

e u r o f e n i x

La revue d'INSOL Europe

Printemps 2016



Cours du pétrole : tempête en mer

Harmonisation du droit de l'insolvabilité européen : le débat a progressé

Et aussi :

Le dossier FRAM en France : la solution « pre-pack cession »

Médiation et arbitrage

Accords de refinancement en Espagne

Les prêts non performants (NPLs) en Grèce

N°63 ISSN 1752-5187

30 €

Contacts Insol Europe

| |
|---|
| <p>Adresse postale : INSOL Europe PO Box 7149 Clifton, Nottingham NG11 6WD, Royaume Uni</p> <p>Renseignements : Caroline Taylor Tél./Fax : +44 115 878 0584 E-mail : carolinetaylor@insol-europe.org Site internet : www.insol-europe.org</p> <p>Comité exécutif :</p> <p>Président : Alberto Núñez-Lagos alberto.nunez-lagos@uria.com</p> <p>Président adjoint : Steffen Koch steffen.koch@hww-kanzlei.de</p> <p>Vice-président : Radu Lotrean (radu.lotrean@cit.ro)</p> <p>Président précédent : Robert Van Galen robert.vangalen@nautadutilh.com</p> <p>Trésorier : Jim Luby lubyj@mcstayluby.ie</p> <p>Directeur administratif : Caroline Taylor carolinetaylor@insol-europe.org</p> <p>Secrétariat:</p> <p>Communication: Paul Newson paulnewson@insol-europe.org</p> <p>Co-ordinateur membres et enregistrements aux conférences: Wendy Cooper wendycooper@insol-europe.org</p> <p>Co-ordinateur parrainages: Hannah Denney hannahdenney@insol-europe.org</p> <p>Responsable technique: Emmanuelle Inacio technical@insol-europe.org</p> <p>Secrétaire de l'EECC: Florica Sincu floricasinu@insol-europe.org</p> |
|---|

| |
|--|
| <p>Responsables des comités et groupes de travail :</p> <p>Branche Anti-fraude : David Ingram (david.ingram@uk.gt.com)</p> <p>Branche Judiciaire : Heinz Vallender (hvallender@t-online.de)</p> <p>Branche Redressement : Chris Laughton (chrislaughton@mercerhole.co.uk) Steffen Koch (steffen.koch@hww-kanzlei.de)</p> <p>Comité constitutif : Catherine Ottaway ottaway@hocheavocats.com</p> <p>Comité des pays de l'Europe Orientale (EECC) : Radu Lotrean (radu.lotrean@cit.ro) Evert Verwey (evert.verwey@CliffordChance.com)</p> <p>Comité technique du congrès de Lisbonne, 2016: Evert Verwey (evert.verwey@CliffordChance.com) Francisco Patricio francisco.patricio@abreuadvogados.com</p> <p>Secrétaire : Eduardo Peixoto Gomes eduardo.p.gomes@abreuadvogados.com</p> <p>Forum des mandataires d'insolvabilité Marc André (mandrelaw@aol.com) Daniel Fritz (Fritz@hermann-law.com) Stephen Harris (sharris@uk.ey.com)</p> <p>Forum universitaire : Président : Professeur Christoph Paulus chrpaulus@t-online.de Secrétaire : Anthon Verweij (anthon.verweij@gmail.com)</p> <p>Groupe de jeunes membres : Sabina Schellenberg sschellenberg@froiemp.ch Slavomir Cauder cauder@giese.cz</p> <p>Groupe de prêteurs : Florian Joseph (florian.joseph@helaba.de) Alistair Beveridge (abeveridge@alixpartners.com)</p> <p>INSOL International : Catherine Ottaway ottaway@hocheavocats.com</p> <p>Parrainages : David Rubin (david@drpartners.com) Frank Tschentscher (Ftschentscher@schubra.de)</p> <p>Relations avec l'Union Européenne : Robert Van Galen robert.vangalen@nautadutilh.com</p> <p>YANIL Jenny Gant JenniferL.L.Gant@gmail.com</p> |
|--|

SOMMAIRE

| | |
|----|---|
| 5 | La lettre des co-rédacteurs en chef : Annerose Tashiro |
| 6 | La lettre du Président : Harmonisation en Europe |
| 9 | Notre invitée : Cours du pétrole : tempête en mer |
| 13 | Actualités et événements |
| 22 | France : Le dossier FRAM |
| 26 | Grèce : Prêts non performants |
| 31 | Médiation |
| 34 | Harmonisation du droit d'insolvabilité européen |
| 38 | Prix Richard Turton |
| 39 | Refonte du REI |
| 42 | Portugal : Arbitrage |
| 45 | Espagne : Accords de refinancement |
| 49 | Actualités par pays : Italie, France, Lettonie ; Europe |
| 55 | Rubrique Technique : To <i>Brexit</i> or not to <i>Brexit</i> ... |
| 59 | Dates pour votre calendrier |

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

Contacts eurofenix

| | | | |
|--|--|--|---|
| <p>Co-Rédacteurs en chef : Guy Lofalk , Lofalk Advokatbyrå AB (Stockholm) Annerose Tashiro, Schultze & Braun (Achern)</p> <p>Comité exécutif de rédaction : Emmanuelle Inacio, technical@insol-europe.org Guy Lofalk, guy.lofalk@lofalk.se Paul Newson paulnewson@insol-europe.org Florica Sincu, floricasinu@insol-europe.org Annerose Tashiro, atashiro@schubra.de Louise Verrill, lverrill@brownrudnick.com</p> <p>Comité de rédaction : Harald Bußhardt, hbusshardt@schubra.de Giorgio Cherubini, gcherubini@explegal.it David Conaway, dconaway@slk-law.com Edwins Draba, edwins.draba@sorainen.com Elizabeth Elliott, elizabeth.elliott@shlegal.com Martine Gerber, mgerber@opf-partners.com Frank Heemann frank.heemann@bnt.eu Enda Lawry LawryE@mcstayluby.com Giulia Pusterla, giulia@giuliapusterla.it Ana-Irina Sarcane, irina.sarcane@fiveadvisors.com Catarina Serra, csserra@gmail.com Caroline Taylor, carolinetaylor@insol-europe.org Michael Tierhoff, michael.thierhoff@tmpartner.de Jesper Trommer Volf, jtrommervolf@deloitte.dk Jean-Luc Vallens, vallensjl@ymail.com Evert Verwey, evert.verwey@CliffordChance.com</p> | <p>eurofenix français</p> <p>Parrainé par : CNAJMJ – France</p> <p>Rédaction, correction, mise en page : Florica Sincu floricasinu@insol-europe.org Renseignements et propositions d'article : Florica Sincu</p> <p>Traduction : Gabrielle Allemand (gamtrad@free.fr)</p> <p>eurofenix est publié par PNDesign pour le compte d'INSOL Europe.</p> <p>Toute correspondance, y compris toute proposition d'article, doit être adressée à: Paul Newson - PNDesign, pndesign@icloud.com</p> <p>Imprimeur : MRP Print www.mrp.uk.com</p> <p>Publicité et ventes : Edward Taylor - MRP Print eurofenix@mrp.uk.com Jubilee House, Nottingham Road, Basford, Nottingham NG7 7BT Royaume Uni Tél. +44 115 955 1000</p> | <p>Le futur numéro sera publié en Juillet 2016</p> <p>Date limite articles à obtenir en écrivant à Paul Newson</p> <p>Copyright : INSOL Europe 2016</p> <p>Aucun extrait de la présente lettre d'information ne pourra être reproduit ou transféré, sous quelque forme et par quelque biais que ce soit, sans l'accord préalable d'INSOL Europe</p> <p>Images : @Fotolia.com (s'il n'y a pas une autre mention)</p> | <p>Avertissement :</p> <p>La présence d'une erreur ou omission dans les articles publiés n'engagera nullement la responsabilité, à quelque titre que ce soit, de la rédaction, la production, ou du comité exécutif d'INSOL Europe.</p> <p>Les opinions exprimées dans les articles publiés dans la présente revue ne sont pas nécessairement partagées par les rédacteurs en chef, la production, ou l'un ou l'autre des représentants d'INSOL Europe, ou bien par les sociétés et les organisations auxquelles appartiennent les auteurs des articles.</p> |
|--|--|--|---|

Bienvenue
La lettre des co-rédacteurs-en-chef

Harmonisation ou hostilité : qui sortira vainqueur ?

INSOL Europe a déjà joué un rôle important dans la refonte du règlement européen sur l'insolvabilité, en soumettant sa proposition issue du travail de nombreux membres qui ont participé activement au processus d'évaluation, de discussion ou de critique.

Maintenant que la refonte du REI est entrée en vigueur, après son adoption en mai dernier par le Parlement européen, les membres d'INSOL Europe ont repris leurs analyses, commentaires et critiques, puisqu'ils l'appliqueront dans leur pratique à partir de juin 2017. Le nouveau règlement fait l'objet de livres et d'articles, par exemple celui de la juge Csöke, qui a heureusement renoncé à en présenter une vision d'ensemble et nous donne un aperçu détaillé de certains de ses points. Ceci devrait inviter les membres d'INSOL Europe à nous envoyer leurs opinions et à ouvrir le débat, ce qui améliorerait ainsi notre outil de travail, à savoir le règlement européen sur l'insolvabilité.

Mais ce n'est pas le seul projet pertinent. Il convient également de citer la recommandation que la Commission a adressée aux États membres concernant un cadre de restructuration préventif et son intention de lancer une initiative législative en 2016 concernant la réforme de l'insolvabilité, dans le but d'harmoniser les régimes de l'insolvabilité des États membres. Paul Omar étudie le chemin que suit l'initiative concernant l'harmonisation et la mission du groupe de travail qui a été mis sur pied en janvier 2016.

En outre, Alberto Nuñez-Lagos, président d'INSOL Europe, nous fait part de ses idées sur la façon d'aborder ces deux initiatives. J'aimerais attirer votre attention sur sa rubrique, dans laquelle il étudie la possibilité d'associer la dynamique d'harmonisation à la recommandation de la Commission sur un cadre de restructuration préventif. Nos lecteurs devraient saisir cette occasion pour discuter activement des concepts, partager leurs avis et analyser les conséquences. Je vous appelle à le faire ici, dans les pages d'*eurofenix*.

Mais à quoi bon tous ces efforts si l'Europe se désintègre ?

La Grande-Bretagne envisage sérieusement un « *Brexit* » qui sera soumis à un referendum le 23 juin prochain. En outre, le Parlement finlandais doit débattre dans les semaines à venir d'un éventuel referendum sur sa sortie de la zone euro après avoir reçu une pétition citoyenne signée par plus de 50 000 Finlandais. Depuis le 18 mars, l'accord entre l'UE et la Turquie concernant les migrants est en place, mais il dépend encore de la volonté des États membres à se conformer à la Convention européenne des droits de l'homme et aux textes européens concernant les réfugiés demandeurs d'asile. Avant la parution de notre prochain numéro, nous saurons à quel point les Britanniques sont des Européens¹. Nous saurons combien des barrières élevées à la hâte seront abattues maintenant que l'accord de Schengen est — supposément — de nouveau en vigueur.

¹ Nick Fraser, [Being European: what does it mean?](#), *The Guardian*, 20 mars 2016.

Nous saurons si la Finlande est capable de remédier à ses problèmes ou si elle optera pour un « *Finexit* ».

Cette récente hostilité envers l'Europe, qui ne s'exprime plus anonymement, perdue dans l'immensité des réseaux sociaux, mais également directement, par les politiciens, nous effraie. Espérons que l'Europe reviendra sur ses valeurs et ses réussites et trouvera sa voie vers l'harmonisation dans tous les domaines.

Annerose Tashiro

X X X
X

La lettre du Président

Harmonisation en Europe

Alberto Núñez-Lagos nous présente sa proposition d'harmonisation du cadre européen de restructuration préventif, au sujet duquel nous serions heureux de recueillir l'avis de nos lecteurs*

La Commission européenne a l'intention de lancer une initiative législative en 2016 concernant la réforme de l'insolvabilité, dans le but d'harmoniser les régimes de l'insolvabilité des États membres.

6

La tâche est immense. Il serait probablement une bonne idée d'harmoniser les régimes de l'insolvabilité en plusieurs étapes. Dans un régime d'insolvabilité, les éléments et situations n'ont pas tous la même importance et les mêmes effets. En outre, certaines parties de ces régimes sont si différentes selon les États membres (principalement pour des raisons historiques) que leur harmonisation, difficile à accepter, doit donc être imposée après d'intensives négociations. Une chose est certaine : dans les États membres, les entreprises présentent les mêmes caractéristiques et celles qui exercent des activités dans plusieurs pays aimeraient pouvoir bénéficier des mêmes règles dans chaque État membre. Ainsi, le problème n'est pas lié aux entreprises : c'est plutôt un problème politique qui nécessiterait sans doute une solution politique.

INSOL Europe a toujours été prête à partager ses connaissances professionnelles et techniques avec les personnes amenées à prendre des décisions politiques. À ce titre, notre « Étude d'une nouvelle approche de la défaillance et de l'insolvabilité des entreprises - Analyse juridique comparative des dispositions et pratiques pertinentes en vigueur dans les États membres » de 2010 (commandée par la direction générale de la Justice de la Commission européenne, octobre-décembre 2013) démontre qu'une approche technique est envisageable.

Ma proposition est très simple : d'abord se focaliser sur l'harmonisation du cadre de restructuration préventif — soit amiable soit avec une intervention judiciaire très limitée — ou « CRP » (tel que dénommé dans la recommandation de la Commission du 12 mars 2014 sur une nouvelle approche européenne en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises, paragraphe 6), tout en poursuivant en parallèle les négociations sur l'harmonisation des systèmes d'insolvabilité judiciaire classiques.

Cette proposition soulève plusieurs questions. La première est la suivante : un CRP peut-il être harmonisé sans que le reste du régime d'insolvabilité ne soit touché ? La réponse sera affirmative si le CRP peut avoir la structure d'un cadre autonome, ce qui nous amène à la seconde question : quelles devraient être les caractéristiques d'un CRP autonome ?

Moratoire de plein droit, temporaire et total

La restructuration préventive et le moratoire qui s'ensuit peuvent être demandés par le débiteur unilatéralement lorsqu'il se retrouve en difficulté, sans pour autant être insolvable. Si le débiteur est trop agressif et ne sollicite ce moratoire que pour renégocier les modalités de paiement de ses dettes alors qu'il n'est pas en difficulté, il risque de ne pas parvenir à s'entendre avec la majorité nécessaire de ses créanciers. Normalement, le moratoire entraînerait une défaillance vis-à-vis des créanciers et donc, puisque les créanciers refusent la restructuration, l'insolvabilité.

En demandant une restructuration préventive (« RP »), le débiteur obtiendrait :

- i. une suspension (totale) s'agissant de toutes les situations juridiques, susceptible de compromettre les négociations avec les créanciers ;
- ii. une suspension (temporaire) des dirigeants, qui ont pour obligation de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et une suspension du droit des créanciers à demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre du débiteur ;
- iii. un moratoire concernant la mise à exécution des créances, sûretés et actions ou situations assimilées, telles que compensation, déchéance du terme des créances, et autres dispositions ou clauses contractuelles ou législatives. Cette situation de défaut de paiement, ou le fait que le débiteur négocie avec ses créanciers pour réorganiser sa dette, peut être invoquée pour solliciter ce type de moratoire (y compris des échanges).

Le moratoire est accordé au débiteur sans vérification par le tribunal et sans avoir à prouver que des négociations avec les créanciers sont en cours ou vont avoir lieu. L'expérience démontre que les débiteurs essaient de négocier confidentiellement avec leurs principaux créanciers, qui sont généralement des structures complexes dotées d'une technologie de restructuration (par ex. banques, fonds d'investissement). Les créanciers de ce type sont prêts à participer au processus de restructuration et à le surveiller, en toute confidentialité, afin de ne pas détruire le crédit d'exploitation du débiteur sur le marché pendant les négociations.

Les scénarios confidentiels de ce type sont très efficaces et productifs. Ce n'est qu'une fois l'accord de restructuration conclu avec les créanciers principaux qu'une protection au titre d'une RP est sollicitée, afin d'obtenir (en plus du moratoire) :

- i. des voix supplémentaires / un soutien en faveur de l'accord de restructuration convenu d'avance avec ces créanciers principaux et éventuellement l'adhésion forcée des créanciers dissidents ; et
- ii. une « sphère de sécurité » protégeant les opérations prévues au titre de l'accord de restructuration contre les actions en récupération ou les contestations dans le cas où l'emprunteur finirait par devenir insolvable (nouveaux fonds, nouvelle sûreté, cessions d'actifs, etc.).

Deux mécanismes permettent d'éviter les fraudes :

- i. Le moratoire est temporaire, par ex. quatre mois pouvant être prolongés de deux mois supplémentaires dans certains cas (complexité de la restructuration, problèmes de coordination avec la procédure étrangère de RP, voire d'insolvabilité); s'il est impossible de parvenir à un accord de restructuration avec un nombre important de créanciers de chaque catégorie, l'insolvabilité deviendrait obligatoire.
- ii. Si une majorité de blocage de créanciers décide de ne pas entamer de négociations en vue de conclure un concordat ou annule les négociations, le tribunal lèvera automatiquement le moratoire.

Universalité

Le moratoire doit s'appliquer aux créances que choisit le débiteur. Il peut être universel, mais pas obligatoirement. Ainsi, le moratoire profite au débiteur. Aucune règle d'égalité de rang des créanciers (*pari passu*) ne devrait être appliquée pendant le moratoire si le débiteur ne prévoit pas d'inclure un type particulier de créances dans l'accord de restructuration (par ex. les dettes financières sont suspendues mais pas les facilités renouvelables prévoyant des obligations et garanties vis-à-vis de fournisseurs tiers).

Concordat flexible

Le but unique d'un CRP est de permettre au débiteur d'éviter l'insolvabilité ou, s'il est déjà insolvable, d'en sortir. Le paragraphe 6 (a) de la recommandation formule cet objectif en d'autres termes : « *le débiteur devrait être en mesure de se restructurer à un stade précoce, dès l'apparition du risque d'insolvabilité* ». D'une manière ou d'une autre, le seul élément important est que le débiteur doit avoir toute latitude de convaincre la majorité nécessaire de créanciers ou de s'entendre avec eux concernant une restructuration, non seulement une restructuration financière (décotes et reports de paiement, avec ou sans apport de nouveaux fonds), mais aussi des ententes amiables concernant une cession d'actifs ou de fonds de commerce, une fusion, une défaisance, un échange de dettes contre des actifs ou des participations, etc.

Par conséquent, je ne suis pas d'accord lorsque la recommandation affirme qu'un plan de restructuration, même s'il est formel, structuré, voire validé par un expert, comme le préconise la recommandation (paragraphe 8 et suivants), est l'issue attendue d'un CRP. L'accord de restructuration flexible, informel et consensuel que je propose permettra aux débiteurs et créanciers de s'adapter à tous types de besoins et circonstances de restructuration, avec la souplesse nécessaire pour permettre une grande efficacité. Les mécanismes permettant d'éviter la fraude et les abus sont les suivants :

- i. La grande majorité des créanciers (calculée par catégories, à savoir essentiellement les créanciers gagistes, les fournisseurs, les créanciers financiers et les salariés), les autorités fiscales et de sécurité sociale ne doivent pas être considérées comme des catégories distinctes.
- ii. Les créanciers gagistes doivent disposer d'un droit de vote proportionnel à la valeur marchande de leur gage afin d'éviter que les créanciers de rang inférieur votent à hauteur de la valeur nominale de leurs créances.
- iii. Un contrôle judiciaire doit être exercé sur tout accord formel (exigences de majorité), les règles de *pari passu* (entre catégories) et les situations de conflit d'intérêts (c'est-à-dire qu'un créancier doit voter en fonction de ses intérêts objectifs et normaux et non compte tenu d'autres intérêts par rapport à d'autres opérations) (essentiellement,

l'objectivité est déterminée en comparant le taux de désintéressement au titre de l'accord de restructuration à celui obtenu au titre d'une liquidation dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité judiciaire).

Intervention du tribunal

L'intervention du tribunal ne doit être sollicitée que dans les buts décrits au point iii ci-dessus (et naturellement pour l'enregistrement et l'annulation des demandes de moratoire). L'homologation d'un accord de restructuration doit produire un effet protecteur vis-à-vis des actions en récupération en lien avec les points convenus dans l'accord en question. Les recours doivent être limités au même tribunal, afin d'éviter les procédures longues. La reconnaissance doit intervenir de plein droit. L'harmonisation de ces points permettrait d'éviter le *forum shopping* et faciliterait la restructuration des groupes d'entreprises européens dont les membres sont situés dans différents États.

Conclusion

Pour les raisons évoquées ci-dessus, le CRP devrait être facile à harmoniser. Il offrirait une possibilité de restructuration grâce à la suspension des procédures d'insolvabilité qui, en cas d'échec, aboutiraient à l'insolvabilité. Pour l'UE, une harmonisation d'une partie du cadre de l'insolvabilité en 2016 ou début 2017 constituerait une grande victoire.

