

e u r o f e n i x

La revue d'INSOL Europe

Printemps 2019



UNE PREMIÈRE EN ESPAGNE

Et aussi :

- **Un « livre de cuisine » judiciaire**
- **Insolvabilités bancaires**
en Europe Centrale et Orientale
- **Le « moment de vérité » en Grèce**
- **L'abus de « *lis pendens* » en Irlande**
- **Conférences, nouvelles publications**
....et plus

Numéro 75 : € 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.orgSite internet : www.insol-europe.org**Comité exécutif****Président :** Alistair Beveridgeabeveridge@alixpartners.com**Président adjoint :** Piya Mukherjee (pmu@horten.dk)**Vice-président :** Marcel Groenewegenmarcel.groenewegen@cms-dsb.com**Président précédent:** Radu Lotrean (radu.lotrean@citro.ro)**Trésorier :** Christopher Laughtonchrislaughton@mercerhole.co.uk**Directeur administratif :** Caroline Taylorcarolinetaylor@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-ordinatrice événementielle**Harriet Taylor (harriet@insol-europe.org)**Co-ordinateur parrainages:**

Hannah Denney

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

Emmanuelle Inacio & Myriam Maily

technical@insol-europe.org**Directeur honoraire**Mark Udink (mcudinck@udinck.nl)**Président honoraire à vie :**Neil Cooper (neil@trutta.co.uk)**Responsables des comités et groupes de travail :****Approbation de nouveaux membres :** Alistair Beveridge
abeveridge@alixpartners.com**Branche Anti-fraude :**Carmel King (carmel.king@uk.gt.com)Bart Heynickx (bart.heynicks@altius.com)**Branche Judiciaire :**Caroline Costello (carolinecostello@courts.ie)**Branche Redressement :**Alberto Nunez-Lagos (alberto.nunez-lagos@uria.com)Steffen Koch (steffen.koch@hww.eu)**Comité constitutif :** Catherine Ottawayottaway@hocheavocats.com**Comité des pays de l'Europe Orientale (EECC) :**Radu Lotrean (radu.lotrean@citro.ro)Evert Verwey (evert.verwey@CliffordChance.com)**Comité de développement :**Alice Van Der Schee (alicevanderschee@vbk.nl)Albert Nunez-Lagos (alberto.nunez-lagos@uria.com)Radu Lotrean (radu.lotrean@citro.ro)**Comité technique du Congrès 2019:**Michala Roepstorff (mir@plesner.com)Florian Bruder (florian.bruder@dlapiper.com)Secrétaire : Emmanuelle Inacio (emmanuelleinacio@insol-europe.org)**Forum universitaire:**Michael Veder (m.veder@jur.ru.nl)Secrétaire: Anthon Verwey (anthon.verwey@gmail.com)**Forum des mandataires d'insolvabilité**Marc André (mandrelaw@aol.com)Daniel Fritz (Fritz@hermann-law.com)Robert Haenel (robert.haenel@anchor.eu)Stephen Harris (sharris@uk.ey.com)Jean Baron (jbaron@cbfassociés.com)David Soden (dsoden@deloitte.co.uk)**Groupe de jeunes membres :**Georges-Louis Harang (harang@hoche.com)Anne Bach (abach@goerg.de)**Groupe des établissements financiers:**Florian Joseph (florian.joseph@helaba.de)

Francisco Patricio

francisco.patricio@abreuadvogados.com**INSOL International :**Catherine Ottaway (ottaway@hocheavocats.com)**Parrainages :**David Rubin (david@drpartners.com)Frank Tschentscher (Ftschentscher@schubra.de)**Registre d'affaires fondées sur le REI :** Reinhard Bork
(bork@uni-hamburg.de)**Relations avec l'Union Européenne :**Robert Van Galen robert.vangalen@nautadutilh.com**Strategic Task Force 2025 :**Steffen Koch (steffen.koch@hww.eu)**YANIL**Jenny Gant (JenniferL.L.Gant@gmail.com)

S O M M A I R E

5	La lettre des co-rédacteurs en chef par Frank Heemann
6	La lettre du Président : Alistair Beveridge
9	Actualités et événements
16	Rubrique technique par Emmanuelle Inacio
20	Ludovic Van Egroo : Conformité : le RGPD et les données financières sensibles
25	Reinhard Bork : La Directive européenne
29	Jean-Luc Vallens : La Directive sur la restructuration préventive en France
32	José Carlos Delgado et Carlos Cuesta Martin Abengoa : une première en Espagne
35	Mark Woodcock: L’abus de ‘lis pendens’ en Irlande
40	Richard Bodis : Insolvabilités bancaires en Europe Centrale et Orientale
43	Yannis G. Sakkas et Yannis G. Bazinas : « Le moment de vérité » - Prêts non performants en Grèce
47	Paul Omar : Test ‘SWOT’ sur la réforme de l’insolvabilité
50	Nicoleta Nastasie : Un « livre de cuisine » judiciaire
54	David Conaway : Insolvabilité transfrontalière aux Etats Unis
57	Orçun Cetinkaya et Burak Baydar : Nouveaux textes législatifs en Turquie
61	Actualités par pays : République tchèque, Allemagne
64	Compte-rendu technique par Myriam Mailly
67	Nouvelles publications
70	Richard Turton Award 2019
71	Dates pour votre calendrier

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

Contacts eurofenix

<p>Co-Rédacteurs en chef : Frank Heemann, Lithuania (frank.heemann@bnt.eu) Catarina Serra, Portugal (csserra@gmail.com)</p> <p>Comité exécutif de rédaction : Emmanuelle Inacio, technical@insol-europe.org Paul Newson, paulnewson@pndesign.co.uk Florica Sincu, floricasincu@insol-europe.org</p> <p>Comité de rédaction : George Bazinas, gbazinas@bazinas.com Ruud W.A. Brunninkhuis R.Brunninkhuis@burenlegal.com Harald Bußhardt, hbusshardt@schubra.de Giorgio Cherubini, Gcherubini@explegal.it David Conaway, dconaway@slk-law.com Pau Donat, donat@gabinetebegur.com Edvins Draba, edvins.draba@sorainen.com Martine Gerber, mgerber@opf-partners.com Guy Lofalk, guy.lofalk@lofalk.se Enda Lowry, lowry@mcstayluby@luby.ie Ana-Irina Sarcane, irina.sarcane@sarcane.ro Petr Sprinz, petr.sprinz@havelpartners.cz Daniel Staehelin, Daniel.staehelin@kelerhals-carrard.ch Annerose Tashiro, atashiro@schubra.de Caroline Taylor, carolinetaylor@insol-europe.org Michael Tierhoff, michael.thierhoff@tmpartner.de Jesper Trommer Volf, jtv@delacour.dk Jean-Luc Vallens, vallensjl@ymail.com Louise Verrill, lverrill@brownrudnick.com Evert Verwey, evert.verwey@cliffordchance.com Signe Viimsalu, Signe.viimsalu@gmail.com</p>	<p>eurofenix français Parrainé par CNAJMJ – France Editeur/Renseignements/ Proposition d'article : Florica Sincu floricasincu@insol-europe.org Tél. +33 6 03 54 60 37 Traduction : Gabrielle Allemand (gamtrad@free.fr)</p> <p>Publicité et ventes : Edward Taylor - MRP Print eurofenix@mrp.uk.com Tél. +44 115 965 1000</p> <p>Imprimeur de la version anglaise : MRP Print www.mrp.uk.com</p> <p>Le futur numéro sera publié en Juin 2019</p> <p>Toute correspondance, y compris toute proposition d'article, doit être adressée à: Paul Newson - PNDesign, pndesign@icloud.com</p>	<p>Copyright : INSOL Europe 2019</p> <p>Aucun extrait de la présente lettre d'information ne pourra être reproduit ou transféré, sous quelque forme et par quelque biais que ce soit, sans l'accord préalable d'INSOL Europe</p> <p>Images : @Fotolia.com (s'il n'y a pas une autre mention)</p> <p>EUROFENIX et <i>eurofenix</i> sont des marques enregistrées au nom d'INSOL Europe</p>	<p>Avertissement :</p> <p>La présence d'une erreur ou omission dans les articles publiés n'engagera nullement la responsabilité, à quelque titre que ce soit, de la rédaction, la production, ou du comité exécutif d'INSOL Europe.</p> <p>Les opinions exprimées dans les articles publiés dans la présente revue ne sont pas nécessairement partagées par les rédacteurs en chef, la production, ou l'un ou l'autre des représentants d'INSOL Europe, ou bien par les sociétés et les organisations auxquelles appartiennent les auteurs des articles.</p>
--	--	---	---

La lettre des co-rédacteurs-en-chef

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

Alors que j'écris ces lignes, je m'amuse à suivre la tragi-comédie du Brexit : pas moyen de s'ennuyer avec tous ses rebondissements et sa fin imprévisible !

J'ai toutefois décidé de ne pas y accorder plus d'attention dans cet éditorial, puisque son résultat final n'est pas encore connu, tandis que nous observons clairement un mouvement vers une extension de l'article 50 du traité de Lisbonne. En ma qualité de co-rédacteur en chef d'*eurofenix*, je suis ravi de ce développement qui promet à la fois d'être divertissant et d'apporter de la complexité juridique, ce qui inspirera certainement d'autres articles fascinants concernant le Brexit à nos contributeurs.

Contrairement à ce qui se passe dans le cas avec le Brexit, on voit heureusement la lumière au bout du tunnel dans d'autres domaines. Pour nos professions, le plus pertinent semble être l'adoption imminente de la directive sur la restructuration par le Parlement européen, qui interviendra certainement à la fin mars. Le professeur Bork nous résume les derniers compromis, tandis que Jean-Luc Vallens nous présente le point de vue intéressant de la France. Après l'adoption de la directive, commencera une étape de mise en œuvre qui durera deux ans, au cours de laquelle les États membres devront adapter leurs lois nationales. Ne serait-ce que dans « ma » région — les États baltes et la CEE —, cela représentera un véritable défi, car la restructuration, la sauvegarde des entreprises et la seconde chance sont encore des concepts relativement nouveaux. Par conséquent, il faudra non seulement améliorer les cadres juridiques, mais également continuer d'expliquer aux parties prenantes et aux sociétés les bienfaits que ces techniques peuvent apporter. Dans ce contexte, je pense qu'INSOL Europe a également un rôle important à jouer, par exemple en réalisant des analyses SWOT des réformes d'insolvabilité, en établissant des statistiques, en organisant des formations telles que notre formation de haut niveau, ainsi qu'en assurant une coopération étroite sur le terrain avec l'aide des coordinateurs nationaux, ce nouvel outil d'INSOL Europe que nous présente Alistair Beveridge dans sa Lettre du Président.

S'il n'existe aucune certitude sur le front du Brexit, il y a tout de même plus de clarté dans d'autres domaines. Début mars, la BCE a publié une décision politique de ne pas augmenter ses taux d'intérêt avant 2020 et de garder en place d'autres instruments aussi longtemps que cela s'avérera nécessaire pour maintenir des conditions de liquidité favorables et permettre une orientation accommodante de la politique monétaire. Par conséquent, les entreprises continueront de bénéficier de taux d'intérêt favorables lorsqu'elles souscriront des prêts pour leurs investissements, en général auprès de leurs banques commerciales. Ce numéro analyse le rôle important que jouent ces banques de différents points de vue ; Ludovic van Egroo aborde la question de la conformité dans son article concernant le RGPD et les données financières sensibles ; Yannis G. Sakkas et G.

Bazinas nous présentent les choix décisifs concernant les prêts non performants en Grèce ; enfin, Richard Bodis nous donne un aperçu des insolvabilité bancaires au sein de la CEE.

Il ne faut surtout pas rater un épisode de la grande insolvabilité espagnole, Abengoa, qui à l'instar du Brexit, nous promet des articles passionnants pour nos prochains numéros. José Carles Delgado et Carlos Cuesta Martin nous en présentent les derniers développements.

Comme toujours, vous trouverez des informations et mises à jour précieuses dans nos rubriques régulières, telles que la Rubrique technique, la rubrique États-Unis, les Actualités par pays et la rubrique consacrée aux nouvelles publications, mais aussi dans la Lettre du Président.

La saison des conférences débute et je suis impatient de vous retrouver bientôt, que ce soit en mai à Stockholm, pour le séminaire conjoint INSOL International / INSOL Europe, en juin à Ljubljana, pour la conférence du Comité des pays de l'Europe orientale, ou plus tard dans l'année, à d'autres endroits. Consultez notre calendrier, à la fin de ce numéro ou sur notre site web à l'adresse www.insol-europe/events, et surtout, n'oubliez pas de vous inscrire !

Bonne lecture !

Frank Heemann

6

La lettre du Président

Développer des liens solides, à l'échelle locale et nationale

Alastair Beveridge nous informe des récents événements et des projets pour l'avenir*

L'année 2019 est déjà bien avancée et j'ai le plaisir de constater que notre organisation est en bonne santé.

C'est la course avant notre prochaine réunion du Conseil, qui se tiendra à Londres en mars, et je suis impatient d'accueillir mes collègues dans mon bureau à cette occasion. Notre réunion se tiendra une semaine avant la date limite du Brexit (29 mars) et il se peut (bien que cela soit peu probable, vu la situation actuelle) que nous en sachions plus d'ici-là : cette incertitude n'est utile à personne.

Vous vous souviendrez que l'un des principaux éléments ressortant de notre examen stratégique est la création de notre Comité de développement, conçu à la fois pour accroître le nombre de nos membres mais aussi pour nous permettre d'avoir des relations plus personnalisées avec nos

membres dans leur pays. Le but est de désigner au fur et à mesure des Coordinateurs nationaux d'INSOL Europe pour chaque pays et d'élaborer des projets en fonction des besoins spécifiques de chaque pays. Le Comité travaille à la sélection des Coordinateurs nationaux ; vous en saurez plus à ce sujet dans notre prochain numéro.

Peu après l'approbation du Comité de développement, Thomas Bauer, notre représentant du Conseil pour la Suisse, m'a appelé pour me présenter une demande. Il m'a dit que l'Association suisse de droit de l'insolvabilité (SchKG-Verienigung Association LP), dont il était alors Président, tenait son assemblée annuelle à Berne, en février, ce qui était selon lui l'occasion parfaite pour présenter INSOL Europe à ses concitoyens. Je lui ai donné mon accord et ai eu le privilège de participer à cette assemblée, réunissant une soixantaine de membres, dont plusieurs juges. L'hospitalité était excellente ; j'ai retrouvé Daniel Staehelin (Président d'INSOL Europe en 2012), qui a fondé cette association suisse il y a une vingtaine d'années, ainsi que Sabina Schellenberg (représentante du Groupe des jeunes Membres au Conseil jusqu'en octobre 2018). J'ai également fait la connaissance de confrères dont certains, je l'espère, rejoindront la famille d'INSOL Europe.

Cet événement proposait une séance innovante au cours de laquelle l'un des avocats locaux a demandé à trois juges leur avis sur la question de savoir si les juges devaient porter assistance à des débiteurs physiques insolvable incapables de payer un avocat ou de comprendre la procédure dont ils font l'objet. Il s'en est ensuivi un débat philosophique animé et très interactif, teinté d'humour et d'affabilité ; je l'aurais encore plus apprécié si j'avais parlé l'allemand et si j'avais compris ce qui se disait. Je remercie encore une fois Thomas pour son invitation, son hospitalité, le chocolat et les biscuits (mes enfants les ont adorés).

Plus sérieusement, c'est exactement ce type de choses que notre organisation veut développer : soutenir les initiatives locales, sensibiliser davantage de personnes à nos actions et à l'aide que notre organisation peut apporter, mais aussi veiller à rester informés des grandes questions et débats en matière d'insolvabilité et de restructuration qui se déroulent chaque jour partout en Europe. C'est pourquoi je vous demande de réfléchir à ce qui pourrait fonctionner dans votre pays et d'en informer Radu Lotrean, Alberto Nunez-Lagos ou Alice Van Der Schee (en fonction de votre région), pour que nous puissions trouver une façon de vous aider et de vous soutenir à l'échelle locale.

Formation de haut niveau sur l'insolvabilité

Un autre de nos domaines d'action est l'éducation. Vous avez certainement déjà entendu parler de notre formation de haut niveau : cette formation, qui consiste en trois modules, s'est tenue en Roumanie et deux des trois modules ont été organisés avec succès à Chypre. La date du troisième et dernier module a été arrêtée au 22 mars 2019. Cette formation fonctionne car elle réunit expertise locale et internationale pour dispenser un ensemble de messages puissants, avec la participation d'excellents intervenants qui en font un événement vraiment spécial.

Je suis ravi de pouvoir vous annoncer qu'après de longues discussions, nous avons décidé que la prochaine édition se tiendrait à Athènes (Grèce), à des dates qui vous seront communiquées ultérieurement, une fois qu'elles auront été fixées. Ce programme de formation peut être organisé

dans n'importe quel pays et nous aimerions qu'il soit davantage utilisé, si possible. Si vous souhaitez en savoir plus sur la formation ou étudier la possibilité de l'organiser dans votre pays, veuillez contacter Radu Lotrean ou moi-même.

L'avenir

Mon cabinet, AlixPartners, organise une enquête annuelle auprès des experts de la restructuration. La plus récente version, la quatorzième, a été publiée au début du mois. Nous interrogeons plus de 300 avocats, banquiers, conseillers et autres professionnels du monde entier sur leurs prévisions et les raisons de ces dernières. Je ne me propose pas de la reproduire dans ces pages mais j'ai pensé que certaines de ses principales conclusions pourraient vous intéresser.

Les professionnels de notre domaine ont pour réputation d'être focalisés sur la date de la prochaine crise, et pour cause. Par le passé, l'activité en matière de restructuration et d'insolvabilité était toujours étroitement liée au cycle de crédit. Aujourd'hui, cela semble bien moins vrai. Ce cycle a encore de l'importance, mais l'activité est de plus en plus influencée par un flux continu de perturbations, même lorsque les facteurs macroéconomiques généraux sont forts. Les nouvelles technologies, l'évolution rapide du comportement des consommateurs et de la réglementation, les éventuels obstacles aux échanges commerciaux et les bouleversements tels que le Brexit menacent tous les entreprises et des secteurs entiers de l'économie.

