

# e u r o f e n i x

---

La revue d'INSOL Europe

Automne 2018



## GRÈCE :

- **Nouvelles règles en matière de sauvegarde des entreprises**
- **Accord sur la dette grecque : boulet ou libération ?**

*Et aussi dans ce numéro :*

En Croatie, un nouveau cadre législatif

La France se rattrape

Répercussions du Brexit

Insolvabilités de consommateurs en Pologne

Nouvelles publications

**...et plus**

**Numéro73 : € 30**  
**N°ISSN 1752-5187**

**CONTACTS :****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](mailto:carolinetaylor@insol-europe.org)Site internet : [www.insol-europe.org](http://www.insol-europe.org)**Comité exécutif****Président :** Radu Lotrean ([radu.lotrean@citr.ro](mailto:radu.lotrean@citr.ro))**Président adjoint :** Alistair Beveridge  
([abeveridge@alixpartners.com](mailto:abeveridge@alixpartners.com))**Vice-président :** Piya Mukherjee ([pmu@horten.dk](mailto:pmu@horten.dk))**Président précédent :** Steffen Koch  
([steffen.koch@hww-kanzlei.de](mailto:steffen.koch@hww-kanzlei.de))**Trésorier :** Christopher Laughton  
([chrislaughton@mercerhole.co.uk](mailto:chrislaughton@mercerhole.co.uk))**Directeur administratif :** Caroline Taylor  
([carolinetaylor@insol-europe.org](mailto:carolinetaylor@insol-europe.org))**Secrétariat:****Comité des pays de l'Europe Orientale (EECC)**

Niculina Somlea, Secrétaire

(niculinasomlea@insoleurope.org)

**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](mailto:hannahdenney@insol-europe.org)**Co-ordinateur des recherches techniques:**Paul Omar ([khaemwaset@yahoo.co.uk](mailto:khaemwaset@yahoo.co.uk))**Responsables techniques:**

Emmanuelle Inacio &amp; Myriam Mailly

(technical@insol-europe.org)

**Responsables des comités et groupes de travail :****Branche Anti-fraude :**David Ingram ([david.ingram@uk.gt.com](mailto:david.ingram@uk.gt.com))Eitan Erez ([eitan@eitan-erez-law.com](mailto:eitan@eitan-erez-law.com))**Branche Judiciaire :**Heinz Vallender ([hvallender@t-online.de](mailto:hvallender@t-online.de))**Branche Redressement :**Alberto Núñez-Lagos ([alberto.nunez-lagos@uria.com](mailto:alberto.nunez-lagos@uria.com))Rita Gismondi ([rgismondi@gop.it](mailto:rgismondi@gop.it))**Comité constitutif :** Catherine Ottaway  
([ottaway@hocheavocats.com](mailto:ottaway@hocheavocats.com))**Comité des pays de l'Europe Orientale (EECC) :**Radu Lotrean ([radu.lotrean@citr.ro](mailto:radu.lotrean@citr.ro))Evert Verwey ([evert.verwey@CliffordChance.com](mailto:evert.verwey@CliffordChance.com))**Comité technique du congrès d'Athènes, 2018:**Frank Tschentscher ([ftschentscher@schubra.de](mailto:ftschentscher@schubra.de))George Bazinas ([g.bazinas@bazinas.com](mailto:g.bazinas@bazinas.com))Secrétaire : Emmanuelle Inacio ([emmanuelleinacio@insol-europe.org](mailto:emmanuelleinacio@insol-europe.org))**Forum des mandataires d'insolvabilité**Marc André ([mandrelaw@aol.com](mailto:mandrelaw@aol.com))Daniel Fritz ([Fritz@hermann-law.com](mailto:Fritz@hermann-law.com))Robert Haenel ([robert.haenel@anchor.eu](mailto:robert.haenel@anchor.eu))Stephen Harris ([sharris@uk.ey.com](mailto:sharris@uk.ey.com))**Groupe de jeunes membres :**Sabina Schellenberg ([sschellenberg@frioriep.ch](mailto:sschellenberg@frioriep.ch))Georges-Louis Harang ([harang@hoche.com](mailto:harang@hoche.com))Anne Bach ([abach@goerg.de](mailto:abach@goerg.de))**Groupe des établissements financiers:**Florian Joseph ([florian.joseph@helaba.de](mailto:florian.joseph@helaba.de))Alistair Beveridge ([abeveridge@alixpartners.com](mailto:abeveridge@alixpartners.com))**INSOL International :**Catherine Ottaway ([ottaway@hocheavocats.com](mailto:ottaway@hocheavocats.com))**Parrainages :**David Rubin ([david@drpartners.com](mailto:david@drpartners.com))Frank Tschentscher ([Ftschentscher@schubra.de](mailto:Ftschentscher@schubra.de))**Relations avec l'Union Européenne :**Robert Van Galen ([robert.vangalen@nautadutilh.com](mailto:robert.vangalen@nautadutilh.com))**Strategic Task Force 2025 :**Wolf Waschkuhn ([ww@onesquareadvisers.com](mailto:ww@onesquareadvisers.com))**YANIL**Jenny Gant ([JenniferL.L.Gant@gmail.com](mailto:JenniferL.L.Gant@gmail.com))

## SOMMAIRE

5	La lettre des co-rédacteurs en chef par Frank Heemann
6	Radu Lotrean : La lettre du Président
10	L'éditorial de notre invitée : Joanna Goodman
14	Actualités et événements
17	Rubrique technique par E. Inacio : Le Rapport Niebler
21	Grèce : Nouvelles règles en matière de sauvegarde
26	Grèce : Accord sur la dette grecque
30	Prix Richard Turton 2018
31	Croatie : Nouveau cadre législatif
36	France : La France se rattrape
39	Brexit : Répercussions sur l'insolvabilité transfrontalière
42	La négligence sanctionnable en Europe
45	Etats-Unis : Toute rose a ses épines
49	Pologne : Insolvabilités de consommateurs
52	Portugal : Le médiateur en restructuration d'entreprise
55	Actualités par pays : Chypre, Slovaquie, Lituanie
61	Compte-rendu technique par Myriam Mailly et Liens utiles
63	Nouvelles publications
66	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><b>Co-Rédacteurs en chef :</b> Frank Heemann, Lithuania (<a href="mailto:frank.heemann@bnt.eu">frank.heemann@bnt.eu</a>) Catarina Serra, Portugal (<a href="mailto:csserra@gmail.com">csserra@gmail.com</a>)</p> <p><b>Comité exécutif de rédaction :</b> Emmanuelle Inacio, <a href="mailto:technical@insol-europe.org">technical@insol-europe.org</a> Paul Newson, <a href="mailto:paulnewson@pndesign.co.uk">paulnewson@pndesign.co.uk</a> Florica Sincu, <a href="mailto:floricasincu@insol-europe.org">floricasincu@insol-europe.org</a></p> <p><b>Comité de rédaction :</b> George Bazinas, <a href="mailto:gbazinas@bazinas.com">gbazinas@bazinas.com</a> Ruud W.A. Brunninkhuis <a href="mailto:R.Brunninkhuis@burenlegal.com">R.Brunninkhuis@burenlegal.com</a> Harald Bußhardt, <a href="mailto:hbusshardt@schubra.de">hbusshardt@schubra.de</a> Giorgio Cherubini, <a href="mailto:Gcherubini@explegal.it">Gcherubini@explegal.it</a> David Conaway, <a href="mailto:dconaway@slk-law.com">dconaway@slk-law.com</a> Pau Donat, <a href="mailto:donat@gabinetebegur.com">donat@gabinetebegur.com</a> Edvins Draba, <a href="mailto:edvins.draba@sorainen.com">edvins.draba@sorainen.com</a> Martine Gerber, <a href="mailto:mgerber@opf-partners.com">mgerber@opf-partners.com</a> Guy Lofalk, <a href="mailto:guy.lofalk@lofalk.se">guy.lofalk@lofalk.se</a> Enda Lowry, <a href="mailto:lowry@mcstayluby@luby.ie">lowry@mcstayluby@luby.ie</a> Ana-Irina Sarcane, <a href="mailto:irina.sarcane@sarcane.ro">irina.sarcane@sarcane.ro</a> Petr Sprinz, <a href="mailto:petr.sprinz@havelpartners.cz">petr.sprinz@havelpartners.cz</a> Daniel Staehelin, <a href="mailto:Daniel.staehelin@kelerhals-carrard.ch">Daniel.staehelin@kelerhals-carrard.ch</a> Annerose Tashiro, <a href="mailto:atashiro@schubra.de">atashiro@schubra.de</a> Caroline Taylor, <a href="mailto:carolinetaylor@insol-europe.org">carolinetaylor@insol-europe.org</a> Michael Tierhoff, <a href="mailto:michael.thierhoff@tmpartner.de">michael.thierhoff@tmpartner.de</a> Jesper Trommer Volf, <a href="mailto:jtv@delacour.dk">jtv@delacour.dk</a> Jean-Luc Vallens, <a href="mailto:vallensjl@ymail.com">vallensjl@ymail.com</a> Louise Verrill, <a href="mailto:lverrill@brownrudnick.com">lverrill@brownrudnick.com</a> Evert Verwey, <a href="mailto:evert.verwey@cliffordchance.com">evert.verwey@cliffordchance.com</a> Signe Viimsalu, <a href="mailto:Signe.viimsalu@gmail.com">Signe.viimsalu@gmail.com</a></p>	<p><b>eurofenix français</b> Parrainé par CNAJMJ – France Editeur/Renseignements/ Proposition d'article : <b>Florica Sincu</b> <a href="mailto:floricasincu@insol-europe.org">floricasincu@insol-europe.org</a> Tél. +33 6 03 54 60 37 Traduction : <b>Gabrielle Allemand</b> (<a href="mailto:gamtrad@free.fr">gamtrad@free.fr</a>)</p> <p><b>Publicité et ventes :</b> <b>Edward Taylor - MRP Print</b> <a href="mailto:eurofenix@mrp.uk.com">eurofenix@mrp.uk.com</a> Tél. +44 115 955 1000</p> <p><b>Imprimeur de la version anglaise :</b> MRP Print <a href="http://www.mrp.uk.com">www.mrp.uk.com</a></p> <p><b>Le futur numéro sera publié en Janvier 2019</b></p> <p>Toute correspondance, y compris toute proposition d'article, doit être adressée à: Paul Newson - PNDesign, <a href="mailto:pndesign@icloud.com">pndesign@icloud.com</a></p>	<p><b>Copyright :</b> INSOL Europe 2018</p> <p>Aucun extrait de la présente lettre d'information ne pourra être reproduit ou transféré, sous quelque forme et par quelque biais que ce soit, sans l'accord préalable d'INSOL Europe</p> <p><b>Images :</b> @Fotolia.com (s'il n'y a pas une autre mention)</p> <p>EUROFENIX et <i>eurofenix</i> sont des marques enregistrées au nom d'INSOL Europe</p>	<p><b>Avertissement :</b></p> <p>La présence d'une erreur ou omission dans les articles publiés n'engagera nullement la responsabilité, à <b>quelque titre que ce soit</b>, de la rédaction, la production, ou du comité exécutif d'INSOL Europe.</p> <p><b>Les opinions exprimées dans les articles publiés dans la présente revue</b> ne sont pas nécessairement partagées par les rédacteurs en chef, la production, ou l'un ou l'autre des représentants d'INSOL Europe, ou bien par les sociétés et les organisations auxquelles appartiennent les auteurs des articles.</p>
--	---	---	---

## La lettre des co-rédacteurs-en-chef

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

**Dix ans après l'effondrement de Lehman Brothers, des comparaisons sont dressées entre l'état du système économique et financier mondial à l'automne 2008 et aujourd'hui. Une armada d'experts — réels ou auto-proclamés — analyse les progrès réalisés depuis le début de la crise financière, les leçons apprises et le chemin qui reste à parcourir. Certains mauvais augures prédisent même un crash économique et financier imminent. Personnellement, je n'ai pas les compétences nécessaires pour m'associer à ceux qui se risquent à prédire l'avenir.**

Toutefois, si l'on regarde en arrière, je ne peux nier avoir constaté d'impressionnants changements positifs au cours de la dernière décennie. Les États membres de l'UE ont amélioré leurs lois nationales pour mieux affronter les crises. Le règlement sur l'insolvabilité est arrivé à maturité ; depuis l'année dernière, nous gagnons en expérience en ce qui concerne la refonte du règlement. De nouvelles initiatives, telles que la proposition de directive sur les cadres de restructuration préventifs, envoient des signaux clairs aux États membres pour qu'ils fassent davantage d'efforts en vue d'éviter les insolvabilités et leurs effets négatifs sur l'économie et la société.

5

D'un point de vue pratique, je pense que le plus important est la riche expérience que nous avons gagnée au cours de la dernière décennie. Au moins dans « ma » région — les pays baltes — mais aussi en Europe centrale et orientale en général, le savoir-faire et l'expérience des PI, des juges, des législateurs, des banquiers et autres protagonistes ont progressé de façon spectaculaire, notamment grâce au travail qu'ont inlassablement abattu les organisations telles qu'INSOL Europe.

Il y a de fortes chances pour que lisiez ces lignes à Athènes, pendant notre Congrès annuel. « Rompre les chaînes » en est le thème principal. Le faisons-nous vraiment ? La Grèce, par exemple, a-t-elle réussi à obtenir un allègement de dette historique ? A-t-elle modifié efficacement son cadre de sauvegarde des entreprises ? Vous en saurez plus en lisant les deux articles sur la Grèce : le premier traite des nouvelles règles en matière de sauvegarde des entreprises, le second de l'accord sur la dette. Dans un autre contexte, on peut se demander si oui ou non (ou quand) les technologies modernes bouleverseront la façon dont les insolvabilités et les restructurations sont gérées. Notre invitée, Joanna Goodman, nous ouvre les yeux sur ce thème dans son éditorial consacré à la place de l'intelligence artificielle dans le domaine de l'insolvabilité. Bien entendu, nous revenons aussi sur l'éternel sujet qui nous préoccupe : le Royaume-Uni qui se libère de ses chaînes européennes... Vous en saurez plus en lisant l'article consacré au Brexit et aux insolvabilités transfrontalières.

Les lecteurs qui s'intéressent aux expérimentations récentes ou en cours seront heureux de découvrir la présentation du « nouveau venu en ville », à savoir le médiateur en restructuration d'entreprises, par Catarina Serra, ou encore le rapport sur la restructuration du groupe croate Agrokor, qui a été facilitée par un nouveau cadre législatif.

Outre de nombreux exemples de « chaînes rompues », vous trouverez dans ce numéro des informations précieuses sur de récents amendements législatifs ou projets de lois (voir les articles concernant la Slovaquie, Chypre, la Lituanie et la France), des conseils sur les contrats exécutoires dans le cadre des procédures fondées sur le chapitre 11 (Rubrique États-Unis), les tendances des insolvabilités de consommateurs en Pologne, etc.

Je suis persuadé que vous apprécierez ce numéro d'eurofenix autant que moi, et que vous serez d'accord avec moi pour dire que ces articles sont en parfaite adéquation avec les thèmes que nous aborderons lors de notre Congrès annuel. *Je suis impatient de vous voir à Athènes !*

*Frank Heemann*

X X X  
X

## La lettre du Président

# Construire l'avenir

6

*Radu Lotrean\* nous livre son dernier éditorial en tant que Président et résume les changements positifs qu'il a aidés à apporter à notre organisation*

**Cette année a été très fructueuse pour notre organisation, pendant que j'avais le grand privilège de faire partie de son équipe dirigeante.**

Alors que j'écris ma dernière « Lettre du Président », je voudrais commencer par souhaiter la bienvenue à mon successeur, Alastair Beveridge. Je pense que notre organisation est solide et bien placée pour atteindre des sommets encore plus élevés, en asseyant ses nouveaux projets sur les fondations de ses réussites du passé. La plupart de ceux qui participent activement à la vie d'INSOL Europe connaissent Alastair et savent que c'est un professionnel enthousiaste qui ne recule pas devant le travail, entièrement dévoué à la croissance de notre organisation. Je suis persuadé qu'une fois qu'Alastair aura pris les commandes du navire, il laissera sa marque sur INSOL Europe de nombreuses façons positives.

## Planification stratégique

INSOL Europe est une organisation qui connaît une croissance rapide. Par conséquent, elle a sans cesse besoin de stratégies nouvelles pour guider son développement et la préparer aux enjeux qui

l'attendent. Le questionnaire sur le Groupe de travail stratégique 2025 a permis de recueillir des informations sur les caractéristiques de notre base d'adhérents, la motivation et les aspirations de nos membres, ainsi que la façon dont INSOL Europe devrait être perçue par le monde extérieur et ses acteurs, et interagir avec eux.

Les résultats du questionnaire constitue sans conteste un outil qui nous a beaucoup servi au cours de mon mandat. Ils ont révélé des faits intéressants sur notre organisation, ce qui nous a amené à penser et repenser notre rôle, la croissance de notre organisation, sa présence et ses groupes cibles. S'appuyant sur les conclusions du Groupe de travail stratégique 2025, INSOL Europe s'est lancée dans un processus de planification stratégique qui a atteint son point culminant en avril 2018, date à laquelle un plan d'action a été approuvé par le Conseil. Voici les principales conclusions qui ont permis de mettre au point ce plan :

- Au cours de ces dernières années, nous avons assisté à une légère mais constante baisse du nombre de membres de notre organisation ;
- INSOL Europe n'est pas représentée dans la moitié des pays européens ; et
- Certains pays ne sont pas représentés dans notre Conseil.

Pourtant, nous présentons un énorme potentiel d'attraction pour des membres de pays importants mais néanmoins sous-représentés à ce jour (en termes de nombre de membres) — tels que la France, l'Italie, l'Espagne, l'Allemagne —, ainsi que de pays qui ne sont pas représentés au Conseils — tels que Chypre, la Grèce, la Hongrie, la Belgique, le Portugal, le Luxembourg et la Finlande. Pour y parvenir, nous avons analysé les besoins de nos membres, les outils marketing dont dispose notre organisation, ainsi que le contenu que nous fournissons à nos membres actuels ou potentiels.

Mon projet était relativement simple ; il reposait sur trois grands piliers, dans le but de restructurer le cœur-même de notre organisation :

- (1) Présence : développement de notre réseau en focalisant notre attention et nos ressources sur le niveau local ;
- (2) Représentativité de tous les pays ou régions d'Europe ; et
- (3) Communication / collaboration.

### **Présence**

En ce qui concerne la présence locale, même sans les conclusions du Groupe de travail stratégique, je savais dès le tout début de mon mandat qu'INSOL Europe devait être présente dans tous les pays européens si elle voulait accroître sa pertinence et son impact et participer au développement de la législation en matière d'insolvabilité et de l'environnement commercial sur le plan local.

À cet égard, le Comité exécutif a décidé de créer un nouveau comité, le **Comité de développement d'INSOL Europe**, dans le but de créer des réseaux locaux et nationaux qui allaient servir de courroie de transmission entre les communautés nationales et européenne. Cela

permettrait à terme de sensibiliser le public à l'existence d'INSOL Europe et à sa capacité à aider la législation nationale et les parties prenantes à progresser, grâce au partage de notre savoir-faire et de nos bonnes pratiques, par le biais d'outils tels que la formation de haut niveau sur l'insolvabilité. En retour, cela nous permettra de recruter de nouveaux membres, de diffuser le message d'INSOL Europe au niveau local, et de diffuser les messages nationaux aux niveaux européen et international !

Cette stratégie permettra d'accroître la pertinence et l'impact d'INSOL Europe. Dans chaque pays représenté au sein d'INSOL Europe, la branche locale est composée, si possible, d'un ou deux **Coordinateurs nationaux**. Ces coordinateurs assureront la liaison avec la ou les associations locales de leur pays, favoriseront les relations entre ces associations et INSOL Europe, tout en assurant la promotion et la protection de l'image d'INSOL Europe. En autres, ils ont pour mission de recruter de nouveaux membres, de relancer les adhésions et d'inviter les nouveaux membres locaux à écrire des articles pour *eurofenix*, d'organiser des réunions et des conférences locales conviviales, de faire la publicité des manifestations organisées par INSOL Europe et de ses travaux, de participer à notre Congrès annuel et, bien entendu, de promouvoir la formation de haut niveau sur l'insolvabilité. Le Comité de développement sera géré par trois **Responsables du développement** chargés de coordonner activement le projet. Les lignes directrices évoquées ci-dessus ont déjà été proposées par le Groupe de travail stratégique et approuvées par le Comité exécutif ; elle seront présentées à l'approbation du Conseil d'INSOL Europe à Athènes.

8

## Représentativité

Depuis le début de mon mandat, j'avais un rêve : qu'INSOL Europe soit représentée dans tous les pays européens et que la plupart des pays soient représentés au Conseil d'INSOL Europe (seuls quatorze pays sont représentés au Conseil, alors que nous avons des membres dans trente-trois pays ; par contre, il reste dix-sept pays européens où nous n'avons pas de membres).

À cet égard, j'ai proposé de modifier les statuts d'INSOL Europe, afin de créer deux sièges spéciaux réservés aux pays qui ne remplissent pas les conditions pour être représentés au Conseil, et ainsi mieux représenter nos membres appartenant à de petits pays tout en facilitant leur processus de vote, sous réserve de l'approbation de l'Assemblée générale. Par ailleurs, le projet de présence locale permettra de créer des synergies entre les partenaires nationaux et européens.

Pour ce qui est de nos membres, nous avons proposé d'adopter une politique de recrutement sur mesure et une stratégie de tarif d'adhésion qui tiendrait compte de l'âge, de la profession et du pays (plus particulièrement pour les pays où INSOL Europe compte peu de membres) des membres potentiels. Ma proposition est centrée sur la possibilité de proposer un tarif d'adhésion accessible et personnalisé à tous nos membres, tenant compte du coût de la vie dans tous les pays européens et offrant des réductions pour les jeunes membres ou en cas d'adhésion d'un groupe de membres d'un même cabinet. Le Conseil se prononcera sur cette proposition à Athènes.



## Communication et coopération

Enfin, nous avons besoin de moderniser notre site web et d'améliorer notre stratégie de communication afin d'attirer des membres potentiels. Nous avons créé un sous-groupe de travail Communications, qui œuvre à rendre notre site plus convivial.

Cette année, nous avons renforcé notre coopération avec INSOL International, l'Association internationale des jeunes avocats (AIJA), l'Association finlandaise de droit de l'insolvabilité (FILA) et le barreau allemand (DAV), par le biais de manifestations conjointes qui ont rencontré un grand succès (Séminaire conjoint d'une journée INSOL International / INSOL Europe à Tel Aviv, Conférence internationale sur la restructuration R3 / INSOL Europe, 6<sup>e</sup> Congrès européen sur l'insolvabilité et la restructuration, Séminaire conjoint d'une journée INSOL International - INSOL Europe - FILA Helsinki ; l'année prochaine, nous organiserons la Conférence internationale de l'insolvabilité avec l'AIJA à Majorque).

Cette année, la formation de haut niveau que nous avons organisée à Chypre a atteint le nombre record de 100 délégués, faisant ses preuves en tant qu'outil de recrutement national.

Ceci résume bien les choses. Quand j'ai été désigné Président de notre organisation, j'ai commencé par suivre les traces de mes prédécesseurs, qui ont tous, chacun à leur façon, modelé notre organisation. J'espère à mon tour que les changements stratégiques susmentionnés que j'ai initiés au cours de mon mandat laisseront leur empreinte sur la croissance et le prestige de notre organisation.

