

e u r o f e n i x

La revue d'INSOL Europe

Eté 2016



HARMONISATION ET EFFET BREXIT

Quel avenir pour le Royaume Uni et l'Europe ?

Entreprise en crise : Nouvel concept juridique en Slovaquie

Et aussi :

- *Compte-rendus de diverses conférences parrainées par INSOL Europe partout en Europe*
- *Restructuration réussie d'une société cinématographique allemande*
- *Contrats de vente internationale*
- *Les nantissements luxembourgeois*

N°63 ISSN 1752-5187

30 €

Contacts Insol Europe

Adresse postale :

INSOL Europe

PO Box 7149

Clifton, Nottingham NG11 6WD, Royaume Uni

Renseignements :

Caroline Taylor

Tél./Fax : +44 115 878 0584

E-mail : carolinetaylor@insol-europe.org

Site internet : www.insol-europe.org

Comité exécutif :

Président : Alberto Nunez-Lagos

(alberto.nunez-lagos@uria.com)

Président adjoint : Steffen Koch

(steffen.koch@hww-kanzlei.de)

Vice-président : Radu Lotrean (radu.lotrean@citro.ro)

Président précédent : Robert Van Galen

(robert.vangalen@nautadutilh.com)

Trésorier : Jim Luby

(lubyj@mcstayluby.ie)

Directeur administratif : Caroline Taylor

(carolinetaylor@insol-europe.org)

Secrétariat:

Communication:

Paul Newson

(paulnewson@insol-europe.org)

Co-ordinateur membres et enregistrements aux conférences:

Wendy Cooper

(wendycooper@insol-europe.org)

Co-ordinateur parrainages:

Hannah Denney

(hannahdenney@insol-europe.org)

Responsable technique:

Emmanuelle Inacio

(technical@insol-europe.org)

Secrétaire de l'EECC:

Florica Sincu

(floricasinu@insol-europe.org)

Responsables des comités et groupes de travail :

Branche Anti-fraude :

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

Branche Judiciaire :

Heinz Vallender (hvallender@t-online.de)

Branche Redressement :

Chris Laughton (chrislaughton@mercerhole.co.uk)

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

Comité constitutif : Catherine Ottaway

(ottaway@hocheavocats.com)

Comité des pays de l'Europe Orientale (EECC) :

Radu Lotrean (radu.lotrean@citro.ro)

Evert Verwey (evert.verwey@CliffordChance.com)

Comité technique du congrès de Lisbonne, 2016:

Evert Verwey (evert.verwey@CliffordChance.com)

Francisco Patricio

(francisco.patricio@abreuadvogados.com)

Secrétaire : Eduardo Peixoto Gomes

(eduardo.p.gomes@abreuadvogados.com)

Forum des mandataires d'insolvabilité

Marc André (mandrelaw@aol.com)

Daniel Fritz (Fritz@hermann-law.com)

Stephen Harris (sharris@uk.ey.com)

Forum universitaire :

Président : Professeur Christoph Paulus

(chrpaulus@t-online.de)

Secrétaire : Anthon Verweij (anthon.verweij@gmail.com)

Groupe de jeunes membres :

Sabina Schellenberg

(sschellenberg@froriep.ch)

Slavomir Cauder

(cauder@giese.cz)

Groupe des établissements financiers:

Florian Joseph (florian.joseph@helaba.de)

Alistair Beveridge (abeveridge@alixpartners.com)

INSOL International :

Catherine Ottaway

(ottaway@hocheavocats.com)

Parrainages :

David Rubin (david@drpartners.com)

Frank Tschentscher (Ftschentscher@schubra.de)

Relations avec l'Union Européenne :

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

YANIL

Jenny Gant (JenniferL.L.Gant@gmail.com)

S O M M A I R E

5	La lettre des co-rédacteurs en chef : Guy Lofalk – Le Referendum
6	La lettre du Président – Harmonisation et effet Brexit
10	Rubrique technique – Le Brexit et le déclenchement de l’ Article 50
13	Actualités et événements, nouvelles parutions
21	La conférence de l’EECC en Roumanie
25	Conférence jointe R3/ INSOL Europe
29	Congrès annuel 2016 , Cascais/ Portugal
32	Conférence annuelle du Forum Universitaire 2016, Cascais/Portugal
34	Russie – Nouvelle législation russe sur les restructurations
38	Prix Richard Turton
39	Allemagne – Restructuration réussie
42	France – Réforme du Code civil
45	Luxembourg – Les nantissements
49	Slovaquie – « Entreprise en crise »
52	Etats-Unis – Contrats de vente internationale
55	Espagne – Les concordats
58	Actualités par pays : Italie, la République tchèque
60	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 Advokatbyra 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 Pau Donat, donat@gabinetebegur@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@sarcane.ro Catarina Serra, csserra@gmail.com Caroline Taylor, carolinetaylor@insol-europe.org Michael Tierhoff, michael.tierhoff@mpartner.de Jesper Trommer Volf, jtv@delacour.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 Septembre 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>
--	--	--	---

La lettre des Co-Rédacteurs-en-chef

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

Vendredi matin, le monde s'est réveillé pour apprendre que les Britanniques s'étaient prononcés pour le Brexit lors du referendum organisé au Royaume-Uni, ce que beaucoup tenaient pourtant pour impossible. Partout, les réactions ont été très vives. Pendant que Boris et son équipe célébraient la victoire du « *out* », un grand nombre de Britanniques se sont rués sur Google pour savoir ce qui se passerait si le Royaume-Uni quittait l'UE.

C'est un peu tard, me direz-vous. Autre réaction des Britanniques, une pétition a été lancée pour réorganiser le referendum une fois que les citoyens auraient eu le temps de réfléchir. En quelques jours, plus de deux millions de signatures ont été recueillies. L'Écosse et l'Irlande du Nord ont entamé un processus de séparation du Royaume-Uni, ou plutôt de dissolution, pour pouvoir rester au sein de l'UE. Il est difficile de distinguer la réalité de la version présentée par les médias, mais dans un certain sens, il semble que les Britanniques ont exprimé un vote dicté par l'émotion plutôt que par la raison, et qu'ils ont regretté leur choix une fois qu'ils en ont compris les conséquences.

Mais qui sait quel serait le résultat si le referendum était organisé une seconde fois ? Certains pensent que le résultat serait exactement le même.

La machine est lancée et la séparation est désormais inexorable. L'une des principales questions qui se pose est celle de l'accès que le Royaume-Uni aura au marché commun après son départ de l'UE. D'une part, si les changements apportés par son départ sont imperceptibles, d'autres pays suivront l'exemple du Royaume-Uni, ce qui produira un effet domino dans toute l'Europe. Il faut donc que l'exemple soit très clair. D'autre part, le Royaume-Uni fait partie de l'Europe et entretient évidemment depuis longtemps des liens profonds avec le continent. En outre, les séparatistes qui voudront prendre le pouvoir une fois que David Cameron sera parti devront prouver que la différence n'est pas si grande du point de vue des échanges commerciaux et du marché commun. Ils essaieront de repousser le moment de la séparation jusqu'à ce qu'ils disposent d'un atout qui leur permettra de démontrer qu'il n'était pas si terrible que ça de quitter l'UE. En bref, je pense que nous ne connaissons pas encore réellement les implications du Brexit et que personne ne les connaît, encore moins ceux qui ont voté pour le retrait. Je suis persuadé que les conséquences de cette décision nous occuperont pendant quelles années, non seulement en ce qui concerne le Royaume-Uni mais également du point de vue d'autres partis nationalistes qui demanderont peut-être un referendum, comme le Front National, en France, etc.

Par contre, d'un point de vue positif, ce referendum a tiré un signal d'alarme pour l'administration européenne à Bruxelles. Les citoyens refusent de se soumettre aux règles de Bruxelles et à la façon dont elle a géré la crise, surtout la crise des réfugiés. Peut-être que cela soudera les autres États membres et les amènera à se concentrer sur les frontières communes plutôt que sur le détail de la réglementation, que les citoyens considèrent inadaptée à leur culture nationale. Peut-être que cela les amènera également à se focaliser sur le coût de l'administration de l'UE. Pour ne citer qu'un exemple, rappelons que l'ensemble du Parlement européen fait une fois par mois le déplacement de Bruxelles à Strasbourg. C'est un gaspillage d'argent qu'aucun parlement national ne pourrait se

permettre. Les exemples sont nombreux et le moment est bien choisi pour commencer à réfléchir sur la façon de parvenir à une administration intelligente et rentable de l'UE.

Ces temps-ci, beaucoup de questions importantes se posent. Après le vote britannique, cet automne nous assisterons à une autre élection importante : la présidentielle américaine. Le choix de candidats qui s'offre aux Américains n'est pas aussi attirant qu'il devrait l'être, selon de nombreux groupes d'affaires et de la sphère politique. Toujours est-il que les deux candidats ont remporté beaucoup de voix, mais de catégories d'électeurs différentes. Est-ce là un autre exemple de la polarisation à laquelle on assiste à travers le monde ? Qu'est-ce qui déclenche ce développement ?

En ce qui nous concerne, nous continuons de publier *eurofenix* avec une fierté plus grande à chaque numéro. Ce numéro est truffé d'articles intéressants et j'apprécie tout particulièrement le mélange que nous obtenons, des actualités par pays aux développements juridiques et aux études de cas, en passant par les rapports des divers symposiums et conférences organisés à travers l'Europe. Pour nous, praticiens, il est également utile de savoir que nous avons accès à une base de données regroupant plus de cinq cents décisions.

L'évolution d'INSOL Europe et de ses différentes branches est rapide et de plus en plus approfondie. Les Lignes directrices de la Branche Redressement d'INSOL Europe qui viennent d'être publiées représentent un autre grand pas en avant pour notre profession. Citons également un rapport sur le rôle que joue INSOL Europe auprès de la CNUDCI, par le biais du Groupe de travail V. Sur ce, je vous souhaite une bonne lecture !

Guy Lofalk

6

x x x

x

La lettre du Président

Harmonisation et effet Brexit

Alberto Núñez-Lagos évoque la participation d'INSOL Europe au processus d'harmonisation des lois sur l'insolvabilité en Europe et les effets du Brexit sur l'harmonisation*

Actuellement, qu'entend-on par « harmonisation » ?

La Commission européenne a choisi l'année 2016 pour étudier, analyser et éventuellement déterminer s'il est possible de parvenir à une harmonisation des lois sur l'insolvabilité en Europe, et dans l'affirmative, comment y parvenir.

Tous les forums et organisations européens ayant un lien avec l'insolvabilité discutent ouvertement de l'harmonisation. Le séminaire conjoint R3 / INSOL Europe (Londres, 22 avril 2016), la conférence du Comité des Pays de l'Europe orientale d'INSOL Europe (Cluj-Napoca, 12-13 mai 2016), la conférence annuelle de R3 (Budapest, 18-20 mai 2016), le cinquième congrès européen sur l'insolvabilité et la restructuration (Bruxelles, 16-17 juin 2016) et le congrès annuel d'INSOL Europe (Cascais, 22-25 septembre 2016) sont les principaux forums où l'on débat de l'insolvabilité, sans compter les forums de la Commission européenne, tels que les réunions d'experts et de parties prenantes, la consultation lancée par la Commission européenne sur un

cadre efficace de l'insolvabilité au sein de l'UE, et la conférence sur la convergence des cadres de l'insolvabilité au sein de l'Union européenne (Bruxelles, 12 juillet 2016).

Ces forums n'ont pas atteint de conclusions et n'ont pas approuvé de solution ou de critères précis en vue d'une harmonisation. De fait, certains groupes aux intérêts très précis expriment leur point de vue sur le secteur qui est le leur. Le congrès annuel d'INSOL Europe à Cascais sera une occasion importante pour poursuivre les débats sur l'harmonisation. Votre participation est indispensable, car elle permettra d'arriver à des conclusions en matière d'harmonisation et pèsera dessus. Selon moi, il existe trois façons d'approcher l'harmonisation des lois sur l'insolvabilité, en fonction de « l'intensité » des domaines proposés :

1. Restructuration pré-insolvabilité : harmonisation totale possible ;
2. Réglementation des actions en récupération (annulation) : au minimum harmonisation douce ;
3. Régime des mandataires de l'insolvabilité : harmonisation difficile pour le moment.

Je propose de discuter de ces trois domaines de façon ouverte et non dogmatique à Cascais.

Harmonisation totale

Une harmonisation totale ne sera certainement possible que dans quelques domaines du droit de l'insolvabilité, en raison de deux problèmes : (i) racines anciennes du droit de l'insolvabilité dans chacun des territoires ; (ii) corrélation avec les autres régimes et domaines du droit, tels que le droit des sociétés, la réglementation bancaire (par ex. exigences en termes de capital en cas de prêt à une entreprise insolvable) ou le droit du travail.

Harmonisation douce

L'harmonisation douce passerait pour l'essentiel par des principes qui doivent être transposés dans la législation nationale des États membres, avec une grande flexibilité et à l'aide d'une grande variété d'outils juridiques.

Harmonisation difficile

Il existe d'autres domaines du droit de l'insolvabilité qui sont si profondément enracinés dans la tradition juridique de chaque État membre qu'il serait difficile d'obtenir le consensus nécessaire à leur harmonisation, au moins pendant le processus de consultation de 2016. Il ne fait aucun doute que ces domaines seront harmonisés après une période plus longue d'éducation des parties prenantes du processus.

Brexit

Dans ce contexte, la décision du referendum britannique facilitera certainement le processus d'harmonisation du cadre de l'insolvabilité des autres États membres.

Le régime d'insolvabilité du Royaume-Uni, très particulier, est très efficace et profondément enraciné auprès du corps judiciaire et chez les praticiens. Par conséquent, si le cadre de l'insolvabilité de cet État membre n'est plus pris en considération à des fins d'harmonisation, la complexité du processus sera réduite, et le sera encore plus du fait que ce système est très différent du reste des systèmes d'Europe continentale. On peut citer l'exemple des différences d'harmonisation des procédures de pré-insolvabilité (cadres de restructuration préventive).

Le Royaume-Uni a toujours essayé d'éviter que les concordats britanniques soit harmonisés et intégrés à un cadre de l'insolvabilité, contrairement aux autres États membres, surtout en ce qui

concerne l'utilisation des critères du CIP pour établir la juridiction compétente. Il va sans dire que la coordination entre les systèmes de l'insolvabilité d'Europe continentale et celui du Royaume-Uni est souhaitable et possible dans les affaires transfrontalières. Celles-ci devraient probablement être réglementées par un traité bilatéral sur le droit applicable, la reconnaissance et l'exécution similaire à la refonte du règlement européen sur l'insolvabilité.

Pour le Royaume-Uni tout comme pour les autres États membres, la participation active du Royaume-Uni au processus d'harmonisation actuel n'aurait aucun sens, puisque le Brexit empêcherait que le résultat de ce processus s'impose dans le pays.

Harmonisation des cadres de restructuration préventive

J'ai fait une proposition d'harmonisation des cadres de restructuration préventive dans le dernier numéro d'*eurofenix* (n° 63, printemps 2016). Il semble que les débats se focalisent désormais sur le type de débiteur susceptible de bénéficier d'un tel cadre de restructuration préventive. La réponse à cette question dépendra de la façon dont ce cadre doit être promu aux dépens d'une procédure d'insolvabilité traditionnelle.

Je suggérerais que, dans la mesure où les catégories de créanciers sont protégées (principalement du fait que chaque catégorie vote séparément, sans possibilité d'adhésion forcée des catégories dissidentes), tout débiteur devrait avoir le droit de se restructurer en appliquant un cadre préventif, même si le critère du bilan ou le critère de la trésorerie est utilisé pour déterminer la solvabilité ou l'insolvabilité du débiteur, parce que les créanciers des catégories dissidentes peuvent bloquer un plan de restructuration qu'ils considèrent abusif ou tout simplement contraire à leurs intérêts. En d'autres termes, le droit des créanciers à se prononcer par vote sur le plan de restructuration empêchera l'utilisation opportuniste du cadre de restructuration préventive par les débiteurs.

Il existe également une autre possibilité, que j'avais mentionnée dans mon article précédent, qui consiste à permettre au débiteur de choisir à quelle catégorie de créanciers proposer la restructuration (par ex. créanciers financiers, fournisseurs), les autres créanciers n'étant pas affectés par la restructuration. Ceci éviterait que les débiteurs se comportent de manière opportuniste et ne se restructurent qu'en fonction des catégories de créanciers avec lesquelles ils parviennent à un accord à la majorité.

Harmonisation en matière d'annulation

Une harmonisation est possible dans les domaines où les principes du droit de l'insolvabilité sont similaires alors que les outils de restructuration ou d'application de ces principes sont différents.

La plupart des régimes de l'insolvabilité des États membres, si ce n'est la totalité, sont dotés d'institutions d'annulation, généralement inspirés de l'action paulienne, afin de respecter le principe d'égalité de traitement des créanciers. Les modalités précises de ces actions en annulation, par contre, diffèrent énormément d'un pays à l'autre. Certaines institutions d'annulation s'appliquent à des opérations précises, tandis que d'autres laissent le choix des opérations à annuler au juge ou au mandataire de l'insolvabilité. En outre, les délais d'exercice diffèrent, ainsi que la partie habilitée à exercer ce droit. Ces différences ne nécessitent pas une harmonisation totale.

Ma proposition serait de les harmoniser autant que possible, ce qui donnerait aux partenaires commerciaux d'opérations transfrontalières sans lien avec le débiteur ou ses dirigeants la

possibilité d'être conscients des risques auxquels ils s'exposent lorsqu'ils concluent des opérations avec des partenaires menacés par l'insolvabilité. Par conséquent, lors de l'harmonisation des lois relatives à l'annulation, le but est d'aboutir à la même certitude / évaluation des risques en matière de récupération dans toute l'Europe.

Harmonisation du régime des mandataires de l'insolvabilité

L'harmonisation du régime des mandataires de l'insolvabilité est très complexe, pour les trois raisons suivantes :

1. Le mandataire de l'insolvabilité est le pivot de la mise en œuvre de la procédure d'insolvabilité. Par conséquent, le régime en question est adapté au droit matériel de l'État membre concerné.
2. La situation réelle du mandataire de l'insolvabilité, notamment ses relations avec le corps judiciaire, en fait un type très particulier de fonctionnaire / prestataire / praticien, ce qui fait que ce régime est très difficile à harmoniser dès lors que l'ensemble du système matériel et procédural ne l'est pas déjà.
3. Les mandataires de l'insolvabilité ont de nombreuses fonctions, obligations et relations qui les différencient énormément en termes d'expérience professionnelle et de formation.

Pour ce qui est du premier point, concernant le droit matériel, les régimes des mandataires de l'insolvabilité varient si l'objectif de la procédure d'insolvabilité vise davantage la sauvegarde ou plutôt la liquidation (par ex. un différent type de mandataire de l'insolvabilité est nécessaire pour chaque type de procédure) ou même si la procédure d'insolvabilité implique à la fois une sauvegarde et une liquidation.

Pour ce qui est du deuxième point, sur certains territoires, la nomination du mandataire de l'insolvabilité relève des pouvoirs de la justice, tandis que dans d'autres, elle relève des attributions des créanciers, des débiteurs ou d'un groupe mixte. Chaque pays peut également être doté d'un système de sélection très différent : listes de professionnels, nommés avec ou sans système de rotation ou par simple acceptation de la demande (sélection) présentée par la personne demandant l'insolvabilité ou la restructuration. Enfin, la rémunération et l'institution fixant la rémunération du mandataire de l'insolvabilité peuvent également différer considérablement en fonction des États membres.