Les trois secteurs qui, selon ces experts, rencontreront le plus de difficultés sont les suivants :

- **Vente au détail** : en raison de l'évolution du comportement des consommateurs, des difficultés et perturbations économiques ;
- **Pétrole et gaz** : bien que la grande majorité des personnes interrogées aient prédit que le baril de pétrole allait dépasser les 55 USD, il est tombé à environ 50 USD, ce qui entraîne des difficultés à travers toute la chaîne de valeur ;
- **Automobile** : dans ce cas, il s'agit d'une ensemble de facteurs, à savoir les préférences de consommation, les changements technologiques et le rôle de la Chine.

Il semble donc que les perturbations ne sont pas près de disparaître et que nous y serons tous confrontés. Si nous disposons d'une expérience concernant des industries ou secteurs en particulier, nous serons les mieux placés pour aider nos clients et les aider à surmonter leurs difficultés.

Bien que personne d'entre nous ne soit capable de prédire précisément ce qui arrivera cette année ou les suivantes, il existe néanmoins des certitudes, entre autres quant au lieu où nous tiendrons nos Congrès annuels ! Je suis donc ravi de vous annoncer que nous avons convenu d'organiser **notre Congrès annuel de 2022 dans la ville de Dubrovnik, en Croatie.**

Encore des livres !

Je dois avouer que mes lectures du premier trimestre ont principalement consisté en des romans policiers, style que j'affectionne depuis bien plus longtemps que je n'ose le dire, mais dont l'intérêt éducatif ou intellectuel est moindre, même si je connais un très grand nombre de façons de dissimuler un cadavre ! Le livre qui me tient occupé depuis un moment, et à juste titre car je le trouve fascinant, est *Pourquoi nous dormons*, du Dr Matthew Walker. Il m'a été recommandé par Neil Cooper et une fois que j'ai plongé le nez dedans, j'ai été très surpris.

Grâce à ce livre, je me suis mis au travail pour m'assurer de bonnes nuits de sommeil, car les bienfaits en sont immenses : vu l'effort que chacun d'entre nous fournit pour recharger ses

batteries tous les jours, ce livre n'est pas juste une lecture plaisante, mais essentielle. Je vous quitterai en finissant avec un dernier conseil : couchez vous un peu plus tôt et dormez bien !

**Alastair Beveridge est le Président d'INSOL Europe*

X X X
X

Actualités et événements

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 les prochains numéros, veuillez contacter Paul Newson, directeur de publication, à l'adresse paulnewson@insol-europe.org.

1. Qui accepterait d'être administrateur ?

La deuxième réunion annuelle conjointe du Groupe des Financiers INSOL International / INSOL Europe s'est tenue avec succès à Londres le 20 novembre, sous la présidence de John Willcock, rédacteur-en-chef de Global Turnaround

Ce débat stimulant s'est déroulé sous les auspices de la Commonwealth Bank of Australia ; Mark Sutton, *Senior Executive Manager, Group Credit Structuring*, a ouvert les délibérations. La séance a ensuite été introduite par Derek Sach, président du Groupe des Financiers d'INSOL International.

La réunion avait pour thème l'ensemble de mesures prises par les autorités réglementaires britanniques en réponse à plusieurs effondrements d'entreprises ayant récemment suscité des controverses, notamment ceux du groupe de distribution BHS et de Carillion, géant de la sous-traitance. Entre autres, il a été suggéré de renforcer la gouvernance d'entreprise avant l'insolvabilité et de créer des pouvoirs permettant d'enquêter et de poursuivre des administrateurs de sociétés qui ont été vendues ou dissoutes.

Cela a généré deux grandes orientations dans la discussion : au vu de ces changements, qui accepterait d'être administrateur ? et plus généralement, qui pourrait arbitrer le type de restructurations complexes que l'on observe chez les grandes multinationales qui s'enorgueillissent de structures de capital de plus en plus compliquées ?

La séance réunissait Patricia Godfrey, associée au sein de l'équipe Banque et Finance de CMS ; Andrew Shaw, agent du Service britannique de l'insolvabilité, qui dirige son équipe pour la préparation au Brexit ; Ed Boyle, associé spécialisé en restructuration et insolvabilité chez KPMG ; Julian Verden, directeur général Europe du Groupe Stemcor ; et enfin, Richard Stables, responsable de la restructuration pour la région EMOA au sein du cabinet Lazard.

La conclusion des débats a été confiée à Alastair Beveridge, Président d'INSOL Europe. Le groupe conjoint prévoit d'organiser une manifestation similaire l'année prochaine.

2. Actualités de la CERIL

Le 12 décembre 2018, la Conférence de droit européen de la restructuration de l'insolvabilité (CERIL) a publié son Rapport 2018-2 sur la restructuration et l'insolvabilité transfrontalières post-Brexit

La CERIL met en lumière les relations entre l'UE et le Royaume-Uni dans le domaine du droit de l'insolvabilité et de la restructuration après le Brexit et cherche à formuler, dans sa Déclaration 2018-2, une position quant à la nature et au contenu d'un éventuel futur instrument gouvernant ces relations. La CERIL préconise de développer un accord bilatéral entre l'UE et le Royaume-Uni dans le domaine de l'insolvabilité et de la restructuration. Cet accord reproduirait, en y ajoutant certaines garanties, la structure et le contenu de la Refonte du REI. Il couvrirait la compétence internationale des tribunaux, le droit applicable, un système de reconnaissance et d'exécution mutuelles et des règles de coopération et de communication entre les praticiens de l'insolvabilité et les tribunaux du Royaume-Uni et de l'UE.

Le rapport de la CERIL met en avant les relations entre l'UE et le Royaume-Uni après le Brexit et envisage plusieurs solutions pour remédier au vide qui se produira lorsque la refonte du règlement européen sur l'insolvabilité cessera de s'appliquer, après le Brexit. La CERIL avance qu'un accord futur devrait être élaboré sous la forme d'un « instrument parallèle ». La Convention de Lugano, qui étend pour l'essentiel le cadre du règlement Bruxelles I aux États de l'AELE, ou l'accord bilatéral qui étend le champ d'application du règlement Bruxelles I au Danemark pourraient servir de modèle. Ainsi, les différences d'interprétation entre les tribunaux britanniques et européens pourraient être évitées.

Ce rapport a été rédigé à l'initiative et sous la direction du Pr Francisco Garcimartín (université autonome de Madrid ; Linklaters) et du Pr Michael Veder (université Radboud, Nimègue ; RESOR), avec le concours d'un groupe de travail de la CERIL, chargé d'étudier les conséquences potentielles du Brexit sur la restructuration et l'insolvabilité transfrontalières en lien avec le reste de l'UE. Le Rapport 2018-2 de la CERIL présente les résultats de cette étude.

La Déclaration 2018-2 et le texte intégral du Rapport 2018-2 de la CERIL peuvent être consultés à l'adresse :

www.ceril.eu/publications/ceril-report-2018-2-on-cross-border-restructuring-and-insolvency-post-brexit/

3. Déjeuner de l'insolvabilité à Prague

Ernst Giese nous rend compte du premier déjeuner de l'insolvabilité organisé par INSOL Europe à Prague, qui s'est tenu le 12 novembre 2018 dans le centre historique de la ville, non loin du célèbre château

Plusieurs experts du droit de l'insolvabilité, liquidateurs et avocats issus des grands cabinets tchèques ont répondu à l'invitation de discuter de l'état actuel de la proposition de directive du Parlement et du Conseil 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.

Le Président d'INSOL Europe, Alastair Beveridge, a prononcé le discours de bienvenue et présenté notre association et ses activités.

Le principal intervenant était Nicolaes W. A. Tollenaar, du cabinet RESOR (Amsterdam). Il a présenté une analyse vivante de la proposition, s'agissant des systèmes « favorables aux débiteurs » et « favorables aux créanciers ». D'après son analyse, les premiers sont un obstacle tandis que les derniers facilitent la sauvegarde des entreprises.

M. Tollenaar a proposé de nombreux éléments utiles et présenté la procédure d'insolvabilité idéale, tout en tenant compte de divers critères économiques. Il a critiqué l'initiative européenne en ce qu'elle n'offre pas également aux créanciers le droit de proposer un plan de restructuration. L'exclusivité en faveur du débiteur permet aux actionnaires qui contrôlent l'entreprise de ne proposer aux créanciers qu'un tout petit peu plus que ce qu'ils recevraient en cas de liquidation. Si les créanciers n'ont pas le droit de proposer leur propre plan et d'élaborer une alternative, dans la pratique, ils n'ont pas d'autre choix que d'accepter le plan présenté par l'actionnaire de contrôle, par l'intermédiaire du débiteur, ce qui entraîne un transfert des richesses des créanciers vers les actionnaires.

11

Tous les participants ont donné leur avis, proposé leurs suggestions et présenté leur expérience professionnelle internationale. Tomáš Richter, du cabinet Clifford Chance (République tchèque), a évoqué ses connaissances pratiques, soulignant qu'il existe de bonnes lois modernes en matière d'insolvabilité dans son pays, mais que leur application par les tribunaux est très variable en termes de qualité.

Pour finir, les participants ont proposé que la communauté de l'insolvabilité se réunisse régulièrement à Prague pour promouvoir INSOL Europe en République tchèque.

4. Restructuration des groupes d'entreprises en Europe

*Le thème de la restructuration des groupes d'entreprises a été abordé lors de deux conférences consécutives de l'Institut européen du droit (IED) : **Gert-Jan Boon, Ilya Kokorin et Jessie Pool** nous en rendent compte*

Le 5 décembre 2018, une conférence conjointe de l'IED et du Réseau de recherche sur la responsabilité et les entreprises (*Business & Liability Research Network – BLRN*) de l'université de Leyde s'est déroulée Leyde (Pays-Bas). Au cours de cette première conférence, les développements nationaux et européens ont été évoqués. La seconde conférence, qui s'est tenue le

11 décembre 2018, a été organisée à l'occasion de la réunion du Groupe de travail V de la CNUDCI à Vienne (voir l'article suivant). Elle s'est intéressée aux questions de regroupement des patrimoines.

À Leyde, le professeur émérite Bob Wessels (université de Leyde) a présenté le projet de l'IED concernant la sauvegarde des entreprises. Ce projet, qu'il dirige en compagnie du Pr Stephan Madaus (université de Halle-Wittenberg, Allemagne), a suscité 115 recommandations quant à un cadre juridique permettant de développer des règles cohérentes et fonctionnelles en matière de sauvegarde des entreprises en Europe¹. Stephan Madaus a présenté les recommandations, qui figurent au chapitre 9 de l'instrument sur la sauvegarde des entreprises de l'IED, qui est consacré à la question des groupes d'entreprises. Il a souligné que différentes approches pouvaient être distinguées, partant d'une absence de coordination ou d'une coordination limitée et allant jusqu'à un regroupement des patrimoines. En Europe, les membres insolubles d'un groupe d'entreprises sont traditionnellement traités au cas par cas. Les règles nationales applicables aux groupes d'entreprises sont encore rares au sein de l'UE. Ceci a également été illustré par le Pr Joeri Vananroye (KU Louvain, Belgique), qui a développé le thème des possibilités de restructuration de groupes d'entreprises existant en droit belge. Le Pr Reinout Vriesendorp (université de Leyde) a souligné que des recherches supplémentaires étaient nécessaires pour étudier le rôle des dirigeants de membres de groupes d'entreprises dans un contexte européen.

Une présentation conjointe a été donnée par Jessie Pool, Ilya Kokorin et Gert-Jan Boon (chercheurs à l'université de Leyde), évoquant les mécanismes juridiques existants qui permettent de faciliter la résolution efficace des difficultés des groupes d'entreprises. Pour commencer, ils ont étudié le cas du règlement européen sur l'insolvabilité (REI 2015) et conclu qu'en raison de la nature volontaire de la procédure de coordination collective et de la facilité de s'y opposer, il se pourrait que cette innovation ne produise que des effets limités. Des alternatives ont été envisagées, notamment la désignation du même praticien de l'insolvabilité, l'établissement d'un CIP de l'entreprise et le recours à une procédure synthétique ou à une procédure synthétique « inversée ». Cependant, ces solutions sont soit impossibles soit confrontées à des difficultés importantes d'ordre pratique. Les protocoles de l'insolvabilité ont été suggérés comme étant l'outil le plus flexible. Toutefois, pour qu'ils soient adoptés plus fréquemment, il convient de former les juges et les praticiens de l'insolvabilité.

La conférence de Vienne a poursuivi ses débats en se focalisant sur la question du regroupement des patrimoines au sein des groupes d'entreprises, apportant des perspectives d'Europe, de la CNUDCI et des États-Unis. Comme l'a déclaré Stephan Madaus, d'après l'instrument de l'IED sur la sauvegarde des entreprises, il s'ensuit que seuls certains États membres de l'UE permettent le regroupement des patrimoines en cas d'imbrication des actifs ou de détournement d'actif. Florian Bruder (DLA Piper, Allemagne) a démontré les limitations du REI 2015, notamment l'interdiction

¹ Wessels, Bob et Madaus, Stephan, *La sauvegarde des entreprises en droit de l'insolvabilité – Un instrument de l'Institut européen du droit* (6 septembre 2017).

générale du regroupement des patrimoines dans un contexte transfrontalier. Il a évoqué les approches alternatives (extrajudiciaires) qui pouvaient s'y substituer. En outre, le Pr Irit Mevorach (université de Nottingham, Royaume-Uni) a indiqué que la CNUDCI, dans la troisième partie de son Guide législatif (traitement des groupes d'entreprises), avait trouvé un bon équilibre entre les principes du droit de l'insolvabilité et des sociétés en permettant le regroupement de patrimoines mais uniquement en cas d'imbrication des actifs ou de détournement d'actif. Selon le Pr Edward Janger (Brooklyn Law School, États-Unis), l'expérience américaine montre que le regroupement des patrimoines, dans la pratique, est utilisé essentiellement dans le contexte des plans (de restructuration) consensuels.

Ces conférences ont révélé que les approches de la restructuration des groupes d'entreprise étaient encore en cours de développement. À ce jour, on ne recense encore aucune procédure de coordination collective au titre du REI 2015. L'application d'autres outils, tels que les protocoles d'insolvabilité, reste elle aussi limitée. D'après les discussions, il s'ensuit que dans un contexte transfrontalier, mais aussi sur le plan national, l'amélioration de la coordination au moyen de la coopération et de la communication pourrait actuellement s'avérer le meilleur choix en termes de faisabilité. À cet effet, les juges et praticiens peuvent s'appuyer sur des recommandations et bonnes pratiques, par exemple l'Instrument de l'IED sur la sauvegarde des entreprises, mais aussi sur les instruments d'autres organisations normatives, qui devraient faciliter la restructuration des groupes d'entreprises.

5. La CNUDCI à Vienne : Rhapsodie hivernale

Sur les rives du Danube bleu, blanchies par les premières neiges de l'hiver, le Centre international a accueilli le Groupe de travail V pour sa 54^e session. Florian Bruder, Conseil, DLA Piper, Munich, et Paul Omar, Coordinateur des recherches techniques, INSOL Europe, nous en rendent compte.

À l'ordre du jour : l'insolvabilité des groupes d'entreprises et un cadre d'insolvabilité simplifié pour les MPME (micro, petites et moyennes entreprises). En salle de réunion D, 200 délégués, représentant les États membres, des États observateurs et des organisations non gouvernementales, se sont réunis dans la semaine du 10 au 14 décembre pour délibérer des dernières étapes des textes consacrés aux groupes d'entreprises et lancer la phase suivante des travaux sur les MPME. La réunion de Vienne devait également être la dernière présidée par Jenny Clift, qui prend sa retraite cette année après 20 ans de bons et loyaux services rendus au Groupe de travail.

S'agissant des groupes d'entreprises, les délibérations se sont concentrées sur une analyse ligne à ligne du projet de loi type, qui porte sur les mécanismes de coopération internationale entre tribunaux et/ou praticiens impliqués dans l'administration de l'insolvabilité de membres de groupes d'entreprises. Bien que la majeure partie du texte ait été adoptée sans encombre par le Groupe de travail, puisque le contenu des dispositions avait fait l'objet d'un large consensus, une attention particulière a été portée à deux questions : la conduite et la reconnaissance de la

procédure de planification, ainsi que le rôle des engagements dans le contexte de la procédure principale. Ces deux questions ont suscité des débats passionnés, les interventions des délégués des États membres illustrant les grandes divergences d'opinion concernant le champ d'application et l'utilité des dispositions proposées.

S'agissant de la première question, la ligne de démarcation entre les groupes de délégués était de savoir si le texte pouvait englober la nouvelle procédure de coordination de groupe instaurée au chapitre V de la refonte du règlement européen sur l'insolvabilité, la fonction de la procédure de planification de la loi type ayant été conçue de manière légèrement différente. L'intention de la loi type est que ce type de procédure dérive de la procédure principale, tandis que le point de vue de la Refonte est que ce sont des procédures autonomes privées d'une grande partie des pouvoirs dont est assortie la procédure de planification au titre de la loi type. La parité entre les deux types de procédure à des fins de reconnaissance a été au bout du compte atteinte grâce à une reformulation, le Guide de mise en œuvre, qui était également présenté aux délégués pour approbation, intégrant une explication du fondement de cette reformulation.

La question des engagements a elle aussi suscité de vifs débats, pas tant du point de vue de savoir s'ils étaient fondamentalement souhaitables, mais concernant l'emplacement du texte dans une section intitulée « dispositions supplémentaires ». Bien que cela semble à première vue une question de procédure et de rédaction, les délégations étaient partagées à ce sujet, certaines pensant que cela envoyait un signal aux États envisageant la mise en œuvre de la loi type quant au statut de ces dispositions au sein de l'initiative dans son ensemble. Étonnamment, les sentiments exprimés étaient tels que la question a été revue pour savoir si le procès-verbal de la réunion reflétait exactement la teneur des débats.