Alors que je reviens sur l'année passée, je constate que ces initiatives ont demandé une préparation très détaillée et précautionneuse, car elles remettaient en question le statu quo de notre organisation ; pourtant, chacune d'entre elles visait à améliorer nos services et la valeur d'INSOL Europe pour vous, nos membres. Elles ont abouti grâce aux efforts et au travail d'équipe sans relâche consentis par le Comité exécutif, le Conseil, le Secrétariat et de nombreux autres membres dévoués auxquels je suis très reconnaissant.

Elle arriveront à terme dans quelques années, mais je terminerai sur ces mots de Ramsay Clark<sup>1</sup> : *« La turbulence est une force vitale. C'est une chance. Sachons aimer la turbulence et nous en servir pour changer. »*

*\*Radu Lotrean est le Président d'INSOL Europe*

---

<sup>1</sup> Juriste et homme politique américain, membre du Parti démocrate, ancien procureur général des États-Unis, connu pour ses positions en faveur des droits civiques, contre la guerre du Viêt-Nam et la peine de mort (N. de la T.).

L'éditorial de notre invitée

## Intelligence artificielle et insolvabilité : les soins intensifs évoluent

*Joanna Goodman\* nous présente les utilisations de l'Intelligence artificielle et son rôle pour les praticiens de l'insolvabilité*

**On pourrait décrire l'insolvabilité et la restructuration comme l'équivalent des soins intensifs pour les entreprises : ces disciplines réunissent des praticiens aux expertises multiples pour aider certaines entreprises à survivre et trouver la voie vers la guérison, et pour apporter des soins palliatifs à d'autres.**

Tout comme en médecine, les technologies modernes changent la façon dont ces soins intensifs sont dispensés. Les principales difficultés, les preuves flagrantes et les prévisions sont mieux évaluées afin d'accroître les chances du « patient » et de gérer les procédures inconfortables et les phases terminales en douceur et avec efficacité, tout en soulageant la douleur tout au long du processus.

Dans le cadre de l'insolvabilité et la restructuration, des règles et processus normalisés sont appliqués à un ensemble de circonstances précis, qui diffèrent pour chaque entreprise, ce qui implique généralement la gestion de grandes quantités de documents internes. Cette association de règles et de variables en fait un domaine de pratique idéal pour appliquer l'intelligence artificielle (IA) à la saisie et au tri des données, ainsi qu'à l'automatisation des processus.

Comme l'explique Ed Macnamara, associé principal chargé des questions de restructuration et d'insolvabilité chez PwC, cela va au-delà de l'utilisation de l'apprentissage machine en vue d'appliquer automatiquement des règles comptables et de garantir la transparence vis-à-vis des créanciers. *« Les outils d'analyse de données et d'intelligence artificielle sont la clé qui permettra de rendre les processus plus efficaces, d'approfondir les connaissances et de dégager plus rapidement de la valeur. Lorsque les tâches sont reproductibles et que l'approche peut être définie, l'IA et les autres technologies jouent un rôle important, par exemple pour remplir les obligations de déclaration ou le travail d'investigation détaillé des praticiens de l'insolvabilité. Chez PwC, nous utilisons des technologies de pointe pour exploiter les données et trouver rapidement les racines d'un problème, ce qui nous permet de gagner en efficacité. »*

Le contentieux, et plus particulièrement l'obtention des preuves électroniques, qui implique de gérer de gros volumes de données, a logiquement été le point de départ de l'IA juridique, et l'analyse de données assistée par ordinateur (ADAO) trouve des applications pratiques dans les enquêtes en matière d'insolvabilité. L'ADAO permet d'automatiser l'étude des documents à l'aide d'un codage prédictif utilisé pour trier les documents électroniques. Aux débuts de l'ADAO, les juristes devaient étudier un échantillon de documents pour en retenir les documents pertinents.

Ensuite, le logiciel appliquait les mêmes critères de sélection à l'ensemble des documents, ce qui permettait d'économiser du temps et de l'argent en limitant l'élément humain à la première et à la dernière étape du processus d'étude. À mesure que la technologie s'est perfectionnée, les moteurs d'IA ont réduit davantage l'élément humain, remplaçant l'échantillonnage par une analyse exhaustive de l'ensemble des documents afin d'en faire ressortir les éléments pertinents et les anomalies. Bien que ces technologies entraînent une réduction des effectifs pour ce qui est des tâches de routine, l'apport des experts reste nécessaire, puisqu'ils fournissent les conseils et l'assistance sur mesure dont les entreprises en difficulté ont besoin.

Les plateformes de *big data* faisant appel au *cloud* et les applications de gestion des preuves rendent les technologies d'aide au contentieux et d'audit juridique pratiques, accessibles et rentables par rapport à la croissance exponentielle du volume des données et à la diversité des supports et plateformes.

Des logiciels d'IA tels que Luminance ([www.luminance.com](http://www.luminance.com)) — qui permettent de reconnaître des schémas dans n'importe quel ensemble de données multimédia — sont évolutifs à terme, car ils sont capables de « lire » un nombre infini de documents en même temps et exactement de la même manière. L'intervention humaine reste nécessaire pour vérifier le résultat : même si les algorithmes sont exempts d'erreur humaine, ils peuvent produire des faux positifs ou mal interpréter le contexte. Des logiciels de gestion des preuves sur mesure, tels que Relativity ([www.relativity.com](http://www.relativity.com)), utilisent des algorithmes pour identifier des schémas et des concepts, et proposent des fonctionnalités supplémentaires telles que des outils de visualisation qui accompagnent les stratégies de contentieux et permettent notamment de décider s'il convient d'intenter des poursuites judiciaires.

11

Dans un récent article qu'il a écrit pour *Recovery*, Robin Ganguly, collaborateur senior chez Bryan Cave Leighton Paisner LLP, met en avant l'application de l'ADAO dans les enquêtes pour les besoins desquelles les praticiens de l'insolvabilité doivent vérifier s'il y a eu ou non dispersion d'actifs. « *Si le codage prédictif est utilisé pour examiner les livres et registres de l'entreprise afin de chercher des indices, l'ADAO a la capacité de trier les documents par degré de pertinence pour que les humains puissent commencer à étudier les documents les plus pertinents, ce qui devrait leur permettre de trouver ce dont ils ont besoin avant que les délais ou les ressources financières ne soient épuisés.* » Le degré de précision de l'examen peut être réglé de manière appropriée selon qu'il s'agit d'une enquête générale ou que certains documents ou types de documents doivent être ciblés plus précisément. Bien que les outils d'ADAO n'utilisent pas tous l'IA pour analyser les données, il faut des produits complexes pour étudier des plus gros volumes de données plus complexes faisant intervenir des plateformes et supports différents.

Dans un autre article publié dans *Recovery*, Simon Edel et Olivia Lancaster expliquent comment la technologie aide les professionnels de la restructuration à analyser les informations financières, à identifier les facteurs de performances et à redresser les entreprises en difficulté. Parmi les autres technologies nouvelles utilisées dans le cadre de l'insolvabilité, citons les outils de comptabilité en

temps réel et le recours aux drones pour reconnaître les actifs importants tels que les biens immobiliers et les terrains, ainsi que les plateformes en ligne offrant des informations sur les créanciers et les ventes d'actifs.

Ed Macnamara nous explique comment PwC utilise des logiciels intelligents pour accompagner les banques dans la cession de leurs portefeuilles non stratégiques ou de leurs prêts non productifs. *« Nous utilisons ces logiciels pour extraire les informations essentielles des livres et registres des banques, ce qui permet de consulter des milliers de documents de prêt en quelques minutes et d'identifier les informations importantes telles que les coordonnées des emprunteurs, des garants, le détail des garanties, etc. Non seulement cette méthode est plus rapide, très précise et capable de supporter plusieurs langues, elle est bien plus rentable que les méthodes traditionnelles, ce qui apporte de la célérité et une réelle valeur ajoutée au processus. »*

En matière d'insolvabilité, l'IA ne consiste pas à simplement à faire des calculs et à appliquer des règles comptables de manière systématique. ROSS Intelligence ([www.rossintelligence.com](http://www.rossintelligence.com)), le premier outil de recherche IA à avoir été utilisé par un cabinet d'avocats, avait d'abord été conçu pour comprendre et analyser la législation et la réglementation en matière d'insolvabilité. En effet, ROSS est un outil professionnel d'aide aux juristes, doté d'une expertise approfondie dans le domaine de l'insolvabilité. Les juristes saisissent une question en langage naturel pour trouver de la jurisprudence récente pertinente et l'associer à des principes juridiques fondamentaux. Ses caractéristiques comportent notamment la capacité à extraire des points de droit, des citations et des précédents pour étayer une argumentation. ROSS couvre désormais plusieurs domaines de pratique, mais il a d'abord été utilisé par le département insolvabilité de divers cabinets d'avocats.

Les outils d'automatisation documentaire intelligents servent à générer les documents nécessaires pour déposer le bilan d'une entreprise et les contrats nécessaires à l'acquisition, à la cession ou à la restructuration d'une entreprise. Il existe de plus en plus d'outils permettant de générer automatiquement des contrats, par exemple ContractExpress ([www.contractexpress.com](http://www.contractexpress.com)) de Thomson Reuters. Kira Systems ([www.kirasystems.com](http://www.kirasystems.com)), pour sa part, applique l'apprentissage machine à l'analyse et à la création de contrats.

Ces formulaires dynamiques recueillent des informations et accélèrent les processus, ce qui permet aux équipes de professionnels de l'insolvabilité de travailler de manière plus efficace. Toutefois, même l'automatisation intelligente ne remplace pas la pensée stratégique indispensable à la préparation des documents de cession nécessaires en cas de restructuration ou d'administration judiciaire, ou pour décider s'il est pertinent de céder une entreprise. Comme l'a fait remarquer un praticien, l'IA ne peut pas mener à bien l'opération de réflexion sous-jacente aux concordats complexes ni gérer la dynamique humaine propre aux décisions et résultats commerciaux.

La technologie sert à prévenir et guérir, à accompagner les enquêtes, les recherches et les analyses, tout en assurant le suivi des entreprises susceptibles de rencontrer des difficultés, et à fournir des informations aux entreprises exposées à des activités à risque. Des outils largement utilisés tels que

Red Flag Alert de Begbies Traynor recueillent des informations auprès du registre du commerce et des sociétés, du registre foncier et d'autres sources publiques et appliquent des algorithmes pour identifier des schémas de comportement susceptibles de laisser penser qu'une entreprise rencontre des difficultés financières, en vue de prendre des mesures en conséquence avant qu'il ne soit trop tard.

Mark Fry, associé chez Begbies Traynor, nous explique comment Red Flag Alert s'est développé pour devenir un outil d'aide à la décision en temps réel qui permet aux praticiens de l'insolvabilité d'apporter leur secours à une entreprise en difficulté avant qu'elle n'arrive au point de non-retour. *« Début 2000, nous avons créé Red Flag Alert : c'était au départ une base de données financière sur les entreprises qui suivait leurs performances et fournissait des informations intelligentes sur les risques associés d'insolvabilité. Ce produit a été mis à jour plusieurs fois depuis sa création pour perfectionner l'ensemble de ses règles et le doter d'algorithmes sur mesure qui permettent au groupe et à ses clients de prendre des décisions informées reposant sur des gros volumes de données étalées sur plusieurs décennies. Nous utilisons une suite technologique (dont certains éléments sont exclusifs) pour travailler à partir de dizaines de millions de points de données et recouper des informations sectorielles, géographiques et d'autres, plus subjectives, sur les tendances commerciales, afin de générer des conclusions de système expert qui s'adaptent à la conjoncture. »*

Cherchant toujours à aller de l'avant, tout en restant réaliste, Begbies Traynor oriente sa recherche sur l'analyse du *big data* et les technologies de la science des données. *« Ceci ajoutera un composant prédictif actif et intelligent à la panoplie du groupe dans le domaine de l'insolvabilité, ce qui permettra de reconnaître plus rapidement et plus précisément les premiers signes de difficultés, afin que des mesures positives puissent être prises, »* précise Mark Fry. Il prévoit un progrès des outils d'automatisation de l'apprentissage machine modulaire, accroissant la productivité, et un approfondissement de l'apprentissage en matière d'analyse des données, permettant que les résultats transcendent les informations pour en tirer des connaissances et de la sagesse.

Quant à Ed Macnamara (PwC), il prédit qu'au fur et à mesure que le monde des entreprises deviendra plus complexe, en raison de la mondialisation et d'autres facteurs, *« au vu des permutations et combinaisons potentielles, il ne sera plus possible de [gérer le travail d'insolvabilité et de restructuration] manuellement. »* Selon lui, *« la technologie ne mettra pas fin aux insolvabilités, elle fera évoluer le rôle du praticien de l'insolvabilité qui pourra ainsi consacrer proportionnellement plus de temps aux principaux aspects stratégiques du dossier et moins de temps à ses aspects procéduraux. »* Il estime que l'AI est en passe de devenir *« un outil essentiel pour comprendre si une entreprise est viable ou non et pour concevoir une solution de restructuration optimale. »*

\*Joanna Goodman, auteure et journaliste (Londres)

## Actualités et événements

# Actualités

*Nous accueillons volontiers les propositions d'articles et d'actualités. Pour 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*

## Des membres de longue date d'INSOL Europe nommés à des postes importants

**Catarina Serra**, co-rédactrice-en-chef d'*eurofenix* depuis 2017 et membre de longue date du Forum universitaire d'INSOL Europe, vient d'être nommée juge de la Cour suprême de Justice du Portugal. Au Portugal, la Cour suprême réunit essentiellement des magistrats de carrière et des procureurs. Toutefois, quelques sièges sont réservés à des juristes reconnus : c'est à ce titre que Catarina a été nommée à ce poste.

Catarina est professeure à la faculté de droit de l'université de Minho depuis 1991 ; elle a consacré une partie importante de sa carrière universitaire au droit de l'insolvabilité. Elle est l'auteure de plusieurs livres et articles et a assuré la coordination scientifique du Congrès du droit de l'insolvabilité portugais. Elle prévoit, dans la mesure du possible, de poursuivre ses travaux dans ce domaine. Au cours de l'automne-hiver 2018, elle dispensera un cours sur le thème de l'insolvabilité dans le cadre d'un master de l'université NOVA de Lisbonne.

**Michael Quinn**, ancien président (2005-2006) et membre de longue date du Conseil d'INSOL Europe, a récemment été nommé juge à la Haute cour d'Irlande. Habituellement, en Irlande, les juges sont nommés après avoir été *barristers* ; Michael fait partie du très petit nombre de *solicitors* devenus membres de la magistrature.

Michael a été associé au sein du cabinet William Fry Solicitors ; c'est l'un des fondateurs de la Société irlandaise des praticiens de l'insolvabilité (*Irish Society of Insolvency Practitioners*). Tout au long de sa carrière, il a conseillé de nombreux mandataires, liquidateurs, enquêteurs, investisseurs, banques et dirigeants de société dans divers secteurs. Michael jouit d'une grande estime de la part de ses confrères et de toute la sphère de l'insolvabilité d'Irlande et d'Europe.

*Nous félicitons Catarina et Michael pour ces nominations et leur adressons tous nos vœux de réussite pour la poursuite de leur carrière.*

## **Ian F. Fletcher QC, professeur émérite *honoris causa* (1944-2018)**

### ***Un hommage du professeur Bob Wessels***

C'est avec une immense tristesse que je vous annonce le décès d'un cher ami et collègue, Ian Fletcher, intervenu le 21 juillet 2018. Il était âgé de 74 ans. J'écrirai plus longuement à son sujet à une autre occasion, mais je souhaite exprimer dans ces lignes, en particulier, que le monde du droit de l'insolvabilité internationale a perdu un géant.

Ian Fletcher était professeur de droit commercial à Queen Mary (université de Londres). De 1994 à 2000, il a dirigé le Centre des études de droit commercial. Par la suite, il est devenu professeur de droit commercial international à University College London. En 1971, il avait été présenté au barreau par Lincoln's Inn (l'un des quatre centres de formation des *barristers* britanniques) et en a été élu *bencher* (membre de l'équipe gouvernante) en 2003. Il a également fait partie du corps enseignant de 3/4 South Square Chambers, Gray's Inn.

Il est l'auteur de nombreux articles et ouvrages, au nombre desquels le célèbre *The Law of Insolvency*, dont la cinquième édition a été publiée en 2017. Sur le plan international, il a fait partie d'un groupe d'universitaires de premier plan spécialistes de l'insolvabilité internationale et du droit international privé. Il est également l'auteur de *Insolvency in Private International Law*, dont la deuxième édition est parue en 2005, ouvrage de référence pour de nombreux universitaires et praticiens internationaux.

15

Ian m'a toujours impressionné par son apolitisme, son pragmatisme, sa façon de favoriser l'intégrité et la pensée indépendante. C'était une joie de connaître et de travailler avec quelqu'un de si honnête tant sur le plan personnel qu'intellectuel. Son épouse Letitia, leurs fils Daniel et Julian, et lui-même ont vécu une véritable tragédie lorsqu'il a, petit à petit, perdu ses forces des suites d'une affection maligne. Je leur adresse ma plus profonde sympathie.

Ian Fletcher a véritablement laissé sa marque sur le monde de l'insolvabilité. Il va me manquer ; je ne l'oublierai jamais.

## **Améliorer l'efficacité du règlement européen sur l'insolvabilité**

La refonte du règlement sur l'insolvabilité est en vigueur depuis le 26 juin 2017. Elle porte sur (i) la compétence internationale des tribunaux des États membres pour l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et le droit applicable ; (ii) la reconnaissance (de plein droit) de ces procédures dans les autres États membres ; (iii) la capacité des praticiens de l'insolvabilité à agir dans d'autres États membres ; (iv) l'obligation de coopération et de communication entre les praticiens de l'insolvabilité et les tribunaux dans les affaires d'insolvabilité internationale ; et (v) un régime particulier pour les procédures d'insolvabilité des membres

**d'un groupe d'entreprises. Le règlement est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans les États membres conformément aux traités européens.**

Une enquête réalisée entre octobre 2017 et mars 2018 décrit la façon dont plusieurs États membres (Finlande, France, Allemagne, Pays-Bas et Italie) ont répondu (ou répondu en partie, ou pas du tout) à la nécessité de compatibilité entre le règlement sur l'insolvabilité et leurs règles nationales. L'enquête a révélé que les législateurs des États membres sont plutôt réservés lorsqu'ils rédigent des lois visant à transposer la refonte du règlement sur l'insolvabilité.

Six thèmes ont été retenus pour cette évaluation, principalement en lien avec les dispositions de la refonte du règlement qui sont nouvelles ou qui étendent certaines normes et notions juridiques par rapport à l'ancienne mouture du règlement, qui date de 2000.

Ces thèmes sont les suivants : (i) compétence internationale du tribunal ; (ii) publication et inscription dans les registres publics d'insolvabilité des autres États membres ; (iii) relation entre les procédures principale et secondaire ; (iv) dispositions relatives à la coopération et la communication entre les praticiens de l'insolvabilité, d'une part, et entre les tribunaux et les praticiens de l'insolvabilité, d'autre part ; (v) dispositions nationales requises s'agissant des procédures de coordination de groupe ; et (vi) recours dans le cadre des procédures de coordination de groupe.

La diversité des résultats est frappante. Dans certains États membres, les législateurs estiment que les dispositions réglementaires sont assez complètes et ne laissent que peu de place à des règles nationales supplémentaires. Par contre, d'autres préfèrent expliquer les processus de prise de décision et le rôle des tribunaux pour connaître des recours prévus par le règlement.

Par conséquent, la CERIL (Conférence sur le droit européen de la restructuration et de l'insolvabilité) appelle les législateurs nationaux des États membres de l'UE à revoir leur évaluation ou à entamer une et à mieux coordonner leurs efforts, afin de : (i) prévenir les différences entraînant des confusions inutiles ; (ii) faire gagner du temps et de l'argent aux tribunaux (batailles procédurales) et aux entreprises (délais et frais de justice) à cet égard ; et (iii) encourager / renforcer les règles (procédurales et matérielles) nationales efficaces, transposant la refonte du règlement européen.

Cette étude a été menée par un groupe de travail de la CERIL, co-présidé par les professeurs Stephan Madaus (Allemagne) et Bob Wessels (Pays-Bas) et réunissant des universitaires et des praticiens —Giorgio Corno (Italie), Ian Fletcher (Royaume-Uni), Tuula Lina (Finlande), Ignacio Tirado (Espagne) et Paul Omar (Royaume-Uni) —, dont certains sont bien connus au sein de la communauté d'INSOL Europe. L'enquête peut être consultée sur le site [www.ceril.eu](http://www.ceril.eu).

*Bob Wessels*



## Rubrique technique

# Rubrique technique : Le Rapport Niebler

*Emmanuelle Inacio\* étudie de plus près le Rapport Niebler sur la proposition de directive de la Commission européenne relative à la restructuration préventive*

**Le 21 août 2018, la Commission des affaires juridiques du Parlement européen a adopté le rapport d'Angelika Niebler<sup>2</sup> sur la proposition de directive de la Commission européenne relative aux cadres de restructuration préventifs, à la seconde chance et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et d'apurement et modifiant la directive 2012/30/UE<sup>3</sup>.**

En effet, la Commission des affaires juridiques a recommandé que la position du Parlement européen, adoptée en première lecture dans le cadre de la procédure législative ordinaire (article 294 du TFUE), modifie la proposition de directive de la Commission européenne. Les amendements les plus importants sont les suivants :

### Cadres de restructuration préventifs

Pour rappel, la proposition de directive introduit l'obligation, pour les États membres, de prendre les dispositions nécessaires pour que, lorsqu'il existe une probabilité d'insolvabilité, les débiteurs aient accès à un cadre de restructuration préventive leur permettant de restructurer leurs dettes ou leur entreprise et de bénéficier d'une suspension des poursuites individuelles si, et dans la mesure où, cette suspension est nécessaire pour permettre le bon déroulement des négociations relatives à un plan de restructuration<sup>4</sup>. Le Rapport Niebler propose la définition suivante du terme « probabilité d'insolvabilité » : « une situation dans laquelle le débiteur n'est pas insolvable au regard de la législation nationale, mais dans laquelle une menace réelle et grave pèse sur sa capacité future à payer ses dettes à l'échéance<sup>5</sup>. »

Le Rapport ajoute que les États membres peuvent également prévoir que les cadres de restructuration soient accessibles à la demande des créanciers et des représentants des travailleurs avec l'accord du débiteur<sup>6</sup>.

Cependant, il ajoute une restriction : les États membres ont la possibilité de prendre des dispositions réservant l'accès aux procédures de restructuration aux entreprises qui n'ont pas été condamnées de manière définitive pour des infractions graves aux obligations comptables au titre de la législation nationale.

<sup>2</sup> <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2018-0269+0+DOC+XML+V0//FR>

<sup>3</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52016PC0723>

<sup>4</sup> Article 4.

<sup>5</sup> Amendement 44.

<sup>6</sup> Amendement 57.

La proposition de directive exige que les États membres veillent à ce que les débiteurs qui négocient un plan de restructuration avec leurs créanciers puissent bénéficier d'une suspension des poursuites individuelles si et dans la mesure où cette suspension est nécessaire pour permettre le bon déroulement des négociations relatives à un plan de restructuration<sup>7</sup>. Le Rapport ajoute que la suspension des poursuites individuelles est possible lorsque l'obligation du débiteur de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité n'est pas encore survenue et à condition qu'il existe une réelle possibilité d'éviter que l'entreprise ne subisse une procédure d'insolvabilité.