**Alberto Núñez-Lagos est le Président d'INSOL Europe*

x x x
x

9

L'éditorial de notre invitée

Cours du pétrole : tempête en mer

Il y a quelque temps, nous avons décidé d'inviter des personnalités extérieures à la profession de l'insolvabilité pour qu'elles nous expliquent l'évolution d'un secteur d'activité, pour discuter d'une question économique ou pour partager une expérience dans un domaine différent du nôtre, de leur propre point de vue. Aujourd'hui, Sandy Shaw nous parle des répercussions du cours du pétrole sur l'économie en général.*

Sandy Shaw a été admise au Barreau aux États-Unis avant de s'installer au Royaume-Uni, où elle est devenue barrister parallèlement aux fonctions qu'elle occupait dans le secteur du gaz et du pétrole. Avec près de quarante ans d'expérience du secteur de l'énergie, Sandy connaît aussi bien les grandes multinationales que les petites start-up, les sociétés cotées en Bourse que les fonds d'investissement, par exemple Mobil, Marathon, Exxon, LASMO et Consort. Elle a participé à la fondation de Valiant Petroleum.

L'histoire remonte à 1978. La demande de pétrole était forte, l'offre resserrée. Les États commençaient à stocker des réserves pour éviter que le choc pétrolier de 1973 (quand l'Arabie saoudite a réduit la production pour soutenir les prix du pétrole) ne se reproduise. C'est aussi à cette date que l'auteur de ces lignes, jeune mariée et jeune avocate, s'est

installée en Angleterre et a accepté son premier poste dans l'industrie pétrolière. Le cours du pétrole se situait aux alentours de 14 dollars le baril.

Le secteur que j'ai rejoint était jeune, dynamique et connaissait une croissance rapide. En 1981, le cours du pétrole avait atteint les 35 dollars le baril, suite à la révolution iranienne et à la manipulation de la production par l'OPEP, avant de se stabiliser aux alentours de 25 dollars le baril. Depuis, au cours d'une carrière de trente-huit ans au sein de diverses sociétés et à divers postes, j'ai « surfé sur la vague » des augmentations et chutes du cours du pétrole, et assisté aux retombées de la volatilité des cours du pétrole sur l'industrie dans son ensemble et les sociétés de différents secteurs la composant. Si l'offre et la demande n'y étaient indéniablement pas étrangères, les politiciens et l'opinion générale y ont joué un rôle encore plus important. Par conséquent, les prix du pétrole n'ont jamais été certains ni prévisibles : la seule certitude était que toute prédiction en la matière aurait toutes les chances de s'avérer fausse.

Spécialistes aguerris

La récente dégringolade des prix du pétrole n'est pas sans précédent. Tout comme les histoires que mes parents me racontaient sur la Grande Dépression, les spécialistes aguerris du pétrole se rappellent des chutes des cours du pétrole survenues en 1985-1986 puis en 1998-1999, et plus récemment de la chute plus brève mais presque aussi grave du début 2009. L'effondrement actuel est d'autant plus significatif que les cours ont atteint des niveaux extrêmement bas (du jamais vu depuis 2000) par rapport aux cours historiquement hauts qui prévalaient depuis 2008, et que cet environnement baissier semble se prolonger.

Cicatrices

Les commentateurs du secteur comparent la gravité de la situation actuelle à celle de 1985-1986. Les cicatrices que le secteur a gardées de cette période et mes propres expériences à cette époque sont encore présentes et douloureuses ; tout le monde craint que l'histoire se répète, causant peut-être même un traumatisme encore plus grave.

Je me rappelle nettement quand le cours du pétrole est tombé à 8,50 dollars, entraînant des licenciements massifs, des coupes budgétaires dans la recherche, le développement, la prospection, la formation et le recrutement, entre autres, des retards et des annulations de projets, la vente d'actifs fondamentaux ou non, des restructurations d'entreprises, la défaisance d'activités connexes mais auparavant lucratives (expédition, raffinage, etc.), et des initiatives importantes de refinancement.

Ces réactions compréhensibles du secteur à la diminution rapide de ses revenus ont entraîné entre autre la disparition de nouveaux projets / développements, situation qui a mis des années à se redresser, mais aussi une pénurie importante de compétences / de personnel, à cause du « vieillissement » consécutif de l'industrie, problème qui n'a jamais été complètement résolu. Cela n'a pas seulement affecté les compagnies pétrolières, mais également la myriade de prestataires de services et autres entreprises connexes qui dépendaient du secteur gazier et pétrolier.

Effondrement des prix

L'effondrement des prix actuel produit déjà un effet similaire sur les projections de production de gaz et de pétrole sur le plateau continental du Royaume-Uni. L'année dernière, la prospection et l'évaluation du nombre de puits ont chuté à leur plus bas niveau depuis 2001, à un quart des

niveaux constatés lorsqu'ils avaient atteint leur point culminant, au tournant du siècle. Dans son ensemble, l'industrie est confrontée à des licenciements économiques, à des réductions de salaire et à des coupes budgétaires dans tous les domaines. Même si cela est inévitable et nécessaire, la question se pose de savoir où l'on trouvera l'expertise technique de demain et s'il y aura suffisamment de navires de forage et autres équipements à forte intensité de capital pour soutenir les futurs développements.

Augmentation des coûts

De plus, en raison de l'augmentation des coûts de base de prospection, d'extraction et d'exploitation au Royaume-Uni, surtout en ce qui concerne les gisements en mer, en eau profonde et autres gisements non conventionnels, de nombreuses installations existantes ne seront plus rentables. Depuis le début de l'année, il a déjà été annoncé que plusieurs champs pétrolifères du plateau continental du Royaume-Uni et de Norvège seraient fermés et les infrastructures abandonnées, dans un cas au moins pour des raisons de faible rentabilité aux cours actuels. Même s'il n'est pas certain que cet abandon soit « prématuré », la disparition d'infrastructures d'accueil existantes entraînera des frais supplémentaires en cas de développements futurs et on craint déjà que les gisements en mer du plateau continental du Royaume-Uni ne soient jamais pleinement exploités².

Pression financière

Tous les cycles des cours du pétrole s'accompagnent de leur lot de fusions et acquisitions. Cependant, les activités de reprise et les cessions d'actifs augmentent en temps de pression financière : des chiffres notablement plus élevés ont été rapportés en 2015 par rapport aux deux années précédentes. Les sociétés dotées de capacités de financement et suffisamment courageuses pour aller à l'encontre des cycles profiteront de la chute du cours des actions qu'entraîne inévitablement le déclin du cours du pétrole. Ce type d'opérations devrait connaître un regain d'activité si le cours du pétrole repart à la hausse, puisque le redressement du cours des actions intervient généralement plus tard. Toutefois, l'aspect positif est que les acheteurs restent intéressés par les actifs gaziers et pétroliers à leur juste prix.

Financièrement parlant, même les plus robustes et les plus visionnaires des compagnies pétrolières souffrent, y compris les majors. Les producteurs qui ont couvert leurs ventes à terme ne peuvent être protégés que pour une durée et des volumes limités ; ils attendront avec quelque peu d'anxiété de voir combien de temps dure cette situation de marché. Pour les entreprises, le bas niveau des prix du pétrole n'affecte pas que les bilans ; il peut avoir une corrélation négative encore plus grave sur le cours des actions, surtout pour les sociétés indépendantes de moins grande taille cotées en Bourse. Ceci compromet le respect des engagements en termes de prêt-valeur des accords financiers en vigueur, et la capacité à renouveler ou à augmenter les emprunts sera de ce fait amoindrie, même si les obligations courantes sont remboursées à leur échéance.

² Des rapports en date du 16 février 2016 citent des déclarations faites au Gouvernement britannique par John Swinney, ministre des Finances et vice-premier ministre d'Écosse, appelant à des allègements fiscaux en faveur des compagnies pétrolières et gazières pour éviter des fermetures précoces de champs pétrolifères et des licenciements supplémentaires, et se disant inquiet qu'une partie du pétrole britannique restant en mer du Nord ne soit jamais récupéré, puisque les compagnies actives dans cette région ont réduit leurs investissements à cause de la baisse du cours du pétrole.

Augmentation des insolvabilités

Fait marquant, pour les praticiens de l'insolvabilité qui lisent cette revue, le nombre de restructurations, de refinancements et d'insolvabilités dans le secteur de l'énergie atteint des records. Au moins vingt-huit prestataires de services du secteur gazier et pétrolier ont été déclarées insolvables en 2015, contre dix-huit l'année précédente et seulement six en 2013³. Les compagnies de prospection et de production de gaz et de pétrole n'ont pas été épargnées, ce qui n'était quasiment jamais arrivé dans ma jeunesse.

Pour ce qui est des activités gazières et pétrolières en amont, qui relèvent généralement de licences exploitées conjointement, l'insolvabilité d'un participant fait courir un risque important aux autres participants solvables qui devront assumer des coûts plus élevés en cas de défaillance, notamment des coûts de démantèlement, quand les actifs du secteur en amont se transforment en passifs. Dans le pire des cas, à cause des obligations de licence, l'insolvabilité d'un participant peut entraîner la perte des actifs sous licence et/ou des problèmes de solvabilité pour les autres participants, par effet de domino.

La situation progresse

Pourtant, tout n'est pas si sombre. Lors d'une récente manifestation professionnelle à Londres, parmi les visages défaits, on pouvait discerner quelques participants plus optimistes, qui ont annoncé que les compagnies pétrolières et les prestataires de services travaillaient la main dans la main pour établir le « coût réel » du développement et des opérations et progressaient dans leur effort d'ajustement des prix par rapport au cours actuel du pétrole.

Il serait bon de trouver des façons plus viables, du point de vue des coûts, de travailler avec les fournisseurs. Certains journalistes — dont l'avis a parfois autant d'influence sur l'opinion publique que les actualités concernant l'offre et la demande — ont même rapporté que le secteur était assez résistant pour affronter la tempête. Après tout, le secteur pétrolier a toujours été un secteur très instable. Espérons qu'ils ne se trompent pas.

**Sandy Shaw, Non Executive Director, Velocys plc*

x x x

x

12

³ Selon le réseau d'audit Moore Stephens.

Actualités et événements

Actualités

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

LinkedIn

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

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

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

13

Arin Octav Stănescu (1950–2015)

Nous avons la tristesse de vous annoncer le décès d'Arin Octav Stănescu, Président de l'Association professionnelle nationale des praticiens de l'insolvabilité roumains (UNPIR) et vice-président de l'Union mondiale des professions libérales (UMPL).

Emilian Radu, Président honoraire de l'UNPIR, lui rend hommage : « Arin Stănescu avait une personnalité puissante, énergique et efficace. Nous ne partagions pas toujours le même point de vue sur les sujets que nous abordions, mais nous arrivions toujours à un compromis si aucun d'entre nous ne s'était laissé convaincre par les arguments de l'autre. Malgré sa forte volonté, il savait accepter d'autres avis à condition qu'ils soient étayés d'un solide raisonnement. Cela peut sembler normal, mais rares sont les dirigeants qui savent reconnaître qu'ils peuvent parfois se tromper, même si cela facilite les rapports entre personnes et le processus décisionnel.

S'agissant d'exprimer ses idées, il était d'une liberté totale et savait le faire avec conviction et en toute sincérité, sans tenir compte des turbulences institutionnelles qu'il pouvait provoquer, tant que cela servait la cause qu'il défendait. Néanmoins, il avait assez de tact pour censurer ses opinions personnelles lorsque l'intérêt commun l'exigeait, surtout lors des discussions avec les institutions publiques.

Son mandat de président ayant été reconduit plusieurs fois, son style a laissé son empreinte. Une chose est certaine : il a consacré bien plus de temps et d'énergie au développement de la profession des PI que ce que ses collègues étaient disposés à faire.

Pragmatique, doté d'un fort instinct commercial, il n'en était pas moins généreux et à l'écoute des personnes dans le besoin. La disparition de cette forte personnalité laisse un vide derrière elle. Son successeur, quel qu'il soit, sera certainement mesuré à l'aune de l'héritage d'Arin. En pensée, je serai toujours à ses côtés. Je suis triste qu'il nous ait quitté mais heureux que nos chemins et nos destins se soient croisés. »

Arin Stănescu a été membre du Conseil et représentant des PI roumains auprès d'**INSOL Europe**. Il a été l'un des premiers à reconnaître l'importance de notre organisation et les avantages dont pouvaient bénéficier les praticiens locaux en adhérant à **INSOL Europe**.

Ayant fait la promotion des premières conférences de l'EECC (Budapest 2005 et Varsovie 2006) en Roumanie, Arin a amené avec lui toute une équipe d'intervenants et de participants à ces deux occasions. Son exemple a fait des émules ; aujourd'hui, la Roumanie est le pays d'Europe orientale qui compte le plus de membres, ce qui lui donne droit à un représentant permanent au Conseil.

Conférence 2016 du Comité des Pays de l'Europe orientale (EECC)

« Nouvelles tendances de l'insolvabilité : investissement en capital-retournement et évolution de la faillite personnelle en Europe de l'Est », 12-13 mai, Cluj-Napoca, Transylvanie

Après la grande réussite de la conférence organisée l'année dernière à Vilnius, où se sont rendus des participants de toute l'Europe, l'édition de cette année prévoit des séances consacrées à des approches très intéressantes de la situation évolutive actuelle et des développements courants de l'insolvabilité.

Entre autres, seront abordés les sujets suivants : « Prêts inexécutés », « Transporteurs et industriels de l'alimentaire confrontés à l'insolvabilité », « Actualité du REI et de la refonte du REI », « Les pièges de l'insolvabilité transfrontalière », « Approche comparative de l'insolvabilité des particuliers », et « Répercussions du droit de l'insolvabilité des particuliers sur le système bancaire ».

En outre, sachant que l'objectif principal est d'essayer d'élargir les perceptions du public et de le sensibiliser davantage à ces questions importantes, toutes les séances seront ouvertes aux débats, qui seront sans doute très vifs.

C'est pourquoi les intervenants retenus sont tous des experts reconnus et compétents dans leur domaine : citons entre autres Bogdan Olteanu (Banque nationale de Roumanie), Slavomír M. Čáuder (Giese & Partenaire s.r.o., République tchèque et Slovaquie), Veronika Sajadova (Lettonie), Crispin Daily (Proskauer, Royaume-Uni), Mirona Dolocan (BCR Corporate Recovery, Roumanie), Rudolf Vizental (CIT Restructuring, Roumanie), Giuseppe Scotti Macchi di Cellere Gangemi (Studio Legale, Italie), Daniela Deteșan (juge, Roumanie), George Covacz (EOS KSI, Roumanie), Mihai A. Pop (APS Holding, République tchèque).

Radu Lotrean (CITR, Roumanie), co-président de l'EECC, prononcera un discours de bienvenue, accompagné d'Evert Verwey (Clifford Chance LLP, Pays-Bas) et d'Alberto Núñez-Lagos Burguera (Président, INSOL Europe). Vasile Godîncă-Herlea (CITR, Roumanie), quant à lui, se chargera du discours de clôture.

La conférence se déroulera en anglais, avec une interprétation simultanée en roumain et en hongrois.

Lieu de la conférence

La conférence se tiendra au Grand Hotel Italia, Str. Vasile Conta n° 2, 400478 Cluj-Napoca, Roumanie.

Pour en savoir plus, rendez-vous à l'adresse www.insol-europe.org/events.

Parrains : INSOL Europe souhaite remercier les parrains de la conférence pour leur généreux soutien. Si vous souhaitez parrainer un événement lors de cette conférence, veuillez contacter **Hannah Denney** : hannahdenney@insol-europe.org.

Parrain principal de la Conférence

BDO Restructuring

www.bdo.de/dienstleistungen/restructuring/

Parrain pour la documentation

CITR

www.citr.ro

Parrains de la Conférence

Schiebe und Collegen : www.schiebe.de

Troostwijk : www.troostwijkauktions.com

Nous remercions les partenaires de la Conférence

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

UNPIR : www.unpir.ro

15

Pouvez-vous accueillir un séminaire ?

Nos membres sont invités à accueillir un petit séminaire sur leur lieu de travail, dans le but de recruter de nouveaux membres dans leur pays.

Uría Menéndez (Lisbonne, Portugal) et Gianni Origoni Grippo Cappelli & Partners (Rome, Italie) ont déjà organisé des séminaires de ce type. Lors de ces deux événements, prévus en fin de journée, le Président et le Président adjoint d'INSOL Europe ont présenté un bref exposé, accompagnés d'intervenants du cabinet organisateur. Ensuite, de légers rafraîchissements ont été proposés aux délégués qui ont ainsi eu l'occasion de faire connaissance.

Si vous souhaitez organiser un événement similaire en 2016, veuillez contacter Caroline Taylor (carolinetaylor@insoleurope.org) pour en savoir plus. Nous serons ravis de vous aider.

Insolvabilité en Europe : supprimer les principaux obstacles aux marchés transfrontaliers

Chris Laughton (Mercer & Hole, Londres) nous rend compte du séminaire organisé par R3 et l'Institut des experts-comptables d'Angleterre et du Pays de Galles à Bruxelles le 7 décembre 2015

Ce séminaire avait pour objet d'évoquer la façon dont l'évolution des régimes européens d'insolvabilité pourrait réduire les obstacles aux capitaux et au commerce, question actuellement à l'étude par la Commission européenne.

Il était présidé par Samantha Bewick, présidente du Comité insolvabilité de l'ICAEW (Institut des experts-comptables d'Angleterre et du Pays de Galles), premier organisme réglementaire britannique en matière d'insolvabilité. Ondřej Vondráček, responsable juridique à la Commission européenne, était le principal intervenant. Les différents États membres étaient représentés par Marie Luise Graf-Schlicker, directrice générale chargée de la protection des consommateurs au ministère allemand de la Justice, Werner Derijke, avocat, Jones Day (Belgique), et Graham Rumney, directeur exécutif de R3, association professionnelle britannique des praticiens de l'insolvabilité.

L'une des grandes questions qui est ressortie des discussions est la suivante : « **Qu'est-ce que l'harmonisation ?** » La réponse est probablement nuancée ; cependant, la Commission considère que le traitement des créances est un exemple d'harmonisation. On peut se demander s'il n'aurait pas fallu consacrer davantage de temps aux cours d'harmonie dans les conservatoires : les procédures communes aux États membres résonnent plutôt à l'unisson qu'en harmonie. Une véritable harmonie pourrait très bien être acceptable et même souhaitable, pour les États membres, chaque régime de l'insolvabilité jouant sa propre partition sans que cela ne produise une cacophonie, puisqu'il est considéré comme nécessaire que le registre et le timbre propre à chaque instrument puissent être discernés.

Apparemment, chaque État membre en a conclu que l'approche de la Commission consistait à tendre à l'unisson. L'Allemagne, pour sa part, préconise une convergence graduelle. La Belgique appelle à réaliser une évaluation digne de ce nom des statistiques nationales sur le résultat des procédures d'insolvabilité (statistiques qui ne sont pas toujours disponibles) avant de déterminer quelles mesures individuelles pourraient encourager l'harmonie. Le Royaume-Uni met simplement l'accent sur le recensement et la correction des lacunes observées dans chaque pays.

La Commission souhaite élaborer une proposition en matière d'harmonisation d'ici la fin 2016. Elle justifie l'« harmonisation » par le grand nombre de prêts non performants en Europe, étant sous-entendu que l'harmonisation de l'insolvabilité est la seule façon de remédier à ce problème. À la suggestion que les opérations sur titres d'emprunt réduiraient le nombre de prêts non performants, il a été répondu que l'harmonisation faciliterait les investissements. Il semblerait que la Commission soit persuadée que l'harmonisation est nécessaire, niant l'existence possible d'autres solutions et, par conséquent, ne cherchant pas à résoudre les problèmes individuels des États membres. Même s'il est difficile, pour la Commission, de traiter individuellement avec chaque État concernant la réforme de l'insolvabilité, une réponse uniforme à un problème perçu mais non quantifié ne risque pas de faire beaucoup d'adeptes dans l'Union.

Notons que le classement des procédures d'insolvabilité par la Banque mondiale semble avoir suscité une désapprobation universelle. Un appel a été lancé à des classements provenant d'autres sources et fondés sur des modèles plus fiables.

Le Forum universitaire d'INSOL Europe tient son symposium de printemps à Berlin

« Redressement et résolution des établissements financiers : leçons à tirer des insolvabilités commerciales », 29 avril, université Humboldt, Berlin (Allemagne)

Le Forum universitaire d'INSOL Europe organise une conférence gratuite d'une demi-journée à l'université Humboldt de Berlin, le 29 avril 2016.