Par contre, le débat concernant les MPME a été plus calme, les opinions des participants tendant à converger. Sur ce point, les discussions ont largement porté sur la façon dont les recommandations du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité pourraient cibler plus précisément la situation particulière des MPME. Une grande partie des débats portait sur les options ouvertes aux entreprises entrant dans la définition des MPME, les critères d'admissibilité des procédures, les mécanismes d'ouverture des procédures et les droits d'accès de certains intéressés, notamment les créanciers. La question épineuse de la dérogation a fait l'objet de contributions illustrant la grande différence entre les approches dans le monde entier. Même si ces divergences d'avis se traduisaient dans les contributions des délégués, l'utilité des recommandations ciblées a été reconnue à l'unanimité.

La prochaine réunion du Groupe de travail se tiendra à New York, du 28 au 31 mai 2019. Entre autres points à l'ordre du jour de la 55^e session devraient figurer le conflit de lois, la localisation des actifs et le réexamen de l'initiative MPME.

6. À noter dans vos agendas :

- **Séminaire conjoint d'une journée INSOL Europe / INSOL International, Stockholm (Suède) : 22 mai 2019**
- **Conférence internationale R3-INSOL Europe sur la restructuration, Londres (Royaume-Uni) : 11 juillet 2019**

Suite à la réussite du séminaire organisé en 2018 à Helsinki, **INSOL International** a le plaisir d'annoncer **son premier séminaire à se dérouler dans la magnifique ville de Stockholm**, organisé **en association avec INSOL Europe**, avec le soutien des professionnels de la restructuration de la région nordique.

Première ville et capitale de la Suède, Stockholm compte quatorze îles et plus de cinquante ponts qui traversent l'archipel de la mer Baltique. Venez découvrir les rues pavées de la vieille ville, les cours d'eau et les parcs ou les nombreux magasins, musées et restaurants : à Stockholm, il y en a pour tous les goûts.

Au programme : des séances sur la mise en œuvre de la directive européenne ; la restructuration dans la région nordique, en particulier l'exemple de la restructuration en cours du groupe Componenta en Finlande et en Suède ; les répercussions du Brexit ; la responsabilité des administrateurs. Le séminaire culminera par un cocktail et un dîner à la Villa Källhagen, qui offre des vues magnifiques sur le canal Djurgårdsbrunn et le musée Nordique.

Pour en savoir plus, rendez-vous à l'adresse www.insoleurope.org/events/detail/118

R3/INSOL Europe : Restructuration transfrontalière : un carrefour à la suite du Brexit ?

Cette conférence est une analyse des « techniques de pointe » de la sphère de la restructuration internationale. Les qualités incroyablement dynamiques et rapides du secteur signifient que nous devons nous y adapter et évoluer en même temps que lui.

Le programme inclut les thèmes suivants :

- Des études de cas détaillées des deux affaires transfrontalières les plus importantes de ces dernières années : Agrokor et Steinhoff ;
- Une séance de travail consacrée au paysage des prêts non performants, les nouveaux outils permettant d'y remédier, et les nouveaux acteurs du marché ;
- Une séance de travail sur les différentes approches adoptées au Royaume-Uni et en Europe concernant les procédures de pré-insolvabilité, et la possibilité que cela devienne un nouveau champ de bataille ;

- Une liste d'intervenants internationaux qui sera bientôt annoncée !

Rendez-vous à l'adresse www.r3.org.uk/r3-and-insol-europe-conference pour en savoir plus ou pour vous réserver votre place.

X X X
X

Rubrique technique

Coup de projecteur sur...

Le destin des praticiens dans les procédures en matière de restructuration, confrontés à la directive sur les cadres de restructuration préventive

Par Emmanuelle Inacio, responsable technique d'INSOL Europe

Après que le Rapport Niebler sur la proposition de directive de la Commission européenne relative aux cadres de restructuration préventive² a été approuvé en séance plénière du Parlement européen le 12 septembre 2018, et que le Conseil (Justice et Affaires intérieures) a adopté son Orientation générale au cours de sa réunion du 11 octobre 2018, les législateurs ont conclu avec succès leur trilogue³.

16

Le Comité des représentants permanents des gouvernements des États membres de l'Union européenne (COREPER) a confirmé la version définitive du texte du compromis⁴ du Conseil du 17 décembre 2018⁵, d'après les commentaires des États membres et les discussions avec le Parlement européen, version qui a été approuvée par le Commission des Affaires juridiques du Parlement européen le 23 janvier 2019⁶. Une séance plénière du Parlement européen est prévue du 25 au 28 mars 2019⁷. Si le Parlement européen adopte sa position en première lecture, le Conseil l'approuvera et le texte du 17 décembre 2018 sera adopté. Ensuite, il ne restera plus qu'à le faire réviser par les juristes-linguistes des deux institutions⁸.

² Inacio, E., « Le Rapport Niebler sur la proposition de directive de la Commission européenne relative aux cadres de restructuration préventive », *eurofenix*, automne 2018, n° 73.

³ www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2018/10/11/directive-on-business-insolvency-council-agrees-its-position/

⁴ www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2018/12/19/eu-agrees-new-rules-on-business-insolvabilité/

⁵ data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15556-2018-INIT/en/pdf

⁶ [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=&reference=2016/0359\(COD\)](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=&reference=2016/0359(COD))

⁷ http://www.europarl.europa.eu/sed/doc/news/flash/22221/SYN_PDOJ_March%20II_STR%20V2_FR.pdf

⁸ Inacio, E., « L'Orientation générale du Conseil concernant la proposition de directive de la Commission européenne relative à la restructuration préventive », *eurofenix*, hiver 2018-2019, n° 74.

Pour ce qui est du destin des praticiens dans les procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et d'apurement, le Parlement européen a largement repris le texte de l'Orientation générale en n'y apportant que peu de modifications.

Selon la proposition de la Commission européenne, les praticiens de l'insolvabilité spécialisés sont des « instruments » qui peuvent contribuer largement à réduire la durée des procédures, à baisser les coûts et à améliorer la qualité de l'aide ou de la surveillance.

Ainsi, en ce qui concerne le rôle du praticien dans le domaine de la restructuration, de l'insolvabilité et de la seconde chance, la version définitive du compromis, tout comme le texte de l'Orientation générale, insistent sur la nécessité que les États membres veillent à ce que les praticiens désignés par les autorités judiciaires ou administratives reçoivent une formation adéquate, qu'ils disposent d'une expérience et d'une expertise correspondant à leurs responsabilités, et qu'ils soient désignés selon une procédure claire, transparente et équitable, en tenant compte de la nécessité d'assurer des procédures efficaces et d'éviter les conflits d'intérêts éventuels. En outre, la version définitive du compromis complète l'Orientation générale en ajoutant que 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'Union, notamment grâce au réseautage et à l'échange d'outils de partage d'expériences et de renforcement des capacités⁹.

Dernier point, tout comme l'Orientation générale, la version définitive du compromis 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, les États membres devront mettre en place des mécanismes réglementaires et de contrôle appropriés pour assurer que le travail des praticiens fasse l'objet d'une surveillance efficace, afin que leurs services soient fournis avec efficacité et compétence et, eu égard aux parties concernées, avec impartialité et indépendance. Pour ce qui est de la rémunération des praticiens, la version définitive du compromis recommande que leurs honoraires soient régis par des règles qui incitent à l'aboutissement rapide et efficient des procédures, et que des outils appropriés soient mis en place pour assurer la résolution de tout litige concernant la rémunération¹⁰.

17

Désignation des PI

Même si la version définitive du compromis confirme la nécessité de mettre en place des normes minimales en matière de formation, de désignation, de contrôle et de rémunération dans le cadre des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et d'apurement, toutefois, afin de porter le professionnalisme des praticiens à un haut niveau comparable dans toute l'Union, paradoxalement, le texte limite leur désignation dans le cadre des procédures de restructuration. Bien que la version définitive du compromis reconnaisse la nécessité de soumettre les praticiens dans le cadre de ces procédures à un règlement national, la désignation du praticien dans le

⁹ Article 26.

¹⁰ Article 27.

domaine des restructurations reste facultative, ce qui a été contesté pendant les négociations, au point qu'il a été difficile de parvenir à un accord¹¹.

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. Ceci permettrait d'éviter des coûts inutiles et d'encourager les débiteurs à solliciter la restructuration préventive à un stade précoce de leurs difficultés financières.

D'après la version définitive du compromis, le terme « praticien dans le domaine des restructurations » désigne une personne ou un organisme désigné par une autorité judiciaire ou administrative pour exécuter une ou plusieurs des missions suivantes :

- (a) assister le débiteur ou les créanciers dans la rédaction ou la négociation d'un plan de restructuration ;
- (b) superviser l'activité du débiteur pendant les négociations relatives à un plan de restructuration et faire rapport à une autorité judiciaire ou administrative ;
- (c) prendre le contrôle partiel des actifs ou des affaires du débiteur pendant des négociations.¹²

Le Conseil a noté que si les États membres s'accordaient sur le fait que la procédure de restructuration préventive devrait être une procédure sans dessaisissement (ce qui signifie que le débiteur devrait au moins conserver un contrôle partiel sur ses actifs et ses opérations courantes), certains États membres considéraient cependant que la présence d'un praticien dans le domaine de la restructuration pouvait accroître l'efficacité de la procédure et garantir que les intérêts de toutes les parties soient pris en considération.

L'Orientation générale pose donc comme principe général que la désignation d'un tel praticien sera décidée au cas par cas, en fonction des circonstances de l'affaire ou des besoins particuliers du débiteur, excepté dans certains cas où cette désignation est obligatoire en vertu du droit national.

Ce point s'est avéré particulièrement épineux au cours des négociations, puisque le Parlement européen — contrairement au Conseil — n'a pas voulu déroger à la désignation obligatoire d'un praticien au moins dans certains cas. Pour finir, les parties ont convenu à l'unanimité d'observer le principe général voulant que la désignation d'un tel praticien soit décidée au cas par cas, excepté dans certains cas où cette nomination est obligatoire en vertu du droit national. En outre, les parties ont également convenu à l'unanimité d'ajouter certains cas dans lesquels un praticien assisterait au moins le débiteur et les créanciers à négocier et rédiger le plan, et notamment les cas suivants :

¹¹ Voir Bork, R., « Directive sur la restructuration préventive : les discussions en trilogue aboutissent à un compromis politique en vue d'une adoption imminente », dans les pages suivantes de ce numéro.

¹² Article 2 (15).

- (a) lorsqu'une suspension générale des poursuites individuelles est accordée par l'autorité judiciaire ou administrative ou lorsqu'il apparaît nécessaire de désigner un tel praticien pour préserver les intérêts des parties ;
- (b) lorsque le plan de restructuration doit être validé par une autorité judiciaire ou administrative par voie d'application forcée interclasse, en vertu de l'article 11 ; ou
- (c) lorsque le débiteur ou une majorité de créanciers le demandent, à condition que, dans ce cas, la rémunération du praticien soit à la charge des créanciers.

Cette légère modification de la version définitive du compromis est plus que bienvenue. En effet, la désignation d'un praticien spécialisé et indépendant est indispensable non seulement dans le domaine de l'insolvabilité mais également dans le domaine de la restructuration, où il peut également exister des conflits d'intérêts.

La position du Conseil semble s'inspirer du concordat britannique, qui est conclu entre une société et une ou plusieurs classes de créanciers. Un concordat n'est pas une procédure d'insolvabilité ; il peut s'avérer utile pour restructurer des entités solvables tout comme des entités insolubles, à condition que la majorité nécessaire de créanciers vote en sa faveur et qu'il soit homologué par le tribunal. Dans le cas du concordat britannique, la présence d'un praticien de l'insolvabilité n'est pas obligatoire pour encourager la négociation d'un accord de restructuration ; cependant, tout concordat proposé par une société faisant l'objet d'une administration ou d'une liquidation sera supervisé par l'administrateur ou le liquidateur, selon le cas. En France, les procédures préventives et confidentielles du mandat ad hoc et de la conciliation, qui connaissent un grand succès dans la pratique pour la négociation d'un accord de restructuration, reposent au contraire sur la désignation systématique d'un praticien de l'insolvabilité par le tribunal.

Le fait est que la directive ne peut pas d'un côté appeler des praticiens qualifiés dans le domaine des restructurations, de l'insolvabilité et de la seconde chance à assurer des procédures efficaces, et de l'autre rendre leur désignation facultative dans le cadre des procédures de restructuration pour réduire les coûts. Effectivement, seuls des praticiens qualifiés et indépendants peuvent aider efficacement les sociétés à prévenir leurs difficultés dès que possible, sauver des emplois et éviter les conflits d'intérêts.

X X X
X

Le RGPD et la conformité

Conformité : concilier le RGPD appliqué aux données financières sensibles

Ludovic Van Egroo étudie la manière d'appliquer le RGPD aux données financières en concordance avec les précédents règlements

La transformation digitale et numérique impacte tous les secteurs d'activité et offre de nombreuses opportunités d'usages des données collectées. C'est dans ce contexte qu'a été élaboré le Règlement Général pour la Protection des Données (RGPD), censé fournir un cadre réglementaire et juridique afin de garantir la protection des données personnelles face aux usages qui peuvent en être faits.

Le RGPD porte une attention toute particulière aux données personnelles des citoyens européens, qualifiées de sensibles, à savoir notamment lorsque ces dernières concernent les membres ou les adhérents d'une association ou d'une organisation politique, religieuse, philosophique, politique ou syndicale.

En cas de non-conformité RGPD, les sociétés n'ayant pas mis en œuvre les processus réglementaires et organisationnels s'exposent à "des sanctions pécuniaires qui peuvent s'élever jusqu'à 20 millions d'euros ou, dans le cas d'une entreprise, jusqu'à 4 % du chiffre d'affaires annuel mondial"¹³. Les organisations sont tenues d'apporter les preuves de leur conformité au risque d'être condamnées.

Dans le présent article nous étudierons la manière d'appliquer ce règlement aux données financières en concordance avec les précédents règlements.

RGPD : Un règlement d'envergure internationale et contraignant

A l'image du règlement FACTA pour l'imposition des citoyens américains ou encore du « *RIA Compliance Rules* » qui présentent les obligations relatives à l'utilisation du dollar US dans le cadre de transactions financières, le RGPD, entré en vigueur le 25 mai 2018, s'appuie sur le cadre réglementaire européen des articles 7, concernant *le Respect de la vie privée et familiale*, et article 8, concernant *la Protection des données à caractère personnel* de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et protège ainsi l'ensemble des ressortissants de l'Union Européenne au sein de l'Union, comme à l'international. Cette directive laisse deux ans aux entreprises pour la mise en œuvre et l'identification des données personnelles et la mise en œuvre des dispositifs qui doivent assurer la protection de ces dernières.

En 1971 le secrétaire des Etats-Unis au Trésor, John Connally, disait, concernant l'utilisation du dollar : « ***Le dollar, c'est notre monnaie, mais c'est votre problème.*** » Sur ce même principe en 2018, avec l'entrée en vigueur du RGPD, nous pouvons déclarer : « ***Les données personnelles des citoyens européens sont leurs données, mais c'est votre problème.*** »

¹³ CNIL, RGPD, La procédure de sanction : <https://www.cnil.fr/fr/la-procedure-de-sanction>

Indépendamment des risques légaux existants, la crédibilité, la notoriété au travers de l'E-réputation, et par conséquent la confiance que les clients accordent aux acteurs financiers, sont les enjeux principaux dans la mise en conformité de l'RGPD.

Un enjeu à part entière pour le secteur de la banque et de l'assurance

Dans un contexte de digitalisation des activités du secteur de la banque et de l'assurance, la collecte de données personnelles des clients est quotidienne, tant à des fins commerciales, que pour le respect des obligations de 'Know Your Customer' (KYC), dans le cadre des luttes anti-blanchiment et criminalité financière, telle que MIFID II / AML / LCB-FT préalablement, puis pendant toute la durée de la relation d'affaire.

Quelles sont les obligations relatives au Règlement Général de la Protection des Données ?

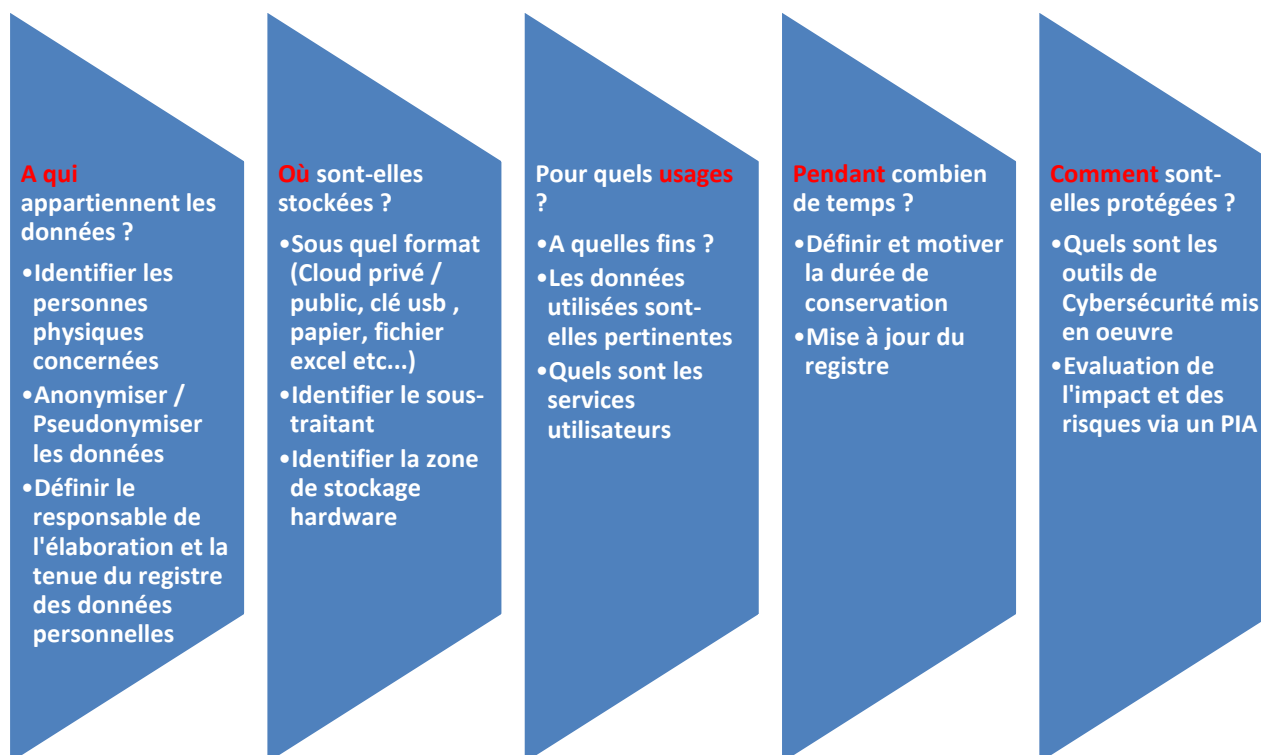
Concernant le secteur bancaire, le traitement des données personnelles entre dans le cadre du RGPD lorsque ces dernières ont pour objet ou pour effet¹⁴ :

- L'évaluation d'aspects personnels ou notation d'une personne (exemple : scoring financier) ;
- Une prise de décision automatisée ;
- La surveillance systématique de personnes (exemple : télésurveillance) ;
- Le traitement de données sensibles (exemple : santé, biométrie, etc.) ;
- Le traitement de données concernant des personnes vulnérables (exemple : mineurs).
- Le traitement à grande échelle de données personnelles ;
- Le croisement d'ensembles de données ;
- Des usages innovants ou l'application de nouvelles technologies (exemple : objets connectés, Intelligence Artificielle , Robotic Process Automation...) ;
- L'exclusion du bénéfice d'un droit, d'un service ou contrat (exemple : liste noire) ;
- Si vos traitements de données répondent à au moins 2 de ces 9 critères, vous devez a priori conduire une l'analyse d'impact relative à la protection des données (DPIA), avant de commencer les opérations de traitement.