En ce qui concerne la question de la durée maximale de la suspension, comme dans la proposition de directive, le Rapport exige des États membres qu'ils permettent au débiteur de demander une suspension générale ou limitée des poursuites individuelles, afin de faciliter les négociations concernant un plan de restructuration, pour une période pouvant aller jusqu'à quatre mois. Cependant, le Rapport propose également que la durée totale de la suspension des poursuites individuelles, prolongations et renouvellements compris, n'excède pas dix mois (contre douze pour la proposition de directive). Le Rapport ajoute une nouvelle disposition : la durée totale de la suspension est limitée à deux mois si le siège social de l'entreprise a été transféré dans un autre État membre au cours des trois mois précédant le dépôt d'une demande d'ouverture d'une procédure de restructuration<sup>8</sup>, afin d'éviter le *forum shopping* et dans un souci de cohérence par rapport au règlement 2015/848.

Pour ce qui est des plans de restructuration, la proposition de directive exige des États membres qu'ils prévoient les informations minimales à inclure obligatoirement dans les plans de restructuration présentés pour validation à une autorité judiciaire ou administrative<sup>9</sup>. Le Rapport Niebler, quant à lui, propose que les États membres exigent que tous les plans de restructuration soient validés par une autorité judiciaire ou administrative, en plus de prévoir les informations minimales à y inclure obligatoirement.

Selon le Rapport, les modalités d'information et de consultation des représentants des travailleurs conformément au droit de l'UE et à la législation nationale et des informations sur les aspects organisationnels qui ont trait aux conséquences sur l'emploi (par exemple licenciements, chômage partiel et similaires) doivent entre autres être incluses dans les plans de restructuration. Le Rapport ajoute que les plans de restructuration ne doivent pas affecter les droits et créances des travailleurs ni les fonds ou régimes de retraite professionnelle<sup>10</sup>, et que les États membres doivent veiller à ce que, lorsque le plan comprend des mesures qui se traduisent par des changements dans l'organisation du travail ou dans les relations contractuelles, ces mesures soient validées par les travailleurs si la législation et les pratiques nationales prévoient une telle validation<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> Article 6.

<sup>8</sup> Amendement 59.

<sup>9</sup> Article 8.

<sup>10</sup> Amendement 65.

<sup>11</sup> Amendement 66.

En outre, le Rapport ajoute que les plans de restructuration qui entraînent la perte de plus de 25 % de la main-d'œuvre doivent être validés par une autorité judiciaire ou administrative<sup>12</sup>. Selon le Rapport, les États membres doivent s'assurer que les droits des travailleurs, y compris le droit de négociation collective et d'action syndicale, et leur droit d'information et de consultation, ne sont pas compromis par le processus de restructuration, et que les travailleurs sont toujours traités comme une classe de créanciers privilégiés et garantis<sup>13</sup>.

La proposition de directive prévoit un mécanisme d'application forcée interclasses qui est utilisé si le plan de restructuration n'est pas soutenu par la majorité requise dans chaque classe de parties affectées, entraînant la formation d'une classe dissidente autorisée à voter. En cas d'application forcée interclasse, le plan de restructuration doit systématiquement être validé par une autorité judiciaire ou administrative. Le mécanisme d'application forcée interclasses fait l'objet de plusieurs exigences minimales harmonisées, visant à garantir que les droits des parties concernées sont protégés de manière adéquate. Ainsi, le plan doit être soutenu par au moins une classe de créanciers concernés et les classes dissidentes autorisées à voter ne doivent pas être injustement lésées au titre du plan proposé<sup>14</sup>. Le Rapport propose que le plan soit approuvé par la majorité des classes de créanciers concernés, et que les États membres aient également la possibilité d'augmenter le nombre minimum de classes requises pour approuver le plan, tant que ce nombre minimal représente toujours la majorité des classes<sup>15</sup>.

En ce qui concerne le rôle du praticien dans le domaine des restructurations, la proposition indique que la désignation, par une autorité judiciaire ou administrative, d'un praticien dans le domaine des restructurations n'est pas obligatoire dans chaque cas. Cependant, elle peut être exigée lorsque le débiteur bénéficie d'une suspension des poursuites individuelles ou lorsque le plan de restructuration doit être validé par une autorité judiciaire ou administrative par voie d'application forcée interclasse<sup>16</sup>.

Le Rapport exige, que la supervision d'une procédure de restructuration par un praticien du domaine des restructurations soit obligatoire ou non, qu'elle soit en tout état de cause soumise à la législation nationale, de manière à préserver les droits des parties concernées, ce qui est rassurant pour les praticiens de l'insolvabilité. Le Rapport ajoute que les États membres exigeront la désignation d'un praticien dans le domaine des restructurations au moins lorsque le débiteur bénéficie d'une suspension des poursuites, lorsque le plan de restructuration doit être validé par une autorité judiciaire ou administrative par voie d'application forcée interclasse, et lorsque le débiteur ou une majorité de créanciers le demandent<sup>17</sup>.

---

<sup>12</sup> Amendement 67.

<sup>13</sup> Amendement 70.

<sup>14</sup> Article 11.

<sup>15</sup> Amendement 68.

<sup>16</sup> Article 5.

<sup>17</sup> Amendement 58.

## Praticiens dans le domaine de la restructuration, de l'insolvabilité et de la seconde chance

En ce qui concerne le rôle du praticien dans le domaine de la restructuration, de l'insolvabilité et de la seconde chance, le Rapport insiste sur leur formation, ainsi que sur celle des membres de l'appareil judiciaire et des autorités administratives.

D'après le Rapport, la Commission facilitera le partage de bonnes pratiques entre les États membres en vue d'améliorer la qualité de la formation dans l'ensemble de l'UE, notamment grâce au réseautage et à l'échange d'outils de partage d'expériences et de renforcement des capacités, et si nécessaire, organisera des formations destinées aux membres de l'appareil judiciaire et des autorités administratives dans le domaine de la restructuration, de l'insolvabilité et de la seconde chance<sup>18</sup>.

En outre, le Rapport souligne la nécessité d'encadrer la pratique dans le domaine de la restructuration, de l'insolvabilité et de la seconde chance, et d'accroître sa transparence. De fait, selon le Rapport, les États membres veilleront à ce que les praticiens dans le domaine de la restructuration, de l'insolvabilité et de la seconde chance, ainsi que d'autres mécanismes efficaces de surveillance de la prestation de services dans ce domaine, respectent les codes de conduite définis par la loi, qui contiennent au moins des dispositions en matière de formation, de qualifications, d'octroi de licences, d'enregistrement, de responsabilité personnelle, d'assurance et d'honorabilité<sup>19</sup>. Les États membres mettront en place des sanctions effectives en cas de non-respect des obligations des praticiens et veilleront à ce que les informations concernant les organes chargés de superviser ou de contrôler les praticiens dans le domaine de la restructuration soient rendues publiques<sup>20</sup>.

*À suivre...*

*\*Emmanuelle Inacio, responsable technique d'INSOL Europe*

X X X

X

20

## Grèce

# Nouvelles règles en matière de sauvegarde des entreprises en Grèce

*Alex Kastrinou\* nous livre à point nommé une analyse de l'efficacité des récentes modifications apportées à la législation grecque en matière de sauvegarde des entreprises*

**Suivant l'exemple de nombreux autres pays européens, la Grèce a cherché à réformer son Code de l'insolvabilité en 2007, afin de mettre en place des procédures offrant une véritable chance de survie aux entreprises en difficulté.**

<sup>18</sup> Amendement 91.

<sup>19</sup> Amendement 92.

<sup>20</sup> Amendements 93 et 94.

La Loi de 2007 a par la suite été précisée plusieurs fois<sup>21</sup>, les législateurs souhaitant renforcer la culture de la sauvegarde nourrie par les réformes de 2007 et faciliter la sauvegarde des entreprises dans un environnement financièrement difficile, où les stigmates de l'échec restent encore très présents.

Cet article vise à analyser brièvement les dispositions législatives grecques en matière de sauvegarde des entreprises en leur état actuel et à évaluer leur efficacité. Contrairement aux autres États membres de l'UE, la Grèce n'a jamais eu de régime de sauvegarde des entreprises sophistiqué. La Loi de 2007 est la première tentative sérieuse visant à promouvoir la notion de restructuration des entreprises dans le pays, qui privilégiait auparavant la liquidation des entreprises naufragées. Comme dans presque tous les autres pays maintenant, l'un des principaux objectifs des nouvelles règles grecques en matière d'insolvabilité est de fournir aux entreprises en difficulté mais viables une possibilité de redressement ou, plus important, de faciliter la sortie du marché ordonnée des entreprises insolubles<sup>22</sup>. Ces deux fonctions du droit de l'insolvabilité n'avaient jamais eu autant d'importance pour l'économie grecque. La Grèce se remet lentement mais sûrement d'une crise financière qui a mis l'économie nationale à genoux. Les mesures draconiennes prises par les législateurs en 2007 pour favoriser une culture de la sauvegarde, ainsi que les nombreux efforts subséquents (sous forme de réformes législatives) visant à dynamiser cette culture semblent enfin porter leurs fruits.

Avant les réformes de 2007, les dispositions en matière de sauvegarde des entreprises n'étaient pas codifiées. Au lieu de cela, il existait diverses dispositions en matière de redressement, qui visaient à prévenir la défaillance et les difficultés des entreprises. La Loi de 2007, s'efforçant de marquer un changement de politique, a remplacé toutes les lois dispersées (principalement favorables aux créanciers) par un Code de l'insolvabilité unifié, qui prévoyait des procédures de sauvegarde manifestement favorables aux débiteurs.

La Loi 3588/2007 visait plus particulièrement à offrir une seconde chance aux débiteurs malheureux mais honnêtes, à faciliter la sauvegarde des entreprises en difficulté viables et à préserver l'emploi. Notamment, deux procédures bien précises ont été introduites, à savoir la procédure de rétablissement pré-insolvabilité (article 99) et la procédure du plan de réorganisation (article 108).

### **Procédure de rétablissement**

L'article 99 a instauré un nouveau type de procédure sans dessaisissement, qui permet aux débiteurs de surmonter leurs difficultés financières tout en conservant le contrôle de leur entreprise. Au départ, la procédure de rétablissement ressemblait fortement à la procédure de

<sup>21</sup> Des réformes au Code grec de l'insolvabilité ont été introduites par les Lois 3588/2007, 4013/2011, 4446/2016 et 4549/2018.

<sup>22</sup> Voir Paulus, C., Potamitis, S., Rokas, A., et Tirado, I., *Insolvency Law as a Main Pillar of Market Economy – A Critical Assessment of the Greek Insolvency Law (Le droit de l'insolvabilité, pilier de l'économie de marché – Analyse critique du droit grec de l'insolvabilité)*, 2015 (24) Int. Insolv. Rev. 1-27, p. 3.

conciliation française et prévoyait la désignation d'un médiateur, qui avait pour mission de négocier un accord avec les créanciers avant son homologation par le tribunal.

Un débiteur confronté à des difficultés financières imminentes ou prévisibles ou à une cessation des paiements peut saisir le tribunal pour obtenir l'homologation d'un accord de rétablissement<sup>23</sup>. À l'origine, en vertu du régime de 2007, pour que le processus de négociation collective commence, le débiteur devait demander au tribunal d'ouvrir une procédure de rétablissement. Cette obligation anéantissait toute perspective de sauvegarde, puisqu'elle empêchait de fait le débiteur de prendre des mesures à un stade plus précoce (c'est-à-dire avant la saisine du tribunal) tout en entraînant une augmentation des frais et des délais de procédure. Il a été avancé que cette obligation ouvrait également la porte aux abus, puisque les débiteurs peu scrupuleux chercheraient à ouvrir une procédure uniquement pour profiter des délais de procédure et du moratoire qui prendrait effet lors du dépôt de la demande d'ouverture de procédure auprès du tribunal, retardant ainsi l'ouverture de la procédure de liquidation<sup>24</sup>.

Les dernières réformes<sup>25</sup> du Code grec de l'insolvabilité répondent efficacement aux questions des frais et délais de procédure : en effet, en vertu de la version modifiée de l'article 99, les débiteurs doivent entamer des négociations dès que possible, sans être tenus de saisir le tribunal. Le débiteur peut conclure un accord collectif à l'amiable avec ses créanciers<sup>26</sup>, et ensuite le faire homologuer par le tribunal.

En outre, d'autres modifications ont été apportées à l'article 99 en ce qui concerne le moratoire associé à la procédure de rétablissement, en vue de réduire le risque d'abus par des débiteurs malintentionnés<sup>27</sup>. En particulier, en vertu de l'article 106a, pour que le débiteur puisse bénéficier d'un moratoire au cours de la période de négociation, les créanciers représentant 20 % de la valeur totale des créances doivent lui remettre une déclaration écrite confirmant qu'ils acceptent de participer aux négociations en vue de parvenir à un accord de réorganisation. Par conséquent, les débiteurs qui ne reçoivent pas le soutien des créanciers éviteraient en théorie de présenter une demande de protection au titre d'un moratoire préliminaire. En outre, en vertu de l'article 106, le tribunal qui reçoit une demande d'homologation d'un accord de rétablissement est censé accorder

22

<sup>23</sup> Article 99 (3). En cas de cessation des paiements du débiteur à la date de demande d'homologation de l'accord, le débiteur doit également demander l'ouverture d'une procédure formelle d'insolvabilité / de liquidation. Si le tribunal homologue l'accord de rétablissement, la demande d'ouverture de procédure de liquidation du débiteur est rejetée. Par contre, si la demande d'homologation est rejetée, le tribunal procède à l'examen de la demande d'ouverture d'une procédure de liquidation.

<sup>24</sup> Voir Frastanlis, *Pushing Towards Efficiency: New Changes in Greek Restructuring and Insolvency Law (Promouvoir l'efficacité : Nouvelles modifications du droit grec de l'insolvabilité et de la restructuration)*, (2018), Int. Corp. Resc. 14(4), 281-284 at p.281. Voir également Paulus, C., Potamitis, S., Rokas, A., et Tirado, I., note 2 ci-dessus, p. 10.

<sup>25</sup> En vertu de la Loi 4446/2016, tel que réaffirmé dans la Loi 4549/2018.

<sup>26</sup> Un accord de rétablissement peut être présenté au tribunal pour homologation à condition d'avoir été approuvé par les créanciers représentant 60 % de la valeur totale des créances, dont 40 % des créanciers gagistes. Voir article 100 (1).

<sup>27</sup> Voir Frastanlis, S., note 4 ci-dessus, p. 281.

de plein droit un moratoire de quatre mois, avec une possibilité d'extension jusqu'à la clôture de la procédure. Une fois de plus, le législateur laisse peu de possibilités d'abus aux débiteurs peu scrupuleux, puisqu'il est présupposé, pour qu'un débiteur atteigne cette étape (c'est-à-dire la demande d'homologation de l'accord), qu'il aura obtenu l'approbation nécessaire des créanciers<sup>28</sup>.

Dans le but d'améliorer l'efficacité de la procédure de rétablissement et d'éviter les demandes de débiteurs douteux, une protection supplémentaire a été mise en place : la demande d'homologation d'un accord doit être accompagnée d'un rapport d'expertise. L'expert (en général un établissement financier ou un cabinet d'audit) est désigné par le débiteur et les créanciers approuvateurs<sup>29</sup>. Le rapport d'expertise doit entre autres contenir des informations concernant la situation financière du débiteur, une liste détaillée des créances (en particulier celles des créanciers gagistes), des informations sur la conjoncture et les chances de réussite de l'accord<sup>30</sup>.

Il pourrait être avancé qu'en vertu de l'article 99 modifié, qui n'impose plus de saisir le tribunal pour obtenir l'approbation de l'ouverture d'une période de négociations, le débiteur bénéficie de la possibilité non négligeable d'entamer des négociations discrètes avec ses créanciers en vue d'une restructuration. L'absence de publicité au cours des négociations est manifestement une avancée importante, car cela préserve la valeur de l'entreprise et la protège contre les stigmates associés à la défaillance. Une fois un accord conclu, le débiteur peut saisir le tribunal pour le faire homologuer, après quoi l'accord devient contraignant pour tous les créanciers, y compris les créanciers dissidents (effet d'adhésion forcée)<sup>31</sup>.

23

Bien que l'une des fonctions principales de la procédure de rétablissement vise à encourager les débiteurs en difficulté à prendre des mesures et à restructurer leurs affaires tout en conservant le contrôle de leur entreprise (débiteur non dessaisi), il est important de noter que, comme dans toute autre procédure de sauvegarde, le soutien des créanciers joue un rôle crucial. Pour ce qui est du fonctionnement de la procédure de rétablissement, les législateurs semblent avoir placé le débiteur à la place du conducteur. Toutefois, il convient également de noter que, dans le cas où le débiteur est en cessation des paiements, ses créanciers<sup>32</sup> ont la possibilité de préparer un accord de rétablissement sans sa participation et de demander son homologation au tribunal<sup>33</sup>. Manifestement, cette disposition vise à encourager les débiteurs viables à prendre des mesures préventives dès que possible. En même temps, il semble qu'un équilibre est atteint entre la promotion de la sauvegarde par le biais d'un régime sans dessaisissement et la protection des droits des créanciers, puisqu'ils ont la possibilité de prendre le contrôle du rétablissement du débiteur lorsque celui-ci n'a pas proposé ni mis en œuvre de mesures de restructuration.

---

<sup>28</sup> C'est-à-dire que les créanciers représentant 60 % de la valeur totale des créances, dont 40 % des créanciers gagistes, doivent donner leur accord.

<sup>29</sup> Article 104 (6).

<sup>30</sup> Article 104, para. (3), (4) et (5).

<sup>31</sup> Voir article 106b, para. 3 (a), (b) et (c).

<sup>32</sup> Créanciers représentant 60 % de la valeur totale des créances, dont 40 % des créanciers gagistes.

<sup>33</sup> Article 100 (1).

L'article 99, tel que modifié, vise à faciliter la conclusion et la mise en œuvre des accords de restructuration et, plus important, prévoit un moratoire qui protège le débiteur contre les demandes d'exécution des créanciers. Il reste à voir si cela entraînera un basculement effectif vers une culture de la sauvegarde, dans le cadre de la quelle la procédure fera office de procédure de sauvegarde sans dessaisissement d'autonomie, ou si elle fonctionnera simplement comme un outil permettant aux créanciers d'obtenir l'homologation judiciaire des accords pre-pack.

### **Plan de réorganisation**

Lorsque les tentatives visant à éviter une crise financière avant l'insolvabilité se sont avérées vaines, le débiteur insolvable peut emprunter une autre voie vers la sauvegarde, à savoir par le biais d'un plan de réorganisation — qui fait partie de la procédure traditionnelle de liquidation. Plus précisément, le débiteur peut présenter au tribunal un plan de réorganisation dans les trois mois suivant la déclaration de la cessation des paiements, accompagné d'une demande d'ouverture de procédure de liquidation<sup>34</sup>. Une fois ce plan homologué par le tribunal, il devient contraignant pour tous les créanciers, y compris les créanciers dissidents. Ce n'est que dans le cas où le plan de réorganisation n'est pas approuvé par un nombre suffisant de créanciers<sup>35</sup> avant son homologation que la procédure de liquidation sera entamée<sup>36</sup>. Cette étape de réorganisation formelle a pour but de veiller à ce que le débiteur bénéficie d'une nouvelle chance, même à un stade ultérieur, et évite par conséquent la liquidation.

Le plan de réorganisation est découpé en trois étapes, à savoir une étape « informative », une étape « descriptive » et une étape de « développement ». En particulier, le débiteur doit présenter un plan qui contient des informations importantes concernant la situation financière de l'entreprise et qui décrit les origines de ses difficultés. En outre, le débiteur doit divulguer toutes les informations susceptibles d'affecter la mise en œuvre du plan de réorganisation, son acceptation par les créanciers ou son homologation par le tribunal<sup>37</sup>. Par ailleurs, le plan doit contenir un rapport comparant le degré de désintéressement des créances dans le cadre du projet de plan de réorganisation par rapport à la procédure de liquidation<sup>38</sup>. Le débiteur doit également énumérer les mesures prises ou prévues afin de garantir la satisfaction du projet de modification des créances, ainsi que les mesures mettant en avant des changements concernant les aspects opérationnels et la poursuite de l'activité de l'entreprise<sup>39</sup>.

D'autre part, une modification importante a été apportée en 2016 à la procédure de plan de réorganisation : désormais, il n'est plus nécessaire que le tribunal approuve le contenu du projet de

<sup>34</sup> Article 108 (2). Ce délai peut être étendu au maximum d'un mois, dans le cas où le tribunal a constaté que cela ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers et qu'il existe une chance réelle qu'ils approuvent le plan.

<sup>35</sup> Le plan de réorganisation doit être approuvé lors d'une assemblée des créanciers par les créanciers représentant au moins 60 % des créances totales, dont au moins 40 % de créanciers gagistes. Voir article 108.

<sup>36</sup> Article 107.

<sup>37</sup> Article 109a (a).

<sup>38</sup> Article 109a (b).

<sup>39</sup> Article 109 (b).



plan avant qu'il soit présenté aux créanciers pour approbation<sup>40</sup>. Ceci limite efficacement l'implication du tribunal dans la procédure et élimine par conséquent les frais et retards procéduraux associés, ce qui rend la procédure plus attractive pour les débiteurs en difficulté et leurs créanciers.

On pourrait avancer que l'introduction de la procédure de plan de réorganisation en 2007 et ses amendements ultérieurs traduisent l'intention des législateurs de promouvoir l'idée de sauvegarde des entreprises lorsque les tentatives de sauvegarde informelles ont échoué. En vertu du cadre législatif actuel, le débiteur est encouragé à soumettre un plan de réorganisation y compris à des stades ultérieurs, ce qui apporte des protections supplémentaires contre la liquidation.

### **Conclusion**

Il est avancé que, suite à l'introduction de la Loi de 2007, la législation grecque en matière d'insolvabilité a connu un basculement éthique remarquable. L'intention des législateurs, qui souhaitaient promouvoir la notion de sauvegarde des entreprises et encourager une culture de la seconde chance, est clairement perceptible dans le cadre législatif actuel. Cependant, il ne faut pas oublier que ce cadre législatif ne peut fonctionner efficacement que s'il reçoit l'appui de cadres institutionnels tout aussi efficaces. Une première démarche en ce sens a été effectuée en Grèce en 2016 : pour la première fois, une disposition prévoyait la création d'une profession réglementée de praticien de l'insolvabilité. Manifestement, le prochain rendez-vous du calendrier des réformes devrait être l'efficacité (ou le manque d'efficacité) du système judiciaire, car bien que les réformes aient en parti répondu à ce problème en réduisant le degré d'implication des tribunaux, ceux-ci restent notoirement lents et ne sont pas forcément spécialistes du domaine de l'insolvabilité.

Enfin, à une époque où la Grèce semble se remettre lentement de la crise financière, il ne faut pas oublier que la restructuration des entreprises en difficulté s'est avérée une tâche plutôt ardue dans un environnement économique où les banques elles-mêmes se débattent souvent pour respecter leurs propres obligations en termes de capital.