Pour ce qui est du troisième point, je mentionnerais : (i) la qualification, la formation et l'admission à exercer la profession ; (ii) l'existence d'organismes professionnels réservés aux mandataires de l'insolvabilité ou non ; et (iii) l'éventuelle existence d'un système de formation continue.

Il existe encore d'autres domaines qui présentent des différences. Nous aurons des débats passionnés sur la façon de répondre à ces questions et à d'autres questions d'harmonisation lors du congrès annuel d'INSOL Europe, qui se tiendra à Cascais du 22 au 25 septembre prochain. Les coprésidents du Forum des MI d'INSOL Europe, Daniel Fritz, Marc André et Stephen Harris, espèrent que la discussion sera animée grâce à la présence de tous les participants de ce groupe de travail exclusif, entre autres.

Je suis certain que ce congrès sera très intéressant, alors que le cadre de l'insolvabilité européen se trouve à une étape décisive.

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

Rubrique technique

La fin d'une époque est toujours le début d'une nouvelle...

Emmanuelle Inacio examine en détail le Brexit et le déclenchement de l'article 50*

Le résultat du referendum sur le Brexit qui s'est déroulé au Royaume-Uni le 23 juin 2016 a été déclaré : 51,9 % des Britanniques ont voté en faveur du départ de l'UE.

Le lendemain matin, David Cameron a annoncé qu'il démissionnait de ses fonctions de Premier ministre du Royaume-Uni et qu'il quitterait ses fonctions à l'automne. Il a déclaré que les négociations avec l'Union européenne devraient être entamées par un nouveau Premier ministre qui prendrait la décision de déclencher ou non l'article 50 du Traité sur l'Union européenne (TUE), qui expose la procédure applicable au retrait d'un État membre.

Même si les États membres de l'UE pressent le Royaume-Uni de déclencher le processus juridique formel de retrait, cela pourrait prendre des années, voire ne jamais arriver... Le Brexit est de fait la décision la plus importante que le Royaume-Uni ait eu à prendre en une génération et il entraînera des conséquences importantes pour l'économie britannique, qui doivent être envisagées attentivement. Pour rappel¹, l'article 50(1) du TUE dispose que « tout État membre peut décider, conformément à ses règles constitutionnelles, de se retirer de l'Union. » L'article 50(2) dispose que « l'État membre qui décide de se retirer notifie son intention au Conseil européen. »

10

En d'autres termes, d'une part, tant que la notification du retrait du Royaume-Uni de l'UE n'a pas été adressée au Conseil européen, le Royaume-Uni reste un État membre de l'UE. Il se pourrait que cette notification ne soit même jamais envoyée du tout...

D'autre part, le retrait du Royaume-Uni de l'UE peut se dérouler conformément à ses règles constitutionnelles. Les membres de la *Constitutional Law Association* du Royaume-Uni ont souligné que le Premier ministre ne pouvait pas publier de déclaration déclenchant le retrait du Royaume-Uni de l'UE sans d'abord avoir été autorisé à le faire par un acte du Parlement britannique². Autrement, la déclaration serait juridiquement sans effet du point de vue du droit constitutionnel, et par conséquent non conforme aux exigences de l'article 50 du TUE. En effet, le Royaume-Uni est une démocratie parlementaire et c'est son Parlement — et non le Gouvernement — qui a le dernier mot concernant les implications du referendum, le calendrier d'application de l'article 50 du TUE, la qualité d'État membre de l'UE du Royaume-Uni et les droits des citoyens britanniques qui en découlent. La plupart des députés sont favorables au maintien du Royaume-Uni au sein de l'UE : ils pourraient ignorer le résultat du referendum ou décider de dissoudre le Parlement et d'appeler à de nouvelles élections.

¹ Dans « Sortir de l'Europe ou ne pas en sortir, là a toujours été la question... » (printemps 2016), *eurofenix*.

² <https://ukconstitutionallaw.org/2016/06/27/nick-barber-tom-hickman-and-jeff-king-pulling-the-article-50-trigger-parliaments-indispensable-role/>

Une autre question d'ordre constitutionnel qui se pose est de savoir si le consentement du Parlement écossais — dont les membres ont voté contre le Brexit — est nécessaire pour que le Royaume-Uni quitte l'UE.

Mais même si le Parlement britannique décidait d'autoriser le Premier ministre à publier une déclaration déclenchant le retrait du Royaume-Uni de l'UE afin de se conformer à l'article 50 du TUE et au droit constitutionnel britannique, l'article 50(2) du TUE dispose qu'« à la lumière des orientations du Conseil européen, l'Union négocie et conclut avec cet État un accord fixant les modalités de son retrait, en tenant compte du cadre de ses relations futures avec l'Union.

Cet accord est négocié conformément à l'article 218(3) du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Il est conclu au nom de l'Union par le Conseil, statuant à la majorité qualifiée, après approbation du Parlement européen. »

L'article 50(3) dispose que « les traités cessent d'être applicables à l'État concerné à partir de la date d'entrée en vigueur de l'accord de retrait ou, à défaut, deux ans après la notification visée au paragraphe 2, sauf si le Conseil européen, en accord avec l'État membre concerné, décide à l'unanimité de proroger ce délai. »

L'article 50(4) ajoute : « aux fins des paragraphes 2 et 3, le membre du Conseil européen et du Conseil représentant l'État membre qui se retire ne participe ni aux délibérations ni aux décisions du Conseil européen et du Conseil qui le concernent.

La majorité qualifiée se définit conformément à l'article 238(3)(b) du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. »

Enfin, l'article 50(5) dispose que « si l'État qui s'est retiré de l'Union demande à adhérer à nouveau, sa demande est soumise à la procédure visée à l'article 49. »

Une fois l'article 50 déclenché, seules les modalités de l'accord de retrait peuvent être négociées : le Royaume-Uni ne peut pas révoquer la notification de son intention de retrait. Ses futures relations avec l'Union européenne seront prises en considération pour négocier et conclure l'accord de retrait.

L'article 50(3) établit une procédure facultative, puisqu'il prévoit un accord négocié dont les modalités sont convenues entre l'État membre concerné et l'UE, tout en reconnaissant un droit de retrait unilatéral.

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 l'État membre concerné, décide à l'unanimité de proroger ce délai.

Si l'article 50 est déclenché, le Royaume-Uni ne sera pas en position de force pendant les négociations concernant son retrait et il risque de quitter l'UE sans qu'aucun accord ne soit conclu.

Même si les États membres pressent le Royaume-Uni de déclencher l'article 50, ils ne peuvent l'y contraindre, puisque l'article 50 ne peut être invoqué que par le Royaume-Uni lui-même. L'Union

européenne n'a pas à s'occuper de quoi que ce soit tant que le Royaume-Uni n'aura pas notifié au Conseil européen son intention de se retirer.

Le Royaume-Uni est toujours membre de l'UE et le restera probablement, ne serait-ce que pour quelques années encore. Par conséquent, le Royaume-Uni participera entre autres à la tâche difficile de modernisation et d'harmonisation du droit de l'insolvabilité dans l'UE.

Sur la voie de l'harmonisation européenne : première analyse d'impact et consultation publique

La Commission européenne a récemment lancé deux initiatives en vue d'harmoniser le droit de l'insolvabilité européen au moyen d'un cadre législative européen commun³.

D'une part, la Commission européenne a publié une première analyse d'impact concernant son initiative visant à établir des règles communes concernant les lois sur la restructuration et l'insolvabilité dans toute l'UE, le 3 mars 2016.

La Commission européenne présentera une proposition législative d'ici l'automne 2016, qui couvrira les thèmes suivants :

- 1) Procédures de restructuration préventive et effacement des dettes (deuxième chance) pour les entrepreneurs, conformément à la recommandation sur l'insolvabilité ; et
- 2) Grands domaines de l'insolvabilité sortant du champ d'application de la recommandation sur l'insolvabilité, en ce qui concerne l'insolvabilité des entreprises :
 - Règles communes minimales concernant les obligations et la responsabilité des dirigeants avant l'insolvabilité, ainsi que leur révocation en cas de non-respect de ces obligations ;
 - Règles communes minimales concernant le classement des créances en cas d'insolvabilité, et concernant les actions en annulation, en vue d'apporter davantage de sécurité juridique dans le cadre de la circulation transfrontalière des capitaux ;
 - Approche simplifiée de l'insolvabilité des PME, par exemple en prévoyant des formulaires standard pour le dépôt des demandes et en mettant en place des démarches électroniques afin de réduire les coûts ;
 - Règles communes minimales concernant les praticiens de l'insolvabilité, visant à permettre un exercice facilité de la profession au sein des divers États membres et d'établir des règles de déontologie ;
 - Protection des droits des investisseurs en séparant leurs titres par rapport aux régimes applicables aux intermédiaires auprès desquels les titres ont été déposés.
- 3) Grands domaines de l'insolvabilité sortant du champ d'application de la recommandation sur l'insolvabilité, en ce qui concerne l'insolvabilité des personnes physiques :
 - Dispositions concernant la disponibilité des procédures d'insolvabilité, qu'il s'agisse de restructuration de dettes ou de liquidation ;
 - Dispositions concernant l'effacement des dettes des personnes physiques autres que des chefs d'entreprise après un délai raisonnable (pas plus de trois ans, comme pour les chefs d'entreprise).

12

D'autre part, la consultation publique sur l'initiative en matière d'insolvabilité (consultation concernant un cadre efficace de l'insolvabilité) a été lancée le 23 mars sur douze semaines,

³ http://ec.europa.eu/justice/civil/commercial/insolvency/index_en.htm

jusqu'au 14 juin 2016, afin de recueillir des avis sur des principes et règles communs qui permettraient de garantir l'efficacité des cadres nationaux de l'insolvabilité, en particulier dans un contexte transfrontalier. Les réponses à la consultation publique serviront à identifier les aspects dont pourra traiter la future initiative de la Commission en matière d'insolvabilité et seront prises en compte dans le rapport d'analyse d'impact de la Commission, parallèlement aux résultats d'une étude externe réalisée pour la Commission par l'université de Leeds et à d'autres informations⁴.

À suivre...

* Emmanuelle Inacio est responsable technique d'INSOL Europe

x x x
x

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.

13

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*)
- Le Groupe des établissements financiers (*Financial Institutions 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.

⁴ <http://bobwessels.nl/2016/03/2016-03-doc13-consultation-on-harmonisation-insolvency-laws/>

Élections du Conseil d'INSOL Europe 2016

Date limite des candidatures : 21 juillet 2016

Voici venu le moment de l'année où nous nous occupons des départs et élections de notre Conseil.

Les pays comptant au moins trente membres ont droit à un siège réservé au Conseil. En octobre de cette année, le siège réservé à la Roumanie sera vacant suite à la nomination de Radu Lotrean au poste de vice-président l'année dernière.

Nous sommes ravis de pouvoir annoncer que l'Autriche a désormais atteint le nombre de membres requis et qu'elle a elle aussi droit à un siège réservé au Conseil. En outre, les sièges réservés à l'Irlande, aux Pays-Bas, à la Suède et à la Suisse seront vacants une fois que William Day (Irlande), Marcel Groenewegen (Pays-Bas), Niklas Korling (Suède) et Thomas Bauer (Suisse) auront achevé leur mandat de trois ans.

Niklas Korling et William Day ne pourront pas se représenter aux élections, puisqu'ils ont déjà effectué deux mandats. Par contre, Marcel Groenewegen et Thomas Bauer pourront rester en lice, puisqu'ils n'ont effectué qu'un seul mandat.

Par conséquent, les membres de Roumanie, d'Autriche, d'Irlande, des Pays-Bas, de Suède et de Suisse recevront bientôt un courrier électronique d'appel à candidatures de leur pays.

Entre-temps, deux sièges non réservés (qui peuvent être occupés par des membres de n'importe quel pays) deviendront vacants, puisque Rocco Mulder (Pays-Bas) et David Rubin (Royaume-Uni) arriveront au terme de leur premier mandat de trois ans en octobre. Ils peuvent tous deux se représenter pour un nouveau mandat et affronter les nouveaux candidats proposés. Cependant, Rocco Mulder ne pourra pas le faire en raison d'autres engagements.

Des instructions concernant le dépôt des candidatures ont été envoyées par courrier électronique aux membres à la fin du mois de juin.

Contactez Caroline Taylor, directrice administrative d'INSOL Europe, si vous n'avez pas reçu le formulaire de candidature.

14

Publication des Lignes directrices de la Branche Redressement

L'équipe de TRI Leiden, sous la direction de Bernard Santen et Jan Adriaanse, vient de publier de nouvelles Lignes directrices à l'intention des professionnels du redressement.

Ces Lignes directrices marquent un immense pas en avant pour la Branche Redressement d'INSOL Europe. C'est une réalisation dont tous les membres d'INSOL Europe peuvent s'enorgueillir.

Il s'agit bien entendu d'un compromis entre les différents territoires et approches qui illustrent la diversité d'INSOL Europe, ce qui montre une fois de plus qu'INSOL Europe est désireuse et capable d'assumer un rôle directeur dans le domaine de la restructuration et de l'insolvabilité en Europe.

INSOL Europe vient d'adopter formellement ces Lignes directrices, auxquelles tous nos membres devraient adhérer, puisqu'elles présentent une méthode valable sur la façon d'agir dans des situations de redressement/restructuration. Pourquoi ne pas promouvoir cette adhésion en déclarant que vous vous engagez à appliquer les Lignes directrices d'INSOL Europe dans votre travail ?

Les Lignes directrices feront l'objet d'un suivi régulier par un comité placé sous la présidence de Steffen Koch (co-président de la Branche Redressement et président adjoint d'INSOL Europe) afin de refléter la dynamique du monde de la restructuration et du redressement.

N'hésitez pas à envoyer vos observations à steffen.koch@hww.eu et à participer à ce projet !

Le Groupe de prêteurs d'INSOL Europe devient le Groupe des établissements financiers

En Europe, ces dernières années, le paysage financier, social, économique et technologique présentait à la fois des débouchés et des difficultés pour les prêteurs et les investisseurs. Le degré de changement est sans précédent, et pour pouvoir naviguer dans ce nouvel environnement, il faut disposer d'un ensemble de compétences équilibrées, notamment d'esprit d'entreprise et de capacité de réaction, savoir faire preuve de précaution, tout en se conformant à la législation.

Le Groupe des prêteurs d'INSOL Europe a été créé en 2008. Son nom a été modifié en **Groupe des établissements financiers** pour refléter le changement de dynamique du secteur. Ce Groupe a divers objectifs qui sont plus pertinents que jamais dans un monde de plus en plus interconnecté :

- Réunir les spécialistes de la finance ;
- Accès à des professionnels leaders du marché ;
- Communication avec les autorités réglementaires ;
- Étude des développements techniques...
- ... sans oublier leurs implications commerciales.

Notre Groupe vise les spécialistes de la finance et les acteurs du secteur financier de toute l'Europe et au-delà.

Notre prochaine rencontre aura lieu lors du Congrès annuel d'INSOL Europe, à Cascais, près de Lisbonne, le 23 septembre 2016.

Si vous souhaitez participer aux activités du **Groupe des établissements financiers** ou en savoir plus à son sujet, veuillez contacter les co-présidents ci-dessous ou vous rendre sur notre site web (www.insoleurope.org/financial-institutions-group-introduction-and-members) pour obtenir de plus amples renseignements et un exemplaire de notre nouvelle brochure.

Florian Joseph, Allemagne
florian.joseph@helaba.de

Alastair Beveridge, Royaume-Uni
abeveridge@alixpartners.com

Le rôle des banques en Roumanie

Le 17 mai 2016, les cabinets Rovigo SPRL et SCA Deleanu Vasile (avocats) ont organisé une conférence intitulée « **La Roumanie résiste : restructuration contre liquidation – Le rôle des banques** », avec la participation du président de la NAFA (autorité fiscale de Roumanie), du secrétaire d'État à la Justice, du président du Conseil national des petites et moyennes entreprises de Roumanie (CNIPMMR), de présidents de banques et de praticiens de l'insolvabilité. Cette manifestation était organisée sous les auspices d'INSOL Europe.

Les discussions se sont principalement focalisées sur l'application pratique, en Roumanie, de la recommandation de la Commission européenne n° 1500 de mars 2014 relative à une nouvelle approche en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises.

Le thème principal de la conférence concernait la nécessité de soutenir les débiteurs honnêtes. À cet égard, la NAFA a compris que les mesures coercitives entraînant l'insolvabilité n'étaient ni efficaces ni pratiques. Une nouvelle approche est nécessaire, qui consiste à se focaliser sur la compréhension du mécanisme et des aspects particuliers de la procédure d'insolvabilité.

D'autre part, le besoin pressant d'injection de capital s'est fait clair, pour financer les débiteurs insolubles, ce qui est directement lié aux dispositions du nouveau Code roumain de l'insolvabilité et aux solutions déjà utilisées dans les autres pays européens.

Les représentants du gouvernement ont pris note de ces propositions et ont manifesté leur intérêt pour la préparation d'addenda normatifs afin de soutenir/financer les débiteurs insolubles.

Dragos Ramniceanu, Avocat collaborateur senior, Deleanu Vasile Avocati

16

Un public international participe à une après-midi de débats intensifs à Berlin

Christopher Gardt, étudiant-assistant à l'université Humboldt de Berlin, nous rend compte du symposium co-organisé et présidé par le président du Forum universitaire, le Pr Christoph G. Paulus

Le 29 avril dernier, le Forum universitaire d'INSOL Europe a tenu son symposium semestriel, intitulé « Redressement et résolution des établissements de crédit : les leçons à tirer des insolvabilités commerciales », à l'université Humboldt (Berlin).

La première des quatre intervenants, Monica Marcucci (Banque d'Italie), a évoqué les « Actionnaires en temps de crise : du droit de veto à la dépréciation ». Par la suite, Thorsten Höche (Association des banques allemandes) a présenté un exposé intitulé « 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 ? » Après une courte pause, Thomas Bauer (FINMA) a poursuivi par un discours intitulé « L'ADN du règlement sur l'insolvabilité des marchés financiers : un renoncement aux principes traditionnels ? — Le point de vue de la Suisse ». Dernier intervenant, le

Pr Ignacio Tirado (université autonome de Madrid) a présenté pour sa part « Les bailleurs de fonds des banques venant au secours des États – Un ‘inceste’ européen ».

Toutes les présentations ont été suivies de débats intenses de haut niveau avec le public international. Une réception informelle est venue clôturer cette événement.

Une sélection de photographies de l'événement peut être consultée sur notre galerie, à l'adresse www.insol-europe.org/gallery

Nous remercions le cabinet Shakespeare Martineau, parrain du Forum universitaire.

Garantir la position d'INSOL Europe en tant que communauté de professionnels

Radu Lotrean nous rend compte de la récente session du Groupe de travail V de la CNUDCI (droit de l'insolvabilité) à New York

Au sein d'INSOL Europe, nous essayons de faire en sorte que notre association ne soit pas qu'un simple réseau professionnel, mais une véritable communauté, enrichissant la base de connaissances de ses membres et de leurs pays, une communauté capable de s'exprimer et d'agir pour que la voix des professionnels qui la composent soit entendue.