Le thème va dans le sens de la conférence du Forum universitaire tenue en octobre dernier à Berlin pendant le Congrès annuel d'INSOL Europe, consacrée au redressement et à la restructuration dans le secteur bancaire. Le but n'est pas d'être répétitif mais de souligner l'importance fondamentale de ce domaine du droit de l'insolvabilité et de la restructuration. Après tout, on observe un changement radical de modèle : les procédures à orientation débiteur-créancier sont abandonnées au profit d'une procédure contrôlée par l'État, dans le cadre de laquelle le cycle de vie entier des établissements financiers est placé sous surveillance. Il n'est pas totalement improbable que ces évolutions auront des implications considérables, notamment sur le droit de l'insolvabilité commerciale.

Parmi les intervenants, qui sont tous des experts reconnus dans leur domaine, citons les suivants : **Monica Marcucci**, de la Banque d'Italie (Rome), nous parlera des « Actionnaires en temps de crise : du droit de veto à la dépréciation ».

Thorsten Höche, directeur juridique de l'Association des banques allemandes, s'intéressera à la « Mise en œuvre de la directive sur le redressement et la résolution des crises bancaires en Allemagne : l'adieu des banques au droit de l'insolvabilité ? »

Thomas Bauer, président du conseil d'administration de la FINMA (autorité fédérale suisse de surveillance des marchés financiers), nous présentera « L'ADN du règlement sur l'insolvabilité des marchés financiers : un renoncement aux principes traditionnels ? — Le point de vue de la Suisse ».

Le professeur **Ignacio Tirado**, de l'université autonome de Madrid, élargira les perspectives en abordant la question des « Problèmes de l'inscription de dettes souveraines au bilan des banques ».

Nous sommes impatients de vous rencontrer à l'occasion de ce symposium.

Rendez-vous sur notre site à l'adresse www.insol-europe.org/events pour en savoir plus et consulter le programme technique, ou contactez Wendy Cooper par courrier électronique à l'adresse wendycooper@insoleurope.org pour réserver votre place. Aucun billet n'est vendu pour cette manifestation.

Actualités du YANIL

L'objectif premier du Réseau des jeunes chercheurs (YANIL) est de servir de forum aux jeunes chercheurs pour qu'ils puissent exprimer leurs opinions en matière de droit de l'insolvabilité international, européen et comparatif et partager leurs idées.

Lors de la conférence du Forum universitaire d'INSOL Europe tenu à Berlin en octobre 2015, le YANIL a renouvelé la quasi-totalité de son conseil en élisant des membres de toute l'Europe.

Jennifer L.L. Gant (université Nottingham Trent, Royaume-Uni) a été désignée présidente et Jochem Hummelen (Houthoff Buruma, et récemment, Université de Groningen, Pays-Bas) co-président. Jan Plaček, assistant du maire adjoint de Prague, sera chargé de la présence en ligne ; David Ehmke, doctorant de l'université Humboldt (Berlin) est le « benjamin » du YANIL ; enfin, Giulia Vallar, chercheuse post-doctorat à l'Université de Milan, reprendra généreusement ses fonctions au sein conseil pour partager son expérience avec les nouveaux venus.

Cette petite rubrique dans les pages d'*eurofenix* a pour but de mettre en avant les jeunes membres et les universitaires qui font avancer notre profession de manière significative, mais aussi d'annoncer les événements importants qui pourraient intéresser le YANIL et ses membres potentiels. Nous espérons que notre présence dans cette revue donnera envie aux membres moins expérimentés de rejoindre notre joyeuse compagnie.

L'un des membres de notre nouveau conseil, Jochem Hummelen, a soutenu sa thèse avec succès à l'Université de Groningen, le 12 novembre 2015, et l'a publiée dans un ouvrage intitulé *Dynamique des entreprises en difficulté : évaluation de l'efficacité du droit de l'insolvabilité néerlandais*. Pour le compte du conseil et des membres du YANIL, nous lui adressons nos plus sincères félicitations.

Si vous souhaitez devenir membre du YANIL ou si vous faites vos premiers dans le monde de la recherche en matière d'insolvabilité et souhaitez partager vos idées avec nous, veuillez contacter Jenny Gant à l'adresse jenniferL.L.gant@gmail.com pour en savoir plus sur les conditions d'adhésion, ou consultez notre site à l'adresse www.insol-europe.org/yanil-introduction-and-members.

Nouvelle publication

« Contributions internationales à la réforme du Chapitre 11 du Code de la faillite des États-Unis »

Sous la rédaction de B. Wessels et R.J. de Weijjs

2015, 320 p., 75,00 EUR / 69,00 GBP, ISBN 978-94-6236-606-0

Critique du Pr G. Ray Warner, St. Johns University School of Law, New York

Comme son titre l'indique, l'ouvrage « *Contributions internationales à la réforme du Chapitre 11 du Code de la faillite des États-Unis* » est un recueil des divers rapports territoriaux préparés en vue de la publication du compte rendu de la Commission de l'Institut américain de la faillite (*American Bankruptcy Institute – ABI*) sur l'étude de la réforme du Chapitre 11.

Ce compte rendu se focalise sur sept aspects de la pratique en matière de sauvegarde des entreprises et décrit l'état actuel du droit dans treize juridictions commerciales importantes. Chacun des rapports nationaux a été préparé par des experts locaux, dont la plupart jouissent d'une grande réputation et sont très respectés dans les cercles internationaux de l'insolvabilité.

Ce volume regroupe deux ouvrages qui partagent un même thème. Les rapports nationaux, qui composent l'essentiel du volume, sont précédés d'une critique et d'une explication réfléchies et claires du compte rendu de l'ABI. Les rédacteurs, tous deux experts du droit de l'insolvabilité comparé, approchent le compte rendu d'un point de vue extérieur aux États-Unis. Étant donné que le Chapitre 11 sert de modèle à de nombreux régimes de sauvegarde dans le monde entier, les préoccupations quant à son fonctionnement et les propositions de réforme formulées aux États-Unis intéresseront tout praticien relevant de régimes présentant des règles similaires ou envisageant de mettre en place une procédure de sauvegarde. Bien que le paysage politique des États-Unis rende improbable l'adoption d'un grand nombre des réformes préconisées par le compte rendu de l'ABI, il n'en reste pas moins que plusieurs de ses recommandations mettent en avant des approches véritablement novatrices concernant des points communs à tous les régimes de sauvegarde et qui devraient être prises en considération par toute personne participant à la réforme du droit de l'insolvabilité.

Hors des États-Unis, les praticiens seront confrontés à la difficulté que la plus grande partie des 396 pages du compte rendu de l'ABI traite de questions et de réformes correspondant à des pratiques américaines locales peu pertinentes pour la communauté mondiale de l'insolvabilité. Cet ouvrage a la bonne idée de résumer le compte rendu en une quarantaine de pages qui soulignent les recommandations de la Commission pouvant intéresser un public non américain. Malgré l'excellence du compte rendu, la plupart des praticiens non américains peuvent lire ce résumé la conscience tranquille : ils ne risquent pas de rater grand-chose.

19

Pourtant, dans certains domaines, le résumé est trop sommaire et ne donne pas suffisamment de détails pour comprendre parfaitement la recommandation de la Commission, ce qui est le cas de la discussion portant sur la proposition relativement radicale consistant à ce que la catégorie de créanciers du rang immédiatement inférieur à celui ayant bénéficié du dernier dividende distribué reçoive la « valeur de l'option de rachat ». Le résumé renvoie cependant aux pages correspondantes du compte rendu, ce qui fait que le lecteur intéressé peut obtenir des explications supplémentaires. Ce défaut est plus que compensé par la critique judicieuse des rédacteurs. Parfois, seule une personne de l'extérieur est capable de porter un regard objectif sur un régime donné, ce qui est en l'occurrence le cas. Pour l'essentiel, cette proposition de la Commission a pour but d'assurer que les créanciers chirographaires partagent une partie de la valeur que représente la poursuite de l'activité et qui est conservée grâce à la sauvegarde, plutôt que de permettre à une catégorie de créanciers gagistes d'un rang supérieur de se l'approprier entièrement. Si cette proposition est une idée passionnante à soumettre aux débats des chercheurs, les rédacteurs critiquent néanmoins à juste titre sa complexité et suggèrent qu'une meilleure solution, tant du point de vue conceptuel que pratique, consisterait à adopter une approche d'exclusion (*carve out*) ou de « part prescrite » qui réserverait un pourcentage fixe aux créanciers chirographaires.

La critique la plus instructive du travail de la Commission nécessite probablement aussi le recul que seul un tiers peut avoir. Les rédacteurs soulignent à juste titre que la proposition de la

Commission concernant de nouvelles règles applicables aux petits et moyens débiteurs n'est pas une simple dérogation à l'approche « passe-partout » du Chapitre 11, mais plutôt un désaveu. Étant donné que la vaste majorité des affaires fondées sur le Chapitre 11 concernent des PME, les rédacteurs suggèrent que la Commission aurait dû traiter les règles applicables aux PME comme la norme et les règles applicables aux grands débiteurs comme l'exception, plutôt que le contraire.

Dans quelques domaines, par exemple la discussion des obligations fiduciaires, le résumé donne trop de détails sur des points qui n'intéresseront pas beaucoup la communauté mondiale de l'insolvabilité. Toutefois, sur d'autres thèmes, les rédacteurs font un excellent travail en établissant le lien entre les recommandations de la Commission et des problèmes rencontrés dans d'autres pays. Par exemple, ils rapprochent les propositions de la Commission concernant la pratique américaine, qui consiste à vendre rapidement l'entreprise en difficulté sans cessation d'activité, libre de tout passif, sans confirmation d'un plan de réorganisation, des débats anglais et néerlandais concernant la réforme de leurs procédures pré-organisées. Ainsi, malgré quelques ratés, la partie résumé de l'ouvrage est un apport très utile à la littérature et une ressource importante pour toute personne qui s'intéresse au droit de l'insolvabilité comparé.

Le recueil de rapports nationaux est lui aussi une ressource utile pour qui souhaite comparer les pratiques en usage dans différents territoires concernant les domaines de l'insolvabilité traités. Ces rapports informatifs sont généralement rédigés de manière concise. Toutefois, on observera deux limitations propres à la plupart des projets de droit comparé. La première est que les résumés sont figés dans le temps et capturent un instantané de l'état du droit en 2013 et 2014. Il s'agit donc d'une ressource utile, mais au vu des efforts de réforme permanents dans le monde entier, notamment des actuels efforts déployés par la Commission européenne en faveur de l'harmonisation dans sa recommandation de 2014 sur une nouvelle approche en matière de défaillance et d'insolvabilité des entreprises, ces résumés pourraient bien devenir rapidement obsolètes.

Autre limitation, le lecteur doit aborder ces résumés avec précaution, puisque la différence de point de vue par rapport à celui de l'auteur risque d'entraîner une incompréhension quant à la façon dont le territoire en question traite le point étudié. Par exemple, les résumés étudient l'étendue des pouvoirs que conservent les dirigeants d'une entreprise en difficulté pendant la procédure formelle de restructuration (notamment en qualité de débiteurs-exploitants). La Commission de l'ABI a rédigé ce point en gardant le Chapitre 11 à l'esprit et a donc formulé son compte rendu par rapport aux caractéristiques du droit de l'insolvabilité de son territoire. Toutefois, étant donné que les Anglais ne considèrent pas que les concordats relèvent du droit de l'insolvabilité, la réponse des experts anglais ne prend pas en considération la capacité de la direction en place à rester aux commandes au cours de la procédure.

Néanmoins, ces résumés représentent une étude très intéressante et instructive concernant les différentes approches adoptées dans divers territoires par rapport à des questions de restructuration communes.

Nouvelle parution

« *Procédures d'insolvabilité transfrontalières (2^e édition révisée et augmentée)* »

Auteur : Andrea Csöke, juge à la Cour suprême (Kúria), Budapest (Hongrie)

Publié en 2016 par les éditions HVG-ORAC, Budapest

Prix : 8 000 HUF (environ 26 EUR)

La première partie de l'ouvrage explique la loi type de la CNUDCI, que l'auteur a traduite en hongrois en 2008 (la traduction figure à la fin de l'ouvrage). Elle cite de nombreuses affaires, principalement du Royaume-Uni et des États-Unis.

La deuxième partie mise à jour traite des anciens et nouveaux règlements appliqués à des affaires anciennes célèbres (ISA, Parmalat, PIN) et à d'autres plus récentes (recueillies dans *eurofenix*, sur Internet et d'autres sources, notamment l'*International Corporate Rescue Journal*, *ILO – The International Law Office* et l'*International Insolvency Law Review*).

À la fin de l'ouvrage, de nombreuses traductions accompagnent le texte de la loi type, entre autres celle des Directives Co-Co (directives européennes sur la communication et la coopération en matière d'insolvabilité transfrontalière) et des Principes et Lignes directrices JudgeCo (principes et lignes directrices de coopération et de communication entre juges en matière d'insolvabilité transfrontalière européenne).

Cet ouvrage s'adresse non seulement aux avocats, mais également aux praticiens de l'insolvabilité qui sont confrontés pour la première fois à des questions internationales, qui font l'objet d'une explication et d'une suggestion de solution.

La première édition de cet ouvrage avait été publiée en 2008. L'auteur s'en est servi comme support pédagogique pour les praticiens de l'insolvabilité qui se préparent à l'obtention d'un diplôme. Certains exemples ont été créés de toutes pièces pour mieux illustrer les situations étudiées, mais cet ouvrage est également utile pour les personnes qui se forment de manière autodidacte, ce qui répond à une forte demande en Hongrie.

21

Vous pouvez envoyer vos actualités et critiques concernant des nouvelles parutions à Paul Newson, à l'adresse paulnewson@insol-europe.org. N'oubliez pas d'y joindre toutes les références de l'ouvrage et une image de bonne qualité de la couverture.

X X X
X

France

Le dossier FRAM et la solution du « pre-pack cession » à la française

Didier Bruère-Dawson et Charles Moulette nous présentent un intéressant dossier de « pre-pack cession » portant sur un groupe d'entreprises sexagénaire, historiquement important et rentable, employant plus de 3 000 personnes en France et à l'étranger*

Le 25 novembre 2015, le tribunal de commerce de Toulouse a ordonné la cession « pré-arrangée » des actifs d'un voyageur français de premier plan, FRAM, au leader de la vente de séjours en ligne, Karavel-Promovacances.

Cette cession aboutira à la création du premier voyageur français ; c'est l'un des plus importants « pre-pack cessions » réalisés depuis la réforme de 2014 du droit de l'insolvabilité français.

Présentation du « pre-pack cession » à la française

Même si cet instrument était déjà utilisé informellement par les praticiens de l'insolvabilité français, c'est l'ordonnance du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives qui a officiellement introduit le concept de « pre-pack cession » en droit français.

Au nombre des procédures collectives disponibles en France, on compte désormais des procédures préventives telles que le mandat ad hoc et la conciliation, permettant aux débiteurs et créanciers de négocier la dette, mais aussi la procédure dite de « pre-pack cession ». Il existe également des procédures plus formelles, à savoir la sauvegarde et le redressement judiciaire, qui fournissent une structure au sein de laquelle peut intervenir une réorganisation formelle, tout en offrant différentes protections aux débiteurs contre les mesures d'exécution prises à l'initiative de leurs créanciers.

Avant les réformes de 2014, les procédures préventives françaises avaient seulement pour but de permettre à un débiteur de renégocier sa dette avec ses principaux créanciers afin d'aboutir à un concordat.

Toutefois, la crise économique et le recours accru aux procédures préventives a prouvé que la simple renégociation des dettes d'une entreprise en difficulté ne suffisait pas toujours et que, souvent, le seul moyen efficace de sauver l'entreprise consistait à envisager une cession totale ou partielle de ses actifs.

Beaucoup de praticiens connaissent déjà le concept de « pre-pack cession », mais nous rappellerons que, dans le cadre de ces procédures, la cession des actifs du débiteur est négociée entre les parties concernées au cours de la procédure préventive et réalisée :

- (i) soit avant la fin de la procédure préventive (ce qui empêche que les difficultés financières du débiteur soient rendues publiques) ;
- (ii) soit pendant la procédure d'insolvabilité.

Cet instrument, qui est utilisé depuis longtemps en Angleterre et en Australie, est désormais appliqué aux restructurations de certains grands groupes d'entreprises français.

Les procédures françaises protègent les actifs incorporels et tendent à conserver la valeur de l'entreprise, puisqu'elles se déroulent hors du cadre formel de l'insolvabilité et ne nécessitent que le consentement des principaux créanciers. La rapidité de la procédure est essentielle : elle encourage le maintien du « cours normal des affaires » pendant les négociations confidentielles, ce qui permet d'éviter les « stigmates » de l'insolvabilité, de préserver l'intégrité de l'image de marque de l'entreprise et de prévenir la déperdition de clients, salariés et actifs stratégiques clés lors de la reprise éventuelle de l'entreprise. Bien entendu, il est indispensable d'aborder la question du bilan et de veiller à ce que toutes les parties adhèrent à l'idée d'une transmission rapide mais en douceur de l'entreprise conformément au plan, sous la supervision du conciliateur.

Dans le cadre du « pre-pack cession », les actionnaires ne peuvent être soumis de force à une procédure pré-arrangée, ni contraints de renoncer à leurs participations ou de procéder à la cession des actifs du débiteur dans le cadre de la poursuite de l'activité, mais la capacité du conciliateur à communiquer au tribunal un plan viable pour l'entreprise en l'absence de toute autre solution pérenne peut amener les actionnaires à se déclarer favorables au plan. En effet, si la conciliation échoue et que le débiteur est soumis à une procédure d'insolvabilité formelle, le tribunal tiendra compte du fait qu'une offre viable avait été proposée mais refusée par les actionnaires. Le tribunal peut également imposer le rétablissement du ratio d'endettement sur capitaux propres⁴ et/ou la cession de l'entreprise en activité si le plan des actionnaires n'est pas jugé viable ou s'il est critiqué par des créanciers qui sont en mesure de proposer un autre plan de redressement.

Le « pre-pack cession » de FRAM

Le dossier FRAM est un cas très intéressant de « pre-pack cession » portant sur un groupe d'entreprises sexagénaire, historiquement important et rentable, employant plus de 3 000 personnes en France et à l'étranger.

23

Les premières difficultés et la restructuration de 2013

En 2011, FRAM a rencontré des difficultés financières, en partie à cause des turbulences politiques et violences causées par le Printemps arabe en Égypte, au Maroc et en Tunisie, principales destinations touristiques de FRAM. Pourtant, en réalité, un grand nombre des problèmes de FRAM sont liés à des difficultés à s'adapter à la révolution numérique qui a balayé le secteur du tourisme.

Malheureusement, FRAM n'a pas su faire face à la croissance des tendances en ligne et ne s'est pas équipée d'une interface numérique perfectionnée. FRAM était absente de nombreuses plateformes en ligne, se cantonnant aux réservations en personne, qui entamaient ses marges et lui ont fait perdre des recettes et des parts de marché. En outre, FRAM souffrait d'une dispersion de son activité, puisqu'elle exerçait des activités hôtelières en plus de ses activités de voyageur.

Ces difficultés ont amené le groupe à demander l'ouverture de plusieurs procédures préventives. Au terme de la première procédure préventive, ouverte en 2012, un accord de conciliation a été signé puis homologué par le tribunal de commerce de Toulouse en 2013. Selon cet accord, les banques et actionnaires se sont engagés à fournir de nouveaux fonds au groupe, en échange d'un

⁴ En vertu du droit français, lorsque les fonds propres d'une société sont inférieurs à la moitié de son capital social, la société doit être dissoute, ou bien elle doit réduire / restaurer son capital.

« privilège de new money⁵ ». En outre, à cause des difficultés de trésorerie persistantes rencontrées au sein du groupe FRAM, l'accord prévoyait la conclusion d'un mandat de vente avec une banque d'investissement.

Entre 2013 et 2015, FRAM a vendu plusieurs de ses principaux éléments d'actif (hôtels en Espagne, en Tunisie et au Maroc, ainsi que les locaux de son siège près de Toulouse) pour couvrir ses besoins de trésorerie et recentrer ses activités sous le contrôle du conciliateur. Ces opérations, représentant plusieurs millions d'euros, n'ont pas permis à FRAM de financer les investissements numériques nécessaires, puisque les recettes tirées de ces ventes ont servi à couvrir ses besoins de liquidités. Malheureusement, l'absence d'investissement dans une plateforme en ligne et les bouleversements politiques et attaques en Afrique du Nord ont eu un effet dévastateur sur l'activité de FRAM.

La restructuration de 2015 et le « pre-pack cession »

Au cours de la procédure préventive, plusieurs acquéreurs ont été approchés et Karavel s'est rapidement distinguée comme étant le candidat le plus sérieux.

