) et Sarah Paterson (LSE). Les diverses critiques s'attaquaient notamment aux sujets suivants : manque de transparence des sauvegardes par la direction, problèmes économiques liés au dumping de la dette, tendance à la liquidation sur les marchés émergents, sous-estimation de la culture de la sauvegarde, stigmates encore souvent associés à l'insolvabilité, passivité de la sauvegarde, impact négatif de l'équité des redistributions sur les investissements en capital, etc.

### **Sauvegarde des entreprises**

L'après-midi, la deuxième séance a fait basculer les débats sous un angle judiciaire. D'éminents juges de diverses juridictions internationales ont partagé leurs expériences et connaissances en matière de sauvegarde des entreprises. Présidée par Hamish Anderson (Norton Rose Fulbright, Londres ; NLS), la séance réunissait entre autres les juges Desiree Staal (Pays-Bas), Heinz Vallender (Allemagne), Jeanette Melchior (Danemark) et David Richards (Royaume-Uni).

La journée s'est terminée en beauté par une réception et un dîner au Riverside Restaurant, sur la Trent, où les participants ont eu le plaisir de jouir de l'hospitalité traditionnelle de Nottingham dans un cadre moderne. C'est Neil Cooper qui s'est chargé de les divertir après le repas. Arrivé à la dernière minute, il a prononcé un discours comique dans lequel il prenait le relais du défi lancé par le professeur Warner à ne pas « sombrer dans l'ennui ».

### **Le point de vue du praticien**

Le deuxième jour, la première séance s'est intéressée à la sauvegarde des entreprises du point de vue du praticien, et en particulier à ce dont les praticiens ont besoin pour que la sauvegarde réussisse. Présidés par le professeur Frits-Joost Beekhoven van den Boezem (ING Bank ; RUN), les débats ont porté sur des sujets controversés qui ont ensuite été soumis au vote des participants. D'excellents arguments ont été avancés par Nicolaes Tollenaar (RESOR, Pays-Bas), Adrian Thery (Garrigues, Espagne), Mark Fennessy (Proskauer, Royaume-Uni) et Michael Nienerza (Goerg, Allemagne).

### **Point de vue comparatif**

La deuxième session établissait la comparaison entre les accords pré-insolvabilité de divers pays. Sous la présidence du professeur Paul Omar (NLS), Juana Pulgar Ezquerra (Complutense, Madrid), Melissa Vanmeenen (Anvers), Alexandra Kastrinou (NLS) et Lézelle Jacobs (Free State University) ont présenté leurs points de vue.

La dernière séance, à dimension internationale, faisait entre autres l'analyse critique de la récente refonte du règlement européen sur l'insolvabilité, qui doit entrer en vigueur en 2017. Sous la présidence de Richard Sheldon QC (3/4 South Square ; NLS), les professeurs Gerard McCormack (Leeds), Francisco Garcimartin (Autónoma, Madrid) et Michael Veder (RUN) se sont prononcés sur la question. La conférence s'est ensuite terminée sur les conclusions du professeur David Burdette, co-organisateur de la manifestation.

### **Bousculer les idées reçues**

Le programme de la conférence et les nombreux exposés, présentations et avis communiqués au cours de ces deux journées ont stimulé les débats sur la pertinence et la signification de la sauvegarde à notre époque et bousculé nos idées reçues. Cela était particulièrement opportun au vu de l'actualité du thème et de sa pertinence pour la future orientation de l'Union européenne.

L'échantillon de pays représentés par les intervenants donnait à cette manifestation un parfum véritablement international et comparatif, et elle s'est avérée être le lieu idéal pour débattre, discuter et, qui sait, innover...

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

***Vous trouverez des photos de la conférence de Nottingham sur notre site web à l'adresse [www.insol-europe.org/gallery/nottingham-academic-2015](http://www.insol-europe.org/gallery/nottingham-academic-2015)***

## **Le point de vue d'une jeune chercheuse**

### **Repenser la sauvegarde : le thème parle de lui-même**

La conférence conjointe sur l'insolvabilité internationale s'est avérée un lieu formidable pour que les adeptes de l'insolvabilité, novices ou plus expérimentés, explorent des idées nouvelles ou anciennes et fassent le plein de connaissances auprès des nombreux praticiens, universitaires et juges provenant de divers pays de l'Union européenne et au-delà de ses frontières. Les présentations et tables rondes ont mis en lumière de nombreux thèmes et tendances importants dans le domaine du droit de l'insolvabilité, à travers l'Union européenne et au-delà de ses frontières, et bénéficiaient de la participation de certaines sommités en la matière.

### **Approche polémique**

Le discours d'ouverture prononcé par le professeur Warner a servi de cadre à la polémique dans le domaine de la sauvegarde des entreprises et du droit de l'insolvabilité. Il a exhorté l'Union européenne à viser au-delà du système américain, des approches actuelles adoptées dans le règlement européen sur l'insolvabilité et donc des objectifs et fonctions connus du droit de l'insolvabilité, pour plutôt créer quelque chose de différent, d'excitant et de nouveau, et ne pas « sombrer dans l'ennui », selon ses propres termes. Il a planté le décor en suggérant l'impensable ou presque : un régime de l'insolvabilité unique est indispensable si l'Union européenne veut intégrer avec succès son marché unique !

### **Sortir des sentiers battus**

Cette conférence, qui invitait les participants à aller plus loin que les confortables approches traditionnelles connues en matière de droit de l'insolvabilité était le lieu parfait pour encourager les jeunes membres à sortir des sentiers battus dans leurs propres domaines d'expertise. Pourquoi les réformes devraient-elles se contenter de copier les autres pays dont les régimes sont jugés « meilleurs » ou plus efficaces ? N'est-il pas possible d'innover ? L'exhortation du professeur Warner a été suivie lors de chaque séance par chaque intervenant, à mesure que davantage d'arguments polémiques étaient avancés sans le moindre complexe, tranchant généralement par rapport à ce que l'on s'attend d'habitude à entendre.

### **Idées innovantes**

Relevant le défi du professeur Warner, la séance présidée par Neil Cooper a présenté diverses critiques intéressantes des approches actuelles en matière de sauvegarde des entreprises. Les jeunes

membres ont ainsi eu l'occasion de recenser les domaines dans lesquelles ils pourraient apporter du changement.

Les discussions de ce type sont d'excellentes sources d'idées pour les projets universitaires mais aussi d'idées pratiques innovantes. La critique qu'a faite Sarah Patterson de l'objectif social de l'équité des distributions dans le cadre de l'insolvabilité a suscité de vifs débats, surtout au vu de l'orientation initiale des recherches de cet auteur !

Toutefois, son approche théorique lui a également permis de fournir des arguments alternatifs qui permettront d'affiner ceux des tenants du discours adverse. Pour les jeunes membres, c'est précisément ce type de discussions qui suscite le plus de réflexions parallèles, exercice très utile pour tous ceux qui travaillent sur des projets de recherche de début de carrière.

### **Discussions et débats**

La deuxième journée de la conférence a porté le défi du professeur Warner vers de nouveaux sommets à l'occasion d'une séance au cours de laquelle ont été présentées des affirmations censées diviser les participants, comme celle-ci : « En cas de difficultés financières, une entreprise devrait avoir l'entière liberté de sélectionner les salariés qu'elle souhaite conserver et ceux qu'elle préfère licencier. » Des affirmations de ce genre ont stimulé les discussions et les débats et généreront sans aucun doute de nombreuses idées nouvelles sur la façon d'aborder les objectifs conflictuels des divers autres domaines du droit qui rejoignent le droit de l'insolvabilité, par exemple le droit du travail.

### **Développement de réseaux**

Outre les diverses séances de la conférence, les occasions de réseautage étaient nombreuses. Les longues pauses café, les rencontres en soirée et le dîner de la conférence fournissaient des occasions parfaites pour rencontrer des membres partageant les mêmes idées (ou pas) et pour débattre plus longuement des points qui nous avaient marqués pendant la journée.

La présence d'étudiants en maîtrise de droit, de doctorants et de jeunes chercheurs parmi cette assemblée réunissant de tels cerveaux et experts permettra sans conteste de faire progresser les connaissances et l'enthousiasme dans le domaine de l'insolvabilité et de la sauvegarde d'entreprises dans les années à venir. Après tout, c'est là notre héritage !

*\*Jennifer L. L. Gant, université de Nottingham Trent, Centre pour le droit des affaires et de l'insolvabilité*

X X X  
X

Insolvabilité de groupes d'entreprises

## Les insolvabilités de groupes d'entreprises dans la refonte du REI

*Jessica Schmidt\** nous explique les nouvelles règles et définitions du chapitre V de la nouvelle version du REI **Grâce au nouveau chapitre V consacré aux insolvabilités de membres d'un groupe d'entreprises, la refonte du REI a enfin rempli un vide souvent critiqué de la version précédente.**

Cependant, les nouvelles règles ont délibérément été confinées au niveau procédural. Elles ne prévoient aucune consolidation d'ordre matériel. Il s'agit là d'une approche sensée, car une telle consolidation, outre qu'elle frustrerait les attentes légitimes des créanciers, reviendrait à abandonner complètement les principes fondamentaux de séparation des entités juridiques et de limitation de la responsabilité au moment même où ils prennent toute leur importance : lors de l'insolvabilité<sup>2</sup>.

### **Champ d'application : la définition du terme « groupe d'entreprises »**

Pour commencer, la définition du terme « groupe d'entreprise » est de prime importance. L'article 2(13) de la refonte du REI le définit comme suit : « une entreprise mère et l'ensemble de ses filiales ». Le terme « entreprise mère » est ensuite défini à l'article 2(14) de la refonte du REI: une entreprise qui contrôle, soit directement, soit indirectement, une ou plusieurs filiales; une entreprise qui prépare des états financiers consolidés conformément à la directive comptable<sup>3</sup> est réputée être une entreprise mère. Par conséquent, contrairement à la proposition de la Commission<sup>4</sup>, dans laquelle la définition figurant à l'article 2(1)(j) avait été limitée aux groupes présentant un lien de subordination, la définition adoptée englobe également les *Gleichordnungskonzerne* (c'est-à-dire les situations dans lesquelles les entreprises sont gérées de manière unifiée au sens de l'article 22(7) de la directive comptable)<sup>5</sup>. Malgré sa complexité<sup>6</sup>, l'approche consistant à s'appuyer sur le concept de groupe bien établi par le droit comptable présente indéniablement le grand avantage d'offrir une cohérence systématique du droit de l'Union européenne<sup>7</sup>.

### **Les deux piliers de la coordination procédurale**

Le concept de coordination procédurale utilisé dans la refonte du REI repose sur deux piliers : (1) les obligations de coopération et de communication propres aux groupes (articles 56 à 60 de la refonte du REI) ; et (2) la possibilité d'avoir recours à une procédure spéciale de coordination collective (articles 61 à 77 de la refonte du REI).

<sup>2</sup> Cf. J. Schmidt KTS 2015, 19, 35, pour d'autres références.

<sup>3</sup> Directive 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises, modifiant la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil (JO L 182 du 29.6.2013, p. 19).

<sup>4</sup> Cf. COM(2012) 744.

<sup>5</sup> Cf. J. Schmidt KTS 2015, 19, 36, pour d'autres références.

<sup>6</sup> Essentiellement Mock GPR 2013, 156, 164 ; voir aussi K. Schmidt KTS 2010, 1, 12 et s.

<sup>7</sup> Cf. J. Schmidt KTS 2015, 19, 36.

### ***(1) Obligations de coopération et de communication propres aux groupes***

Le premier pilier correspond aux obligations de coopération et de communication entre : (i) les praticiens de l'insolvabilité désignés dans la procédure relative aux membres d'un groupe (article 56 de la refonte du REI) ; (ii) les juridictions qui ont ouvert une procédure d'insolvabilité relative aux membres d'un groupe ou devant lesquelles la procédure est en cours (article 57 de la refonte du REI) ; et (iii) tous les praticiens de l'insolvabilité désignés et toutes les juridictions concernées (article 58 de la refonte du REI).

Ces règles ont été délibérément rédigées de manière similaire aux articles 41 à 44 de la refonte du REI relatifs à la coopération et à la communication entre les intervenants concernés par les procédures principale et secondaires concernant le même débiteur<sup>8</sup>. En outre, l'article 60(1) de la refonte du REI accord aux praticiens de l'insolvabilité des membres du groupe des droits mutuels de participation aux procédures ouvertes à l'encontre d'autres membres du groupe, et notamment : (a) le droit d'être entendu ; (b) le droit de demander une suspension pour permettre la bonne mise en œuvre d'un plan de restructuration ; et (c) le droit de demander l'ouverture d'une procédure de coordination collective.

### ***(2) Procédure de coordination collective***

Le second pilier correspond à la possibilité d'ouvrir une procédure de coordination collective, régie à la section 2 du chapitre V de la refonte du REI (articles 61 à 77).

Le concept de procédure de coordination collective n'a été introduit dans la refonte du REI que dans le cadre de la procédure législative devant le Parlement européen et le Conseil. La proposition initiale de la Commission<sup>9</sup> privilégiait une autre approche : elle souhaitait aboutir à la coordination uniquement par le biais des droits de participation mutuels étendus accordés aux praticiens de l'insolvabilité de chaque entité du groupe. Cependant, cette approche s'est immédiatement heurtée à de sévères critiques : d'une part, elle était largement perçue comme trop timorée et d'une portée insuffisante<sup>10</sup> ; d'autre part, certains s'inquiétaient de ce qu'elle pourrait entraîner de graves difficultés et frictions, voire un obstruction des procédures<sup>11</sup>. Au vu des risques et inconvénients associés à l'approche de la Commission, l'Allemagne a plaidé avec succès en faveur de l'adoption d'un autre concept auprès du Parlement européen et du Conseil, concept que le gouvernement allemand avait lui-même privilégié dans le cadre de la réforme de l'insolvabilité dans son pays<sup>12</sup>, à savoir le concept de la procédure de coordination collective<sup>13</sup>.

#### Éléments fondamentaux du concept de procédure de coordination collective

Le concept de procédure de coordination collective se compose de trois grands éléments : (a) une juridiction de coordination ; (b) un coordinateur ; et (c) un programme de coordination collective<sup>14</sup>. L'ouverture d'une procédure de coordination collective peut être demandée auprès de toute juridiction compétente en matière de procédures d'insolvabilité à l'encontre d'un membre du groupe par un praticien de l'insolvabilité désigné dans une procédure d'insolvabilité ouverte à

<sup>8</sup> Cf. point 52 phrase 2 du préambule de la refonte du REI ; J. Schmidt KTS 2015, 19, 36.

<sup>9</sup> COM(2012) 744, art. 42(d).

<sup>10</sup> Cf. rapport JURI, A7-0481/2013, p. 48 ; Eidenmüller (2013) 20 MJ 133, 148 ; Kindler KTS 2014, 15, 43 ; Mock GPR 2013, 156, 165.

<sup>11</sup> Cf. doc. 15657/13, p. 5 ; Kindler KTS 2014, 25, 43 ; Reumers ECFR 2013, 554, 586.

<sup>12</sup> Cf. projet de réforme allemand, BR-Drs. 663/13. À ce sujet, voir en détail J. Schmidt KTS 2015, 19, 46 et s.

<sup>13</sup> Cf. J. Schmidt KTS 2015, 19, 38.

<sup>14</sup> Cf. J. Schmidt KTS 2015, 19, 38.

l'encontre d'un membre du groupe (article 61(1) de la refonte du REI). Si des demandes ont été déposées auprès de différentes juridictions, l'article 62 de la refonte du REI énonce une règle de priorité, qui a pour clair avantage de prévoir un critère simple et précis<sup>15</sup>. Toutefois, étant donné que ce principe de priorité présente également quelques inconvénients bien connus<sup>16</sup>, le REI essaie d'y remédier en permettant aux praticiens de l'insolvabilité concernés, à condition que les deux-tiers d'entre eux y aient donné leur accord, de choisir une autre juridiction (plus appropriée) (article 66 de la refonte du REI)<sup>17</sup>.

Un juridiction saisie d'une demande d'ouverture de procédure de coordination collective procède d'abord à une sorte d'examen préliminaire pour vérifier si les trois conditions d'ouverture de la procédure visées à l'article 63 (1) (a)-(c) de la refonte du REI sont remplies<sup>18</sup>. Ces conditions sont les suivantes :

(a) l'ouverture de la procédure doit être de nature à faciliter la gestion efficace de la procédure d'insolvabilité visant les différents membres du groupe ;

(b) aucun créancier d'un membre du groupe dont on prévoit la participation à la procédure ne doit être susceptible d'être financièrement désavantagé par l'inclusion de ce membre dans la procédure ; et

(c) le coordinateur proposé doit remplir les exigences prévues à l'article 71 de la refonte du REI. Si la juridiction estime que ces conditions sont remplies, elle envoie dans les meilleurs délais une notification aux praticiens de l'insolvabilité désignés pour les membres du groupe et leur donne la possibilité d'être entendus (article 63(1), (4) de la refonte du REI).

Étant donné que des préoccupations ont apparemment été soulevées quant à la nature « coercitive » de la procédure de coordination collective, les législateurs européens ont prévu une possibilité d'objection qui vise à garantir la nature volontaire de la procédure<sup>19</sup>. Conformément à l'article 64(1)(a)(2) de la refonte du REI, un praticien de l'insolvabilité désigné pour un membre d'un groupe peut formuler une objection à son inclusion dans la procédure de coordination dans les trente (30) jours à compter de la réception de la notification, en conséquence de quoi la procédure d'insolvabilité en question ne sera pas incluse dans la procédure de coordination collective (article 65(1) de la refonte du REI). Toutefois, cette décision n'est pas nécessairement définitive : l'article 69 de la refonte du REI prévoit la possibilité de participation volontaire ultérieure, dans certaines conditions<sup>20</sup>.