17

L'une de ces occasions nous a été offerte par la 49^e session du Groupe de travail V de la CNUDCI (droit de l'insolvabilité), qui s'est tenue du 2 au 6 mai 2016 à New York, et à laquelle Alberto Núñez-Lagos, président d'INSOL Europe, Catherine Ottaway, membre du Conseil, et Radu Lotrean, vice-président, avaient été invités en qualité d'observateurs. Conformément à la pratique établie par la CNUDCI, INSOL Europe était invitée pour présenter son opinion et partager son expertise en matière d'insolvabilité, afin de faciliter les délibérations du Groupe de travail V.

Celui-ci a poursuivi l'étude des mesures visant à faciliter l'insolvabilité internationale des groupes d'entreprises multinationaux, ainsi que l'étude des obligations des dirigeants de groupes d'entreprises dans la période précédant l'insolvabilité. Notre délégation a participé activement aux débats et nous en avons retenu quelques points précis, notamment la définition du jugement lié à l'insolvabilité, le champ d'application de la loi type et son interaction avec la loi type existante.

Parallèlement, les questions relatives aux dirigeants de groupes d'entreprises ont été attentivement équilibrées afin de garantir le redressement commercial sans les amener à entamer trop tôt une procédure d'insolvabilité. Le Groupe de travail V a également poursuivi ses débats sur l'élaboration d'une loi type ou d'un ensemble de dispositions législatives concernant la reconnaissance et l'exécution des jugements liés à l'insolvabilité.

Il a également abordé la façon dont la CNUDCI pouvait parvenir à une harmonisation de ces questions de droit de l'insolvabilité. Il a été proposé qu'une loi type ou une recommandation soit préparée sous forme d'instrument de droit mou, voire de convention, c'est-à-dire d'instrument contraignant. Toutefois, il serait plus difficile d'aboutir à l'harmonisation au moyen d'une

convention ou d'une loi uniforme, en raison des obstacles à convenir d'accords multilatéraux sur un texte précis entre États membres, à cause des grandes différences entre les lois nationales existantes.

En ce qui concerne notre délégation, bien que nous percevions les avantages de l'approche de droit mou pour cheminer vers une norme reconnue, nous soutenons pleinement la voie de la convention, car nous estimons que cela serait un moyen plus efficace pour arriver à l'harmonisation.

Le biais rétrospectif en droit de l'insolvabilité

Mini-séminaire organisé par Reinout Vriesendorp le jeudi 23 juin 2016

Academiegebouw, Rapenburg 73, 2311 GJ Leyde, Pays-Bas

Nous remercions le cabinet Shakespeare Martineau, parrain du Forum universitaire

Les universitaires et avocats rencontrent des situations dans lesquelles les mandataires de l'insolvabilité (administrateurs judiciaires) d'entreprises insolvable font la chasse aux dirigeants et parfois même aux actionnaires, parce que ceux-ci n'ont pas empêché l'insolvabilité. En outre, les mandataires de l'insolvabilité peuvent entamer des poursuites à leur encontre, alléguant une mauvaise gestion, ou demandant des dommages-intérêts, voire le remboursement du déficit entier, afin de « reconstruire » (ou reconstituer) la masse de l'insolvabilité.

18

Il arrive parfois que le mandataire de l'insolvabilité soit intéressé au résultat de la procédure ou du règlement, car il servira à couvrir ses frais et sa rémunération. Le simple fait que l'entreprise soit devenue insolvable devient un facteur (et une présomption) de faute des dirigeants, auxquels il incombe de prouver le contraire. Il s'ensuit que les tribunaux semblent parfois avoir des difficultés à reconnaître ou à tenir compte du risque de biais rétrospectif dans leur opinion concernant les actes des dirigeants.

La question du biais rétrospectif eu égard à de récents développements à l'étranger a fait l'objet d'un mini-séminaire en anglais, avec des contributions de divers pays, notamment de Belgique, d'Allemagne, des Pays-Bas, du Royaume-Uni, de France et d'Espagne.

Ce mini-séminaire avait pour but d'encourager les débats concernant des expériences et solutions internationales possibles. C'est la raison pour laquelle INSOL Europe a apporté son soutien au séminaire, qui était placé sous l'égide du Forum universitaire d'INSOL Europe.

Pour en savoir plus et consulter le programme technique intégral, rendez-vous sur notre site web, à l'adresse www.insol-europe.org/events/0/start_date/asc/colabelled

Séminaire et réception de rencontre à Dublin (Irlande)

Willis Towers Watson

Nos membres ont récemment été invités à se rendre dans les locaux du cabinet Willis Towers Watson, à Dublin, le jeudi 7 juillet 2016, pour un séminaire et une réception informels de rencontre.

Les festivités ont débuté à 17 heures, par l'inscription et l'accueil des participants, suivis par des présentations de représentants d'INSOL Europe et de Willis Towers Watson.

Steffen Koch, hww hermann wienberg wilhelm, Allemagne (président adjoint d'INSOL Europe) a commencé par couvrir les aspects principaux d'INSOL Europe ; Jim Luby, McStay Luby, Irlande (trésorier d'INSOL Europe) a poursuivi par une mise à jour sur « Le paysage irlandais de l'insolvabilité ».

Mark Sanderson, directeur général de Willis Towers Watson, a présenté son cabinet et certaines actualités du marché irlandais. La soirée s'est terminée vers 18 heures, par des boissons et des rafraîchissements.

Pouvez-vous accueillir un séminaire ?

Les cabinets Uría Menéndez (Lisbonne, Portugal) et Gianni Origoni Grippo Cappelli & Partners (Rome, Italie) ont déjà organisé des séminaires de ce type.

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

19

Nouvelles parutions

La procédure spéciale de revitalisation

Auteur : Catarina Serra

Publié en 2016 par Almedina ; prix : 16,90 €– 128 pages

ISBN : 9789724064161

La procédure spéciale de revitalisation – Recueil de jurisprudence

Auteur : Catarina Serra

Publié en 2016 par Almedina ; prix : 27,90 €– 384 pages

ISBN : 9789724064802

La procédure spéciale de revitalisation (O Processo Especial de Revitalização na Jurisprudência) et *La procédure spéciale de revitalisation – Recueil de jurisprudence (O processo Especial de Revitalização – Colectânea de Jurisprudência)* sont le résultat de recherches approfondies sur la procédure spéciale de revitalisation, menées ces trois dernières années par l'auteur.

Le premier ouvrage traite des questions fondamentales débattues au sein des tribunaux portugais concernant la procédure spéciale de revitalisation. Depuis son introduction dans la loi portugaise sur l'insolvabilité (2012), cette procédure hybride a suscité de nombreux doutes et questions. Cet ouvrage vise non seulement à lever les doutes et à répondre aux questions en suspens, mais aussi à fournir aux universitaires et praticiens du droit un cadre dogmatique qui leur permettra de mieux comprendre tous les détails de cette procédure.

Comme son titre l'indique, le second ouvrage est un recueil de toutes les affaires dans lesquelles les tribunaux supérieurs du Portugal ont prononcé une décision de 2012 à 2015. Il vise à compléter le premier ouvrage, en étudiant les affaires et les questions qui y sont mentionnées ou présentées.

Cependant, il peut également être consulté de manière autonome, répondant à la nécessité, pour la plupart des praticiens du droit, d'avoir un recueil de jurisprudence sous la main.

Ces deux ouvrages ont été publiés par Almedina, éditeur portugais spécialiste du droit. L'auteur, Catarina Serra, est professeur de droit des sociétés et de droit de l'insolvabilité à l'université de Minho (Portugal), et membre du Forum universitaire d'INSOL Europe et du Comité de rédaction d'*eurofenix*.

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.

20

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

Ce service unique présente désormais les résumés de plus de 500 décisions de la Cour de justice de l'Union européenne, des tribunaux de première instance et des cours d'appel des États membres de l'UE qui abordent un point pertinent en lien avec le règlement européen sur les procédures d'insolvabilité (n° 1346/2000).

Le comité du registre est appuyé par une équipe de rédacteurs nationaux. Tous les extraits sont publiés en anglais et modérés par les universitaires Reinhard Bork et Kristen van Zwieten.

Accès gratuit pour les membres d'INSOL Europe

Le registre des affaires d'INSOL Europe est désormais hébergé par LexisNexis. Il est libre d'accès pour les membres d'INSOL Europe qui disposent d'un identifiant et d'un mot de passe.

Si vous avez des difficultés à accéder à ce service, veuillez vous adresser à Raphael Victorino, du service d'assistance à la clientèle de LexisNexis, par téléphone au +44 (0) 845 3701234 (choix 2 poste 62025), ou par courrier électronique à l'adresse raphael.victorino@lexisnexis.co.uk.

Pour accéder au Registre des affaires fondées sur le règlement européen sur l'insolvabilité ou pour télécharger son mode d'emploi, rendez-vous sur notre site web, à l'adresse www.insol-europe.org/technical-content/european-insolvency-regulation

X X X
X

Conférence de l'EECC 2016

Nouvelles tendances de l'insolvabilité : La 12^e conférence de l'EECC, Cluj-Napoca, Roumanie, 13 mai 2016

Niculina Somlea nous rend compte de la conférence de l'EECC de cette année ; Radu Lotrean et Veronika Sajadova ajoutent leur point de vue*

Le domaine de l'insolvabilité traverse des changements rapides. Le paysage des entreprises et de la concurrence, en général, subit une métamorphose due à des forces externes qui ne cessent de modifier le statu quo et l'essence même de leur fonctionnement.

21

Il semblerait que ce à quoi nous pouvons nous attendre n'en est qu'à ses prémices.

Le temps passe plus vite qu'on ne peut l'imaginer. Cela vaut également pour les entreprises en difficulté ou insolvable. Ce changement rapide se fait ressentir partout en Europe. Cette conférence, qui mettait en avant les tendances de l'insolvabilité, nous permet de prendre de l'avance sur le changement et de nous y adapter.

Les conférences de l'EECC d'INSOL Europe, événements qui jalonnent les années pour les personnes et organisations qui modèlent le présent et l'avenir de l'insolvabilité européenne, connaissent un succès toujours plus grand au fil des ans : en effet, Cluj-Napoca a accueilli plus de 175 délégués venus de 21 pays.

Réunissant des experts et praticiens de premier plan de toute Europe, cette conférence était une excellente occasion pour faire des rencontres et partager des expériences. Au cours du dîner précédant la conférence, les délégués ont pu se délecter de spécialités et de musique roumaines traditionnelles.

Le lendemain matin, la conférence a démarré par les discours d'ouverture de Radu Lotrean (CITR Group, Roumanie, co-président de l'EECC et vice-président d'INSOL Europe), Alberto Núñez-Lagos Burguera (président d'INSOL Europe) et Emil Boc (ancien Premier ministre et maire actuel de Cluj-Napoca).

Le programme de la conférence, coordonné par les co-présidents du Comité technique, Vasile Godîncă-Herlea (CITR Group, Roumanie) et Nigel Davies (Wyn River, Royaume-Uni), qui nous ont concocté un contenu passionnant, comptait 28 intervenants de 10 pays étrangers et de nombreux représentants d'organisations roumaines, notamment de la Banque nationale de Roumanie et d'autres banques roumaines de premier plan, de tribunaux roumains, de l'INPPI et d'investisseurs importants.

Optimisme

L'intervenant principal de la manifestation, Bogdan Olteanu, gouverneur adjoint de la Banque nationale de Roumanie, a partagé avec nous son optimisme quant à l'avenir de l'Europe.

Le matin a débuté par une séance consacrée aux « Investissements dans les entreprises en difficulté : les prêts non performants », modérée de façon très stimulante par Evert Verwey (Clifford Chance, Pays-Bas). Les intervenants, Alberto Núñez-Lagos Burguera (Uría Menéndez, Espagne), Crispin Daly (Proskauer Rose, Royaume-Uni), Rudolf Vizental (CIT Restructuring, Roumanie) et Mirona Dolocan (Banca Comercială Română, Roumanie) ont abordé des thèmes tels que le point de vue des vendeurs par rapport à celui des acheteurs, le processus commercial, mettant l'accent sur la « *due diligence* », et toutes les questions qui s'ensuivent : exécution, insolvabilité, services transnationaux, évaluation, titres sous-jacents, etc.

La deuxième séance, intitulée « Focus sectoriel : les transporteurs et les producteurs agro-alimentaires confrontés à l'insolvabilité », modérée par Nigel Davies (Wyn River, Royaume-Uni), nous a donné un aperçu intéressant des difficultés rencontrées dans ces deux secteurs, avec le concours d'Alexandru Tănase (CITR Group, Roumanie) et de Dorian Macovei (EMSA Capital, Autriche), qui ont également mis en lumière les changements et les efforts que ces deux secteurs ont dû consentir pour rester solvables.

22

Modernisation des règles

Pour notre troisième séance, « Actualités du REI et de sa refonte », Robert van Galen (NautaDutilh, Pays-Bas), modérateur, accompagné d'Andreas Spahlinger (Gleiss Lutz, Allemagne), a présenté au public un aperçu des règles modernisées en matière d'insolvabilité internationale. Dans un avenir proche, ces règles apporteront un champ d'application élargi et diverses protections contre le tourisme de l'insolvabilité (« *forum shopping* »), des registres de l'insolvabilité interconnectés, des nouveautés concernant les procédures secondaires et un cadre pour les procédures d'insolvabilité portant sur des groupes d'entreprises.

Après un délicieux déjeuner de prise de contact, la session de l'après-midi a débuté par la séance intitulée « Les pièges de l'insolvabilité internationale – Étude de cas », modérée par Roman-Knut Seger (BDO Restructuring, Allemagne), en compagnie de Valter Pieger (Giese & Partenaire, République tchèque), Giuseppe Scotti (Macchi di Cellere Gangemi, Italie), Alina Zechiu (BDO Restructuring, Roumanie) et Václav Žalud (Dentons, République tchèque), qui ont procédé à une analyse détaillée de dossiers d'insolvabilité internationale, soulignant le besoin d'harmonisation de la législation, surtout en ce qui concerne la façon de protéger les droits des créanciers et les contrats importants.

La cinquième séance était consacrée à une « Approche comparative de l'insolvabilité personnelle », sous la modération de Simona Miloş (INPPI, Roumanie). Les intervenants,

Veronika Sajadova (Lettonie), la juge Daniela Deteşan (Tribunalul Caraş Severin, Roumanie), Petr Sprinz (Havel, Holásek & Partners, République tchèque) et Georg Kovacs (EOS KSI, Roumanie), ont donné une vision précise des lois sur l'insolvabilité personnelle en Europe et ont également fourni des statistiques intéressantes.

La dernière séance, modérée par Pawel Kuglarz (Wolf Theiss, Pologne), a abordé la question de l'insolvabilité du point de vue des banques. Les intervenants, Mirela Iovu (CEC Bank, Roumanie), Marcell Nemeth (Wolf Theiss, Autriche) et Heinz Vallender (université de Cologne, Allemagne), ont analysé les systèmes polonais, roumain, allemand et hongrois.

Vasile Godîncă-Herlea a conclu la journée par un résumé parfaitement concis de la conférence, et a invité les délégués à participer à un cocktail pour y poursuivre leurs discussions.

Je souhaite remercier tout particulièrement les parrains de la conférence, sans qui cette manifestation n'aurait pas pu avoir lieu, ainsi que les co-présidents de l'EECC (Radu Lotrean et Evert Verwey) et les co-présidents techniques de cette douzième conférence (Nigel Davies et Vasile Godîncă-Herlea) pour le dur travail qu'ils ont fourni. Nous adressons également nos félicitations au comité d'organisation de la conférence : Caroline Taylor, Malcolm Cork, Florica Sincu, Hannah Denney, Emmanuelle Inacio et Wendy Cooper.

**Niculina Somlea, CITR Group, Cluj-Napoca (Roumanie)*

Vous trouverez des photos de cette manifestation sur notre site web, à l'adresse www.insol-europe.org/gallery/eccc-cluj-napoca-2016

Le point de vue du vice-président

Par Radu Lotrean, co-président de l'EECC et vice-président d'INSOL Europe

Cluj-Napoca (Roumanie) a eu le privilège et l'honneur d'accueillir la conférence de l'EECC d'INSOL Europe, intitulée « Nouvelles tendances de l'insolvabilité : Investissements dans les entreprises en difficulté et évolution de l'insolvabilité personnelle en Europe de l'Est ».

Nous avons accueilli plus de délégués que d'habitude, à cause de l'intérêt que les praticiens roumains et internationaux ont manifesté pour les thèmes de la conférence. Je suis fier d'annoncer qu'ils étaient plus de 175 délégués de 21 pays, tous des professionnels importants et figures de renom dans leur pays.

Nous avons en effet eu la chance d'accueillir ces intervenants et modérateurs éminents venant de divers endroits du monde, spécialistes de l'insolvabilité, issus du monde des banques, des entreprises, des universités et de l'investissement, qui nous ont consacré leur temps et ont partagé avec nous leurs connaissances, ce dont nous les remercions profondément.

Comme toujours avec ce type de manifestation, et cette conférence en particulier en était un exemple frappant, nous avons été assaillis par un torrent d'idées et d'informations.

La conférence couvrait un large éventail de thèmes. Nous avons eu un aperçu des prêts non productifs (et du changement d'attitude des banques à cet égard, passant de quelque chose qu'elles possèdent à quelque chose à vendre), des avantages généraux que présentent les opérations portant

sur ces prêts, et, bien entendu, des questions qui se posent à cet égard : délais de vente, « *due diligence* », questions d'exécution et d'insolvabilité, questions administratives locales, évaluation, clauses d'incessibilité, titres sous-jacents, stratégie, etc.

Nous avons également appris à mieux connaître les grands enjeux de l'industrie agro-alimentaire (accroissement de la population, sécurité alimentaire, sous-investissement, exploitation des sols, climat, consommation d'énergie) et du secteur des transports (volatilité des prix du carburant, marge de négociation limitée des petits acteurs, développement réduit des infrastructures, marché agressif et concurrentiel).

Nous avons eu des nouvelles de la refonte du règlement européen, qui entrera en vigueur en 2017, et de ses dispositions concernant son champ d'application, les procédures d'insolvabilité secondaires et les procédures de coordination de groupe, dont les répercussions pratiques ne sont pas encore connues.

Les études de cas ont amené leur lot d'idées et d'informations, révélant comment protéger les droits des créanciers et les contrats importants, tout en évitant les pièges de l'insolvabilité internationale.

Enfin, nous avons pu bénéficier d'une étude comparative de l'insolvabilité personnelle dans les différents pays d'Europe et avons discuté en long et en large de l'impact de l'insolvabilité personnelle sur les banques, grâce à des analyses appliquées et à des exemples issus des systèmes polonais, allemand, roumain et hongrois.

Je suis extrêmement heureux de voir la communauté de professionnels d'INSOL Europe grandir et contribuer à l'amélioration de l'activité commerciale et des bonnes pratiques aux niveaux local et international.

En espérant que les personnes présentes ont apprécié les nombreuses surprises que nous leur avons réservées, les spécialités culinaires et la musique roumaines et, bien entendu, les échanges avec leurs amis et collègues, je vous dis à l'année prochaine, puisque je serai là pour vous accueillir en 2017 !