21

Concrètement la mise en œuvre du RGPD : aux acteurs de se poser les bonnes questions afin de répondre aux droits des consommateurs, voir diagramme ci-après :

¹⁴ CNIL, RGPD : points de vigilance, <https://www.cnil.fr/fr/rgpd-points-de-vigilance>



Le RGPD confère aux consommateurs un des droits pouvant entrer en contradiction avec les obligations relatives à la lutte anti-fraude etc..., à savoir :

- La gestion du consentement, tant sur l'obtention éclairé, que sur la capacité à apporter la preuve tangible de son recueil¹⁵,
- Le droit à l'oubli qui impose la suppression des données personnelles, alors que, notamment dans le cadre de la mise en application du KYC, les acteurs de la banque et assurance sont tenus de conserver ces données et de les tenir à disposition des différentes institutions.
- Le droit d'accès aux données dans le cadre de la portabilité qui pose la question de savoir quelles sont les données qui peuvent être transmises entre, d'une part, les données fournies par le consommateur, et, d'autre part, les éventuelles données qui ont pu être apportées par d'autres services, notamment en ce qui concerne la solvabilité des entreprises et les faillites.

La mise en œuvre pour répondre aux exigences se traduit par l'élaboration de processus organisationnel intégrant des outils et solutions, permettant :

- La transparence à destination du client : énoncer clairement et explicitement, au préalable, le processus d'investigation KYC (données collectées, destinataires, ...), mais aussi l'alerter concernant les points pouvant faire l'objet d'investigations et d'alertes ;

¹⁵ « RGPD Moment de vérité », Emmanuelle Inacio, Insol Europe Partners, Spring 2018

- Le recueil des preuves de consentement éclairé et leur gestion, à savoir l'archivage et la conservation ;
- L'accessibilité des données : élaborer le processus de transmission concernant des données collectées afin de répondre aux demandes d'accès aux informations les concernant dans le cadre du processus de KYC. Une modération pourra être établie dans le cadre du devoir de vigilance de la banque sur les informations dans l'éventualité où une procédure venait à être ouverte et sur la demande des institutions judiciaires.
- La capacité d'opérer une transférabilité des données,
- Le délai de conservation des données :
 - o Quel processus appliquer pour l'effacement des données personnelles ?
 - o Quelles données conserver et sous quel format ?
 - o Qui seront les responsables et quels services auront accès à ces données et à quelle finalité ?
 - o Rappeler le cadre réglementaire et les obligations justifiant la conservation des données.

La CNIL a répondu à ces obligations en délivrant **L'autorisation unique AU-003**¹⁶ qui se traduit comme suit :

- Le caractère personnel des données traitées se rapportent à :
- *« l'identification du client et, le cas échéant, du bénéficiaire effectif de la relation d'affaires,*
 - *la situation professionnelle,*
 - *au fonctionnement du compte,*
 - *aux opérations financières ou aux produits souscrits,*
 - *au patrimoine ».*

23

Les destinataires de ces données dans le cadre de la gestion des droits d'accès sont :

- Les autorités légales nationales (CNIL en France) compétentes,
- Les services chargés de la lutte anti-blanchiment au sein de l'organisme détenteur des données, à savoir les responsables conformité,
- Les correspondants Tracfin du même groupe bancaire,
- Les autorités de l'Etat du siège social de l'organisme, s'il est membre de la Communauté européenne.

La CNIL précise que, *« seules les personnes qui ont la qualité de correspondant ou de déclarant Tracfin peuvent avoir communication de l'existence d'une déclaration de soupçon et de toute information sur la suite qui lui a été réservée par Tracfin ».*

La durée de conservation est de 5 ans à compter de :

- *La clôture du compte ou de la cessation de la relation d'affaires, s'agissant des données et documents relatifs à l'identité des clients,*
- *L'exécution de l'opération, s'agissant des données et documents consignants les caractéristiques des opérations mentionnées au II de l'article L561-10-2.*

¹⁶ CNIL, Autorisation unique AU-003 Lutte contre le blanchiment par les organismes financiers : <https://www.cnil.fr/fr/declaration/au-003-lutte-contre-le-blanchiment-par-les-organismes-financiers>

En conséquence, les acteurs soumis aux différents règlements de lutte anti-fraude sont tenus d'apporter des réponses du point de vue des processus organisationnels de collecte et traitement de données, mais aussi de gestion des consentements et la bonne preuve du consentement concernant les délais de conservation des données. A titre d'exemple, le droit d'accès s'exerce via une procédure de droit d'accès indirect, tout en garantissant la confidentialité des données.

La mise en œuvre :

- S'assurer de la conformité des exigences réglementaires par l'audit des processus de connaissance du client (KYC) et l'analyse des modèles organisationnels et opérationnels ;
- Analyser de l'impact des données clients au travers de l'élaboration du 'Privacy Impact Asset' (PIA) et la tenue de registres appropriés ;
- Elaborer les procédures de notification à destination des institutions publiques dans un délai de 72 h, puis d'information aux personnes concernées ;
- Analyser des risques (économiques, organisationnels, financiers) de fraudes internes comme externes, d'image et des systèmes d'information dans le cadre du traitement des données.

Une collaboration collective des acteurs pour le traitement des données intra-groupe installés dans plusieurs Etats du Groupe 29 (G29) au European Data Privacy Board (EDPB):

La liberté est laissée aux acteurs bancaires et d'assurances de réaliser un arbitrage interne concernant les processus à mettre en œuvre dans le cadre du partage des données entre les différents départements. Afin de faciliter ces processus, **la communauté du Groupe de l'Article 29 (G29)**, qui regroupe les acteurs privées et institutions européennes publiques en charge de la surveillance de ces données, a déterminé les règles et bonnes pratiques afin de faciliter les échanges d'informations entre responsables au sein d'une même multinationale.

Le fondement juridique s'appuie sur les articles L511-34 et R 561-29 du Code Monétaire et Financier et l'utilisation de l'outil Binding Corporate Rules (BCR)¹⁷. Ce cadre permet de faciliter les relations des entreprises de la banque et d'assurance et « *de créer une sphère de sécurité pour les transferts effectués au sein d'un groupe agissant en qualité de sous-traitant* ».

Ce dispositif a été remplacé avec la constitution de **l'European Data Protection Board (EDPB)**, dont les missions sont :

- Harmoniser et veiller à ce que les règles de l'Union européenne (UE) soient appliquées uniformément au sein des États membres ;
- Garantir l'application cohérente de la directive sur la protection des données ;
- Adopter des « documents d'orientations générales pour clarifier les dispositions des actes législatifs européens » et « fournir aux acteurs concernés une interprétation cohérente de leurs droits et obligations » ;
- Rendre des avis formels selon l'article 70 ;
- Emettre des décisions contraignantes en cas de litiges entre autorités selon l'article 64 ;
- Elaborer une doctrine commune des autorités de protection des données de l'UE.

¹⁷ CNIL, BINDING CORPORATE RULES : <https://www.cnil.fr/sites/default/files/typo/document/CNIL-transferts-BCR.pdf>

Les recommandations du G29 ont ainsi conduit à la simplification des procédures de transmission des données entre entités d'un même groupe, dans la mesure du respect des obligations de sécurité et de confidentialité des données. Ces ajustements doivent permettre de concilier les obligations relatives au devoir de vigilance pour la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme.

En conclusion

Le RGPD n'est pas un frein aux précédents règlements et assure une garantie supplémentaire de protection de données à caractères personnelles mais aussi une opportunité de valorisation.

La mise en application du RGPD est l'opportunité d'expliquer de manière transparente la vocation des différents cadres réglementaires afin de les déployer au sein des organisations.

Par extension, cette situation concerne aussi les organismes non financiers soumis aux mêmes obligations de surveillance en matière de lutte anti-blanchiment et anti-terrorisme prenant en compte leurs spécificités notamment : avocats, notaires, filiales immobilières d'établissement bancaire, etc.

Protéger et valoriser les fonds de ses clients implique à présent de valoriser et de protéger les données personnelles.

x x x
x

25

Directive européenne

Directive sur les cadres de restructuration préventive : les discussions en trilogue aboutissent à un compromis politique en vue d'une adoption imminente

Le Pr Reinhard Bork résume les compromis atteints avant l'adoption de la nouvelle directive*

Après plus de deux ans de discussions intenses au sein des milieux politique et scientifique, l'adoption de la Directive du Parlement européen et du Conseil, 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, est imminente.

Les négociations concernant la Directive se sont considérablement accélérées au cours des derniers mois et sont arrivées à leur terme lors de discussions tripartites à la mi-décembre 2018. Dans l'accord définitif, des concessions ont été accordées au Parlement européen afin de parvenir à un compromis définitif, mais au bout du compte, l'accord respecte largement les principes sur

lesquels les États membres s'étaient mis d'accord dans l'Orientation générale du Conseil. Le texte du compromis a déjà été approuvé par la Commission des Affaires juridiques du Parlement européen et devrait désormais être prêt pour une adoption en séance plénière du Parlement, en première lecture, le 26 mars 2019¹⁸, suite à quoi l'étape de mise en œuvre de deux ans pourra commencer.

La Directive résulte de la récente tendance à la restructuration en Europe et, à ce titre, elle constitue un engagement en faveur d'une introduction et d'une harmonisation, à l'échelle européenne, de procédures de restructuration préventive efficaces. Le compromis qui vient d'être présenté conserve pour l'essentiel l'ensemble des éléments de la proposition initiale de la Commission, tout en essayant de donner aux États membres suffisamment de latitude dans la mise en œuvre de ses règles, pour que les objectifs fixés puissent être atteints sans que leur cadre national existant ne soit mis à mal. Ainsi, la seule obligation faite aux États membres est de prévoir un cadre de restructuration pré-insolvabilité comportant certains instruments ; la forme concrète de ces instruments et de la procédure dans son ensemble relève des décisions des législateurs nationaux.

Toutefois, d'après les institutions, le texte du compromis sera vu comme un ensemble de règles visant à établir un régime bien équilibré tenant compte des intérêts du débiteur, des créanciers et des autres parties intéressées. Par conséquent, la Directive comprend désormais les dispositions présentées ci-dessous.

26

Accès à un cadre de restructuration préventif

Les débiteurs viables du point de vue opérationnel mais rencontrant des difficultés financières, lorsqu'il existe une probabilité d'insolvabilité, ont accès à un cadre de restructuration préventif qui leur permet de se restructurer, en vue de prévenir l'insolvabilité et de garantir leur viabilité (art. 4 para.1). Ce cadre existe indépendamment et sans préjudice des éventuels autres cadres de restructuration prévus par le droit national (art. 4 para. 2). Il sera disponible sur demande du débiteur mais pourra être étendu aux demandes d'autres intéressés, tels que les créanciers ou les représentants du personnel, sous réserve de l'accord du débiteur (art. 4 para. 4a). Au cours de la procédure, le débiteur non dessaisi conserve généralement le contrôle de ses actifs et de la gestion courante de leur activité (art. 5 para. 1).

Praticien désigné

La portée de ce principe s'est avérée particulièrement problématique pendant les négociations et a empêché de parvenir à un accord politique avant la toute fin du trilogue. Les institutions se sont plus précisément querellées quant à la question de savoir si un praticien devrait être désigné pour surveiller et assister le débiteur et si oui, dans quels cas. D'un côté, le Parlement européen plaidait en faveur d'une désignation obligatoire, au moins dans certains cas clairement définis, lorsqu'il semble nécessaire de protéger les droits des parties affectées.

¹⁸ Le texte du compromis fait partie de la note qui a été publiée par la présidence du Conseil le 17/12/2018 ; il peut être consulté à l'adresse <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15556-2018-INIT/en/pdf>.

Du point de vue du Parlement, ceci inclut au moins les cas suivants : lorsque le débiteur bénéficie d'une suspension des poursuites individuelles, lorsque le plan de restructuration doit être confirmé par une autorité judiciaire ou administrative au moyen d'une application forcée interclasses, ou lorsque la demande en est faite par le débiteur ou une majorité des créanciers. Le Conseil, de son côté, avançait que la désignation d'un praticien irait à l'encontre du caractère préventif du cadre et, en particulier, augmenterait les coûts de la procédure, ce qui représenterait un fardeau considérable pour le débiteur. L'engagement d'un praticien devrait être limité à certains cas, non précisés, lorsque cette désignation est jugée nécessaire par une autorité judiciaire ou administrative.

Au bout du compte, l'avis du Parlement l'a emporté et les parties se sont mises d'accord sur les quelques cas mentionnés ci-dessus, où le praticien joue un rôle d'accompagnement. Toutefois, ces cas sont formulés de façon à accorder le plus de flexibilité possible aux États membres pour ce qui est de la transposition, et certaines garanties ont été intégrées au texte pour éviter que la procédure devienne coûteuse et contraignante pour le débiteur (si la désignation est demandée par une majorité des créanciers, c'est aux créanciers qu'il revient de supporter la rémunération du praticien).

Suspension des poursuites individuelles

Lorsque le débiteur bénéficie d'une suspension des poursuites individuelles, il est initialement placé sous la protection des articles 6 et 7 pour une durée de quatre mois maximum. Suivant la position du Conseil, la durée de la suspension peut être prorogée à la demande du débiteur, d'un créancier ou, selon le cas, d'un praticien, jusqu'à douze mois au plus. Pendant la suspension, les créanciers du débiteur — exception faite des travailleurs — ne peuvent plus faire valoir leurs créances. Ils ne peuvent pas non plus refuser d'assurer les services nécessaires à l'activité du débiteur au motif de créances impayées ou de clauses contractuelles, ni se retirer de ces contrats au détriment du débiteur.

De l'autre côté, l'obligation faite au débiteur de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité — qui peut se solder par sa liquidation — est généralement suspendue pendant ce temps. En permettant cette suspension (et les conséquences qui vont avec), la Directive permet au débiteur de poursuivre ses activités commerciales tout en préservant la valeur de son entreprise pendant la négociation d'un plan de restructuration.

Adoption du plan de restructuration

Par la suite, le plan de restructuration doit être adopté par les créanciers et, dans certains cas, confirmé par une autorité judiciaire ou administrative, ce qui a suscité quelques controverses. Même si le Conseil a fait quelques concessions concernant la désignation d'un praticien, il a fermement maintenu sa position s'agissant de l'adoption du plan. Toutefois, le Parlement a respecté le souhait de plus grande flexibilité exprimé par le Conseil et a accepté que la Directive soit adaptée en conséquence.

Ainsi, pour qu'un plan soit adopté, il n'est plus obligatoire d'atteindre une double majorité en termes de montant des créances et de nombre de créanciers, bien que les États membres puissent

exiger une double majorité pour chaque classe (art. 9 para. 4). En outre, le Parlement a accepté l'application forcée interclasses préconisée par le Conseil, ce qui permet à une autorité judiciaire ou administrative de confirmer un plan dans certaines circonstances, même s'il n'a pas été approuvé par les parties concernées de chaque classe disposant d'un droit de vote (art. 11).

Règle de priorité relative

Cet instrument, qui était inconnu d'un certain nombre d'États membres, a suscité des préoccupations quant à l'éventualité que le cadre devienne plus lourd et coûteux. Toutefois, ces préoccupations ont été dissipées en permettant aux États membres — entre autres — d'introduire une « règle de priorité relative » permettant aux classes votantes dissidentes d'être traitées de manière au moins aussi favorable que les autres classes de même rang et plus favorablement que toute classe de rang inférieur. Enfin, la structure de l'article 11 concernant l'application forcée a été modifiée au cours des négociations, mais le fond de l'article reste identique à celui de l'Orientation générale du Conseil.

Protection des travailleurs

Un autre point controversé portait sur la question de la protection des travailleurs dans la Directive. Contrairement à la proposition de la Commission et à la position du Parlement, la protection des travailleurs ne jouait qu'un rôle secondaire dans l'Orientation générale du Conseil.