Au cours de l'été 2015, après un audit juridique, Karavel a proposé une offre pour l'acquisition des actifs français de FRAM dans le cadre d'un « pre-pack cession », qui devait intervenir au cours de la procédure de redressement judiciaire qui allait s'ouvrir. Cette solution offrait davantage de certitude à l'acquéreur qu'une cession réalisée au cours de la procédure préventive, surtout concernant l'ensemble des garanties financières, d'une part, mais aussi les licenciements collectifs et le régime fiscal, d'autre part. Les investissements visant à restructurer l'activité de FRAM (plus de 20 millions d'euros) ne permettaient pas à Karavel d'engager des dépenses supplémentaires. En outre, et contrairement à une procédure de cession dans le cadre d'une procédure de conciliation, cette solution permettait à l'acquéreur :

- (i) de choisir les actifs et contrats à transférer ;
- (ii) de renégocier les contrats passés par le groupe FRAM ; et
- (iii) de bénéficier d'une procédure accélérée concernant l'autorisation de la cession par les autorités de concurrence européennes ou françaises et concernant le financement des restructurations sociales.

Le groupe chinois HNA, associé à AFAT/Selectour, aurait été intéressé par une opération de type cession de parts, qui aurait été finalisée au cours des négociations de la procédure préventive, évitant ainsi les conséquences économiques préjudiciables de la large publicité que provoquerait l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité formelle. La proposition du groupe chinois prétendait l'emporter sur celle de Karavel, puisqu'elle présentait une solution amiable (ce que préconise systématiquement le droit de l'insolvabilité français). Toutefois, HNA n'a jamais présenté d'offre ferme et a par la suite renoncé.

Fin octobre 2015, FRAM a dû déclarer son état de cessation des paiements (ses actifs disponibles étaient devenus insuffisants pour couvrir ses obligations échues). Le tribunal de commerce de

⁵ Priorité de paiement des créanciers si le débiteur fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité, ce qui a été le cas par la suite.

Toulouse a ordonné l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité concernant les quatre principales entités françaises de FRAM.

Toutefois, étant donné que Karavel avait formulé une offre d'achat des actifs au cours de la procédure de conciliation sous forme de solution « pré-arrangée » et que son offre était conforme aux conditions prescrites par la loi (préservation de l'entreprise et de l'emploi, paiement des créanciers), le tribunal de commerce de Toulouse a appliqué les nouvelles dispositions légales et a ordonné une procédure d'appel d'offres simplifiée (tout en permettant à tout autre acquéreur potentiel de communiquer son offre à l'administrateur judiciaire) et un calendrier accéléré (de fait, seulement trois semaines se sont écoulées entre l'ouverture de la procédure et le choix définitif du tribunal). Cinq autres acquéreurs potentiels ont présenté des offres dans ce délai raccourci. Ces offres ont été rendues publiques et communiquées aux autres candidats, amenant Karavel à améliorer son offre, proposant un prix plus élevé et préservant davantage d'emplois.

Cette nouvelle offre de Karavel était sans conteste la meilleure, puisqu'elle respectait les trois objectifs principaux susmentionnés.

Doctegestio, autre candidat qui avait proposé un plan de cession, a présenté un plan de continuation, soutenu par plusieurs actionnaires qui s'étaient engagés à lui céder leurs actions. Ce plan de continuation prétendait l'emporter sur le plan de cession qu'avait proposé Karavel. De fait, la législation française privilégiera un plan de continuation à un plan de cession, sauf s'il n'est pas viable.

Selon le plan proposé par Doctegestio, tous les emplois devaient être préservés (Karavel proposait de conserver seulement 85 % du personnel) en échange d'un prix très bas. En comparaison, Karavel proposait le prix le plus élevé, tenant compte de la nécessité de payer une partie des dettes de l'entreprise.

Opérant dans le même secteur que FRAM, Karavel présentait des synergies idéales pour redresser l'activité de FRAM et avait déjà acquis et restructuré d'autres entreprises en difficulté. Par contre, Doctegestio ne gérait que des cliniques, des maisons de retraite et des hôtels et n'avait aucune expérience de la gestion d'agences de voyages.

Par conséquent, l'administrateur judiciaire, le mandataire judiciaire, le procureur et les représentants du personnel ont soutenu l'offre de Karavel. Le tribunal de commerce de Toulouse a donc ordonné le transfert des actifs des quatre principales entités françaises à Karavel.

Conclusion

Depuis la réforme de 2014, FRAM et NEXTIRAONE sont les exemples les plus marquants de cas qui se sont terminés par une solution de « pre-pack cession ».

Le dossier FRAM a clairement mis en évidence les avantages que présentent les cessions pré-arrangées par des professionnels de l'insolvabilité en France et peut être vu comme une première victoire des réformes françaises, dont le but était :

- d'améliorer la transparence vis-à-vis des créanciers qui ne sont pas parties à la procédure de conciliation ;
- de maximiser le prix de cession ; et

- de limiter la durée de la procédure d'insolvabilité, qui peut durer entre six et dix-huit mois et débouche généralement sur la liquidation de l'entreprise.

Le dossier FRAM prouve également la capacité des tribunaux français à préserver un groupe international dont de nombreux actifs et salariés se trouvent hors de France, en trouvant les meilleures solutions.

Le CIRI (Comité interministériel de restructuration industrielle, division du Trésor chargé des dossiers de restructuration) a joué un rôle de premier plan dans le dossier FRAM, ce qui a permis de trouver une solution viable sur le long terme. Il a été chargé des négociations avec les autorités fiscales et sociales françaises, et a suivi de près l'appel d'offres en collaboration avec le conciliateur au cours de la procédure préventive. De fait, les difficultés de FRAM menaçaient non seulement l'activité de certains de ses partenaires commerciaux et/ou des grands acteurs du secteur du voyage, mais également le système de garantie des opérateurs d'agences de voyages.

Par conséquent, le « pre-pack cession » de FRAM a permis de sauver l'un des principaux voyagistes français et, qui plus est, de préserver le secteur des agences de voyages en France.

**Didier Bruère-Dawson, associé, Charles Moulette, avocat, Insolvabilité et restructuration d'entreprises, Brown Rudnick, Paris (France)*

x x x

x

Grèce

26

Le cadre juridique grec des prêts non performants

Yiannis G. Sakkas et Yiannis G. Bazinas nous présentent la nouvelle loi grecque n° 4354/2015*

Introduction

Le Parlement grec a adopté une loi (n° 4354/2015) pour régir la cession et/ou le transfert de créances au titre de prêts non performants, notamment des dispositions sur :

- L'obtention d'une licence de la Banque centrale de Grèce pour les sociétés de gestion de dette et de transfert de dette concernant les prêts non performants ;
- Les accords prévoyant la cession de la gestion des créances ; et
- La cession et le transfert de créances au titre de prêts non performants et de conventions de crédit.

Le taux croissant de prêts non performants au sein du système financier grec est l'un des obstacles majeurs aux efforts de redressement économique du pays. Depuis le début de la crise financière, ce taux est monté en flèche, passant de 9,1 % en 2010 à 35 % en 2015⁶. En termes absolus, les

⁶ Base de données de la Banque mondiale, Indicateurs du développement dans le monde, disponibles en ligne à l'adresse <http://donnees.banquemondiale.org/catalogue/les-indicateurs-du-developpement-dans-le-monde>. La Banque centrale de Grèce rapporte un taux d'exposition au risque d'impayé de 43,6 %, ce qui inclut les prêts non performants ainsi que les prêts qui, même s'ils sont performants, sont considérés comme susceptibles de ne pas être remboursés.

expositions au risque d'impayé au sein du système bancaire national s'élèvent actuellement à 107 milliards d'euros⁷, ce qui nuit à la capacité des banques à consentir des prêts pour favoriser le redressement. En conséquence, le programme d'assainissement économique de la Grèce a naturellement placé la résolution des prêts non performants au centre de l'attention, insistant sur l'importance de cette réforme, indispensable pour débloquer le remboursement des tranches suivantes d'assistance économique⁸.

Jusqu'à présent, l'effort visant à lutter contre le problème croissant des prêts non performants en Grèce était axé autour des politiques de gestion dans le cadre du bilan et hors bilan. Ces mesures ont toutefois échoué à ralentir l'augmentation du nombre de prêts non performants. En 2015, quand la viabilité des banques a commencé à être sérieusement menacée, il a fallu trouver une nouvelle approche. C'est dans ce contexte que la loi n° 4354/2015⁹ est entrée en vigueur, le 16 décembre 2015, première tentative du pays visant à encourager un marché secondaire, pour réglementer la gestion, la cession et le refinancement des prêts non performants par l'intermédiaire de sociétés de gestion d'actifs et de transfert de dette.

Définition des prêts non performants : exclusion de certaines catégories de créances douteuses

Selon la loi, un prêt non performant est un prêt en souffrance pendant plus de quatre-vingt-dix jours. Cette définition correspond à l'acceptation universelle de la dépréciation et du défaut selon les normes internationales d'information financière (*International Financial Reporting Standards – IFRS*) et le règlement (UE) n° 575/2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement (« règlement CRR »). Toutefois, la loi n° 4354/2015 prévoit une exclusion expresse, certaines catégories de créances douteuses sortant de son champ d'application. Elle ne s'applique pas aux prêts consentis aux petites et moyennes entreprises¹⁰, au titres de créance garantis par l'État ni aux prêts à la consommation et pour l'achat d'une résidence principale. Ces catégories de prêts non performants seront réglementés par d'autres textes. La date limite de mise en œuvre du cadre correspondant avait initialement été fixée au 15 février 2016, avant d'être reportée au 15 avril 2016.

27

Exigences de forme juridique et de licence

Les sociétés de gestion d'actifs et de transfert de dette doivent être des sociétés anonymes ayant leur siège en Grèce ou dans un État membre de l'Espace économique européen, agissant par l'intermédiaire d'une succursale locale. La loi prévoit également un capital libéré minimum de 100 000 euros, mais seulement pour les sociétés faisant l'acquisition de créances. Les entités juridique gérant des créances devront réunir un capital social minimum de 24 000 euros, montant prévu pour les sociétés anonymes constituées en Grèce. Les sociétés ayant leur siège dans un État

⁷ Banque centrale de Grèce, « Rapport du Gouverneur de la Banque centrale de Grèce », 2015, p. 186.

⁸ Après la recapitalisation du système bancaire, fin 2015, l'introduction de la loi 4354/2015 constituait l'étape suivante indispensable visant à garantir la viabilité du système bancaire et restaurer sa capacité à financer la croissance économique. Sur la question de la recapitalisation, voir Y. Bazinas, Y. Sakkas, *The Creditor Participation in the Recapitalization of the Greek Banking System—Part I*, *Banking Law Journal*, vol. 133, n° 3, mars 2016, p. 153 (version imprimée).

⁹ Loi n° 4354/2015, Journal officiel A' 176, 16.12.2015. Une traduction intégrale en anglais est disponible à l'adresse http://www.bazinas.com/_uploads/c3f413925345eb7c234cf72f03d98346.pdf

¹⁰ Selon la définition figurant dans la recommandation n° 2003/361/CE de la Commission européenne du 6 mai 2003 (Journal officiel L 124 du 20 mai 2003).

membre de l'Espace économique européen devront satisfaire les exigences légales de l'État en question.

Il faut admettre que ce seuil de capital de départ est minuscule en comparaison avec le montant exorbitant des créances douteuses dans le pays. Toutefois, cette exigence réduite permet d'abaisser le coût de l'accès au marché des prêts non performants et permet une plus grande spécialisation, composante indispensable au bon fonctionnement du cadre applicable aux titres de dette décotés, qui ne peut avoir lieu que dans la mesure où l'infrastructure du marché le permet¹¹.

Pour exercer les activités réglementées par la loi sur les prêts non performants, les sociétés devront obtenir une licence de la Banque centrale de Grèce (« BCG »)¹². Selon la loi, la BCG doit rendre sa décision dans un délai de vingt jours suivant le dépôt d'un dossier complet. Entre autres, le dossier doit comporter la liste de toutes les participations directes ou indirectes dans la société, la liste de tous les actionnaires détenant au moins 10 % de son capital social, ainsi que les coordonnées de tous les membres du conseil d'administration¹³.

Dans le cadre de cette procédure de licence, les personnes susmentionnées doivent également remplir des questionnaires d'aptitude correspondant à des critères fixés par la BCG¹⁴. L'admissibilité du dossier est déterminée par un comité spécial qui doit se prononcer dans le délai susmentionné. Les courts délais prévus ont manifestement pour but d'accélérer la procédure et d'éviter les retards. Toutefois, la loi n'est pas explicite sur tous les aspects des licences, qui doivent être déterminés par une décision de la BCG. Deux mois après le vote de la loi, la BCG a préparé une décision exposant en détail les règles d'établissement et de fonctionnement des sociétés réglementées, qu'elle a publiée le 10 mars 2016 (décision n° 82/8.3.16).

28

Gestion des créances

Une fois constituées et après avoir obtenu leur licence, les sociétés de gestion d'actifs et de transfert de dette peuvent focaliser leurs activités sur les trois grands piliers de la loi sur les prêts improductifs : la gestion ou le transfert de créances et le refinancement. Seules les créances nées de conventions de prêt et/ou de crédit peuvent être cédées. Néanmoins, le délai de quatre-vingt-dix jours de défaillance n'est pas un critère absolu, étant donné que la loi permet aux sociétés de gestion d'actifs de rembourser les prêts performants, à condition que les prêts non performants du débiteur soient eux aussi cédés à la société de gestion. Tous les contrats de cession doivent être notifiés à la BCG et contenir des stipulations minimum concernant le suivi juridique et comptable des créances, le recouvrement, les négociations avec les débiteurs, le règlement et les droits applicables au remboursement, qui ne peuvent pas être transmis au débiteur. À réception d'un exemplaire, les contrats sont soumis au contrôle prudentiel de la BCG avant d'entrer en vigueur.

¹¹ *Euro Area Policies* (Politiques de la zone euro) : rapport par pays du FMI n° 15/205, juillet 2015, p. 70.

¹² La BCG a également un rôle de supervision ; elle peut suspendre ou révoquer les licences en cas d'infraction, notamment de fraude ou de blanchiment d'argent, etc.

¹³ Un rapport sur les principes fondamentaux appliqués en matière de gestion des créances doit également être fourni, mentionnant expressément les débiteurs socialement vulnérables, conformément aux dispositions du Code de déontologie bancaire, article 1^{er}, para. 2, L. 4224/2013 (A' 288), et à la loi sur l'insolvabilité des consommateurs, voir loi n° 3869/2010 (A' 130).

¹⁴ Ceux-ci sont fondés sur les lignes directrices du Comité européen des contrôleurs bancaires et sur les critères d'évaluation de l'aptitude des membres de l'organe de direction et des titulaires des postes principaux de l'Autorité bancaire européenne, conformément à une décision de la BCG.

La loi confère à la société de gestion le pouvoir de prendre toutes les mesures judiciaires nécessaires pour recouvrer les créances ainsi que de participer à des redressements pré-insolvabilité, à des procédures d'insolvabilité ou à des mesures d'urgence para-insolvabilité récemment introduites pour offrir des solutions extra-judiciaires et judiciaires simplifiées aux débiteurs en difficulté¹⁵, l'autorité de la chose jugée s'appliquant également au bénéficiaire des créances et non seulement à la société de gestion. Toutefois, la loi dispose expressément que la position matérielle et procédurale des débiteurs et des garants ne doit pas être empirée du fait de la cession ou de la vente des prêts non performants correspondants.

Transfert de créances

La loi n° 4354/2015 dispose également de la cession des créances¹⁶. Les créances admissibles au transfert doivent être « en souffrance » depuis quatre-vingt-dix jours, ce qui constitue une dérogation par rapport à la formulation correspondante applicable à la cession de gestion, qui exige que les créances soient « non performantes » depuis quatre-vingt-dix jours. À titre de condition supplémentaire, les prêts non performants peuvent être proposés à la vente seulement une fois que l'emprunteur et les éventuels garants concernés ont été invités à restructurer ou régler leurs obligations impayées dans les douze mois précédant la cession. Il s'agit là d'une disposition à l'importance cruciale, vu son importance pratique lors de la vérification des prêts non performants admissibles. Néanmoins l'article 3 (3) n'est pas formulé avec la clarté nécessaire pour déterminer si le délai de douze mois doit s'écouler en entier pour que la notification prenne effet, ou si une invitation à tout moment au cours de l'année précédant la cession proposée satisfera cette condition.

29

En tout état de cause, la notification n'est pas une condition préalable pour ce qui est des créances contestées ou admises ni des créances sur des débiteurs autres que des coopératives, au sens du Code de déontologie bancaire¹⁷. Il est prévu que ceci augmente le nombre de débiteurs concernant lesquels il est renoncé à l'exigence de notification, étant donné que la définition de coopérative débitrice est conséquente et exige la production rapide de documents et d'informations dans des délais stricts.

Les sociétés de transfert de dette peuvent acquérir soit des créances individuelles soit des groupes de créances, la loi sur les prêts non performants interdisant expressément l'application de l'article 479 du Code civil grec. Cette disposition, qui s'applique à la cession de masses d'actifs, prévoit que le cessionnaire assume les obligations afférentes aux actifs transférés à hauteur de la valeur de l'opération.

Cela constitue un écart important par rapport aux dispositions du Code civil qui risqueraient autrement de dissuader la participation des sociétés de transfert de dette. Dans le même ordre d'idées, pour inciter les investissements et favoriser la participation au marché secondaire, la loi

¹⁵ Voir article 61 et suivants de la loi n° 4307/2014. Ces mesures sont souvent qualifiées de procédures « para-insolvabilité » bien qu'elles ne soient pas régies par le code de l'insolvabilité.

¹⁶ La loi donne une liste exhaustive des cédants de créances, qui inclut les entités titulaires d'une licence bancaire en Grèce, les succursales locales d'établissements de crédit étrangers, les sociétés ad hoc prévues par la loi sur la titrisation des créances (3156/2003) ainsi que les sociétés de transfert de dette au titre de la loi sur les prêts non performants. Le transfert prend effet après enregistrement d'un résumé du contrat de vente ; voir article 3 de la loi n° 2844/2000.

¹⁷ Loi n° 4224/2013 et décision de la BCG en date du 27 août 2014, telles qu'en vigueur.

permet également le transfert de créances au titre de prêts encore performants, à condition que les prêts non performants soient eux aussi inclus dans la masse. Les droits de sûreté sont également transférés avec les créances correspondantes.

Refinancement des prêts non performants

Enfin, les sociétés de gestion d'actifs et de transfert de dette peuvent jouer un rôle plus actif dans le financement des prêts non performants. La BCG devra délivrer une licence pour cette activité précise, suite à quoi les sociétés de transfert de dette pourront consentir des prêts et des crédits uniquement aux fins de refinancer les prêts non performants qu'elles ont acquis, tandis que les sociétés de gestion d'actif pourront consentir de nouveaux prêts à condition que le créancier y donne son consentement. Par conséquent, au lieu de simplement supprimer les créances douteuses des bilans des établissements de crédit, les sociétés de gestion d'actifs et de transfert de dette peuvent essayer de redresser les entreprises en difficulté en investissement directement dans l'entreprise concernée, en restructurant sa dette et en réorganisant ses opérations¹⁸.

Toutefois, avant qu'un régime de financement du marché secondaire soit mis sur pied et opérationnel, certaines questions fiscales doivent être étudiées de manière plus approfondie, en particulier les droits et taxes applicables aux prêts en question, facteur pivot pour déterminer le coût du financement pour les investisseurs et les emprunteurs. La loi sur les prêts non performants ne contient pas encore de dispositions en la matière.

Conclusion : l'importance d'une approche globale de la résolution des prêts non performants

Contrairement aux tentatives similaires effectuées dans des pays d'Europe méridionale, la Grèce n'a pas appliqué le modèle de la « structure de défaillance » (*bad bank*) pour gérer le problème des prêts non performants¹⁹. Au lieu de confier la résolution des prêts non performants à un organe central, la loi en vigueur adopte une approche plus décentralisée et cherche à attirer les investisseurs privés spécialisés dans la gestion des prêts en défaut, afin de résoudre les prêts non performants. En facilitant les cessions d'actifs, cette nouvelle loi pourrait apporter une solution à la pression que subit le système bancaire depuis quelques années et permettre aux banques de débloquer du capital et des ressources et ainsi consentir de nouveaux prêts. Au vu de la capacité des sociétés de gestion d'actifs et de transfert de dette à refinancer les prêts non performants, un marché secondaire liquide des titres de dette décotés pourrait également permettre d'étendre les sources de financement non bancaires, améliorant ainsi l'accès au crédit.

En résumé, ce nouveau cadre juridique tient ses promesses pour ce qui est d'améliorer la stabilité du système bancaire et de favoriser un redressement économique plus rapide, en facilitant la fermeture des entreprises non viables et en stimulant la croissance des entreprises viables. Le cadre juridique et institutionnel de l'insolvabilité et, plus précisément, la rapidité et la rentabilité du recouvrement des investissements consentis par les sociétés assumant les prêts non performants jouent un rôle crucial à cet égard. Le droit grec de l'insolvabilité offre des outils allant dans ce

¹⁸ N. Jassaud, K. Kang, *A Strategy for Developing a Market for Nonperforming Loans in Italy*, document de travail du FMI, WP/15/24, p. 25.