Une fois écoulé le délai de trente (30) jours prévu pour les objections, la juridiction peut ouvrir la procédure de coordination collective si elle estime que les conditions de l'article 63(1) sont remplies (voir ci-dessus). Dans sa décision d'ouverture, la juridiction désigne un coordinateur et se prononce sur les grandes lignes de la coordination, sur l'estimation des coûts et la part à acquitter par les membres du groupe (article 68(1) de la refonte du REI).

<sup>15</sup> Cf. J. Schmidt KTS 2015, 19, 39, pour d'autres références.

<sup>16</sup> À ce propos, cf. Jessica Schmidt « *Groups of Companies in German Autonomous Insolvency Law: The Lex Lata, its Application and Proposals for Reform* », dans Bob Wessels et Paul Omar (Éd.), *Insolvency and Groups of Companies* (INSOL Europe 2012), 37, 46.

<sup>17</sup> Cf. J. Schmidt KTS 2015, 19, 39.

<sup>18</sup> Cf. J. Schmidt KTS 2015, 19, 39.

<sup>19</sup> Cf. point 53 alinéa 1 phrase 1 du préambule : J. Schmidt KTS 2015, 19, 39 et s. pour d'autres références.

<sup>20</sup> Cf. J. Schmidt KTS 2015, 19, 40.

Le coordinateur est une personne habilitée, selon le droit d'un État membre, à agir en qualité de praticien de l'insolvabilité. Il ne peut pas être l'un des praticiens de l'insolvabilité désignés pour un membre du groupe, et ne doit avoir aucun conflit d'intérêts à l'égard des membres du groupe, de leurs créanciers et des praticiens de l'insolvabilité désignés pour tout membre du groupe (article 71 de la refonte du REI). L'article 75 de la refonte du REI expose par ailleurs les conditions de sa révocation. Les deux missions essentielles du coordinateur sont les suivantes : (a) définir et élaborer des recommandations pour la conduite coordonnée des procédures d'insolvabilité ; et (b) proposer un programme de coordination collective (article 72(1) de la refonte du REI). L'article 72(2) dresse une liste non exhaustive de cinq autres missions et droits du coordinateur.

Le programme de coordination collective sert à définir, à détailler et à recommander une série complète de mesures appropriées pour une approche intégrée de la résolution des insolvabilités des membres du groupe (article 72(1)(b)1 de la refonte du REI). L'article 72(1)(b)2 de la refonte du REI donne quelques exemples de propositions que peut contenir le programme.

Celui-ci sert simplement de « programme de référence ». En effet, sa mise en œuvre ne s'effectue pas centralement, mais dans le cadre des procédures d'insolvabilité individuelles<sup>21</sup>. Comme le dispose expressément l'article 70(2)1 de la refonte du REI, le programme de coordination collective n'est pas contraignant et n'est pas tenu d'être suivi, que ce soit en tout ou partie. De fait, le REI repose sur un mécanisme dit « *comply or explain* » (appliquer ou expliquer) : si un praticien de l'insolvabilité ne suit pas le programme de coordination collective, il doit faire part de ses motifs aux personnes ou aux organes auxquels il doit rendre compte en vertu de son droit national, ainsi qu'au coordinateur (art. 70(2) 2 de la refonte du REI)<sup>22</sup>. En outre, si un praticien de l'insolvabilité ne suit pas un programme de coordination collective sensible sans motif valable, cela peut constituer un manquement à ses obligations et engager sa responsabilité (civile ou même pénale) en dommages et intérêts, voire entraîner sa révocation<sup>23</sup>.

#### ***Possibilités de coordination hors d'une procédure de coordination collective***

Les législateurs européens étant pleinement conscients du fait que le concept de procédure de coordination collective devait être mis à l'essai dans la pratique, il a été délibérément conçu comme une simple possibilité<sup>24</sup>. Parmi les autres possibilités notables qui existent, citons : (i) les plans de restructuration indépendants d'une procédure de coordination collective (cf. article 56(2)(c), 60(1)(b) de la refonte du REI) ; et (ii) le regroupement de toutes les procédures en un lieu unique si le CIP de tous les membres du groupe se trouve dans le même État membre (mais il convient de noter que les transferts de CIP et les « modifications créatives » visant à obtenir un CIP précis ont été rendus plus difficiles par la réforme de l'article 3(1) et les points 27 et suivants du préambule de la refonte du REI)<sup>25</sup>.

#### **Conclusion**

Cette nouvelle procédure de coordination collective constitue sans conteste une possibilité intéressante. Toutefois, il reste à voir si le système fonctionnera dans la pratique (en particulier, le mécanisme « *comply or explain* » et le modèle d'objection sont susceptibles de susciter des

<sup>21</sup> Cf. J. Schmidt KTS 2015, 19, 41.

<sup>22</sup> Cf. J. Schmidt KTS 2015, 19, 41.

<sup>23</sup> Cf. J. Schmidt KTS 2015, 19, 41.

<sup>24</sup> Cf. J. Schmidt KTS 2015, 19, 42.

<sup>25</sup> Cf. J. Schmidt KTS 2015, 19, 42.

inquiétudes)<sup>26</sup>. Dans un certain sens, à cet égard, la refonte du REI peut être perçue comme un « essai sur le terrain » de grande envergure. Pourtant, au vu de la variété quasi-infinie de structures de groupe, la « meilleure » des possibilités (« nouvelle » ou « ancienne ») dépendra peut-être, au bout du compte, de la structure du groupe en question<sup>27</sup>.

*\*Pr Jessica Schmidt est diplômée en droit de l'université de Bayreuth (Allemagne)*

X X X  
X

Union Européenne

## Ouverture d'une procédure d'insolvabilité secondaire dans l'Union européenne

*Bernard P. A. Santen, Fabian A. van de Ven et Gert-Jan Boon\* nous présentent une étude précise des points que les juges doivent examiner avant d'ouvrir une procédure secondaire dans un État membre de l'Union européenne, après l'affaire Burgo/Illochroma*

### 1. Introduction

Dans cet article, nous souhaitons procéder à une étude précise des points que les juges doivent examiner avant d'ouvrir une procédure secondaire dans un État membre de l'Union européenne.

Ce thème nous a été suggéré lors des séances de formation organisées dans le cadre du projet de coopération judiciaire UE/III (projet « JudgeCo »)<sup>28</sup> pour les juges, concernant le règlement européen sur l'insolvabilité (« REI ») et sa révision qui était alors encore à venir (« refonte du REI »)<sup>29</sup> au dernier trimestre 2014 à Istanbul<sup>30</sup>, Riga<sup>31</sup> et Amsterdam<sup>32</sup>. Au total, une soixantaine de juges, pour la plupart traitant de l'insolvabilité en première instance, provenant de plus de quinze États membres de l'UE, étaient présents. Lorsque le concept de « procédure d'insolvabilité secondaire synthétique »<sup>33</sup> a été introduit, plusieurs juges s'y sont opposés. Selon eux, ce type de procédure, peu pratique, n'était pas compatible avec leur travail quotidien. Ils ont manifesté leur intérêt pour la réalisation d'une étude sur les points à prendre en considération avant d'ouvrir une procédure d'insolvabilité secondaire. Cet article entend tenir cette promesse.

La deuxième partie de cet article présente brièvement le concept de procédure secondaire synthétique. La troisième partie évoque deux arrêts liés de la Cour de justice de l'Union

22

<sup>26</sup> Pour plus de détails, voir J. Schmidt KTS 2015, 19, 42.

<sup>27</sup> Cf. J. Schmidt KTS 2015, 19, 43.

*Les auteurs souhaitent exprimer leurs remerciements aux participants des débats et séances de formation organisés à Istanbul, Riga et Amsterdam en 2014, pour leur participation et leur franchise.*

<sup>28</sup> Concernant le projet JudgeCo, voir : [www.eujudgeco.eu](http://www.eujudgeco.eu) et [www.TRI-Leiden.eu](http://www.TRI-Leiden.eu).

<sup>29</sup> Règlement (UE) 2015/848, publié au J.O. L 141/19 du 5 juin 2015. La refonte du REI entrera en vigueur le 26 juin 2017 (article 92, tel que publié).

<sup>30</sup> À l'occasion du congrès annuel d'INSOL Europe de 2014 (10 octobre). Seuls les membres de la Branche judiciaire d'INSOL Europe pouvaient y participer. Quatorze juges étaient présents.

<sup>31</sup> Le 3 novembre 2014, en présence de treize juges représentant cinq États membres de l'Union européenne.

<sup>32</sup> Les 1<sup>er</sup> et 2 décembre 2014, trente-neuf juges étaient présents, représentant seize pays.

<sup>33</sup> Ce concept sera expliqué dans la deuxième partie de cet article.

européenne (« CJUE »). La quatrième partie conclut par une liste d'observations devant être faites par un juge amené à se prononcer sur l'ouverture d'une procédure secondaire.

## **2. Procédure secondaire / procédure secondaire synthétique**

L'article 3(2) du REI définit une procédure secondaire comme toute procédure d'insolvabilité ouverte ultérieurement à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ouverte en application du paragraphe 1.

Selon les articles 3(3) et 27 du REI, cette procédure secondaire doit être une procédure de liquidation figurant dans la liste présentée à l'annexe B du REI. Le chapitre III (articles 27 à 35) du REI décrit la procédure secondaire et le rôle du mandataire de l'insolvabilité (« MI ») dans la procédure principale et la procédure secondaire<sup>34</sup>.

L'ouverture d'une procédure secondaire doit être demandée par le MI de la procédure principale ou par toute personne habilitée à demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans l'État membre en question (article 29 du REI), c'est-à-dire habituellement un créancier. Le REI prévoit trois modes d'assistance mutuelle entre les MI des procédures principale et secondaires<sup>35</sup>. L'article 31 du REI dispose que les MI des procédures principale et secondaires ont l'obligation de communiquer tout renseignement pouvant s'avérer utile à l'autre procédure, notamment l'état de la production et de la vérification des créances et toutes les mesures visant à mettre fin à la procédure. En outre, tous les MI sont tenus de coopérer entre eux (article 31(2) du REI). Enfin, l'article 31(3) du REI dispose que les MI des procédures secondaires doivent permettre en temps utile au MI de la procédure principale de présenter des propositions relatives à la liquidation ou à toute utilisation des actifs des procédures secondaires. Pour de plus amples renseignements sur les procédures secondaires, nous vous renvoyons vers la littérature<sup>36</sup>.

Il n'est pas nécessaire d'être clairvoyant pour prévoir que l'ouverture d'une procédure secondaire entraînera des coûts et une complexité accrue qu'il vaudrait mieux éviter, selon les cas (par ex. si les actifs ou les créanciers sont peu importants, que ce soit en termes de nombre ou de valeur). C'est foncièrement l'objectif que vise le concept de procédure secondaire synthétique. Les procédures secondaires dites « synthétiques » ou « virtuelles »<sup>37</sup> ne sont pas des procédures distinctes. Au contraire, ce concept englobe l'engagement pris par le MI de la procédure principale envers les créanciers d'un pays dans lequel le débiteur possède un établissement. Le MI de la procédure principale donne des garanties à chaque créancier dans les pays où une procédure secondaire pourrait être ouverte, à savoir que les règles de priorité locales seront respectées, dans

<sup>34</sup> L'abréviation « MI », utilisée pour la première fois par la BERD dans son rapport de 2007 intitulé *Insolvency Office Holder Principles*, est utilisée dans cet article pour désigner les « liquidateurs » visés à l'annexe C du REI et les « praticiens de l'insolvabilité » visés à l'annexe B de la refonte du REI.

<sup>35</sup> Paul Omar, *The European Insolvency Regulation: Current Structure and Issues* (2014) (matériel pédagogique destiné aux séances de formation JudgeCo, p. 170).

<sup>36</sup> Voir Signe Viimsalu, *The Meaning and Functioning of Secondary Insolvency Proceedings*, thèse de doctorat, Université de Tartu, 2011, disponible à l'adresse : [http://dspace.utlib.ee/dspace/bitstream/handle/10062/18512/viimsalu\\_signe.pdf?sequence=1](http://dspace.utlib.ee/dspace/bitstream/handle/10062/18512/viimsalu_signe.pdf?sequence=1) ; Bob Wessels, 2012, *International Insolvency Law*, Deventer : Kluwer, 3<sup>e</sup> éd. ; Christoph Paulus, 2013, *Europäische Insolvenz-verordnung*, Francfort-sur-le-Main, 4<sup>e</sup> éd.

<sup>37</sup> Voir par ex. Bob Wessels, *Contracting out of Secondary Insolvency Proceedings: the Main Liquidator's Undertaking in the Meaning of Article 18 in the Proposal to Amend the EU Insolvency Regulation*, *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law*, Brooklyn Law School, automne 2014, Vol. 9, numéro 1, p. 75 ; s'agissant des procédures « synthétiques » et « virtuelles », voir p. 81.

la mesure du possible, dans le cadre de la procédure (principale) en cours, « sous réserve qu'aucune procédure secondaire n'est ouverte »<sup>38</sup>.

L'article 36 de la refonte du REI comprend pas moins de dix paragraphes pour introduire ce concept. Il codifie la pratique anglaise courante ; en effet, ce mode de traitement a été approuvé dans deux affaires britanniques, à savoir *MG Rover*<sup>39</sup> et *Collins & Aikman*<sup>40</sup>. Dans cette seconde affaire, le tribunal a fait observer que le fait de traiter les créanciers des autres États membres, selon les propositions des administrateurs conjoints, comme si une procédure secondaire y avait été ouverte, serait la meilleure solution car cela permettrait d'éviter des délais, des dépenses, ainsi que des complications et une incertitude indésirables. Mais les choses vont plus loin. Juridiquement parlant, la procédure secondaire est une procédure de liquidation. Cela pose souvent problème, puisque la poursuite de l'activité est généralement nécessaire<sup>41</sup>. En outre, les procédures secondaires synthétiques présentent un avantage économique non négligeable : la synergie<sup>42</sup>. Comme nous l'avons déjà dit, le concept de procédure « synthétique » existera dans la législation de l'UE à partir de juin 2017.

### 3. Le rôle du tribunal dans l'ouverture d'une procédure secondaire

Dans l'affaire *Bank Handlowy/Christianapol*<sup>43</sup>, dont a été saisie la CJUE, la procédure principale ouverte en France était une procédure de sauvegarde. La question qui se posait était de savoir si cette procédure, dont l'objectif était « conservatoire », serait compatible avec la procédure secondaire qui devait être ouverte en Pologne, et dont l'objectif, conformément à la loi, était de réaliser la liquidation de l'entreprise.

La CJUE a arrêté que « [...] si les procédures secondaires visent, notamment, à assurer la protection des intérêts locaux, elles peuvent poursuivre également [...] d'autres objectifs. C'est la raison pour laquelle elles peuvent être ouvertes à la demande du syndic de la procédure principale, lorsque cette mesure répond à l'intérêt d'une administration efficace du patrimoine<sup>44</sup>. »

Il est intéressant de noter que la CJUE emploie les expressions « peuvent être ouvertes » et « lorsque cette mesure répond à l'intérêt d'une administration efficace du patrimoine », ce que certains ont interprété comme un premier signe en faveur de l'exercice du pouvoir d'appréciation du juge saisi d'une demande d'ouverture de procédure secondaire<sup>45</sup>.

Autre affaire récente, l'affaire *Burgo/Illochroma*<sup>46</sup>. Illochroma, société belge dont le CIP est situé en France, a été placée en liquidation par un tribunal français. D'après le liquidateur français, Burgo (créancier italien d'Illochroma) a présenté trop tard sa déclaration de créance à Illochroma.

<sup>38</sup> Omar, *op. cit.* p. 27. Voir aussi Antonio Leandro, *Amending the European Insolvency Regulation to Strengthen Main Proceedings*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, p. 317-340 ; Bob Wessels, *Contracting out of Secondary Insolvency Proceedings: the Main Liquidator's Undertaking in the Meaning of Article 18 in the Proposal to Amend the EU Insolvency Regulation*, *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law*, Brooklyn Law School, automne 2014, Vol. 9, numéro 1, p. 63-110.

<sup>39</sup> *In re MG Rover Benelux SA/NV (In Administration)*, [2006] (High Court of Justice Chancery). EWHC (Ch) 1296. Voir aussi Bob Wessels, *International Insolvency Law*, Deventer : Kluwer, 2012, para. 10616a ; Wessels, 2014, p. 77.

<sup>40</sup> *In re Collins & Aikman Europe SA*, [2006] EWHC (Ch) 1343.

<sup>41</sup> Voir Wessels, 2014, p. 70 al. iv, concernant Nortel.

<sup>42</sup> Voir l'affaire *MG Rover*, points 8 et 9, ainsi que Omar *op. cit.* p. 28.

<sup>43</sup> *Bank Handlowy/Christianapol*, CJUE 22 novembre 2012, C-116/11, ECLI:EU:C:2012:739.

<sup>44</sup> Point 58.

<sup>45</sup> Leandro, *op. cit.*, présente une analyse détaillée de cette affaire.

<sup>46</sup> *Burgo Group SpA/Illochroma SA en liquidation*, CJUE 4 septembre 2014, C327/13, ECLI:EU:C:2014:2158, point 18.