On peut espérer que la Grèce connaîtra bientôt les réformes indispensables qu'attend le système judiciaire. Associées à ce qui semble être (en théorie) un cadre législatif efficace et un secteur financier qui se redresse, elles devraient contribuer à la réelle émergence d'une culture de sauvegarde des entreprises. En Grèce, les règles en la matière ont parcouru un long chemin ces dix dernières années. Les nombreuses réformes prouvent que les législateurs œuvrent activement pour créer un cadre (à la fois institutionnel et législatif) qui facilite la sauvegarde. Toutefois, la réforme de la justice et le fait que ces nouvelles lois aient été couchées sur le papier ne suffisent pas en soi et le système ne pourra se développer efficacement qu'une fois que celles-ci seront appliquées. N'oublions pas la célèbre citation d'Aristote, qui dit : « Ce que nous devons apprendre à faire, nous l'apprenons en le faisant. » Le voyage vers une culture perfectionnée de la sauvegarde des entreprises sera donc probablement long.

*\*Alexandra Kastrinou, maître de conférences, Nottingham Law School*

---

<sup>40</sup> La Loi de 2016 a abrogé l'ancien article 114 du Code de l'insolvabilité.

# Accord sur la dette grecque : boulet ou libération ?

*Yiannis G. Sakkas et Yiannis G. Bazinas\* nous présentent l'accord historique d'allègement de la dette grecque, moment décisif pour la zone euro dans son ensemble*

**Le 22 juin 2018, l'Eurogroupe est parvenu à ce qui a été qualifié d'accord « historique » d'allègement de la dette grecque, réussite considérable et étape finale du retour vers la normalité économique en Grèce, après près d'une décennie de sauvetages de l'Europe et du FMI.**

Cet accord a été publiquement décrit comme « un moment historique pour la zone euro », « la fin de la crise grecque » et même « le plus grand acte de solidarité que le monde ait jamais connu ». Toutefois, tous ne partageant pas le même enthousiasme. Des préoccupations subsistent quant à la capacité des mesures convenues à restaurer la viabilité de la dette. Pire encore, l'accord est conditionné par la poursuite de mesures d'austérité rigoureuses, ce qui pourrait porter un coup fatal à l'économie nationale. Pour éviter cela, l'allègement de la dette grecque implique inévitablement une restructuration de dette.

## **L'accord sur la dette grecque**

Sous sa forme actuelle, cet accord est le dernier rebondissement de la longue saga de la crise de la dette souveraine grecque, qui a été à l'épicentre des débats politiques au sein de l'UE pendant la plus grande partie de cette dernière décennie. La dette publique grecque s'élevant actuellement à 340 milliards d'euros, soit 180 % du PIB du pays, il a été largement admis qu'une restructuration était indispensable pour que la Grèce puisse accéder aux marchés des capitaux à la fin du troisième programme de sauvetage, en août 2018. Cette restructuration viserait à garantir que la Grèce puisse rembourser sa dette sur le long terme, sans avoir à recourir à un financement du secteur public. En termes techniques, cela se traduit par une tentative de maintenir les besoins bruts de financement<sup>41</sup> en dessous de la barre des 15 % à moyen terme et des 20 % à long terme, tel que convenu par l'Eurogroupe le 25 mai 2016<sup>42</sup>.

Pour tenir ces objectifs, les créanciers européens du pays ont accepté de restructurer près de 130 milliards de prêts consentis à la Grèce par le Fonds européen de stabilité financière (FESF) en 2011. Cette restructuration prendra la forme d'un report des intérêts avec un amortissement sur dix ans et d'une extension des échéances pour une décennie de plus. L'accord prévoit également la renonciation à certains paiements d'intérêts sur une partie des prêts du FESF (la « marge de taux

<sup>41</sup> Les besoins bruts de financement (Gross Financing Needs – GFN) correspondent au total des nouveaux besoins d'emprunt ajouté aux dettes arrivant à échéance au cours de l'année. En l'essence, ils mesurent le montant qu'un pays doit emprunter chaque année pour servir sa dette, en tenant compte de ses revenus et de ses dépenses hors intérêts. Voir *IMF Fiscal Monitor 2015, Glossary*.

<sup>42</sup> Disponible à l'adresse <https://www.esm.europa.eu/press-releases/eurogroup-statement-greece-25-may-2016>.

d'intérêt croissant »). En outre, chaque semestre jusqu'en 2022, la Grèce recevra les revenus perçus par la BCE et les Banques centrales nationales sur les obligations grecques qu'elles détiennent<sup>43</sup>, soit environ 4 milliards d'euros. Ces paiements, ainsi que la mise à disposition de la dernière tranche du programme d'assistance financière actuelle du Mécanisme européen de stabilité (MES), s'élevant à 15 milliards d'euros, fournira au pays une « réserve de liquidités » qui lui permettra d'accéder aux marchés avec moins de difficultés. L'Eurogroupe a également accepté de réétudier, à la fin du délai de grâce accordé par le FESF, en 2032, la nécessité éventuelle de prendre d'autres mesures concernant la dette afin de veiller à ce que les objectifs en matière de GFN soient remplis.

Toutefois, cet accord a un prix. Plus précisément, afin de garantir la viabilité de la dette, le Gouvernement grec s'est engagé à remplir des objectifs budgétaires stricts au cours des prochaines décennies, et à atteindre un excédent primaire de 3,5 % du PIB jusqu'en 2022 et de 2,2 % en moyenne jusqu'en 2060. De fait, la déclaration de l'Eurogroupe contient une annexe énonçant les engagements précis de la Grèce « en vue de garantir la continuité et le parachèvement des réformes adoptées au titre du programme du MES<sup>44</sup>. » Pour s'assurer que ces objectifs sont remplis, la Grèce fera l'objet d'une procédure dite de « surveillance renforcée » : sa situation économique, budgétaire et financière sera examinée chaque trimestre. C'est également sur la base de ces rapports trimestriels que seront déboursés 4 milliards d'euros issus des obligations grecques détenues par la BCE. Ainsi, même si le troisième programme d'assistance financière avec le MES est officiellement terminé, le pays restera tenu en laisse pendant des dizaines d'années.

27

### **Les mesures prévues suffiront-elles à restaurer la viabilité de la dette ?**

Même si le moindre allègement serait le bienvenu, la question essentielle est de savoir si l'accord d'allègement de la dette actuel suffira pour aider à la Grèce à revenir sur les marchés à un taux viable<sup>45</sup>. De fait, la portée nécessaire de cette restructuration suscite des discordes depuis deux ans entre les deux principaux créanciers de la Grèce, à savoir le FMI et la zone euro. La source du désaccord réside dans l'évaluation divergente de la capacité de la Grèce à maintenir le cap sur les objectifs fiscaux convenus, en particulier en ce qui concerne l'évolution de l'excédent primaire. D'une part, les institutions européennes semblent confiantes quant aux futures performances budgétaires de la Grèce et prévoient ainsi que la viabilité de la dette pourra être garantie grâce à une association entre rigueur budgétaire et allègement de la dette à moyen et long termes,

<sup>43</sup> C'est-à-dire les revenus d'intérêts sur les obligations détenues par la BCE suite au Securities Market Program (SMP), opérationnel de 2010 à 2012. Les banques centrales de l'Eurosystème détiennent également des obligations souveraines (dont des obligations grecques) dans le cadre de l'Accord sur les actifs financiers nets (*Agreement on Net Financial Assets* – ANFA). Les obligations souveraines grecques détenues par ces institutions ont été acquises avant la restructuration de la dette obligataire grecque de 2012, à laquelle elles n'étaient donc pas soumises.

<sup>44</sup> Voir l'annexe à la déclaration de l'Eurogroupe du 22 juin 2018 concernant la Grèce, disponible en ligne à l'adresse <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2018/06/22/eurogroup-statement-on-greece-22-june-2018/>

<sup>45</sup> Brookings. 2018. *Is the latest Greek debt deal sustainable or another kick of the can?* Disponible à l'adresse <https://www.brookings.edu/blog/up-front/2018/06/27/is-the-latest-greek-debt-deal-sustainable-or-another-kick-of-the-can/> [consulté le 7 août 2018].

impliquant principalement la réduction convenue des taux d'intérêt et l'allongement des échéances des prêts du FESF<sup>46</sup>. D'autre part, le FMI affirme depuis longtemps qu'il est très improbable que des excédents primaires d'un tel niveau soit atteints et maintenus, et que des mesures d'allègement de la dette supplémentaires sont nécessaires pour garantir la viabilité de la dette publique grecque à long terme<sup>47</sup>.

Le caractère adéquat des mesures d'allègement convenues dépend largement de la capacité de la Grèce à atteindre et maintenir ces objectifs budgétaires. Au cours de ces dernières années, la Grèce a dégagé des excédents primaires essentiellement grâce à une stratégie de surimposition du secteur privé<sup>48</sup>, ce qui jette un doute considérable sur leur viabilité. Par exemple, le pays a réussi à atteindre et même à dépasser l'objectif d'un excédent budgétaire primaire de 1,75 % pour 2017 d'une part en augmentant les impôts et les cotisations sociales et d'autre part en n'honorant pas ses obligations de paiement internes (report de paiement de ses fournisseurs, report du remboursement des taxes sur les ventes et le paiement des retraites). Il n'est pas nécessaire de disposer d'un modèle économique complexe pour se rendre compte que ce n'est pas grâce à de telles tactiques que la Grèce pourra remplir la condition qui lui impose de réaliser des excédents bien plus élevés au cours des 42 années à venir. En réalité, la capacité de contribution fiscale a été épuisée en conséquence de près d'une décennie d'austérité draconienne. Les arriérés d'impôts et de cotisations sociales s'accumulent par millions chaque mois et ont franchi le seuil des 130 milliards d'euros, ce qui représente une augmentation de 50 % par rapport à 2014. Les mesures de recouvrement imposées aux débiteurs de l'État, faisant intervenir des milliers de saisies par jour, n'ont pas réussi à faire rentrer autant d'argent que prévu. En outre, les régimes de protection sociale grecs sont au plus mal et le taux de chômage atteint 20,5 %, plaçant la Grèce en tête du palmarès du chômage au sein de l'Union européenne. Certains économistes avancent même que les objectifs budgétaires sont en réalité bien plus élevés que ne le décrit l'accord sur la dette. Ils estiment que lorsque les taux d'intérêt applicables sont pris en compte, les excédents primaires requis se situeront en réalité aux alentours de 5,3 % du PIB jusqu'en 2022 et de 4 % du PIB pour la période 2023-2060<sup>49</sup>.

Inévitablement, la Grèce sera incapable de dégager les excédents primaires convenus, surtout si l'on tient compte du fait que le Gouvernement devra drainer des fonds provenant du secteur privé à un coût important. Notons que le jour de la réunion de l'Eurogroupe, le rendement des obligations grecques à dix ans s'élevait à 4,00 %, soit son niveau le plus bas depuis février mais néanmoins le plus haut de toute la zone euro. En même temps, aucun signe irréfutable ne permet de penser que cette situation s'améliorera notablement. À tout le moins, les obligations grecques seront probablement les moins résistantes aux fluctuations du marché. De fait, les projections du FMI laissent entendre qu'à moyen terme — puisque la dette publique sera remplacée par des emprunts

<sup>46</sup> Zettelmeyer, Jeromin, Kreplin, Eike, et Panizza, Ugo, *Does Greece Need More Official Debt Relief? If So, How Much?* (avril 2017). Peterson Institute for International Economics, document de travail n° 17-6.

<sup>47</sup> FMI, Grèce : *Preliminary Debt Sustainability Analysis*, mai 2016.

<sup>48</sup> Sakkas, Y. et Bazinas, Y., *Boom or Doom*, *International Financial Law Review*, juillet-août 2017.

<sup>49</sup> Voir <https://truthout.org/articles/eus-debt-deal-is-kiss-of-death-for-greece/>.

plus onéreux auprès de sources privées —, les besoins de financement du pays dépasseront 20 % du PIB. Ceci créera une situation potentiellement explosive<sup>50</sup> ; certains craignent que la dynamique de la dette grecque ne soit plus viable, une fois de plus, à la fin des années 2020<sup>51</sup>.

### **Impact de l'accord sur la croissance économique**

Même si l'approche de l'Eurogroupe, qui exige un excédent primaire élevé pendant longtemps et permet un allègement de dette relativement minime, est cohérent sur le plan interne, il ne correspond pas à l'expérience internationale<sup>52</sup>. Il est avéré que très peu de pays (essentiellement les pays pétroliers et autres pays riches en ressources) ont historiquement tenu de tels objectifs budgétaires pendant une période aussi longue, tel que cela a été convenu pour la Grèce<sup>53</sup>. En outre, dans ces cas, ces excédents primaires élevés étaient renforcés par une forte croissance réelle, plutôt que par une stratégie d'assainissement budgétaire. La Grèce devra garder le cap sur ses objectifs budgétaires tout en favorisant la croissance économique. Toutefois, ces objectifs semblent contradictoires, puisque la voie vers les objectifs budgétaires est pavée de mesures d'austérité rigoureuses. Malheureusement, ces mesures n'ont servi qu'à prolonger la récession, l'économie grecque ayant plongé de 28 % par rapport à son niveau antérieur à la crise. En réalité, l'adhésion à ces objectifs budgétaires privera le pays de la marge budgétaire nécessaire pour mettre en œuvre une politique orientée sur la croissance.

### **Nécessité de restructuration de la dette**

Les mesures d'allègement convenues sont sans aucun doute des étapes méritoires tendant à la viabilité de la dette grecque, au moins à moyen terme. Toutefois, comme expliqué ci-dessus, l'accord ne va pas assez loin pour garantir que la Grèce sera capable de tenir debout à long terme. La Grèce aura inéluctablement et rapidement besoin d'un allègement limité de la dette en valeur nominale. Si cette décision est remise à plus tard, le coût d'une restructuration de dette sera bien plus élevé que l'allègement supplémentaire nécessaire pour rendre la dette viable dès aujourd'hui, si l'on considère que le secteur public remboursera de fait près de 100 milliards d'euros correspondant aux nouveaux emprunts contractés entre-temps au prix fort sur les marchés<sup>54</sup>.

Néanmoins, toute évocation d'une restructuration de dette reste un anathème pour les créanciers européens de la Grèce. Certes, certains arguments appuient cette position, mettant en avant le risque moral, les contraintes des traités, etc. Toutefois, l'obstacle principal qui empêche de trouver une solution à la crise de la dette grecque est et a toujours été politique, et non économique ou juridique. La nature économique réelle du règlement de la dette grecque a été établie il y a

<sup>50</sup> FMI, Grèce : *Request for Stand-By Arrangement*, communiqué de presse, rapport des services et déclaration du directeur exécutif pour la Grèce, juillet 2017.

<sup>51</sup> Zettelmeyer, Jeromin et al., *How to Solve the Greek Debt Problem* (avril 2018). Peterson Institute for International Economics, document de travail n° 18-10.

<sup>52</sup> Ibid.

<sup>53</sup> Eichengreen, Barry et Panizza, Ugo, *A Surplus of Ambition: Can Europe Rely on Large Primary Surpluses to Solve its Debt Problem?* (juillet 2014), National Bureau of Economic Research, document de travail n° 20316.

<sup>54</sup> Voir Zettelmeyer (2018).

longtemps, quand les créanciers publics ont accepté d'assumer la majeure partie de la dette nationale et d'épauler le risque de décote<sup>55</sup>. Ainsi, s'il est décidé de résoudre le problème de la dette grecque, il existe des méthodes crédibles pour le faire sans aggraver le risque moral tout en respectant l'article 125 du traité de Lisbonne, qui dispose que les États membres ne peuvent pas apporter leur soutien financier aux autres États membres. En d'autres termes, l'allègement de dette en valeur nominale devra être structuré de manière à renforcer la discipline budgétaire, associant les mesures à des aides budgétaires qui devront être remboursées si les objectifs ne sont pas respectés<sup>56</sup>. Non seulement une restructuration suivant ces grandes lignes offrirait une chance importante de croissance à l'économie nationale, mais, plus important encore, elle correspondrait mieux à la description d'un « moment historique pour la zone euro ».

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

X X X  
X

## Le prix « Richard Turton » 2018

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

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

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

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

Le comité a le grand plaisir d'annoncer que le prix Richard Turton a été attribué cette année à **Yutong Zhang** de Chine. Yutong est chercheur-visiteur à l'Ecole de droit de l'Université de Californie à Los Angeles. Auparavant il était doctorant à l'Université de Sciences politiques et droit en Chine. En ce moment il est praticien de l'insolvabilité et réorganisation chez JD Finance. Il va aussi écrire un article sur 'Le blockchain : une chance pour la modernisation de la procédure de réorganisation'. qui sera publié dans une ou plusieurs revues des quatre organisations marraines sous une forme réduite ; il sera également affiché intégralement sur leurs sites web.

En tant que lauréat, entre autres, Yutong est invité à participer au Congrès annuel d'INSOL Europe 2018, qui se tiendra à Athènes, Grèce, du 4 au 7 Octobre.

Nous tenons à féliciter Yutong pour son excellente présentation et à remercier tous les autres candidats qui se sont inscrits cette année. Les détails sur les lauréats précédents et leurs articles se trouve sur [www.insol.org/turton-award](http://www.insol.org/turton-award).

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

<sup>55</sup> Bulow, Jeremy, et Geanakoplos, John, *Greece's Sovereign Debt and Economic Realism* (juin 2017), CEPR, *Policy Insight* 90.

<sup>56</sup> Voir Zettelmeyer (2018).

Croatie

## En Croatie, un nouveau cadre législatif pour sauver Agrokor

*Simon Rowley et Greg Cross\* nous rendent compte des difficultés financières et du redressement d'Agrokor, géant de l'agroalimentaire*

**Agrokor — l'une des sociétés à intégration verticale les plus importantes de l'Adriatique — est le premier groupe privé de la République de Croatie, présent sur les marchés de la distribution de toute l'Europe. Ses recettes, qui s'élèvent à 6,1 milliards d'euros, représentent 12 % du PIB de la Croatie.**

Le groupe opère par l'intermédiaire de plusieurs segments stratégiques, principalement la vente de gros et de détail, la production et la distribution alimentaires, et l'agriculture. Il possède également de nombreuses entreprises dans d'autres secteurs d'activité.

***Les difficultés financières d'Agrokor ont été causées par des facteurs externes et des décisions de la direction***

En 2016, Agrokor a commencé à souffrir des conséquences de tendances macroéconomiques négatives. Des concurrents du secteur de la distribution *low cost* de plus en plus agressifs ont gagné des parts de marché, entraînant une réduction des recettes d'Agrokor ainsi qu'un impact négatif sur ses bénéfices.

La structure de gouvernance, au titre de laquelle un grand nombre de décisions majeures étaient prises exclusivement par le président-directeur général, M. Ivica Todorić, a également contribué à l'augmentation des pressions pesant sur le groupe.

Parmi les principales pressions nées de la stratégie du groupe, citons son modèle de M&A « *buy and build* »<sup>57</sup> et les surinvestissements réalisés dans des sites de production, qui n'ont pas su générer les retombées attendues. En outre, des solutions de financement archaïques (lettres de change, prêts commerciaux et cessions) apportaient des solutions à court terme aux problèmes quotidiens sans être adaptées à la taille et à la complexité du groupe. Ceci a contribué à un effet « château de cartes » où tout problème grave concernant une entité se répandait très rapidement à l'ensemble du groupe.

Ces pressions ont confronté le groupe à un grave problème de liquidités et, bien qu'Agrokor ait réussi à lever 100 millions d'euros de nouveaux financements au premier trimestre 2017, il n'a plus réussi à payer régulièrement ses fournisseurs, ce qui a entraîné la réduction, voire la suspension, des livraisons de biens et services.

<sup>57</sup> Stratégie de croissance fondée sur les acquisitions (N. de la T.).

### ***Un cadre législatif a été conçu exprès pour répondre à cette situation***

Quand le Gouvernement s'est rendu compte des difficultés d'Agrokor, il a craint qu'une défaillance de l'entreprise entraîne une instabilité économique dans tout le pays, puisque de nombreux fournisseurs croates qui dépendaient largement d'Agrokor ont commencé à rencontrer des difficultés financières à cause du resserrement de ses liquidités. Par conséquent, début 2017, le Gouvernement, sous la houlette du Premier ministre Andrej Plenković, mais dirigé dans les faits directement par Martina Dalić, Première ministre adjointe (« PMA »), a revu ses lois en matière d'insolvabilité et a décidé que les procédures de pré-insolvabilité et d'insolvabilité existantes ne convenaient pas à la taille, à la complexité et à l'importance systémique d'Agrokor. Des travaux ont donc commencé pour élaborer un nouveau régime de réorganisation, le troisième, sous la forme d'une loi relative à la procédure d'administration extraordinaire des entreprises d'importance stratégique pour la Croatie (la « Loi AE »), qui est entrée en vigueur le 6 avril 2017.

La Loi AE a été conçue pour offrir une protection contre les créanciers pendant une période de 15 mois maximum, ce qui permet au débiteur de préparer un plan de règlement (de fait, une proposition de restructuration) qui doit être approuvé soit par la majorité simple en nombre et en valeur de chaque classe de créanciers, soit par 66,75 % des créanciers en termes de valeur totale.

### ***L'ouverture de la procédure a entraîné la désignation d'une nouvelle équipe dirigeante pour le groupe***

Fin mars 2017, il est devenu manifeste qu'Agrokor ne disposait pas de suffisamment de liquidités pour poursuivre normalement ses opérations, puisque des mises en demeure représentant plus de 460 millions d'euros avaient été déposées à l'encontre des entreprises du groupe.

Les négociations entamées avec le Gouvernement en vue d'un sauvetage ont échoué ; au bout du compte, M. Todoric a saisi les tribunaux pour obtenir la protection de la Loi AE. Le 10 avril 2017, Agrokor a été placé sous administration extraordinaire et Ante Ramljak a été désigné commissaire extraordinaire.

Juste après sa désignation, l'équipe dirigeante d'Agrokor a quitté le conseil d'administration de la société holding, comme l'exigeait la loi. M. Todoric a ensuite quitté la Croatie pour réapparaître à Londres quelques semaines plus tard, où il réside encore actuellement. Le procureur public croate a commencé à enquêter sur les événements ayant conduit à l'ouverture de la procédure et a délivré un mandat d'arrêt international à l'encontre de M. Todoric suite à des allégations de détournement d'actif concernant ses actes lorsqu'il était à la tête d'Agrokor. Une procédure d'extradition est en cours, M. Todoric ayant interjeté appel après qu'il a été décidé, lors de la première audience d'avril 2018, qu'il devait être extradé vers la Croatie.

### ***Le problème des liquidités devait être résolu immédiatement, des capitaux supplémentaires étant requis d'urgence***



Étant donné que les principales entités opérationnelles du groupe ne disposaient quasiment pas de trésorerie à la date du 10 avril 2017, l'administration extraordinaire a immédiatement commencé à lever de nouveaux fonds, ce que permet la Loi AE.

En quelques jours, l'administration extraordinaire a réussi à obtenir 80 millions d'euros de financement auprès de bailleurs de fonds locaux, afin de répondre aux difficultés de trésorerie immédiates. Cette démarche avait pour but de permettre aux entreprises de poursuivre leurs activités et d'entreprendre des préparatifs tardifs pour la saison touristique de l'été, période stratégique qui permet historiquement de réaliser 40 % de l'EBITDA annuel. En réponse aux enjeux systémiques auxquels le pays était confronté, il était important de veiller à ce que ces liquidités trouvent rapidement leur chemin jusqu'aux fournisseurs afin de garantir la poursuite de l'activité. Ainsi, une partie des fonds levés a été utilisée pour régler certaines obligations antérieures à la procédure. Une partie importante de ces paiements correspondait notamment à des « créances limitées », c'est-à-dire à des factures datées d'avant le début de la procédure AE, mais échues après son ouverture.