¹⁹ Fonds monétaire international, *Policy Options For Tackling Non-Performing Loans In The Euro Area*, dans *Euro Area Policies*, Rapport par pays du FMI n° 15/205, 10 juillet 2015, disponible en ligne à l'adresse <http://www.imf.org/external/pubs/cat/longres.aspx?sk=43127>.

sens, notamment des possibilités de restructuration précoce, par le biais d'une procédure pré-organisée et d'échanges de dettes contre des participations, mais la situation pourrait encore être améliorée, notamment pour ce qui est de la réduction de la durée des procédures et du coût de la mise à exécution, ainsi que de l'accent mis sur un cadre favorisant les ententes amiables. Si un régime complet de la sorte existait, la nouvelle loi pourrait s'avérer déterminante dans la résolution des créances douteuses et le renforcement du système bancaire et de l'environnement du crédit dans le pays.

**Yiannis G. Sakkas, consultant scientifique, Yiannis G. Bazinas, Avocat, cabinet Bazinas, Athènes (Grèce)*

x x x

x

Médiation

La médiation dans le cadre de la restructuration et de l'insolvabilité

Bob Wessels nous explique ce qu'est la médiation, le rôle des médiateurs, le contexte dans lequel ils interviennent, leur mission... et se demande qui les nomme, les rémunère et les contrôle*

États-Unis d'Amérique : le recours à la médiation est de plus en plus fréquent en cas d'insolvabilité d'une entreprise

Dans le monde de la sauvegarde et de l'insolvabilité, le médiateur n'est pas un inconnu. Aux États-Unis, la médiation est souvent utilisée dans le cadre des procédures d'insolvabilité, y compris des procédures fondées sur le chapitre 11²⁰. En 2015, concernant des restructurations complexes impliquant plusieurs parties, il a été affirmé qu'aux États-Unis « [...] le recours à la médiation pour parvenir à des plans de réorganisation consensuels, même s'il ne s'agit pas du protocole standard, est devenu monnaie courante et ne suscite plus de controverses²¹. »

La médiation est utilisée à diverses occasions, telles que les assemblées de créanciers (pour amener les créanciers à négocier et parvenir à un accord concernant le vote sur un concordat) ou les négociations structurées visant à gérer et régler un grand nombre de créances.

On a beaucoup parlé de la médiation dans les affaires de liquidation de Lehman Brothers en vertu du chapitre 11, dans le cadre desquelles des centaines de différends découlant de contrats dérivés ont fait l'objet de négociations suite au dépôt de bilan de Lehman.

Selon un rapport de janvier 2016, 495 procédures de résolution alternative des différends ont abouti à un montant supérieur à 3 milliards de dollars pour les différents actifs de Lehman. 424 dossiers de règlement alternatif des différends, impliquant 541 parties, ont abouti à un règlement.

²⁰ Pour commencer, voir I. Meier, *Mediation and Negotiation in a Court or in an Out-of-Court Reorganization Procedure*, dans H. Peter, *The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century: Facilitating Investment and Recovery to Enhance Economic Growth*, Zurich, Schulthess, 2006, 292 p.

²¹ Jack Esher, *Recent Use of Mediation for Resolution and Effective Management of Large Case Insolvencies*, dans *International Corporate Rescue 2015-6*, 349 p.

Au 13 janvier 2016, 245 dossiers arrivés à l'étape de médiation ont été classés, 232 ont été réglés pendant ou après la médiation ; seules treize médiations ont échoué²².

Ainsi, récemment, aux États-Unis, la médiation a été utilisée dans le cadre de réorganisations de grande envergure impliquant plusieurs parties, leur coût (notamment la rémunération du médiateur) étant pris en charge par la masse²³. La médiation a pour but que toutes les parties trouvent un terrain d'entente tout en protégeant leurs intérêts : « Son succès final dans les grandes affaires complexes fondées sur le chapitre 11 découle du fait qu'elle favorise les objectifs des parties, plutôt que de se contenter d'évaluer le bien-fondé de leurs arguments [...], et les intérêts de tous les créanciers en vue d'un règlement rapide, plutôt que des années de contentieux interminables²⁴. »

Esher avance que, dans l'UE, la médiation en matière d'insolvabilité « [...] peut poser problème en l'absence d'une forme ou une autre de contrainte judiciaire ou réglementaire²⁵. »

Médiation en matière civile et commerciale dans l'UE

En Europe, la médiation est un phénomène assez récent. Une directive sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale est entrée en vigueur en 2008²⁶. Cette directive concerne la médiation non pas en cas de litige national, mais seulement en cas de litige transfrontalier, quand au moins une des parties a son domicile ou sa résidence habituelle dans un État membre autre que celui d'une autre partie à la date à laquelle, par exemple, les parties conviennent d'avoir recours à la médiation après la naissance du différend²⁷.

Dans la directive, le terme « médiation » désigne « un processus structuré, quelle que soit la manière dont il est nommé ou visé, dans lequel deux ou plusieurs parties à un litige tentent par elles-mêmes, volontairement, de parvenir à un accord sur la résolution de leur litige avec l'aide d'un médiateur. Ce processus peut être engagé par les parties, suggéré ou ordonné par une juridiction ou prescrit par le droit d'un État membre²⁸. »

Le point 6 du préambule de la directive précise que la médiation doit être promue, car : « La médiation peut apporter une solution extrajudiciaire économique et rapide aux litiges en matière civile et commerciale au moyen de processus adaptés aux besoins des parties. Les accords issus de la médiation sont susceptibles d'être respectés volontairement et de préserver une relation amiable et durable entre les parties. Ces avantages sont plus marqués encore dans des situations comportant des éléments transfrontaliers. »

²² Lettre au juge Shelley C. Chapman concernant le 73^e rapport d'avancement en matière de résolution alternative des différends, voir <http://dm.epiq11.com/LBH/Document/GetDocument/2717939>.

²³ Entre autres exemples, citons les affaires Residential Capital LLC, Cengage Learning Inc., Nortel Networks, Radio Shack et Energy Future Holdings Corp. Souvent, aux États-Unis, les juges font office de médiateurs ; voir Janice Miller Karlin, *The "M" Word: Mediation Musings*, dans *ABI Journal*, 26 novembre 2015, 26 p.

²⁴ Voir Benjamin D. Feder et David Hahn, <http://www.abi.org/committee-post/mediation-in-large-chapitre-11-cases>.

²⁵ Jack Esher, *Recent Use of Mediation for Resolution and Effective Management of Large Case Insolvencies*, dans *International Corporate Rescue 2015-6*, 351.

²⁶ Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale (« directive sur la médiation »).

²⁷ Article 2(1) de la directive sur la médiation.

²⁸ Article 3(1) de la directive sur la médiation.

Pourtant, de nombreux États membres de l'UE n'en semblent pas convaincus. Selon une étude récente, sa mise en œuvre ne générerait que des sentiments mitigés. Cette étude démontre par exemple que le cadre juridique commun de base prévu par la directive n'a pas du tout été mis en œuvre en Belgique ; en Finlande, il n'a été mis en œuvre que concernant la médiation annexée aux tribunaux ; aux Pays-Bas et au Royaume-Uni, il n'a été mis en œuvre que pour la médiation transfrontalière²⁹.

La directive sur la médiation est en cours de révision³⁰. Bien que les litiges en matière de restructuration et d'insolvabilité entrent dans le champ d'application de cette directive, l'étude n'indique pas que la Commission européenne les avait également à l'esprit, et je n'en ai trouvé la preuve nulle part. Je suppose que le terme « matière civile et commerciale » inclut la « sauvegarde et l'insolvabilité »³¹.

Médiation en matière d'insolvabilité dans l'UE

Dans l'UE, la médiation en matière de restructuration et d'insolvabilité est utilisée dans certains États membres, notamment en Belgique, en Angleterre³², en France (accords de règlement amiable dans le cadre du mandat ad hoc, du règlement amiable et de la conciliation), en Grèce et, depuis 2013, en Espagne (« *mediator concursal* »³³). Aux Pays-Bas, depuis 2012, un projet pilote intitulé « Médiation dans les affaires de liquidation pour insolvabilité » a été lancé par le tribunal de district à Amsterdam, mais ses résultats n'ont pas encore été évalués. Dans les autres États membres, la médiation en matière d'insolvabilité n'a pas (encore) vu le jour.

Passée relativement inaperçue, la recommandation de la Commission européenne de mars 2014 relative à une nouvelle approche en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises³⁴ introduit la notion de « médiateur ». Les débiteurs eux-mêmes devraient avoir la possibilité de restructurer leurs activités, mais ce n'est qu'au cas par cas que le tribunal peut nommer « [...] un médiateur, afin d'aider le débiteur et les créanciers à assurer le bon déroulement des négociations entourant un plan de restructuration³⁵. »

33

²⁹ Carlos Esplugues Mota (réd.), *Civil and Commercial Mediation in Europe. Volume II: Cross-Border Mediation*, Cambridge-Antwerp-Portland, intersentia, 2014, 769 p.

³⁰ Voir Guisepppe De Palo et al., 'Rebooting' the Mediation Directive: Assessing the Limited Impact of Its Implementation and Proposing Measures to Increase the Number of Mediations in the EU, Rapport au Parlement européen 2014, disponible à l'adresse [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET\(2014\)493042_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf). En mai 2016, la Commission européenne doit rendre compte de l'application de la directive et, si nécessaire, proposer des modifications. Le processus de consultation a débuté fin septembre 2015. Voir http://ec.europa.eu/justice/newsroom/civil/opinion/150910_en.htm.

³¹ Voir également Horst Eidenmüller et David Griffiths, *Mediation in Cross Border Insolvency Procedures* (2009), <http://www.gforensics.com/resources/CrossBorderMediation.pdf>.

³² Le *Chancery Court Guide 2013*, à l'article 3.1, indique que les tribunaux devraient « [...] s'adapter à la médiation ou à toute autre forme de négociations de règlement », voir <http://www.justice.gov.uk/downloads/courts/chancery-court/chancery-guide.doc>.

³³ Figurant également à l'annexe C du règlement européen sur l'insolvabilité (refonte). Voir Laura Ruiz, *Spanish Insolvency Act: the Legislation Created by the Crisis*, dans *Insolvency and Restructuring International*, septembre 2015, 25 p. ; Alberto Núñez-Lagos Burguera, *Recently Enacted Spanish Out-of-Court Debt Restructuring Laws Join the Current European Trend for Efficient Restructuring and Lead Innovation for Restructuring Solutions*, dans *International Corporate Rescue 2015*, 216 p. En 2015, certaines modifications ont été apportées aux mécanismes de l'ESP et le rôle de médiateur a été créé. Voir Pilar Galeote, *Mediación Concursal El acuerdo extrajudicial de pagos y el mediador concursal*, disponible à l'adresse <http://ssrn.com/abstract=2659255>.

³⁴ Voir http://ec.europa.eu/justice/civil/files/c_2014_1500_fr.pdf

³⁵ Recommandations 8 et 9.

Il y a du pain sur la planche !

Pour que la suggestion formulée dans la recommandation fonctionne dans la pratique, des études plus approfondies sont nécessaires. Manifestement, il conviendrait de se focaliser sur le statut de la « médiation en matière de restructuration et d'insolvabilité » dans les États membres de l'UE et sur le rôle et les qualifications professionnelles du « médiateur de l'insolvabilité » dans un contexte national.

Il faudrait également réaliser des études et élaborer des propositions concernant le cadre civil / procédural général nécessaire pour pouvoir exercer les fonctions de médiateur de façon pleinement satisfaisante, par exemple définir les éléments fondamentaux des accords de médiation, notamment la procédure de médiation à suivre, aborder des points tels que le début de la médiation, la sortie, le calendrier, le choix et la nomination du médiateur, sa rémunération, son immunité, ainsi que la confidentialité de la procédure³⁶.

Il conviendrait en outre de définir les critères de renvoi à la médiation par les tribunaux, ainsi que l'effet juridique de la médiation sur les délais de prescription et les procédures en instance. Idéalement, cette étude serait comparative (entre États membres de l'UE) ; elle inclurait également les États-Unis et se concentrerait sur la question de savoir quels thèmes devraient faire l'objet d'une forme de réglementation au niveau de l'UE et quels thèmes seraient laissés à la compétence des États membres.

Qui fera le premier pas ?

**Bob Wessels est professeur émérite de droit international de l'insolvabilité, Université de Leyde (Pays-Bas), médiateur du Comité de médiation d'INSOL International et juge adjoint à la Cour d'appel de La Haye*

34

x x x

x

Harmonisation

Harmonisation du droit de l'insolvabilité européen : l'idée qui ne tait plus son nom

Dans un article publié dans cette revue il y a tout juste un peu plus de trois ans, l'auteur de ces lignes, *Paul Omar**, avait exprimé l'avis suivant : « Il est difficile d'imaginer que des États membres accepteraient des propositions des institutions européennes en vue d'un important rapprochement de leurs lois internes [en matière d'insolvabilité], sauf si cela leur apportait d'énormes avantages économiques³⁷. »

³⁶ Ces thèmes sont mentionnés dans le *Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale 2009*, mais ils nécessiteraient également d'être étudiés dans un contexte national.

³⁷ Dans « Lois européennes sur l'insolvabilité : convergence ou harmonisation ? » (printemps 2012, *eurofenix* 20, p. 21 de la version anglaise).

Même s'il ne s'agissait pas réellement d'une prédiction, cette formulation prudente s'est néanmoins avérée assez éloignée de la direction qu'ont prises depuis les opinions sur l'harmonisation.

De fait, la première salve avait été tirée bien avant la publication de la réflexion ci-dessus. Le Rapport d'INSOL Europe de 2010, rédigé en vue de l'éventuelle révision du règlement européen sur l'insolvabilité (« REI ») et présenté à la Commission des Affaires juridiques du Parlement européen, préconisait d'envisager une harmonisation matérielle dans plusieurs domaines, notamment concernant les critères d'ouverture des procédures, la suspension des actions des créanciers, les règles de gestion des procédures, les règles relatives aux rangs de créanciers et aux priorités, le dépôt et la vérification des créances, la responsabilité du plan de sauvegarde, l'étendue et la portée de la masse du débiteur, les actions en annulation, la résiliation ou la poursuite des contrats, la responsabilité des dirigeants, la disponibilité d'un financement après l'ouverture d'une procédure, les qualifications des praticiens de l'insolvabilité³⁸.

Alors qu'un grand nombre de ces domaines se rapportaient à des questions de procédure, et que l'examen de la façon dont le REI pourrait mieux fonctionner était tout à fait opportun, le rapport semblait suggérer que le moment était venu d'étudier comment le droit de l'insolvabilité en Europe pourrait aller au-delà d'une simple convergence et atteindre le stade auquel l'harmonisation devient faisable.

De fait, la réponse du Parlement européen publiée en 2011³⁹ faisait écho au Rapport de 2010, reconnaissant qu'il était difficile de créer un « organe chargé des règles du droit matériel en matière d'insolvabilité au niveau de l'Union, » tout en énonçant le postulat de l'opportunité d'une harmonisation « souhaitable » dans plusieurs domaines bien précis, essentiellement pour éviter les conséquences préjudiciables de disparités entre lois nationales susceptibles de favoriser le *forum shopping*.

Ces domaines comprenaient les critères d'ouverture des procédures, le dépôt des créances, les actions en annulation, les qualifications des praticiens de l'insolvabilité et les aspects communs des plans de restructuration⁴⁰.

Encore une fois, bien que très modeste, ce rapport peut être considéré comme représentatif d'un changement de mentalité des institutions européennes qui — exception faite des premiers projets de ce qui allait devenir la Convention européenne de 1995 relative aux procédures d'insolvabilité (et le modèle du REI), qui flirtaient avec l'harmonisation — ont toujours répugné dans les faits à transformer l'idée d'une convergence éventuelle en bonne pratique.

Élimination de l'incertitude juridique

À partir de 2012, la Commission européenne a dirigé ses efforts sur la réforme du REI. Toutefois, même dans ce cas, l'opportunité de procéder à ce qui était décrit comme un « rapprochement des lois » dans certains domaines, dont certains étaient repris de listes antérieures, a été étudiée avec

³⁸ Voir INSOL Europe, *Harmonisation du droit de l'insolvabilité au niveau de l'UE* (avril 2010).

³⁹ Voir K.-H. Lehne (Rapporteur), *Rapport contenant des recommandations à la Commission sur les procédures d'insolvabilité dans le cadre du droit européen des sociétés* (document A7-0355/2011) (17 octobre 2011).

⁴⁰ *Ibid.*, 8-11.

attention. Cependant, le contexte n'était pas celui de l'idéal de l'harmonisation ni de l'évitement de la disparité, mais bien la nécessité d'éliminer l'incertitude juridique et un « environnement économique défavorable », censés constituer des obstacles aux investissements transfrontaliers⁴¹.

De fait, rejetant en partie le raisonnement des propositions précédentes, la communication laissait entendre que le type ou l'orientation des systèmes juridiques en soi ne déterminait pas la réussite des entreprises ni les possibilités de sauvegarde, mais plutôt la disponibilité d'outils spécifiques favorisant le signalement précoce des difficultés et l'efficacité des procédures. En des termes rappelant ceux d'une étude de 2003⁴², la Commission européenne a préconisé de se concentrer sur l'amélioration des « deuxièmes chances » en introduisant des procédures accélérées destinées aux débiteurs honnêtes, alignant et raccourcissant les délais d'effacement des dettes et, pour les PME en particulier, améliorant la prévention, l'accès aux concordats amiables et le recouvrement de créances de manière générale⁴³.

L'accent mis sur les PME et l'entrepreneuriat explique facilement comment la Commission européenne est passée d'une étude accessoire des mesures qu'il serait souhaitable de prendre pour moderniser les lois nationales à la promotion de sa propre vision de ce que devrait être l'insolvabilité européenne. En 2014, elle a publié un texte tendant à des réformes visant à traiter de quatre points de préoccupation précis : la disponibilité d'un cadre pour faciliter la restructuration préventive, l'assistance aux négociations de restructuration par le biais de la nomination d'un médiateur et la possibilité de moratoires, la garantie de réussite des plans de restructuration grâce à un contenu minimum précis, ainsi que la clarification de la participation des créanciers et des tribunaux dans le processus d'adoption du plan et la protection apportée aux nouveaux accords de financement.

À ces priorités, la Commission européenne a rajouté la question de la durée appropriée des moratoires accordés aux chefs d'entreprise, une durée de trois ans devenant la nouvelle norme⁴⁴. Bien que sa recommandation s'adresse principalement aux États membres, ceux-ci devant prendre des mesures avant mars 2015, la Commission européenne s'est réservée la possibilité, soumise à la condition qu'une étude ultérieure soit réalisée⁴⁵, de proposer des « mesures supplémentaires en vue de consolider l'approche [...] décrite dans la recommandation », laissant entendre qu'elle pourrait envisager de légiférer sous une forme ou une autre pour imposer un cadre commun à tous les États membres. Étant donné que seuls quelques États membres ont répondu⁴⁶, il n'est peut-être pas surprenant que la Commission européenne ait désormais décidé d'agir.

⁴¹ Voir *Communication de la Commission, etc. sur une nouvelle approche européenne en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises* (document COM(2012) 742 Final) (12 décembre 2012), 5.

⁴² *Projet Best « Restructuration, dépôt de bilan et nouveau départ »*, rapport final sur le groupe d'experts (septembre 2003).

⁴³ Voir note 5 ci-dessus, 5-6 et 8.

⁴⁴ *Recommandation sur une nouvelle approche européenne en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises* (document COM(2014) 1500 final) (12 mars 2014), 6-10. Voir également l'étude d'INSOL Europe (12 mai 2014) évaluant dans quelle mesure les États membres se conformaient déjà aux règles adoptées.

⁴⁵ Cette étude, réalisée par l'université de Leeds, a donné lieu à un rapport intermédiaire en novembre 2015.

⁴⁶ Appel à expression d'intérêt concernant le groupe d'experts (septembre 2015), paragraphe 2.

Groupe d'experts

À cet égard, la Commission européenne a récemment mis sur pied un groupe d'experts spécialistes de la restructuration et de l'insolvabilité. Le rôle de ces experts — qui ont débuté leurs travaux en janvier 2016 — sera d'assister la direction générale de la justice et de la protection des consommateurs, pendant trois ans, à formuler des règles minimales en vue de l'adoption d'un nouvel acte législatif européen relatif à la restructuration et à l'insolvabilité.

Le projet d'acte législatif devrait en partie répondre aux points exposés dans la recommandation de 2014. Ainsi, la mission du groupe d'experts couvre l'élaboration non seulement de règles et principes communs dans le domaine des procédures de restructuration préventive qui faisaient l'objet de la recommandation de 2014, mais aussi de règles et principes communs en lien avec les procédures d'insolvabilité formelles, ainsi que la promotion d'une deuxième chance pour les débiteurs honnêtes (personnes physiques), la qualification des praticiens de l'insolvabilité, les obligations et responsabilités des dirigeants dans le cadre de l'insolvabilité, et enfin, les mesures visant à réduire les coûts pour les PME dans le cadre des procédures de restructuration et d'insolvabilité et la facilitation de l'accès à ces procédures. Par ailleurs, le groupe d'experts sera chargé de veiller à ce que les éventuels règles et principes communs proposés soient compatibles avec le REI révisé⁴⁷.