Étant donné qu'Illochroma avait un établissement en Belgique, Burgo a ensuite demandé l'ouverture d'une procédure secondaire dans ce pays. La juridiction de renvoi a fait observer que l'article 29 du REI ne précisait pas si « l'ouverture d'une procédure secondaire est un droit qui doit être reconnu par la juridiction compétente ou si cette dernière dispose d'une faculté d'appréciation [...] ». »

La CJUE a souligné qu'« [...] il y a lieu de rappeler dans ce contexte, premièrement, que les États membres, quand ils fixent les conditions pour l'ouverture d'une procédure secondaire, doivent respecter le droit de l'Union et, notamment, les principes généraux de celui-ci ainsi que les dispositions du [REI]<sup>47</sup>. » Elle a poursuivi en précisant : « deuxièmement, le juge saisi d'une demande tendant à l'ouverture d'une procédure secondaire doit tenir compte, en appliquant son droit national, des objectifs poursuivis par la possibilité d'ouvrir une telle procédure [...]. » En résumé, ces objectifs sont de « protéger les différents intérêts » et plus généralement de poursuivre d'« autres objectifs », comme l'indique le considérant 19. Troisièmement, la juridiction ayant ouvert la procédure secondaire doit « prendre en considération les objectifs de la procédure principale et tenir compte de l'économie du [REI]<sup>48</sup>. »

De manière surprenante, la CJUE ne précise pas quelles implications pourraient avoir « le droit de l'Union et, notamment, les principes généraux de celui-ci ainsi que les dispositions du [REI] », la protection des « différents intérêts » ni « les objectifs de la procédure principale ». L'objectif du REI pourrait être matière à réflexion, tel qu'exposé au point 2 de son préambule : « [...] les procédures d'insolvabilité transfrontalières [devraient fonctionner] de manière efficace et effective<sup>49</sup>. » Un autre raisonnement découle du principe de « coopération loyale » entre États membres, ce qui implique leurs institutions publiques, notamment leurs juridictions, tel que le formule l'article 4(3) du Traité sur l'Union européenne (« TUE »), applicable par le biais de l'article 81 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (« TFUE »)<sup>50</sup>. Ces raisonnements pourraient s'avérer utiles lorsqu'il s'agit d'envisager l'ouverture d'une procédure secondaire.

#### 4. Examen à réaliser par la juridiction

Les analyses précédentes de la jurisprudence de la CJUE impliquent qu'une juridiction appelée à ouvrir une procédure secondaire devrait examiner :

- (1) Si elle est compétente en application de l'article 3(2) du REI (« sans que l'insolvabilité du débiteur soit examinée dans cet autre État », article 27 du REI), auquel cas le droit national est applicable (article 28 du REI) ;
- (2) Si le droit national dispose que la juridiction dispose d'un pouvoir d'appréciation pour décider d'ouvrir une procédure secondaire ou non, sa décision doit : (a) respecter le droit de l'Union européenne ; et (b) en particulier les principes généraux de celui-ci, ainsi que (c) les dispositions du REI<sup>51</sup>. Ces principes généraux concernent notamment la « coopération

<sup>47</sup> Point 64.

<sup>48</sup> *Burgo Group SpA/Illochroma SA en liquidation*, CJUE 4 septembre 2014, C327/13, ECLI:EU:C:2014:2158, point 66.

<sup>49</sup> Au point 3 du préambule de la refonte du REI. Cependant, dans l'affaire *Bank Handlowy/Christianapol*, la CJUE mentionne une « administration efficace ».

<sup>50</sup> Au point 3 de son préambule, la refonte du REI renvoie à l'article 81 du TFUE.

<sup>51</sup> *Burgo Group SpA/Illochroma SA en liquidation*, CJUE 4 septembre 2014, C327/13, ECLI:EU:C:2014:2158, point 64.

loyale » (article 4(3) du TUE) et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales (article 6 du TUE), le principe de non-discrimination mentionné dans l'affaire Burgo/Illochroma et d'autres principes mentionnés dans la jurisprudence de la CJUE ;

- (3) En appliquant son droit national, les objectifs poursuivis par l'ouverture de la procédure, à savoir la protection des intérêts locaux (point 12 du préambule), mais l'ouverture peut poursuivre d'autres objectifs (point 19 du préambule), par exemple lorsque le patrimoine du débiteur est trop complexe pour pouvoir être administré comme une seule et même unité ou lorsque les différences entre systèmes juridiques sont si grandes que cela peut entraîner des difficultés<sup>52</sup>.

En outre, que ce soit dans le cadre des délibérations figurant à l'alinéa (2) ou de celles figurant à l'alinéa (3), nous avons le sentiment que la juridiction devrait également observer l'objectif général du REI, à savoir, selon le point 2 de son préambule « que les procédures d'insolvabilité transfrontalières fonctionnent de manière efficace et effective. »

La refonte du REI entrera en vigueur en 2017, ce qui suscitera de nouvelles questions intéressantes concernant l'ouverture de procédures secondaires. L'effet de la refonte du REI sera évoquée dans le prochain numéro d'*eurofenix*.

*Cet article est un résumé d'une étude plus importante disponible à l'adresse [www.TRI-Leiden.eu](http://www.TRI-Leiden.eu).*

*\* Bernard Santen est chercheur senior en droit de l'insolvabilité internationale à la Faculté de droit de Leyde (Pays-Bas). Pour la rédaction de cet article, il a bénéficié de l'assistance de Fabian A. van de Ven (étudiant en Master de droit des affaires, Faculté de droit de Leyde, et stagiaire chez TRI Leiden) et de Gert-Jan Boon (chercheur, Faculté de droit de Leyde, TRI Leiden).*

X X X

X

Concordats anglais

## Créer un lien suffisant : les sociétés étrangères face au concordat anglais

*James Watson\* nous rend compte des récents développements dans ce domaine en évolution constante*

**S'agissant d'un processus qui ne fait l'objet que de quelques articles de la loi anglaise sur les sociétés, l'augmentation fulgurante, ces dernières années, du nombre de concordats est tout à fait remarquable. En effet, c'est devenu l'un des outils de restructuration de dette les plus célèbres du monde.**

Un concordat permet à une majorité statutaire de créanciers (majorité en nombre et 75 % en termes de valeur des créanciers de chaque catégorie disposant d'un droit de vote) de modifier les droits de leur catégorie de créanciers et de contraindre les dissidents à une « adhésion forcée », le tout sous la supervision de la justice. Dans le cadre des restructurations financières, les concordats servent habituellement à apporter des modifications importantes aux documents de dette et/ou à la structure de capital, modifications qui nécessiteraient à titre contractuel le consentement d'une

<sup>52</sup> Point 65, réitéré au point 67.

super-majorité des prêteurs (y compris pour étendre les dates d'échéance, effacer ou capitaliser des dettes et libérer des sûretés).

Devenus incontournables dans les opérations britanniques, les concordats sont de plus en plus souvent employés pour restructurer les dettes d'emprunteurs étrangers. Dans certains cas, il n'existe pas, dans le pays de l'emprunteur, de procédure analogue qui lui permettrait de mettre en œuvre une restructuration viable ; dans d'autres cas, les emprunteurs ont tout simplement décidé qu'il était plus avantageux d'avoir recours à un concordat britannique qu'à une procédure locale. Les développements récents indiquent que cette tendance devrait se poursuivre, à quelques réserves près.

### **Dans quels cas une entreprise étrangère peut-elle avoir recours à un concordat anglais ?**

Le tribunal anglais ne se déclarera compétent pour homologuer un concordat concernant une entreprise immatriculée à l'étranger que s'il estime qu'il existe un « lien suffisant » avec l'Angleterre.

Il est désormais bien établi que ce « lien suffisant » existera :

- Si l'entreprise en question possède des actifs importants en Angleterre ;
- Si son centre des intérêts principaux (CIP) est situé en Angleterre ; ou bien
- Si les créances faisant l'objet du concordat sont régies par le droit anglais (qu'il existe ou non une clause d'attribution de compétence en faveur des juridictions anglaises).

Les juges anglais ont été confrontés à la question de savoir si leur compétence était limitée par le règlement sur les jugements. Pourtant, à ce jour, ils ont à chaque fois estimé que la question ne se posait pas dans les faits (bien qu'il s'agisse d'un point important qui n'a pas encore été définitivement tranché).

Par ailleurs, le juge n'homologuera un concordat que si le débiteur peut prouver que la procédure est susceptible de reconnaissance dans le pays où l'entreprise est constituée et dans tous autres pays concernés. La pratique courante consiste, pour l'entreprise, à faire établir des expertises allant dans ce sens par des juristes étrangers et à les communiquer au tribunal.

### **Que faire si l'entreprise étrangère n'a pas de lien avec l'Angleterre ?**

Même si un emprunteur en difficulté ne présente pas le moindre lien avec l'Angleterre, de récentes affaires ont mis en lumière deux méthodes permettant de créer ce lien et de le faire accepter par le tribunal anglais en vue de procéder à un concordat.

#### ***(i) Transfert de CIP***

La première solution consiste à déplacer le CIP de tout ou partie des débiteurs en Angleterre. Cette technique a été utilisée dans de nombreuses restructurations, notamment, ces derniers temps, dans le cadre des opérations Magyar Telecom, New World Resources et VGG.

Le tribunal devra estimer que le CIP a été déplacé en Angleterre par rapport à des facteurs objectifs et vérifiables par des tiers. Entre autres démarches courantes, il faudra transférer le siège social du groupe, l'adresse de son principal établissement, ses livres et registres, ses activités administratives quotidiennes et son domicile fiscal en Angleterre, y tenir les réunions du conseil d'administration et nommer des administrateurs domiciliés en Grande-Bretagne, et en informer tous les créanciers et intéressés.

Même si le règlement européen sur les procédures d'insolvabilité (sous ses formes actuelle et révisée) ne prévoit aucune période statutaire d'examen rétroactif du CIP, les entreprises devront effectuer ces démarches bien avant la tenue de la première audience dans le cadre du concordat.

***(ii) Modification des clauses d'attribution de compétence et de droit applicable***

Une deuxième solution consiste à modifier la clause de droit applicable dans les documents de dette de l'entreprise étrangère, pour choisir le droit anglais au lieu d'un droit étranger. Cette modification ne sera possible que si les documents stipulent contractuellement qu'une modification peut être effectuée avec un consentement des prêteurs inférieur à 100 %.

Cette approche a pris de l'ampleur l'année dernière, suite au concordat Apcoa, dans le cadre duquel les clauses prévoyant que le droit applicable était le droit allemand et attribuant la compétence aux juridictions allemandes ont été modifiées avec le consentement d'au moins 66,66 % des prêteurs en termes de valeur en vue de réaliser un concordat. Bien qu'un prêteur dissident ait objecté que cela ne constituait pas un lien suffisant, au bout du compte, le tribunal a tout de même homologué le concordat.

Le juge a conclu que le fait que les documents de dette n'étaient au départ pas régis par le droit anglais et avaient été modifiés par la suite en ce sens n'avait pas d'importance en pratique, tant que la modification produisait ses effets en vertu du droit local. Il a averti que le tribunal devait être précautionneux si le choix du droit opéré « s'avérait entièrement contraire aux dispositions antérieurement conclues entre les parties et/ou ne présentait aucun lien précédent avec les parties », s'il n'avait pas d'autre objectif que de favoriser la majorité au détriment des dissidents ou s'il constituait à un autre titre une « exagération ». Toutefois, plusieurs facteurs l'ont persuadé que ce n'était pas le cas, notamment le fait que les créanciers aient été expressément informés que l'objectif du changement de droit applicable était de réaliser un concordat anglais.

***(iii) Jouer la carte de la sécurité***

Le concordat DTEK, plus récent (similaire au concordat Mobile-8 d'il y a quelques années), associait à la fois un transfert de CIP vers l'Angleterre et une modification du droit applicable aux obligations de droit de New York de la société, établissant ainsi deux bases distinctes pour établir un lien suffisant.

Toutefois, il est intéressant de noter que le tribunal a suivi le précédent Apcoa et a confirmé que le changement de droit applicable suffisait à lui seul. En outre, le juge a rapidement conclu que le droit anglais n'était pas étranger aux dispositions prises, puisqu'il est souvent utilisé pour régir les titres de créance sur les marchés des capitaux.

**À l'avenir : possibilités et limitations**

Les concordats Apcoa et DTEK marquent sans conteste des étapes importantes dans la poursuite de l'extension de la compétence des tribunaux anglais en matière de concordats.

Toutefois, leur impact sur le marché européen des prêts pourrait être tempéré par le fait que, depuis 2012, la *Loan Market Association* a recommandé, dans ses documents standard de prêt à effet de levier, qu'une modification du droit applicable devrait nécessiter le consentement de l'ensemble des prêteurs. Par conséquent, dans les années à venir, il se pourrait que seul un petit nombre de prêts débouche sur un concordat par le biais d'une modification du droit applicable.

Au vu de la fréquence du financement obligataire, qui n'a cessé de croître ces dernières années, ces décisions risquent d'avoir un impact plus grand sur ce marché. Toutefois, seule, une modification du droit applicable ne suffira pas si la reconnaissance du concordat et des mesures associées au titre du chapitre 15 du Code de la faillite est nécessaire (comme cela peut se produire dans les affaires portant sur des obligations régies par le droit de New York). Dans ce cas, le débiteur devra posséder son CIP ou au moins un établissement en Angleterre. Étant donné qu'un transfert du CIP

vers l'Angleterre suffira à établir un lien suffisant en soi, la modification du droit applicable n'est-elle pas secondaire (et juste une mesure de sécurité supplémentaire visant à renforcer la certitude que le tribunal anglais se déclarera compétent) ?

Plus généralement, la technique de transfert du CIP est éprouvée et restera probablement la solution de prédilection des emprunteurs étrangers qui souhaitent établir un lien suffisant avec l'Angleterre. Toutefois, même s'il peut sembler facile de prendre les mesures nécessaires lorsque l'on a affaire à une holding ou à un emprunteur financier, cette solution peut ne pas fonctionner pour une société d'exploitation. Par ailleurs, dans certains cas, il peut exister d'autres obstacles qui empêchent de transférer le CIP ou d'établir avec suffisamment de certitude que ce résultat a été atteint.

La créativité des conseils juridiques (associée à l'approche pragmatique et commerciale des tribunaux) a favorisé l'extension de la compétence en matière de concordats anglais et il est envisageable qu'ils trouvent d'autres méthodes permettant d'établir un lien suffisant. Par exemple, dans la récente décision prononcée dans l'affaire AI Scheme Limited, le tribunal a donné son feu vert à une structure impliquant la reprise volontaire du passif par un véhicule *ad hoc* « orphelin » aux fins d'un concordat qui renonçait à des prétentions à l'encontre des débiteurs initiaux. L'affaire avait pour fond un contexte national impliquant des créanciers au titre de crédits à la consommation, et le tribunal a averti qu'une telle structure nécessiterait un « solide fondement de nécessité commerciale ». Cependant, cette affaire soulève des questions intéressantes quant à son application potentielle dans le contexte d'une restructuration financière transfrontalière.

À titre de conclusion, il convient de rappeler que certains emprunteurs étrangers ont pris l'habitude d'utiliser les concordats anglais en raison de l'absence de procédure judiciaire locale comparable. Ces dernières années, plusieurs pays européens ont essayé de répondre à cette situation en modernisant leur législation afin qu'elle englobe les outils de restructuration extra-judiciaire. Avec le temps, ces réformes pourraient venir tarir le flot d'emprunteurs à destination de l'Angleterre. Toutefois, pour le moment, la versatilité et les antécédents du concordat anglais, ainsi que la cohérence des tribunaux anglais, font que l'Angleterre reste une destination attirante pour la mise en œuvre d'une restructuration financière.

*\* James Watson, du cabinet Stephenson Harwood LLP, Londres (Royaume-Uni)*

X X X

X

Porto Rico

## Porto Rico fait-il ou non partie de la zone dollar ?

*Claude D. Montgomery et Mark S. Kaufman*<sup>53</sup> nous présentent la crise de la dette portoricaine dans ses grandes lignes

**Le 1<sup>er</sup> juillet 2015, le Commonwealth de Porto Rico a publié un rapport rédigé par Anne O. Krueger, ancienne économiste principale à la Banque mondiale, procédant à l'analyse de sa dette obligataire et de sa dette publique (le « rapport Krueger »).**

Le rapport Krueger conclut que Porto Rico et ses entreprises publiques doivent 73 milliards de dollars à leurs créanciers obligataires. Sans surprise, le rapport Krueger conclut également que cet État libre associé des Caraïbes, dont la population, en déclin, compte 3,5 millions de personnes, dont le PNB, lui aussi en déclin, s'élève à 72 milliards de dollars, et dont l'activité commerciale est étroitement liée aux États-Unis, ne peut plus faire face à ses dettes<sup>54</sup>. D'après la *Federal Reserve Bank of New York* (la « NY Fed »)<sup>55</sup>, la dette publique de Porto Rico est supérieure à son PNB, même si l'on ne tient pas compte des dettes fédérales. Comme l'a fait remarquer la NY Fed, « Porto Rico est un territoire très endetté par rapport à la plupart des États américains [...] ; par ailleurs, il ressemble davantage à une nation qu'aucun des États continentaux [...] »<sup>56</sup>.

### Dette souveraine

Il existe en effet des similitudes frappantes entre la crise de la dette grecque et la crise de la dette souveraine de Porto Rico. Ces deux pays sont liés par une monnaie commune et par une union politique volontaire avec une entité économique bien plus grande et forte. Les deux ont longtemps été soumis au joug non consensuel d'empires étrangers. Enfin, les deux ont connu un surendettement lié à des devises fortes et à l'incapacité de réduire les prix ou les coûts associés par le biais d'une dévaluation monétaire.

Quatorze ans après que la Grèce a rejoint la zone euro, la dette publique grecque avait atteint 320 milliards d'euros<sup>57</sup>, touchant 11 millions de citoyens, pour un PIB que la Banque mondiale estimait à 237,6 milliards d'euros en 2014<sup>58</sup>. Comme l'a fait remarquer la NY Fed, « il n'est certainement pas une coïncidence que les autres pays (hormis le Japon et les États-Unis) dont l'endettement est comparable à celui de Porto Rico soient également membres d'une union monétaire qui a entraîné d'énormes déficits structurels »<sup>59</sup>.

<sup>53</sup> Claude D. Montgomery et Mark S. Kaufman sont associés au sein du cabinet Dentons US LLP, respectivement au bureau de New York et de San Francisco. L'avis des auteurs exprimé dans cet article est entièrement personnel et n'engage pas celui de Dentons ou de ses clients.

<sup>54</sup> Rapport Krueger, point 3.

<sup>55</sup> *An Update on the Competitiveness of Puerto Rico's Economy [Mise à jour sur la compétitivité de l'économie portoricaine]*, Federal Reserve Bank of New York (31 juillet 2014) (« Update »), point 16.

<sup>56</sup> Update, point 17.

<sup>57</sup> <http://www.bbc.com/news/world-europe-33407742>.