Le point de vue d'une nouvelle venue

Par Veronika Sajadova, université de Genève (Suisse)

Ayant eu l'honneur de participer pour la première fois à la 12^e conférence de l'EECC d'INSOL Europe à Cluj-Napoca (Roumanie), j'aimerais partager avec vous mes impressions générales.

J'ai eu la chance unique de participer aux travaux de la cinquième séance (« Approche comparative de l'insolvabilité personnelle ») et de partager les résultats de mon projet de recherche postdoctoral consacré au thème des « Procédures d'insolvabilité des consommateurs en Europe », projet qui a été mené en collaboration entre l'université de Lettonie et l'université de Genève (Suisse).

Ma participation à la conférence avait entre autres buts celui de sensibiliser les participants à l'importance et à la diversité de la réglementation en matière de procédures d'insolvabilité personnelle en Europe, mais aussi de pérenniser le réseau d'experts de l'insolvabilité qui s'est formé au cours du projet, et dont la plupart des membres sont également membres d'INSOL Europe.

C'est indéniable : cette conférence fructueuse a rencontré un réel succès. C'était le lieu idéal pour que les experts de l'insolvabilité de toute l'Europe se réunissent et partagent leurs expériences uniques et leurs connaissances exceptionnelles, tout en faisant de nouvelles rencontres. Par ailleurs, la partie informelle de la conférence a permis à tous d'échanger dans un environnement amical.

Mes attentes concernant l'organisation de la conférence et de la séance de travail ont été non seulement satisfaites, mais dépassées. Voici les raisons pour lesquelles je souhaite exprimer ma gratitude au comité d'organisation d'avoir organisé la conférence et concocté un programme passionnant.

Je remercie profondément Simona Miloş d'avoir modéré la cinquième séance, ainsi que les autres participants, pour leur précieuse contribution. Je profite également de ces lignes pour remercier Niculina Somlea de sa généreuse coopération. Par-dessus tout, j'adresse mes sincères remerciements à Radu Lotrean et Vasile Godîncă-Herlea (CITR Group, Roumanie). J'ai été très touchée par l'amitié et l'hospitalité de la délégation roumaine.

Je suis impatiente de participer aux prochaines conférences de l'EECC d'INSOL Europe

x x x

x

Compte-rendu de la conférence jointe

Aller de l'avant grâce aux réformes en matière de restructuration

Les co-présidents Glen Flannery et Nico Tollenaar nous rendent compte de la récente conférence conjointe organisée par R3 et INSOL Europe à Londres le 22 avril 2016*

En avril 2016, une centaine de professionnels de la restructuration du monde entier se sont réunis à Londres pour la 13^e conférence annuelle organisée conjointement par R3 et INSOL Europe, sur le thème de la restructuration internationale et transfrontalière.

La conférence a mis en lumière de nombreux développements, notamment les avancées vers l'harmonisation des lois européennes en matière d'insolvabilité dans le cadre de l'impulsion donnée par l'Union européenne en faveur d'une union des marchés des capitaux. À l'intention des

absents, les présidents de la conférence ont résumé les principaux thèmes et formulé les observations suivantes.

De nombreux arrêts importants de la CJUE

La Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) a récemment prononcé des arrêts sur certains aspects du règlement européen sur l'insolvabilité (REI) allant au-delà des questions de CIP qui étaient autrefois monnaie courante.

Entre autres affaires récentes, citons *Lutz c. Bäuerle* et *Nike c. Sportland*, concernant l'exception fondée sur l'article 13 (règle dite de « l'application cumulative ») qui permet de contester une action en annulation s'il peut être démontré qu'un acte préjudiciable aux créanciers dans leur ensemble est soumis aux lois d'un autre État membre et que celles-ci ne prévoient aucun moyen d'éviter cet acte.

Entrée en vigueur prochaine de la refonte du REI

La plus grande partie de la « refonte » du REI entrera en vigueur le 26 juin 2017.

Conformément au souhait de l'UE de privilégier la sauvegarde par rapport à la liquidation, la refonte du REI portera sur un éventail plus large de procédures de type pré-insolvabilité et débiteur-exploitant, à condition qu'elles tirent leur origine dans le droit de l'insolvabilité plutôt que dans le droit des sociétés.

Elle prévoira également un accès à de nouveaux dispositifs progressifs, tels que les procédures secondaires « synthétiques » (inventées par les praticiens britanniques du cabinet Collins & Aikman) et les procédures de coordination de groupes faisant appel à un coordinateur indépendant.

26

Les recommandations de l'UE pourraient faire l'objet d'une directive d'ici fin 2016

Dans le cadre de son but ambitieux, qui est de mettre en place les fondations d'une union des marchés des capitaux dans l'UE à l'horizon 2019, la Commission européenne vient de lancer une nouvelle consultation législative.

Bien qu'énigmatiquement formulée, cette consultation pourrait déboucher sur la transformation de ses recommandations antérieures concernant la défaillance des entreprises et l'insolvabilité en une directive européenne.

Les recommandations adoptées le 12 mars 2014 visaient à établir des normes minimales dans tous les États membres concernant les procédures de restructuration préventive et les délais de remise de dette pour donner une deuxième chance aux débiteurs honnêtes. Les réponses à la consultation devaient être soumises au plus tard le 14 juin 2016.

Le Brexit ne signe pas nécessairement la fin du REI pour le Royaume-Uni

Même si le Royaume-Uni disposait de droits d'objection, les gouvernements britanniques successifs ont opté pour une « participation volontaire » au REI et à sa refonte, vraisemblablement parce que cela servait les intérêts nationaux. Par conséquent, il semble probable que si le Royaume-Uni se prononçait en faveur du départ de l'UE lors du referendum du 23 juin 2016⁵, le

⁵ Ce qui s'est effectivement produit (voir *Rubrique technique*).

Royaume-Uni négocierait pour rester soumis au REI par voie de traité. Il n'est pas encore certain à quel point cela limiterait la capacité du Royaume-Uni à influencer les réformes futures.

Explosion des affaires dans le secteur des matières premières, surtout dans le secteur gazier et pétrolier

Bien que la chute des prix du pétrole et le ralentissement économique en Chine avaient déjà commencé lors de la conférence de l'année dernière, nous spéculions encore quant à la capacité de ces événements à générer des besoins et des opportunités en matière de restructuration.

Le consensus était que cette situation avait pris la forme d'un boom de la restructuration, surtout dans les territoires riches en matières premières, tels que les États-Unis, le Canada, l'Afrique et l'Australie.

Parmi les procédures récemment ouvertes, citons *Goodrich Petroleum*, producteur de gaz et de pétrole situé à Houston (désormais placé sous la protection du chapitre 11 du Code de la faillite des États-Unis), *Peabody Energy Corp*, premier producteur de charbon privé du monde (également placé sous la protection du chapitre 11) et *Arrium*, l'un des premiers sidérurgistes australiens (qui fait l'objet d'une procédure d'administration australienne).

Le bras long des lois américaines sur l'insolvabilité

Une séance consacrée à des études de cas a mis en lumière le large champ d'application du chapitre 11 du Code de la faillite des États-Unis et la façon dont il peut être utilisé pour suppléer les lacunes du REI, même dans les affaires qui ne présentent qu'un lien ténu, voire aucun lien initial avec les États-Unis.

Par exemple, même si un moratoire s'étendant à toute l'UE peut s'appliquer en vertu du REI à la suite de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans un État membre donné, en invoquant l'exception visée à l'article 5 et les règles de conflit de lois, un créancier gagiste peut néanmoins faire exécuter son gage dans un autre État membre.

Dans les cas appropriés, ce problème peut être surmonté en ouvrant une procédure fondée sur le chapitre 11 du Code de la faillite des États-Unis à l'encontre du débiteur européen. Si ce dernier ne présente aucun lien avec les États-Unis, ce lien peut être créé tout simplement par la conclusion d'un mandat de représentation entre le débiteur et un cabinet d'avocats aux États-Unis.

Bien qu'il ne soit pas nécessairement tenu, techniquement, de reconnaître une suspension en vertu du chapitre 11 lors d'une mise à exécution dans un pays hors des États-Unis, un créancier gagiste exerçant des activités aux États-Unis peut néanmoins honorer la suspension par peur d'encourir des poursuites pour refus de se conformer à une décision de justice américaine.

Augmentation rapide des contentieux financiers dans les affaires d'insolvabilité internationale, non seulement pour financer les créances mais de plus en plus souvent pour financer la masse

Alors que le secteur mûrit, les praticiens ont accès à de plus en plus d'investisseurs, de produits de financement et de précédents.

Certains territoires, tels que les États-Unis, le Royaume-Uni et l'Allemagne, ont pris de l'avance, mais leurs modèles sont désormais repris ailleurs, par exemple aux Pays-Bas.

Dans d'autres pays, les obstacles subsistent. Citons notamment le cas d'une récente affaire irlandaise retentissante (*Persona Digital Telephony Ltd. V. Minister for Public Enterprise*), dans le cadre de laquelle un accord de financement de procédure judiciaire a été rejeté en invoquant des lois archaïques sur les doctrines dites de « *maintenance* » et de « *champerty* », dont le but est de dissuader les tiers de prendre part à des procédures vexatoires et de s'immiscer dans des différends.

Pas de trêve pour le *forum shopping* concernant les concordats anglais

Malgré la surveillance accrue des concordats proposée par le juge Snowden dans des affaires telles que *Indah Kiat* et les réformes législatives défensives intervenues dans d'autres pays, les entreprises étrangères continuent de se tourner vers le Royaume-Uni pour se restructurer en faisant appel à son concordat.

Ces cinq dernières années, au moins trente entreprises étrangères se sont restructurées à l'aide du concordat anglais, dont un tiers d'entreprises russes ou ukrainiennes.

La CNUDCI fait progresser les dispositions traitant des groupes d'entreprises internationaux

Le Guide législatif de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) sur le droit de l'insolvabilité énonce des principes que les États membres sont censés transposer dans leurs lois nationales, en tenant compte du contexte local. La troisième partie, adoptée le 1^{er} juillet 2010, traite des insolvabilités de groupes d'entreprises.

Plus récemment, le Groupe de travail V de la CNUDCI (droit de l'insolvabilité) a travaillé sur des dispositions législatives concernant l'insolvabilité des groupes d'entreprises internationaux, qui peuvent être mises en œuvre sous la forme d'une extension de la loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale ou d'une autre manière. Un recueil de principes et de projets de dispositions a été publié.

Initiative concernant une convention internationale sur l'insolvabilité transfrontalière

Un sous-groupe de la section insolvabilité de l'International Bar Association (IBA) étudie l'opportunité d'élaborer une convention internationale sur l'insolvabilité, en partie à cause du manque d'attraction de la loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale depuis près de vingt ans. La loi type n'a été adoptée que par moins de vingt des soixante États membres de la CNUDCI.

Au sein du sous-groupe de l'IBA, certains estiment que la seule façon d'avancer consisterait à élaborer une convention internationale sur l'insolvabilité, inspirée du REI qui, lui, a remporté un réel succès.

Une enquête réalisée auprès des délégués de la conférence a révélé que près des deux tiers d'entre eux estimaient qu'un projet de convention devrait être préparé et mis à l'étude.

Ce rapport a paru initialement dans le numéro de mai de la publication mensuelle Global Turnaround.

**Glen Flannery, associé, Nabarro LLP, Londres (Royaume-Uni) ; Nico Tollenaar, associé, RESOR NV, Amsterdam (Pays-Bas)*

« Il est intéressant d’observer comment l’appétit de l’UE pour une union des marchés des capitaux influence le rythme des réformes législatives en matière d’insolvabilité dans toute l’Europe. Avant la fin de l’année, il se pourrait bien que nous disposions d’une directive énonçant des règles minimales, reprenant des recommandations non contraignantes antérieures.

Il s’agirait d’un nouveau petit pas vers l’harmonisation, sujet qui reste sensible et appelle à davantage d’études et de débats, peut-être lors d’une prochaine conférence conjointe R3 / INSOL Europe !

Ne se limitant pas à l’UE, la séance d’étude de cas a mis en lumière les graves problèmes qui peuvent survenir dans les affaires transfrontalières qui sortent du champ d’application du REI et de la loi type de la CNUDCI.

Bien que les praticiens aient trouvé des solutions inédites en réponse à ces difficultés, il ne fait aucun doute que de meilleurs résultats pourraient être obtenus si les cadres internationaux de reconnaissance et d’exécution des procédures et décisions en matière d’insolvabilité étaient améliorés.

Il a été encourageant d’entendre que des progrès sont en cours de réalisation, notamment par le biais d’initiatives telles que les travaux de la CNUDCI sur les insolvabilités de groupes d’entreprises et les récentes études en vue d’une convention internationale sur l’insolvabilité. Il reste à voir si cette idée de convention remportera des suffrages.

Il a également été intéressant d’apprendre que les concordats britanniques continuaient de rencontrer du succès s’agissant de la restructuration d’entreprises étrangères, malgré l’accroissement des contrôles judiciaires au Royaume-Uni et la concurrence d’autres pays qui ont réformé leurs propres lois pour permettre des restructurations plus flexibles, notamment en s’inspirant du modèle de concordat britannique. »

Glen Flannery, co-président de la conférence

29

x x x

x

Congrès annuel 2016

Congrès annuel 2016 : Financement et insolvabilité

Eduardo Peixoto Gomes présente les thèmes des débats du prochain Congrès annuel qui se tiendra à
Cascais*

En septembre 2016, le Portugal accueillera le Congrès annuel d’INSOL Europe, qui se tiendra à Cascais, ville pittoresque non loin de la côte lisboète, dans l’hôtel cinq étoiles Cascais Miragem, lieu parfaitement à la hauteur de cette manifestation très attendue.

En réponse aux demandes actuelles des marchés mondiaux, ce congrès se focalisera sur des questions de financement et d’insolvabilité, ces mots qui sont actuellement à la bouche de tous les péons du droit et de l’économie. Il faut bien l’avouer, ces dernières années, peu de sujets ont remporté autant d’attention que la rupture du système financier et l’effondrement d’entreprises

dans le monde entier. Par conséquent, ce sujet n'a jamais occupé autant d'avocats, de juges, d'économistes, de banquiers, de sociétés et, enfin, de gouvernements entiers. Dans notre domaine d'expertise, le financement est l'oxygène de chaque entreprise. Sans financement, le patient est en souffrance.

Pendant ce temps, alors que les systèmes juridiques et économiques font de leur mieux pour trouver les bonnes solutions à leurs problèmes, un groupe formidable d'intervenants sera présent en septembre pour présenter des solutions aux questions en suspens : voilà à quoi les participants de cette année peuvent s'attendre. Le programme soigneusement concocté prévoit des thèmes propices à la réflexion, présentés par une formidable équipe technique qui est prête à donner aux participants un nouveau point de vue sur ces questions et des informations inédites sur les problèmes financiers. Praticiens, avocats, juges, universitaires, chercheurs... les intervenants aborderont les questions que tout le monde se pose en espérant trouver une réponse qui permette de résoudre les obstacles rencontrés au quotidien.

Le vendredi matin, les débats devraient se focaliser sur des questions techniques de financement. Après les remarques liminaires des co-présidents et le discours de l'intervenant principal, José Manuel Durão Barroso, ancien Premier ministre du Portugal et 11^e président de la Commission européenne, la séance sera consacrée à des discussions sur la gestion du risque de crédit à l'échelle mondiale, outil utile aux praticiens de l'insolvabilité internationale. Le financement restera à l'honneur, puisque les thèmes suivants porteront sur la position des entreprises en difficulté et de leurs dirigeants : comment ces entreprises peuvent prendre des décisions financières, juridiques et commerciales et comment leurs dirigeants doivent se comporter pour limiter leur responsabilité.

30

Toujours avant le déjeuner, préparez-vous à un examen approfondi des fonds propres, du « *credit bidding* » et du financement de la masse.

Concernant les fonds propres, attendez-vous à une expérience multiculturelle, puisque des intervenants des quatre coins d'Europe partageront avec vous leur point de vue néerlandais, français, allemand, anglais, tchèque et portugais sur ce thème et essayeront de répondre aux questions suivantes : « les questions de fonds propres ont-elles une incidence sur des droits particuliers ou constitutionnels, ou d'autres lois précises ? » et « au bout du compte, à qui appartient l'entreprise ? ».

Les projecteurs se tourneront ensuite sur le « *credit bidding* », ce « mécanisme permettant au créancier [gagiste] de se servir de sa créance comme outil de négociation dans le cadre d'un processus de vente concurrentiel⁶ ». Un groupe de travail expérimenté s'intéressera aux avantages et inconvénients de cette pratique et analyseront son utilisation en tant que mécanisme défensif permettant au créancier gagiste d'éviter une vente à bas prix et de contrôler le processus. Le groupe de travail cherchera également à savoir qui peut avoir recours à ce mécanisme dans le cas d'obligations ou de financements syndiqués. Il se pourrait qu'ils apportent enfin la réponse aux innombrables problèmes que les praticiens rencontrent tous les jours.

⁶ Source : <http://www.blakes.com/French/Resources/Bulletins/Pages/Details.aspx?BulletinID=262> (N. de la T.).

Plus tard dans la journée, la séance de l'après-midi passera au thème de l'insolvabilité, en commençant par les perspectives européennes et la progression de l'harmonisation, sur la base du règlement du Conseil (CE) n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité. Les procédures de pré-insolvabilité ne seront pas pour autant négligées.

Le groupe de travail s'intéressera ensuite aux sujets d'actualité pour les mandataires de l'insolvabilité et s'interrogera sur ce qui arrivera à l'avenir. En d'autres termes, il ne se contentera pas de poser des questions, mais répondra aux doutes du public, et un groupe d'experts de l'insolvabilité expliquera la résiliation des conventions de crédit à la suite d'une insolvabilité.

Le dernier jour du Congrès annuel, les participants seront accueillis par les co-présidents qui démarreront la journée par leurs remarques liminaires, avant d'écouter l'intervenant principal du jour, Vitor Bento, économiste portugais. Divers aspects de la CNUDCI, la commission chargée de formuler et de réglementer le commerce international en coopération avec l'Organisation mondiale du commerce, et ses travaux sur l'insolvabilité seront abordés avant la présentation du rapport d'INSOL International.

Avant la fin de la journée et du Congrès annuel, des réponses importantes seront trouvées, car nous savons tirer un enseignement des erreurs : ce sont des occasions à saisir pour les économies périphériques, puisque les participants sauront mieux comment les économies en croissance peuvent éviter de tomber dans les pièges du passé. S'il est un sujet que le Congrès ne pouvait pas éviter de traiter, c'est bien celui des opérations sur titres d'emprunt, à savoir l'achat de portefeuilles de prêts et les opérations sur les titres décotés. Pour clôturer la matinée, nous poserons une toute dernière question : que se passe-t-il si le mandataire de l'insolvabilité est acculé et que tout va mal ? Les réponses devraient être instructives, puisque le dernier groupe de travail de haut niveau saura certainement trouver la façon de lever toutes les incertitudes restantes.

Comme toujours, le Congrès annuel d'INSOL Europe promet d'être de la qualité à laquelle ses membres se sont accoutumés et qui fait de chacune des manifestations de notre association une expérience remarquable.