Redynamiser l'harmonisation

Il est intéressant de noter que les travaux sur les obligations des dirigeants font écho aux travaux menés par le groupe de travail V de la CNUDCI, qui ont abouti, en 2013, à l'ajout d'une quatrième partie à son Guide législatif, traitant des obligations des dirigeants dans la « zone grise », et que la CNUDCI espère également étendre à la position des dirigeants de groupes d'entreprises. Cela reflète également une préoccupation européenne antérieure : la même question surgit dans un rapport visant à redynamiser le programme d'harmonisation du droit des sociétés⁴⁸. De fait, cette préoccupation a été reprise dans le REI révisé, qui prévoit la soumission d'un rapport sur les questions transfrontalières liées à la responsabilité et à la révocation des dirigeants⁴⁹. S'agissant des règles communes applicables aux procédures d'insolvabilité, il est intéressant de noter que le REI révisé mentionne également la nécessité de prendre en considération les droits préférentiels liés à l'emploi⁵⁰. Il semble quasiment certain que ces sujets feront partie du nouveau programme, même s'il est difficile de prédire la direction précise que prendront toutes les initiatives dans ce cadre.

Le chemin parcouru

Tout ceci semble très éloigné des débuts de l'initiative en matière d'insolvabilité, malgré l'intérêt de longue date que suscitait depuis la fin des années soixante le projet de convention visant à réglementer la compétence, la reconnaissance et l'exécution transfrontalières en matière d'insolvabilité. Pendant de longues années, l'insolvabilité a été considérée comme purement accessoire à d'autres domaines d'intérêt, par exemple la politique sociale (droits du travail) ou le

⁴⁷ Ibid., paragraphe 3.

⁴⁸ Rapport du groupe de haut niveau d'experts en droit des sociétés sur un cadre réglementaire moderne pour le droit européen des sociétés (Rapport De Winter) (2002).

⁴⁹ Article 90(3), REI (refonte). Voir également l'article 90(4) qui pose les bases d'une étude sur les abus en matière de forum shopping.

⁵⁰ Ibid., préambule, point 22.

droit des sociétés. L'insolvabilité « fondamentale » n'est jamais vraiment allée au-delà des aspects procéduraux et de droit international privé que sont la compétence et la coordination⁵¹.

Le fait que le débat ait évolué, de manière significative, au point d'envisager une méthodologie, de savoir s'il convient de parler d'« approximation », de « convergence ou d'« harmonisation », et dans quels domaines (procédure ou droit matériel), montre le chemin parcouru par l'Union européenne. Par conséquent, il est clair que le débat a progressé et que l'« harmonisation » n'est plus une idée honteuse dont on n'ose pas parler en bonne société !

**Paul Omar est professeur de droit international et comparé de l'insolvabilité à la Nottingham Law School et membre du groupe d'experts de l'UE en matière de restructuration et d'insolvabilité*

Le prix « Richard Turton »

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

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

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

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

Les candidats sont invités à écrire - avec leur CV - à l'adresse ci après, une lettre d'environ 200 mots, pour expliquer pour quoi ils se considèrent qualifiés à recevoir ce prix, et ceci avant le 1^{er} juillet 2016. Ils sont également censés donner le titre du papier qu'ils soumettront à la commission. La décision sera prise par un panel représentant les quatre organisations au plus tard le 1 août 2016, pour permettre au candidat retenu de programmer sa participation au Congrès annuel d'INSOL Europe.

Le candidat retenu bénéficiera :

- d'une inscription gratuite au congrès annuel d'INSOL Europe, qui se tiendra en 2016 à Lisbonne du 22 au 25 septembre ; ses frais de voyage, de logement et de nourriture seront pris en charge pour toute la durée du congrès ;
- en retour, le candidat devra écrire un article d'environ 3 000 mots sur le droit et/ou la pratique de l'insolvabilité ou réorganisation avec l'accord de la commission. Cet article pourra être publié dans la revue des quatre organisations marraines sous une forme réduite ; il sera également affiché intégralement sur leurs sites web.
- le candidat gagnant sera félicité lors du congrès et recevra un certificat encadré, correspondant à son prix.

Etes-vous intéressé ?

Envoyez votre lettre d'environ 200 mots, expliquant pour quoi vous vous considérez qualifié à bénéficier de la possibilité d'être présent au Congrès annuel d'INSOL Europe en tant que gagnant du prix Richard Turton, avant le 1^{er} juillet 2016, à l'adresse suivante :

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

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

Décision du Jury : aux environs du 1 août 2016.

⁵¹ Voir, du même auteur, « *The Emergence of a New European Order in Insolvency* » [2004] 8 ICCLR 262.

Refonte du REI

Refonte du REI : Quelques petits détails intéressants...

Andrea Csöke attire notre attention sur certaines des petites modifications néanmoins significatives apportées par le règlement européen sur l'insolvabilité 2015/848 (refonte du REI)*

Le « nouvel-ancien » règlement sur l'insolvabilité transfrontalière 2015/848 (refonte) présente quelques détails intéressants. Je ne veux pas traiter des grandes questions, telles que les procédures hybrides pré-insolvabilité, ou les procédures d'insolvabilité concernant les membres d'un groupe d'entreprises, mais seulement attirer votre attention sur quelques différences « minimales » entre l'ancienne version et la refonte du règlement.

Lacunes des annexes

Pour commencer, je vois des lacunes dans le nouveau système d'annexes. Selon l'article 2(4), toutes les procédures d'insolvabilité sont regroupées dans une seule annexe, l'annexe A. Sans aide extérieure, personne ne saura quelle procédure correspond à une réorganisation et quelle autre correspond à une liquidation. Le plus important est de savoir dans quelle procédure l'insolvabilité éventuelle du débiteur doit être examinée par le tribunal, et quelles procédures concernent les entreprises solvables.

Je sais que les États membres ont jusqu'au 26 juin 2016 pour résumer les principales informations concernant leurs procédures ; une fois mises à jour, elles seront publiées par la Commission (article 86), mais je dois avouer que dans mon cabinet, nous ne pourrions pas tous respecter ces délais.

Cette « petite » question pourrait s'avérer importante dans certaines situations, parce que le tribunal saisi d'une procédure secondaire doit savoir si la procédure ouverte dans un autre État membre relève de l'insolvabilité ou pas. L'article 34 énonce une règle concernant l'ouverture de la procédure secondaire :

« Lorsque la procédure d'insolvabilité principale exigeait que le débiteur soit insolvable, l'insolvabilité de ce dernier n'est pas réexaminée dans l'État membre dans lequel la procédure d'insolvabilité secondaire peut être ouverte. »

INSOL Europe ou sa Branche judiciaire pourront certainement aider à trier les procédures comprises dans le règlement en deux ou trois groupes : celles qui ne concernent que les entreprises solvables, celles qui sont dirigées contre les entreprises insolubles, et celles qui concernent les deux.

Forum shopping

Deuxième détail intéressant (je suis certaine que je suis la seule à m'en être étonnée), le règlement révisé ne condamne pas toutes les sortes de *forum shopping* (au sens de l'ancien règlement), mais seules ses formes « négatives ». Le « forum shopping », au sens péjoratif, désigne seulement le forum shopping négatif. Son ancienne forme, « positive », n'est pas considérée comme du « forum shopping ». De fait, les points (5) et (29) du préambule exposent les règles suivantes :

« (5) Il est nécessaire, pour assurer le bon fonctionnement du marché intérieur, d'éviter que les parties ne soient incitées à déplacer des avoirs ou des procédures judiciaires d'un État membre à un autre en vue d'améliorer leur situation juridique au détriment de la masse des créanciers (« forum shopping »). »

« (29) Le présent règlement devrait contenir un certain nombre de garanties visant à empêcher la recherche frauduleuse ou abusive de la juridiction la plus favorable. »

Définition du créancier local

Le troisième détail est la modification du concept de « créancier local ».

Selon l'article 2(1), un « *créancier local* » [est] un créancier dont les créances sur un débiteur sont nées de l'exploitation d'un établissement situé dans un État membre autre que l'État membre où se situe le centre des intérêts principaux du débiteur, ou sont liées à cette exploitation. »

Cette définition ne précise pas que le CIP du créancier doit être situé dans l'État membre où se trouve l'établissement. Par rapport à l'ancien REI, ce texte définit le créancier local uniquement comme un créancier « dont les créances sont nées de l'exploitation de l'établissement en question », mais il manque quelque chose à cette définition : c'est un créancier dont le « domicile, la résidence habituelle ou le siège social est situé dans l'État membre sur le territoire duquel l'établissement est situé. » [1346/2000/CE article 3 (4) b)]

Sa signification véritable ne peut être comprise qu'en association avec l'article 2(12), car celui-ci explique ce qu'est un « créancier étranger » :

« un créancier qui a sa résidence habituelle, son domicile ou son siège statutaire dans un État membre autre que l'État d'ouverture de la procédure, y compris les autorités fiscales et les organismes de sécurité sociale des États membres. »

Bien entendu, les deux définitions, combinées, correspondent à la définition du créancier local au sens de l'ancien REI (puisque, logiquement, si un créancier n'est pas étranger, il est local). Cependant, dans la refonte du REI, l'article 3 (4) b/i. permet à une procédure d'insolvabilité territoriale d'être ouverte uniquement par un « créancier dont la créance est née de l'exploitation d'un établissement situé sur le territoire de l'État membre dans lequel l'ouverture de la procédure territoriale est demandée, ou est liée à celle-ci. »

Tout ce que l'on peut dire, c'est que les créanciers dont le domicile ou le siège est situé dans le même État membre que l'établissement du débiteur mais dont la créance n'est pas née de l'exploitation de cet établissement ne peuvent pas demander l'ouverture d'une procédure secondaire.

Opinions différentes

Je ne devrais sans doute pas dire que ma prochaine remarque est elle aussi un « détail », car je pense qu'il s'agit d'une question très importante.

Le point (7) du préambule est formulé comme suit :

« (7) Les faillites, les procédures relatives à la liquidation de sociétés ou autres personnes morales insolvables, les concordats et les autres procédures analogues, ainsi que les actions liées à de telles procédures sont exclus du champ d'application du règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil. Ces procédures devraient être

couvertes par le présent règlement. L'interprétation du présent règlement devrait, autant que possible, combler les lacunes réglementaires entre les deux instruments. Toutefois, le simple fait qu'une procédure nationale ne figure pas à l'annexe A du présent règlement ne devrait pas impliquer qu'elle relève du règlement (UE) n° 1215/2012. »

Dans l'affaire German Graphics (C-292/08), la CJUE a arrêté ce qui suit : 17. « [...] En outre, il n'est pas exclu que, parmi celles-ci, figurent des décisions qui n'entrent ni dans le champ d'application du règlement n° 1346/2000 ni dans celui du règlement n° 44/2001. »

Mais dans l'affaire Nortel Network (C-649/13), la Cour semblait de l'avis contraire :

26. « À cet égard, la Cour a déjà jugé que les règlements nos 44/2001 et 1346/2000 doivent être interprétés de manière à éviter tout chevauchement entre les règles de droit que ces textes énoncent ainsi que tout vide juridique. Ainsi, les actions exclues, au titre de l'article 1er, paragraphe 2, sous b), du règlement n° 44/2001, du champ d'application de ce dernier, en tant qu'elles relèvent des «faillites, concordats et autres procédures analogues», entrent dans le champ d'application du règlement n° 1346/2000. Symétriquement, les actions qui n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 3, paragraphe 1, du règlement n° 1346/2000 relèvent du champ d'application du règlement n° 44/2001 (arrêt Nickel & Goeldner Spedition, C-157/13, EU:C:2014:2145, point 21 et jurisprudence citée). »

Comment concilier ces opinions différentes avec la refonte du règlement ?

Peut-on dire que le point 7 du préambule et la décision rendue dans l'affaire German Graphics font référence à une procédure d'insolvabilité — car certaines procédures d'insolvabilité nationales n'entrent pas dans le champ d'application du règlement européen sur l'insolvabilité — et que celle rendue dans l'affaire Nortel Network ne renvoie qu'aux actions qui présentent un lien étroit avec les procédures d'insolvabilité, sans pour autant en faire partie, et à d'autres actions en lien avec des matières civiles et commerciales ?

À mon avis, cette interprétation permettrait de résoudre cette contradiction apparente.

Groupes d'entreprises

Le dernier « détail » n'est probablement qu'un malentendu. D'après mes collègues, la pratique qui consistait autrefois à soumettre tous les membres d'un groupe d'entreprises à une compétence unique est interdite par l'article 3 (1) du règlement révisé.

Mon interprétation est que cette règle ne s'applique qu'aux sièges sociaux. L'article 3 (1) alinéa 2 dispose que le CIP d'une entreprise est considéré être situé dans le pays où se trouve son siège. « Cette présomption ne s'applique que si le siège statutaire n'a pas été transféré dans un autre État membre au cours des trois mois précédant la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. » Cela signifie que lorsque le siège a été transféré d'un pays à un autre (affaire Interdil), le débiteur doit attendre trois mois avant que la présomption ci-dessus s'applique. Cependant, il n'est pas interdit de la réfuter en fournissant des justificatifs prouvant que le CIP a réellement changé, quel que soit l'endroit où se situe le siège.

Ainsi, de fait, selon le point (53) du préambule du REI révisé, la pratique antérieure concernant les groupes d'entreprises n'est pas interdite.

« L'instauration de règles relatives aux procédures d'insolvabilité de groupes de sociétés ne devrait pas limiter la possibilité, pour une juridiction, d'ouvrir une procédure d'insolvabilité à l'égard de plusieurs sociétés d'un même groupe et d'exercer sa compétence en tant que juridiction unique, si elle constate que le centre des intérêts principaux de ces sociétés se situe dans un seul État membre. Dans un tel cas, la juridiction devrait également être en mesure de désigner, s'il y a lieu, le même praticien de l'insolvabilité dans toutes les procédures en cause, pour autant que ce ne soit pas incompatible avec les règles applicables à ces procédures. »

*Andrea Csöke est juge en Hongrie

X X X

X

Portugal

Lors que l'arbitrage en matière d'investissements internationaux se frotte à l'insolvabilité

António Andrade de Matos et Jorge Bastos Leitão nous rendent compte de l'affaire historique Dan Cake S.A. c/ Hongrie (affaire CIRDI n° ARB/12/9)*

42

Dan Cake S.A. est une société portugaise ayant pour objet la fabrication de pâtisseries, biscuits et biscottes. Elle a été constituée au Portugal en 1979. En 1996, elle a acquis une participation dans une société hongroise dont la dénomination a par la suite été modifiée en Danesita, ayant également pour objet la fabrication de pâtisseries, biscuits et biscottes pour les pays d'Europe de l'Est.

Danesita est restée en activité jusqu'en 2007, date à laquelle elle a été déclarée insolvable au titre d'une décision définitive et exécutoire de la Haute Cour d'Appel de Budapest, qui a nommé un liquidateur chargé de gérer l'insolvabilité de Danesita. Cette décision a été publiée au Journal officiel.

Confrontée à cette situation, Dan Cake S.A. a saisi la seule possibilité que lui offrait le droit hongrois pour éviter la cession des actifs de Danesita et donc la liquidation de la société : demander un concordat avec les créanciers de Danesita⁵².

Un concordat fait d'abord l'objet d'une audience au cours de laquelle les créanciers se prononcent sur le projet de concordat préparé par l'entreprise débitrice cherchant à restaurer sa solvabilité. Si le tribunal considère que les dispositions de la loi hongroise sur l'insolvabilité (« LHI ») sont respectées, il homologue le concordat.

⁵² L'article 44 de la loi hongroise sur l'insolvabilité (« LHI ») en vigueur à l'époque disposait ce qui suit : « un concordat sera réputé valide à condition qu'il remporte le consentement d'au moins la moitié des créanciers habilités à conclure un concordat dans toutes les catégories, sous réserve que leurs créances représentent les deux tiers des créances totales des créanciers habilités à conclure le concordat en question. »

Pour que cette audience puisse se tenir, le débiteur doit demander au tribunal de l'ordonner. La demande du débiteur doit être accompagnée des documents suivants : (i) un plan de redressement, (ii) une proposition de concordat et (iii) la liste des créanciers. Le juge convoque ensuite une audience dans les soixante jours suivant la réception de la demande⁵³.

Toutefois, comme indiqué plus en détail ci-dessous, le 22 avril 2008, le tribunal métropolitain de Budapest (le « tribunal de Budapest ») a rejeté la demande d'audience qu'il avait reçue⁵⁴.

Parallèlement, le tribunal de Budapest a vivement recommandé que le liquidateur procède à la cession des actifs de Danesita. Par conséquent, le liquidateur a lancé un deuxième appel d'offres, suite à quoi la cession des actifs est intervenue. La décision du tribunal de Budapest n'était pas susceptible d'appel.

Ainsi, pour finir, Dan Cake S.A. a entamé une procédure d'arbitrage devant le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (« CIRDI ») en 2012, se fondant sur le traité bilatéral d'investissement conclu entre le Portugal et la Hongrie.

Dan Cake S.A. affirmait avoir perdu son investissement dans Danesita à cause des mesures arbitraires et discriminatoires ordonnées par le tribunal de Budapest dans le cadre de la liquidation de Danesita. Elle affirmait également que la décision du tribunal de Budapest de ne pas convoquer d'audience de concordat constituait un déni de justice. Enfin, Dan Cake S.A. était de l'avis que les actes du liquidateur étaient attribuables à la Hongrie.

Le 24 août 2015, le tribunal arbitral du CIRDI, composé du professeur Pierre Mayer (président), du professeur Jan Paulsson et de Toby Landau QC, a prononcé une sentence en matière de compétence et de responsabilité, dans laquelle il jugeait à l'unanimité que la Hongrie :

- « avait violé son obligation de s'assurer que l'investissement de Dan Cake bénéficie d'un traitement juste et équitable ;
- avait violé son obligation de ne pas entraver la liquidation de l'investissement de Dan Cake par des mesures iniques. »

La procédure de liquidation

Comme nous l'avons vu ci-dessus, en vertu des dispositions de la LHI, une fois qu'une société est confrontée à une procédure de liquidation, la seule solution qui lui permet d'éviter la cession des actifs et donc la disparition en tant que personne morale consiste à conclure un concordat. Toutefois, pour ce faire, le débiteur doit obtenir du tribunal qu'il ordonne une audience à cet effet⁵⁵.

Dan Cake S.A. a effectivement demandé au tribunal métropolitain de Budapest de convoquer cette audience, accompagnant sa demande de toutes les pièces requises par la loi. Comme indiqué dans sa demande, la convocation rapide d'une audience était le seul moyen de sauvegarder

⁵³ Article 41(5) de la LHI.

⁵⁴ Cette demande avait été déposée le 11 avril 2008 devant le tribunal de Budapest.

⁵⁵ Contrairement aux procédures d'insolvabilité, au titre desquelles le débiteur prépare un accord en vue de restaurer sa solvabilité et le soumet au vote des créanciers réunis en assemblée, et non au juge. La seule intervention du tribunal consiste à homologuer le concordat conclu entre le débiteur et ses créanciers, pour autant qu'il soit conforme aux dispositions de la LHI (voir articles 18-21 en vigueur à l'époque).

l'investissement de Dan Cake dans Danesita, mais le tribunal de Budapest a rejeté sa demande. Le 22 avril 2008, le tribunal de Budapest a signifié au conseil de Dan Cake une décision (la « Décision ») dans laquelle il demandait à Danesita de communiquer d'autres pièces, dont aucune n'était exigée par la loi et dont la plupart n'avaient aucun lien avec la convocation d'une audience de concordat, d'autres étant tout simplement impossibles à produire.

En outre, dans cette même Décision qu'il a pris soin de signifier au liquidateur, le tribunal de Budapest suggérait fortement que le liquidateur était tenu de procéder à la cession des actifs. Par conséquent, peu de temps par la suite, le liquidateur a lancé un deuxième appel d'offres qui a débouché sur la cession des actifs de Danesita.

Du point de vue du Tribunal arbitral, « l'accumulation de sept obstacles injustifiés, ainsi que le rappel de l'obligation du liquidateur de procéder à la cession des actifs⁵⁶ » était « un signe manifeste que le tribunal de Budapest ne souhaitait tout simplement pas, quelle qu'en soit la raison, se conformer à ses obligations. »

Par conséquent, le Tribunal arbitral a conclu, de fait, que « la violation de l'obligation de traiter l'investisseur de façon juste et équitable avait pris la forme d'un déni de justice⁵⁷. » Citant des affaires similaires de déni de justice, par exemple Robert Azinian c/ Mexique, Mondeev International c/ États-Unis d'Amérique, Loewen c/ États-Unis d'Amérique et Elettronica Sicula c/ Italie, le Tribunal arbitral a jugé que « la décision du Tribunal métropolitain de Budapest [allait] à l'encontre du sens de légalité. »

Notamment, bien qu'il s'agisse d'une décision rendue en première instance, le fait qu'elle ne puisse pas faire l'objet d'un recours a amené le Tribunal arbitral à considérer cet échec de « systémique »⁵⁸.