Puisqu'il était évident que les 80 millions d'euros initiaux ne suffiraient pas à combler les besoins de liquidités d'Agrokor à court terme, un nouveau processus de levée de fonds plus étendu a été lancé. En juin 2017, le comité de créanciers temporaire a approuvé une facilité de premier rang supérieur de 1,06 milliards d'euros, composée de 530 millions d'euros de nouveaux financements (dont un refinancement des 80 millions d'euros initiaux), les 530 millions restants correspondant au refinancement de la dette antérieure à la procédure et à sa conversion en une dette de premier rang supérieur à l'euro l'euro. Ce refinancement a été contesté sans succès par certains créanciers qui avançaient que la Loi AE ne permettait pas de prendre une telle mesure.

Ces liquidités supplémentaires ont suffisamment renfloué Agrokor, lui permettant de disposer d'une plateforme stable à partir de laquelle elle allait pouvoir rebâtir la confiance des fournisseurs et reprendre ses opérations normales.

Agrokor a ainsi pu bénéficier d'une réserve de 150 millions d'euros qui allait servir à payer ses dettes antérieures à la procédure envers ses fournisseurs principaux, afin de garantir que ces entreprises puissent poursuivre leurs opérations et ainsi soutenir la poursuite de l'activité d'Agrokor.

### ***La situation financière d'Agrokor était différente de ce que pensaient de nombreux partenaires***

Peu après le début de la procédure, des consultants ont été retenus pour procéder à une première analyse de la structure de capital d'Agrokor, ce qui a permis d'établir que le groupe était endetté à hauteur de plus de 6 milliards d'euros, dont 505 millions d'euros de créances garanties. De nombreux partenaires avaient auparavant compris qu'il n'existait que peu voire pas du tout de créances garanties.

Suite à ces conclusions, le commissaire extraordinaire a décidé de faire appel à de nouveaux auditeurs. Les services du cabinet PwC ont donc été retenus pour auditer les états financiers de 2016. Une fois l'audit achevé, des réductions de 2,9 milliards sont intervenues sous forme de diverses régularisations correspondant à des irrégularités comptables. Après régularisation, le passif excédait l'actif total de 1,9 milliards d'euros, ce qui a permis au commissaire extraordinaire d'entamer des poursuites pénales à l'encontre de M. Todorić, notamment pour falsification des rapports financiers.

***Une fois les liquidités stabilisées, une proposition de restructuration a été préparée pour remédier à l'absence de viabilité de la structure de capital***

Alors que les opérations ont commencé à revenir à la normale, une structure de gouvernance provisoire a été mise en place pendant la préparation du plan de restructuration. Pendant ce temps, Agrokor a préparé un plan d'affaires ascendant détaillé en vue de la poursuite du développement opérationnel et de la viabilité des activités du groupe. Ces deux plans indiquaient que le groupe était rentable et pouvait encore s'améliorer, mais que la structure de capital existante n'était pas viable.

Le plan d'affaires permettait à l'administration extraordinaire de disposer de prévisions solides, à partir desquelles il était possible d'anticiper le désintéressement des créanciers au titre du plan de règlement. Le plan de règlement avait pour objectif de maximiser le désintéressement des créanciers en veillant à ce que le groupe poursuive son activité, contrairement à une liquidation ou à la cession de tout ou partie de ses opérations.

La proposition de restructuration a été publiée en décembre 2017, prévoyant que les créanciers échangeraient leurs créances affectées contre des participations et d'autres instruments dans le cadre d'une opération qui leur permettrait de prendre le contrôle total du groupe, leurs participations reposant sur les recettes estimées, calculées par entité, de toutes les entreprises faisant l'objet de l'AE.

***Avec l'avancement des négociations, les pressions publiques et politiques ont entraîné le remplacement du commissaire extraordinaire et de la Première ministre adjointe***

Agrokor faisait la une des actualités depuis avril 2017. L'ancien président-directeur général, sur un blog qu'il avait mis en place, a attaqué la procédure et ses participants pendant des mois. L'un de ses chevaux de bataille concernait la nouvelle loi et la question de sa constitutionnalité ; au bout du compte, la justice a confirmé qu'elle était effectivement constitutionnelle, mais cela a pris du temps. Par ailleurs, il contestait la formulation de la loi, invoquait des fuites de messages électroniques concernant la PMA, le coût des consultants et des conflits d'intérêts. Cédant à ces pressions, le commissaire extraordinaire, Ante Ramljak, a conclu que sa participation constituait un obstacle au règlement et a présenté sa démission en février 2018. Peu de temps par la suite, Fabris Peruško a été nommé commissaire extraordinaire d'Agrokor, secondé d'Irena Weber. La

PMA, Martina Dalić, a elle aussi démissionné quelques mois plus tard, suite à de très fortes pressions exercées sur la procédure et le Gouvernement.

M. Peruško a pris la suite de M. Ramljak dans la direction des négociations avec le comité de créanciers temporaire. Le 10 avril 2018, à la date anniversaire du début de la procédure, un accord commercial a été conclu avec les créanciers et ses modalités ont été rendues publiques. La procédure d'AE a été prolongée de trois mois, ce qui a permis de finaliser la documentation et de présenter un plan de règlement aux créanciers. Ses principaux éléments restaient cohérents par rapport à la proposition de décembre 2017. Certaines nuances supplémentaires portaient sur les droits de paiement conditionnels de certains créanciers, liés aux futurs résultats commerciaux, et sur une solution relative aux droits de recours correspondant aux lettres de change.

Le plan permettait également au principal créancier gagiste, Sberbank, d'échanger sa participation minoritaire dans la filiale slovène du groupe, Mercator, contre une participation supplémentaire dans la nouvelle structure du groupe. Ceci était particulièrement avantageux, car Sberbank avait entamé des poursuites à l'encontre de certaines entités du groupe dans d'autres pays, où la protection accordée par l'AE n'était pas reconnue. En réponse, Agrokor avait contesté les créances de Sberbank sur le groupe. À terme, la valeur a été préservée pour tous les créanciers, puisque l'accord portant sur ce point crucial du plan de règlement prévoyait à la fois le retrait des poursuites de Sberbank et l'acceptation de sa créance par Agrokor.

Bien que la Loi AE ne figurait pas au départ dans l'Annexe A du règlement européen sur l'insolvabilité, le Gouvernement croate a obtenu qu'elle y soit ajoutée à partir du 14 juin 2018. La procédure a été reconnue au Royaume-Uni dans le cadre du contentieux, et une demande fondée sur le chapitre 15 a également été déposée auprès des tribunaux des États-Unis. Par contre, d'autres pays, notamment la Slovénie, n'ont pas encore reconnu la Loi AE.

***Le plan a été approuvé par les créanciers ; désormais, l'accent est placé sur la mise en œuvre du plan et le retour à des activités commerciales normales***

Le plan définitif a été déposé auprès du tribunal le 26 juin 2018. Le 4 juillet 2018, la plus grande audience que la Croatie ait jamais connue a été convoquée au stade de basket-ball Cibona à Zagreb, où le plan a été approuvé à la majorité de 80,2 %.

Le tribunal a homologué le plan de règlement deux jours plus tard, le 6 juillet 2018, marquant le début d'un délai de 73 jours au cours duquel il était possible de formuler des contestations. Une fois toutes les contestations résolues, le plan serait définitivement homologué et le processus de mise en œuvre pourrait commencer. Il est prévu que la protection de la Loi AE reste en place jusqu'à la fin du processus de mise en œuvre.

Prévoyant la distribution de 2,8 milliards d'euros et reconnaissant des créances impayées de 5,6 milliards d'euros, le plan a été approuvé, le taux de recouvrement total moyen s'élevant à environ 50 %. Ceci n'est pas un indicateur réel du désintéressement des créanciers, car au vu de la

complexité de la structure de financement du groupe et des paiements autorisés avant la demande d'ouverture de la procédure au cours de l'AE, le taux de recouvrement variera notablement.

Dans l'ensemble, l'opération s'est traduite par la restructuration réussite de l'une des plus grandes entreprises de la région, maximisant le désintéressement des créanciers, préservant les emplois de plus de 50 000 personnes et garantissant la stabilité économique de la Croatie. Même s'il est clair que la loi pourrait être précisée, et qu'un examen obligatoire est susceptible de révéler des domaines d'amélioration, il est encourageant de voir que les secteurs public et privé peuvent agir rapidement ensemble pour apporter des mesures préventives, le tout en quinze mois. Où d'autre est-ce que cela aurait pu arriver aussi vite ?

*\*Greg Cross, vice-président, Simon Rowley, directeur, AlixPartners (Royaume-Uni)*

X X X

X

## France

# La France se rattrape : la transposition anticipée de la Directive sur les cadres de restructuration préventifs

*Par Reinhard Dammann, Associé Clifford Chance, Professeur affilié à Sciences po Paris, Auteur avec Marc Sénéchal du livre "Le droit de l'insolvabilité internationale", publié par Lextenso en juin 2018*

36

Le **projet de loi "PACTE"** (la "loi PACTE"), qui sera examiné par l'Assemblée Nationale en septembre 2018, prévoit d'habiliter le gouvernement à transposer de manière anticipée la future **Directive sur les cadres de restructuration préventifs** (la "Directive"), elle-même largement inspirée des procédures françaises de prévention des difficultés des entreprises. En parallèle, le législateur envisage de réformer le régime des sûretés en cas de procédures collectives. L'intention derrière ces réformes est d'assurer l'attractivité et l'efficacité économique du droit des entreprises en difficulté continental par le biais d'une **harmonisation franco-allemande** accélérée, appelée de ses vœux par le Président de la République.

### *Les classes de créanciers*

La loi PACTE prévoit l'introduction en droit français des **classes de créanciers** (Article 64-I-1°). La Directive suit sur ce point les modèles allemand (§222, par. 2, InsO) et américain (*Chapter 11*, US Bankruptcy Code) en proposant la répartition en classes de créanciers de façon à **refléter les droits ainsi que le rang des créances et des intérêts affectés** par le plan de restructuration. Elle prévoit également la possibilité de créer des sous-catégories à l'intérieur de chaque classe de créanciers, à la condition que leurs droits soient suffisamment similaires pour qu'ils puissent former un groupe homogène caractérisé par une communauté d'intérêts.

Bien que les critères précis de répartition en classes de créanciers ne soient pas encore prévus, la réforme devrait aboutir à un système bien plus efficient que celui actuellement en place. En effet, le droit français opère actuellement une différenciation en fonction de la qualité du créancier (les créanciers financiers, les fournisseurs et les obligataires) et non pas de celle de leurs créances. Cela aboutit à un mélange de créanciers à droits et intérêts divergents au sein d'un même comité. Certes, l'administrateur judiciaire peut moduler les droits de vote des créanciers en prenant en considération l'existence de garanties et d'accords de subordination. Néanmoins, l'absence de critères objectifs régissant cette modulation ne permet pas de rassurer les créanciers dans les restructurations financières complexes.

Sur ce point, la réforme envisagée devra conduire, suivant le modèle allemand, à une répartition plus efficiente des créanciers, fondée exclusivement sur la **similitude objective** des droits attachés à leurs créances. Elle devrait également prévoir une hiérarchie précise des rangs des différentes classes de créanciers afin de faciliter la transposition de la **règle de la priorité absolue**.

### *Le mécanisme de cross-class cram-down (application forcée interclasse)*

Le droit français connaît le mécanisme de *cram-down* de créanciers minoritaires à l'intérieur d'un comité de créanciers, qui se prononce à la majorité des deux tiers du montant des créances, mais la loi PACTE permet la transposition du mécanisme de *cross-class cram-down* (Article 64-I-2°). En effet, la Directive prévoit que l'autorité judiciaire pourrait arrêter, avec l'accord du débiteur, un plan de restructuration malgré l'opposition d'une ou plusieurs classes de créanciers, à condition que le plan ait été approuvé par au moins une classe autre que celle de détenteurs de capital et celles qui n'auraient eu droit à aucun paiement en cas de liquidation judiciaire. La réforme envisagée va dès lors aligner le droit français des entreprises en difficulté sur le modèle de sa contrepartie allemande, qui prévoit déjà un mécanisme de *cross-class cram-down* dans la mesure où le plan de restructuration y est approuvé par une majorité de classes de créanciers.

Bien que la loi PACTE n'anticipe pas explicitement une telle réforme, sa formulation devrait permettre également la transposition d'un mécanisme permettant **d'imposer aux détenteurs de capital des plans de restructuration raisonnables** si leur accord est nécessaire, par exemple dans les cas où le surendettement est apuré par un *debt equity swap*. En effet, suivant là encore le modèle allemand, l'article 12 de la Directive prévoit l'application du mécanisme de *cross-class cram-down* aux détenteurs de capital eux-mêmes. Par contraste, le droit français permet actuellement la dilution des actionnaires ou la cession forcée de leurs actions uniquement dans des conditions très restreintes, lorsque la cessation d'activité de l'entreprise est de nature à causer un trouble grave à l'économie nationale ou régionale.

### *Best interest of creditors test (le critère du respect des intérêts des créanciers)*

La loi PACTE habilite le gouvernement à réformer le droit français afin d'assurer la protection des intérêts des créanciers lorsque le plan de redressement est arrêté par le biais d'un mécanisme de *cram-down*, permettant dès lors la transposition du *best interest of creditors test* prévu aussi bien par la Directive (Article 10) que par le droit allemand. Ainsi, l'autorité judiciaire doit s'assurer qu'aucun créancier contestataire n'est moins bien traité dans le plan de restructuration arrêté que dans une situation de liquidation par cession d'actifs isolés ou plan de cession.

### *La réforme du droit des sûretés*

La loi PACTE habilite le gouvernement à simplifier et améliorer la lisibilité du droit des sûretés français. L'intention du législateur est d'améliorer l'attractivité du droit français pour les investisseurs étrangers, ainsi que d'augmenter son efficacité générale, afin de faciliter le financement des entreprises françaises. Plus particulièrement, une réflexion a été entamée sur la réforme du régime des sûretés en cas de procédure collective.

Afin d'assurer la cohérence du système envisagé, la réforme pourrait **généraliser** le très efficace **régime de la fiducie-sûreté en cas de procédure collective** à l'ensemble de sûretés traditionnelles. Une telle généralisation permettrait de prédire facilement le sort du créancier en cas de liquidation du débiteur, assurant ainsi la possibilité d'appliquer le *best interest of creditors test* susmentionné. En effet, l'application d'un tel test n'est envisageable que s'il est possible de comparer les deux situations hypothétiques du créancier. Malheureusement, ce n'est pas encore le cas en France, où les sûretés sont traitées différemment en cas de plan de cession et en cas de vente isolée d'actifs. De plus, l'aboutissement d'une liquidation judiciaire dépend toujours du sort des créanciers privilégiés (surtout des salariés).

### *Des procédures simplifiées*

La Directive encourage les Etats membres à s'assurer que les petits entrepreneurs et professionnels en difficulté puissent vite rétablir leur activité. Dès lors, la loi PACTE habilite le gouvernement à rendre la procédure de **liquidation judiciaire simplifiée** obligatoire pour les petites et moyennes entreprises employant moins de 5 salariés et dont le chiffre d'affaires ne dépasse pas 750 000 euros. Cette procédure est simple, peu coûteuse et rapide, puisqu'elle doit être clôturée 6 mois (1 an dans des cas exceptionnels) après l'ouverture. La procédure de liquidation simplifiée permet donc de raccourcir la période pendant laquelle le débiteur subit une interdiction d'exercer une activité économique.

De plus, la loi PACTE prévoit une obligation pour les tribunaux de proposer systématiquement l'ouverture d'une procédure de **rétablissement professionnel** aux entrepreneurs et professionnels qui satisfont ses critères. Cette procédure, qui existe déjà mais devrait devenir plus populaire, aboutit à la décharge des dettes et permet un rebondissement rapide du débiteur.

### *Conclusion*

La transposition anticipée de la Directive et l'harmonisation franco-allemande qui en découlera permettra au droit français des entreprises en difficulté, avec son expérience valorisante de plusieurs décennies de procédures de restructuration préventive, de devenir un modèle pour les autres Etats membres. A l'aube du Brexit, les réformes envisagées pourraient donner un avantage aux systèmes juridiques continentaux face à leur compétiteur d'outre-Manche.

**Brexit**

# **Répercussions du Brexit sur les insolvabilités transfrontalières**

*Charles Draper\* fait le point sur le Brexit et les répercussions qu'il produira sur le Royaume-Uni et l'UE*

**Le 29 mars 2017, le Gouvernement britannique a déclenché l'article 50 du Traité de Lisbonne, entamant officiellement le processus de sortie du Royaume-Uni de l'UE. La loi de 2018 sur l'Union européenne (Retrait)<sup>58</sup> fixe la date de sortie au 29 mars 2019 à 23 heures.**

Alors qu'il reste moins de six mois jusqu'au divorce officiel entre le Royaume-Uni et l'Union européenne, nous résumons la situation actuelle et les répercussions que produira ce retrait sur les procédures d'insolvabilité transfrontalières UE-RU.

## **Situation actuelle des procédures d'insolvabilité transfrontalières UE-RU**

La situation actuelle est la même au sein de tous les États membres de l'UE (exception faite du Danemark) : les procédures transfrontalières entre le Royaume-Uni et l'UE sont régies par le règlement CE n° 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité et par le règlement (UE) 2015/848 relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte) (les « règlements européens sur l'insolvabilité »).

Les règlements européens sur l'insolvabilité tendent à l'harmonisation des procédures d'insolvabilité transfrontalières, comme suit :

- Établissement de procédures d'insolvabilité « principale » et « secondaire » et coordination de l'interaction entre les deux procédures ;
- Reconnaissance de plein droit des procédures d'insolvabilité dans les pays étrangers et application du droit local de la procédure « principale » dans les autres États membres ; et
- Exigence de coopération et de communication entre les mandataires de l'insolvabilité étrangers et les tribunaux pour faciliter la coordination des insolvabilités transfrontalières.

Ces mesures ont pour avantage d'optimiser les procédures, de réduire notablement les délais et coûts qu'elles impliquent, de préserver les actifs étrangers et de faciliter leur recouvrement. Ces fonctions garantissent la parité entre les créanciers nationaux et étrangers et permettent d'obtenir le meilleur désintéressement possible de ceux-ci.

## **Le point sur le Brexit**

Le 19 mars 2018, l'UE et le Royaume-Uni ont publié conjointement un projet d'accord sur le retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne (le « projet d'accord de retrait »). Ce projet d'accord de retrait expose en détail la progression des négociations sur les conditions de départ du

---

<sup>58</sup> *European Union (Withdrawal) Act 2018* (N. de la T.).

Royaume-Uni de l'UE, mais ne traite pas du cadre juridique qui régira la relation entre les parties après le Brexit.

Le projet d'accord de retrait prévoit une période de mise en œuvre allant jusqu'au 31 décembre 2020, au cours de laquelle certains textes européens continueront d'être applicables au Royaume-Uni, ce qui laissera aux parties le temps de préparer un nouveau cadre pour régir les questions transfrontalières. Une déclaration conjointe des négociateurs de l'UE et du Royaume-Uni, publiée le 19 juin 2018, confirme que les règlements européens sur l'insolvabilité resteront en vigueur pendant la période de mise en œuvre, à condition, toutefois, que les dispositions encore contentieuses du projet d'accord de retrait soient tranchées et signées avant le 29 mars 2019. Dans le cas contraire, le Royaume-Uni ne pourra plus bénéficier de l'application des règlements européens sur l'insolvabilité à compter du 30 mars 2019, entraînant un Brexit « dur » (*hard Brexit*) en matière d'insolvabilité, plutôt qu'un Brexit « mou » (*soft Brexit*).

### **Hard Brexit**

Comme l'a récemment annoncé le Secrétaire d'État des affaires étrangères, les chances de Brexit « sans accord » « augmentent de jour en jour », même si, ces derniers temps, il semblerait qu'on soit plus proche d'un accord qu'on ne le pensait. Toutefois, en cas de Brexit dur, toute procédure britannique comportant un élément transfrontalier entamée après le 29 mars 2019 (et vice versa) ne pourra plus bénéficier de la reconnaissance mutuelle et de l'assistance que prévoient les règlements. Les mandataires de l'insolvabilité seront donc soumis aux délais, frais, dépenses et incertitudes supplémentaires liés aux éléments suivants :

- Saisine du tribunal étranger pour demander la reconnaissance de leur désignation et une assistance pour la mise à exécution des jugements et décisions ; ou
- Demande d'assistance locale pour l'application du droit du territoire concerné ; ou
- Rapports avec les mandataires de l'insolvabilité étrangers en cas de procédures d'insolvabilité concurrentes.

Des complications supplémentaires pourraient survenir en cas de conflit entre les régimes d'insolvabilité étrangers ou en cas d'absence de coopération entre les mandataires de l'insolvabilité étrangers, ce qui peut entraîner la perte d'actifs étrangers, rendre leur recouvrement plus difficile voire tout simplement non rentable pour les créanciers. En tout état de cause, il semble quasiment inévitable que le coût des insolvabilités transfrontalières UE-RU augmentera pour les créanciers.

Avant l'entrée en vigueur des règlements européens sur l'insolvabilité, une petite minorité d'États membres (Pologne, Grèce, Roumanie et Slovaquie) et le Royaume-Uni avaient adopté la loi type de la CNUDCI, qui continuera de s'appliquer en cas de Brexit dur. La loi type favorise elle aussi la reconnaissance et l'assistance dans les procédures d'insolvabilité transfrontalières, mais seulement entre les pays qui l'ont adoptée et toutefois pas dans la même mesure que les règlements européens sur l'insolvabilité. Par conséquent, sa valeur et l'aide qu'elle apporte sont dans un certain sens limitées. L'un des principaux avantages des règlements européens sur l'insolvabilité est qu'ils



déterminent le droit applicable à la procédure d'insolvabilité en fonction du CIP (« centre des intérêts principaux ») de l'entreprise. La loi type, elle, ne prévoit pas d'autre solution complète.

En cas de Brexit dur, la loi type (si les autres États membres de l'UE l'adoptaient) permettrait, au moins à court terme, à chaque État membre de l'UE de bénéficier d'un régime de l'insolvabilité harmonisé plus efficace entre l'UE et le Royaume-Uni, plutôt que d'aucun régime du tout. Mais dans le cas contraire, le Royaume-Uni devra se fonder sur la législation nationale et les lois des États membres restants pour obtenir la reconnaissance des décisions.

### **Soft Brexit**

Si le projet d'accord de retrait est confirmé, l'UE et le Royaume-Uni disposeront d'un délai supplémentaire au cours de la période de mise en œuvre pour négocier un cadre et un mécanisme régissant les procédures transfrontalières. Faute d'accord, la position par défaut sera la même que si le Brexit dur intervient l'année prochaine, à la différence que les règlements européens sur l'insolvabilité cesseront de produire leurs effets au Royaume-Uni à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2021.

Il est encore difficile de prévoir quel sera le résultat des négociations.

Bien qu'il serait bénéfique pour le Royaume-Uni et l'UE de parvenir à un accord reflétant les règlements européens sur l'insolvabilité et maintenant le statu quo, les répercussions sur la libre circulation entre les deux économies dans le cadre d'un accord plus large sur le Brexit devrait néanmoins entraîner des difficultés à cet égard.