<sup>58</sup> <http://data.worldbank.org/country/greece>.

<sup>59</sup> Update, point 19.

Toutefois, les deux situations présentent des différences notables en termes de souveraineté, limitant la pertinence de toute analogie directe à des fins d'analyse. La Grèce est reconnue comme un État souverain depuis 1830<sup>60</sup>, est membre de l'Union européenne depuis 1981<sup>61</sup>, et fait partie de la zone euro depuis 2001<sup>62</sup>. Par contre, Porto Rico n'a jamais été un État souverain indépendant. Sa participation à la zone dollar découle de son statut de territoire des États-Unis, acquis à l'origine en vertu d'un traité signé avec l'Espagne et mettant fin à la guerre hispano-américaine de 1897. Le Congrès américain a déclaré que tous les résidents nés à Porto Rico après 1898 et tous les individus nés à Porto Rico après 1941 étaient des citoyens américains<sup>63</sup>. Ce n'est qu'après 1952 que les citoyens résidents de Porto Rico ont voté pour adopter une constitution acceptant le statut de Porto Rico au sein des États-Unis<sup>64</sup>.

Soixante ans plus tard, les citoyens portoricains avaient accumulé une dette publique qui, selon la NY Fed, est à première vue bien plus élevée que celle des résidents de tout autre État ou territoire à lui seul<sup>65</sup>. Ce fossé entre les recettes et les dépenses publiques s'est creusé rapidement depuis 2002. Selon la NY Fed, la croissance des recettes a commencé à ralentir en 2002, tandis que les dépenses publiques sont restées inchangées. Les dépenses publiques ont même doublé au cours de la décennie qui s'est terminée en 2012, alors que les recettes de l'État n'ont augmenté que de 45 %<sup>66</sup>. Par-dessus tout, les obligations de l'État en termes de retraite ont dépassé le seuil critique, aboutissant à un ratio de financement actuariel de seulement 8,5 %<sup>67</sup>. Malheureusement, le secteur privé ne se portait pas beaucoup mieux. Le PNB suivait une courbe à la baisse depuis 2005<sup>68</sup>, les investissements totaux diminuaient régulièrement depuis 2005 et les prix du logement ne se sont pas redressés après l'explosion de la bulle en 2007<sup>69</sup>. Sur la base de ses prévisions traditionnellement paternalistes, en 2006, le Congrès a supprimé les allègements fiscaux dont bénéficiaient les investissements continentaux dans le secteur manufacturier et donc le seul stimulateur de la croissance du Commonwealth. Cette disparition progressive de stimulation a coïncidé avec l'envolée des cours du pétrole au cours de la période 2005-2013, faisant des îles dépendantes de l'or noir<sup>70</sup> des victimes du piège des importations d'énergie, incapables de répercuter ces hausses de coût variables<sup>71</sup>.

### **Base commune**

Comme dans la plupart des États souverains, y compris la Grèce, il n'existe pas de procédure reconnue permettant au Commonwealth ou à un autre État des États-Unis d'ajuster son endettement, qu'il soit obligataire ou d'une autre nature. Pourtant, les citoyens portoricains se distinguent tout particulièrement par leur incapacité à autoriser leurs municipalités et entreprises

<sup>60</sup> Protocole de Londres du 3 février 1830,

<http://www.kingscollections.org/exhibitions/specialcollections/greece/british-involvement-in-the-war/london-protocol>.

<sup>61</sup> [http://europa.eu/about-eu/countries/member-countries/greece/index\\_fr.htm](http://europa.eu/about-eu/countries/member-countries/greece/index_fr.htm).

<sup>62</sup> Id.

<sup>63</sup> 8 U.S.C. §1402.

<sup>64</sup> Loi du 3 juillet 1952, 66 Stat. 327. Voir également *Torres c. Porto Rico*, 431 U.S. 465 (1979).

<sup>65</sup> Update, point 16.

<sup>66</sup> Update, point 18.

<sup>67</sup> Update, point 18.

<sup>68</sup> Krueger, point 3.

<sup>69</sup> Krueger, point 5.

<sup>70</sup> <http://www.eia.gov/state/analysis.cfm?sid=RQ>

<sup>71</sup> Krueger, point 6.

publiques insolvables à participer à des procédures d'ajustement des dettes publiques sous la supervision d'un tribunal de la faillite fédéral. En 1984, le Congrès américain a expressément privé le Commonwealth de ces droits<sup>72</sup>, cette exclusion n'ayant pas été considérée comme une nouveauté politique<sup>73</sup>. Au vu de l'estimation de la NY Fed, qui chiffrait en 2014 la dette des entreprises et des municipalités de l'île à 39,4 milliards de dollars, soit 55 % de sa dette publique totale<sup>74</sup>, l'absence de ce pouvoir législatif a pourtant son importance du point de vue économique et culturel.

### **Bonne foi**

Pour les créanciers, la distinction entre le Commonwealth et ses agences et entreprises est très importante. L'endettement autorisé par le Commonwealth sous forme d'obligations à caractère général (« *general obligation bonds* ») est garanti par le prescription de « pleine foi et crédit » de la constitution de l'île. Les obligations à caractère général sont soumises par la constitution à des limitations annuelles en termes d'émission et de paiement, et bénéficient d'un privilège de premier rang par rapport aux dépenses en cas de déficit budgétaire<sup>75</sup>. Par contre, les dettes des administrations publiques ne peuvent être protégées que par des recettes précises, le cas échéant. Par exemple, la *Government Development Bank of Puerto Rico* est seulement une agence du Commonwealth, mais elle a émis plus de 11 milliards de dollars de titres de créance entre 2006 et 2014<sup>76</sup>. Parmi les autres grands émetteurs (agences et entreprises) de Porto Rico au cours de la même période, citons : *Employees Retirement System* (2,95 milliards de dollars) ; *Puerto Rico Aqueduct and Sewer Authority* (3,7 milliards de dollars) ; *Puerto Rico Electric Power Authority* (7,6 milliards de dollars) ; *Puerto Rico Highway and Transportation Authority* (2,5 milliards de dollars)<sup>77</sup>.

Au bas du totem financier, on trouve les obligations dite « à caractère moral » ou d'« affectation budgétaire ». Ces obligations dépendent entièrement de la promulgation de lois autorisant des dépenses. La *Public Finance Corporation* a émis des obligations de ce genre et n'a pas honoré son échéance d'août 2015, parce que le Gouverneur n'a pas demandé aux législateurs d'affecter des fonds au remboursement de sa dette<sup>78</sup>.

### **Droits civiques**

L'incapacité de Porto Rico à pouvoir bénéficier des dispositions du chapitre 9 témoigne des tensions de longue date au sein du Congrès et de la magistrature concernant les relations des États-Unis avec son plus grand territoire outre-mer<sup>79</sup>. Le Traité de Paris avait donné au Congrès le droit de « déterminer les droits civiques et le statut politique des habitants natifs » de Porto Rico<sup>80</sup> ;

<sup>72</sup> *The Bankruptcy Amendment and Federal Judgeship Act of 1984 [loi sur la magistrature fédérale et sur la réforme de l'insolvabilité]*, Pub. L. No. 98-353, 98 Stat. 333.

<sup>73</sup> « Le terme municipalité [...] n'inclut pas le district de Columbia ni les territoires des États-Unis. » S. Rep. 95-989, 95th Cong. 2d Sess. 25 (1978).

<sup>74</sup> Update, point 16.

<sup>75</sup> Voir la constitution de Porto Rico, article VI, section 7.

<sup>76</sup> Rapport trimestriel, *Government Development Bank of Puerto Rico*, [http://www.gdbpr.com/investors\\_resources/government\\_development\\_bank.html](http://www.gdbpr.com/investors_resources/government_development_bank.html).

<sup>77</sup> Id.

<sup>78</sup> <http://www.gdbpr.com/documents/GDBStatementonPaymentofPF Bonds080315.pdf>.

<sup>79</sup> À l'exception des treize colonies qui formaient initialement les États-Unis en 1784, tous les autres États américains ont été à un moment donné des territoires des États-Unis. Les Philippines sont le seul ancien territoire des États-Unis à être devenues une république indépendante.

<sup>80</sup> Art. II, Traité de Paris, 30 Stat. 1754 (1899).

assez rapidement par la suite, la Cour suprême des États-Unis a arrêté que seul le Congrès pouvait rendre la constitution des États-Unis applicable à Porto Rico, à la seule condition que sa décision soit rationnelle<sup>81</sup>.

Certains précédents récents semblent partir du principe que la constitution des États-Unis s'applique à tous les territoires sous le contrôle total et complet des États-Unis, sauf s'ils sont expressément exclus par le Congrès<sup>82</sup>. Des tensions similaires ont amené Porto Rico à adopter sa propre loi, en 2014, pour permettre la restructuration de dette des entreprises publiques et du Commonwealth, avec le soutien de son Gouverneur actuel, Alejandro Garcia Padilla. Toutefois, la Cour d'Appel fédérale de Boston a arrêté à l'unanimité que la loi insulaire était supplantée par la législation fédérale sur l'insolvabilité, qui empêche expressément Porto Rico d'avoir accès au chapitre 9<sup>83</sup>. Nonobstant ce résultat unanime, un juge d'appel s'est interrogé si le refus du Congrès, en 1984, d'inclure Porto Rico dans le champ d'application du chapitre 9 était justifié et s'il ne constituait pas en soi une exclusion anticonstitutionnelle de citoyens territoriaux de l'application uniforme de la clause sur la faillite figurant dans la constitution des États-Unis<sup>84</sup>.

### Débat politique

Aujourd'hui, la question de l'accès de Puerto Rico aux procédures fédérales d'ajustement de dette est l'un des grands débats juridiques et politiques. La Chambre des Représentants, contrôlée par le Parti républicain, avec le fervent soutien de nombreux membres des communautés de gestionnaires de fonds mutuels et d'obligataires américains, s'oppose à toute extension du chapitre 9 aux entreprises publiques de Porto Rico<sup>85</sup>. L'actuelle administration démocrate, par le biais de Jacob Lew, secrétaire du Trésor, a décidé de soutenir l'extension du chapitre 9 aux municipalités insulaires<sup>86</sup>. Par ailleurs, l'idée d'imposer un conseil fédéral d'examen et de supervision financière ayant le pouvoir d'apporter des changements contractuels, fiscaux et opérationnels concernant les entreprises, voire le Commonwealth lui-même, fait petit à petit son chemin<sup>87</sup>.

Ces débats reflètent également de profonds désaccords sur la question de savoir si des augmentations d'impôts et des coupes sombres dans les dépenses publiques (c'est-à-dire des mesures d'austérité, pour reprendre le terme utilisé en Grèce), ou le retour à des incitations fiscales ciblées et à la croissance économique, associés à une augmentation des investissements en infrastructures, sont des conditions préalables à la viabilité du remboursement de la dette.

En réponse au rapport Krueger, un ancien directeur adjoint du FMI a publié un rapport présentant un plan d'austérité classique<sup>88</sup>. Citant des statistiques du FMI montrant une croissance importante du PIB dans les années suivant des réductions des déficits budgétaires supérieurs ou égaux à 2 % du PIB d'un pays<sup>89</sup>, le rapport Centennial plaide en faveur : (a) d'une réforme fiscale passant par l'augmentation des impôts fonciers, des impôts sur le revenu et des taxes à la consommation (*sales*

<sup>81</sup> Par ex. *Downes c. Bidwell*, 182 U.S. 244 (1901).

<sup>82</sup> *Boumediene c. Bush*, 553 U.S. 723 (2008).

<sup>83</sup> *Franklin California Tax Free Trust c. Commonwealth de Porto Rico*, --F.3rd.-- (Slip Op. 6 juillet 2015).

<sup>84</sup> *Franklin c. Porto Rico*, --F.3rd.-- (Slip Op., point 51-52).

<sup>85</sup> [http://judiciary.house.gov/index.cfm/press-releases?ContentRecord\\_id=73F4990C-4D3D-4BD8-B360-D642875054AC](http://judiciary.house.gov/index.cfm/press-releases?ContentRecord_id=73F4990C-4D3D-4BD8-B360-D642875054AC)

<sup>86</sup> Lettre en date du 28 juillet 2015 adressée au sénateur Orin Hatch par Jacob Lew, secrétaire du Trésor, point 1.

<sup>87</sup> *Puerto Rico in Perspective [Porto Rico en perspective]*, National Public Finance Guarantee (10 août 2015) (« NGFP », point 12).

<sup>88</sup> *Centennial Group International Report*, juillet 2015, de Joel Faigenbaum (« rapport Centennial »).

<sup>89</sup> Rapport Centennial, point 13.

*and use taxes*) ; (b) d'une réduction des dépenses publiques au moyen d'une diminution du nombre d'enseignants proportionnellement aux nombre d'inscrits, d'un abaissement des subventions de l'université de Porto Rico ainsi que des prestations d'assurance maladie publiques en faveur des personnes défavorisées<sup>90</sup>. Ce rapport avance que les économies de 5 à 6,5 milliards de dollars que permettraient ces modifications pourraient entraîner des excédents budgétaires. Associé à des réformes structurelles concernant l'immatriculation des entreprises et le droit du travail, ce plan stimulerait la croissance et permettrait d'éviter un allègement de la dette, sans interrompre l'accès aux marchés du crédit<sup>91</sup>.

### **Tragédie grecque ?**

De nombreux protagonistes expérimentés et fortunés jouent un rôle dans les divers aspects du drame portoricain, qui s'apparente à une tragédie grecque : l'austérité contre la démocratie, le capital contre le peuple, et surtout, la question du sens à donner à la notion de sacrifice partagé. L'administration étant fermement campée sur ses positions anti-sauvetage, tout en privilégiant l'accès de l'île au chapitre 9 pour les entreprises, il se pourrait que les créanciers parviennent à prendre le dessus sur le Gouverneur portoricain, connu pour son esprit indépendant et favorable à l'allègement de la dette. Pourtant, seul un oracle de Delphes saura quelles obligations seront échangées en-dessous de leur valeur nominale, et comment se finira cette tragédie.

*\* Claude D. Montgomery et Mark S. Kaufman sont associés au sein du cabinet Dentons US LLP*

x x x

x

Luxembourg

34

## **La gestion contrôlée d'Espirito Santo fait long feu**

*Alors que ce dossier progresse, Martine Gerber\* nous propose la suite de son article de l'année dernière et nous explique en détail le mécanisme de récupération*

**Il a fallu des décennies à la famille Espirito Santo pour construire un groupe financier multinational d'une valeur d'environ 8 milliards d'euros, mais il a suffi d'un an pour balayer toute cette fortune.**

L'effondrement financier d'Espirito Santo est l'une des pires défaillances bancaires que le XXI<sup>e</sup> siècle ait connues à ce jour, laissant des milliers de créanciers à l'abandon et forçant de nombreux administrateurs à essayer de trouver leur chemin dans la jungle des financements croisés du groupe. Nombreux sont ceux qui enquêtent actuellement sur les causes de cette défaillance, allant de la Banque du Portugal aux procureurs généraux. Le risque de condamnation pour pratiques frauduleuses ou détournement d'actifs est assez élevé. Malheureusement, il faut bien reconnaître que les sociétés holding luxembourgeoises d'Espirito Santo ont joué un rôle important dans ce

<sup>90</sup> Rapport Centennial, points 5-6.

<sup>91</sup> Rapport Centennial, points 5-6.

désastre financier. Les procédures de gestion contrôlée entamées par les entités luxembourgeoises en 2014 n'ont pas empêché leur faillite et ont même ouvert la porte à leur chute inexorable.

### **Échec de la gestion contrôlée à sauvegarder les sociétés holding luxembourgeoises**

La gestion contrôlée<sup>92</sup> n'a pas permis d'éviter l'introduction de procédures d'insolvabilité à l'encontre des sociétés holding luxembourgeoises d'Espirito Santo.

Bien que le tribunal luxembourgeois ait au départ accepté certaines des demandes de mise sous gestion contrôlée, l'expert nommé par le tribunal, après avoir examiné la situation financière des sociétés et établi si elles étaient déjà en situation de cessation des paiements, a visiblement jugé sans équivoque que leurs demandes étaient irrecevables<sup>93</sup>.

L'ouverture d'une procédure de gestion contrôlée n'empêche pas une entité commerciale ou le tribunal d'introduire une procédure d'insolvabilité si les deux conditions suivantes sont remplies : incapacité à payer ses créanciers et incapacité à emprunter. Dans de telles circonstances, si les dirigeants de la société ne déposent pas une demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité, leur responsabilité peut être engagée<sup>94</sup>.

En ce qui concerne ESI, ESFIL, ESFG et ESC, les conditions de l'insolvabilité étaient remplies, faisant que le tribunal a rejeté leur demande de gestion contrôlée et a ouvert une procédure d'insolvabilité dans la semaine qui suivait.

S'agissant de Rio Forte, un premier jugement a rejeté la demande de mise sous gestion contrôlée le 17 octobre 2014, et la faillite a été déclarée le 8 décembre 2014. Plus d'un mois s'étant écoulé entre les deux décisions, on peut supposer que les dirigeants et actionnaires de Rio Forte hésitaient à déposer une demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité et ont essayé par tous les moyens de trouver une autre solution.

Une fois les diverses entités luxembourgeoises d'Espirito Santo déclarées en faillite, plusieurs administrateurs ont été nommés. Le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a nommé des administrateurs différents pour ESFIL et ESFG, puis pour ESI, ESC et Rio Forte. Leur mission était de réaliser les actifs des sociétés insolubles et de régler leurs dettes dans la mesure du possible.

Les administrateurs ont essayé de communiquer et de coopérer par le biais d'un site internet commun créé spécialement à l'occasion ([www.espiritosantoinsoolvencies.lu](http://www.espiritosantoinsoolvencies.lu)). La façon dont le tribunal a géré ces insolvabilités peut soulever quelques questionnements et inquiétudes. De fait, le tribunal a nommé un expert qui a enquêté sur la situation financière d'ESI, ESC et Rio Forte. Une fois leur demande de gestion contrôlée acceptée, il en a été nommé l'administrateur. Si le tribunal avait nommé un autre administrateur plutôt que de choisir cette solution facile et rapide, l'investigation aurait peut-être été menée différemment.