Au bout du compte, les institutions se sont prononcées pour une classification désormais facultative des travailleurs en tant que classe distincte, dans le cadre de l'art. 9, para. 2. Ainsi, un nouvel article 12 bis a été introduit pour traiter de la question des droits des travailleurs ; de fait, il ne crée pas de nouveaux droits pour les travailleurs et semble plus ou moins déclaratif. En ce qui concerne la protection des financements nouveaux ou provisoires dans le contexte de l'insolvabilité ultérieure du débiteur, le compromis définitif est dans les grandes lignes équivalent au texte de l'Orientation générale du Conseil.

Par rapport à la proposition de la Commission, le Conseil a décidé de réduire la portée de la protection prévue aux articles 16 et 17 ; de ce fait, la plupart des lois nationales en matière d'action révocatoire ne seront probablement pas affectées par cette règle. Par conséquent, les consultants en restructuration et autres parties impliquées dans une procédure de restructuration préventive ne doivent pas compter sur une protection particulière à l'avenir et doivent continuer à surveiller la réglementation nationale applicables aux opérations précédant l'insolvabilité du débiteur.

D'autre part, le Parlement a imposé l'article 18, qui se rapporte aux obligations des dirigeants et avait d'abord été supprimé dans l'Orientation générale du Conseil. Toutefois, il est difficile de voir un sens plus profond à la réintroduction de l'article 18, puisqu'il ne renvoie qu'à des obligations bien connues, telles que la prise en compte des intérêts des créanciers et des autres intéressés, ou encore la prise de mesures visant à éviter l'insolvabilité. En ce qui concerne les Titres III, IV et V, traitant de l'apurement, des mesures visant à accroître l'efficacité des procédures correspondantes et de leur suivi, le Parlement a largement conservé l'Orientation générale du Conseil de mai 2018 ; seules quelques modifications y ont été apportées.

Attentes

Que peut-on désormais attendre de la Directive ? Elle atteint sans conteste son objectif, qui est d'établir des cadres de restructuration préventifs à travers l'Europe. En particulier, les États membres qui, comme l'Allemagne, n'avaient jusqu'à présent pas encore mis en place de procédure de restructuration préventive, seront exhortés à prendre des mesures en ce sens. En même temps, toutefois, on peut craindre que la flexibilité de la Directive mise en œuvre par le Conseil aboutisse à des grandes différences entre les procédures de chaque État membre. Enfin, il se pourrait que l'on soit passé à côté de la possibilité de bénéficier d'une procédure harmonisée à l'échelle européenne et des avantages que cela représente.

* Professeur Reinhard Bork, université de Hambourg (Allemagne)

x x x
x

France

La Directive sur la Restructuration Préventive : une perspective française

Jean-Luc Vallens décrit l'impact de la Directive sur les praticiens français

29

La Directive (DRP) sur la restructuration préventive et les procédures d'insolvabilité, adoptée par le législateur européen mérite l'attention des praticiens français puisqu'elle sera, selon des modalités propres au droit français, une partie du Livre VI du code de commerce.

1. Une prévention plus efficace

La Directive préconise de mettre en place un cadre de restructuration préventif efficace et allégé: le recours à un juge n'est plus considéré comme indispensable (art 4), sauf sur plusieurs points : l'évaluation de la situation financière d'une entreprise, la suspension des procédures individuelles pour permettre aux parties de négocier et la validation d'un accord. L'initiative est laissée au débiteur ou à un des créanciers avec l'accord du débiteur (art 4).

Le débiteur peut être assisté par un praticien si les Etats le souhaitent (art 5), ce qui sera nécessaire pour garantir le professionnalisme des acteurs de la prévention. La Directive prévoit d'accorder une suspension provisoire des poursuites individuelles, limitée à quatre mois, avec une prolongation jusqu'à douze mois, et réserve aux créanciers le droit d'en demander la main levée en cas de préjudice excessif (art 6 et 7). Un privilège légal est accordé aux créanciers apportant un concours financier dans ce cadre.

À l'exception du caractère facultatif de l'intervention judiciaire, ces orientations s'inspirent largement de la procédure française de *conciliation*. La confidentialité n'est pas consacrée par le législateur européen comme un outil nécessaire mais la Directive recommande une implication limitée des tribunaux et prévoit qu'une mesure de suspension des poursuites individuelles ne devrait concerner que des créanciers qui ont été informés des négociations. Elle reconnaît aussi aux

Etats membres la possibilité d'introduire ou de maintenir des procédures qui ne répondent pas aux conditions de publicité pour entrer dans le champ d'application du règlement et être inscrites sur la liste de l'annexe A.

2. Une procédure de restructuration renforcée

La Directive contient des règles destinées à s'appliquer, le cas échéant, aux procédures de prévention, mais peut-être aussi, de façon indirecte, aux procédures de restructuration existantes, comme la *sauvegarde* et le *redressement judiciaire*. Elle prescrit en effet la constitution de classes de créanciers pour voter sur les accords de restructuration : les créanciers devront être regroupés en fonction des droits des privilèges et des accords existants, en différentes classes reflétant des intérêts économiques comparables. Les créanciers regroupés seront appelés à voter sur les propositions de restructuration (art 9). Au moins deux classes devront être constituées, une pour les créanciers bénéficiant de privilèges et de sûretés et l'autre pour les créanciers chirographaires. Une classe regroupant les salariés pourra aussi être mise en place. Une autre classe pourra regrouper les actionnaires, ce qui augmentera les chances d'un plan par une application forcée dite « interclasse ».

Le droit français va passer ainsi d'une classification des créanciers au sein des comités existants en fonction de la qualité des créanciers à une classification en fonction de la nature des créances.

Les Etats membres pourront écarter ce mécanisme pour les plus petits entreprises, à charge pour eux de définir un seuil acceptable. Les majorités de vote pourront être fixées librement, mais dans la limite de 75 % du montant des créances dans chaque classe, afin de faciliter l'approbation des plans de restructuration malgré l'opposition de certains créanciers.

30

Le champ d'application de ces principes peut soulever des difficultés : les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire existantes devraient être concernées et non la seule procédure de conciliation : la sauvegarde répond bien au critère d'une probabilité d'insolvabilité et il est peu concevable d'appliquer des règles différentes dans une procédure de sauvegarde et une procédure de redressement judiciaire pour l'adoption de plans qui ont les mêmes finalités.

Il faut sans doute y ajouter la *sauvegarde accélérée* et la *sauvegarde financière accélérée*, applicables avant la cessation des paiements.

Les tribunaux sont investis par la Directive d'un pouvoir de contrôle détaillé mais formel, qui diverge du droit français où l'appréciation du plan se fait selon les critères légaux du maintien de l'activité, de la conservation des emplois et de l'apurement du passif. Le contrôle portera sur plusieurs points, comme la constitution des classes, le formalisme des votes exprimés, les informations destinées aux petits créanciers, le calcul des majorités requises et les autres conditions formelles prévues par le droit national. L'égalité de traitement des créanciers faisant partie d'une même classe constituera aussi un critère d'approbation. Un autre élément, inspiré du droit américain, va être introduit, le « test du meilleur intérêt » : il consiste à comparer la situation des créanciers opposants dans un plan de restructuration avec la situation qui serait la leur en cas de liquidation (art 10 et 11). Ces critères vont plus loin que les conditions actuelles de validation des plans de sauvegarde et de redressement par les tribunaux de commerce.

Enfin, une condition supplémentaire, proche du droit français, prévoit la possibilité pour le tribunal de rejeter un projet de plan s'il n'offre pas de perspective raisonnable d'éviter l'insolvabilité ou ne

permet pas d'assurer la viabilité de l'entreprise : cela équivaut au contrôle du caractère sérieux d'un plan de redressement (art 13).

Le plan validé sera contraignant pour toutes les parties affectées, c'est-à-dire les créanciers concernés par des modifications de leurs droits, mais il peut être prévu au niveau national que le plan ne doit en aucun cas affecter les droits des salariés. Les recours contre la validation d'un tribunal sont également laissés à chaque Etat membre, mais il leur est prescrit d'assurer un traitement accéléré des recours et en cas d'appel suspensif de garantir une compensation pour les créanciers affectés, comme par exemple l'octroi d'intérêts de retard (art 15).

3. Une responsabilisation des dirigeants sociaux

La Directive prescrit aussi aux Etats membres d'imposer aux dirigeants sociaux des obligations générales que chaque Etat devra transcrire dans son droit comme l'obligation de garantir les intérêts des créanciers en cas de probabilité d'insolvabilité, de prendre les mesures nécessaires pour éviter celle-ci et d'éviter des négligences graves dans la conduite des affaires pouvant compromettre la viabilité de l'entreprise (art 18). Cela renvoie aux obligations prévues et sanctionnées par le droit français en présence de fautes de gestion, d'absence volontaire de déclaration de cessation des paiements, de tenue défectueuse de la comptabilité et de détournement d'actifs.

Le Code de Commerce français ne devrait pas être modifié de façon substantielle, sauf peut-être dans la qualification des fautes de gestion. La Directive préconise aussi d'encadrer les droits des actionnaires, en excluant ceux-ci du droit de vote sur les plans de restructuration et en permettant aux tribunaux d'écarter leurs contestations à l'égard d'un plan voté contre leur gré (art. 9 et 12). La loi française considère actuellement que les actionnaires sont des créanciers quirographaires, et elle devra être modifiée en conséquence.

31

4. Un rétablissement facilité par l'effacement des dettes

Le droit français s'est basé sur le modèle anglo-saxon pour favoriser le rebond des débiteurs individuels grâce à un effacement des dettes impayées, ce qu'exprime la règle selon laquelle les créanciers impayés ne reprennent pas de poursuites individuelles, sauf exceptions, à l'issue de la liquidation judiciaire clôturée pour insuffisance d'actif.

La Directive y ajoute plusieurs principes : la remise des dettes impayées doit être automatique et ne pas dépendre d'une demande expresse du débiteur, et intervenir, en principe, au terme d'une période de trois ans, calculée à partir de la confirmation d'un plan ou de l'ouverture d'une procédure basée sur l'insolvabilité. La remise des dettes impayées est en outre déconnectée de la clôture des opérations qui pourraient se prolonger au-delà. Des interdictions professionnelles fondées sur la seule insolvabilité (comme celle du droit français prohibant l'activité indépendante d'un débiteur pendant la liquidation judiciaire), doivent prendre fin au terme du même délai. Des dérogations sont possibles en cas de mauvaise foi du débiteur, en présence d'une violation substantielle des obligations de paiement ou d'un défaut de coopération.

Il existe dans la Directive une difficulté d'interprétation entre la durée de trois ans prescrite aux Etats membres et la durée d'un plan de restructuration qui peut comme en droit français avoir une durée supérieure. Il faut sans doute comprendre la Directive comme une règle générale à laquelle la durée supérieure d'un plan peut déroger si le débiteur n'honore pas ses obligations (en ce sens, art 20-2, al 2). Diverses autres exceptions sont prévues pour certaines créances : condamnations pénales, dommages-intérêts, créances de nature familiale, créances postérieures au jugement

d'ouverture ou certaines créances privilégiées. Les débiteurs soumis à des règles de déontologie professionnelle ou responsables de la gestion du patrimoine d'autrui pourront aussi être soumis à des règles différentes (art 19 à 22). Le droit français on le voit ne requiert pas ici de modifications substantielles.

5. Des professionnels expérimentés

La Directive prend largement modèle sur le statut des mandataires de justice français en ce qui concerne les conditions de nomination et d'exercice (transparence, équité et formation professionnelle) et en reconnaissant aux parties le droit de récuser les praticiens désignés afin d'éviter des conflits d'intérêts (art 26 et 27). Des exigences de qualification sont également posées pour les juges composant les tribunaux en charge des procédures d'insolvabilité (art 24). Les conditions d'accès et de contrôle des mandataires de justice et la formation initiale et continue assurée par l'ENM aux juges consulaires répondent largement à ces orientations.(voir le World Bank Doing Business Report 2019).

x x x

x

Abengoa

32

Une première : une filiale d'Abengoa fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité forcée à l'initiative de l'un de ses créanciers

José Carles Delgado et Carlos Cuesta Martín nous rendent compte de la procédure d'insolvabilité ouverte à l'encontre d'une filiale du groupe international de biotechnologie, Abengoa, en Espagne*

Le tribunal de commerce n° 2 de Séville a approuvé l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre de la filiale d'Abengoa, Simosa IT, accueillant la demande présentée par l'un de ses créanciers commerciaux. C'est une première, puisque d'autres créanciers avaient également essayé en vain de faire valoir cette mesure à l'encontre d'autres sociétés du groupe.

La situation de la société insolvable, Simosa IT, est-elle le prélude de ce qui arrivera au reste du groupe espagnol ?

La question de l'insolvabilité

Le rapport financier du premier semestre 2018 d'Abengoa¹⁹ fait ressortir un passif total de 7 496,98 millions d'euros, dont 5 182,60 millions d'euros représentent des dettes à court terme et 1 534,89 millions d'euros des dettes envers des créanciers commerciaux. En outre, les délais de paiement moyens d'Abengoa s'élevaient à 463 jours en 2017, ce qui signifie que la société était en infraction aux lois espagnoles en matière d'impayés²⁰. Cela signifie-t-il pour autant que la société espagnole est insolvable ?

Le 6 avril 2016, le tribunal de commerce n° 2 de Séville (Espagne) a homologué l'accord cadre de restructuration du Groupe, conclu entre Abengoa, ses filiales (dont Simosa IT) et ses créanciers financiers. À l'époque, l'« *homologación* » de l'accord de refinancement a été accueillie comme une bonne nouvelle, bien que celui-ci n'engage que les créanciers financiers, et non les créanciers commerciaux.

Néanmoins, la loi espagnole sur l'insolvabilité définit l'insolvabilité comme la situation dans laquelle le débiteur ne peut plus s'acquitter de ses obligations de paiement échues (« insolvabilité courante ») de manière régulière. Par conséquent, étant donné qu'Abengoa et ses filiales n'avaient pas réussi à s'acquitter de leurs obligations de paiement envers leurs créanciers commerciaux — et ce depuis 2015, à en croire la presse espagnole —, le Groupe (ou au moins certaines de ses sociétés) était techniquement insolvable. Ceci a entraîné, pour le Groupe, la nécessité de conclure des accords bilatéraux avec ses créanciers commerciaux, un par un.

L'insolvabilité technique du Groupe Abengoa, telle que définie par la loi espagnole sur l'insolvabilité, a empiré après la décision rendue le 25 septembre 2017 par le tribunal de commerce n° 2 de Séville, qui a tranché le sort du recours contestant l'homologation judiciaire de l'accord cadre de restructuration. D'après cette décision, certains créanciers, notamment les obligataires, ont déclaré ne pas être liés par l'accord de refinancement, le tribunal ayant à l'époque considéré qu'ils avaient été contraints de consentir un « sacrifice disproportionné » au titre de l'accord de refinancement.

Demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité

Dans ce contexte micro-économique, début 2018, un créancier commercial français, Sopra Steria, a déposé une demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité forcée à l'encontre de la filiale d'Abengoa, Simosa IT²¹.

D'autres créanciers d'autres sociétés du Groupe Abengoa ont suivi l'exemple et essayé de faire déclarer insolvable d'autres filiales, et notamment :

¹⁹ Rapport semestriel « *Estados financieros intermedios resumidos consolidados a 30 de junio de 2018* », publié par Abengoa.

²⁰ Voir l'article 4.3 de la *Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales* (Loi relative aux mesures contre les impayés dans le cadre d'opérations commerciales), qui impose un délai de paiement maximum, au cas par cas, de soixante jours civils. À cet égard, la Cour suprême espagnole s'est prononcée (dans son arrêt du 23 novembre 2016) sur la nature obligatoire de ce délai de soixante jours, déclarant que « tous les pactes dépassant ce délai de soixante jours civils seront nuls et nonavenus car contrevenant aux dispositions de la règle obligatoire (article 6.3 du Code civil) ».

²¹ « *El juez declara por vez primera el concurso necesario de una filial de Abengoa, Simosa IT* », publié par *Voz Pópuli* (Alberto Ortín), le 16 novembre 2018.

- 1) Indes Technics & Solutions contre la filiale d'Abengoa Abener, pour des travaux en Pologne impayés depuis 2015 (tribunal de commerce n° 2 de Séville)²² ;
- 2) Des obligataires qui n'étaient pas liés par l'accord de refinancement en raison du « sacrifice disproportionné », contre Abentel (tribunal de commerce n° 2 de Séville, rejeté par le tribunal)²³ ;
- 3) Des obligataires qui n'étaient pas liés par l'accord de refinancement en raison du « sacrifice disproportionné », contre Asa Desulfuración (tribunal de commerce n° 1 de Bilbao)²⁴.

De toutes ces procédures dirigées à l'encontre de sociétés du Groupe, le tribunal de commerce n° 2 de Séville²⁵ a ouvert, pour la première fois, une procédure d'insolvabilité contre une société du Groupe Abengoa, Simosa IT, à la demande d'un créancier, procédure désormais connue sous le nom de « procédure imposée par un créancier » (« *concurso necesario* »), malgré la requête initiale en opposition du débiteur insolvable, Simosa IT.

En vertu du droit espagnol, la décision d'ouverture de la procédure d'insolvabilité contre Simosa IT ne se prononce pas sur la responsabilité des dirigeants. Cependant, il y aura un volet connexe sous la forme d'un « *concurso de acreedores* » espagnol, dans le cadre duquel la responsabilité des dirigeants et des administrateurs de fait devra être analysée, avec des répercussions qui pourraient s'étendre à Abengoa elle-même, principalement parce qu'Abengoa était l'administrateur unique de sa filiale jusqu'à l'ouverture de la procédure forcée, date à laquelle le tribunal a destitué Abengoa de ses fonctions d'administrateur unique de Simosa IT pour la remplacer par le cabinet Ernst and Young, en qualité de praticien de l'insolvabilité.

34

Responsabilité des dirigeants

L'un des motifs au titre desquels la responsabilité des dirigeants se retrouve engagée, en vertu de la loi espagnole sur l'insolvabilité, est lorsque l'administrateur a aggravé la situation d'insolvabilité de la société en ne déposant pas une demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité dans les délais légaux (l'article 165.1 dispose que ce retard constitue une présomption « *iuris tantum* » de responsabilité). D'après la presse espagnole, l'insolvabilité daterait de 2015, soit depuis près de quatre ans, alors que la loi espagnole prévoit que la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité doit être déposée dans les deux mois (art. 5.1).