Autre possibilité, le Royaume-Uni est libre de négocier des accords sur mesure avec chaque État membre, mais cette solution entraînerait un réseau complexe de règles d'insolvabilité propres à chaque État membre, sans le poids et le statut du droit de l'UE pour les étayer.

### **Répercussions sur le Royaume-Uni**

On peut espérer que la réputation d'efficacité et de flexibilité du régime de l'insolvabilité britannique ne sera pas compromise par le Brexit. Toutefois, les divergences entre les régimes de l'insolvabilité du Royaume-Uni et des États membres restants, associées à l'effet d'une livre faible et aux restrictions de la libre circulation des marchandises et des personnes, pourraient entraîner une baisse de la popularité du Royaume-Uni pour les investisseurs étrangers et les entreprises multinationales par rapport à ce qui était le cas auparavant.

Une récente enquête réalisée auprès des mandataires de l'insolvabilité britanniques indiquait que 76 % d'entre eux estimaient qu'un Brexit dur entraînerait une augmentation du nombre d'entreprises insolubles. Il est donc vraisemblable que le Royaume-Uni assiste au départ d'entreprises qui souhaitent se réimplanter hors du pays.

*\*Charles E. Draper, assistant juridique, Squire Patton Boggs (Royaume-Uni)*

## Négligence sanctionnable

# La négligence sanctionnable en Europe

*Mihai Lanțoș\* examine des régimes de responsabilité des dirigeants d'Europe occidentale, centrale et orientale, alors qu'une nouvelle directive européenne en matière d'insolvabilité se prépare*

**Tous les systèmes de droit modernes d'Europe actuellement en vigueur prévoient une forme de régime de responsabilité des dirigeants d'entreprise, déclenchée dans des situations en lien avec l'insolvabilité.**

Si, dans certains cas, les obligations des dirigeants ou les situations de responsabilité sont définies au sens large (les dirigeants sont tenus responsables s'ils ne respectent pas leurs obligations générales), d'autres textes de loi prévoient des situations précises et détaillées de faute engageant leur responsabilité personnelle.

Cet article cherche à analyser rapidement trois pays européens à cet égard, étudiant le système de *common law* britannique, ainsi que le cadre législatif très performant d'Allemagne et de Roumanie, l'un des pays européens les plus actifs en matière d'insolvabilité, couvrant ainsi l'Europe d'ouest en est. Parallèlement, il s'intéressera aux récents développements de la législation européenne.

Dans l'UE, la question des obligations des dirigeants joue un rôle important quand il s'agit d'insolvabilité. L'article 18 de la proposition de directive européenne sur les cadres de restructuration présente les obligations les plus répandues des dirigeants dans la plupart des pays européens. Cet article définit le comportement que les dirigeants doivent adopter, réunissant leurs obligations générales et celles qui leur incombent uniquement en cas d'insolvabilité.

42

Leurs obligations générales sont les suivantes :

- prendre des mesures raisonnables pour éviter l'insolvabilité ; et
- éviter tout comportement intentionnel ou toute faute grave compromettant la viabilité de l'entreprise.

Leurs obligations particulières en cas d'insolvabilité sont les suivantes :

- obligation de prendre des mesures immédiates pour minimiser la perte (préjudice) pour les créanciers, les travailleurs, les actionnaires et les autres parties prenantes ; et
- tenir dûment compte des intérêts des créanciers et des autres parties prenantes.

La section 5 du mémorandum explicatif du projet de directive établit que l'article 18 devrait inciter les dirigeants à entamer une restructuration précoce, tant que l'entreprise est encore viable (c'est-à-dire adopter une approche de sauvegarde et non de liquidation).

L'article 18 de la proposition de directive présente une ressemblance frappante avec l'article 214 de la loi britannique de 1986 sur l'insolvabilité<sup>59</sup>, qui définit la notion de « négligence

<sup>59</sup> *Insolvency Act 1986* (N. de la T.).

sanctionnable » en droit britannique. Bien que l'article 18 de la proposition de directive soit plus large et quelque peu imprécis, il ressemble, du point de vue de sa nature et de son interprétation, à l'article 214 britannique. Ces deux articles décrivent les conséquences des actes des dirigeants en cas d'insolvabilité imminente. Ils cherchent à inciter les dirigeants à agir pour éviter l'insolvabilité et, dans le cas où celle-ci est raisonnablement inévitable, ils visent à limiter le préjudice subi par les créanciers (parties prenantes) de l'entreprise.

Ainsi, les obligations des dirigeants changent d'orientation lorsque l'insolvabilité est imminente. Si les dirigeants avaient jusque-là une obligation de nature fiduciaire envers l'entreprise, dès lors que l'insolvabilité est imminente, ils sont tenus de préserver les intérêts des créanciers (et autres parties prenantes), même si cela va à l'encontre des intérêts des actionnaires.

### **Royaume-Uni : « toutes les mesures »**

En vertu du droit britannique, le moyen de défense le plus souvent invoqué par les dirigeants est l'expression « toutes les mesures » visée à l'article 214, paragraphe (3), de la loi de 1986 sur l'insolvabilité, qui prévoit une exonération de responsabilité des dirigeants qui, constatant que l'insolvabilité est imminente, ont pris « toutes les mesures » raisonnables pour protéger les intérêts des créanciers, soit en évitant l'insolvabilité, soit en minimisant les pertes potentielles si l'insolvabilité ne peut pas être évitée.

Ce comportement pourrait consister, pour les dirigeants, à faire preuve de diligence envers la situation de l'entreprise, ce qui signifie qu'ils sont tenus de se tenir informés de la situation économique et financière de l'entreprise et à prendre des mesures en conséquence.

Par le passé, la jurisprudence<sup>60</sup> a sanctionné les actes de dirigeants négligents qui s'étaient fondés sur des « espoirs spéculatifs » que la situation de l'entreprise se redresserait, au lieu d'agir en fonction d'« attentes rationnelles quant à ce que pouvait réserver l'avenir ».

Plus récemment, la jurisprudence<sup>61</sup> a mis en avant un moyen de défense similaire plus accessible, selon lequel les dirigeants ne peuvent être tenus responsables s'ils ont demandé conseil à un professionnel et appliqué ces conseils une fois que la situation a évolué. Cette approche repose sur la notion que chaque mesure qui devrait être prise pour empêcher que les créanciers subissent un préjudice constitue un « obstacle trop important à surmonter pour les dirigeants. » Néanmoins, en droit britannique, il y a négligence sanctionnable dès lors que les dirigeants n'ont pas rempli leur obligation de diligence raisonnable pour protéger les intérêts des créanciers en cas d'insolvabilité imminente.

<sup>60</sup> Affaire *Ward v Perks, Re Hawks Hills Publishing Company Ltd (in liquidation)* [2007] et, plus célèbre, affaire *Earp v Stevenson, Re Kudos Business Solutions Ltd (in liquidation)* [2011].

<sup>61</sup> Affaire *Ralls Builders Limited (in liquidation)* [2016].

## Allemagne

L'Allemagne, l'un des pays les plus performants en termes d'insolvabilité en Europe, a adopté une approche quelque peu différente, mais qui découle tout de même de principes généraux identiques, à savoir la protection des intérêts des créanciers. Les deux lois principales qui concernent les entreprises commerciales sont l'*Aktiengesetz* (AktG) et la *Gesetz für Gesellschaften mit Beschränkter Haftung* (GmbHG). Elles prévoient des règles distinctes pour les sociétés anonymes et les sociétés à responsabilité limitée, mais définissent toutes deux les obligations des dirigeants. L'article 43 paragraphe (1) de la GmbHG dispose que les dirigeants ont pour obligation d'agir de bonne foi et avec diligence. L'article 93 de l'AktG précise les obligations des dirigeants, qui sont de respecter la loi, les statuts et les décisions des actionnaires, pour que les intérêts de l'entreprise en tant que tout restent toujours un guide orientant les actes des dirigeants.

L'*Insolvenzordnung* (InsO), loi allemande sur l'insolvabilité, prévoit un nombre limité de situations dans lesquelles la responsabilité des dirigeants peut être engagée. Premièrement, cas le plus direct, l'article 15a de l'InsO sanctionne les dirigeants en cas d'« *Insolvenzverschleppung* », c'est-à-dire de défaut de demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans les trois semaines du début de la *Zahlungsunfähigkeit* (cessation des paiements) ou de l'*Überschuldung* (surendettement). Cette faute est également sanctionnée en vertu de l'article 823, paragraphe (2), du « *Bürgerliches Gesetzbuch* » (Code civil allemand). Cet article dispose qu'une personne peut voir sa responsabilité engagée si elle ne respecte pas les lois mises en place pour protéger autrui.

Le chapitre 9 de l'InsO présente les situations dans lesquelles un débiteur (c'est-à-dire les dirigeants) peut obtenir un allègement de ses dettes impayées. Un paragraphe expose les motifs pour lesquels le tribunal peut refuser cet allègement à l'entreprise débitrice et à ses dirigeants. Si l'on résume brièvement ces dispositions, il en ressort une obligation générale, pour les dirigeants, d'agir de manière à ce que les intérêts des créanciers soient protégés avant ou pendant la procédure d'insolvabilité<sup>62</sup>, ce qui se rapproche des dispositions de l'article 18 du projet de directive européenne et des dispositions britanniques en matière de négligence sanctionnable. Une autre notion s'avère également pertinente s'agissant de la responsabilité des dirigeants : l'*Insolvenzstraftaten* (acte criminel en lien avec l'insolvabilité) prévu aux articles 283 – 283d du *Strafgesetzbuch* (StGB), le Code pénal allemand. Au titre de ces dispositions, les dirigeants peuvent voir leur responsabilité personnelle engagée et encourir des sanctions pénales pour des actes ayant entraîné un préjudice pour l'entreprise ou la procédure d'insolvabilité (par exemple, défaut de tenue de registres ou gestion irresponsable de l'entreprise). Quand on analyse ces dispositions dans l'ensemble, on s'aperçoit qu'elles sont dictées par la règle très répandue du bon sens commercial. En Allemagne, les tribunaux ont plus d'une fois conclu que les dirigeants n'ont peut-être pas la clairvoyance nécessaire pour prédire l'avenir d'une entreprise, mais qu'ils ont l'obligation d'agir avec précaution et de toujours se tenir informés de la situation de l'entreprise, afin de pouvoir prendre des décisions fondées.

44

<sup>62</sup> Par exemple, l'article 290, paragraphe (1), alinéa 4, rejette toute exonération de responsabilité des dirigeants qui ont intentionnellement ou par faute grave repoussé le dépôt de la demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité, affectant ainsi la possibilité de désintéressement des créanciers.

## Roumanie

La Roumanie, l'un de pays d'Europe de l'Est les plus dynamiques en matière d'insolvabilité, a codifié la question de la responsabilité des dirigeants dans sa loi sur les sociétés (loi n° 31/1990) et dans sa loi sur l'insolvabilité (loi n° 85/2014). L'article 114 de la loi sur les sociétés introduit la règle du bon sens commercial, qui doit être appliquée dans tout processus de prise de décision au sein de l'entreprise et lors de la mise en œuvre de ces mêmes décisions. L'article 169 de la loi roumaine de 2014 sur l'insolvabilité est bien plus orientée sur les créanciers. Si les actes d'un dirigeant (visés à l'article 169) entraînent l'insolvabilité de l'entreprise, les mandataires judiciaires ou même les créanciers ont la possibilité de saisir le tribunal pour que les dirigeants soient reconnus personnellement responsables des créances qui n'auront pas pu être recouvrées auprès de l'entreprise insolvable. La responsabilité des dirigeants peut être engagée notamment s'ils n'ont pas tenu de registres en conformité avec la loi, s'ils ont fait un usage personnel des actifs et/ou crédits de l'entreprise, s'ils ont réalisé des paiements préférentiels à des créanciers, etc. Cette approche témoigne de ce que le législateur roumain considère comme une négligence sanctionnable des dirigeants d'entreprise roumains. Bien que les conditions nécessaires à la reconnaissance de responsabilité au titre de l'article 169 soient limitées aux cas précis qui y sont visés, l'ajout, en 2014, d'un deuxième paragraphe, permet d'introduire des actions en responsabilité dans tous les cas où les actes des dirigeants ou de tiers ont entraîné l'insolvabilité de l'entreprise.

## Conclusion

Chacun des trois pays présentés ci-dessus utilise des règles et des conditions en matière de responsabilité qui ont été développées au fil de sa propre histoire législative. Ces approches sont quelque peu différentes, mais elles suivent toutes une règle de principe qui veut que la responsabilité des dirigeants d'entreprise soit engagée en cas de négligence sanctionnable, même si ce terme est défini différemment dans chaque pays. Le projet de directive européenne extrait l'essence de la négligence sanctionnable, qui peut être reconnue dans les trois pays, ce qui rend les opérations commerciales au sein de l'UE plus prévisibles.

*\*Mihai Lanțoș, SPARL Stalfort & Someșan, Roumanie*

x x x  
x

45

## Etats-Unis

### Toute rose a ses épines<sup>63</sup>

*David Conaway\* conseille de ne pas s'enliser dans une procédure fondée sur le chapitre 11 lorsqu'un contrat de vente est réputé constituer un contrat exécutoire*

**En 2017, le premier partenaire commercial des États-Unis était l'Union européenne, avec des échanges représentant 717 milliards de dollars<sup>64</sup>. La même année, les pays de l'UE représentaient près de 43 % des investissements directs à l'étranger réalisés aux États-Unis.**

<sup>63</sup> Ceci est probablement la première fois qu'une « citation » fait fusionner Shakespeare et le groupe de rock Poison.

<sup>64</sup> Source : Bureau du recensement des États-Unis, 2017.

Ces échanges commerciaux sont concrétisés par divers contrats, notamment des contrats de vente, des accords de coentreprise, des accords technologiques et de licence, des accords de financement, des contrats d'agence et de distribution, et des baux mobiliers et immobiliers. Au vu de l'augmentation du nombre d'insolvabilités internationales concernant des entreprises dont les opérations et les actifs se situent dans plusieurs pays, et du recours fréquent au chapitre 11 du Code de la faillite des États-Unis comme outil commercial stratégique, il est fort probable que ces contrats soient impactés par le chapitre 11.

Les entreprises étrangères exerçant des activités aux États-Unis doivent comprendre les incidences économiques et juridiques du chapitre 11. Ses incidences sur les contrats de vente et d'approvisionnement permettent une planification proactive qui vise à éviter ou à minimiser les risques de perte. Les idées exposées ci-dessous sont la synthèse de conseils donnés à de nombreux clients concernant des contrats de vente et d'approvisionnement pluriannuels, représentant des millions, voire des milliards de dollars, et qui ont fait l'objet d'une procédure fondée sur le chapitre 11. En général, les entreprises vendent des produits ou fournissent des services à leurs clients selon deux types de modalités :

- (1) bons de commande et factures faisant références à des conditions générales de vente ; ou
- (2) contrat écrit de vente ou d'approvisionnement.

Habituellement, l'existence d'un contrat formel de vente ou d'approvisionnement est le signe d'un engagement plus important et à plus long terme des parties. Au-delà des obligations d'exécution contractuelles des parties, les contrats représentent le point culminant de négociations importantes portant sur leurs modalités, mais aussi une décision commerciale de consacrer des capacités et de prendre des engagements en termes de prix, de modalités de paiement et de service client, qui constituent tous des investissements économiques substantiels. En cas de problème, le risque de perte est bien plus grand que dans le cas de factures impayées.

46

### **Contrats exécutoires**

Au titre du Code de la faillite — le cadre réglementaire des affaires fondées sur le chapitre 11 —, les contrats de vente et d'approvisionnement sont traités comme des « contrats exécutoires ».

Les débiteurs disposent du droit de décider soit d'accepter, soit d'accepter et céder, soit de rejeter les contrats exécutoires. Cette décision doit être prise dans le cadre du processus du plan de réorganisation, qui intervient normalement à la fin de la procédure fondée sur le chapitre 11. Dans l'attente de la décision du débiteur, les parties sont en règle générale tenues de poursuivre l'exécution du contrat.

Dans les affaires fondées sur le chapitre 11, l'« événement principal » est la cession de la totalité des actifs du débiteur à un tiers au titre de l'article 363, et le sort des contrats importants est généralement tranché dans le cadre du processus de cession. Les mémoires et documents concernant la cession comportent une requête de cession, un contrat d'acquisition d'actifs qui fait office de « lièvre » (traitant la question des obligations et contrats acceptés), les procédures d'offre proposées en vue d'une éventuelle vente aux enchères, et un projet de décision de cession, qui peuvent tous être contestés par toute partie intéressée. Ainsi, une cession fondée sur l'article 363 est à la fois un « point litigieux » (contentieux) et une opération de fusion et acquisition complexe. Par conséquent, les fournisseurs doivent saisir les subtilités de la procédure fondée sur l'article 363 pour protéger leurs droits contractuels.

Si un débiteur souhaite accepter — ou accepter et céder — le contrat, il a les obligations suivantes :

- (1) Corriger les arriérés antérieurs à la demande d'ouverture de la procédure, c'est-à-dire payer les soldes des comptes débiteurs restant impayés à la date de la demande ; et
- (2) Donner au fournisseur des « garanties adéquates d'exécution future. »

En cas d'acceptation et de cession du contrat, dans la pratique, le débiteur délègue cette obligation de donner des garanties adéquates à l'acquéreur.

Si un contrat est accepté, les arriérés payés et les garanties adéquates données, le fournisseur devrait avoir réussi à éviter le risque de perte économique.

Si le débiteur décide de rejeter un contrat, les éventuels soldes impayés antérieurs à la demande ne seront probablement pas réglés. Le rejet est considéré comme une rupture de contrat antérieure à la demande, et la demande de dédommagement correspondante (au titre de l'article 2 du Code de commerce unifié – « CCU ») correspond à une créance non garantie générale antérieure à la demande. Malheureusement, ces créances se voient rarement attribuer une valeur significative. Manifestement, le rejet d'un contrat important entraîne des pertes en lien avec les obligations incombant aux parties au titre du contrat et avec les dommages-intérêts correspondant à l'inexécution future.

Dans une récente affaire que nous avons traitée, le fournisseur avait investi dans le développement de capacités de production pour soutenir le nouveau produit d'un client. Ce dernier ne pouvait pas participer à l'investissement. À la place, le contrat prévoyait des achats minimums, et un paiement au fournisseur en cas d'achats insuffisants, cela étant censé compenser la part d'investissement du client. En général, ces pertes d'investissement sont supérieures à la perte découlant du non-paiement de factures.

Par ailleurs, le processus d'acceptation ou de rejet comporte d'autres difficultés qui ont des incidences sur le risque auquel le fournisseur est exposé.

47

### ***1. Cessions ultérieures à la demande en faveur d'un client / débiteur à risque***

En général, les parties doivent poursuivre l'exécution du contrat après la demande d'ouverture de la procédure, et les débiteurs (ainsi que les prêteurs et/ou les acquéreurs qui se trouvent dans les coulisses) chercheront certainement à obtenir une mise à exécution en appliquant les termes du contrat, qui exige généralement des livraisons de produits et des octrois de crédit supplémentaires. Ces obligations peuvent accroître le risque auquel le fournisseur est exposé en raison de la situation financière du client et de l'incertitude du résultat de la procédure fondée sur le chapitre 11.

Les fournisseurs devraient savoir qu'il existe des protections importantes qui permettent de réduire ce risque, au titre de l'article 2 du CCU, en particulier au titre des paragraphes 2-609 et 2-702, relatifs à la violation anticipée et aux livraisons avec paiement d'avance, qui peuvent exonérer les parties de certaines obligations de livraison ou d'octroi de crédit. Les fournisseurs peuvent s'attendre à ce que les débiteurs fassent valoir que le Code de la faillite éclipse l'article 2, mais la jurisprudence confirme que l'article 2 correspond au « droit applicable autre que le droit de l'insolvabilité » qui régit les droits et obligations des parties.

Souvent, la suffisance et les conditions du financement post-demande (débiteur non dessaisi) sont les facteurs les plus importants pour évaluer les risques. Par exemple, les décisions de financement du débiteur non dessaisi exigent habituellement une modification (ou une contestation) afin d'exclure les éventuels droits de propriété ou de gage d'un fournisseur, ou afin de protéger d'éventuels droits de propriété intellectuelle.

## ***2. Fournisseur essentiel***

En fonction de l'affaire, les fournisseurs essentiels exerçant leurs activités sur la base de bons de commande et de factures peuvent se voir régler tout ou partie de leurs créances antérieures à la demande en échange d'un engagement à poursuivre leurs livraisons et octrois de crédit. Les fournisseurs doivent être conscients du fait que les obligations d'exécution qu'impose le Code de la faillite dans le cadre d'un contrat de vente ou d'approvisionnement peuvent limiter ce « recours ».

## ***3. Clauses anti-cession***

En règle générale, les stipulations des contrats de vente ou d'approvisionnement qui exigent un consentement à titre de condition d'une cession ne peuvent pas être mises à exécution dans le cadre d'une procédure fondée sur le chapitre 11. Toutefois, des tribunaux ont jugé que les stipulations de cession qui sont « d'une importance substantielle et économique » sont exécutoires. Les fournisseurs ont tout intérêt à ajouter à leurs contrats essentiels des exigences économiques précises incombant aux éventuels cessionnaires, plutôt que de laisser cette question dépendre d'une stipulation de « consentement » générale.

## ***4. Intégration des contrats liés***

Souvent, dans le contexte des contrats de vente et d'approvisionnement, il existe des contrats liés, tels que des contrats de garantie ou autres contrats de rehaussement de crédit, ou encore des contrats en matière de propriété intellectuelle. Ces contrats doivent indiquer expressément qu'ils sont intégrés et interdépendants et qu'ils doivent être acceptés (ou rejetés) globalement. Autrement, le risque existe qu'un débiteur essaie d'accepter un contrat d'approvisionnement favorable tout en rejetant un contrat de garantie essentiel pour le fournisseur à la date de conclusion du contrat de vente.

## ***5. Règlement des arriérés antérieurs à la demande***

Dans le cas des contrats liés ou intégrés, il se peut qu'il existe des obligations antérieures à la demande échues au titre de plusieurs contrats. Il est recommandé que les obligations échues au titre de contrats intégrés fassent l'objet d'une clause de défaut croisé, afin que l'exigence de correction (c'est-à-dire de règlement) produise pleinement ses effets.

Habituellement, un contrat de vente ou d'approvisionnement est le signe d'un engagement économique ou d'un investissement important des parties. Pour éviter ou gérer le risque de perte économique, les entreprises doivent comprendre les incidences du chapitre 11 sur ces contrats et avoir connaissance des mesures préventives qui peuvent être prises dès le départ, afin d'éviter les incertitudes liées à la procédure fondée sur le chapitre 11.

\*David H. Conaway, avocat, Shumaker, Loop & Kendrick, LLP

X X X  
X



## Pologne

# Lutter contre la hausse des insolvabilités de consommateurs en Pologne

*Pawel Kuglarz\* aborde la question de l'insolvabilité des consommateurs en Pologne, suite à la présentation qu'il a donnée lors de la récente conférence de l'EECC à Riga*

**Depuis plusieurs années, l'insolvabilité des consommateurs augmente en Pologne. Dans notre pays, cet instrument ne fonctionne toujours pas correctement, car il ne permet de résoudre le problème d'endettement que d'un petit nombre de personnes.**

En 2017, 5 535 personnes ont été déclarées, contre seulement 4 436 en 2016 (pour 8 694 demandes d'ouverture de procédure d'insolvabilité). Les années précédentes, la situation était encore pire (seulement 32 procédures d'insolvabilité en 2014). Au vu du nombre de demandes présentées jusqu'à ce jour depuis le début de l'année 2018, il est prévisible que le nombre de faillites de consommateurs déclarées augmentera dramatiquement l'année prochaine.