**Eduardo Peixoto Gomes, Comité technique du Congrès annuel (Lisbonne)*

Pour en savoir plus concernant le Congrès annuel, rendez-vous sur notre site à l'adresse www.insol-europe.org/events

X X X

X

Conférence du Forum Universitaire 2016

Explorer les limites de l'approximation, de la convergence et de l'harmonisation

Anthon Verweij présente les thèmes qui seront débattus lors de la prochaine conférence annuelle du Forum universitaire*

L'harmonisation consécutive du droit de l'insolvabilité en Europe a longtemps été considérée comme un objectif inatteignable.

Il y a juste à peine plus de trois ans, le professeur Paul Omar déclarait : « 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 [...] ⁷. » La quête d'harmonisation au sein de l'Union européenne est longue et semée d'embûches. Les législateurs nationaux ont farouchement résisté aux propositions d'approximation matérielle de leurs règles nationales en matière d'insolvabilité. Ce manque d'empressement de la part des États membres peut s'expliquer si l'on tient compte des différentes attitudes nationales envers le phénomène de l'insolvabilité, ainsi que des conséquences sociales et juridiques pour les débiteurs ⁸.

Le débat concernant l'harmonisation matérielle semble néanmoins revigoré et a gagné de l'ampleur ces dernières années. Diverses institutions ont reconnu le besoin d'harmonisation matérielle dans des domaines essentiels du droit de l'insolvabilité. Le Rapport d'INSOL Europe de 2010, bien que consacré à la révision du règlement européen sur l'insolvabilité, préconisait d'envisager une harmonisation matérielle dans divers domaines du droit de l'insolvabilité, notamment concernant les critères d'ouverture des procédures, la production et la vérification des créances, la suspension des créances, les règles concernant le rang et les priorités des créanciers, les actions en annulation, la responsabilité des dirigeants et les qualifications des praticiens de l'insolvabilité ⁹. Ces propositions ont dans une certaine mesure été retenues par le Parlement européen, qui a reconnu qu'il était difficile de créer un « organe chargé des règles du droit matériel en matière d'insolvabilité au niveau de l'UE, » tout en admettant l'opportunité d'une harmonisation « souhaitable » dans plusieurs des grands domaines suggérés ¹⁰.

Depuis 2012, la Commission européenne a étudié la question de savoir s'il était souhaitable de procéder à l'approximation de certains domaines du droit de l'insolvabilité. À cet égard, la Commission européenne a récemment mis sur pied un groupe d'experts spécialistes de la restructuration et de l'insolvabilité. Ce groupe, qui a débuté ses travaux en janvier 2016, est chargé de conseiller la direction générale Justice et Consommateurs dans la formulation de règles minimales tendant à un droit de l'insolvabilité et de la restructuration renouvelé et harmonisé dans l'Union européenne.

⁷ P. J. Omar [2012], « Lois européennes sur l'insolvabilité : convergence ou harmonisation ? », *eurofenix*, printemps 2012, p. 21.

⁸ I. F. Fetcher [2005] « *Insolvency in Private International Law National and International Approaches* », Oxford Private International Law Series, Oxford : Oxford University Press, p. 4.

⁹ INSOL Europe [2010] *Harmonisation du droit de l'insolvabilité au niveau de l'UE*.

¹⁰ K. H. Lehne [2011] « Rapport contenant des recommandations à la Commission sur les procédures d'insolvabilité dans le cadre du droit européen des sociétés » (document A7-0355/2011).

Au programme

Au vu de ces développements, le thème de la conférence du Forum universitaire d'INSOL Europe de cette année, à savoir « Harmonisation du droit européen de l'insolvabilité », est parfaitement approprié. Lors de la séance de la conférence consacrée au « Rang des créanciers en cas d'insolvabilité : approches possibles et obstacles à l'harmonisation », le professeur Gerry McCormack, de l'université de Leeds, le professeur Ignacio Tirado, de l'université autonome de Madrid, et Paolo Castagna, d'UniCredit, partageront leurs idées sur la faisabilité et l'opportunité d'une harmonisation à cet égard, en étudiant divers points de vue. En outre, la « Séance Shakespeare Martineau sur la qualification, la réglementation et la rémunération des mandataires de l'insolvabilité » abordera la question de l'harmonisation des qualifications des praticiens de l'insolvabilité en Europe.

Au cours d'une autre séance consacrée aux « Enjeux des cadres de restructuration préventive », les questions en lien avec l'harmonisation des procédures de restructuration en Europe seront discutées par le professeur Catarina Serra, de l'université de Minho, le professeur Bob Wessels, de l'institut Max Planck (Luxembourg), le professeur Stephan Madaus, de l'université Martin Luther (Halle-Wittenberg), et Samantha Renssen, de l'université de Maastricht. La conférence se terminera par le traditionnel « Cours Shakespeare Martineau », qui sera dispensé cette année par Ignacio Sancho, de la Cour suprême d'Espagne.

Au cours de la conférence, divers aspects de l'harmonisation matérielle seront évoqués et comparés afin de remettre en question et de stimuler la faisabilité et l'opportunité de l'approximation, de la convergence ou de l'harmonisation du droit de l'insolvabilité en Europe. L'échantillon de pays représentés par les intervenants donnera à cette manifestation un parfum véritablement international et comparatif, ce qui est tout à fait approprié au vu du lieu où elle se tiendra, dans une ville d'où Vasco de Gama, l'explorateur portugais, est parti à la conquête des Indes, reliant pour la première fois l'Europe et l'Asie par la voie maritime. La conférence annuelle du Forum universitaire d'INSOL Europe à Lisbonne marquera, nous l'espérons, le lancement de l'exploration de l'harmonisation du droit européen de l'insolvabilité.

Nous sommes impatients de vous y voir !

**Anthon Verweij, Secrétaire du Forum universitaire d'INSOL Europe*

Pour en savoir plus sur le programme de la conférence, rendez-vous sur la page de l'événement du Forum universitaire, à l'adresse www.insol-europe.org/academic-forum-events

x x x

x

RUSSIE

La restructuration est-elle possible en Russie ?

Sergueï A. Trechshev étudie la nouvelle législation russe sur l'insolvabilité et se demande si la réorganisation est possible pour les débiteurs russes*

En Russie, la principale loi qui traite de l'insolvabilité est la loi fédérale n° 127-FZ du 26 octobre 2002, « De l'insolvabilité » (la « Loi »), qui a connu pas moins d'une cinquantaine d'amendements au cours de ces quatorze dernières années.

La Loi traite de la réorganisation pré-insolvabilité et des procédures formelles d'insolvabilité, notamment de la réorganisation. Depuis la crise de 1998, les tribunaux de commerce sont devenus très expérimentés dans le domaine de l'insolvabilité.

À qui revient la décision d'ouvrir une procédure d'insolvabilité ?

En vertu de l'article 7 de la Loi, le débiteur, un créancier et des tiers autorisés à cet effet (par exemple les autorités fiscales) ont la faculté de déposer une demande de déclaration d'insolvabilité du débiteur, mais aussi les salariés du débiteur (anciens ou courants) titulaires de créances correspondant à des salaires ou à des indemnités de licenciement.

Un créancier, les salariés du débiteur et les tiers autorisés peuvent saisir le tribunal s'agissant d'obligations financières à compter de la date à laquelle une décision de justice concernant le remboursement de dettes ou une décision d'exécution de sentences arbitrales concernant le recouvrement de dettes auprès du débiteur devient définitive.

Un créancier bancaire peut saisir le tribunal à compter de la date à laquelle le débiteur commence à montrer des signes d'insolvabilité. Conformément à l'article 3 de la Loi, un débiteur est réputé montrer des signes d'insolvabilité dès lors qu'il est incapable d'honorer ses dettes, de payer les indemnités de licenciement ou les salaires de ses salariés et/ou d'effectuer des versements statutaires, si la personne concernée ne s'est pas acquittée de ses obligations dans les trois mois à compter de leur échéance.

Au moins quinze jours civils avant de saisir le tribunal, la banque doit publier un avis de son intention de demander que le débiteur soit déclaré insolvable, en inscrivant le débiteur au Registre fédéral unifié d'informations sur les activités des personnes morales.

Le débiteur a la possibilité de saisir le tribunal s'il prévoit son insolvabilité et s'il est clairement prouvé qu'il est dans l'incapacité de rembourser ses dettes, de payer des indemnités de licenciement et/ou des salaires ou des versements statutaires à leur date d'échéance.

Le plus haut dirigeant du débiteur est tenu de saisir le tribunal d'une demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité en particulier dans les cas suivants :

1. Le désintéressement d'un ou de plusieurs créanciers empêche le débiteur de rembourser ses dettes ou d'effectuer des versements statutaires et/ou de désintéresser intégralement ses autres créanciers ;

2. Une exécution forcée dirigée à l'encontre des biens du débiteurs risque d'aggraver sérieusement la situation du débiteur ou d'empêcher totalement la poursuite de son activité économique ; ou
3. Le débiteur montre les signes d'une cessation des paiements et/ou d'une insuffisance de biens.

La demande du débiteur doit être déposée auprès du tribunal dans les plus brefs délais, au plus tard dans le mois suivant la date de la survenue des circonstances en question.

Si, dans le cadre de sa liquidation volontaire amiable, un débiteur commence à montrer des signes d'insolvabilité, la commission de liquidation du débiteur est tenue de saisir le tribunal dans les dix jours à compter du moment où ces signes ont été détectés.

Qui contrôle la procédure ?

La procédure d'insolvabilité est contrôlée par un administrateur nommé par le tribunal sur la recommandation du débiteur ou des créanciers. Le principe du « premier arrivé, premier servi » s'applique encore.

Il est utile de rappeler plusieurs points importants :

1. Entre autres éléments de la demande du débiteur, celui-ci doit nommer un candidat aux fonctions d'administrateur provisoire chargé de la supervision, première étape de la procédure d'insolvabilité russe. Dans la pratique, l'administrateur provisoire nommé par le tribunal est généralement reconduit aux autres étapes de la procédure (par ex. administrateur externe) ;
2. L'administrateur provisoire est le dépositaire du registre des créances du débiteur ;
3. Seules les créances admises au titre d'une décision de justice (reconnue comme contraignante au sein de la Fédération de Russie) ou approuvées par le tribunal dans le cadre de la procédure d'insolvabilité peuvent être inscrites au registre des créances du débiteur ;
4. Selon la Loi, l'étape de supervision ne peut se prolonger au-delà de six mois ;
5. Lors de l'assemblée des créanciers, seuls les créanciers dont les créances sont inscrites au registre disposent d'un droit de vote ; et
6. L'impression générale, juste ou non, est que c'est la partie qui nomme l'administrateur provisoire qui exerce un contrôle de fait sur la procédure d'insolvabilité du débiteur, au moins lors de l'étape de supervision, à cause de l'influence qu'elle exerce sur le choix des créances inscrites au registre et accordant un droit de vote aux créanciers.

Pour ces raisons et d'autres encore, les créanciers sont actuellement fortement incités à entamer des actions en justice agressives à l'encontre des entreprises en difficulté, afin de garantir leur droit de vote lors des assemblées de créanciers et leur droit de proposer leur propre candidat aux fonctions d'administrateur provisoire.

Le débiteur peut-il se réorganiser ?

En théorie, la réponse est affirmative. Cependant, au vu de ce qui précède, il est manifeste que la Loi n'encourage pas, actuellement, la restructuration volontaire des dettes de façon à préserver la

poursuite des opérations des entreprises et les emplois. Actuellement, les intérêts des débiteurs et des créanciers ne sont pas équilibrés et ne permettent pas d'atteindre les meilleurs résultats.

Réorganisation amiable

En vertu de la Loi, en cas de signes d'insolvabilité, le plus haut dirigeant peut informer les propriétaires/les actionnaires habilités à convoquer une assemblée générale extraordinaire dans les dix jours suivant la date à laquelle le dirigeant a eu connaissance de ces signes.

Par conséquent, les propriétaires/actionnaires doivent prendre des mesures en temps utile pour éviter l'insolvabilité du débiteur et restaurer sa solvabilité. En particulier, ils peuvent apporter une assistance financière au débiteur afin de lui permettre de rembourser ses dettes, de payer les indemnités de licenciement et/ou les salaires de ses salariés, et d'effectuer des versements statutaires.

La réorganisation, étape de l'insolvabilité

Une fois l'étape de supervision arrivée à son terme, les créanciers peuvent demander et le tribunal ordonner soit (a) un rétablissement financier, soit (b) une administration externe.

Rétablissement financier

La procédure de rétablissement financier a été introduite en 2002 pour encourager la restructuration, mais elle n'a jamais été concrétisée. Le rétablissement financier peut durer jusqu'à vingt-quatre mois, ce qui semble insuffisant pour permettre le véritable redressement financier d'un débiteur. Bien que le rétablissement financier permette de maintenir en place la direction de l'entreprise, il n'est que rarement utilisé, voire jamais.

En effet, le problème est que l'une des conditions au rétablissement financier est qu'un tiers doit fournir une sûreté pour garantir le désintéressement intégral des créanciers conformément au plan de rétablissement financier et au calendrier de remboursement convenus.

Administration externe

L'objectif de l'administration externe est de restaurer la solvabilité du débiteur conformément à un plan élaboré par l'administrateur externe nommé par le tribunal et approuvé par l'assemblée des créanciers. L'administration externe doit être menée à terme dans un délai de dix-huit mois, délai qui peut être prolongé de six mois supplémentaires. L'administrateur externe est chargé de réunir et de gérer les biens du débiteur, d'évaluer sa situation financière, de préparer un plan d'administration externe en vue de l'approbation et de la mise en œuvre de tout plan approuvé par les créanciers inscrits du débiteur.

Contrairement à ce qui se passe dans le cadre du rétablissement financier, l'administrateur externe a pour mission principale d'assurer la poursuite de l'activité du débiteur, puisque la plupart des pouvoirs des dirigeants sont résiliés.

L'administrateur externe dispose d'un large pouvoir d'appréciation, mais il a besoin de l'approbation des créanciers inscrits du débiteur, titulaires de la majorité des créances inscrites, pour exécuter des opérations importantes, emprunter ou prêter de l'argent, etc.

Créanciers gagistes

En Russie, la Loi est moins favorable aux créanciers gagistes qu'aux créanciers chirographaires.

Les créanciers gagistes sont classés au troisième rang, de pair avec les créanciers chirographaires, mais le produit de la vente de leur sûreté est distribué comme suit :

1. 70 % (80 % dans le cas d'un prêt bancaire) sont appliqués au désintéressement de la créance du créancier gagiste (principal et intérêts), le solde étant déposé sur un compte bancaire distinct en tant que provision en vue du règlement de créances de rang supérieur (le cas échéant) ;
2. 20 % (15 % dans le cas d'un prêt bancaire) sont appliqués au désintéressement des créances de premier et deuxième rang dans le cas où les actifs non grevés ne suffisent pas à cet effet ; et
3. Le solde est appliqué aux paiements courants, dans le cas où les actifs non grevés ne suffisent pas à cet effet.

Si les actifs non grevés suffisent pour payer les créances de rang supérieur pour lesquelles une partie du produit de la vente a été constituée en provision et que des créances garanties ne sont pas entièrement désintéressées, le reste est appliqué aux créances garanties ; dans le cas contraire, il est affecté à l'ensemble des autres créances de troisième rang. Les créanciers gagistes peuvent introduire une procédure d'insolvabilité et disposent d'un droit de vote lors des assemblées de créanciers tenues au cours de l'étape de supervision, sans limitation, et au cours du rétablissement financier et de l'administration externe, à condition qu'ils renoncent au droit de réaliser la sûreté au cours de la procédure.

37

Dans le cas contraire, ils peuvent assister aux assemblées mais sans y voter. Toutefois, la capacité de réalisation n'est pas garantie. Un créancier gagiste peut saisir le tribunal pour demander l'autorisation de réaliser sa sûreté au cours de la procédure de rétablissement financier ou d'administration externe. Le tribunal peut autoriser une exécution forcée portant sur la sûreté si le débiteur est incapable de prouver que la perte de cet actif l'empêchera de restaurer sa solvabilité.

Créances prioritaires

En Russie, les salaires sont des créances de deuxième rang. Les créances de premier rang correspondent aux dommages-intérêts pour préjudice physique ou moral. Les créances de deuxième rang correspondent aux salaires, traitements, autres prestations salariales et redevances de droits d'auteur. Pour effectuer ces paiements, les administrateurs utilisent le produit de la cession des sûretés des créanciers et d'autres actifs du débiteur.

Par ailleurs, le paiement des traitements et salaires des salariés du débiteur est effectué sous la forme de « paiements courants », à savoir d'obligations financières nées après l'acceptation de la demande d'insolvabilité du débiteur.

Conclusion

Ainsi, en théorie, un débiteur russe a la faculté de se réorganiser. Cependant, au vu de ce qui précède, il est manifeste que la Loi n'encourage pas, actuellement, la restructuration volontaire des dettes de façon à préserver la poursuite des opérations des entreprises et les emplois. Actuellement, les intérêts des débiteurs et des créanciers ne sont pas équilibrés et ne permettent pas d'atteindre les

meilleurs résultats. Les créanciers sont actuellement fortement incités à entamer des actions en justice agressives à l'encontre des entreprises en difficulté, afin de garantir leur droit de vote lors des assemblées de créanciers et leur droit à proposer leur propre candidat aux fonctions d'administrateur provisoire.

**Sergueï A. Trechshev, Associé, Résolution des différends internationaux, Squire Patton Boggs, Moscou (Fédération de Russie)*

X X X

X

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.

Allemagne

Une société cinématographique évite la cessation d'activité grâce à un plan de restructuration

Le professeur Torsten Martini nous explique comment un opérateur de licences cinématographiques allemand a pu bénéficier d'un nouveau départ*

L'un des premiers opérateurs de licences cinématographiques d'Europe de l'Est, la société berlinoise A-Company, est sortie d'une procédure d'insolvabilité au bout d'un an, en mars 2016, avec un catalogue de plus de 440 films.

Le portefeuille d'A-Company comprend des films oscarisés, tels que *Le Discours d'un roi*, *Démineurs* et *The Reader*, ainsi que des grands succès tels que *Cloud Atlas*, *Shutter Island* et la franchise *Saw*. Avec un total de 42 millions d'euros au bilan en 2014, la société distribuait essentiellement ses films en Russie.

Au cours de la procédure, caractérisée par divers aspects internationaux et des questions complexes de concession de licences, la société a été maintenue en activité grâce à un plan d'insolvabilité présenté par le débiteur. Outre la restructuration de la société, le plan prévoyait que la société quitte le groupe international dont elle faisait partie. Les parts de l'actionnaire précédent ont été réduites et de nouvelles actions ont été émises en faveur d'un fonds d'investissement.

39

Opérations internationales

Cet opérateur international, exerçant ses activités sous l'égide de la société holding A-Company Filmed Entertainment AG, avait huit sociétés sœurs, dont sept se trouvaient à l'étranger et étaient elles aussi frappées d'insolvabilité.

L'auteur de cet article a été nommé administrateur de l'insolvabilité pour gérer les actifs d'A-Company Film Licensing International GmbH (« A-Company »), de son ancien actionnaire, A-Company Filmed Entertainment AG et de la société affiliée A-Company Filmproduktionsgesellschaft mbH.

En raison de problèmes de liquidité, A-Company, fondée en 2001, a demandé l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité auprès du tribunal local de Berlin-Charlottenburg le 18 février 2015.