D'autres faits pourraient être pris en compte pour établir la responsabilité d'Abengoa, par exemple s'il était prouvé que son état de cessation des paiements remontait à 2015. L'accord cadre de refinancement homologué par le tribunal pourrait impliquer, en sus du défaut de dépôt de ses

²² « *Los proveedores de Abengoa se rebelan : un acreedor insta el concurso de Abener* », publié par *Voz Pópuli* (Alberto Ortín), le 25 janvier 2018.

²³ Voir « *Los jueces admiten a trámite demandas de concurso necesario de dos filiales de Abengoa* », publié par *El País* (Miguel Ángel Noceda), le 7 mars 2018, et « *El juez de Abengoa allana el camino para que Ericsson entre en Ezentis* » (Miguel Ángel Noceda), publié le 23 mai 2018.

²⁴ Voir « *Los jueces admiten a trámite demandas de concurso necesario de dos filiales de Abengoa* », publié par *El País* (Miguel Ángel Noceda), le 7 mars 2018.

²⁵ Le même tribunal que celui qui a statué sur l'homologation de l'accord cadre de restructuration et sa contestation.

comptes annuels dans les délais²⁶, que le Groupe a tenté de simuler une situation de solvabilité. Cela pourrait également engager la responsabilité d'Abengoa au titre de l'article 164.2.6 de la loi espagnole sur l'insolvabilité, constituant dans ce cas une présomption « *iuris et de iure* » de responsabilité d'Abengoa en sa qualité d'administrateur unique. En d'autres termes, si les allégations avancées sont prouvées, cela aura permis de démontrer que Simosa IT était une société écran de sa société mère et qu'Abengoa a utilisé sa filiale pour se soustraire à ses obligations de paiement²⁷. À cet égard, le principal objet de la filiale d'Abengoa était de fournir à Abengoa et au Groupe des services informatiques et de télécommunications.

Actions pénales

Enfin, le praticien de l'insolvabilité de Simosa IT pourrait également poursuivre au pénal les administrateurs et les dirigeants de fait de Simosa IT et Abengoa s'il est avéré que l'insolvabilité a été créée en connaissance de cause (art. 259 et 260 du Code pénal espagnol).

Par conséquent, nous devons suivre de près la procédure d'insolvabilité de Simosa IT, afin de comprendre quelles implications précises elle pourrait avoir pour Abengoa et le reste du Groupe. Le cabinet Carles Cuesta Abogados représente le créancier à l'initiative de cette procédure forcée.

* José Carles Delgado et Carlos Cuesta Martín, associés fondateurs du cabinet Carles Cuesta Abogados

x x x
x

35

Irlande

L'abus de « *lis pendens* » en Irlande

Mark Woodcock examine comment les procédures pendantes (« lis pendens ») sont utilisées pour retarder la vente des actifs dans le cadre des « receiverships »*

Ce phénomène se produit dans la plupart des pays d'Europe où il existe différentes formes de protection ouvertes aux titulaires de droits afférents à des biens immobiliers, qui soumettent tout acquéreur potentiel à un préavis, voire empêchent une vente dans certains cas, lorsque les biens font l'objet d'intérêts divergents.

En Irlande, comme au Royaume-Uni, en cas de contentieux concernant des biens immobiliers, une « *lis pendens* » (procédure pendante, en anglais « *litigation pending* », ou « *pending action* » au

²⁶ Les informations publiques concernant Simosa IT enregistrées auprès du Registre du Commerce de Séville prouvent que les comptes annuels de 2016 ont été déposés en février 2018, alors que la loi espagnole dispose qu'ils auraient dû être déposés avant la fin juillet 2017.

²⁷ « *Abengoa subsidiary's insolvency order raises questions over refinancing* » (L'insolvabilité de la filiale d'Abengoa suscite des questions sur le refinancement), publié par *Global Restructuring Review* (Declan Bush), le 16 novembre 2018.

Royaume-Uni) peut être enregistrée par le demandeur auprès du Registre foncier, qui informera le public que les biens en question font l'objet d'un contentieux.

L'enregistrement d'une *lis pendens* restreindra notablement la façon dont les biens en question peuvent être traités et aura indiscutablement un effet préjudiciable sur leur valeur.

En Irlande, cette méthode fait de plus en plus souvent l'objet d'abus de la part des emprunteurs (sociétés et personnes physiques) dans le cadre des *receiverships*, afin de faire échouer la vente des actifs grevés.

L'article 121 de la *Land and Conveyancing Law Reform Act* de 2009 (loi de réforme sur les biens fonciers et les actes translatifs de propriété, ci-après « Loi de 2009 ») prévoit, entre autres, l'enregistrement d'une *lis pendens*. En outre, cet article dispose que le Greffe central de la Haute Cour tient un registre des *lis pendens* portant sur des biens fonciers.

Étapes à suivre pour l'enregistrement d'une *lis pendens*

L'ordonnance 72A des Règles des Cours supérieures (les « RCS ») expose la marche à suivre pour faire enregistrer une *lis pendens*, ainsi que les exigences pour en obtenir l'annulation.

L'article premier de la « Brochure d'information de la Haute Cour sur l'enregistrement d'une *lis pendens* » dispose que les documents suivants doivent être déposés auprès de la Section des jugements du Greffe central pour qu'une *lis pendens* soit enregistrée :

- i. Formulaire n° 31 de l'Annexe C du document SI 149/2010 (25 euros de droits de timbre) ;
- ii. Un duplicata du formulaire ci-dessus (pas de droit de timbre) ;
- iii. Une copie du document à l'origine de la demande d'enregistrement, à savoir assignation ou *civil bill* (en Irlande, type d'assignation) ;
- iv. Le formulaire 64 prévu par les règles de l'Autorité d'enregistrement des biens fonciers doit être déposé dans le cas où une notification au Folio de l'Autorité d'enregistrement des biens fonciers est requise (en application de la règle 128 des règles de l'Autorité d'enregistrement des biens fonciers) ;
- v. Si le bien est enregistré au Bureau d'enregistrement, le formulaire 16 doit être déposé auprès de l'Autorité d'enregistrement des biens fonciers.

L'enregistrement d'une *lis pendens* est une procédure facile qui ne nécessite pas l'autorisation du tribunal. La demande est déposée auprès du Greffe central de la Haute Cour. Les frais sont minimes mais l'enregistrement peut produire des effets considérables sur les parties concernées.

Il existe une procédure d'enregistrement simple et unilatérale similaire au Royaume-Uni.

Effets de l'enregistrement

Au titre d'une *lis pendens*, les acquéreurs potentiels et les tiers sont informés qu'une procédure est pendante concernant un bien foncier et qu'elle pourrait à terme réduire la valeur du bien ou affecter les intérêts d'un propriétaire enregistré.

Une fois qu'ils auront appris qu'une *lis pendens* est enregistrée, les acquéreurs potentiels hésiteront à conclure une opération. Il va de soi qu'un avocat prudent ne permettrait probablement pas à son client d'acquérir des biens faisant l'objet d'une *lis pendens*.

Ainsi, une *lis pendens* a presque toujours pour effet d'empêcher le *Receiver* de vendre des actifs grevés.

Abus de procédure

L'enregistrement d'une *lis pendens* est de plus en plus souvent utilisé par les demandeurs qui ne sont pas représentés par un avocat ou les emprunteurs défaillants pour éviter la vente de biens grevés en Irlande.

L'enregistrement d'une *lis pendens* ne nécessite ni l'intervention d'un avocat ou conseil ni l'autorisation du tribunal. De plus en plus de demandes déposées auprès du Greffe central de la Haute Cour sont fondées sur une assignation ou une *civil bill* qui expose la demande de manière succincte et mal rédigée. Souvent, la procédure elle-même est abandonnée, l'assignation étant manifestement préparée uniquement pour les besoins de l'enregistrement de la *lis pendens*.

De fait, au Royaume-Uni, l'enregistrement d'une « *pending action* » est encore moins onéreux. Au Royaume-Uni, la seule exigence est de fournir « le détail du titre de la procédure », et non une copie de l'assignation ou de la *civil bill* (voir article 5(2) de la *Land Charges Act* (loi sur les servitudes foncières) de 1972).

Étapes à suivre pour l'annulation d'une *lis pendens*

Contrairement à la demande d'enregistrement d'une *lis pendens*, qui est simplissime, la procédure d'annulation est relativement onéreuse (sauf en cas de consentement mutuel). Une demande sur préavis doit être introduite devant la Haute Cour d'Irlande. L'un des points de la demande que la Cour examinera est de savoir si les critères nécessaires à l'enregistrement de la *lis pendens* au titre de la Loi de 2009 sont remplis. Il convient de noter que ces critères ne sont pas examinés à la date de l'enregistrement.

En raison de ce déséquilibre entre l'enregistrement et l'annulation d'une *lis pendens*, il est fréquent que la procédure fasse l'objet d'abus par un emprunteur lésé afin d'empêcher la vente d'un bien foncier par un *Receiver*.

Par conséquent, en Irlande, les *Receivers* se trouvent de plus en plus souvent dans la position peu enviable d'avoir à demander une réparation par voie d'injonction à la Cour en application de l'article 123 de la Loi de 2009.

Cette requête doit être déposée pour obtenir une date de réponse et la notification d'un préavis aux parties, ce qui inclut évidemment la partie qui a enregistré la *lis pendens* en premier lieu. Les parties notifiées déposeront immédiatement des attestations en réponse, ce qui entraînera plusieurs reports de la date de réponse initiale, avant qu'une date d'audience soit enfin fixée. Les délais et coûts sont inutilement considérables.

Même lorsqu'un *Receiver* obtient du juge la levée de la *lis pendens*, une nouvelle *lis pendens* est souvent enregistrée immédiatement après, sans que l'approbation du tribunal ne soit nécessaire.

Jurisprudence récente

Dans une affaire récente (*Kelly & O'Kelly v IBRC 2012* and *O'Connor v Cotter 2017*), les juges ont estimé que dans le cas où une partie qui avait enregistré une *lis pendens* n'était pas capable d'établir de manière concluante qu'elle disposait d'un droit de propriété sur le bien concerné, cela constituait une absence de bonne foi, entraînant la levée de la *lis pendens*. L'emprunteur a fait appel de cette décision.

La Cour suprême, dans sa confirmation du jugement de la Haute Cour, a fait remarquer qu'il était important, dans l'intérêt de la justice, qu'une partie aie le droit d'enregistrer une *lis pendens* lorsque cela était justifié et qu'il n'était pas déshonorant de le faire.

La récente décision rendue dans l'affaire *O'Connor v Cotter* s'inscrit dans le contexte de diverses procédures impliquant le demandeur, M. O'Connor. En 2012, Bank of Scotland (la « Banque ») avait obtenu un jugement condamnant M. O'Connor à payer plus de 7,5 millions d'euros en lien avec un prêt immobilier. En même temps, M. O'Connor avait introduit une procédure à l'encontre de la Banque et enregistré une *lis pendens* concernant le bien immobilier faisant l'objet de la procédure introduite par la Banque. La *lis pendens* a par la suite été levée sur ordonnance de la Haute Cour.

Peu après, M. O'Connor a introduit une nouvelle procédure contestant la désignation d'un *Receiver* par la Banque. Il n'a pas signifié la procédure mais a enregistré une *lis pendens* concernant le bien, afin d'essayer d'empêcher le *Receiver* de le vendre. Dès que le *Receiver* a eu connaissance de la procédure, il a saisi la Haute Cour d'une requête et a réussi à faire annuler la procédure, qui a été considérée comme un « abus de procédure ». Cette décision a été confirmée par la Cour d'Appel.

Lorsqu'une *lis pendens* est enregistrée pour des motifs irrecevables, la partie concernée a le droit de demander son annulation, mais cela demande beaucoup plus de temps, d'efforts et d'argent.

Dans l'affaire *Tola Capital Management LLC v Joseph Linders and Patrick Linders (No.2) [2014] IEHC 324*, la Haute Cour a jugé qu'une partie demandant l'enregistrement d'une *lis pendens* devait établir ce qui suit :

« Afin d'entrer dans le champ d'application de la définition légale [...], une partie demandant l'enregistrement d'une *lis pendens* doit établir :

- a) que le demandeur revendique un droit de propriété afférent au bien foncier ;
- b) que le défendeur est titulaire de droits afférents au bien foncier revendiqué par le demandeur ;
- c) que la procédure en soi revendique un droit de propriété afférent auxdits biens fonciers. »

Par conséquent, si la procédure au titre de laquelle une *lis pendens* a été enregistrée n'est pas une procédure de bonne foi, le tribunal doit ordonner l'annulation de la *lis pendens*.

Conclusion

Il devient manifeste que la procédure d'enregistrement d'une *lis pendens* en Irlande doit être revue.

La jurisprudence indique clairement que les tribunal ne permettront pas qu'une *lis pendens* soit utilisée comme tentative d'éviter une vente pour des motifs irrecevables. En même temps, les intérêts légitimes des parties titulaires de droits afférents à des biens fonciers doivent être protégés.

Le problème est qu'une *lis pendens* peut être obtenue quasiment sans examen de la demande et que le temps et le coût qu'implique son annulation sont largement disproportionnés.

Le juste milieu serait manifestement que la demande d'enregistrement d'une *lis pendens* inclue également une requête demandant des instructions, qui doit être signifiée aux parties notifiées avant la date de réponse. La *lis pendens* pourrait prendre effet à compter de la date de dépôt, protégeant ainsi les intérêts véritables du demandeur, mais uniquement après une confirmation par ordonnance, qui protégerait pour sa part les intérêts des parties notifiées.

De cette manière, les intérêts de toutes les parties seraient reconnus et protégés.

** Mark Woodcock, avocat, responsable du service Insolvabilité et Contentieux commercial du cabinet McDowell Purcell Solicitors, Dublin (Irlande)*

X X X
X

Insolvabilités des banques

Les insolvabilités bancaires dans la législation d'Europe centrale et orientale

Richárd Bódis nous présente certains aspects du régime spécial appliqué aux insolvabilités des banques dans la législation d'Europe centrale et orientale, et plus particulièrement dans les pays suivants : République tchèque, Estonie, Hongrie, Lettonie, Lituanie et Pologne²⁸*

La crise financière de 2008 a plus que toute autre affecté les acteurs économiques, entraînant la liquidation d'un grand nombre d'établissements financiers dans le monde entier. En raison de la spécialisation des banques, entre autres entités juridiques, l'insolvabilité est un scénario à éviter, la restructuration étant la solution la plus favorable.

L'UE a établi un cadre pour le **redressement et la résolution des établissements financiers** en difficulté, sous la forme de la Directive du même nom (la « Directive »)²⁹. Même si, avec l'aide de la Directive, les États membres ont pu intervenir à temps dans certains cas, le scénario catastrophe de l'insolvabilité est malgré tout parfois inévitable.

Cadre juridique : remarques générales

En règle générale, outre que les établissements financiers se caractérisent par une structure d'actifs très particulière, ils occupent un rôle unique au sein de l'économie, ce qui nécessite un savoir-faire spécialisé. Cet état des choses découle principalement des trois fonctions principales d'une banque³⁰ :

- Les banques ont des obligations très liquides (dépôts payables à la demande), alors que du côté des actifs, elles détiennent en général des prêts à long terme qui sont difficiles à vendre ou à offrir en garantie de prêts).
- Les services des banques sont essentiels au fonctionnement de l'économie nationale.
- Les banques traduisent la politique monétaire dans l'économie.

²⁸ Les auteurs ayant participé à la rédaction de cet article sont les suivants : Frank Heemann, associé, bnt attorneys in CEE (Vilnius), Karl Järvelaid, collaborateur junior, bnt attorneys in CEE (Tallinn), Karel Kotrba, collaborateur junior, bnt attorneys in CEE (Prague), Jarosław Sobstel, collaborateur junior, bnt attorneys in CEE (Varsovie), Arnas Stonys, collaborateur senior, bnt attorneys in CEE (Vilnius), Dominika Wądrodzka, associée, bnt attorneys in CEE (Varsovie), Niklāvs Zieds, collaborateur junior, bnt attorneys in CEE (Riga).

²⁹ Directive 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et modifiant la directive 82/891/CEE du Conseil ainsi que les directives du Parlement européen et du Conseil 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE et 2013/36/UE et les règlements du Parlement européen et du Conseil (UE) n° 1093/2010 et (UE) n° 648/2012.

³⁰ Eva Hüpkes, *Insolvabilité – « Pourquoi un régime spécial pour les banques ? »*, DEVELOPPEMENTS ACTUELS DU DROIT MONÉTAIRE ET FINANCIER, VOL. 3 (Fonds monétaire international, Washington DC, 2003).

Par conséquent, les méthodes habituellement appliquées dans le cadre des insolvabilités peuvent ne pas s'avérer efficaces, et il est dans l'intérêt des États de maintenir un cadre juridique qui permette de liquider en douceur les établissements financiers insolvables.

Étant donné que les services financiers sont très réglementés, il n'est pas surprenant que la liquidation des prestataires de services financiers le soit tout autant. La complexité de la structure des banques et l'importance de leurs actifs justifient une dérogation au processus habituel de sélection des praticiens de l'insolvabilité. Dans la majorité des pays, les affaires d'insolvabilité bancaire sont confiées à un groupe de praticiens précis, parfois même directement à l'autorité réglementaire compétente.

À l'échelle mondiale, un nombre presque infini de solutions est appliqué pour ce qui est du cadre juridique : l'accent peut être mis sur les personnes chargées des insolvabilité bancaires, sur les conditions préalables à l'ouverture des procédures, sur les droits particuliers dont doivent bénéficier les créanciers, etc. Nous souhaitons décrire rapidement dans cet article les caractéristiques principales dans les pays étudiés.

Présentation nationale

Comment les insolvabilités bancaires sont-elles réglementées ?