Au Canada — pays comparable à la Pologne en termes de nombre d'habitants —, chaque année, on compte plus de 100 000 procédures d'insolvabilité des consommateurs ; aux États-Unis, plus de 700 000 ; en France, environ 200 000 ; en Angleterre et au Pays de Galles, près de 90 000 ; en Allemagne, environ 100 000. La situation actuelle ne représente encore qu'une goutte dans l'océan des besoins, car 1,8 million de Polonais sont endettés à hauteur de 25 000 000 000 PLN.

49

### Champ d'application personnel

L'insolvabilité des consommateurs concerne les personnes physiques qui n'exercent pas d'activité économique. Une ancienne activité commerciale n'empêche pas le débiteur de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité des consommateurs. Cette procédure est également ouverte aux anciens chefs d'entreprise, si moins d'un an s'est écoulé depuis la date de leur radiation du registre correspondant.

Le débiteur est considéré comme insolvable s'il ne paie pas ses dettes à leur échéance. Il est présumé être en situation de cessation des paiements en cas de retard de paiement supérieur à trois mois. Pour les personnes morales, il existe une condition préalable supplémentaire, à savoir le surendettement. Une situation de surendettement peut servir de fondement à une déclaration d'insolvabilité uniquement si elle dure depuis plus de vingt-quatre mois.

### Motifs négatifs (exclusions)

En Pologne, il existe des restrictions à l'accès aux procédures d'insolvabilité des consommateurs, reposant sur la notion de « débiteur méritoire ». La plupart d'entre elles peuvent faire l'objet d'une dérogation en cas de motifs humanitaires ou d'équité impérieux.

Principalement, le tribunal rejettera la demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité du débiteur ou du créancier si le débiteur a intentionnellement provoqué l'insolvabilité ou accru sa portée, ou en cas de faute grave du débiteur. Ces restrictions peuvent faire l'objet d'une dérogation

du tribunal si des motifs humanitaires ou l'intérêt de la justice justifient l'ouverture d'une procédure.

### **Coût de la procédure**

Le débiteur doit payer 30 PLN (8 euros) pour déposer sa demande. Si ses actifs ne suffisent pas à couvrir le coût de la procédure, celui-ci peut être temporairement pris en charge par le Trésor public. Si le tribunal efface les dettes du débiteur sans prévoir de plan de remboursement des créanciers, le coût de la procédure pris en charge par le Trésor public n'aura pas non plus à être remboursé.

### **Cadre juridique**

#### *Procédure introduite à l'initiative du débiteur*

L'insolvabilité des consommateurs implique la cession des actifs du débiteur dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité ordinaire, suivie de l'adoption et de la mise en œuvre d'un plan de règlement pouvant s'étaler sur trois ans au plus (qui peuvent être prolongés de dix-huit mois supplémentaires). L'effacement des dettes est également possible sans liquidation ni plan de remboursement. Le débiteur perd son droit à administrer, utiliser et céder ses actifs. Il est possible de conclure un concordat avec les créanciers.

#### *Procédure introduite à l'initiative d'un créancier*

En principe, l'insolvabilité des consommateurs implique uniquement la liquidation des actifs du débiteur et le désintéressement des créanciers. L'annulation de la dette n'est possible que si l'insolvabilité du débiteur n'est pas intentionnelle ni le résultat d'une faute grave. Il reste possible de conclure un concordat avec les créanciers.

#### *Règles particulières concernant les locaux résidentiels*

L'administrateur judiciaire peut autoriser le débiteur à vendre les biens mobiliers inclus dans la masse. Si un appartement ou une maison où vit le débiteur est inclus dans la masse, et que le débiteur et ses personnes à charge n'ont pas d'autre logement, le débiteur a droit à une allocation logement prélevée sur le produit de la vente de son appartement ou maison, dont le montant correspond au loyer moyen d'un appartement résidentiel dans la même localité ou dans une localité voisine, pendant douze à vingt-quatre mois, sur décision du juge-commissaire.

### **Problèmes**

Le dernier amendement en matière d'insolvabilité des consommateurs a remplacé d'anciennes dispositions critiquées pour leur inefficacité, le 31 décembre 2014. La nouvelle réglementation a assoupli les critères d'accès et a mis en place un financement public pour les débiteurs dont les actifs sont insuffisants pour payer le coût de la procédure. Mais de nouveaux problèmes sont apparus.

L'un des problèmes les plus importants auxquels les tribunaux de l'insolvabilité polonais sont confrontés est le nombre d'insolvabilités des consommateurs, qui dépasse leurs capacités organisationnelles, ce qui entraîne des retards importants dans le traitement des insolvabilités d'entreprises. En effet :

- il n'y a pas suffisamment de tribunaux spécialisés ;
- les tribunaux de l'insolvabilité sont débordés d'affaires d'insolvabilité de consommateurs ;

- les procédures d'insolvabilité sont très longues ; et
- il n'existe pas de registre centralisé de l'insolvabilité.

À compter du 1<sup>er</sup> février 2018, il était prévu de mettre en place un registre électronique centralisé de la restructuration et de l'insolvabilité (« registre centralisé de l'insolvabilité »), censé optimiser les procédures. Il existe une version simplifiée de ce registre : le registre national des personnes endettées (KRZ). Pourtant, celui-ci ne peut pas remplacer le registre centralisé de l'insolvabilité. Malheureusement, la Pologne n'a pas mis en place ce registre, alors qu'elle avait l'obligation de le faire avant le 26 juin 2018.

Le ministre de la Justice vient de présenter un projet de loi assouplissant ces procédures.

### **Le nouveau projet d'assouplissement**

Cette proposition suscite à la fois des doutes et des espoirs. Son aspect positif est que le nouveau projet prévoit une liquidation préparée (« pre-pack ») applicable à l'insolvabilité des consommateurs. Ce projet part du principe que les actifs essentiels du consommateur débiteur peuvent être vendus dès le début de la procédure, ce qui permettra de l'accélérer. Le débiteur tout comme le créancier peuvent demander un pre-pack. Le demandeur doit présenter une évaluation des actifs du débiteur, sous la forme d'un rapport préparé par une personne figurant sur la liste des experts judiciaires, et un projet de contrat de cession, indiquant notamment la proposition de prix de l'investisseur et le nom de l'acquéreur. Au bout de deux ans, la Pologne observe déjà des résultats positifs concernant la procédure pre-pack.

Le deuxième amendement important est très controversé. Il n'y a pas de condition préalable à l'effacement de dettes, même si le débiteur a intentionnellement provoqué l'insolvabilité ou accru sa portée de manière importante, ou commis une faute grave.

Comme nous l'avons écrit plus haut, un débiteur est considéré comme insolvable s'il n'honore pas ses obligations financières à leur échéance et il est présumé être en situation de cessation des paiements en cas de retard de paiement supérieur à trois mois.

Ces solutions sont similaires à celles qui fonctionnent bien, par exemple au Royaume-Uni, où les causes de l'insolvabilité ne sont même pas examinées.

Le débiteur pourra conclure un concordat avec le créancier sans avoir à déclarer son insolvabilité, à l'amiable, avec la participation d'un conseil en restructuration agréé qui veillera à l'exécution du concordat.

Il est prévu d'introduire des plans de remboursement sur quatre à huit ans, en fonction de la gravité de la faute ayant causé l'insolvabilité. En cas de comportement fautif avant l'insolvabilité, le débiteur pourra tout de même se déclarer insolvable, mais cela aura pour effet d'étendre le plan de remboursement. Les engagements qui ne peuvent pas être remboursés pour cause de maladie, d'accident ou de décès seront inclus dans le plan de remboursement pendant trois ans au plus, et le solde de la dette sera effacé.

Il n'est pas certain que la nouvelle forme d'insolvabilité des consommateurs étende les motifs de déclaration de l'insolvabilité (dettes en francs) et introduise la possibilité de dispenser une personne physique de se déclarer insolvable si elle ne dispose d'aucun bien ou revenu (par ex. si elle est à la charge de membres de sa famille). Pour ces personnes, il n'y a pas d'étape de liquidation ni de plan de remboursement.

Cet assouplissement devrait aider les consommateurs, mais il pourrait tout aussi bien produire le résultat inverse. Les banques et autres établissements financiers peuvent demander des garanties supplémentaires, par ex. un gage sur un terrain, qui bénéficie d'un privilège en cas d'insolvabilité. Cet amendement, au titre duquel même les consommateurs malhonnêtes ou ayant commis des fautes graves peuvent bénéficier d'un effacement de dette, n'est pas équitable pour les consommateurs honnêtes. Comme on dit en Pologne : « l'opération a réussi, mais le patient est mort. »

*\*Pawel Kuglarz, avocat indépendant (Kuglarz and Partners) et vice-président du département Insolvabilité de l'institut Allerhand*

X X X  
X

## Portugal

# *New Kid in Town*<sup>65</sup> : le médiateur en restructuration d'entreprises

52

*Catarina Serra\* nous présente le nouvel acteur de l'arène de la restructuration au Portugal*

**Lorsque les Eagles ont écrit la chanson « *New Kid in Town* », pour leur célèbre album « *Hotel California* », sorti en 1977, il va de soi qu'ils ne pensaient pas à l'acteur de la restructuration qui vient d'être introduit au Portugal, portant le nom de « médiateur en restructuration des entreprises » (« MRE »).**

Pourtant, cette métaphore peut s'avérer utile pour comprendre les attentes que suscite la création de cette fonction et les contradictions présentes dans les règles générales qui s'appliquent au MRE.

## **Quel est le rôle du médiateur en restructuration d'entreprises ?**

Au vu de la concomitance entre l'arrivée du MRE et la création du nouveau régime de restructuration amiable des entreprises<sup>66</sup>, il était tout naturel de penser que le MRE jouerait un rôle important, voire *exclusif* dans le cadre de ce régime<sup>67</sup>. Pourtant, cela aurait été faux : non seulement

<sup>65</sup> *Nouveau venu en ville*, titre d'une célèbre chanson des Eagles (N. de la T.).

<sup>66</sup> La fonction de MRE a été créée par la loi n° 6/2018, du 22 février, et le régime de restructuration amiable des entreprises a été institué par la loi n° 8/2018, du 2 mars.

<sup>67</sup> Ce régime est totalement extrajudiciaire ; il se divise en deux sous-régimes : le premier est conçu pour aider l'entreprise à parvenir à un accord de restructuration avec ses créanciers (régime de négociation), tandis que le second est conçu pour aider l'entreprise à mener à bien un accord de restructuration déjà négocié (régime de l'accord). À ce

la désignation d'un MRE dans le cadre du régime de restructuration amiable est facultative, mais sa désignation peut intervenir dans d'autres contextes (par ex. d'autres types de règlements ou de procédures de restructuration). Tout au plus peut-on dire que le MRE est un protagoniste *naturel* des règlements amiables.

La loi définit le MRE comme étant la personne qui apporte une assistance aux entreprises qui rencontrent des difficultés économiques ou qui sont effectivement frappées d'insolvabilité, et qui prévoient d'entamer des négociations avec leurs créanciers pour conclure un accord de restructuration amiable.

La seule condition à la désignation d'un MRE est que l'entreprise doit chercher à se restructurer : la situation économique et financière de l'entreprise (avant ou pendant l'insolvabilité) n'est pas du tout prise en compte<sup>68</sup>. Malgré la référence à la nature amiable de la restructuration, l'instrument juridique choisi pour réaliser la restructuration (accord amiable ou procédure formelle) ne semble pas décisif, puisque la seule façon dont une entreprise peut se restructurer consiste à passer par une procédure formelle (d'insolvabilité)<sup>69</sup>. Ceci peut entraîner des problèmes pratiques (de chevauchement), puisque ces procédures sont axées sur un professionnel concurrent, l'administrateur / praticien de l'insolvabilité.

### **Quelles sont les fonctions du médiateur en restructuration d'entreprises ?**

Le MRE a quatre missions principales : évaluer la situation économique et financière de l'entreprise ; évaluer, en concertation avec les dirigeants de l'entreprise, ses chances de restructuration ; assister l'entreprise dans la préparation d'un accord de restructuration ; enfin, aider l'entreprise dans ses négociations avec ses créanciers.

En particulier, dans le cadre du nouveau régime de restructuration amiable, le MRE est censé aider l'entreprise à établir une évaluation économique et financière, qui vise à apporter les éléments nécessaires aux créanciers pour qu'ils envisagent une restructuration.

Une seule disposition concerne son rôle dans le cadre de la procédure de pré-insolvabilité, au titre de laquelle le MRE a pour mission de porter assistance à l'entreprise dans le cadre des négociations.

Si l'on pèse tous ces éléments, on peut avancer que malgré cette désignation officielle, le MRE n'est pas un véritable médiateur mais plutôt un genre de consultant, agissant (davantage) pour le compte de l'entreprise, mais sans les caractéristiques typiques (indépendance, impartialité,

---

sujet, voir Catarina Serra, « Récents amendements à la loi portugaise sur l'insolvabilité : Les forces déterminantes du succès des outils de restructuration » ; dans : *eurofenix*, 2018, n° 70.

<sup>68</sup> En outre, à cet effet, il n'est pas obligatoire que l'entreprise entame des négociations avec ses créanciers ni n'aie l'intention de le faire.

<sup>69</sup> Lorsque l'entreprise est insolvable, la demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité doit être déposée dans un délai de trente jours, faute de quoi les dirigeants s'exposent à des conséquences graves.

neutralité) du médiateur. De fait, cela n'est pas surprenant si l'on tient compte du fait qu'une grande partie de sa rémunération est prise en charge par l'entreprise.

### **Comment et par qui le médiateur en restructuration d'entreprises est-il désigné ?**

Bien que l'initiative de sa désignation revienne exclusivement à l'entreprise, c'est l'Institut d'assistance aux petites et moyennes entreprises (« IAPME ») qui dispose du pouvoir de le faire officiellement.

Le MRE doit être inscrit sur une liste officielle et les désignations doivent se faire selon un critère de roulement. Dans des cas exceptionnels, l'IAPME peut « contourner » la règle et désigner un autre MRE s'il estime que le MRE suivant de la liste ne dispose pas des compétences et de l'expérience nécessaires.

En tout état de cause — et c'est ce qu'il convient de souligner — l'entreprise n'a pas son mot à dire sur la désignation du MRE.

Aujourd'hui, l'un des facteurs les plus importants pour l'entreprise qui demande la désignation d'un MRE est l'attente d'avoir, à ses côtés et de son côté, une personne dotée de l'expertise nécessaire pour mener à bien la restructuration, mais surtout, une personne fiable et digne de confiance. Si l'entreprise n'a pas la possibilité de choisir ou de participer au choix de « son » MRE, il est très peu probable qu'elle soit encline à demander cette désignation.

54

### **Comment et par qui le médiateur en restructuration d'entreprises est-il rémunéré ?**

La rémunération du MRE consiste en une rémunération de base à laquelle s'ajoute une rémunération assimilable à une prime de réussite en cas de conclusion de l'accord de restructuration.

La rémunération de base est versée en trois fois : la première échéance est payée après la désignation du MRE, la deuxième après l'établissement du plan de restructuration et la troisième à la fin des négociations. Il s'ensuit que seul le premier versement est certain ; les autres dépendent du respect de certaines conditions.

Les règles concernant la rémunération ne sont pas des plus claires et doivent donc être lues attentivement. Il convient de les lire en veillant à ce que la mention de « plan de restructuration » soit comprise comme une référence au « projet d'accord de restructuration ». Dans le cas contraire, le deuxième versement sera soit payé après le troisième soit — pire encore — pas du tout (puisque la version définitive de l'accord de plan de restructuration dépend de l'issue des négociations) ; en outre, les deuxième et troisième versements ne seront jamais payés si le MRE est désigné hors du cadre d'une procédure formelle ou hybride (puisque'il n'y aura pas de plan de restructuration au sens strict, mais seulement un accord de restructuration).

Comme indiqué ci-dessus, le versement de la rémunération du MRE, ainsi que le remboursement des dépenses engagées à ce titre sont généralement pris en charge par l'entreprise, l'IAPME ne garantissant que le paiement du premier versement de la rémunération de base.

### Évaluation générale

À titre de conclusion, on peut avancer que la fonction de MRE est utile, même si, soyons francs, il ne s'agit pas réellement d'un médiateur et que la loi n'a pas réussi à établir un cadre des plus adaptés pour encourager les entreprises à demander la désignation d'un MRE.

Cependant, il est encore trop tôt pour prévoir les conséquences de l'arrivée de ce nouvel acteur sur le terrain ; pour le moment, nous pouvons chanter avec les Eagles :

*« There's talk on the street; it sounds so familiar.  
Great expectations, everybody's watching you.  
[...] There's talk on the street ; it's there to remind you  
It doesn't really matter which side you're on<sup>70</sup>. »*

*\*Catarina Serra, juge à la Cour suprême du Portugal*

X X X  
X

### Actualités par pays

55

## Actualités par pays Automne 2018

### Chypre : Des nouvelles lois pour améliorer le cadre juridique relatif aux prêts non productifs

*Par Maria Kyriacou,*

*Directrice du bureau de Nicosie (Chypre) d'Elias Neocleous & Co LLC,*

*Ancienne greffière des sociétés et administratrice judiciaire officielle*

**Plusieurs nouvelles lois ont été promulguées en juillet 2018 pour faciliter la réduction des dettes non productives du système bancaire chypriote. Les principaux changements sont résumés ci-dessous.**

- La loi 83(I) 2018 modifie la loi sur les sociétés afin de faciliter la restructuration de dette et de promouvoir la sauvegarde des entreprises. Le moratoire prévu au cours du mandat de l'administrateur prend fin si l'entreprise n'honore pas ses obligations.

<sup>70</sup> Des bruits courent ; une impression de déjà-vu.

Les espoirs sont grands ; tout le monde te regarde.

[...] Des bruits courent ; ils sont là pour te rappeler

Que le côté que tu choisis n'a pas vraiment d'importance. (N. de la T.)

- La loi 85(I) 2018 modifie la loi de 2015 sur l'insolvabilité des personnes physiques (plans personnels de remboursement et décisions d'allègement de dette) afin de simplifier les procédures et de faciliter le rétablissement des débiteurs qui n'ont pas commis d'infraction en accélérant leur reprise d'une activité économique productive.
- La loi 86(I) 2018 modifie la loi de 2015 sur la cession de facilités de crédits et les matières connexes afin de supprimer tous les droits dus par l'acquéreur en cas de cession d'un bien ou d'un gage. En outre, elle précise les règles concernant le produit de la cession des facilités de crédit, le transfert des droits et obligations, les priorités, la poursuite des procédures et la conservation des documents.
- La loi 87(I) 2018 modifie la loi de 1965 sur les transferts et les hypothèques afin de permettre à un prêteur de diviser une hypothèque en plusieurs hypothèques d'un même montant total. Le rang de priorité des hypothèques divisées est décidé par le prêteur, mais l'ordre de priorité des autres gages grevant les mêmes actifs reste inchangé. Le prêteur peut céder une hypothèque sans tenir compte des éventuels billets émis avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. L'acquéreur n'est pas tenu de verser des droits.
- La loi sur la titrisation (loi 88(I)2018) établit un cadre de titrisation des créances placé sous le contrôle de la Banque centrale de Chypre. Les droits et obligations du débiteur ne sont pas affectés par la titrisation du prêt et les titres demeurent inchangés. La cession du prêt à l'entité *ad hoc* est définitive et opposable au cédant ; en cas d'insolvabilité ultérieure de ce dernier, il n'y aura pas de recours possible à l'encontre du cessionnaire.

Les exonérations actuelles d'impôt sur le revenu, d'impôt sur les plus-values, de SDC<sup>71</sup>, de droit de timbre et de droits de mutation en cas de cession de biens immobiliers d'un emprunteur au prêteur dans le cadre d'une restructuration de prêt ont été étendues aux emprunteurs qui cèdent les biens eux-mêmes sur le marché libre. Ces deux types d'exonérations resteront en vigueur jusque fin 2019.

La réglementation sur les praticiens de l'insolvabilité a elle aussi été modifiée pour augmenter de 50 % les honoraires dus au praticien de l'insolvabilité en cas de mise en œuvre réussie d'un plan personnel de restructuration.

Pour faciliter davantage la réduction des dettes non productives, un programme d'allègement de la dette connu sous le nom d'ESTIA verra le jour début 2019. Un prêt garanti par une résidence principale d'une valeur inférieure ou égale à 350 000 euros sera réduit à la valeur vénale du bien et étendu jusqu'à vingt-cinq ans à un taux d'intérêt inférieur au marché. Le Gouvernement estime que ce programme, qui sera administré par la *Cyprus Land Development Corporation* et financé par le Gouvernement au cours des vingt-cinq prochaines années, bénéficiera à près de 15 000 débiteurs, dont les dettes totales sont estimées à environ 3,4 milliards d'euros.

---

<sup>71</sup> SDC : *Special Defence Contribution*, impôt sur les dividendes, les revenus d'intérêts et les revenus locatifs (N. de la T.).



## **Slovaquie : Actionnaires et éminences grise – méfiance !**

*Par Dávid Oršula et Herman Pikaly,*

*bnt attorneys in CEE*

**En Slovaquie, il était impossible de lever le voile de la personnalité juridique lorsque les organes dirigeants d'une entreprise avaient négligé les intérêts légitimes des créanciers ou n'avaient pas pris les mesures nécessaires pour éviter l'insolvabilité ou au moins des mesures immédiates pour limiter les pertes des créanciers. L'absence de mesures législatives visant à éviter et pénaliser ces situations nécessitait une réaction adéquate des législateurs. Fort heureusement, leurs réponses arrivent.**

### ***Extension de la responsabilité en cas d'insolvabilité***

La récente modification du Code de commerce slovaque introduit une nouvelle responsabilité des entités de contrôle — actionnaires et/ou autres entités parentes — en cas d'insolvabilité de l'entreprise contrôlée, dans le cas où l'actionnaire contribue à l'insolvabilité de l'entreprise contrôlée et est à l'origine du défaut de désintéressement des créanciers. Deux critères principaux permettent d'établir cette responsabilité :

- Premièrement, les actes de l'entité de contrôle doivent avoir entraîné l'insolvabilité de l'entreprise contrôlée. Contrairement à la responsabilité des dirigeants, les règles de conduite des entités de contrôle sont moins exigeantes, car la loi ne leur impose pas de faire preuve de diligence professionnelle.
- Deuxièmement, les actes de l'entité de contrôle doivent avoir contribué de façon significative à l'insolvabilité de l'entité contrôlée, mais il n'est pas nécessaire qu'ils en soient la cause principale ou unique. Toutefois, il doit y avoir un lien de cause à effet entre l'influence des actes de l'entité de contrôle et l'insolvabilité de l'entité contrôlée.

L'entité contrôlée est réputée insolvable si la procédure d'insolvabilité n'a pas pu être ouverte ou a été interrompue en raison d'une insuffisance d'actifs. L'un des aspects bienvenus de cette nouvelle règle est qu'elle crée un fondement juridique supplémentaire qui permet aux créanciers de réclamer un dédommagement, venant s'ajouter aux règles générales prévues par le Code civil. En outre, les créanciers ne seront plus dépendants du praticien de l'insolvabilité (« PI ») qui ne peut introduire des actions que lorsque la procédure d'insolvabilité est pendante.