De l'avis des auteurs, cette sentence historique est l'une des plus pertinentes qu'un Tribunal arbitral du CIRDI ait prononcées ces dernières années. Non seulement le Tribunal arbitral a conclu qu'un État avait refusé de rendre justice à un investisseur international, mais il a établi que la violation du principe de traitement juste et équitable avait eu lieu dans le cadre d'une procédure de liquidation, ce qui en fait une affaire singulière. Cette sentence jette de la lumière sur le déni de justice en droit international, puisqu'elle fixe inévitablement une norme plus stricte pour la législation et les juges nationaux concernant la liquidation d'investissements réalisés par des investisseurs internationaux.

**António Andrade de Matos et Jorge Bastos Leitão sont tous deux associés du cabinet Andrade de Matos & Associados - Sociedade de Advogados, RL, Lisbonne (Portugal)*

X X X

X

⁵⁶ § 142.

⁵⁷ § 146.

⁵⁸ § 154.

Espagne

Homologation judiciaire des accords de refinancement en Espagne

José María Mesa Molina et Alberto Álvarez Marín analysent le système d'homologation et nous offrent une vision critique de la loi sur l'insolvabilité*

La quatrième disposition supplémentaire de la loi espagnole n° 22/2003 du 9 juillet sur l'insolvabilité (la « loi sur l'insolvabilité ») régit l'un des principaux instruments pré-insolvabilité prévus par le droit espagnol : l'homologation judiciaire des accords de financement conclus entre une entreprise débitrice et ses créanciers.

Comme pour les autres mécanismes de cette nature, les législateurs se sont efforcés — surtout dans le contexte de la crise économique actuelle — de faciliter la conclusion d'accords de refinancement entre une entreprise débitrice et ses créanciers par le biais d'une homologation judiciaire, dans le but principal de garantir la viabilité financière de l'entreprise débitrice et d'éviter une procédure d'insolvabilité qui, dans la plupart des cas, entraîne inexorablement la liquidation définitive de l'entreprise.

L'aspect le plus important de ce mécanisme « anti-insolvabilité » qu'il convient de mettre en avant est peut-être la possibilité d'étendre certains effets de l'accord de refinancement (moratoire et réduction de la dette, entre autres) aux créanciers « dissidents », c'est-à-dire aux créanciers qui se sont opposés à l'accord de refinancement ou refusé de le signer, sous réserve que certaines majorités de seuils de passif financier soient atteintes, tel qu'évoqué ci-dessous.

45

Ainsi, la loi essaie d'éviter l'opposition des titulaires de créances d'un faible montant, ce qui pourrait poser un obstacle sérieux à la poursuite d'activité de l'entreprise débitrice. Telle est la direction prise par les dernières réformes concernant l'homologation judiciaire (par exemple la loi n° 17/2014 du 30 septembre qui adoptait des mesures d'urgence sur le refinancement des dettes et la restructuration des entreprises débitrices), tendant à favoriser les créanciers ayant conclu un accord de refinancement au détriment des créanciers dissidents.

Cet article analyse les aspects fondamentaux de l'homologation des accords de refinancement (exigences nécessaires à l'homologation, procédure, effets, recours, etc.) et offre une vision critique de ce mécanisme.

Exigences à respecter pour demander une homologation judiciaire

Les exigences légales à satisfaire pour obtenir l'homologation judiciaire d'un accord de financement sont les suivantes :

- (i) L'accord doit être signé par des créanciers représentant au moins 51 % du passif financier.
- (ii) L'accord doit au moins aboutir à une extension significative du crédit disponible ou bien à la modification ou à la résiliation des obligations du débiteur, à condition que

celui-ci se soumette à un plan de viabilité permettant la poursuite des activités professionnelles ou commerciales sur le court et moyen termes.

- (iii) Une attestation du commissaire aux comptes du débiteur confirmant le pourcentage de passif financier requis pour l'adoption de l'accord.
- (iv) L'accord doit faire l'objet d'un acte public formel.

Effets de l'homologation judiciaire d'un accord de financement

L'homologation judiciaire d'un accord de financement produit principalement les effets suivants :

- (i) Extension de certains effets de l'accord de refinancement aux créanciers dissidents, en fonction du pourcentage d'approbation de l'accord.
- (ii) Gel des mesures d'exécution dirigées à l'encontre du débiteur, s'agissant des dettes en lien avec l'accord de refinancement.
- (iii) Impossibilité de récupération si le refinancement débouche par la suite sur une procédure d'insolvabilité.

Extension des effets aux créanciers dissidents

Comme indiqué ci-dessus, l'un des principaux objectifs de l'homologation judiciaire est la possibilité d'étendre certains effets de l'accord de refinancement aux créanciers qui s'y sont opposés. En vertu de la loi sur l'insolvabilité, le pourcentage de passif financier couvert par l'accord détermine dans quelle mesure ses effets s'étendent aux créanciers dissidents.

Si l'accord est soutenu par des créanciers représentant 60 % du passif financier (65 % pour les créanciers dont les créances sont garanties par une sûreté), les effets suivants peuvent être étendus aux créanciers dissidents :

- (i) Report du paiement du principal ou des intérêts pendant cinq ans maximum.
- (ii) Conversion des dettes en prêts participatifs au cours de la même période.

Si l'accord est soutenu par des créanciers représentant 75 % du passif financier (85 % pour les créanciers dont les créances sont garanties par une sûreté), davantage d'effets peuvent être étendus aux créanciers dissidents :

- (i) Report du paiement du principal ou des intérêts pendant cinq ans ou plus, sans dépasser dix ans.
- (ii) Effacement de dette.
- (iii) Conversion de dettes en actions de la société débitrice.
- (iv) Conversion des dettes en prêts participatifs, obligations convertibles ou prêts subordonnés, ou autres instruments similaires.
- (v) Transfert de biens ou de droits à des créanciers en règlement de tout ou partie de leurs créances.

Procédure d'obtention de l'homologation judiciaire

La procédure énoncée par la loi sur l'insolvabilité en vue d'obtenir l'homologation d'un accord de refinancement se caractérise par sa rapidité, tentative de résolution d'une situation d'insolvabilité avérée ou imminente pouvant contraindre une entreprise à mettre fin à son activité économique en demandant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Les principales étapes de cette procédure sont les suivantes :

- (i) Demande d'homologation de l'accord adressée au tribunal compétent du siège social de l'entreprise débitrice ou d'un signataire de l'accord de refinancement, accompagnée de

certain documents (entre autres : accord de refinancement, attestation du commissaire aux comptes, etc.).

- (ii) Après examen des documents, le juge décide si la demande est admissible ou non.
- (iii) Une fois les exigences légales ci-dessus satisfaites, le juge homologue automatiquement l'accord de refinancement, sans examen au fond, dans un délai de quinze jours. La décision est publiée dans le registre public de l'insolvabilité et au Journal officiel (« JO »).

Contestation de l'homologation judiciaire

Malgré son caractère indéniablement restrictif, la loi sur l'insolvabilité permet aux créanciers dissidents de contester l'homologation judiciaire d'un accord de refinancement. Les créanciers dissidents peuvent seulement avancer :

- (i) la nature disproportionnée du sacrifice demandé aux créanciers dissidents ; et
- (ii) l'échec à atteindre la majorité légale du passif financier.

Pour ce qui est du premier argument, la loi sur l'insolvabilité ne définit pas en détail la notion de « sacrifice disproportionné ». Selon la doctrine et la jurisprudence espagnoles, pour déterminer l'existence d'un sacrifice disproportionné, il convient :

- (i) d'évaluer les effets de l'accord sur les créanciers dissidents par rapport à ses effets sur les signataires ;
- (ii) d'apprécier la capacité de la restructuration prévue à limiter les droits des créanciers dissidents plus que ce à quoi ils pourraient raisonnablement s'attendre en l'absence de restructuration.

47

Le deuxième motif de contestation de l'homologation se rapporte à la réussite ou à l'échec de l'accord de refinancement à atteindre la majorité légale nécessaire à son approbation (51 % des créanciers) et, le cas échéant, la portée des effets de l'accord (de 60 à 85 %, selon le cas).

Il se peut que les créanciers dissidents ne soient pas certains du délai dont ils disposent pour contester l'homologation. La loi sur l'insolvabilité mentionne seulement un délai de quinze jours à compter de la publication de la décision judiciaire, mais sans préciser s'il s'agit de quinze jours civils ou ouvrés.

À cet égard, il convient de préciser que ce délai de quinze jours désigne un délai procédural qui exclut donc les jours non travaillés (article 185 de la loi espagnole sur le corps judiciaire). En effet, selon la jurisprudence de la Cour suprême espagnole, le délai de contestation commence à courir du fait d'un acte de procédure, à savoir dans ce cas la publication de la décision au JO et dans le Registre public de l'insolvabilité.

Bien que cette « publication » ne constitue pas réellement un avis judiciaire, elle constitue indéniablement une forme de notification d'acte de procédure, que la loi sur l'insolvabilité a choisie expressément pour accélérer la procédure et éviter les éventuels retards découlant des difficultés de communication à chacun des créanciers dissidents.

Enfin, les étapes permettant de contester l'homologation avec succès sont expliquées ci-dessous :

- (i) La contestation doit être présentée au même tribunal que celui qui a homologué l'accord.

- (ii) Si le juge saisi de la contestation l'estime opportun, il notifiera la contestation au débiteur et aux autres créanciers signataires pour qu'ils puissent s'opposer à la contestation dans un délai de dix jours.
- (iii) La décision relative à la contestation de l'homologation doit être prononcée dans les trente jours.

Conclusion

Comme indiqué au début de cet article, les procédures d'insolvabilité espagnoles se terminent souvent par la liquidation du débiteur. Par conséquent, l'étape pré-insolvabilité — surtout l'homologation judiciaire des accords de refinancement — s'avère être l'un des facteurs déterminants de la poursuite de l'activité en cas de difficultés financières, en mettant en place de nouveaux instruments, un amortissement des échéances de remboursement, des conditions financières plus adaptées au marché, ainsi que des accords de refinancement offrant une protection juridique élevée contre les actions de tiers (par ex. créanciers dissidents).

Ceci dit — et sans perdre de vue les avantages qu'offre cette institution —, la configuration juridique actuelle de cette disposition ne peut être ignorée : certains de ses autres aspects fondamentaux sont défavorables aux créanciers dissidents minoritaires.

D'après les dernières réformes législatives intervenues en Espagne, compte tenu de la rapidité de la procédure judiciaire, le processus d'homologation actuel aboutit « quasiment automatiquement » à un accord de refinancement (pour commencer, le tribunal n'évalue pas l'existence éventuelle d'un sacrifice disproportionné, ce qui réduit le processus à l'accomplissement de simples formalités) en un délai très bref et n'offre que peu de possibilités de contestation.

Toutefois, c'est aux créanciers dissidents qu'il revient exclusivement de faire valoir l'invalidité de l'accord de refinancement. La situation est aggravée par le fait que les créanciers en question ne sont pas personnellement informés de la décision du tribunal ni des courts délais dont ils disposent pour contester la décision (quinze jours).

La plupart des critiques sont sceptiques quant à l'obligation de déposer les contestations d'homologation devant le même tribunal que celui qui a prononcé la décision et qu'à la possibilité d'un recours vis-à-vis d'un organe indépendant : ceci rend dans une certaine mesure les créanciers dissidents impuissants (étant donné qu'il est relativement difficile, pour un juge, de se prononcer contre sa propre décision et d'en changer la conclusion).

Ainsi, l'objectif légitime et nécessaire poursuivi par les législateurs, visant à garantir la viabilité des entreprises espagnoles, aurait pu être atteint de manière plus juste tout en préservant les droits des créanciers dissidents, qui jouent eux aussi un rôle déterminant dans le financement du débiteur.

**Alberto Álvarez Marín et José María Mesa Molina, du cabinet Mariscal & Abogados Asociados (Espagne)*

X X X

X

Actualités par pays

Actualités par pays Printemps 2016

Actualités d'Italie, de France, de Lettonie et d'Europe

Italie : De nouvelles dispositions s'appliquent aux banques en difficulté financière

Par Giorgio Cherubini, Associé, EXPLegal, Rome-Milan (Italie)

L'Italie a récemment promulgué de nouvelles dispositions concernant la gestion de crise des banques et de leurs intermédiaires, conformément aux directives de l'Union européenne, en vue de sauver quatre banques italiennes⁵⁹.

Conformément aux lignes directrices énoncées par la directive 2014/59/UE⁶⁰, qui impose que les pertes supportées par les actionnaires et créanciers lors de la sauvegarde d'une banque, dans le cadre du processus connu sous le nom de « renflouement interne », avant d'avoir recours à l'argent des contribuables, deux décrets législatifs (180/2015 et 181/2015) ont été publiés au Journal officiel n° 267 le 16 novembre 2015.

Plus récemment, la loi n° 208/2015, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2016, également connue sous le nom de « loi de stabilité » (*legge di stabilità*), exposant les lignes directrices établies au titre des politiques relatives aux finances publiques, a confirmé le contenu des décrets législatifs susmentionnés.

Plus précisément, le décret législatif n° 181/2015 ajoute à la loi bancaire consolidée⁶¹ des dispositions concernant les plans de redressement, le soutien financier intra-groupe et les mesures d'intervention précoce. En outre, certains articles régissant l'administration extraordinaire des banques et leur liquidation forcée ont été modifiés. Le décret législatif n° 180/2015 concerne la gestion des groupes d'entreprises transfrontaliers, les pouvoirs et fonctions de l'autorité de résolution nationale et le fonctionnement du fonds de redressement national.

L'une des principales innovations des nouvelles dispositions visant à protéger les contribuables contre le risque d'avoir à renflouer les prêteurs en difficulté est le mécanisme de renflouement interne, qui prévoit qu'en cas de crise bancaire, l'État ne sera pas impliqué, les pertes de la banque étant supportées comme suit :

- en premier lieu par les actionnaires,
- ensuite par les obligataires de premier rang et subordonnés,

⁵⁹ Les banques Banca Marche, Cassa di risparmio di Ferrara, Popolare Etruria et CariChieti, représentant à elles quatre environ 1 % des dépôts totaux en Italie, ont été placées sous administration spéciale depuis un certain temps déjà.

⁶⁰ DRRB (directive 2014/59/UE sur le redressement et la résolution des banques).

⁶¹ *Testo Unico Bancario*.

- enfin par les titulaires de comptes approvisionnés à hauteur de 100 000 euros et plus auprès de la banque.

Les actionnaires et créanciers devront remettre une participation financière correspondant à 8 % des dettes de la banque défailante. Ces changements s'appliquent également aux sociétés de courtage⁶².

La nouvelle procédure de gestion des banques en difficulté prévoit que le processus de redressement mis en place soit géré par une autorité indépendante (« autorité de résolution ») par le biais de techniques spécifiques (« résolution »), l'autorité de résolution jouissant des pouvoirs conférés par les textes européens. Sa mission est d'éviter l'interruption des prestations de la banque (par ex. dépôts et services de paiement), de restaurer les conditions de viabilité de la partie saine des banques et de liquider les parties restantes, la liquidation forcée restant considérée comme une mesure alternative à la résolution.

De cette manière, si une banque rencontre des difficultés financières, ne serait-ce que potentielles, la Banque d'Italie étudiera s'il est possible d'avoir recours à la procédure ordinaire de liquidation forcée ou si une procédure de résolution s'impose.

Par conséquent, les conditions nécessaires à l'exécution de la liquidation administrative forcée sont modifiées et certains critères de choix seront établis par l'autorité de résolution quant à la procédure à appliquer.

Ainsi, la résolution n'interviendra qu'après que la Banque d'Italie a vérifié l'existence d'un intérêt public et elle ne s'appliquera que si elle est nécessaire pour atteindre les objectifs visés par les dispositions légales (par ex. continuité des fonctions essentielles de la banque, stabilité financière, protection des clients) : en effet, l'adoption d'une liquidation administrative forcée ne permet pas d'atteindre ces objectifs.

À cet effet, l'autorité de résolution peut prendre différentes mesures :

1. cession d'une partie de l'activité à un acquéreur privé ;
2. transfert temporaire de l'activité et du passif à une banque « relais » constituée et gérée par l'autorité de résolution afin de maintenir les fonctions principales, en vue d'une cession ultérieure ;
3. transfert des activités en difficulté à une banque « de défaisance », chargée de gérer la liquidation dans des conditions raisonnables.

Les nouvelles dispositions accordent une priorité aux créances nées des dépôts par rapport aux autres créances chirographaires de rang supérieur. Auparavant, les déposants et les obligataires étaient de même rang et partageaient les pertes à égalité.

Lors de la récente application des nouvelles dispositions, après l'absorption d'une partie des pertes grâce à des fonds propres et à des titres de créance subordonnés, les quatre banques susmentionnées seront partagées en une banque « relais » et une banque « de défaisance » (voir schéma).

⁶² *Società Intermediazione Mobiliare.*

| Renflouement interne | | | | |
|---|--|--|---|--|
| Qui paie en cas de restructuration d'une banque ? | | | | |
| RISQUE DE DEFAILLANCE BANCAIRE | | Renflouement interne RESTRUCTURATION Imposition des pertes aux actionnaires et créanciers, à hauteur de 8 % du passif de la banque. | | |
| INVESTISSEURS Seuil de 8 % d'intervention | ↓ | <table border="1" style="width: 100%;"> <tr> <td style="width: 50%;"> Entités affectées par les pertes, dans l'ordre : <ul style="list-style-type: none"> • Actions et instruments de capitaux propres • Obligations subordonnées • Obligations et autres dettes • Dépôts de particuliers et PME supérieurs à 100 000 euros </td> <td style="width: 50%;"> Exonérés des pertes : <ul style="list-style-type: none"> • Dépôts inférieurs à 100 000 euros • Obligations couvertes • Dettes correspondant aux salaires, obligations fiscales et de sécurité sociale, fournisseurs </td> </tr> </table> | Entités affectées par les pertes, dans l'ordre : <ul style="list-style-type: none"> • Actions et instruments de capitaux propres • Obligations subordonnées • Obligations et autres dettes • Dépôts de particuliers et PME supérieurs à 100 000 euros | Exonérés des pertes : <ul style="list-style-type: none"> • Dépôts inférieurs à 100 000 euros • Obligations couvertes • Dettes correspondant aux salaires, obligations fiscales et de sécurité sociale, fournisseurs |
| Entités affectées par les pertes, dans l'ordre : <ul style="list-style-type: none"> • Actions et instruments de capitaux propres • Obligations subordonnées • Obligations et autres dettes • Dépôts de particuliers et PME supérieurs à 100 000 euros | Exonérés des pertes : <ul style="list-style-type: none"> • Dépôts inférieurs à 100 000 euros • Obligations couvertes • Dettes correspondant aux salaires, obligations fiscales et de sécurité sociale, fournisseurs | | | |
| FONDS EUROPÉEN Seuil de 5 % d'intervention | ↓ | 70 milliards d'euros Le Fonds européen de liquidation sera doté d'une capacité de 70 milliards d'euros. Il prendra progressivement effet au cours de la prochaine décennie. Au cours de la période de transition nationale, il fonctionnera parallèlement aux fonds nationaux. | | |

France : Dix-neuf tribunaux de commerce spécialisés seront chargés des grandes insolvabilités

Par Alexandre Le Niniven, collaborateur senior, Squire Patton Boggs, Paris (France)

Le gouvernement s'est rendu compte que certains tribunaux de commerce de petite taille se trouvaient régulièrement confrontés à des dossiers d'une grande complexité, sans pour autant disposer des ressources humaines et des moyens nécessaires, uniquement parce que la société en difficulté avait son siège dans le ressort de ces tribunaux. Il a par conséquent été décidé de réformer le système pour améliorer son efficacité.

La loi Macron du 6 août 2015, qui porte le nom de l'actuel ministre de l'Économie, prévoit la création de tribunaux de commerce spécialisés (TCS) qui seront chargés des procédures d'insolvabilité les plus complexes. Actuellement, n'importe lequel des 134 tribunaux de commerce français peut-être saisi, le choix dépendant surtout de l'adresse du siège de la société en difficulté. Cette nouvelle organisation vise à améliorer l'efficacité et à accroître le nombre de juges

spécialisés (en France, les juges commerciaux sont des magistrats non professionnels). Le but de cette réforme est de sauver des emplois. Le choix du tribunal de commerce spécialisé est justifié par la complexité et l'urgence de nombreuses affaires et la nécessité d'un délai de réaction rapide.