En outre, malgré les diverses demandes informelles des créanciers, dans les deux semaines à compter de la déclaration de faillite, le tribunal n'a pas nommé le comité de créanciers composé de trois membres parmi les principaux créanciers chirographaires du débiteur chargé d'aider l'administrateur et de superviser les opérations réalisées dans le cadre de l'insolvabilité. Le comité des créanciers a un rôle purement consultatif. En outre, à ce jour, les administrateurs ont communiqué uniquement par le biais de leur site internet et n'ont toujours pas organisé

<sup>92</sup> Régie par l'arrêté grand-ducal du 24 mai 1935 (voir *eurofenix*, numéro d'automne 2014).

<sup>93</sup> Il est impossible d'analyser le contenu du rapport d'expertise, puisqu'il n'est jamais communiqué à des tiers.

<sup>94</sup> Voir par exemple : Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, affaire 192/05, 18/02/2005.

d'assemblée générale des créanciers pour répondre à leurs questions, contrairement à ce qui avait été fait dans les affaires Madoff. Manifestement, les administrateurs essaient de comprendre les nombreuses facettes de ces dossiers très complexes ; toutefois, ce type de comportement n'est pas représentatif de la justice luxembourgeoise moderne.

### **Récupérer ou ne pas récupérer ? Telle est la question...**

Le 30 novembre 2014, le courageux administrateur d'ESFG a déposé deux demandes introductives d'instance auprès du tribunal administratif de Lisbonne, contestant entre autres la création de Novo Banco et la mesure de résolution appliquée à BES par la Banque du Portugal. Apparemment, au Portugal, la séparation des créances douteuses était la pierre d'achoppement de la restructuration de BES, car elle a permis de sauver les créanciers chirographaires ayant réalisé des dépôts auprès de la banque en appliquant purement et simplement le fameux principe « *too big to fail* ». Néanmoins, pour les créanciers des entités luxembourgeoises, la séparation des créances douteuses implique la perte d'actifs et davantage de difficultés pour contester les opérations réalisées pendant la période suspecte<sup>95</sup>.

En principe, la période suspecte est fixée, à l'appréciation du juge, six mois et dix jours avant la date du jugement déclaratif de faillite. Suite aux demandes des administrateurs et aux pressions exercées par les créanciers, le tribunal a modifié, dans une deuxième décision, la date de commencement de la période suspecte, la fixant en janvier 2014 pour ESFIL, ESFG et ESI.

Il sera intéressant d'observer si les administrateurs nommés dans le dossier Espirito Santo exerceront leur droit de déclarer la nullité de certains transferts préférentiels ou frauduleux qu'un débiteur aurait pu réaliser en faveur d'un créancier au cours de la période suspecte. À cet égard, certaines opérations doivent être annulées si elles ont été entreprises au cours de la période suspecte. Sur demande de l'administrateur, le tribunal de commerce peut annuler d'autres opérations s'il est prouvé que les personnes recevant un paiement de la part du débiteur ou ayant conclu une opération avec lui avaient connaissance de la cessation des paiements. Dans l'affaire en question, il est probable que ce soit le cas, puisqu'il était très fréquent que les intermédiaires travaillent pour BES. Enfin, un principe d'ordre général veut que tous les actes ou paiements lésant les créanciers soient annulés, quelle que soit la date à laquelle ils ont été réalisés.

Actuellement, au Luxembourg, les créanciers sont principalement attentifs aux actions en récupération qui n'ont pas encore été introduites par les administrateurs. Il est impossible de savoir quand ils le feront, car la loi n'impose aucun délai de prescription que les administrateurs seraient tenus de respecter. S'agissant de Rio Forte, les actions en récupération pourraient s'avérer leur seul moyen de récupérer des actifs répartis au sein de diverses entités du groupe. Toutefois, les administrateurs devraient être prudents et évaluer pleinement les conséquences à terme de l'annulation de certaines opérations, en raison de l'effet de boule de neige que pourraient entraîner les actions en récupération et certaines dispositions de droit international privé.

### **Déclaration des créances : un véritable nœud gordien pour les créanciers**

Les aspects les plus remarquables de l'affaire Espirito Santo sont les suivants : (i) les créanciers sont en grande majorité des créanciers chirographaires ; et (ii) de nombreux investisseurs spécialisés dans les entreprises en difficulté ont présenté des cessions de créances concernant des

---

<sup>95</sup> *The Wall Street Journal Europe.*

créances initiales dont la validité ne pouvait pas toujours être prouvée en raison de l'absence systématique de justificatifs.

Le jugement d'insolvabilité impose aux créanciers de déclarer et produire leurs créances dans un délai court, en principe de vingt jours. Le jugement fixe également une date limite pour la vérification des créances et une date d'audience à laquelle le tribunal examinera les créances produites.

Les créanciers doivent produire leurs créances auprès du greffe du tribunal de commerce. Dans la pratique, les créanciers sont autorisés à déclarer leurs créances jusqu'à la date limite de vérification des créances. Dans les jugements d'insolvabilité concernant ESI et Rio Forte, les administrateurs ont repoussé deux fois la date limite de vérification des créances. Enfin, au vu du nombre de créances, du fait que les créanciers n'étaient pas situés au Luxembourg et de la quantité de cessions, les administrateurs ont fixé cette date limite au 30 septembre 2015. Toutefois, cette date n'emportera pas l'extinction des créances.

Par la suite, les administrateurs devront envoyer une notification aux créanciers pour leur communiquer la date fixée par le tribunal pour examiner leur créance. En principe, toutes les créances peuvent être contestées dans une décision unique. Si cela s'avère impossible, le tribunal prononce la disjonction, c'est-à-dire la séparation des instances, afin d'examiner les différends admissibles. Le tribunal, par l'intermédiaire des administrateurs, peut fixer une nouvelle date pour procéder à une seconde vérification des créances.

À ce stade, il est impossible de prédire l'issue de cette affaire<sup>96</sup>. Les cédants doivent déposer une nouvelle demande en y joignant leur cession et s'attendre à ce qu'elle soit contestée. Par conséquent, il se peut que la conclusion de la procédure d'insolvabilité d'Espirito Santo prenne encore quelques années. Entre-temps, le Fonds monétaire international a rapporté que l'affaire Espirito Santo soulevait diverses questions concernant les systèmes de réglementation et de surveillance et les structures des groupes bancaires dans l'Union européenne. Il a souligné le fait que, contrairement à ce qui se fait aux États-Unis, la réglementation et la surveillance des groupes bancaires dans l'Union européenne ne se focalisent pas à la fois sur les banques et sur leurs sociétés holding. Malgré l'existence de comptes consolidés, les problèmes financiers des trois sociétés holding de BES sont passés à travers les mailles du filet et n'ont pas été détectés assez tôt. C'est la raison pour laquelle le FMI propose de mettre en place une réglementation directe des sociétés holding faitières des banques.

Malheureusement, il pourrait y avoir encore de nombreux rebondissements dans la saga financière d'Espirito Santo. Nous ferons de notre mieux pour vous tenir informés de leur évolution complexe dans un proche avenir !

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

X X X

X

<sup>96</sup> Actualités par pays (*eurofenix*) de juin 2015.

France

## Comment on lutte en France contre le blanchiment et le financement du terrorisme

*\*Hervé Ballone décrit les obligations spécifiques des praticiens français de l'insolvabilité et restructuration*

**La lutte contre les flux financiers illicites est une priorité pour les autorités françaises. En effet, le blanchiment d'argent est au cœur des activités criminelles et représente une menace pour la stabilité économique et politique des Etats.**

Face à cette réalité, l'action politique a renforcé considérablement les outils de lutte contre la fraude, le blanchiment et le financement du terrorisme. La France s'est d'ailleurs dotée d'un arsenal juridique conséquent et participe activement à l'amélioration des standards en la matière, tant au niveau international, dans le cadre des travaux du Groupe d'Action Financière (GAFI), qu'au niveau régional, dans le cadre des travaux législatifs conduits par la Commission européenne et des conventions du Conseil de l'Europe.

Les principaux acteurs de la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme (*article 561-2 du Code Monétaire et Financier*) sont les organismes financiers (banques, sociétés d'assurance, entreprises d'investissement, mutuelles...), les experts comptables, les commissaires aux comptes, les huissiers et certaines professions non financières (notaires, agents immobiliers, responsables de casinos, commissaires-priseurs et marchands de biens de grande valeur). Au terme du processus de transposition de la troisième directive anti-blanchiment du 26 octobre 2005, de nouveaux secteurs d'activité ont été intégrés dans le dispositif tels que les avocats, les huissiers et les administrateurs et mandataires judiciaires.

### **Définitions du blanchiment et du financement du terrorisme**

Le dispositif français de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme repose en premier lieu sur la définition d'un délit général de blanchiment inscrit dans le code pénal français (art. 324-1), applicable aux revenus liés à un délit et à un crime, ainsi qu'au financement du terrorisme.

Ainsi, le blanchiment, délit intentionnel (*mens rea*) est « *le fait de faciliter, par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect. Constitue également un blanchiment le fait d'apporter un concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit* » (*actus reus*).

Le blanchiment est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende. Toutefois, le blanchiment est puni de dix ans d'emprisonnement et de 750 000 euros d'amende :

- lorsqu'il est commis de façon habituelle ou en utilisant les facilités que procure l'exercice d'une activité professionnelle,
- lorsqu'il est commis en bande organisée.

La tentative des délits prévus à la présente section est punie des mêmes peines.

### **Le système français**

Lors du sommet de l'arche du 14 au 16 juillet 1989, le G7 avait recommandé la création de cellules de renseignements financiers chargées de contribuer à la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme. La France a choisi de se doter d'une cellule de renseignement financier appelée TRACFIN.

TRACFIN est un service administratif, à compétence nationale et placé sous la tutelle du Ministère

des Finances et des Comptes publics. Sa mission est de lutter contre les circuits financiers clandestins, le blanchiment de l'argent et le financement du terrorisme.

Pour ce faire, cette cellule recueille, analyse, enrichit et exploite tout renseignement propre à établir l'origine ou la destination délictueuse d'une opération financière à partir des déclarations effectuées par les professionnels assujettis.

Dès réception de l'information, TRACFIN effectue en premier lieu un travail d'analyse, puis d'enquête et externalise les informations sous forme de notes qu'elle transmet tant à l'autorité judiciaire (Procureur) qu'aux cellules de renseignement financier étrangères.

### **Les obligations spécifiques imposées aux praticiens de l'insolvabilité et restructuration (Administrateurs et Mandataires Judiciaires)**

#### 1/ L'obligation de vigilance

Les Administrateurs (« AJ ») et Mandataires Judiciaires (« MJ ») ont une obligation de vigilance sur leurs dossiers, en fonction notamment de leur Administré, de son actif, de son passif, de son effectif social, du bénéficiaire effectif, des transactions, des éventuels repreneurs ... Ainsi, des procédures et mesures adaptées de contrôle interne doivent être effectuées aux fins de les identifier.

Trois types de vigilance peuvent être mise en œuvre par les professionnels susvisés, selon la nature et le niveau du risque :

- vigilance normale exercée au moment de l'entrée en relation portant notamment sur les éléments d'identification de l'Administré et des éventuels repreneurs, sur la procédure appliquée et les opérations à venir.

- vigilance allégée si le risque est jugé faible dans le suivi de la relation avec l'Administré.

- vigilance renforcée si le risque est jugé élevé. Des mesures de vigilance complémentaires doivent être prise si l'Administré n'est pas physiquement présent, la personne est politiquement exposée, etc.

#### 2/ L'obligation déclarative à TRACFIN

Les AJ/MJ ont l'obligation de déclarer à TRACFIN les sommes ou opérations dont ils « *savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une infraction passible d'une peine privative de liberté supérieure à un an ou participent au financement du terrorisme* ».

La déclaration devrait être effectuée préalablement à l'exécution de la transaction aux fins de permettre à TRACFIN d'exercer son droit d'opposition sur l'opération à venir.

Toutefois, les AJ/MJ peuvent intervenir après réalisation de l'opération dans les trois cas suivants :

- impossibilité de surseoir à son exécution,

- report pouvant faire obstacle au bon déroulement des investigations en cours,

- soupçon apparu postérieurement à la réalisation de l'opération en cause.

Il est à noter que le nombre de déclarations effectuées par les AJ/MJ a considérablement explosé en 2014, soit 100 déclarations effectuées & un accroissement de 22 % par rapport à l'année 2013.

### **Critères d'alerte et exemples de risques**

*Soupçon de fraude lors d'une liquidation judiciaire :*

Suite à la liquidation judiciaire d'une société A, l'outil de production, le stock et la marque ont été cédés au bénéfice d'une société B. Les recherches effectuées montrent que le gérant de la société B est en réalité l'un des actionnaires de la nouvelle entité, société C, créée par l'ancien gérant de la société placée en liquidation judiciaire. Lesdits actifs sont mis à la disposition de la société C.

*Les critères d'alerte:*

- une procédure de liquidation qui semble avoir pour objectif la poursuite de l'activité via une autre structure,
- rachat d'actifs par une société nouvellement constituée,
- rachat des actifs par une personne ayant un lien avec l'ancien gérant.

*Soupçon d'abus de biens sociaux suite à plan cession :*

Suite à la procédure de redressement judiciaire d'une société A, le Tribunal a arrêté un plan de cession de ladite société pour l'euro symbolique en contrepartie du maintien de l'emploi et de la poursuite de l'activité. L'acquéreur bénéficie d'une subvention publique. Suite aux mauvais résultats de la société, celle-ci est contrainte de procéder à des licenciements pour motif économique quelque mois après le premier déblocage de ladite subvention.

Suite à la procédure de redressement judiciaire d'une société B, le Tribunal a arrêté au bénéfice d'une société C, un plan de cession pour un montant symbolique en contrepartie du maintien de l'emploi et de la poursuite de l'activité. Quelques mois plus tard, la société C vend les actifs à la société D, autant précisé que ces deux sociétés ont le même gérant.

Quelques mois plus tard, la société D revend les actifs à la société E avec une forte plus-value.

Quelques jours après l'encaissement du prix de vente, la société D effectue un virement vers un compte ouvert à l'étranger au nom de son gérant sans qu'aucune contrepartie ne puisse être identifiée.

*Les critères d'alerte:*

- reprise d'une société pour un montant symbolique,
- obtention d'aides publiques,
- revente d'actifs dans une courte période avec une forte plus-value.

*La fraude à l' L'Association pour la Gestion du régime de garanties des créances des Salaires (« A.G.S »)*

L'AGS a pour objectif de garantir le paiement des créances dues en exécution du contrat de travail en cas de redressement judiciaire, de liquidation judiciaire et sous certaines conditions en cas de procédure de sauvegarde. L'A.G.S peut contester le paiement sous réserve d'apporter la preuve que le fondement contractuel de la créance relève d'une fraude.

*Les scénarios récurrents sont les suivants :*

- Fictivité du contrat de travail ou absence de lien de subordination,
- Embauche massive de CDD précédant l'ouverture de la procédure collective,
- Augmentation du salaire de référence précédant l'ouverture de la procédure collective.
- Rémunération disproportionnée eu égard à la taille de l'entreprise et des fonctions exercées,
- Absence d'activité économique de la société.

Nul doute que la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme est le combat du XXIème siècle. D'ailleurs, la 4<sup>e</sup> directive de Lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme, lancée le 5 février 2013, a été votée en commissions du Parlement européen le 27 janvier 2015. Celle-ci comporte plusieurs innovations juridiques, dont la création de fichiers nationaux. Son application est probable en 2017.

*\*Hervé Ballone, Université libre de Droit*

x x x

x

Pays baltes

## **Pays baltes : Comparaison des procédures d'insolvabilité et de restructuration**

*Edvīns Draba, Ignas Dargužas et Albert Linntam\* établissent une rapide comparaison entre les règles applicables à l'insolvabilité et à la restructuration des entreprises dans les trois pays baltes*

**Cet article établit une rapide comparaison entre les règles applicables à l'insolvabilité et à la restructuration des entreprises (exception faite des entités de type établissements de crédit ou compagnies d'assurances) des trois pays baltes (Lettonie, Lituanie et Estonie).**

En Lettonie, les procédures d'insolvabilité et de restructuration sont principalement régies par la loi sur l'insolvabilité adoptée en 2010. Cette loi avait été rédigée en tenant compte des recommandations des créanciers internationaux du pays à l'époque.

En Lituanie, les procédures d'insolvabilité sont régies par la loi sur l'insolvabilité des entreprises de la république de Lituanie, adoptée en 2001. Les restructurations sont quant à elles régies par la loi sur la restructuration des entreprises de la république de Lituanie, elle aussi adoptée en 2001.

En Estonie, les procédures d'insolvabilité des entreprises sont régies par deux lois distinctes : a) la loi sur l'insolvabilité, adoptée en 2004 ; et b) la loi sur la réorganisation, adoptée en 2008.

### **Procédures existantes**

#### ***Lettonie***

Pour l'essentiel, la Lettonie suit le modèle à déclaration unique : la procédure d'insolvabilité sert à la liquidation, tandis que la procédure de restructuration et la procédure de restructuration amiable servent à la restructuration. Des informations sur ces procédures sont disponibles sur le site internet du Registre de l'Insolvabilité.

#### **Procédure d'insolvabilité**

Les procédures d'insolvabilité concernant les entreprises peuvent être introduites par le débiteur, un ou plusieurs créanciers, un praticien de l'insolvabilité spécialiste de la restructuration ou un liquidateur nommé dans la procédure d'insolvabilité principale (concernant l'ouverture d'une procédure secondaire).

Si la demande est présentée par un créancier, le critère de l'illiquidité est utilisé pour établir l'insolvabilité du débiteur. Toutefois, certains éléments du critère du bilan sont utilisés dans la pratique par les tribunaux pour rejeter les demandes frauduleuses.