Pour minimiser la possibilité de contournement de la responsabilité pour comportement préjudiciable, la loi a également étendu la responsabilité en dommages-intérêts aux personnes qui exercent de fait une fonction d'organe statutaire sans désignation officielle, c'est-à-dire aux *dirigeants de fait*. Ces éminences grises peuvent être tenues responsables au même titre que l'organe statutaire. Ainsi, ces personnes ne sont plus couvertes par le bouclier protecteur de l'entité sociale.

Les actionnaires et éminences grises tenus responsables de ces préjudices peuvent rejeter leur responsabilité uniquement s'ils sont en mesure de prouver qu'ils ont agi de façon éclairée, en estimant de bonne foi que leurs actes servaient les intérêts de l'entreprise contrôlée.

### ***Renforcement des règles en matière de responsabilité en dommages-intérêts en cas d'insolvabilité***

Les lois sur la responsabilité de l'organe statutaire en cas d'insolvabilité ne sont pas une nouveauté en Slovaquie. Toutefois, elles doivent être très précises, faute de quoi l'application des mesures qu'elles prévoient peut s'avérer inefficace.

En cas d'endettement de l'entreprise, son dirigeant de droit / liquidateur / représentant légal est tenu de déposer une demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité (article 11 (2) de la loi 7/2005 Coll. relative à l'insolvabilité et à la restructuration (« loi sur l'insolvabilité »)).

Afin de renforcer les règles concernant l'organe statutaire (c'est-à-dire l'obligation d'éviter l'insolvabilité et d'agir en temps utile en cas d'insolvabilité), le législateur a introduit il y a déjà plusieurs années une pénalité contractuelle forfaitaire entre l'entreprise et son organe statutaire, dont le montant est fixé par la loi à 12 500 euros. Cette pénalité contractuelle ne peut être écartée, limitée ou exclue ni par un contrat, ni par l'acte constitutif ou les statuts de l'entreprise. Le PI est la personne habilitée à faire valoir cette pénalité. Le PI peut demander la mise à exécution de la pénalité individuellement, à l'encontre de chacune des personnes tenues de déposer la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité, que leur responsabilité soit individuelle ou conjointe.

Après avoir d'abord été supprimée de la loi sur l'insolvabilité, la responsabilité illimitée en cas de préjudice découlant d'un défaut de dépôt de la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité dans les délais a été rétablie par un récent amendement. Si la personne tenue de déposer une demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité pour le débiteur ne le fait pas dans les délais, elle sera tenue responsable envers les créanciers du préjudice subi de ce fait, sauf si elle prouve avoir fait preuve de diligence professionnelle. La personne responsable a la possibilité de prouver que même en cas de dépôt de la demande dans les délais, le créancier n'aurait pas été mieux satisfait. Puisqu'il s'agit d'une réclamation directe concernant un préjudice subi par les créanciers, elle ne sera pas présentée par le PI mais directement par les créanciers eux-mêmes. Sauf preuve du contraire, le préjudice subi par le créancier est jugé égal à la valeur de la créance non satisfaite.

58

### ***Conclusion***

Les règles renforcées concernant les actionnaires et les personnes agissant pour le compte de l'entreprise, soutenues par une application précise, devraient permettre le désintéressement des créanciers. Toutefois, ceux-ci doivent également garder l'œil sur les actes du PI et s'assurer qu'il prend toutes les mesures nécessaires pour protéger leurs intérêts. En outre, les créanciers peuvent poursuivre eux-mêmes les responsables.

### **Lituanie : Projet de loi sur l'insolvabilité des personnes morales**

*Par Ieva Strunkiene,*

*collaboratrice senior au sein du cabinet PRIMUS (avocats, Vilnius, Lituanie),*

*médiatrice judiciaire, doctorante, lauréate du prix Richard Turton 2011*

**En 2018, afin de regrouper les procédures d'insolvabilité et de restructuration au sein d'un même texte, de réunir en une seule les professions de l'insolvabilité et de la restructuration, de résoudre le problème de l'auto-gouvernance de cette nouvelle profession fusionnée et de clarifier l'interprétation des dispositions législatives en matière d'insolvabilité et de restructuration, les législateurs de Lituanie ont préparé un projet de loi sur l'insolvabilité des personnes morales (ci-après le « Projet de loi »).**

À cette occasion, il a été établi que du point de vue historique, la loi présentait de nombreuses déficiences : les pourcentages versés aux créanciers étaient très bas ; la procédure d'insolvabilité était trop longue ; la réglementation de la profession d'administrateur de l'insolvabilité était inadéquate ; les dépenses d'administration et la rémunération de l'administrateur entraînaient de longs litiges occasionnant des frais de contentieux et des délais excessifs pour la personne morale insolvable. Par conséquent, le Projet de loi contient les nouvelles idées présentées ci-dessous.

### ***Élargissement de la notion d'insolvabilité***

La définition de l'insolvabilité est probablement le point le plus controversé du Projet de loi. Actuellement, l'insolvabilité est perçue comme l'état d'une entreprise lorsque ses dettes échues sont supérieures à la moitié de la valeur de ses actifs, d'après son bilan. Le Projet de loi prévoit une définition plus moderne de l'insolvabilité d'une entreprise, à savoir l'incapacité de celle-ci à remplir ses obligations échues et/ou la situation où son passif est supérieur à la valeur de ses actifs.

Certains craignent que si cette définition de l'insolvabilité est incluse dans la loi, le risque d'insolvabilité augmentera pour toute entreprise temporairement incapable d'exercer ses activités de manière rentable, puisque des résultats négatifs, même temporaires, pourraient servir à justifier l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Pour cette raison, des organisations commerciales et des avocats proposent de conserver l'ancienne définition de l'insolvabilité, dans la peur de voir augmenter le nombre d'entreprises lituaniennes insolubles. En outre, en Lituanie, on estime que les nouvelles entreprises connaissent généralement des pertes au cours de leurs premières années d'exploitation : le changement proposé amènerait ces entreprises à devoir entamer prématurément des procédures d'insolvabilité.

### ***Accord d'assistance à la résolution des difficultés financières (ci-après « accord d'assistance »)***

Le Projet de loi instaure le nouvel accord d'assistance pré-insolvabilité en créant les conditions préalables nécessaires à la résolution des difficultés financières sans faire intervenir la justice : autant de mesures que possible devraient pouvoir être prises durant l'étape de plan de restructuration, et le tribunal ne serait impliqué que dans la mesure du nécessaire, afin de protéger les droits des créanciers et les intérêts des autres parties concernées par le plan de restructuration.

### ***Administration des entreprises sans actif***

S'agissant des personnes morales ne disposant pas de suffisamment d'actifs pour couvrir les frais de justice et les dépenses d'administration, leur insolvabilité est généralement administrée par les

administrateurs de l'insolvabilité à leurs propres frais. Il est rare que les créanciers acceptent d'entamer ces procédures à leurs propres frais ; il est donc proposé que le tribunal ouvre une procédure d'insolvabilité uniquement si le demandeur verse un dépôt d'un montant précisé par le tribunal pour couvrir les frais d'administration de l'insolvabilité dans un délai de quatorze jours au plus.

### ***Modification du rang des créances***

Pour encourager les tentatives de restructuration nécessitant de nouveaux apports en capital, il est proposé que les créances correspondant au niveau de financement visant à la restructuration d'une entreprise soit de même rang que les créances des anciens salariés et autres créanciers. En cas d'échec de la restructuration, cette proposition affecterait les droits des anciens salariés, puisque les montants qu'ils pourraient potentiellement recouvrer à partir des actifs de l'entreprise seraient notablement réduits. Les créances des autres créanciers, notamment des autorités fiscales, seraient d'un rang inférieur, ce qui fait que l'État perdrait son droit de priorité dans le cadre des procédures d'insolvabilité.

### ***Unification de la profession d'administrateur***

Le Projet de loi contient une autre nouveauté importante : la fusion entre les professions d'administrateur de l'insolvabilité et de la restructuration au sein d'une seule et même profession, celle d'administrateur de l'insolvabilité. Il est proposé de modifier le régime d'administration de l'insolvabilité actuel en créant un organe d'auto-gouvernance des administrateurs de l'insolvabilité, à savoir la Chambre des administrateurs de l'insolvabilité de Lituanie, dont les missions seraient d'organiser et mettre en œuvre des examens de certification des administrateurs de l'insolvabilité, d'organiser et de contrôler les certifications professionnelles et d'établir des principes de déontologie et des règles d'application de ces derniers. L'harmonisation du contrôle public des administrateurs de l'insolvabilité et la délégation de certaines fonctions à un organisme professionnel permettrait de mettre en œuvre plus efficacement chaque fonction. Il est préférable que ce soient les professionnels eux-mêmes qui définissent leur propre code de déontologie et veillent à son application, et non l'État.

Ce Projet de loi a été préparé suite à la recommandation de la Commission 2014/135/UE du 12 mars 2014 relative à une nouvelle approche européenne en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises, au rapport « *Doing Business* » de la Banque mondiale et aux conclusions des autorités compétentes de Lituanie.

Il est prévu que le projet de loi et les actes réglementaires qui l'accompagnent soient adoptées par le *Seimas* (Parlement de Lituanie) lors de la session de l'automne 2018. Le Projet de loi prévoit lui-même une entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2019 (à l'exception de certaines dispositions qui devraient entrer en vigueur à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2022)

## Compte-rendu technique

# Actualités du règlement européen sur l'insolvabilité 2015/848

*Myriam Mailly\* nous présente les informations disponibles sur le site d'INSOL Europe concernant le règlement européen sur l'insolvabilité 2015/848 (« refonte du REI »), et en particulier les résultats des procédures d'insolvabilité nationales applicables aux insolvabilités transfrontalières au sein de l'UE*

**Pour commencer, une nouvelle version consolidée de la refonte du REI a été publiée le 26 juillet 2018 pour tenir compte des modifications apportées par le règlement (UE) 2018/946 du 4 juillet 2018, remplaçant les annexes A et B au règlement (UE) 2015/848 relatif aux procédures d'insolvabilité (JO L 171, 06.07.2018, p. 1-10).**

Le règlement (UE) 2018/946, qui est entré en vigueur le 26 juillet 2018, a été adopté suite aux notifications de la Belgique, de la Bulgarie, de la Croatie, de la Lettonie et du Portugal à la Commission européenne, concernant les récentes modifications de leurs lois nationales, introduisant de nouveaux types de procédures d'insolvabilité ou de praticiens de l'insolvabilité.

Dans un article précédent, paru dans le numéro d'été 2017 d'*eurofenix*, des liens utiles avaient été présentés pour aider les acteurs de l'insolvabilité à trouver des informations pertinentes sur les lois nationales applicables en cas d'insolvabilité transfrontalière, avant l'application de la refonte du REI. Cette rubrique de notre site, qui est régulièrement mise à jour, contient trois grandes sections. La première section énumère les textes officiels (et les annexes modifiées), tandis que la seconde contient les liens vers les formulaires uniformisés visés à l'article 88 de la refonte du REI et établis par le règlement d'exécution du 12 juin 2017. Une troisième section a été créée pour regrouper les informations sur les lois et registres nationaux.

En ce qui concerne les législations nationales, l'article 86 de la refonte du REI vise essentiellement à décrire brièvement les lois et procédures nationales en matière d'insolvabilité disponibles, en particulier les matières visées à l'article 7 (2) de la refonte du REI (« la loi de l'État d'ouverture »).

Toutefois, même après un an d'application, certains États membres de l'UE (par exemple la Belgique, la Lettonie, la Lituanie, les Pays-Bas et la Slovaquie) n'ont pas communiqué d'informations concernant leurs procédures d'insolvabilité nationales relevant du champ d'application de la refonte du REI. Si ce manque d'informations peut facilement s'expliquer par certaines réformes récentes du droit national de l'insolvabilité, il est parfois très difficile de discerner quelles procédures sont disponibles au vu de la situation particulière d'un débiteur, ainsi que les solutions possibles (restructuration financière, poursuite de l'activité, cession sans cessation d'activité ou liquidation partielle) sans d'abord étudier en détail les règles nationales.

Ceci est la raison pour laquelle un court questionnaire a été envoyé à des experts locaux sous l'égide du Groupe de travail Relations UE d'INSOL Europe, présidé par Robert Van Galen, assisté de Paul J. Omar (Coordinateur des recherches techniques d'INSOL Europe) et de moi-même. Ce questionnaire a pour objectif de recueillir des informations claires et précises sur le résultat des procédures d'insolvabilité nationales applicables dans le cadre de la refonte du REI.

J'ai le plaisir d'informer les membres d'INSOL Europe que des informations pertinentes sont désormais disponibles pour les pays suivants : Angleterre et Pays de Galles, Bulgarie, Chypre, Espagne, Estonie, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Irlande, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Pologne, Portugal, République tchèque, Roumanie, Slovaquie et Slovénie, à l'adresse : [www.insol-europe.org/technical-content/useful-links-to-be-aware-of-before-applying-the-recast-insolvency-regulation-2015848](http://www.insol-europe.org/technical-content/useful-links-to-be-aware-of-before-applying-the-recast-insolvency-regulation-2015848)

Pour le compte du Groupe de travail Relations UE d'INSOL Europe, nous souhaitons remercier les rapporteurs nationaux d'avoir accepté de coopérer à ce projet dans un délai aussi court. Si vous souhaitez également y participer, n'hésitez pas à m'envoyer des informations pertinentes, des articles, etc., à l'adresse [mailly.myriam@orange.fr](mailto:mailly.myriam@orange.fr).

**Pour connaître le nouveau contenu technique récemment publié sur le site d'INSOL Europe, consultez notre site, à l'adresse : [www.insol-europe.org/technical-content/introduction](http://www.insol-europe.org/technical-content/introduction).**

*\*Myriam Mailly, coresponsable technique d'INSOL Europe*

62

#### Liens utiles

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

**LinkedIn :** [www.linkedin.com](http://www.linkedin.com)

**Twitter :** @INSOLEurope

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

**Resources** [www.insol-europe.org/resources](http://www.insol-europe.org/resources)

**Nouvelles lois sur l'insolvabilité**

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

**Rapports nationaux**

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

**Comment devenir praticien de l'insolvabilité en Europe ?**

[www.insol-europe.org/technical-content/how-to-become-an-insolvency-practitioner-across-europe](http://www.insol-europe.org/technical-content/how-to-become-an-insolvency-practitioner-across-europe)

**Statistiques nationales en matière d'insolvabilité**

[www.insol-europe.org/technical-content/national-insolvency-statistics](http://www.insol-europe.org/technical-content/national-insolvency-statistics)

**Jurisprudence nationale**

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

**Processus de réforme du REI**

[www.insol-europe.org/technical-content/eir-reform-process](http://www.insol-europe.org/technical-content/eir-reform-process)

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

[www.insolvencycases.eu](http://www.insolvencycases.eu); <http://tinyurl.com/y7tf2zc4>

**Etudes INSOL-Europe**

[www.insol-europe.org/technical-content/insol-europe-studies](http://www.insol-europe.org/technical-content/insol-europe-studies)

**Groupes de travail**

[www.insol-europe.org/about-us/about-our-working-groups](http://www.insol-europe.org/about-us/about-our-working-groups)

## Nouvelles publications

### ***L'Application du règlement 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité de groupes de sociétés***

Par Myriam Mailly (2018, LGDJ, Paris), xv et 591 p., 62 EUR ISBN 978-2-275-05768-2

Cet ouvrage récemment publié en français traite de l'application du REI aux groupes d'entreprises, structure très communément utilisée pour créer des réseaux commerciaux et exercer des activités au-delà des frontières. Ce travail de recherche, issu des études doctorales que l'auteur a suivies aux universités de Kent et de Lille, suit une approche comparative, puisqu'il examine la situation du point de vue de deux systèmes juridiques très différents : le système anglais et le système français. Retraçant l'historique de l'initiative qui a donné lieu au REI, cet ouvrage mentionne certains des problèmes découlant de son orientation exclusive sur les activités d'entreprises indépendantes, qui n'ont été résolus qu'en partie par l'introduction de la refonte du REI. Dans son examen des rouages du REI, cet ouvrage se penche sur les réactions nationales aux problèmes de coordination transnationale des insolvabilités et la façon dont elles ont influencé les réponses des tribunaux aux premières affaires dont ils ont été saisis appelant à l'application du REI.

Pour l'auteur, les lacunes du REI, surtout en ce qui concerne les structures de groupe, ont amené les tribunaux à imaginer eux-mêmes des solutions, comme on l'a vu pour la première fois dans l'affaire Daisytek, solutions qui ont ensuite été transposées graduellement à des situations de plus en plus complexes. Au niveau européen, la réaction a été plus discrète, bien que par moments, des affaires telles qu'Interedil et Illochroma aient mis en lumière des situations factuelles particulières. En étudiant ces affaires et d'autres encore, l'ouvrage examine comment, pour sauver des groupes d'entreprises, les tribunaux ont mis en pratique des méthodes qui se trouvent à la fois dans et hors du champ d'application du REI, dans une tentative de pallier certains des inconvénients de ce dernier. Cet ouvrage contient également une partie tournée vers l'avenir, puisqu'il traite du projet de directive de novembre 2016 et de sa probable contribution au cadre des réorganisations transfrontalières.

Dans l'ensemble, il s'agit d'un travail de recherche méthodique et détaillé. Notons qu'il a en outre reçu en 2016 le prix Cyrille Bialkiewicz, qui récompense les publications dans le domaine de l'insolvabilité. Bien qu'il s'adresse principalement aux lecteurs francophones, cet ouvrage mérite de rencontrer un public plus large en raison de ses fortes caractéristiques comparatives et de son analyse de problèmes universels.

*Paul J. Omar, Coordinateur des recherches techniques*

## **Les défaillances d'emprunteurs souverains devant les tribunaux nationaux**

par Hayk Kupelyants (2018, OUP, Oxford), 320 p., 75 GBP ISBN 978-0-19-880723-0

Le monde de la dette souveraine et des défaillances d'emprunteurs souverains est souvent obscur. Faute de régime de restructuration de la dette souveraine, les emprunteurs souverains et les créanciers (dissidents) jouent au chat et à la souris. Le débiteur souverain peut avoir recours à des stratégies extrajudiciaires ou juridiquement contestables, cesser ses paiements, contraindre les créanciers en employant des stratégies de consentement à la sortie ou en menaçant de ne pas rembourser les créanciers dissidents ; il peut également essayer de modifier rétroactivement les termes d'un accord à son propre avantage en modifiant la législation nationale. De leur côté, les créanciers transmettent leurs créances à des investisseurs spécialisés qui attaquent le débiteur et essaient de faire valoir leurs créances ou d'exercer des pressions sur le débiteur, par exemple en bloquant son accès aux marchés de la dette. Dans ce texte récent, Hayk Kupelyants analyse la façon dont les différends qui surviennent dans le contexte des défaillances d'emprunteurs souverains sont susceptibles d'être tranchés par les tribunaux nationaux.

Son ouvrage commence par une présentation théorique, juridique et pratique du caractère (commercial) de la dette souveraine et des restructurations de dette, et se poursuit par la description et l'analyse des conditions les plus importantes des obligations faisant typiquement l'objet des contrats obligataires souverains, avant de s'intéresser à la question du contentieux et de la mise à exécution. Il traite de questions concernant la compétence, la possibilité de moratoire visant à éviter les actions en justice préventives (au cours des négociations portant sur la restructuration), les mesures provisoires à l'encontre du débiteur souverain et le droit régissant les contrats obligataires souverains. Il couvre également le cas déconcertant des modifications unilatérales apportées aux obligations souveraines de droit national. En outre, il étudie également les moyens de défense ouverts au débiteur contre les remboursements, et les contestations des restructurations de dette souveraine, notamment des techniques de restructuration stratégiques / coercitives. L'ouvrage se termine par une analyse des techniques de mise en œuvre à l'encontre du débiteur souverain.

64

Alors qu'il est très probable que les créanciers obtiennent d'un tribunal la confirmation de leur droit à être remboursés (en intégralité), ainsi que la confirmation du principe « *pacta sunt servanda*<sup>72</sup> », surtout devant les tribunaux d'Angleterre et de New York, la réelle difficulté consistera à trouver, à l'étranger, des actifs appartenant au débiteur souverain susceptibles d'être saisis, ou à contraindre le débiteur, via diverses stratégies de mise à exécution possibles, à conclure un règlement. Grâce à son analyse étendue et approfondie de la jurisprudence, essentiellement américaine et britannique, l'ouvrage de Hayk Kupelyants apporte au lecteur un guide pratique sur la façon dont les défaillances d'emprunteurs souverains seront ou sont susceptibles d'être tranchées par les tribunaux nationaux

*David Ehmke, université Humboldt, Berlin*

---

<sup>72</sup> Locution latine affirmant le principe majeur selon lequel les traités et, plus généralement, les contrats doivent être respectés de bonne foi par les parties. Source : *Lexique des termes juridiques 2017-2018*, éd. Dalloz (N. de la T.).



## ***Le droit de l'insolvabilité internationale***

Par Reinhard Dammann et Marc Sénéchal, juin 2018, 974 p., ISBN 978-2-306-00090-8, 125 EUR

Ce texte, publié en juin 2018, a été rédigé par deux praticiens de haut vol, qui à eux deux sont intervenus dans les plus grandes insolvabilités transfrontalières ouvertes en France au cours de la dernière décennie. De ce fait, ils sont bien placés pour répondre aux questions essentielles que pose le texte : Comment fonctionne la refonte du règlement européen sur l'insolvabilité ? Quelles sont les dernière tendances que suit la Cour de Justice de l'Union européenne lorsqu'elle interprète ses dispositions ? Quelle place reste-t-il aux règles de droit international privé en lien avec les insolvabilités internationales faisant intervenir des pays tiers ? Que se passera-t-il après le Brexit, tout du moins en ce qui concerne la France ? Des réponses à toutes ces questions sont distillées au moyen de l'analyse des textes et de la jurisprudence, guidées par l'expérience pratique des auteurs.

*Une critique plus complète de cet ouvrage sera publiée dans le prochain numéro d'eurofenix.*

### **Vous souhaitez présenter un nouvel ouvrage ou en faire la critique ?**

Contactez-nous pour que nous puissions l'envisager pour un futur numéro. Pour de plus amples renseignements, écrivez à Paul Newson à l'adresse [paulnewson@insol-europe.co.uk](mailto:paulnewson@insol-europe.co.uk)

Dates pour votre calendrier

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

## 2018

3 & 4 Octobre

**INSOL Europe/Forum Universitaire  
Conférence Annuelle**  
*Athènes/Grèce*

4 – 7 Octobre

**INSOL Europe – Congrès annuel**  
*Athènes/Grèce*

## 2019

25 & 26 Septembre

**INSOL Europe/Forum Universitaire  
Conférence Annuelle**  
*Copenhague, Danemark*

26-29 Septembre

**INSOL Europe – Congrès annuel**  
*Copenhague/Danemark*

## 2020

30 Septembre & 1<sup>er</sup> octobre

**INSOL Europe/Forum Universitaire  
Conférence Annuelle**  
*Sorrento/Italie*

1 – 4 Octobre

**INSOL Europe – Congrès annuel**  
*Sorrento/Italie*

66

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

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

**Pour la France, Florica Sincu : [floricasincu@insol-europe.org](mailto:floricasincu@insol-europe.org)**

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