Dans la plupart des pays étudiés, les lois sur les entreprises financières prévoient des règles particulières concernant l'insolvabilité des établissements financiers, dérogeant aux lois générales sur les procédures d'insolvabilité. On observe une exception en République tchèque, où les règles sur l'insolvabilité des banques sont intégrées à la loi sur les procédures d'insolvabilité.

Comment le praticien de l'insolvabilité est-il désigné ?

Dans certains pays — tels que la Lituanie et la Pologne — la désignation du praticien de l'insolvabilité suit la méthode générale. Ainsi, en Lituanie, le praticien est sélectionné aléatoirement par un outil informatique automatisé.

En République tchèque et en Lettonie, seuls les administrateurs de l'insolvabilité titulaires d'un agrément spécial peuvent être désignés praticiens de l'insolvabilité.

En Estonie et en Hongrie, des organisations spéciales affiliées à l'autorité de contrôle financier nationale ont compétence exclusive pour agir en qualité de praticiens de l'insolvabilité dans les affaires d'insolvabilité bancaire.

Quelles sont les principales caractéristiques ?

L'une des principales caractéristiques est que, dans certains pays, seules les autorités de contrôle financier sont habilitées à ouvrir des procédures d'insolvabilité à l'encontre des banques. Cela est le cas en Hongrie, en Lettonie et en Lituanie, où l'autorité de contrôle doit être informée des demandes d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité déposées par d'autres créanciers.

En Estonie, les créanciers ont également le droit de déposer une demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité à l'encontre d'une banque avec l'autorisation préalable de l'autorité de contrôle financier, tandis qu'en République tchèque, outre les créanciers, la banque débitrice elle-même peut demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

Dans le modèle polonais, une banque doit notifier son insolvabilité à l'autorité de contrôle, auquel cas celle-ci décide s'il convient de faire racheter la banque débitrice par une autre banque ou de déposer une demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité.

La Directive a été mise en œuvre dans tous les États membres, instaurant un régime particulier pour la restructuration des établissements financiers. Toutefois, en Hongrie et en République tchèque, il n'est pas possible d'introduire une procédure générale tendant à la restructuration d'une banque, procédure qui existe en parallèle à la Directive.

En outre, non seulement les créances correspondant à des dépôts effectués auprès d'établissements financiers bénéficient de privilèges dans tous les États, mais des régimes spéciaux de garantie des dépôts³¹ s'appliquent également, garantissant les dépôts à hauteur d'au moins 100 000 euros.

Conclusion

Tous les pays étudiés appliquent des procédures spéciales aux insolvabilités des banques. Ces procédures sont étroitement surveillées ou contrôlées par les autorités de contrôle nationales. Actuellement, s'agissant des établissements financiers en difficulté, l'UE met l'accent sur les procédures de restructuration, en établissant des lignes directrices pour que les autorités de contrôle surveillent la stabilité financière des banques, ainsi qu'en prévoyant les outils nécessaires pour leur permettre d'intervenir. Toutefois, la Directive ne prévoit pas de règles harmonisées concernant les établissements financiers dans le cas où la restructuration échoue.

Comme le montrent nos recherches, des différences importantes existent entre les pays étudiés pour ce qui est des procédures visant à la liquidation des banques insolvables, notamment en ce qui concerne les méthodes de sélection des praticiens de l'insolvabilité ou l'admissibilité à demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Les procédures d'insolvabilité concernant les groupes d'entreprises du secteur financier ont également besoin d'être davantage harmonisées.

Une étude du mécanisme actuel de résolution, qui devrait être achevée d'ici la fin de l'année, pourrait également déboucher sur des conclusions à cet égard³².

** Richárd Bódis, collaborateur senior, bnt attorneys in CEE, Budapest (Hongrie)*

X X X
X

³¹ Directive 2014/49/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative aux systèmes de garantie des dépôts.

³² *Further harmonising EU insolvency law from a banking resolution perspective?* Disponible à l'adresse [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/614514/IPOL_BRI\(2018\)614514_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/614514/IPOL_BRI(2018)614514_EN.pdf)

Grèce

Prêts non performants en Grèce : le moment décisif

Yiannis G. Sakkas et Yiannis G. Bazinas nous présentent une question importante pour les banques grecques et l'économie du pays dans son ensemble*

Près de dix ans après le début de la crise de la dette européenne, la Grèce n'est toujours pas sortie d'affaire. Même si le pays a réussi à résoudre un grand nombre de ces incohérences fiscales, l'économie réelle n'a pas encore récolté les fruits de cette stabilisation, n'enregistrant qu'une croissance paresseuse de 1,9 % en 2018³³.

L'un des facteurs importants qui explique la stagnation économique du pays est le niveau élevé de prêts non performants au sein du système bancaire, ce qui affecte négativement la disponibilité du crédit, bloquant des ressources bancaires importantes (financières et humaines) et privant les entreprises et les entrepreneurs de fonds qui leur font cruellement défaut. En outre, un endettement privé excessif, associé à des taux d'imposition généralement élevés, décourage les investissements étrangers et continue d'entraver la croissance du secteur privé. En même temps, la réduction de l'endettement du secteur privé est une composante importante des efforts de la Grèce visant à attendre les objectifs budgétaires stricts, convenus dans le cadre des récents prêts accordés au pays³⁴. Par conséquent, la question des prêts non performants est devenue la priorité numéro un dans la tentative du pays de renouer avec une croissance durable.

Non seulement la Grèce est championne en termes de taux de prêts non performants parmi ses pairs européens, mais elle se distingue également par son taux de réduction le plus faible³⁵. À la mi-2018, les quatre banques systémiques grecques comptaient environ 86 milliards d'euros de prêts non performants à leur bilan, soit 48 % des prêts totaux³⁶. Même si ces chiffres montrent que le nombre de prêts non-performants a diminué au cours de ces trois dernières années³⁷, leur taux reste élevé, du fait de l'absence de nouveaux crédits. Jusqu'à présent, les banques avaient principalement recours à des annulations de dette ou et à la vente pure et simple de leurs portefeuilles de prêts non garantis pour réduire leur exposition, l'utilisation des instruments tels que l'insolvabilité ou la réorganisation étant réservée aux grandes entreprises plus viables. Néanmoins, étant donné que les banques grecques et le Mécanisme de surveillance unique (MSU) ont convenu de supprimer 50 milliards d'euros de prêts à problèmes de leurs bilans avant la fin

43

³³ D'après des estimations de l'Autorité statistique hellène (ELSTAT).

³⁴ Y. G. Sakkas, Y. G. Bazinas, *L'accord sur la dette grecque : Boulet ou libération ? eurofenix*, numéro d'automne 2018.

³⁵ Données de la Banque centrale européenne.

³⁶ Données de la Banque de Grèce.

³⁷ Depuis 2016, lorsque les prêts non performants s'élevaient à 100 milliards d'euros ; voir données de la Banque de Grèce.

2021, il est évident qu'une approche plus agressive sera nécessaire, consistant entre autres à céder en bloc les prêts non performants.

Régimes hors bilan

En règle générale, l'objectif principal des régimes hors bilan, plus connus sous le nom générique de « mesures de sauvetage des actifs dépréciés »³⁸, consiste à supprimer les actifs douteux des bilans des banques et ainsi à augmenter la qualité de leur capital réglementaire.

Parallèlement, la cession des actifs dépréciés pourrait soulager les banques de la charge logistique que représente la résolution des prêts non performants, leur permettant ainsi de se recentrer sur leurs fonctions de financement. La forme exacte de ces régimes peut varier notablement, allant de l'établissement de sociétés de gestion de portefeuille centralisées, comme c'est le cas de la NAMA en Irlande et de la SAREB en Espagne, jusqu'à des techniques de titrisation (avec ou sans participation de l'État), comme c'est le cas en Italie, avec le cadre de la GACS. Dans le cas de la Grèce, un régime hors bilan renforcerait la confiance du marché quant à la stabilité du système bancaire et enverrait aux marchés le signal que le pays a enfin tourné la page. À cet égard, même si l'établissement d'une société de gestion de portefeuille centralisée est envisagée depuis longtemps, à cause des frais de mise en place que représente tel régime, ainsi que des considérations concernant les aides d'État, cette initiative a perdu du terrain en faveur d'autres mesures.

Les grandes propositions qui sont actuellement à l'étude envisagent le recours à des véhicules *ad hoc*, pour réaliser la titrisation des actifs douteux et ainsi transférer le risque de crédit aux investisseurs. En particulier, une proposition présentée par le Fonds hellénique de stabilité financière (HFSF) préconise d'adopter le modèle italien de la GACS. Ce régime prévoit le transfert de 15 milliards d'euros de prêts non productifs à un véhicule *ad hoc* centralisé, aux taux du marché. Le véhicule *ad hoc* financerait cette acquisition par l'émission d'obligations à hauteur de 7 milliards d'euros (considérant que le ratio moyen de couverture des prêts non performants est de 50 %), le gouvernement grec garantissant la tranche senior aux conditions du marché, afin d'éviter des implications de subventionnement public.

Ce régime permettrait aux banques de conserver la tranche senior, maintenant ainsi leur exposition aux actifs sous-jacents (qui sont pour la plupart des prêts commerciaux garantis et des hypothèques résidentielles), tandis que la tranche mezzanine serait proposée aux investisseurs privés. Cette solution a pour avantage qu'elle respecte les restrictions imposées par l'UE aux aides d'État, évitant ainsi toute complication concernant le programme d'assainissement budgétaire du pays. Toutefois, à terme, la réussite de ce régime dépendra de l'attrait commercial des obligations mezzanine. Le prix de la garantie est également une question importante : en effet, le calcul des frais applicables à partir des écarts liés aux swaps (CDS) sur défaillance des emprunteurs

³⁸ Document de travail des services de la Commission. *AMC Blueprint accompanying the Second Progress Report on the Reduction of Non-Performing Loans in Europe*, 14.3.2018.

souverains³⁹ augmenterait notablement le coût de la garantie d'État, ce qui rendrait le régime non viable.

Une autre proposition avancée par la Banque de Grèce consisterait à établir un véhicule *ad hoc* centralisé et de lui transférer 40 milliards d'euros de prêts non productifs, en plus de près de 7 milliards de crédits d'impôts différés des banques grecques. Actuellement, les crédits d'impôts différés font partie du capital réglementaire des banques⁴⁰ ; ils constitueraient les fonds propres du véhicule *ad hoc* et absorberaient les pertes éventuelles découlant de la différence entre la valeur de marché des prêts non performants et leur valeur comptable courante (incluant les provisions pour pertes).

Le véhicule *ad hoc* émettrait également des obligations pour financer cette acquisition, les quatre banques systémiques et le gouvernement souscrivant à la classe junior, tandis que les investisseurs privés recevraient les tranches mezzanine et senior. Ceci constitue une approche plus radicale, qui vise non seulement à réduire les prêts non productifs, mais également à améliorer la qualité des actifs bancaires en diminuant la part des crédits d'impôts différés dans leur capital réglementaire. Néanmoins, la faisabilité de la conversion des crédits d'impôts différés reste à clarifier, et l'approbation de la Commission européenne sera nécessaire au vu des considérations relatives aux aides d'État. Toutefois, et plus important encore, il est probable que le transfert de ces actifs, du simple fait de son montant, expose les banques à des pertes importantes. En effet, il est prévu que les banques auront besoin de 7 milliards d'euros d'injections de capital supplémentaires une fois que ce projet aura été réalisé, ce qui fait écho aux craintes d'un renflouement interne avec la participation de déposants.

45

Le moment de vérité

Il est manifeste que les régimes envisagés constitueraient un grand pas en avant vers une résolution drastique du problème des prêts non performants de la Grèce et qu'ils apporteraient de la certitude en ce qui concerne les perspectives à moyen terme du système bancaire du pays. Ces mesures de titrisation aideraient à surmonter les problèmes de coordination⁴¹ tout en permettant aux banques de conserver une certaine exposition aux garanties sous-jacentes, et ainsi de bénéficier d'une éventuelle hausse des prix de l'immobilier. Toutefois, ces solutions arrivent en début de période et risquent de ce fait d'exposer le système bancaire à des besoins supplémentaires en capital.

D'une part, le modèle du système bancaire grec aurait clairement un impact préjudiciable immédiat sur l'adéquation des fonds propres, tandis que, d'autre part, les investisseurs restent méfiants quant au régime de garantie des actifs et à l'attractivité commerciale des obligations du véhicule *ad hoc*. De manière générale, l'impact de ces régimes sur l'adéquation des fonds propres et la capacité des

³⁹ Deloitte, « *Italian non-performing loans - State guarantee and securitisation scheme... Unlocking the NPL log-jam?* », 2016, disponible à l'adresse www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/uk/Documents/corporate-finance/deloitte-uk-fa-italian-nonperforming-loans.pdf

⁴⁰ La loi 4465/2017 prévoit la possibilité de convertir les actifs d'impôts différés en crédits d'impôts différés définitifs sur l'État avec effet à partir de l'exercice 2016. De fait, en application de la loi, le crédit d'impôts différé peut être déduit des impôts sur le revenu dus pendant vingt ans. Ce même délai est prévu pour l'amortissement graduel des pertes dues à des annulations de dettes et cessions de prêts non performants.

⁴¹ Alexander Lehmann, « *After the ESM: Options for Greek bank restructuring* », *Bruegel Blog Post*, janvier 2019.

banques grecques à les financer restent largement incertains. Cette incertitude a un coût qui se répercute sur le rendement des actions des banques, qui ont perdu plus de 50 % de leur valeur au cours des six derniers mois⁴², alors que d'importants acteurs du marché semblent laisser entendre que davantage de fonds seront nécessaires, évolution qui devrait certainement entraîner une dilution importante des actionnaires existants.

Depuis l'annonce de ces projets, l'une des quatre banques systémiques, Eurobank, les a rejetés avant de présenter son propre projet indépendant pour le traitement des prêts non productifs⁴³. Ceci suggère que, même au sein de la communauté bancaire, il existe des doutes importants quant à la viabilité d'un régime centralisé de traitement des actifs dépréciés. En même temps, les banques seront probablement confrontées à des pressions supplémentaires, puisque le gouvernement prévoit d'adopter une nouvelle loi sur l'insolvabilité des consommateurs⁴⁴, qui s'appliquerait aux consommateurs dont les dettes sont inférieures à 120 000 euros et leur permettrait de placer leurs actifs, notamment leur résidence principale, sous la protection de l'insolvabilité, à hauteur de 200 000 euros en termes de valeur. L'importance de la valeur des biens immobiliers que la loi protégerait contre les mesures d'exécution pourrait encourager une nouvelle vague de défaillances stratégiques, exerçant une pression supplémentaire sur les bilans des banques. Il semble donc que le compte à rebours soit lancé et que les banques grecques devront bientôt faire face à leur « moment décisif ».

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

46

X X X
X

⁴² Données de la Bourse d'Athènes.

⁴³ Eurobank a décidé de fusionner avec une filiale, Real Estate Investment Company (Grivalia Properties), afin de renforcer son capital réglementaire et d'adopter une approche plus proactive de la résolution des prêts non performants. Dans ce contexte, la banque vise à adopter un régime qui prévoirait la titrisation de 9 milliards d'euros de prêts non performants garantis dans le cadre d'un véhicule *ad hoc*, afin de faire passer son ratio de prêts non performants sous la barre des 10 % d'ici 2021. Voir <https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-11-26/eurobank-grivalia-properties-to-merge-secureitize-npes>

⁴⁴ La législation préexistante en matière d'insolvabilité des consommateurs avait été envisagée comme une mesure d'urgence ; la protection offerte aux biens des consommateurs a pris fin en 2018.

Test SWOT

Test SWOT⁴⁵ sur la réforme de l'insolvabilité : des leçons pour les économies émergentes et en développement

Paul Omar nous livre ses commentaires sur l'effet de l'accélération du rythme des réformes en Europe*

Dans le domaine du droit de l'insolvabilité, les réformes vont vraiment à une vitesse à couper le souffle. En Europe et dans les pays voisins, ces derniers temps, leur rythme s'est accéléré. Des pays tels que l'Arménie, la France, la Grèce, la Lettonie, la Pologne et la Roumanie, entre autres, ont mené des réformes ces dix dernières années, souvent dans un contexte économique très difficile.

Au sein de l'Union européenne, l'existence de textes tels que la refonte du Règlement Européen sur l'Insolvabilité et la future Directive sur la restructuration préventive ajoutent une couche de complexité et une dimension transfrontalière à la carte des procédures nationales. Il est rare que les modifications du droit de l'insolvabilité interviennent sans tenir compte du contexte économique, bien que les réformes des règles nationales se soient parfois déroulées sur fond de changements structurels concernant le système judiciaire ou les cadres financiers.

47

Forces

Au niveau local, un grand nombre de ces réformes sont intervenues avec le concours d'institutions internationales, telles que l'Union européenne, le Conseil de l'Europe, la BERD, la Banque mondiale et le FMI. Grâce à la profusion d'acteurs internationaux susceptibles d'y porter assistance, les stratégies de réforme nationales peuvent s'appuyer sur une expertise et des compétences considérables, renforcées avec le temps, dont certaines ont été traduites dans des lignes directrices, des bonnes pratiques et des recommandations servant de références utiles au processus de réforme. Bien que les divers acteurs n'aient pas tous les mêmes méthodes et motivations dans l'assistance qu'ils apportent, dans l'ensemble, le fait d'avoir accès à l'expertise que rassemblent les organisations internationales présente de nombreux avantages, outre le fait que cette expertise s'accompagne parfois d'une assistance technique et financière permettant de mener les projets à leur terme.

⁴⁵ L'analyse SWOT, de l'anglais *Strengths* (forces), *Weaknesses* (faiblesses), *Opportunities* (opportunités), *Threats* (menaces) est un outil de stratégie d'entreprise permettant de déterminer les options offertes dans un domaine d'activité stratégique (source : Wikipedia – N. de la T.).