La loi dispose que les biens du débiteur doivent être vendus dans un délai de six mois. Les créanciers gagistes ne sont pas exclus de la procédure d'insolvabilité ; le gage doit être vendu par un praticien de l'insolvabilité de la même manière que les autres biens du débiteur.

Le cadre législatif prévoit la possibilité de vendre le fonds de commerce du débiteur sans interruption d'activité. Toutefois, cette possibilité est rarement utilisée dans la pratique.

#### **Procédure de restructuration**

Les procédures de restructuration relèvent du régime du débiteur-exploitant et sont placées sous la surveillance d'un praticien de l'insolvabilité. Dans les grandes lignes, elles peuvent être comparées aux procédures américaines fondées sur le chapitre 11. Elles prévoient un moratoire sur les

mesures d'exécution et un mécanisme d'adhésion forcée applicable à toutes les créances (exception faite des amendes administratives et pénales).

La procédure de restructuration est soumise à la condition que les créanciers reçoivent un montant supérieur ou égal à ce qu'ils auraient reçu dans le cadre d'une procédure de liquidation. Elle ne prévoit pas de critère de déclaration précis ; cependant, il doit être prouvé que le débiteur rencontre des difficultés financières ou est sur le point d'en rencontrer. Toutefois, il n'est pas obligatoire d'en apporter la preuve au tribunal. Seul le débiteur peut demander l'ouverture d'une procédure de restructuration.

Celui-ci dispose ensuite d'un délai de deux mois pour présenter un plan de restructuration aux créanciers, obtenir leur approbation et soumettre le plan approuvé au tribunal. Le plan est soumis au vote des deux catégories de créanciers (chirographaires et gagistes). La majorité requise pour son approbation correspond à la majorité des créanciers chirographaires plus les deux tiers des créanciers gagistes (en termes de montant des créances principales). Ce délai de deux mois peut être prolongé d'un mois avec le consentement des mêmes majorités de créanciers.

Il peut être envisagé d'accorder le super-privilège pour obtenir de nouveaux financements dans le cas où la restructuration échouerait.

La procédure ne peut durer plus de deux ans ; toutefois, avec le consentement des créanciers, elle peut être prolongée de deux années supplémentaires.

#### Restructuration amiable

Une entreprise peut également demander l'ouverture d'une procédure de restructuration amiable. Contrairement à ce qui se passe dans la procédure habituelle, le débiteur doit négocier avec les créanciers et obtenir leur consentement au plan de restructuration en toute confidentialité avant de déposer sa demande de restructuration auprès du tribunal.

Il convient de noter qu'un débiteur faisant déjà l'objet d'une procédure d'insolvabilité peut demander sa transformation en procédure de restructuration.

### ***Lituanie***

La procédure d'insolvabilité (qui sert à la liquidation de l'entreprise) peut prendre une forme judiciaire (formelle) ou extra-judiciaire (informelle). Dans certains cas, il est possible d'avoir recours à une procédure d'insolvabilité simplifiée. Il existe également des procédures de restructuration.

#### Insolvabilité judiciaire

Une demande d'insolvabilité judiciaire peut être déposée auprès du tribunal par : (i) un ou plusieurs créanciers ; (ii) un ou plusieurs propriétaires ; ou (iii) par le principal dirigeant de l'entreprise. Le critère du bilan est utilisé pour établir l'insolvabilité du débiteur.

#### Insolvabilité extra-judiciaire

En cas d'insolvabilité extra-judiciaire, le tribunal ne dispose pas du pouvoir de réviser les décisions des créanciers, qui disposent du contrôle total de la procédure d'insolvabilité. La procédure d'insolvabilité extra-judiciaire débute par une décision adoptée à la majorité qualifiée (trois quarts) des créanciers. En cas de consensus, toutes les questions survenant dans le cadre de la procédure d'insolvabilité sont tranchées par le comité des créanciers. Toutefois, cela se produit très rarement. En effet, (a) l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité extra-judiciaire exige l'absence totale de litiges patrimoniaux en cours impliquant le débiteur ; (b) les différends sont généralement

inévitables pendant l'insolvabilité et il est particulièrement difficile d'obtenir le consentement unanime des créanciers.

#### Insolvabilité simplifiée

Les procédures d'insolvabilité simplifiées sont ouvertes à l'initiative du tribunal dans le cas où le débiteur ne possède pas suffisamment d'actifs pour couvrir le coût d'une procédure d'insolvabilité. La procédure ne peut durer plus d'un an à compter de l'entrée en vigueur de la décision d'ouverture d'une procédure simplifiée. Toutes les questions survenant dans le cadre de cette procédure sont tranchées par le tribunal. Les créanciers ne contrôlent pas la procédure et ne se réunissent pas.

#### Restructuration

Les procédures de restructuration visent à permettre aux entreprises qui rencontrent des difficultés financières sans pour autant avoir interrompu leurs activités économiques et commerciales de maintenir et de développer ces activités, de régler leurs dettes et d'éviter l'insolvabilité. Seul le débiteur et ses actionnaires peuvent demander l'ouverture d'une procédure de restructuration. Les conditions préalables sont les suivantes : (a) difficultés financières avérées ; ou (b) possibilité réelle de survenance de difficultés financières dans les trois années à venir. Le débiteur doit préparer un plan de restructuration et le présenter à ses créanciers. Ce plan doit être approuvé par la majorité des créanciers puis soumis pour homologation au tribunal dans les six mois suivant l'ouverture de la procédure.

Un praticien de l'insolvabilité assure une fonction de surveillance, tandis que les dirigeants du débiteur restent en charge de ses affaires.

43

### ***Estonie***

#### Procédure d'insolvabilité

D'après la loi sur l'insolvabilité, l'insolvabilité correspond à l'incapacité permanente du débiteur de satisfaire les créances déclarées, sur décision de justice.

Après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, un praticien de l'insolvabilité est nommé à titre temporaire par le tribunal pour évaluer la situation financière du débiteur et préserver ses actifs.

Si la demande d'insolvabilité est déposée à l'initiative du débiteur, celui-ci est présumé insolvable et en général le tribunal déclarera son insolvabilité. Si la demande est déposée par un créancier, l'insolvabilité est établie en appliquant soit le critère de trésorerie, soit le critère du bilan.

Si les actifs du débiteur ne suffisent pas à couvrir les frais de la procédure d'insolvabilité et qu'il est impossible de recouvrer les actifs ou d'en obtenir la restitution, le tribunal mettra fin à la procédure par une décision sans déclarer l'insolvabilité. Les créanciers peuvent éviter ce scénario en déposant une caution couvrant les frais de la procédure d'insolvabilité.

La procédure d'insolvabilité débute par une déclaration d'insolvabilité prononcée sur décision de justice, suite à quoi un avis d'insolvabilité du débiteur fait immédiatement l'objet d'une publication officielle. L'ouverture d'une procédure d'insolvabilité exclut la possibilité de demander l'ouverture d'une procédure de restructuration.

#### Procédure de restructuration

La procédure de restructuration est ouverte sur décision de justice après qu'une demande de restructuration a été présentée par le débiteur. À titre de condition préalable, la gestion du débiteur doit potentiellement pouvoir être poursuivie de façon viable. À l'ouverture de la procédure, le

tribunal nomme un conseiller en restructuration. Sa responsabilité principale est d'aider l'entreprise et ses créanciers dans le cadre de la procédure de restructuration, tandis que les dirigeants existants conservent le contrôle de l'entreprise.

## **Praticiens de l'insolvabilité**

### ***Lettonie***

La profession de praticien de l'insolvabilité est réglementée. Les praticiens de l'insolvabilité sont agréés par leur association professionnelle. L'agrément est soumis à certaines conditions préalables, notamment à une formation officielle dispensée par l'association, sanctionnée par un examen professionnel.

Dans le cadre de la procédure d'insolvabilité, les praticiens sont nommés à partir d'une liste. L'Administration de l'insolvabilité (institution publique chargée de superviser les procédures d'insolvabilité et de restructuration) met en rapport la liste de débiteurs faisant l'objet d'une procédure d'insolvabilité et la liste des praticiens de l'insolvabilité et nomme un candidat pour l'entreprise en question. L'objectif de ce système est de garantir une nomination aléatoire des candidats. Par conséquent, l'expérience et autres qualités du praticien ne sont pas prises en considération.

Dans le cadre d'une restructuration, le débiteur peut proposer un praticien de l'insolvabilité qui doit être approuvé par la même majorité de créanciers que celle requise pour l'approbation du plan de restructuration. Si les créanciers rejettent le praticien proposé, l'Administration de l'insolvabilité nomme un autre candidat de la liste. Dans le cadre d'une restructuration amiable, le praticien de l'insolvabilité doit avoir été approuvé pour que la procédure de restructuration puisse commencer.

### ***Lituanie***

La profession de praticien de l'insolvabilité est également réglementée en Lituanie. Pour obtenir un agrément, certaines conditions doivent être remplies (formation, examen de certification, assurance responsabilité professionnelle, attestation de moralité, etc.).

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2015, les praticiens de l'insolvabilité nommés dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité sont sélectionnés de manière aléatoire par un programme informatique, qui tient compte des éléments suivants : (i) la taille et les activités du débiteur ; et (ii) l'expérience professionnelle et les antécédents du praticien de l'insolvabilité, etc.

### ***Estonie***

Seuls les membres agréés de la Chambre des huissiers et des praticiens de l'insolvabilité peuvent remplir les fonctions de praticien de l'insolvabilité dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité. Après lui avoir accordé le droit d'exercer la profession de praticien de l'insolvabilité, le conseil d'administration de la Chambre inscrit les coordonnées de l'intéressé dans une liste de praticiens de l'insolvabilité.

Le praticien de l'insolvabilité nommé sur décision de justice devra être approuvé lors de la première assemblée générale des créanciers. Si aucun des créanciers n'est présent à l'assemblée générale, le praticien sera réputé avoir été approuvé par l'assemblée générale. Inversement, l'assemblée générale des créanciers peut nommer un praticien de l'insolvabilité qui devra alors être approuvé sur décision de justice.

## **Déclaration des créances**

### ***Lettonie***

Dans le cadre de la procédure d'insolvabilité, les créanciers peuvent présenter leurs créances au praticien de l'insolvabilité dans le mois suivant l'inscription de l'insolvabilité de l'entreprise dans le Registre de l'insolvabilité. Le praticien de l'insolvabilité n'est pas tenu d'informer les créanciers de l'ouverture de la procédure (exception faite des créanciers connus situés dans d'autres États membres de l'Union européenne), ce qui fait que les créanciers doivent vérifier le site internet du Registre de l'insolvabilité.

Un créancier peut déclarer sa créance après la date limite, sans toutefois dépasser six mois à compter de la date de l'inscription au Registre, mais au plus tard à la date à laquelle un plan de règlement des créances est préparé (la première de ces dates étant retenue). À l'expiration de ce délai, le créancier perd ses droits.

Dans le cadre d'une restructuration, le débiteur doit inclure lui-même tous les créanciers dans le plan de restructuration et ceux-ci n'ont pas besoin de déclarer leurs créances.

### ***Lituanie***

Le tribunal fixe un délai compris entre trente et quarante-cinq jours à compter de l'entrée en vigueur de la décision d'ouverture de la procédure d'insolvabilité pour permettre aux créanciers de déclarer leurs créances. Le tribunal a le droit d'admettre les créances déclarées tardivement, à condition que le tribunal reconnaisse que le motif invoqué pour justifier ce retard est valable.

Les mêmes règles et délais s'appliquent aux procédures de restructuration.

### ***Estonie***

Les créanciers doivent déclarer leurs créances dans les deux mois suivant la publication officielle de l'avis d'insolvabilité du débiteur. Les créances peuvent être contestées lors d'une assemblée générale des créanciers qui se tiendra au plus tard six mois à compter de la publication de l'avis d'insolvabilité.

Une créance est réputée admise lors de l'assemblée des créanciers si elle n'est contestée ni par le praticien de l'insolvabilité ni par aucun des créanciers.

Un plan de restructuration est accepté si au moins la moitié des créanciers représentant au moins deux tiers du montant total des créances vote en sa faveur. Le délai de présentation des objections des créanciers au plan de restructuration est précisé dans une décision de justice, mais il ne dépassera en aucun cas soixante jours.

## **Actions en annulation**

### ***Lettonie***

La période suspecte s'agissant des opérations conclues par le débiteur est de trois ans avant l'insolvabilité. Les conditions préalables pour qu'une opération soit annulée sont que le débiteur doit avoir subi des pertes (par ex. en cas d'opérations sous-estimées) et que l'autre partie doit en avoir connaissance. (Il n'est pas nécessaire de prouver que l'autre partie avait connaissance des pertes si l'opération a été conclue dans les quatre mois précédant l'insolvabilité.)

Cette connaissance est présumée dans le cadre d'opérations réalisées avec des personnes liées. En outre, la loi accorde au praticien de l'insolvabilité le droit d'obtenir la restitution des paiements effectués par anticipation par le débiteur dans les six mois précédant l'insolvabilité s'il n'a pas honoré d'autres obligations de paiement dans le même délai.

**Lituanie**

Le praticien de l'insolvabilité doit examiner les opérations conclues par le débiteur dans un délai d'au moins trente-six mois avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et contester les opérations contraires aux objectifs du débiteur et/ou susceptibles d'avoir entraîné son insolvabilité. Si le tribunal établit que l'insolvabilité est frauduleuse, le praticien de l'insolvabilité doit examiner toutes les opérations conclues dans les cinq ans précédant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

**Estonie**

Une opération peut être annulée si elle a été conclue dans l'année précédant la nomination temporaire du praticien de l'insolvabilité, sous réserve que l'autre partie ait su ou aurait dû savoir que l'opération portait préjudice aux intérêts des créanciers. Par la suite, la période suspecte est de trois ans si le débiteur a intentionnellement lésé les créanciers, l'autre partie devant en avoir eu connaissance.

Cette connaissance est présumée dans le cas où l'autre partie au contrat était liée au débiteur. Par ailleurs, une opération peut être annulée si elle a été conclue dans les cinq ans et si l'autre partie était liée au débiteur. La loi sur l'insolvabilité établit des règles spéciales pour l'annulation des contrats à titre gratuit, des contrats divisant des biens communs, des opérations immobilières, etc.

\* *Edvīns Draba, collaborateur, Ignas Dargužas, collaborateur senior, Albert Linntam, assistant juridique, SORAINEN (Lettonie)*

X X X  
X

46

**Italie****L'Italie modifie son droit de l'insolvabilité**

*Giorgio Cherubini et Giovanna Canale\* nous expliquent les bonnes intentions qui sous-tendent les nouvelles lois italiennes sur la restructuration*

**Depuis 2005, l'orientation de la loi italienne sur l'insolvabilité est passée de la liquidation à la restructuration des entreprises en difficulté, grâce à l'introduction d'une nouvelle procédure d'insolvabilité, prévoyant des plans de restructuration et des accords de restructuration de dette, en vue de préserver la valeur de l'entreprise et de lui permettre de faire éventuellement un nouveau départ.**

Récemment, en août 2012, la loi n° 134, transformation du décret-loi n° 83/2012 intitulé « décret sur le développement », a profondément bouleversé le système existant, introduisant plusieurs nouvelles règles visant à simplifier l'accès à des procédures alternatives à la faillite, dans une tentative appréciable de combler les vides de la réglementation.

Le concept de sauvegarde de l'entreprise, auparavant inconnu dans la législation italienne en matière d'insolvabilité, a été renforcé grâce au « décret justice pour la croissance » (ci-après le « décret-loi ») du 27 juin 2015, publié au Journal officiel n° 147, modifiant de nombreuses règles du Code civil, de la procédure civile et de l'insolvabilité, ainsi que de l'organisation et le fonctionnement de la magistrature.

Ces nouvelles règles devaient être transformées en loi par le Parlement italien dans les soixante jours à compter de leur promulgation, c'est-à-dire avant le 26 août 2015, bien que certaines dispositions prennent immédiatement effet, par exemple celles qui concernent l'accès au crédit et les plans pré-organisés, tandis que celles qui concernent les accords de restructuration prendront effet une fois que le décret-loi aura été transformé en loi.

La première partie du décret-loi, qui se compose de dix articles, se rapporte expressément aux modifications apportées à la loi sur l'insolvabilité. Le Gouvernement, dans un communiqué de presse, a déclaré que « *toutes les mesures prises partent d'un même principe : une entreprise en difficulté risque d'entraîner dans sa chute d'autres entreprises, par exemple ses fournisseurs, les prestataires de services et les établissements financiers qui continuent d'honorer des obligations qui ne peuvent être payées. En apportant une réponse rapide aux crises que traversent les entreprises, on peut limiter les pertes pour l'économie, que ce soit du point de vue financier ou commercial, ou permettre la restructuration de l'entreprise, ce qui comporte des avantages en termes d'emploi et, plus généralement, protège les activités entrepreneuriales.* »

Ces changements, visant à faciliter les restructurations en accordant davantage de pouvoirs aux créanciers, concernent principalement la procédure de restructuration judiciaire (*concordato preventivo*) et les accords de restructuration (*accordi di ristrutturazione*) visés à l'article 182 bis de la loi italienne sur l'insolvabilité.

### **Conditions de nomination de l'administrateur judiciaire**

Parmi les principales innovations, certaines nouvelles règles ont été mises en place concernant la nomination des administrateurs judiciaires. Premièrement, ne peuvent être nommés administrateurs judiciaires le conjoint du débiteur, les membres de sa famille et de sa belle-famille jusqu'au quatrième degré, ainsi que toute autre personne ayant contribué à l'insolvabilité d'une entreprise au cours des cinq années précédentes. Il convient de noter que la version précédente de la loi prévoyait une période de deux ans au lieu des cinq ans actuels.

Deuxièmement, tout professionnel ayant précédemment été nommé « commissaire judiciaire » dans le cadre d'un *concordato preventivo* ne peut être nommé administrateur judiciaire si la procédure est transformée en procédure d'insolvabilité (*fallimento*).