Le 27 novembre 2015, l'ancienne ministre de la Justice, Mme Taubira, a révélé une première liste de dix-huit tribunaux de commerce spécialisés. Cette liste (qui a des incidences en matière de transfert de personnel et d'affectation de fonds supplémentaires) a déclenché d'après débats entre la Chancellerie et Bercy, qui n'étaient pas d'accord sur le nombre de tribunaux de commerce spécialisés nécessaires (ils souhaitaient en désigner entre huit et trente-cinq parmi les 134 existants).

Au départ, les tribunaux retenus étaient ceux de Besançon, Bordeaux, Évry, Grenoble, Lille Métropole, Lyon, Marseille, Montpellier, Nanterre, Nantes, Nice, Orléans, Paris, Poitiers, Rennes, Rouen, Strasbourg et Toulouse.

Il est surprenant que les tribunaux de Bobigny, Créteil et Versailles ne figuraient pas dans cette liste, bien qu'ils traitent des dossiers importants et garantissent que la région parisienne n'est pas sous-représentée.

À cet égard, de nombreuses figures de premier plan du tribunal de commerce de Bobigny, deuxième tribunal de la région parisienne en termes d'activité, ont récemment souligné les qualités de leur juridiction et demandé au gouvernement de revoir sa copie, dans l'intérêt des justiciables.

Ils ont souligné le risque de connaître une réelle « perte de compétences » en faveur des autres tribunaux de commerce de la région (Nanterre ou Évry), vers lesquels les juges se dirigent, attirés par la possibilité de traiter les dossiers les plus importants. Bobigny est également au cœur du projet « Grand Paris » et se situe dans une zone économique dynamique qui, selon elles, justifie l'inclusion du tribunal parmi les dix-neuf tribunaux spécialisés.

La récente démission de la ministre de la Justice, Christina Taubira, et son remplacement par Jean-Jacques Urvoas ont ralenti ce processus de quelques semaines.

La liste définitive, publiée le 26 février 2016, comportait quelques modifications, les tribunaux de Besançon et Lille étant remplacés par ceux de Bobigny, Dijon et Tourcoing. Il s'avère que les pressions des juges et avocats de Bobigny ont porté leurs fruits.

Lettonie : Nouveaux développements concernant le statut de l'administrateur de l'insolvabilité

Par Jānis Ešvalds, administrateur de l'insolvabilité et avocat, associé au sein du cabinet Rasa & Ešvalds, Riga (Lettonie)

En janvier 2015, eurofenix a publié un article intitulé « Lettonie : Réforme fondamentale du statut de l'administrateur de l'insolvabilité », dans lequel les lecteurs étaient informés de la réforme du statut des administrateurs de l'insolvabilité : ceux-ci seraient assimilés à des fonctionnaires. Un an plus tard, cet article est consacré aux récents développements à cet égard.

Étant donné que la moitié des administrateurs de l'insolvabilité de Lettonie sont des avocats et que le concept de fonctionnaire est étroitement associé à des restrictions concernant le cumul des professions, plusieurs d'entre eux ont saisi la Cour constitutionnelle de la République de Lettonie, affirmant que la nouvelle réglementation restreignait leur liberté de pratiquer les deux professions.

Le 21 décembre 2015, la Cour constitutionnel a déclaré cette réforme anticonstitutionnelle pour ce qui est des avocats. Elle a reconnu qu'en principe, rien n'empêche les législateurs d'attribuer le statut de fonctionnaire aux administrateurs de l'insolvabilité. La réforme vise à protéger les intérêts légitimes des créanciers et débiteurs, et les nouvelles dispositions légales permettent un meilleur contrôle des actes de l'administrateur dans le cadre de la procédure d'insolvabilité. Toutefois, la Cour a par ailleurs souligné que plusieurs restrictions concernant le statut de fonctionnaire n'étaient pas compatibles avec les principes d'indépendance d'un avocat et le secret professionnel.

Premièrement, en vertu des dispositions légales correspondantes, les fonctionnaires sont tenus de déclarer les accords conclus avec des tiers, en précisant les coordonnées de leurs clients et le montant de leurs honoraires. Ces informations, même si elles ne sont pas rendues publiques, peuvent être consultées par un certain nombre de personnes appartenant aux pouvoirs publics et risquent d'être utilisées à mauvais escient.

Deuxièmement, les fonctionnaires n'ont pas le droit de faire la publicité de leurs services. Cette interdiction a des répercussions négatives sur les intérêts des avocats, qui doivent faire la publicité des services juridiques qu'ils proposent.

La Cour constitutionnelle a souligné qu'il existait d'autres solutions, des moyens moins restrictifs permettant de réaliser l'objectif légitime de la réforme, à savoir le nouveau statut des administrateurs : il suffirait d'introduire de nouvelles dispositions légales spécialement conçues pour les administrateurs de l'insolvabilité qui exercent également la profession d'avocat. Ces dispositions interdiraient la divulgation des informations couvertes par le secret professionnel et permettrait la publicité des services proposés par les avocats.

Il convient également de mentionner que le 22 février, la Cour constitutionnelle a rendu un arrêt dans une affaire similaire, introduite par des membres du conseil d'administration d'une société de capitaux et des consultants fiscaux (financiers). La Cour a noté que contrairement au cas des avocats, les nouvelles dispositions n'emportaient pas de restrictions interdisant aux membres d'un conseil d'administration et aux consultants fiscaux (financiers) d'exercer la profession d'administrateur de l'insolvabilité.

Nonobstant les conclusions du premier arrêt de la Cour constitutionnelle, de nouveaux problèmes sont apparus en février. Espérons qu'ils seront bientôt réglés. Le 4 février 2016, le Parlement letton a adopté de nouvelles réglementations disposant que les administrateurs de l'insolvabilité exerçant également la profession d'avocat seront dans l'obligation de présenter une « déclaration de fonction publique » à compter du 1^{er} septembre 2016. Cette décision a déjà soulevé des critiques qui affirment qu'elle est contraire à l'arrêt de la Cour constitutionnelle et qu'elle complique encore plus l'introduction de la réforme du statut d'administrateur de l'insolvabilité. Une fois de plus, la décision des législateurs suscite de l'incompréhension et soulève de nouvelles questions qui restent pour le moment sans réponse.

Les administrateurs de l'insolvabilité qui n'exercent pas la profession d'avocat sont considérés comme des fonctionnaires depuis le 1^{er} janvier 2016. En comparaison avec l'approche adoptée par les autres États européens à cet égard, cette réforme est inhabituelle et, de l'avis de l'auteur, incompatible avec les principes fondamentaux qui régissent les droits et obligations des administrateurs de l'insolvabilité.

Europe : Décisions concernant la vente de biens immobiliers en Europe — un rappel utile, l'affaire Komu & al. c/ Komu et al.

Par Sarah May, avocate, et Graham McPhie, associé, département Insolvabilité, Moon Beaver, Londres (Royaume-Uni)

Le récent arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne, rendu dans l'affaire Komu et al. c/ Komu et al., nous rappelle qu'il est essentiel de choisir le territoire approprié pour y entamer une action en justice concernant la vente d'un bien immobilier en Europe, sachant qu'il s'agit normalement du pays dans lequel le bien en question est situé.

Les faits

Les trois demandeurs et deux des défendeurs vivaient en Finlande. Ils étaient copropriétaires de deux biens immobiliers en Espagne. Les demandeurs avaient entamé une action en Finlande pour obtenir la vente des biens immobiliers, pour des motifs équivalents à ceux prévus par la *Trusts of Land and Appointment of Trustees Act* de 1996, qu'un syndic de faillite britannique invoquerait pour obtenir la possession et la vente d'un bien immobilier. Les trois demandeurs souhaitaient que les biens immobiliers soient vendus et le produit de la vente distribué conformément à des droits déjà établis. En vertu du droit finlandais, en cas de désaccord quant à la vente, ils devaient saisir le tribunal, comme c'est également le cas en Angleterre.

Le tribunal de district finlandais a rendu une décision ordonnant la vente des biens. En appel, la Cour d'appel finlandaise a infirmé cette décision au motif que les tribunaux finlandais n'étaient pas compétents et que les tribunaux espagnols avaient compétence exclusive à cet égard. La Cour suprême finlandaise a renvoyé la question de la compétence à la Cour de Justice de l'Union européenne.

La question soumise à la CJUE

En règle générale, ce type de procédure doit se dérouler dans l'État membre de l'UE où se trouve le domicile du défendeur (règlement CE n° 44/2001, article 2(1)). Il est obligatoirement dérogé à cette règle lorsque la procédure concerne des « droits réels immobiliers » (article 22(1) du règlement n° 44/2001), auquel cas seuls les tribunaux de l'État membre où l'immeuble est situé sont compétents.

La question soumise à la CJUE dans l'affaire Komu était la suivante :

« L'article 22, point 1, du règlement n° 44/2001 [...] doit-il être interprété en ce sens qu'une action par laquelle une partie des copropriétaires d'un bien immeuble demande que soit ordonnée sa mise en vente en vue de la dissolution du rapport de copropriété et que soit désigné un mandataire en vue de la mise en œuvre de la vente constitue une action en matière de droits réels immobiliers au sens de cette disposition ? »

La Cour de Justice devait donc déterminer si une demande de vente avait pour objet des « droits réels » (immobiliers). Dans l’affirmative, la demande de vente devrait être déposée à l’endroit où était situé le bien immobilier, c’est-à-dire en Espagne, plutôt qu’en Finlande, où vivaient les demandeurs et défendeurs.

La Cour de Justice a jugé qu’une demande de « *dissolution, au moyen d’une vente [...], de la copropriété indivise sur un bien immeuble* » avait effectivement pour objet des droits réels et, par conséquent, que les tribunaux espagnols avaient compétence exclusive pour trancher la demande.

En quoi cela est-il important ?

Bien qu’il ne s’agisse pas d’une affaire d’insolvabilité, la loi applicable ressemble beaucoup au règlement européen sur l’insolvabilité qui, en vertu de ses articles 5 et 11, attribue la compétence au pays dans lequel se situent les biens. Nous savons, d’après la décision rendue dans l’affaire Schmidt c/ Hertel, qu’il est possible de poursuivre une action dans le pays où la procédure principale a été ouverte, pour traiter les actifs ou créances situés dans un autre pays, mais que le droit applicable sera celui du pays dans lequel l’actif en question est situé.

Pour les praticiens de l’insolvabilité qui souhaitent obtenir la possession et la vente d’un actif de la masse de l’insolvabilité ou des biens d’une société insolvable, il est indispensable de savoir très tôt où il vaut mieux introduire l’action en justice et quel sera le droit applicable. Ceci aura des répercussions sur le coût potentiel de l’action et sur la décision de l’entamer ou non.

L’arrêt de la Cour de Justice nous rappelle qu’il vaut souvent mieux faire la demande de vente dans le pays où se situe le bien immobilier, plutôt qu’au Royaume-Uni, où se trouvent le syndic de faillite et le débiteur défendeur. Par ailleurs, il ne fait aucun doute que les tribunaux locaux sont souvent également plus disposés à exécuter des décisions obtenues dans le même pays.

x x x

x

Rubrique technique

Sortir de l’Europe ou ne pas en sortir, là a toujours été la question...

Emmanuelle Inacio nous présente le referendum à venir, qui déterminera si le Royaume-Uni restera ou non membre de l’UE*

Le Premier Ministre britannique, David Cameron, a annoncé qu’un referendum serait organisé le 23 juin 2016 pour savoir si le Royaume-Uni devait rester ou non membre de l’UE. De fait, en janvier 2013, David Cameron avait promis que, si les Conservateurs remportaient la majorité parlementaire aux élections de 2015, le Gouvernement britannique renégocierait les modalités de l’adhésion du Royaume-Uni à l’UE, avant d’organiser un referendum.

Ces renégociations se sont déroulées au Conseil européen, à Bruxelles, les 18 et 19 février 2016. Elles portaient sur quatre domaines : gouvernance économique, compétitivité, souveraineté, prestations sociales et libre circulation. L'accord conclu prendra effet à la date à laquelle le Royaume-Uni informera le Conseil de sa décision de rester membre de l'UE.

Les relations entre le Royaume-Uni et l'UE ont toujours été difficiles.

Si l'on remonte à 1956, Jean-François Deniau, homme politique français, qui était à l'époque l'un des jeunes membres de la commission française chargée de rédiger le traité établissant la Communauté économique européenne (CEE), rapporte dans ses mémoires plusieurs anecdotes charmantes concernant les négociations de Val-Duchesse, et notamment la suivante. Russell Bretherton, sous-secrétaire du ministère britannique du Commerce, participait également aux séances de travail, puisque l'Angleterre y était invitée. Ce délicieux gentleman anglais n'a jamais ouvert la bouche, sauf pour fumer la pipe. Enfin, un jour, à la surprise générale, il a demandé la parole. Il a prononcé le discours suivant : « Messieurs, j'ai suivi vos travaux avec intérêt et sympathie. Je dois vous dire que le futur traité dont vous débattiez : a) n'a aucune chance de faire l'objet d'un accord ; b) même si c'est le cas, il n'a aucune chance d'être ratifié ; c) s'il est ratifié, il n'a aucune chance d'être appliqué. Sachez que s'il était appliqué, la Grande-Bretagne ne saurait l'accepter. Vous parlez d'agriculture, ce que nous détestons, de pouvoir prévalant sur les coutumes, ce que nous dénonçons, et d'institutions, ce que nous abhorrons. Monsieur le Président, Messieurs, au revoir et bonne chance. »

Adhésion à la CEE

Le Royaume-Uni a fini par rejoindre la Communauté économique européenne le 1^{er} janvier 1973, après deux demandes auxquelles Charles de Gaulle, qui était alors Président de la République, avait opposé son droit de veto. Un referendum a été organisé le 5 juin 1975 au Royaume-Uni pour évaluer le degré de soutien au maintien du Royaume-Uni en qualité de membre de la Communauté économique européenne. Le Royaume-Uni a décidé d'y rester.

Quitter l'UE

Mais si le Royaume-Uni décidait de quitter l'UE le 23 juin 2016, quelle serait la procédure à suivre pour son retrait ?

L'article 50(1) du Traité de l'Union européenne (TUE) dispose que « Tout État membre peut décider, conformément à ses règles constitutionnelles, de se retirer de l'Union. » L'article 50(2) permettrait au Royaume-Uni, après qu'il a notifié son intention de se retirer au Conseil européen, de négocier et conclure un accord fixant les modalités de son retrait, en tenant compte du cadre de ses relations futures avec l'Union. L'article 50(3) prévoit une autre option. En cas de succès des négociations, la date du retrait correspond à la date de l'entrée en vigueur de l'accord de retrait. À défaut d'accord, le retrait prend effet de plein droit deux ans après la notification, sauf si le Conseil européen, d'un commun accord avec le Royaume-Uni, décide à l'unanimité de proroger ce délai.

Quelle que soit l'option choisie, le Royaume-Uni essaiera certainement de négocier un accord établissant les nouvelles modalités de ses relations avec l'UE, notamment les relations commerciales entre les deux parties. Plus de quarante ans après avoir rejoint la Communauté économique européenne, les économies du Royaume-Uni et des autres États membres sont effectivement fortement intégrées et dépendantes les unes des autres. En tant que citoyens européens, des millions de ressortissants britanniques vivent dans d'autres États membres, et vice

versa. Un grand nombre d'entreprises sont établies au Royaume-Uni et sur le continent, et la circulation des biens et services est intense.

Par conséquent, les nouvelles relations entre le Royaume-Uni et l'UE pourraient prendre la forme d'un accord sur mesure. Il y a encore d'autres possibilités : le Royaume-Uni pourrait essayer de devenir membre de l'Association européenne de libre-échange (AELE) ou de l'Espace économique européen (EEE). Le Royaume-Uni pourrait également décider de suivre le modèle suisse : essayer de négocier un accord de libre-échange ou un accord d'union douanière avec l'UE. Enfin, le Royaume-Uni pourrait choisir de devenir un pays tiers.

Conséquences juridiques

Mais si le Royaume-Uni décide de quitter l'UE le 23 juin 2016, quelles seraient les conséquences juridiques sur les procédures britanniques de restructuration et d'insolvabilité concernant les personnes physiques et morales ?

À cet égard, en cas de « Brexit », le règlement européen sur l'insolvabilité transfrontalière ne s'appliquerait plus au Royaume-Uni. Par conséquent, les procédures d'insolvabilité ouvertes au Royaume-Uni ne bénéficieraient plus d'une reconnaissance automatique dans les autres États membres de l'UE, et vice versa. Par ailleurs, les droits réels de créanciers ou de tiers acquis à l'égard des actifs étrangers des sociétés britanniques seraient eux aussi affectés. De la même manière, en cas de « Brexit », la refonte du règlement européen sur l'insolvabilité transfrontalière qui entrera en vigueur à compter du 26 juin 2017, ne s'appliquera pas au Royaume-Uni bien que le nouvel instrument vise à augmenter les chances de sauvegarder les entreprises en difficulté européennes et à veiller à l'efficacité des procédures d'insolvabilité transfrontalières.

57

Les *Cross-Border Insolvency Regulations* de 2006 (« CBIR 2006 »), qui transposent la loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité, s'appliqueront alors. De fait, cet instrument est utilisé pour la reconnaissance de procédures d'insolvabilité dans des pays tiers, mais la reconnaissance n'est pas automatique : les praticiens de l'insolvabilité étrangers qui souhaitent voir leur procédure reconnue au Royaume-Uni doivent demander la reconnaissance au titre des CBIR 2006.

Actuellement, le règlement européen sur l'insolvabilité replace la convention entre le Royaume-Uni et le Royaume de Belgique sur l'exécution réciproque des jugements en matière civile et commerciale, et son protocole, signée à Bruxelles le 2 mai 1934. En cas de « Brexit », le Royaume-Uni aura la possibilité de négocier des conventions bilatérales ou multilatérales similaires avec les États membres de l'UE en vue d'une reconnaissance mutuelle des procédures d'insolvabilité.

Les concordats n'entrent pas dans le champ d'application des règlements européens sur l'insolvabilité, puisqu'ils ne sont pas considérés comme des procédures d'insolvabilité. Les tribunaux britanniques permettront à une entreprise étrangère de proposer un concordat à ses créanciers s'il existe un lien suffisant avec l'Angleterre ; le concordat devra être reconnu dans l'État de constitution de l'entreprise et les États où il peut s'avérer nécessaire que le concordat prenne effet. Les tribunaux britanniques considéraient que les concordats pouvaient être reconnus par les autres États membres en vertu du Règlement de Bruxelles concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Mais en cas de « Brexit », ce règlement cesserait de s'appliquer. Par conséquent, la reconnaissance serait établie en vertu des règles du droit international privé, ou du Règlement Rome I sur la loi

applicable aux obligations contractuelles, le cas échéant. La convention de Lugano, qui prévoit la reconnaissance mutuelle des décisions entre l'UE et les pays de l'AELE, pourrait également s'appliquer à condition qu'elle reste applicable au Royaume-Uni.

Les procédures d'insolvabilité portant sur des compagnies d'assurance, des établissements de crédit et certains organismes de placement sont exclues du champ d'application du règlement sur l'insolvabilité internationale. Les compagnies d'assurance et les établissements de crédit font l'objet de directives européennes particulières, tandis que les organismes de placement sortent du champ d'application de la législation de l'UE. Ces directives européennes ont été mises en œuvre au Royaume-Uni. Par conséquent, en cas de « Brexit », le Gouvernement britannique devra décider s'il convient de conserver la législation transposée en droit national.

Si le referendum est favorable au « Brexit », cela entraînera une incertitude, de la complexité et des coûts accrus dans le cadre des procédures de restructuration et d'insolvabilité concernant les personnes physiques et morales au Royaume-Uni et dans l'UE.

Source : <http://bobwessels.nl/2016/03/2016-03-doc2-brexiteuropeaninsolvency-law/>

Restez en contact !

Pour connaître le nouveau contenu technique récemment publié sur le site d'INSOL Europe, consultez www.insol-europe.org/technical-content/introduction ou contactez Emma à l'adresse technical@insol-europe.org

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

Liens utiles

Courriel : technical@insol-europe.org.

LinkedIn : www.linkedin.com

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

Glossaires

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

Nouvelles lois sur l'insolvabilité

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

Rapports nationaux

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

Statistiques nationales en matière d'insolvabilité

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

Comment devenir praticien de l'insolvabilité en Europe ?

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

Jurisprudence nationale

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

Processus de réforme du REI

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

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

www.insolvencycases.eu

Etudes

www.insol-europe.org/technical-content/insol-europe-studies

Groupes de travail

www.insol-europe.org/about-us/about-our-working-groups

Dates pour votre calendrier

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

2016

29 Avril

INSOL Europe/Forum Universitaire
Symposium gratuit de printemps (1/2 journée)
Université Humboldt, Berlin, Allemagne

12-13 Mai

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

2018

3-4 Octobre

INSOL Europe/Forum Universitaire
Conférence annuelle
Athènes/ Grèce

4-7 Octobre

INSOL Europe – congrès annuel
Athènes/Grèce

59

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