L'auteur de cet article a été nommé administrateur provisoire sur proposition du débiteur. La procédure a débuté le 1^{er} mai. Le plan d'insolvabilité, présenté le 2 novembre 2015, avait été préparé par les avocats Oliver Damerius et Christoph Weber, du cabinet berlinois BBL, en étroite collaboration avec le cabinet de l'auteur.

Crise politique

Le passif d'A-Company s'élevait à 30 millions d'euros à la date de dépôt de sa demande, contre 80 000 euros de liquidités immédiates. En raison de la crise politique en Ukraine et de l'occupation russe en Crimée, la société avait rencontré des difficultés, puisque le marché de la télévision en

Russie et en Ukraine s'était effondré. La chute du rouble et l'inflation galopante avaient elles aussi entraîné une importante diminution de son chiffre d'affaires.

D'après le directeur général d'A-Company, Alexander van Dülmen, « les chaînes de télévision ont arrêté d'acheter [leur] programme. D'un jour à l'autre, la société a perdu son marché principal, la Russie, qui représentait 65 % de son chiffre d'affaires. » Les clients russes n'étaient plus en mesure de payer les redevances des films américains, payables en dollars des États-Unis à cause de l'énorme dévaluation, et les recettes de la société ont été réduites de 40 %. Par ailleurs, suite à des sanctions américaines, un investisseur américain potentiel s'est retiré des négociations de refinancement.

Contrats de licence

La plus grande difficulté de la procédure d'insolvabilité était liée à la situation délicate des contrats de licence, puisque A-Company était à la fois licencié et concédant, et que ses activités étaient tournées vers le marché international.

Compte tenu de la législation allemande sur l'insolvabilité, le maintien en vigueur des contrats de licence est déjà très problématique au niveau national. Dans cette affaire, la situation était encore plus compliquée puisque la majorité des concédants était située aux États-Unis et que les contrats correspondants étaient régis par le droit des États-Unis, tandis que la majorité des licenciés, en tant que parties contractuelles, venait d'Europe de l'Est et plus particulièrement de Russie.

Les formalités prévues par le droit des licences et le contexte international ont exercé une influence considérable sur deux aspects de la procédure en particulier : la mission de médiation, s'agissant des prétentions en conflit, et la mission de maintien du catalogue de films sous licence.

D'une part, les concédants américains ont fait valoir des prétentions à l'encontre du débiteur, qui avait prétendument déjà cédé ses créances dérivées de contrats de sous-licence à des banques russes, entre autres. La masse ne pouvait pas prétendre au produit de cette cession (exception faite d'une participation aux frais) ; en outre, il n'était pas certain que les banques ou les studios de Hollywood y aient droit non plus, à cause des conflits internationaux entre régimes juridiques. Au moyen de décisions d'interdiction, le produit des cessions avait déjà été recouvré au cours de la procédure provisoire. Cependant, il fallait encore répondre à des questions de cessions multiples, de droit étranger, de reconnaissances hors d'Allemagne et de participation aux frais.

Par ailleurs, la valeur économique principale de l'entreprise résidait dans les licences cinématographiques. Dès le départ, les parties concernées avaient dû écarter la possibilité d'une restructuration faisant appel à des opérations sur actifs : les licences multiformes auraient nécessité un contrat distinct par licence, ce qui aurait été quasiment impossible à réaliser.

Un transfert n'aurait pu intervenir qu'avec le consentement de tous les concédants. L'obtention de leur consentement dans chaque cas aurait entraîné des difficultés de coordination majeures, sans la moindre garantie de succès. Les concédants étaient majoritairement des producteurs de cinéma de Hollywood. Les licenciés, pour leur part, étaient pour la plupart des opérateurs cinématographiques et des chaînes de télévision situés en Russie, en Pologne, en République tchèque, en Hongrie et dans d'autres États d'Europe de l'Est.

Un catalogue bien fourni

Afin de déterminer si l'exploitation du catalogue de licences pour la durée restante des licences était une alternative possible au plan d'insolvabilité, l'équipe de l'auteur a invité un agent en propriété intellectuelle allemand à examiner le catalogue et à formuler une offre pour son exploitation pendant que la procédure se poursuivait sous l'administration de l'auteur, jusqu'à la fin de la durée de chaque licence.

Par conséquent, dans un sens ou dans l'autre, le maintien de l'entité et des licences qui lui avaient été concédées était la façon la plus prometteuse d'aller de l'avant. Des accords ont été pré-négociés avec les principaux partenaires et diverses créances contestées ont été réglées à l'unanimité. Le dialogue intense entre les créanciers, le cabinet de l'auteur, la direction et l'équipe de BBL ont permis de préserver la confiance des concédants internationaux et d'éviter la résiliation des licences dans la plupart des cas. Les activités se sont poursuivies tout du long sans la moindre restriction.

Plan d'insolvabilité

Au bout du compte, le débiteur et ses conseillers ont convaincu les créanciers de l'efficacité du plan d'insolvabilité en leur expliquant précisément en quoi il représentait le moyen le plus viable, du point de vue financier, pour aller de l'avant, non seulement en comparaison avec l'offre d'exploitation mais aussi par rapport au passif et aux créances contestées.

Le plan d'insolvabilité a été accepté par les créanciers et homologué par le tribunal le 3 décembre 2015. Enfin, le tribunal de l'insolvabilité a clôturé la procédure d'insolvabilité le 25 janvier 2016.

41

Outre la restructuration d'A-Company Film Licensing International GmbH, le plan d'insolvabilité prévoyait que la société quitte le groupe A-Company en réduisant la participation de l'ancien propriétaire, A-Company Filmed Entertainment AG, et en émettant de nouvelles actions en faveur de l'investisseur, Colchis GmbH. Sans cette mesure qui relevait du droit des sociétés, la restructuration aurait été considérablement entravée.

Colchis prévoit de continuer à exploiter le catalogue de films existant. La clôture rapide de la procédure d'insolvabilité était une condition préalable obligatoire à la poursuite de l'exploitation du catalogue de films existant. Alexander van Dülmen est resté directeur général d'A-Company, entretenant des relations d'affaires étroites avec son équipe en Europe de l'Est. En dépit de la procédure d'insolvabilité, les principaux salariés n'ont pas été licenciés. S'agissant de la Russie, la direction prévoit un redressement du marché. D'après Alexander van Dülmen, la société évitera certains frais généraux en délocalisant la distribution à A-Company Hongrie. Par ailleurs, la direction prévoit de faire l'acquisition de nouveaux films avec le soutien d'une société sœur.

**Pr Torsten Martini, associé gérant, Leonhardt Rattunde, Berlin (Allemagne)*

X X X
X

France

Réforme du Code civil français

Catherine Ottaway et Georges-Louis Harang s'intéressent au droit des procédures collectives et au droit des contrats dans le cadre de la réforme du Code civil français, entrant en vigueur le 1^{er} octobre 2016.

Après des années de discussions, le chapitre concernant les « Contrats », inséré dans le Code civil (le « Code ») depuis 1804, a été entièrement et substantiellement réformé par l'Ordonnance du 10 février 2016¹¹ (la « Réforme »).

L'objectif est d'améliorer le droit des contrats français afin:

- (i) d'introduire la plupart de la jurisprudence développée ces dernières décennies pour que le Code corresponde au droit en vigueur (ceci étant dénommé la « codification ») ;
- (ii) de moderniser le droit des contrats pour renforcer son efficacité économique et son attractivité ; et
- (iii) d'introduire de nouveaux concepts dans le droit des contrats, à ce jour inconnu du droit civil et du droit commercial français.

Par conséquent, tous les articles régissant le « contrat » dans le Code sont modifiés, pas seulement leur numérotation (afin de les organiser dans un ensemble plus cohérent), mais également leur contenu.

De nouveaux articles ont été ainsi rédigés et la nouvelle législation entrera en vigueur le 1^{er} octobre 2016. Néanmoins, les contrats conclus avant le 1^{er} octobre 2016 resteront soumis à l'ancien droit des contrats, ce qui signifie que durant les années à venir deux législations différentes se côtoieront.

Parmi les (r)évolutions, sans être exhaustif, la Réforme:

- (i) admet la théorie de l'imprévision ;
- (ii) introduit dans le Code le concept de déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties (dans les contrats d'adhésions et non plus seulement dans le Code de consommation), ou
- (iii) supprime de précédents concepts (telle que la cause, caractéristique essentielle de l'« ancien » droit des contrats français).

Les praticiens feront face, par conséquent, à de nouveaux défis dans leur pratique quotidienne.

Cette Réforme pourrait impacter d'autres droits dans la mesure où le droit civil innervé tous les pans du droit. Nous pouvons également nous attendre à des interférences de ce droit dans le droit des procédures collectives, notamment en ce qui concerne l'une des principales innovations de l'Ordonnance, celle relative à la « *théorie de l'imprévision* », « *the unforeseeability doctrine* », introduite dans le Code.

La reconnaissance de la théorie de l'imprévision en droit civil

¹¹ Texte de loi adopté sans débat devant le Parlement.

La Cour de cassation refusait d'adopter, de réviser ou de résilier un contrat en raison d'un déséquilibre provenant d'un changement soudain et imprévu – non prévu par les parties – dans les conditions économiques existantes au jour de la conclusion du contrat, sur le fondement du principe inscrit dans l'article 1134 du Code selon lequel les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont fait.

La Réforme propulse le droit civil français dans une nouvelle ère de la force obligatoire du contrat dès lors que les parties auront la faculté de renégocier le contrat lorsque des circonstances imprévisibles surviennent et d'insérer dans le contrat des clauses de hardship¹² afin d'organiser les conditions de renégociations. Par conséquent, les parties pourront remettre en question la force obligatoire de leur contrat, sauf en cas de clause contraire.

Le nouvel article 1195 du Code dispose que:

« Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe. »

Le changement est également fondamental dès lors que le précédent principe supposait notamment la non-intervention du juge dans le contrat. A partir du 1^{er} octobre 2016, un juge sera en mesure d'interférer dans le contrat conclu entre les parties après cette date.

43

En effet, à partir du 1^{er} octobre 2016, un contrat pourra être révisé ou résilié pour cause de circonstances imprévisibles le rendant trop onéreux pour une partie ne lui permettant pas de remplir ses obligations.

Les parties qui ne seraient pas d'accord pour réviser ou résilier d'un commun accord peuvent désormais solliciter un juge aux fins de modifier ou de résilier le contrat.

Les parties peuvent également interdire, dans leur contrat, les clauses de hardship afin d'empêcher cette éventualité et ainsi, maintenir la force obligatoire de leur contrat en toutes circonstances.

Cette innovation pourrait-elle avoir des répercussions en droit des procédures collectives et, dans ce cas, celle-ci modifierait-elle les règles régissant les procédures d'insolvabilité ?

Les éventuelle conséquences de la théorie de l'imprévision sur les procédures de sauvegarde

Parmi les différentes procédures d'insolvabilité et en considération de leur critère d'application, nous pouvons nous interroger sur le fait de savoir si la Réforme et la théorie de l'imprévision pourrait avoir une conséquence dans le cadre des procédures de sauvegarde (Articles L 620-1 et suivants du Code de commerce).

¹² Auparavant, seulement admises ans les contrats internationaux.

Une procédure de sauvegarde peut être ouverte par le Tribunal de commerce :

« [...] sur demande d'un débiteur mentionné à l'article L. 620-2 qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter. Cette procédure est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif [...] »

Par conséquent, les circonstances imprévisibles ou toutes difficultés économiques à l'égard desquelles une partie ne peut faire face est une condition commune et prévue tant par l'Article 1195 du Code que par l'Article L 620-1 du Code de commerce.

Lorsque les principales difficultés d'une société proviennent du contrat, la société potentiellement défaillante aura désormais le choix entre :

- Essayer de renégocier le contrat, sous la supervision du Juge, si nécessaire, sans préjudice de la résiliation du contrat ; ou
- Solliciter l'ouverture d'une procédure de sauvegarde et bénéficier des règles légales de protection y afférentes, telle que l'arrêt des poursuites individuelles et la poursuite des contrats en cours.

Lequel devrait prévaloir ?

Certains auteurs¹³ ont développé des arguments en faveur et contre une procédure plus qu'une autre, arguant de ce que :

- D'un côté, dans le cadre d'une clause de hardship, les parties ont contractuellement stipulé la possibilité de renégocier le contrat et, ainsi, imposé que la seule voie admise serait la révision du contrat pour cause de difficultés économiques, non l'ouverture d'une procédure de sauvegarde (si la société n'est pas en état de cessation des paiements) ;
- De l'autre côté, le choix entre l'Article 1195 et l'Article L 620-1, en cas de difficultés économiques, devrait appartenir au cocontractant y faisant face. Ce choix serait nécessaire dès lors que les délais pour agir en application de l'Article 1195 et de l'Article L 620-1 sont différents. La procédure de sauvegarde sera ouverte rapidement si les conditions sont remplies, alors que la révision du contrat, en application de l'Article 1195, prendra du temps dans la mesure où les parties devront discuter et trouver un accord, ou saisir le Juge, et ceci pourrait prendre des mois avant d'obtenir une décision. Les conséquences pourraient être lourdes dès lors que, sans une ouverture rapide de la procédure de sauvegarde, une société pourrait être jugée en état de cessation des paiements et, ainsi, serait exclue des mesures prévues pour réorganiser son activité sous protection ; raison pour laquelle l'option devrait rester ouverte entre l'application de l'Article 1195 ou celle de l'Article L 620-1.

44

Par ailleurs, du fait de la Réforme, existe-t-il un risque de détournement de la procédure de sauvegarde ? Est-ce que la partie en difficulté économique va essayer de faire pression sur son cocontractant pour négocier le contrat en menaçant l'autre partie de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde la concernant, en jouant du choix qui lui est désormais offert ?

¹³ Par exemple, voir l'article de Philippe Delebecque, Bulletin Joly *Entreprises en Difficulté*, 1^{er} mai 2016, n° 3, page 209.

Plus qu'un moyen de protection par l'ouverture d'une procédure de sauvegarde et de ses règles impératives afin de réorganiser ses activités, la co-existence de la procédure de sauvegarde et de la théorie de l'imprévision, fondée sur les mêmes conditions, peut-être un argument de négociation, en utilisant la première au profit de la seconde.

Toutefois, alors que la renégociation prévue par la Réforme sera semi-confidentielle (entre les parties et en impliquant un juge, le cas échéant), la procédure de sauvegarde reste une procédure connue du public, ce qui pourrait conduire à d'autres difficultés.

Cet inconvénient potentiel pourrait être limité par l'utilisation, dans un premier temps, de la procédure de « *Mandat ad hoc* », qui est une médiation confidentielle entre les parties, avec l'aide d'un administrateur nommé par le Tribunal de commerce.

Conclusion

Est-ce que la Réforme est susceptible de remettre en question les procédures de prévention et la manière dont les praticiens envisageaient le traitement de ces procédures jusqu'à aujourd'hui ?

Étant donné que les nouveaux articles du Code sont définitivement rédigés, les interactions entre le nouveau droit des contrats et le droit des procédures collectives peuvent désormais être effectivement envisagées, en particulier en ce qui concerne la théorie de l'imprévision, sous couvert de ce que la jurisprudence va définir et limiter dans un avenir proche.

x x x
x

45

Luxembourg

Les nantissements luxembourgeois mis à l'épreuve de la procédure d'insolvabilité : dix ans de jurisprudence

Mathilde Lattard revient sur dix ans de jurisprudence, alors que les nantissements luxembourgeois sont mis à l'épreuve de la procédure d'insolvabilité et des mesures provisoires et conservatoires*

La pierre angulaire de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière, telle que modifiée¹⁴ (la « Loi »), est que les procédures d'insolvabilité, saisies ou autres mesures similaires ne sont pas applicables aux contrats de garantie (article 20(4) de la Loi).

La Loi couvre une large gamme de mesures de réorganisation et de procédures de liquidation qui, collectivement avec les diverses mesures de saisie, de confiscation ou autres mesures prévues par

¹⁴ La Loi transposait la directive 2002/47/CE du Parlement Européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière. Depuis 2005, la Loi a été modifiée une fois, par la loi du 20 mai 2011.

la Loi (article 19, point b), seront dénommées « procédures d'insolvabilité » pour les besoins du présent article, sauf si le contexte exige le contraire.

La *ratio legis* de l'article 20(4) de la Loi est claire : créer une sécurité juridique pour les contrats de garantie financière entrant dans son champ d'application. Les contrats de garantie financière luxembourgeois, et en particulier les nantissements, ont ainsi trouvé leur place dans la plupart des opérations financières internationales faisant intervenir des sociétés luxembourgeoises.

Cela n'a pas empêché les premiers différends de survenir à la suite de la crise financière de 2008.

Une analyse financière de la jurisprudence luxembourgeoise de ces dix dernières années confirme la primauté des nantissements sur les procédures d'insolvabilité (1), à condition qu'il n'y ait pas de fraude (2).

Primauté des nantissements sur les procédures d'insolvabilité

Insolvabilité du créancier gagiste

Une banque luxembourgeoise, admise à la procédure de cessation des paiements, avait porté son affaire devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg (le « Tribunal »), concernant la faculté, pour la banque, d'exécuter un nantissement qui avait été donné en sa faveur¹⁵.

Le Tribunal a reconnu que les conditions d'exécution du nantissement étaient remplies. Il a ensuite rappelé que les dispositions régissant les mesures de réorganisation (telles que la cessation des paiements) n'étaient pas applicables aux contrats de garantie financière et n'empêchaient donc pas leur exécution. Le Tribunal a par conséquent conclu que la banque pouvait exécuter le nantissement conformément à l'acte de nantissement.

Cette position a été confirmée lorsque la direction d'une autre banque, elle aussi admise à la procédure de cessation des paiements, a demandé si elle pouvait exécuter des nantissements régis par la Loi¹⁶. Le Tribunal a refusé de confirmer la possibilité, pour cette banque, d'exécuter ces nantissements, car il considérait que les dispositions de l'article 20(4) étaient claires, à savoir que la banque pouvait exécuter un nantissement sans demander si une procédure de cessation des paiements l'empêchait de procéder à cette exécution.

Insolvabilité du constituant du gage

Une société avait donné les actions qu'elle possédait dans l'une de ses filiales directes en nantissement en faveur d'une banque¹⁷. Lorsque le groupe auquel la société emprunteuse a rencontré des difficultés financières, la banque a exécuté les nantissements en vendant les actions données en nantissement. Deux mois plus tard, la société emprunteuse a été déclarée insolvable au Luxembourg. L'administrateur judiciaire a déposé une demande auprès du Tribunal pour que la cession des actions données en nantissement soit déclarée nulle et non avenue.

Ses arguments ont été rejetés par le Tribunal, qui a rappelé une fois de plus que les dispositions légales en matière d'insolvabilité étaient expressément exclues par la Loi, ce qui empêchait l'administrateur de les invoquer pour contester le contrat de cession des actions données en nantissement.

¹⁵ Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 29 octobre 2008, n° 1314/08.

¹⁶ Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 31 octobre 2008, n° 1349/08.

¹⁷ Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 16 novembre 2012, n° 1802/2012.

L'absence d'effet des procédures d'insolvabilité sur les contrats de garantie financière doit être rapprochée du mécanisme des droits de sûreté réelle prévus par le règlement sur l'insolvabilité¹⁸.