### **Accès au crédit**

Autre grande innovation, il est désormais possible d'accéder au crédit pendant la situation de crise de l'entreprise. Le tribunal peut autoriser un financement temporaire, même si une forme spéciale de procédure de restructuration judiciaire a été entamée. Il s'agit d'une procédure dans le cadre de laquelle le débiteur dépose une demande sans y joindre de plan d'affaires, au vu de l'urgence de sauvegarder l'entreprise, et sans avoir à obtenir la certification obligatoire d'un professionnel pour confirmer la faisabilité du plan. Cela peut permettre d'éviter l'insolvabilité d'une entreprise et faciliter la conclusion d'un accord avec ses créanciers.

### **Accords de restructuration judiciaire**

Le décret-loi introduit par ailleurs des innovations concernant les règles applicables aux procédures de restructuration judiciaire. Auparavant, les créanciers ne pouvaient qu'approuver le plan ou le rejeter, mais pas le modifier. Désormais, les créanciers représentant au moins 10 % de l'endettement total du débiteur peuvent proposer un autre plan de restructuration, sous réserve que le règlement des créanciers chirographaires soit inférieur à 40 % des créances en question.

Tous les plans sont soumis au vote des créanciers et doivent être déposés au préalable auprès du tribunal de la faillite. Le plan approuvé par la majorité la plus élevée en termes de montant total des créances l'emporte. En cas d'égalité des voix, le plan déposé par le débiteur l'emportera. En cas d'égalité des voix concernant des plans alternatifs, le plan déposé le premier l'emportera.

Si aucun des plans n'atteint la majorité requise, le tribunal de la faillite soumet à nouveau au vote des créanciers le plan ayant obtenu le plus grand nombre de voix.

### **Plans pré-organisés**

Les plans dits « pré-organisés » (*pre-packs*) sont une autre des innovations relatives à la procédure de restructuration judiciaire. En Italie, il est monnaie courante que les débiteurs déposent des plans pré-organisés, c'est-à-dire prévoyant la cession ou la location des actifs du débiteur à un investisseur tiers, sur la base d'accords conclus entre le débiteur et l'investisseur tiers avant le dépôt du plan. Cette pratique a été complètement transformée par le décret-loi qui vise à atténuer le risque que les opérations pré-organisées lèsent les créanciers.

D'après le décret-loi, l'administrateur judiciaire peut demander au tribunal de l'insolvabilité d'autoriser une procédure de mise en concurrence en vue de vendre les actifs du débiteur, dès lors qu'il estime que, sur la base des offres non contraignantes qu'il a reçues, le plan pré-organisé déposé par le débiteur n'est pas dans l'intérêt des créanciers.

Si les actifs sont amenés à être cédés à un tiers autre que l'investisseur original à la suite de la procédure de mise en concurrence susmentionnée, l'investisseur original peut demander le remboursement des frais engagés en lien avec l'accord conclu avec le débiteur, à hauteur de 3 % du prix des actifs convenu dans ledit accord.

### **Accords de restructuration**

Le décret-loi introduit des modifications concernant l'article 182 bis de la loi sur l'insolvabilité, à savoir une procédure supervisée en partie par le tribunal, basée sur les accords de restructuration de dette conclus entre le débiteur et au moins 60 % de ses créanciers en termes de montant des créances.

Cette accord n'est pas opposable aux créanciers non signataires. Au vu de leur nature consensuelle, ces procédures sont souvent complexes ou parfois bloquées par les créanciers minoritaires qui ne souhaitent pas adhérer à l'accord de restructuration.

Le décret-loi répond à ce problème en créant une procédure spéciale concernant les accords de restructuration de dette impliquant principalement des créanciers financiers.

Suite au décret-loi, le débiteur peut demander que les effets d'un accord de restructuration de dette signé soient étendus à la minorité de créanciers financiers dissidents / non signataires, à condition que :

- au moins 50 % de l'endettement total du débiteur soit de nature financière ; et
- les créanciers financiers qui ont signé l'accord de restructuration représentent au moins 75 % de l'endettement financier total du débiteur.

En sus de ce qui précède, le décret-loi prévoit une procédure similaire pour étendre aux créanciers financiers dissidents/non-signataires les effets de tout accord amiable conclu entre le débiteur et la majorité de ses créanciers financiers.

Enfin, le décret-loi étend aux procédures fondées sur l'article 182 bis ouvertes en vertu des nouvelles règles concernant les créanciers financiers dissidents/non-signataires le régime de

responsabilité pénale applicable aux débiteurs dans le contexte de la procédure de restructuration judiciaire s'agissant des fautes ou actes illicites commis dans le courant de la procédure.

Les réformes intervenues au cours de la dernière décennie dans le domaine de l'insolvabilité étaient le résultat d'une intervention législative sans planification structurelle. Toutefois, au vu de l'objectif annoncé, surtout des deux dernières interventions (décrets-lois n° 83/2012 et 83/2015), qui est de protéger la valeur de l'entreprise, il serait peut-être souhaitable de trouver une autre façon de réformer le système.

On peut conclure que l'attitude à adopter envers cette réforme est de reconnaître les efforts consentis par les législateurs et d'en retenir les aspects positifs, à savoir le fait que les procédures visant à éviter l'insolvabilité sont plus abordables et faisables pour le débiteur qui souhaite en bénéficier.

*\*Giorgio Cherubini, associé, et Giovanna Canale, collaboratrice, EXPLegal, Rome (Italie)*

X X X  
X

Actualités par pays

## Actualités par pays : Automne 2015

*Actualités d'Espagne, de France, d'Allemagne, de Hongrie,  
des États-Unis d'Amérique et d'Irlande*

49

### **Espagne : La Seda de Barcelona**

*Par J. Vicente Estrada, associé senior, Forest Partners, Madrid (Espagne)*

**Cession d'un pôle opérationnel supranational impliqué dans une procédure d'insolvabilité dans plusieurs pays européens, placée sous la compétence commune d'un tribunal de commerce de Barcelone.**

La Seda de Barcelone, S.A. (« LSB »), société cotée aux bourses de Madrid et de Barcelone, était la société mère d'un groupe d'emballage plastique multinational intégrant toute la chaîne de valeur, allant de la production industrielle de PET à la fabrication des préformes utilisées par les clients pour conditionner leurs produits (boissons non alcoolisées, eau, yaourts, produits de nettoyage, etc.). La division emballages de LSB (connue sous le nom d'Artenius PET Packaging Europe, ou « APPE ») exploitait quatorze unités de production en Europe, en Turquie et en Afrique du Nord.

Toutefois, LSB croulait sous un fardeau de dettes s'élevant à 476 millions d'euros, dues à des créanciers financiers au titre d'un contrat de facilité senior (le « SFA ») et d'un emprunt PIK, tous deux garantis par ses sociétés affiliées.

Malgré les recettes fiables de la division emballage (recettes annuelles d'environ 600 millions d'euros et EBITDA d'environ 50 millions d'euros), LSB a commencé à connaître de graves problèmes de trésorerie en 2012, au vu des marges négatives de l'activité PET et des sorties d'argent permanentes nécessaires au service de sa dette.

Reconnaissant qu'elle serait incapable d'éviter la déchéance du terme du SFA, LSB a cherché sans succès à renégocier et refinancer sa dette auprès de ses bailleurs de fonds (la plupart d'entre eux étant des « *special situation funds* », c'est-à-dire des fonds d'investissement spécialisés dans les

entreprises se trouvant dans une situation particulière), qui exigeaient une capitalisation dans le cadre des prêts consentis.

Face à ces circonstances, LSB a déposé une demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité volontaire auprès des tribunaux de commerce de Barcelone, le 17 juin 2013, de concert avec douze de ses sociétés affiliées, dont sept étaient établies dans d'autres États membres de l'Union européenne.

Le 4 juillet 2013, le tribunal de commerce n° 1 de Barcelone a déclaré l'insolvabilité de LSB et de ses douze sociétés affiliées, tout en confirmant la compétence internationale des tribunaux barcelonais en vertu de l'article 3.1 du règlement du Conseil (CE) n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, dans la mesure où le CIP du groupe LSB se trouvait à Barcelone.

Après avoir échoué à conclure un concordat avec ses créanciers, LSB a été placée en liquidation le 29 janvier 2014.

L'administrateur judiciaire nommé par le tribunal, Forest Partners, a préparé un plan de liquidation qui prévoyait la cession de la division emballages APPE comme principal moyen de maximiser les règlements en faveur des créanciers du groupe.

Cette cession allait s'avérer compliquée pour trois raisons. Pour commencer, les actions des sociétés affiliées ne pouvaient pas être cédées sans une renonciation préalable des prêteurs au titre du SFA et de l'emprunt PIK, puisque la dette était garantie par ces sociétés, renonciation qu'il a été impossible d'obtenir. Entre-temps, alors que LSB était déjà en liquidation, ses sociétés affiliées se trouvaient encore à un stade antérieur de la procédure d'insolvabilité. Pour finir, les actifs de la division emballages ont été répartis entre de nombreuses entreprises situées dans divers pays.

Dans ces circonstances, Forest Partners a demandé au tribunal d'approuver la vente aux enchères du pôle opérationnel composé de la division emballages APPE supranationale, comprenant : a) les équipements industriels utilisés par APPE dans le cadre de ses opérations de fabrication, actifs appartenant à LSB ; b) les pôles opérationnels appartenant aux sociétés affiliées APPE UK, APPE Iberia, APPE France, APPE Benelux et APPE Deutschland ; et c) les actions de APPE Polska, APPE Turckpack et APPE Maroc.

Le tribunal a fini par approuver la cession du pôle opérationnel APPE supranational le 29 juillet 2014, suite à quoi Forest Partners a mis en place une chambre virtuelle de consultation des données et contacté des grands acteurs financiers et industriels du monde entier pour lancer un processus de fusion et acquisition consistant en une première série d'offres indicatives, suivie de deux autres séries d'offres fermes.

Par rapport aux autres cessions de pôles opérationnels en Espagne, l'une des principales caractéristiques de cette affaire est que les mesures d'insolvabilité d'urgence prévues par le décret royal 11/2004, permettant à l'acquéreur d'un pôle opérationnel d'assumer certains éléments de passif du débiteur et certaines prétentions à l'encontre de la masse de l'insolvabilité, ont été appliquées pour la première fois. Dans le cas de la division emballages, l'acquéreur était censé reprendre les dettes et les salariés, les comptes fournisseurs et les emprunts contractés pour financer les fonds de roulement, assurant ainsi la poursuite des activités cédées en permettant aux créanciers concernés de recouvrer leurs créances, qui auraient autrement été diluées avec celles des créanciers financiers de LSB, dont les créances étaient garanties par les sociétés affiliées de la division APPE.

La cession a été rapidement conclue ; le 5 novembre 2014, Forest Partners a pu annoncer que l'offre de l'entreprise américaine Plastipak Holdings Inc. avait été retenue, prévoyant le versement d'un prix de 360 millions d'euros en contrepartie des actifs de la division emballages supranationale, nets des passifs repris par l'acquéreur à la date de réalisation. Le 26 janvier 2015, le tribunal a autorisé la cession conformément aux modalités convenues.

Entre-temps, Forest Partners avait pu obtenir des renoncations aux garanties accordées par APPE Turckpack et APPE Maroc, permettant ainsi la cession de ces sociétés, suite à quoi un contrat cadre a été conclu avec Plastipak le 31 mars 2015, sous réserve de l'approbation des autorités de la concurrence de l'Union européenne, qui ont ensuite donné leur feu vert à l'opération. Celle-ci a été parachevée le 1<sup>er</sup> juillet 2015.

Au vu de ses caractéristiques, cette opération dans son ensemble établit un modèle pour l'Espagne mais aussi pour l'Europe en général, non seulement en raison de sa structure complexe, portant sur des actifs, des actions, des biens et des droits situés dans divers pays, mais également à cause de la façon dont le processus de cession a été géré et parce que c'était la première fois que la nouvelle loi était appliquée, ce qui a permis au cédant d'obtenir un prix plus élevé que ce qu'il aurait autrement pu obtenir pour le pôle opérationnel APPE, au bénéfice des créanciers du groupe.

### **France : De nouvelles règles pour les grandes entreprises et les actionnaires**

*Par Jean-Luc Vallens, Cour d'Appel de Colmar*

**La loi du 6 août 2015 (dite « loi Macron » du nom du ministre français des finances et l'économie) a modifié le code de commerce sur deux points importants.**

51

1. Le législateur crée un nouveau tribunal, appelé tribunal de commerce spécialisé. Il sera amené à traiter des difficultés des plus grandes sociétés. Le champ d'application est déterminé par la nouvelle loi: cette compétence concernera les sociétés ayant au moins 250 salariés et un chiffre d'affaires de 20 millions €, celles ayant au moins 40 millions € (net), et celles qui, avec leurs filiales, répondront à l'un ou l'autre de ces critères. Les tribunaux de commerce spécialisé seront déterminés par le gouvernement en fonction des bassins d'emploi et d'activité économique.

La nouvelle loi établit en outre une règle de compétence basée sur le centre des intérêts principaux de la société-mère.

Les procédures en cours à l'égard des filiales en difficulté devront être transférées au tribunal de commerce spécialisé compétent.

Enfin, ces tribunaux pourront nommer un administrateur judiciaire commun, pour faciliter la coordination des différentes procédures (comme les tribunaux de commerce peuvent déjà le faire).

Ces nouvelles règles entreront en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2016. Elles devront être coordonnées avec le règlement UE 2015/848 dont plusieurs dispositions créent de nouveaux mécanismes pour la coordination et contient des modalités détaillées relatives à la coopération des praticiens.

2. Une autre réforme importante concerne les droits des actionnaires opposants à un plan de redressement : la loi nouvelle donne aux tribunaux de commerce la possibilité d'imposer une augmentation du capital pour faciliter un tel plan.

Plusieurs conditions ont été posées : une telle modification doit apparaître nécessaire pour éviter la liquidation ; la liquidation créerait une perturbation à l'économie nationale ou locale; une demande spécifique devra être présentée par l'administrateur judiciaire ou le ministère public. Le tribunal

désignera alors un mandataire pour voter en faveur du plan. Les actionnaires opposants pourront se retirer de la société.

**Textes:**

Tribunaux de commerce spécialisés C com art L 721-8 et L 662-8

Définition du contrôle et des filiales C com art L 233-1 et L 233-2

Cession forcée des actions: C com art L 631-19-2

### **Allemagne : Nouvelles lois sur l'insolvabilité**

*Par Daniel F. Fritz, Avocat (Rechtsanwalt), associé au sein du cabinet hww hermann wienberg wilhelm, Frankfurt-sur-le-Main*

#### **Trois ans sous le régime de l'ESUG : vent du changement ou simple changement d'étiquette ?**

La loi allemande visant à faciliter la restructuration des entreprises (« ESUG ») est entrée en vigueur il y a trois ans. Depuis, plusieurs études ont été réalisées sur l'impact de cette réforme du droit de l'insolvabilité en Allemagne. L'objectif de l'ESUG n'était pas uniquement de moderniser le régime de l'insolvabilité de l'Allemagne en général. Il était clairement focalisé sur les trois axes suivants :

- (i) Améliorer le cadre juridique des procédures de débiteur-exploitant ;
- (ii) Accorder davantage de pouvoirs et d'influence aux créanciers ; et
- (iii) Rendre le plan d'insolvabilité plus efficace en introduisant la possibilité de réaliser des échanges de dettes contre des participations.

Le but visé était de ramener le droit de l'insolvabilité allemand au même niveau que les autres territoires et d'éviter de nouvelles affaires de « *forum shopping* ».

Bien que l'ESUG fasse encore l'objet de nombreux débats, à première vue, le nombre de procédures ouvertes ne semble pas témoigner d'un grand changement. D'après une étude réalisée par BCG (The Boston Consulting Group, « *Drei Jahre ESUG, Höherer Aufwand lohnt sich* », 2015), seulement 2,7 % des procédures d'insolvabilité étaient des procédures de débiteur-exploitant. Toutefois, ce chiffre inclut toutes les catégories de procédures, et si l'on examine les grandes affaires, le tableau est vraiment différent : en effet, l'étude BCG souligne qu'un tiers des cinquante affaires d'insolvabilité les plus importantes étaient désormais des « procédures ESUG ». Parmi ces procédures (qui ne sont pour le moment qu'une version modifiée de la procédure d'insolvabilité uniforme dirigée par le tribunal), il convient de distinguer les procédures de débiteur-exploitant ordinaires prévues par la nouvelle loi (art. 270a du Code de l'insolvabilité – « InsO ») et les procédures dites de « protection » (art. 270b InsO). Ce deuxième type de procédure est ouvert seulement en cas de demande précoce, c'est-à-dire quand l'insolvabilité du débiteur est imminente et que la capacité de celui-ci à se restructurer est confirmée par un expert indépendant. Dans le cadre de ces procédures visées à l'art. 270b, le débiteur peut, en général, nommer le mandataire de l'insolvabilité de son choix en tant que « dépositaire » ; par ailleurs, il doit présenter un plan d'insolvabilité dans un délai de trois mois (sauf exception).

Comme le révèle une étude réalisée par hww hermann wienberg wilhelm (« *hww radar ESUG* », 2015), ces deux types de procédures peuvent se terminer très rapidement. Les procédures fondées sur les articles 270a et 270b les plus courtes ont été menées à terme en tout juste quatre-vingts jours, les plus longues ayant duré environ deux ans et trois mois. En tout état de cause, l'étude hww considère la nouvelle procédure comme bien plus rapide que la procédure ordinaire, puisque

les procédures fondées sur l'art. 270a durent désormais 245 jours en moyenne, tandis que celles fondées sur l'art. 270b durent 251 jours en moyenne.