L'article 8.1 du règlement sur l'insolvabilité¹⁹ dispose que, par dérogation au champ d'application universel du droit applicable sur le lieu d'ouverture de la procédure d'insolvabilité principale, l'ouverture de cette procédure n'affecte pas le droit réel d'un créancier ou d'un tiers sur des biens corporels ou incorporels, meubles ou immeubles, appartenant au débiteur et qui se trouvent, au moment de l'ouverture de la procédure, sur le territoire d'un autre État membre. L'article 8.1 doit être lu à la lumière de l'article 8.4, qui dispose que les actions en nullité, en annulation ou en inopposabilité restent soumises à la *lex concursus*, à moins que l'acte dont découle le droit réel en question ne soit soumis au droit d'un État membre autre que celui de l'État d'ouverture de la procédure et que le droit de cet État membre ne permette par aucun moyen d'attaquer l'acte en question (article 16 du règlement sur l'insolvabilité). Comme l'a rappelé le Tribunal, l'objet de la Loi est de protéger les contrats de garantie financière contre l'insolvabilité, afin de tirer profit de l'exception ci-dessus.

Le Tribunal a ensuite déclaré qu'il restait deux protections : la responsabilité civile en cas d'actes frauduleux et les dommages-intérêts si la cession ne se déroulait pas dans des conditions commercialement raisonnables et en conformité avec la Loi.

Insolvabilité d'un constituant du gage étranger

En 2014, le Tribunal s'est déclaré compétent pour statuer sur les conditions d'exécution d'un nantissement alors que le constituant du gage faisait l'objet d'une procédure d'insolvabilité en Espagne²⁰.

Les nantissements mis à l'épreuve de la saisie

Dans ce cas, le Tribunal a été saisi d'une demande de restitution des actions données en nantissement saisies suite à une action internationale.

Le Tribunal a rappelé que l'article 20(4) de la Loi conférait expressément à celle-ci la caractéristique d'une règle d'ordre public et que la saisie ne faisait pas obstacle à l'exécution du nantissement.

Les nantissements mis à l'épreuve de l'administration judiciaire

Un créancier gagiste au titre d'un nantissement d'actions avait exécuté le nantissement conformément à l'acte correspondant, en vendant les actions litigieuses d'un commun accord dans le premier cas²¹, et en faisant l'acquisition des actions données en nantissement dans le second cas²².

¹⁸ Règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte), réformant le règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité. Le règlement (CE) no 1346/2000 continuera de s'appliquer aux procédures d'insolvabilité relevant de son champ d'application et qui ont été ouvertes avant le 26 juin 2017. Les dispositions du règlement (CE) n° 2015/848 sont applicables aux procédures d'insolvabilité ouvertes postérieurement au 26 juin 2017.

¹⁹ À l'époque de la décision susmentionnée du 16 novembre 2012, il s'agissait de l'article 5.1 du règlement sur l'insolvabilité dans sa version du 29 mai 2000. L'article 5.1 du nouveau règlement n'a pas été modifié.

²⁰ Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 29 janvier 2014.

²¹ Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 23 décembre 2009.

²² Cour d'appel du Luxembourg, 3 juin 2009, Kaupthing Bank Luxembourg S.A.

Dans les deux cas, le constituant du gage a essayé d'éviter l'exécution en demandant que les actions en question soient placées en mains tierces. Dans le premier cas, le tribunal de première instance a accueilli favorablement la demande, tandis que la Cour d'appel a infirmé sa décision au motif que les actions données en nantissement ayant été reprises par le créancier conformément à l'acte de nantissement, leur propriété n'était pas contestable et le tribunal de première instance n'était pas habilité à les placer en mains tierces. Cette position a été confirmée par le Tribunal dans le deuxième cas.

Les nantissements mis à l'épreuve de la procédure de référé

En première instance, le Tribunal a ordonné la suspension des effets d'une exécution, suivant un raisonnement en deux étapes. Premièrement, le Tribunal a déclaré que si, en vertu de l'article 20(4) de la Loi, certaines dispositions, notamment celles relatives aux procédures d'insolvabilité, ne s'appliquaient pas aux contrats de garantie financière, cet article ne disposait pas que les règles dérivées du droit des obligations et les règles de protection des consommateurs ne s'y appliquaient pas. Deuxièmement, le Tribunal a jugé que les conditions d'urgence étaient remplies : l'exécution du nantissement et l'appropriation, par la banque, des actifs données en nantissement auraient pu causer un préjudice au constituant du gage. Le Tribunal a ensuite ordonné la suspension de l'exécution.

La Cour d'appel²³ a annulé cette décision : une banque peut engager sa responsabilité si elle commet des erreurs dans l'exécution du nantissement, mais l'exécution du nantissement en soi ne peut être suspendue dans le cadre d'une procédure de référé²⁴.

Fraude

Dans sa décision du 10 juillet 2013²⁵, le Tribunal a ordonné la restitution d'actions données en nantissement qu'une banque s'était appropriées, au seul motif que la banque avait commis un acte frauduleux²⁶. En l'espèce, une banque avait exécuté un nantissement moins d'une heure après la signature de l'acte de nantissement. Le Tribunal a ordonné la restitution des actions données en nantissement, considérant que l'exécution du nantissement était frauduleuse.

La fraude serait donc la seule circonstance dans laquelle un tribunal accepterait d'annuler les effets de l'exécution d'un nantissement. En l'absence de fraude, le seul recours consisterait en un dédommagement pour non-respect des conditions contractuelles d'exécution d'un nantissement. Ces dix ans de jurisprudence montrent clairement la primauté des nantissements luxembourgeois, dont la seule limite est la fraude du créancier gagiste.

**Mathilde Lattard, Associée, Dentons Luxembourg*

²³ Cour d'appel du Luxembourg, 3 novembre 2010.

²⁴ Position confirmée dans la décision du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 8 décembre 2010 et dans sa décision prononcée en référé le 15 juillet 2015.

²⁵ Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 10 juillet 2013, n° 1089/13.

²⁶ La décision du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 10 juillet 2013 a été largement commentée. Voir ALJB, *Bulletin droit et banque* n° 54, décembre 2014 et *Sûretés et Garanties financières. Le droit et la morale*, Daniel Boone, *Jurisnews Droit des sociétés*, vol. 6, n° 9-10/2013.

Slovaquie

Entreprise en crise : un nouveau concept juridique en Slovaquie

Dávid Oršula et Filip Takáč se demandent si ce nouveau concept sera propice à un meilleur environnement commercial*

Crise de la quarantaine, crise du couple... Comme si cela ne suffisait pas, en Slovaquie, les entreprises ont désormais leur propre crise. Un concept juridique totalement inédit, l'« entreprise en crise », a été introduit en droit slovaque. D'après la loi, toute société à responsabilité, société anonyme ou société en commandite simple, dont l'associé commanditaire n'est pas une personne physique, peut se trouver en situation de « crise ».

Une entreprise est en crise : (i) si elle est insolvable ou (ii) si elle risque de le devenir.

(1) Insolvabilité

Manifestement, une entreprise débitrice (personne morale) est insolvable dès lors qu'elle est a) en état de cessation des paiements ou b) surendettée :

- a) Une personne morale insolvable est une entreprise qui n'est pas capable d'honorer au moins deux obligations financières vis-à-vis de plusieurs créanciers trente jours à compter de leur échéance.
- b) Une personne morale surendettée est une entreprise à laquelle la loi impose de tenir des comptes, qui a plus d'un créancier et dont le passif est supérieur à l'actif²⁷. Dans l'évaluation du surendettement, *le montant des dettes envers des parties affiliées n'est pas pris en compte.*

(2) Risque d'insolvabilité

Une entreprise risque de devenir insolvable si le rapport entre le montant net de ses fonds propres et ses dettes est inférieur à 4 %. Ce ratio s'applique en 2016. Les années suivantes, ce ratio augmentera graduellement, pour atteindre 6 % en 2017 et 8 % à partir de 2018. Le ratio d'endettement de l'entreprise est calculé à partir de sa comptabilité.

L'organe statutaire est tenu au quotidien de contrôler la valeur des fonds propres et des dettes de l'entreprise et de déterminer si l'entreprise est en crise. *Cette obligation est de nature permanente.* Pour des raisons pratiques, nous recommandons de contrôler ces valeurs au moins une fois par mois.

Conséquences d'une crise

Si une entreprise est en crise, cela entraîne des conséquences pour les organes statutaires ainsi que pour l'entreprise elle-même. Si l'organe statutaire (directeur général, conseil d'administration) détermine ou, au vu de l'ensemble des faits, devrait déterminer que l'entreprise est en crise, les

²⁷ Toute personne surendettée doit déclarer son insolvabilité dans les trente jours suivant la date à laquelle elle en a connaissance ou la date à laquelle elle aurait dû en avoir connaissance si elle avait fait preuve d'une diligence normale.

administrateurs sont tenus, conformément à leur obligation de bonne administration, de faire tout ce qu'une personne de bon sens ferait dans une situation similaire pour sortir de la crise.

La formulation de cette disposition est très vague et générale. La signification exacte de l'expression « obligation de bonne administration » n'est pas claire. En outre, il n'existe pas de pratiques juridiques ou de jurisprudence pertinentes à cet égard.

Le Code de commerce ne donne aucune indication aux organes statutaires sur la façon d'agir en cas de crise. Par conséquent, les mesures que ceux-ci prendront seront décidées essentiellement au cas par cas. Toutefois, à notre avis, en cas de crise, les organes statutaires devraient par exemple proposer des mesures visant à surmonter la crise et convoquer une assemblée générale pour débattre de ces suggestions.

En conséquence, un nouvel instrument juridique a été mis en place, qui interdit d'utiliser les fonds propres d'une entreprise pour remplacer l'exécution d'une obligation.

La loi définit ce processus de la manière suivante :

- (i) Un crédit ou autre obligation similaire comparable en termes économiques ;
- (ii) Une obligation souscrite par l'entreprise avant sa situation de crise, dont l'échéance a été repoussée ou prolongée pendant la crise, par exemple une facture dont l'échéance a été repoussée ;
- (iii) toute obligation imposée par la personne contrôlant l'entreprise²⁸.

L'interdiction susmentionnée s'applique également aux créances accessoires et aux pénalités contractuelles. Par ailleurs, l'entreprise ne peut pas restituer son propre capital utilisé pour remplacer l'exécution d'une obligation si cela entraînerait une crise.

La loi précise également les éléments qui n'entrent pas dans la définition de ce processus :

- (i) Obligation ou sûreté née au cours de la situation de crise en conséquence du plan de restructuration visant à résoudre la crise ;
- (ii) Apport de moyens financiers pendant une période inférieure à soixante jours (ne s'applique pas aux obligations réitérées) ;
- (iii) Report de l'échéance d'obligations de livraison de biens ou de prestation de services de moins de six mois (ne s'applique pas aux obligations réitérées) ;
- (iv) Fourniture gratuite d'actifs ou de droits.

La fourniture d'un cautionnement, d'un privilège ou autre sûreté par la personne contrôlant l'entreprise est elle aussi réglementée par le Code de commerce. Si la personne qui contrôle l'entreprise garantit les obligations de cette dernière pendant la situation de crise au moyen d'un cautionnement, d'un privilège ou autre sûreté, le créancier peut être désintéressé au moyen de cette sûreté sans qu'il soit nécessaire de faire valoir les créances à l'encontre de l'entreprise en premier

²⁸ Par personne contrôlant l'entreprise, on entend tout membre d'un organe statutaire, membre de la direction, mandataire, directeur de succursale, administrateur, personne détenant une participation directe ou indirecte représentant au moins 5 % du capital social de l'entreprise ou des droits de vote dans l'entreprise ou une partie susceptible d'exercer une influence sur l'entreprise comparable à l'influence correspondant à cette participation, un actionnaire « silencieux » ou une partie proche des parties ci-dessus.

lieu. Dans ce cas, la personne contrôlant l'entreprise qui, en qualité de garant, rembourse une dette pour le compte de l'entreprise, n'a pas droit à un dédommagement si :

- (i) L'entreprise est en crise ; ou
- (ii) L'entreprise se retrouverait en crise de ce fait.

Responsabilité

La responsabilité des dirigeants de l'entreprise est engagée vis-à-vis de l'entreprise et de ses créanciers dans le cas où elle exécute des obligations sans respecter l'interdiction exposée ci-dessus. Dans ce cas, les dirigeants deviendront de plein droit les garants des versements indus.

Comment surmonter une crise ?

Si une entreprise souhaite surmonter une crise selon les modalités prévues par le Code de commerce, elle doit augmenter ses fonds propres de manière à ce que son ratio d'endettement soit supérieur à 4 % (2016), 6 % (2017) et 8 % (à partir de 2018). De manière générale, les fonds propres peuvent être augmentés des deux façons suivantes :

- (i) Au moyen d'une augmentation du capital social ; ou
- (ii) Au moyen d'un échange de créances contre des participations.

Citons également les deux autres méthodes suivantes :

- (i) Augmentation statutaire du fonds de réserve en vertu des statuts ; et
- (ii) Renonciation aux prêts inter-sociétés (l'incidence fiscale de cette opération doit être prise en compte).

Répercussions pratiques et conclusion

Répercussions pratiques

- 1) Les banques assimilent la crise à une déchéance du terme en vertu des conventions de prêt standard.
- 2) Les entreprises dont le modèle commercial repose sur des fonds propres nets de faible valeur, par exemple les sociétés de crédit-bail, doivent augmenter leur capital social, sauf si elles assument les conséquences des problèmes avec leurs bailleurs de fonds.

Conclusion

Il convient de noter que le financement par les actionnaires ou autre financement similaire au cours d'une crise doit être envisagé avec précaution par les organes statutaires, car cela peut avoir des répercussions importantes sur l'entreprise tout comme sur la responsabilité des organes statutaires. Néanmoins, la prévention est de mise à cet égard. Si une entreprise souhaite éviter de se retrouver en situation de crise, les organes statutaires doivent contrôler régulièrement les indicateurs financiers de l'entreprise (passif) susceptibles de témoigner de ses problèmes.

En bref, le nouveau concept juridique d'« entreprise en crise » et les questions qui y ont trait peuvent être considérées comme un pas en avant vers une amélioration de l'environnement commercial en Slovaquie. Qui vivra verra !

Dávid Oršula, Avocat, Associé, Filip Takáč, Collaborateur, bnt, Bratislava (Slovaquie)

États-Unis

Contrats de vente internationale : n'y aurait-il pas une contradiction ?

David Conaway examine les problèmes qui se posent lorsque des entreprises et des avocats utilisent des contrats nationaux pour régir des opérations internationales*

Un contrat de vente a pour objet de définir les obligations des parties et d'optimiser l'issue des éventuels différends. De ce fait, un contrat est un outil qui permet de gérer les risques et de prévenir les pertes.

La bonne nouvelle est que la grande majorité des contrats sont exécutés comme prévu et qu'aucun problème ne survient. La mauvaise nouvelle est qu'en cas de problème, cela peut coûter cher, réduire ou supprimer les avantages prévus, ou entraîner des opérations à perte.

En particulier, les contrats de vente de marchandises aux États-Unis reposent sur l'article 2 du Code commercial uniforme, qui a été adopté par tous les États. De la même manière, les contrats d'autres pays sont souvent régis par le droit national du pays en question. Lorsqu'un différend survient à l'échelle nationale, les décisions de justice sont généralement uniformes et prévisibles.

Les différends internationaux peuvent être moins prévisibles et être tranchés par des tribunaux moins impartiaux.

Nous avons remarqué un recours fréquent à des contrats initialement conçus pour les ventes nationales pour régir des opérations impliquant des clients ou une chaîne d'approvisionnement étrangers. Habituellement, ces contrats ne sont que peu modifiés, voire pas du tout, pour tenir compte des lois, du système judiciaire ou des risques propres au pays étranger.

Il est manifestement peu pratique d'établir des contrats différents pour chaque pays étranger. Toute entreprise exerçant des activités dans d'autres pays devrait disposer d'un modèle de contrat de vente ou d'approvisionnement « international », ainsi que des variantes pour les principaux territoires du marché sur lequel elle opère, ou pour ses relations avec ses clients importants.

Quel est le droit applicable ?

La plupart des contrats américains disposent que les lois d'un État donné s'appliquent, ce qui comprendrait l'article 2 du Code de commerce uniforme (« CCU »). Toutefois, la Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (« CVIM ») est un traité qui, comme une espèce de loi fédérale, prend le pas sur l'application des lois des États. La CVIM s'applique à tout contrat de vente conclu entre des parties de pays signataires. À ce jour, quarante-quatre pays (couvrant 80 % des échanges commerciaux dans le monde) ont signé la CVIM, dont les États-Unis, le Canada, la Chine, l'Allemagne, le Japon et le Mexique. Pour que la CVIM ne s'applique pas et que le CCU régisse le contrat, celui-ci doit expressément exclure l'application de la CVIM et disposer que le CCU régisse le contrat.

La position de négociation relative des parties peut imposer d'appliquer une loi « internationale » plutôt qu'une loi américaine. Le choix entre le CCU et la CVIM s'effectue sur la base d'une

comparaison de ces lois qui sont en apparence similaires mais en réalité fondamentalement différentes. Cet article n'a pas pour objet de procéder à cette comparaison, mais on peut citer un exemple qui se rapporte à un phénomène qui se produit fréquemment dans les opérations commerciales : le « conflit de conditions contractuelles ». Souvent, les parties utilisent des bons de commande, des confirmations de commande, des factures, des conditions générales de vente et des contrats de vente qui peuvent être en tout ou partie électroniques. Naturellement, les conditions du vendeur et de l'acheteur contiennent des stipulations contradictoires reflétant leurs intérêts divergents. Lorsque tel est le cas, le CCU créerait néanmoins un contrat intégrant toutes les modalités communes ainsi que des conditions supplémentaires non essentielles. Toutefois, les conditions supplémentaires essentielles, par exemple les dénis de responsabilité, les clauses d'arbitrage ou celles concernant les honoraires d'avocat, seraient exclues.

En comparaison, la CVIM utilise une règle qui est plutôt de l'ordre du « miroir ». À moins que les conditions des parties soient virtuellement identiques, il n'y a pas de contrat. Une confirmation de commande du vendeur, par exemple, qui contiendrait des conditions supplémentaires serait considérée comme une contre-offre, acceptée en règle générale du fait de son exécution par les parties. Dans ce sens, le vendeur a le dernier mot, et la CVIM protège davantage ses conditions.

Dans le contexte du dépôt d'une requête fondée sur le Chapitre 11 par un client, un vendeur de marchandises peut avoir davantage de chances de recouvrement s'agissant des marchandises envoyées et reçues par le client dans les vingt jours précédant le dépôt de la demande. Le CCU disposent que les marchandises sont réputées avoir été reçues lors de leur prise de possession physique, tandis que la CVIM ne définit pas le moment précis où intervient la réception.

53

Récemment, un tribunal de la faillite a jugé (*World Imports*, E.D.Pa. 2014), concernant des fournisseurs chinois, que la CVIM s'appliquait et que l'acheteur américain avait reçu les marchandises à leur date de « livraison », à savoir quand les marchandises avaient été chargées à des fins de livraison au titre d'un contrat FOB. En vertu de la CVIM, la « réception » interviendrait presque toujours plus tôt et hors du délai de vingt jours, empêchant le vendeur d'invoquer l'article 503(b)(9).

Où seront tranchés les différends ?

Les parties recherchent naturellement l'avantage que leur apportent les juridictions de leur propre pays. Là encore, cela n'est pas forcément possible à cause de l'avantage relatif qu'ont les parties dans les négociations.

Plus important, les parties devraient envisager la façon dont un jugement sera exécuté, ce qui dépend largement de l'endroit où sont situés les actifs de la partie concernée. Malheureusement, peu de traités internationaux ont été adoptés concernant l'exécution des jugements. Les États-Unis n'ont signé aucun traité international ratifié concernant la reconnaissance ou l'exécution des jugements étrangers. Par conséquent, l'obtention d'un jugement et son exécution à l'étranger peuvent être une perte de temps, si l'autre partie n'a pas d'actifs dans le pays où le jugement est prononcé.

Arbitrage des différends étrangers

Cependant, les États-Unis ont signé la Convention des Nations unies pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (« Convention de New York »). Cette convention

compte 156 pays signataires, dont les États-Unis, le Canada, la Chine, l'Allemagne, le Japon et le Mexique. Il est manifeste que l'arbitrage est devenu le mécanisme de résolution privilégié s'agissant des différends commerciaux internationaux.

Les entreprises américaines se tournent naturellement vers des institutions d'arbitrage locales, telles que l'American Arbitration Association, pour mener des procédures d'arbitrage aux États-Unis. Toutefois, si une sentence arbitrale doit être exécutée par une juridiction étrangère (à l'endroit où sont situés des actifs), il est nécessaire d'envisager si la juridiction étrangère favorise ou non les sentences de certaines institutions. Par exemple, en règle générale, les juridictions chinoises n'exécutent que les sentences arbitrales prononcées par la CIETAC (*China International Economic and Trade Arbitration Commission*). Les juridictions mexicaines, elles, privilégient les sentences arbitrales de la CCI (Chambre de commerce internationale), du CAM (Centre d'arbitrage du Mexique), de l'ICDR (International Center for Dispute Resolution) et du CAMCA (Commercial Arbitration and Mediation Center of the Americas).

Une partie contractuelle ne souhaite pas nécessairement se soumettre à la compétence des juridictions du pays de l'autre partie. À cet égard, une institution d'arbitrage international est un for neutre pour la résolution des différends.

Qui paie les frais de la résolution des différends ?

Aux États-Unis, la règle qui prévaut est que chaque partie à un différend supporte ses propres frais de contentieux, sauf si ce risque est transmis à l'une d'entre elles par contrat.

Par contre, la plupart des pays ont adopté une règle « à l'anglaise » qui impose à la partie qui succombe de payer les honoraires d'avocat raisonnables de la partie ayant obtenu gain de cause.

Étant donné que les frais de contentieux sont importants, et que le transfert du risque entre parties peut avoir une incidence sur leur volonté à entamer une action en justice et à résoudre efficacement un différend, il est indispensable que les stipulations correspondantes des contrats de vente internationale soient claires et compréhensibles. La force exécutoire de ces stipulations varie en fonction des pays, mais les tribunaux reconnaissent de plus en plus souvent aux parties le droit de transférer les risques dans le cadre de leurs opérations commerciales.

Diverses clauses contractuelles importantes

- a) Les droits de propriété intellectuelle doivent être protégés au moyen d'un dépôt. La protection des brevets, marques et droits d'auteur varie en fonction des pays ou des régions. En raison du temps nécessaire pour obtenir ces droits, le dépôt doit être anticipé et la procédure entamée dès que le besoin est identifié.
- b) Certaines marchandises peuvent nécessiter de se conformer à une réglementation particulière en matière d'importation / d'exportation ou autre, ou l'obtention de visas des autorités.
- c) À mesure que les difficultés financières des parties contractuelles augmentent, les parties doivent envisager de couvrir le risque de crédit à l'aide d'une sûreté, d'un droit de rétention, d'une assurance crédit ou d'une évaluation interne rigoureuse du risque de crédit, ce qui inclut une analyse du risque pays.

- d) Les clauses de force majeure (catastrophes naturelles, grèves, troubles politiques) jouent un rôle de plus en plus important pour couvrir les risques créés par l'instabilité des marchés financiers et les crises et conflits mondiaux.
- e) Les fluctuations de change et les risques associés doivent être pris en compte en termes de rentabilité des contrats. Les parties devraient inclure des clauses qui répartissent ces risques entre elles. En outre, elles seraient avisées d'évaluer les produits financiers qui couvrent ces risques.
- f) Les parties doivent également se préoccuper du flux de données électroniques susceptibles d'être partagées au titre du contrat, notamment si cela implique le transfert au-delà des frontières de données à caractère personnel sensibles concernant leurs clients, salariés ou autres utilisateurs. Certains pays peuvent interdire le transfert de certaines informations ; d'autres, notamment les États membres de l'UE, exigent la conclusion d'accords concernant le respect de la vie privée, étant précisé que de nouvelles réglementations européennes sur la protection des données entreront en vigueur en 2017.

**David H. Conaway, du cabinet Shumaker, Loop & Kendrick, LLP (États-Unis)*

x x x

x

Espagne

55

Le point de vue d'un juge sur les concordats

Carlos Nieto étudie le résultat initial des premiers concordats espagnols*

Les changements importants apportés au droit espagnol de l'insolvabilité et introduits lors de la dernière session législative avaient pour but non dissimulé de promouvoir les concordats en tant que mesure visant à éviter l'insolvabilité des entreprises.

Les principales caractéristiques du nouveau régime de financement espagnol ont déjà été analysés dans le numéro précédent de cette revue, après l'adoption du décret-loi royal 4/2014 et de la loi 17/2014.

Surendettement

Après plus d'une décennie d'application de la loi 22/2003 sur l'insolvabilité, actuellement en vigueur, il s'avère que les procédures d'insolvabilité qui se déroulent devant les tribunaux de commerce en Espagne sont très longues et coûteuses. Cependant, ce facteur n'est pas celui qui a entraîné leur échec à servir de « gilet de sauvetage » aux entreprises. En effet, il semble plus raisonnable d'attribuer cet échec à la résistance accrue des débiteurs espagnols aux procédures d'insolvabilité.

Ainsi, si l'on en croit des statistiques officielles, lorsqu'une entreprise se décide enfin à demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, elle se trouve généralement dans une situation très grave, voire pratiquement irréversible : en 2014, 77,98 % des faillites présentaient un niveau

d'endettement rendant un remboursement intégral impossible en moins de 25 ans, soit un chiffre pire que ceux observés en 2013 (77,12 %), 2012 (73,2, %), 2011 (72 %) et 2010 (66,6 %).

La détérioration de la situation financière des entreprises causée par ces attermolements signifie que, chaque année, le pourcentage d'entreprises devenues insolvable en présence d'un résultat d'exploitation est positif est devenu de plus en plus faible (en 2014, seulement 29,91 %, contre 30,85 % en 2013, 36,56 % en 2012, 39 % en 2011 et 43 % en 2010).

Alternative viable

Il est devenu essentiel de proposer une alternative extrajudiciaire viable à l'assemblée de créanciers qui permettrait de prendre des mesures décisives et surtout opportunes pour traiter les difficultés financières des entreprises.

Au vu du résultat initial de l'application des réformes, cet objectif a été sans conteste atteint : entre 2014 et 2016, des concordats ont été homologués par la justice pour des entreprises de premier plan, telles que Metrovacesa (tribunal de commerce n° 3 de Madrid, décision du 24 juin 2014), Fomento de Construcciones y Contratas (tribunal de commerce n° 10 de Barcelone, décision du 12 janvier 2015), Sacyr Vallehermoso (tribunal de commerce n° 7 de Madrid, décision du 12 février 2015), Realia (tribunal de commerce n° 1 de Madrid, décision du 1^{er} mars 2016) et, très récemment, Abengoa (tribunal de commerce n° 2 de Séville, décision du 6 avril 2016).

D'autres refinancements importants sont actuellement en cours et suivis minute par minute par la presse financière, presque comme la diffusion d'une manifestation sportive (l'affaire la plus récente concernant la société de construction Isolux).

56

Par conséquent, sans être trop optimiste, on peut prédire que les gigantesques procédures d'insolvabilité espagnoles, du moins en ce qui concerne les grandes entreprises, appartiennent désormais au passé. Les grandes banques préfèrent sans aucun doute assumer des pertes importantes hors du cadre de l'insolvabilité, en mettant en place une solution rapide et maîtrisée, plutôt que de courir le risque d'une administration judiciaire longue, à l'issue incertaine.

L'augmentation prévisible des concordats homologués par les tribunaux et leur complexité croissante sont la raison pour laquelle quatre tribunaux de commerce de Madrid traitent désormais exclusivement ce type de procédure (leur nombre passera bientôt à six).

Toutefois, il est intéressant de se demander s'il serait une bonne idée que l'outil qui prévient et évite de demander l'ouverture d'une procédure de concordat (auquel la loi 22/2003 consacre au total 226 articles) continue d'être régi par un simple amendement à la loi en treize points.

Incertitude juridique

L'extrême brièveté et concision du cadre juridique signifie que les tribunaux de commerce des villes où la plupart des opérations sont concentrées ont été contraints de publier des listes de critères (par exemple, ceux publiés par les tribunaux de commerce de Madrid les 7 et 21 novembre 2014).

Ces critères témoignent d'une tentative bien intentionnée de remédier à l'incertitude juridique causée par ces lacunes, mais ils peuvent laisser les opérateurs étrangers perplexes quant à la

hiérarchie des lois, surtout lorsqu'ils peuvent être modifiés ou précisés inopinément (d'où, par exemple, la note explicative tribunaux de commerce de Madrid du 20 janvier 2015 concernant la position des titulaires de garanties financières par rapport à l'homologation des concordats).

De nombreux problèmes de procédure surviennent dans le cadre de la procédure d'homologation des concordats, surtout lorsque les créanciers concernés s'y opposent (entamant une procédure d'opposition unique, ou plusieurs, auxquelles d'autres créanciers viennent s'ajouter, convoquant tous les créanciers ayant souscrit au concordat ou seulement le débiteur, suite à quoi leur objection est publiée, entraînant la possibilité que d'autres créanciers se fassent connaître) ou dans le cas où les mesures convenues par un ou plusieurs créanciers concernés ne sont pas appliquées.

Réformes

Du point de vue matériel, cependant (ce qui sera sans conteste celui qui intéressera le plus les opérateurs participant à des opérations de refinancement), trois points de la législation applicable nécessitent un éclaircissement et d'autres points devraient probablement faire l'objet de réformes.

Les clarifications nécessaires de la loi concernent premièrement le type de mesures envisagées par un concordat qui peuvent être imposées aux créanciers dissidents et absents. Le texte du quatrième amendement contient une courte liste de mesures (réductions de dette, moratoire, conversion de dettes en participations, prêts d'actionnaires, dation en paiement), mais il ne précise pas si cette liste est exhaustive ou si d'autres solutions sont acceptables (maintien des possibilités d'escompte, établissement de nouvelles garanties, renonciation à des garanties existantes, etc.). À cet égard, des décisions de justice contradictoires ont été prononcées.

Deuxièmement, après lecture du texte de loi, il n'est pas certain que les mesures soient les mêmes pour tous les types de créanciers, ou s'il convient d'établir des différences entre catégories de dettes et d'imposer ces mesures de manière asymétrique.

Troisièmement, il n'est pas certain que les opérations de refinancement devraient porter sur l'ensemble des dettes du débiteur ou seulement sur une partie d'entre elles. Il s'agit là d'une question centrale, car l'exigence de certaines majorités pour imposer des accords aux parties dissidentes peut favoriser la fraude si le débiteur est autorisé à fixer la limite des dettes refinancées (ce qui constituerait une sorte de manipulation).

Conclusion

Les réformes juridiques nécessaires devraient donc inclure la possibilité d'accorder des prolongations exceptionnelles des délais courts imposés pour la négociation d'accords (actuellement, l'arrêt des saisies et les demandes de faillite involontaire ne durent que quatre mois, ce qui est très court pour un refinancement complexe quand les dettes sont très fragmentées et que des banques étrangères sont impliquées).

Ces prolongations pourraient nécessiter des garanties de la part d'un pourcentage important de créanciers financiers à titre de preuve de leur sérieux et pour éviter les retards indus.

Enfin, des changements de compétence devraient être introduits pour que les tribunaux de commerce puissent statuer sur des différends concernant l'interprétation des accords de refinancement et leur exécution. Actuellement, ces différends sont traités par des organes civiles non spécialisés, ce qui peut nuire à une application harmonisée du cadre juridique.

**Carlos Nieto, juge du tribunal de commerce n° 1 de Madrid (Espagne)*

Actualités par pays

Actualités par pays

Eté 2016

Italie et République tchèque

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

Par Giorgio Cherubini, associé, et Giovanna Canale, collaboratrice junior, EXPLegal, Rome et Milan (Italie)

Le 3 mai 2016, le décret-loi n° 59/2016 contenant des « Mesures d'urgence sur l'exécution et les procédures d'insolvabilité en faveur des fonds d'investissement dans les banques en liquidation » a été publié au Journal officiel.

Le décret-loi n° 59/2016 a pour objet de réduire la durée de la procédure d'insolvabilité et d'accélérer le désintéressement des créanciers. Ces modifications concernent à la fois l'insolvabilité et l'accord judiciaire préventif, ainsi que les diverses étapes de la procédure et les parties concernées.

L'une des innovations les plus importantes et significatives du décret-loi concerne l'établissement d'un comité de créanciers, étant donné que le nouveau paragraphe de l'article 40 de la loi sur l'insolvabilité dispose, pour commencer, que le comité des créanciers est constitué à compter de la date d'acceptation de ses membres, par voie électronique, sans qu'il soit nécessaire de les convoquer devant l'administrateur judiciaire, et ce même avant la désignation de son président.

Cette modification a probablement pour intention d'éviter le risque que le comité des créanciers reste inactif pendant longtemps à cause du retard de l'administrateur judiciaire à le convoquer.

L'article 3 du décret-loi n° 59/2016 prévoit l'établissement, auprès du ministère de la Justice, d'un registre électronique des procédures d'insolvabilité et des outils de gestion de crise. L'ensemble des informations et documents relatifs à la procédure d'insolvabilité, l'accord judiciaire préventif et la liquidation administrative forcée visée dans le décret royal n° 267 du 16 mars 1942 seront publiés dans ce registre, qui se compose de deux sections : une section publique gratuite d'accès et une section réservée.

Une autre nouvelle disposition concerne l'étape de vérification des créances et la formation de la masse. De fait, cette étape de la procédure, surtout dans le cadre des affaires importantes, nécessite la tenue de plusieurs audiences, ce qui retarde inévitablement la répartition des actifs. Le décret-loi n° 59/2016, modifiant l'article 95 de la loi sur l'insolvabilité, dispose que l'audience peut également se tenir en ligne, à condition que le principe de procédure contradictoire et la participation effective des créanciers soient garantis.

Comme indiqué ci-dessus, le décret-loi a introduit des nouveautés également en ce qui concerne l'accord judiciaire préventif. Afin d'accélérer et de simplifier la procédure d'insolvabilité, une disposition autorisant les audiences en ligne a été introduite, dans le but d'éviter que plusieurs audiences retardent l'homologation et donc l'exécution de l'accord.

Afin de faciliter le recouvrement ou la cession des créances de la masse, les pouvoirs d'investigation de l'administrateur judiciaire ont été renforcés. L'article 5 du décret-loi n° 59/2016 donne en réalité à l'administrateur judiciaire la possibilité d'avoir accès à des bases de données contenant des informations financières concernant les personnes sur lesquelles la procédure a une créance, même en l'absence de titre exécutoire, mais après autorisation du juge de l'insolvabilité.

Étendant les obligations de l'administrateur judiciaire, l'article 6 du décret-loi n° 59/2016 introduit, à l'article 4 ter de la loi sur l'insolvabilité, un motif spécifique de révocation de l'administrateur judiciaire qui n'a pas procédé à la répartition des actifs tous les quatre mois malgré la disponibilité de liquidités.

L'objectif de cette disposition est de réduire le délai de désintéressement des autres créanciers en sanctionnant sévèrement, révocation à l'appui, l'administrateur judiciaire qui ne respecte pas la loi.

République tchèque : Les demandes d'ouverture de procédure d'insolvabilité de mauvaise foi reconnues comme un délit pénal

Par David Fechtner, collaborateur, bnt attorneys-at-law, Prague (République tchèque)

Selon un arrêt de la Cour suprême tchèque, le dépôt d'une demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité fondée sur des informations mensongères (c'est-à-dire de mauvaise foi) peut être considéré comme un délit pénal, à savoir celui de la diffamation.

Si la demande mensongère sert en outre de moyen de coercition vis-à-vis d'un tiers (qui n'est autrement pas insolvable) pour le contraindre à prendre certaines mesures (par exemple à effectuer des paiements en faveur de la partie qui a déposé la demande), elle peut également être considérée comme une extorsion, délit passible de sanctions pénales. En ce sens, le dépôt d'une demande de mauvaise foi peut non seulement avoir des conséquences en droit civil mais également en droit pénal pour le demandeur.

La Cour suprême tchèque a prononcé un arrêt sous la référence n° 8 Tdo 1352/2014 concernant une demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité qui visait pas tant à résoudre l'incapacité du débiteur à payer ses dettes que de parvenir à un enrichissement illicite du demandeur.

La Cour suprême a établi que le demandeur avait déposé sa demande en dépit du fait qu'il savait pertinemment que la créance sur le « débiteur » était parfaitement illégitime et que le « débiteur » n'était en réalité pas insolvable. En même temps, le demandeur savait bien que la demande aurait des conséquences préjudiciables (par exemple, en particulier, des répercussions négatives sur la réputation du « débiteur », ou son exclusion de la possibilité de répondre à des appels d'offres pour des marchés publics). Il cherchait en réalité à utiliser ces conséquences préjudiciables comme moyen de pression pour forcer le « débiteur » à satisfaire des créances illégitimes et à retirer une demande introductive d'instance qu'il avait déposée plus tôt.

Le demandeur a par la suite été reconnu coupable du délit de diffamation, en ce qu'il avait diffusé des fausses informations susceptibles de causer un préjudice important à la réputation de l'autre partie vis-à-vis du grand public, et du délit d'extorsion, en ce que les actes du demandeur ne visaient pas à résoudre une situation d'insolvabilité mais à forcer une autre personne (solvable) à entreprendre, s'interdire ou subir certains actes.

Au vu de ce qui précède, il semble raisonnable d'affirmer que le risque de faire l'objet de poursuites pénales en cas de demande de mauvaise foi est suffisamment important pour produire un effet dissuasif. La pratique a montré que l'amende actuelle (pouvant aller jusqu'à 50 000 CZK) prévue par l'article 128a de la loi sur l'insolvabilité n'a que peu d'effet dissuasif, tout comme les demandes de réparation dans le cadre d'une procédure civile. Par contre, le risque que des individus se retrouvent exposés à des sanctions pénales peut jouer un rôle protecteur à cet égard.

X X X
X

Dates pour votre calendrier

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

2016

21-22 Septembre

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

22-25 Septembre

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

2017

4-5 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

60

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