D'autres études font le point sur l'avis des acteurs du marché concernant la nouvelle loi. D'après une étude réalisée par Roland Berger (Roland Berger Strategy Consultants, « *Polarisierung der Meinungen* », 2015), 58 % des personnes interrogées estimaient que les nouvelles procédures étaient plus complexes. Le principal motif invoqué était l'augmentation du nombre d'intervenants dans la procédure. Néanmoins, cette étude montre que 31 % des personnes interrogées confirmaient que l'ESUG correspondait à leurs attentes, contre 58 % qui estimaient qu'elle y correspondait au moins en partie. Plus précisément, 59 % estimaient que le nombre de cas de « *forum shopping* » avait diminué grâce à l'ESUG ; 69 % déclaraient que les nouvelles procédures permettaient de faciliter les procédures de débiteur-exploitant, tandis que 64 % accueillaient favorablement le renforcement de l'influence des créanciers. Une autre étude, publiée par Noerr and McKinsey (Noerr and McKinsey & Company, *InsO Study*, 2015, « *Are German insolvency statutes internationally competitive after 3 years of ESUG?* » [*Compétitivité internationale des lois allemandes sur l'insolvabilité : bilan de trois ans d'ESUG*]), concluait que 81 % des personnes interrogées pensaient que la modification des droits des actionnaires dans le cadre du plan d'insolvabilité (par ex. en cas d'échange de dettes contre des participations) ne désavantageait pas trop les actionnaires. Cette étude, qui portait sur la compétitivité de la « nouvelle » loi allemande sur l'insolvabilité, identifiait les lacunes suivantes du régime allemand :

- (i) Absence de loi sur l'insolvabilité des groupes (71 % des personnes interrogées étaient plutôt d'accord) ;
- (ii) Loi sur les actions en récupération (70 %) ;
- (iii) Absence de procédure de restructuration pré-insolvabilité (64 %) ; et
- (iv) Absence de limitation à des groupes précis de créanciers (54 %).

En résumé, on peut dire que l'ESUG a apporté un changement, au moins pour les grandes affaires à portée internationale. L'inconvénient de la lenteur des procédures allemandes ne se vérifie plus dans le cas de la nouvelle procédure de débiteur-exploitant. À ce jour, la nouvelle loi pourrait éviter le *forum shopping*. Toutefois, même s'il faut encore étudier les points critiqués, le ministère fédéral allemand de la Justice a déjà publié la prochaine série de réformes, introduisant une loi sur l'insolvabilité des groupes d'entreprises, actuellement débattue au Bundestag, et a adopté un nouveau projet de loi qui limite désormais les possibilités d'entamer des actions en récupération. Il était considéré que celles-ci prenaient trop d'importance, car il était prétendument « trop facile », pour le mandataire de l'insolvabilité, d'établir des prétentions de ce genre.

Reste à savoir si l'Allemagne a besoin d'une véritable procédure de pré-insolvabilité ou d'une procédure ne faisant intervenir qu'une partie des créanciers. Ce débat, qui vient d'être lancé par la « Nouvelle approche » de la Commission européenne, n'en est qu'à ses balbutiements en Allemagne.

## **Hongrie : Loi sur la faillite personnelle**

*Par Beata Adam, Avocate*

**En Hongrie, par rapport aux pays Europe de l'Ouest, le pourcentage de biens immobiliers appartenant à des particuliers est plus élevé, mais la plupart des propriétaires sont endettés à cause des prêts hypothécaires.**

Actuellement, un grand nombre de ces prêts hypothécaires sont impayés. Il est estimé que l'endettement total de la population envers les banques s'élève à 1 244 milliards de forints (soit environ 4 milliards d'euros). En outre, 100 milliards de forints supplémentaires (300 millions d'euros) sont dus aux services publics.

Cette insolvabilité permanente a pour conséquence à terme que les biens immobiliers sont vendus aux enchères, ce qui entraîne ensuite une expulsion. Pour remédier à ce problème, les législateurs ont décidé d'intégrer la faillite personnelle des particuliers ou des ménages dans la loi sur l'insolvabilité, qui devait entrer en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 2015.

Cette procédure correspond en réalité à une restructuration de dette. Son objectif est de permettre le remboursement des dettes et le rétablissement de la liquidité des débiteurs. La faillite personnelle est un nouvel élément du droit de l'insolvabilité hongrois, dont pourront bénéficier les particuliers qui ne peuvent pas honorer les échéances de leurs prêts hypothécaires pendant quatre-vingt-dix jours, mais qui possèdent des biens et, avec de l'aide, pourront ainsi conserver leurs biens immobiliers hypothéqués. Il s'agit d'un dispositif particulier de la loi qui vise à garantir le droit au logement du débiteur.

Les syndics de faillite seront employés par l'administration régionale et seront assistés d'une équipe psycho-juridico-financière, composée d'un avocat, d'un économiste ou d'un travailleur social.

Les principales dispositions de la loi sont les suivantes :

1. Le débiteur décide s'il souhaite ou non avoir recours à cette procédure.
2. La première année, elle ne sera ouverte qu'aux débiteurs ayant contracté un prêt hypothécaire, puis à tous les autres.
3. L'endettement doit être compris entre 2 et 60 millions de forints (environ 6 500 à 194 000 euros).
4. L'échéance du prêt impayée doit remonter à quatre-vingt-dix jours et être supérieure ou égale à 500 000 forints (environ 1 600 euros).
5. Le débiteur ne doit avoir qu'un nombre limité de créanciers, dont au moins un créancier hypothécaire.
6. L'endettement doit représenter entre 100 % et 200 % de la valeur des biens du débiteur.
7. Dans le cadre de la procédure de faillite personnelle, le débiteur remboursera des montants moins élevés que d'ordinaire et une partie de la dette sera effacée, faisant qu'il ne paiera en fin de compte qu'environ 95 % du montant total dû.
8. Cette procédure durera entre cinq et sept ans maximum et ne sera autorisée qu'une seule fois.
9. Avec le consentement de la banque, le bien en question peut être pris en considération distinctement des autres actifs.

L'objectif est que le débiteur, en cas de réussite de la procédure, puisse régler ses dettes rapidement tout en conservant son bien immobilier. En même temps, pour les créanciers, il est plus

intéressant de pouvoir compter sur le recouvrement des créances, puisque la loi garantit un taux de recouvrement minimum.

De cette manière, le gouvernement prévoit de réduire le montant des dettes impayées et le nombre de nouveaux débiteurs.

## **États-Unis d'Amérique : La Cour suprême des États-Unis rejette une demande de condamnation aux honoraires d'avocat dans une affaire fondée sur le chapitre 11**

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

**Le 15 juin 2015, la Cour suprême des États-Unis a arrêté qu'un cabinet d'avocats ne pouvait recouvrer les frais qu'il avait engagés pour défendre sa propre demande de condamnation de la partie adverse à payer les honoraires d'avocat.**

### ***L'affaire ASARCO***

Cette affaire concernait l'entreprise minière ASARCO LLC, qui avait demandé à être placée sous la protection du chapitre 11 en 2005 pour remédier à ses problèmes de trésorerie et environnementaux, entre autres.

ASARCO a retenu les services du cabinet Baker Botts (le « cabinet »), qu'elle a chargé de la représenter dans l'affaire fondée sur le chapitre 11. Entre autres prestations, le cabinet a présenté des demandes en transfert frauduleux à l'encontre de la société mère d'ASARCO, et a obtenu un jugement condamnant la société mère à payer entre 7 et 10 milliards de dollars correspondant à la vente forcée d'une autre filiale. Ce jugement a facilité la réussite de la réorganisée fondée sur le chapitre 11 : les créanciers ont été intégralement payés.

Le cabinet a déposé une demande de remboursement des honoraires d'avocat à hauteur de 120 millions de dollars, montant qu'a contesté le débiteur contrôlé par la société mère. Le tribunal de la faillite a rejeté les objections du débiteur et a fait droit à la demande du cabinet, condamnant également le débiteur à payer 5 millions de dollars de frais engagés pour défendre la demande du cabinet.

En appel, le tribunal de district a confirmé la décision donnant droit à la demande du cabinet. Toutefois, il a infirmé la condamnation à payer les 5 millions de dollars de frais engagés pour défendre la demande de remboursement des frais d'avocat, décision que la Cour suprême des États-Unis a ensuite confirmée.

### ***À retenir***

Cet arrêt suscite sans conteste une satisfaction viscérale, car les honoraires d'avocat dans les affaires fondées sur le chapitre 11 ont souvent été critiqués, ces derniers temps, pour leur disproportion par rapport à la valeur générée en faveur de la masse. Toutefois, dans l'affaire ASARCO, les faits indiquent que cette valeur était importante, s'élevant apparemment à un multiple des frais engagés.

Dans son arrêt, la Cour suprême des États-Unis s'est fondée sur la « règle américaine » en matière d'honoraires d'avocat, qu'elle a soulignée, à savoir que les parties doivent supporter les honoraires de leurs propres avocats, sauf si la loi ou une disposition contractuelle transfère ce risque à l'une

des parties<sup>97</sup>. Par exemple, la plupart des États ont adopté une forme ou une autre de loi contre les pratiques de concurrence déloyale, prévoyant généralement que le demandeur recouvre auprès du défendeur les honoraires d'avocats engagés pour présenter ses prétentions, ainsi que des dommages-intérêts.

Il est également courant que les contrats commerciaux (y compris les contrats de vente, les conventions de prêt, les contrats de licence, les baux, etc.) contiennent une stipulation faisant supporter les honoraires d'avocat à la partie défaillante au titre du contrat. Par exemple, les contrats de vente commerciaux contiennent souvent une clause du type : « dans le cas où le présent contrat ou les obligations de l'acheteur au titre du contrat sont mis à exécution à l'encontre de l'acheteur, le vendeur peut recouvrer auprès de l'acheteur les honoraires d'avocat qu'il a raisonnablement engagés. »

Les tribunaux d'État et fédéraux n'ont généralement aucun scrupule à ordonner la mise à exécution de telles clauses à l'encontre des acheteurs.

Le transfert de responsabilité du paiement des honoraires d'avocat peut avoir des répercussions importantes sur un contentieux et sur les motivations des parties. Si l'acheteur au titre d'un contrat de vente commercial sait qu'il sera tenu responsable non seulement de son obligation envers le vendeur concernant les biens ou services faisant l'objet du contrat, mais également des honoraires d'avocat engagés par le vendeur (surtout si des intérêts moratoires conséquents viennent s'y ajouter), l'acheteur a tout intérêt à résoudre le litige. Le simple fait de faire valoir des moyens de défense pour retarder des obligations de paiement coûtera à l'acheteur s'il est responsable des honoraires d'avocat engagés par le vendeur, sans parler de ceux qu'il a engagés lui-même.

Dans l'environnement économique mondial concurrentiel, les entreprises sont au défi de dégager de la valeur au bénéfice de leurs partenaires. Pour y parvenir, il est utile de minimiser les risques et de transférer les frais dans la mesure du possible. Il est conseillé aux entreprises de maximiser les possibilités commerciales que présente la « règle américaine » en étudiant leurs contrats pour s'assurer qu'ils contiennent des clauses appropriées concernant les honoraires d'avocat.

56

---

### **Irlande : Changements importants dans la législation sur les sociétés et l'insolvabilité**

*Par Enda Lowry, Directeur, McStay Luby, Dublin*

**La très attendue *Companies Act 2014* (loi de 2014 sur les sociétés), la plus importante des réformes du droit des sociétés qu'ait connu l'Irlande en plus d'un demi-siècle, est enfin entrée en vigueur.**

La *Companies Act 2014* (la « loi ») a été signée par le Président d'Irlande le 23 décembre 2014 et est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2015. L'objet de cette loi est de regrouper les dispositions des lois sur les sociétés existantes ainsi que les autres textes réglementaires au sein d'un Code des sociétés unique. La loi se compose de vingt-cinq parties (1 448 articles) et prévoit une période de transition de dix-huit mois. Elle s'appliquera à toutes les sociétés irlandaises et à toutes les procédures d'insolvabilité.

#### ***Sociétés fermées***

---

<sup>97</sup> Cette règle est à comparer à la « règle anglaise » qui veut que la partie succombante supporte les honoraires d'avocat de l'autre partie (N. de la T.).

Il existera désormais deux formes de sociétés fermées : la société fermée par actions (« LTD ») et la société « à objet particulier » (*designated activity company* – « DAC »). Toutes les sociétés irlandaises de type fermé existantes doivent choisir l'une de ces nouvelles formes et préparer de nouveaux statuts pour remplacer leurs statuts en vigueur, et ce avant le 30 novembre 2015.

Parmi les principales caractéristiques d'une LTD, citons les suivantes :

- Une LTD n'a pas besoin de tenir une assemblée générale des actionnaires physique et peut à la place adopter des délibérations écrites.
- Une LTD n'a plus besoin d'avoir au moins deux administrateurs, désormais un seul suffit. L'administrateur unique d'une société ne peut pas cumuler ces fonctions avec celles de secrétaire général.
- Les statuts d'une LTD ne contiennent pas de clause exposant son objet ; la loi n'impose aucune limite aux activités que la société a la capacité d'exercer.
- La dénomination d'une LTD ne sera pas modifiée après son changement de forme ; elle pourra continuer d'utiliser le suffixe « *Limited* » ou « *Ltd* » (ou leur équivalent en langue irlandaise, « *Teoranta* » ou « *Teo* »).

Parmi les principales caractéristiques d'une DAC, citons les suivantes :

- La DAC devra continuer à tenir une assemblée générale annuelle physique, sauf s'il s'agit d'une société à associé unique.
- La DAC doit avoir deux administrateurs et un secrétaire général.
- Les statuts d'une DAC doivent mentionner son objet et sa capacité juridique sera limitée par le champ d'application de la clause correspondance.
- Une DAC doit modifier sa dénomination sociale pour inclure le suffixe « *Designated Activity Company* » ou « *DAC* » (ou son équivalent en langue irlandaise, « *Cuideachta Ghníomhaíochta Ainmnithe* »).

57

Les autres formes de société autorisées en vertu de la loi sont les suivantes : société à responsabilité illimitée (*unlimited company*), société ouverte par actions (*public limited company*), société à responsabilité limitée par garantie (*company limited by guarantee*) et société d'investissement (*investment company*).

### **Insolvabilité**

La loi conserve les trois formes de liquidation existantes : liquidation volontaire par les associés, liquidation volontaire par les créanciers et liquidation judiciaire. Désormais, la loi impose que le liquidateur ou « *examiner* » (mandataire judiciaire) possède certaines certifications, par exemple qu'il soit membre de l'ordre des experts-comptables ou de l'ordre des avocats, etc.

En vertu de la loi, après qu'une société est liquidée sur décision du tribunal, la liquidation prendra la forme d'une liquidation volontaire par les créanciers, ce qui réduit l'intervention du tribunal, du mandataire judiciaire et donc le coût de la procédure.

La convocation envoyée aux créanciers pour les informer de la tenue de la première assemblée des créanciers doit comporter une liste des créanciers de la société ou mentionner leur droit à consulter cette liste, et doit indiquer les nom et adresse du liquidateur proposé, le cas échéant.

Les liquidations volontaires par les associés doivent désormais se dérouler selon la « procédure d'approbation sommaire », qui est une nouvelle procédure d'approbation optimisée introduite dans la loi pour permettre un ensemble d'activités et d'opérations soumises à restrictions.

Les pouvoirs du « *receiver* » (administrateur judiciaire) sont exposés dans la loi pour la première fois. Celle-ci ne prévoit pas d'exigence explicite en termes de certification professionnelle des personnes nommées à cette fonction.

Les petites et moyennes entreprises peuvent désormais s'adresser directement au tribunal de circuit pour obtenir la nomination d'un *examiner* (possibilité introduite par la *Companies (Miscellaneous Provisions) Act* [loi sur les sociétés (dispositions diverses)], 2013).

Les praticiens de l'insolvabilité attendent avec impatience de connaître les répercussions que produira cette nouvelle loi sur leur travail dans les mois et années à venir.

X X X

X

## Le prix « Richard Turton » 2015

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

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.

Les candidats ont été invités à écrire une lettre d'environ 200 mots pour expliquer pour quoi ils se considèrent qualifiés à recevoir ce prix. Le panel formé par Stephen Adamson – *INSOL Europe*, Neil Cooper – *INSOL International*, Patricia Godfrey – *R3* et Maurice Moses – *IPA* a reçu beaucoup de candidatures et la compétition a été dure. Nous sommes enchantés que la compétition a attiré beaucoup de jeunes membres de notre Association qui ont répondu avec un enthousiasme qu'aurait aimé voir Richard Turton.

Le Comité est enchanté de vous annoncer que leur choix s'est porté sur un candidat d'Uganda, **Waiswa Abudu Sallam**. Waiswa travaille pour l'Autorité Fiscale d'Uganda, dans le département de Collecte de dettes. A présent il étudie en vue d'un Master en affaires et insolvabilité à l'Université Trent de Nottingham, Royaume Uni (par enseignement à distance). C'est la première fois que nous avons un gagnant d'Uganda. Les lauréats précédents venaient de la Bélarussie, Inde, Lettonie, Lituanie, Pologne, Roumanie, Russie et Serbie.

En tant que lauréat, entre autres, Waiswa est invité à participer au Congrès annuel d'*INSOL Europe* 2015, qui se tiendra à Berlin du 1 au 4 Octobre. Il va aussi écrire un article qui sera publié dans une ou plusieurs revues des quatre organisations marraines sous une forme réduite ; il sera également affiché intégralement sur leurs sites web.

Nous tenons à féliciter Waiswa pour son excellente présentation et à remercier tous les autres candidats qui se sont inscrits cette année. La qualité de leur travail a été telle que le Comité a eu une rude tâche pour choisir le lauréat.

**INSOL Europe, INSOL International, The Insolvency Practitioners Association et R3**

Dates pour votre calendrier

Informez-vous sur : [www.insol-europe.org](http://www.insol-europe.org)

## 2016

12-13 Mai

**INSOL Europe/Conférence du Comité des Pays de l'Europe Orientale (EECC)**  
*Cluj-Napoca / Roumanie*

21-22 Septembre

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

22-25 Septembre

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

## 2017

4-5 Octobre

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

5-8 Octobre

**INSOL Europe – congrès annuel**  
*Varsovie/Pologne*

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](mailto:paulnewson@insol-europe.org).

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