Faiblesses

Cependant, tout n'est pas rose dans le processus de réforme. La quête de la procédure d'insolvabilité idéale présente certains inconvénients, surtout lorsqu'elle intervient dans un contexte économique difficile : l'insolvabilité est souvent perçue comme un outil réglementaire permettant de résoudre non seulement les difficultés financières que rencontrent les entreprises, mais également comme une réponse à la nécessité de garantir la stabilité du marché et la sortie de marché des entreprises défailtantes. La tendance à utiliser le droit de l'insolvabilité comme un outil de contrôle économique peut déboucher sur des réformes itératives suivant le flux du cycle économique, ce qui a pour conséquence involontaire que les réformes n'ont pas le temps de décanter avant que de nouvelles réformes s'avèrent nécessaires. Parfois, le processus de comparaison qui informe les législateurs et décideurs politiques des développements observés dans d'autres pays et dignes d'être reproduits entraîne l'adoption de modèles qui ne sont pas tout à fait adaptés à une telle transplantation.

En tout état de cause, la surveillance parlementaire peut s'avérer problématique dans le cas où les réformes sont de nature très techniques et donc peu adaptées aux joutes du débat politique. Le rôle des législateurs peut s'avérer assez limité, surtout lorsque la réforme est induite par des projets soutenus par des institutions internationales ayant bénéficié d'une importante participation de la part d'experts, ce qui signifie que les textes ne peuvent pas être facilement disséqués. Toutefois, des questions plus pressantes peuvent se poser concernant l'implication des intéressés dans le processus, surtout lorsqu'il est prévue qu'elle ait lieu. Souvent, les consultations se déroulent au début du processus, pour obtenir l'adhésion des intéressés, les réformes étant modelées par les praticiens, les magistrats et (parfois) les chercheurs. Cependant, il arrive que cette participation intervienne après coup, la pression des groupes d'intéressés faisant comprendre à la dernière minute qu'il convient de tenir compte leur avis si les réformes veulent avoir plus de chances d'être acceptées et de produire des résultats positifs.

48

Opportunités

Néanmoins, une partie du processus de réforme peut parfois offrir des opportunités. Certains modèles de lois sur l'insolvabilité peuvent donner lieu à des expérimentations (quoique conditionnées par la faible propension à prendre des risques qui caractérise les politiciens). Au fur et à mesure que les économies se développent et deviennent plus complexes, les pays peuvent abandonner l'approche « taille unique » et élaborer des réponses plus adaptées aux besoins de certains intéressés, tels que les MPME, les groupes industriels, les institutions financières, etc. Même si des réformes ponctuelles sont toujours souhaitables, contrairement au recours trop fréquent à la législation, une intervention périodique est possible dans un système qui conserve une certaine dose de flexibilité afin d'anticiper quand les réformes peuvent s'avérer nécessaires, au lieu de réagir aux fluctuations et pressions des systèmes économiques et/ou financiers. En ce qui concerne le contenu des réformes, étant donné que la sauvegarde et la restructuration sont les mots

d'ordre actuels, ces interventions, dans le cadre d'un système flexible, peuvent permettre d'étudier la meilleure façon de développer ces procédures pour tenir compte de ces impératifs.

Menaces

Cependant, le système dans l'ensemble est exposé à quelques menaces. La première concerne le rôle de l'insolvabilité : s'agit-il simplement d'une forme privée — quoique collective — de résolution des différends, prévue par l'État comme un outil permettant de faire exécuter des obligations, ou bien son utilisation, en tant qu'outil économique, avec les connotations de politique publique qui s'ensuivent, crée-t-elle une dissonance dans le rôle de l'État en tant que fournisseur et utilisateur d'un système ? Ceci exige également une meilleure compréhension des impératifs généraux de l'insolvabilité, en particulier comment concilier la supervision et la participation du gouvernement, avec tout ce que cela implique du point de vue de la façon dont l'État traduit souvent sa vision de la politique sociale dans le cadre de l'insolvabilité. En outre, les sensibilités politiques et économiques de l'insolvabilité peuvent constituer un obstacle à un débat rationnel quant à la portée des réformes et évolutions possibles. Dans le contexte des réformes, l'attitude de l'État vis-à-vis de l'amélioration des infrastructures qu'il propose, en particulier les procédures juridiques et les mesures d'application judiciaires, joue également un rôle : si l'État ne renforce pas suffisamment les capacités, cela peut compromettre la réussite des réformes.

Conclusion

En résumé, il y a encore beaucoup de travail à faire, en particulier en ce qui concerne les questions telles que l'adhésion des intéressés, le renforcement de capacités et, de manière générale, la fourniture de ressources tendant à l'efficacité du cadre de l'insolvabilité. Il est sans conteste nécessaire d'impliquer davantage les intéressés dès que possible dans le processus, et que cela ne se fasse pas seulement à l'initiative des institutions nationales, mais également à l'initiative des organismes internationaux participant à un grand nombre de ces projets de réforme. Dans l'ensemble, il serait certainement utile de former davantage les débiteurs et autres intéressés à des concepts commerciaux de base et à la fonction de l'insolvabilité.

**Paul Omar, Coordinateur des recherches techniques, INSOL Europe, Consultant occasionnel auprès de la Société financière internationale (division de la Banque mondiale)*

X X X
X

« Cuisine » Judiciaire

Un « livre de cuisine » judiciaire et des recettes pour la coopération internationale en matière d'insolvabilité

Nicoleta Nastasie nous raconte comment cette idée est née et comment l'histoire se développe*

En 2014, j'ai participé à un programme de formation sur les lignes directrices et les bonnes pratiques en matière de coopération judiciaire dans le cadre des insolvabilités transfrontalières⁴⁶.

Alors que j'expliquais que, dans mes activités judiciaires quotidiennes, je n'avais pas assez de temps pour déterminer quelle était la méthode la plus appropriée pour transformer les lignes directrices et règles générales en mesures concrètes dans le cadre des procédures pendantes, quelqu'un m'a posé la question suivante : « Qu'est-ce que vous voulez, Madame la Juge, un livre de cuisine d'insolvabilité ? » J'ai tout de suite répondu : « Oui, si un livre de cuisine m'aide à trouver des solutions pratiques et efficaces. »

Depuis, j'essaye de savoir si c'était la bonne réponse. Aujourd'hui, je participe également à un projet de l'Union européenne en lien avec la coopération judiciaire⁴⁷ et j'aimerais poser la même question aux praticiens, aux chercheurs et aux membres du corps judiciaire. Tel est le sujet que je me propose d'aborder sous forme d'œuvre littéraire épique.

50

L'avant-propos : Une brève théorie du concept de droit mou

D'un point de vue théorique, l'intérêt pour les mécanismes de droit mou s'est développé à partir de 1980, assistant à l'élaboration de différentes théories. Par « droit mou », on entend généralement les instruments juridiques non contraignants, ainsi que les normes et instructions générales émanant des organisations internationales, qui sont utilisés dans de nombreux domaines du droit, dans lesquels ils produisent des effets pratiques. Le droit mou international est souvent perçu comme une « métaphore juridique⁴⁸ » ou une « zone grise⁴⁹ ». Le terme « droit mou » entraîne des problèmes terminologiques, des ambiguïtés, voire des interprétations divergentes⁵⁰.

⁴⁶ Projet EU JudgeCo, site web à l'adresse www.universiteitleiden.nl/en/research/research-projects/law/eu-judgeco-project.

⁴⁷ Projet « Coopération judiciaire à l'appui du redressement économique en Europe » (JCOERE), dirigé par la professeure Irene Lynch Fannon, University College Cork, avec la participation de l'université Titu Maiorescu de Bucarest et de l'université de Florence. L'auteure est chercheuse doctorante à l'université Titu Maiorescu.

⁴⁸ Laslo Blutman, *In the Trap of a Legal Metaphor: International Soft Law* (2010) 59 ICLQ.

⁴⁹ JHH Weiler et AL Paulus, « *The Structure of Change in International Law or Is There a Hierarchy of Norms in International Law?* » (Symposium, Partie 2) (1997) 8 EJIL p. 554.

⁵⁰ A. Aust, *Handbook of International Law* (2^e éd.) (CUP, 2010), 11 ; Blutman, 610 ; MA. Fitzmaurice, « *International Protection of the Environment* » (2001) 293 RdC 9, 125 ; AT. Guzman, « *The Design of International Agreement* »

Cet article n'a pas pour ambition d'analyser de manière exhaustive la littérature portant sur le concept de droit mou, les débats internationaux concernant sa position normative et ses effets, ses défenseurs enthousiastes ou ses critiques les plus radicaux, ni même de trouver la réponse correcte à la question de savoir si le droit mou est effectivement une forme de droit et quelles seraient les conditions de sa légitimité et de son efficacité. Cet article ne s'intéresse pas aux aspects généraux tels que les règles de création du droit mou ; au contraire, il se concentre davantage sur leur aspect pratique et sur la façon dont les magistrats et les chercheurs devraient coopérer à cet effet.

Le droit mou peut être à l'origine d'évolutions du droit international, en ce qu'il constitue une étape « vers la légifération traditionnelle⁵¹ ». L'utilisation des outils de droit mou est une expression des obligations positives des acteurs privés dans le contexte de l'internationalisation et de la mondialisation, et non seulement dans le domaine de l'insolvabilité transfrontalière. Pour le corps judiciaire, il est essentiel de voir le lien qui existe entre les professions juridiques en corrélation avec le nouveau rôle que jouent les acteurs privés dans le développement des instruments de droit de l'insolvabilité internationale et de droit mou.

L'intrigue : Le point 48 du préambule de la refonte du REI

La refonte du REI, avec ses 226 renvois, et en particulier les points 48, 49 et 50 du préambule, les articles 41, 42 et 43, ainsi que le chapitre V, porte à notre attention le fait que la coopération et la communication sont des mécanismes fondamentaux de l'insolvabilité transfrontalière. Les juges et praticiens sont tenus de coopérer, « cette coopération [pouvant] prendre n'importe quelle forme, dont la conclusion d'accords ou de protocoles ».

Au point 48 du Préambule, les bonnes pratiques et les lignes directrices de coopération et de communication élaborées par les institutions et organisations internationales sont présentées comme de véritables solutions permettant de mettre en pratique les objectifs généraux de coopération. Ce texte présente aux chercheurs, aux praticiens et aux juges diverses questions sur ce que sont les bonnes pratiques, ce à quoi elles devraient ressembler et comment elles devraient être mises en pratique en tant qu'instruments adéquats dans le domaine de l'insolvabilité internationale.

Le déroulement de l'action : De la théorie à la pratique dans l'UE, avec les éventuelles difficultés propres aux mécanismes de droit mou

L'expérience européenne en matière de droit mou montre qu'il est nécessaire d'adapter les lignes directrices internationales aux spécificités des différents territoires multilingues de droit civil et de *common law* de l'UE. Nous vivons à une époque de vitesse et d'informatisation, faisant que la communauté internationale a besoin de solutions rapides. La circulation des informations est si intense qu'il faut objectivement reconnaître que nous n'avons pas le temps de réfléchir de manière approfondie à chaque étape de chaque affaire concrète d'insolvabilité internationale. Il ne faut pas

(2005) 16 EJIL 579, 583–584 ; LF. Damrosch et al., *International Law. Cases and Materials* (4^e éd.) (West Group, 2001), 34.

⁵¹ Blutman, 617.

non plus oublier que, non seulement dans les pays d'Europe du Sud-Est, mais partout dans le monde, la grande majorité des affaires sont simples, n'impliquant que quelques entreprises ou créanciers.

Au niveau européen, il existe des différences de culture juridique chez les magistrats et les chercheurs. En raison de la rigidité, du caractère litigieux et de l'incohérence des dispositions légales et des procédures nationales, le besoin d'harmonisation des systèmes de *common law* et de droit civil continental est réel. Les magistrats et chercheurs ne sont pas les bénéficiaires finaux des instruments de droit mou, mais seulement leurs créateurs ou de simples intermédiaires. L'objectif final est de développer un environnement performant pour les professionnels qui s'efforcent de suivre le rythme du commerce intracommunautaire et extra-européen.

Le Brexit et ses effets pourraient provoquer une peur de se retrouver marginalisés chez les principaux acteurs des entreprises internationales. Il pourrait également entraîner des changements et une polarisation vers des pays qui sont plus flexibles et plus favorables à des procédures de restructuration rapides.

Dans la pratique, il n'est pas toujours facile de suivre des lignes directrices, compte tenu de leur nombre sans cesse croissant et de la grande quantité d'informations et de commentaires qui accompagnent chaque instrument de droit mou. Autre problème, les lignes directrices internationales ne sont pas très bien connues des praticiens et des juges actifs dans les différents États membres, parce qu'elles ne sont pas traduites dans les langues nationales. Ainsi, la littérature nationale n'y fait que peu référence et il n'existe pas d'explications ni d'exemples de leur valeur dans la pratique. Même les lignes directrices de la CNUDCI ne sont pas promues de manière facile à comprendre ou à appliquer dans certains États membres de l'UE.

52

L'apothéose : Une approche pragmatique

Les chercheurs ont une influence importante non seulement sur les compétences des magistrats spécialisés dans le domaine de l'insolvabilité transfrontalière mais sur celles des magistrats dans leur ensemble. D'autre part, le droit mou présente des possibilités importantes pour encourager le développement de la coopération entre les chercheurs et les juges, si ceux-ci se focalisent tous sur les obstacles pratiques et les questions auxquelles l'insolvabilité internationale est confrontée, plutôt que de débattre de différences idéologiques interprofessionnelles abstraites.

En ma qualité d'ancienne avocate devenue juge, j'éprouve de la sympathie pour ces chercheurs qui promeuvent une perspective plus pragmatique. Mais que représente le pragmatisme pour le corps judiciaire ? Certains juges étudient chaque affaire en fonction de ses caractéristiques, d'autres exercent leur profession comme une activité naturelle, sans surestimer sa complexité théorique, d'autres juges encore savent comment faire preuve de précision mais également d'imagination dans leurs décisions. Qu'en est-il des chercheurs ? Pour eux, le pragmatisme est peut-être la capacité à rapprocher leurs conseils théoriques des activités quotidiennes. Pour ces deux professions, le pragmatisme peut consister en une interprétation flexible des dispositions légales,

des mécanismes de droit mou et des doctrines juridiques, afin de trouver des explications, des clarifications et des solutions aux problèmes qui se posent dans les insolvabilités transfrontalières et pour les entreprises multinationales qui rencontrent des difficultés financières.

Les chercheurs et les magistrats jouent un rôle essentiel dans la promotion des instruments de droit mou internationaux et leur mise en œuvre adaptée aux spécificités des systèmes juridiques des différents États membres. D'autres solutions pourraient consister à établir des exemples correspondant à la réalité et à la pratique nationales, à décrire des situations concrètes d'affaires internationales, dans le cadre desquelles une ou plusieurs lignes directrices sont utilisées pour faciliter la résolution des problèmes concernés. Des modèles normatifs correspondant aux procédures relativement similaires ou complémentaires des différents pays, des traductions des dispositions légales, accessibles en ligne, et non seulement aux juges ou praticiens, mais également aux autres intéressés, des formulations et explications simples, dans un langage accessible quelle que soit la langue maternelle de la personne les consultant, pourraient s'avérer utiles.

Le résultat qui pourrait résoudre le problème

Un livre de cuisine est-il la réponse ?

Dans notre quête de solutions pratiques pour la coopération internationale dans le domaine de l'insolvabilité, nous devrions essayer d'oublier un instant que nous sommes des juges, des praticiens ou des chercheurs et faire comme si nous étions les membres de l'équipe d'un grand cuisinier, travaillant ensemble pour créer les recettes les plus appropriées correspondant aux spécificités européennes. Nous savons tous que les recettes de ce « livre de cuisine » spécial de l'insolvabilité internationale sont le résultat d'un dur travail et d'un grand nombre d'expériences moins réussies, voire de tentatives ratées. Ces recettes devraient être précises et simples, opportunes, faciles à lire et à suivre, que ce soit pour les praticiens expérimentés, les dirigeants d'entreprises multinationales ou les particuliers et les petits acteurs du marché.

Avons-nous besoin d'une équipe européenne de développement du droit mou ?

Depuis que j'ai commencé à écrire sur ce thème, une expression me trotte dans la tête : « l'équipe européenne ». Le développement de mécanismes de droit mou efficaces dans le domaine de l'insolvabilité internationale nécessite un travail d'équipe ; ce n'est une tâche à mener individuellement. Faire partie d'une telle équipe exige plus que du respect mutuel ; cela nécessite la confiance et l'empathie de chacun de ses membres, qui sont les composantes d'un ensemble dont chaque partie a un rôle essentiel à jouer.

Comme je n'ai pas encore trouvé les réponses à ces questions, j'espère que nous écrirons tous ensemble ce chapitre de l'histoire.

* Nicoleta Nastasie, juge, tribunal de Bucarest (Roumanie)

Etats-Unis

Insolvabilité transfrontalière : une décision de la Haute Cour d'Angleterre influe sur une affaire du Delaware fondée sur le Chapitre 11

David Conaway nous présente une décision prononcée fin 2018 par la Haute Cour d'Angleterre*

Une décision prononcée fin 2018 par la Haute Cour d'Angleterre a eu des répercussions sur une procédure du Delaware fondée sur le Chapitre 11. Cette affaire concernait Videology Limited, société de droit d'Angleterre et du Pays de Galles (« Limited »), et sa filiale à 100 %, Videology Inc., société de droit du Delaware, située à Baltimore.

Le Groupe Videology (« Videology »), dont faisait partie la société Limited, avait pour activités le développement et la vente de technologies de vidéo publicitaire. Le Groupe Videology a demandé l'ouverture d'une procédure fondée sur le Chapitre 11 au Delaware. Le tribunal anglais, dans sa décision, a rejeté la demande du Groupe Videology de suspendre automatiquement les actions individuelles ou collectives de créanciers à l'encontre de Limited au Royaume-Uni. Au contraire, le tribunal anglais a contraint le débiteur placé sous la protection du Chapitre 11 de fournir des motifs pour justifier l'injonction à l'encontre des créanciers.

54

Cela est important parce que...

Dans le cadre d'une affaire fondée sur le Chapitre 11 concernant une société américaine appartenant à un groupe comprenant des filiales étrangères, la capacité à obtenir la suspension des actions des créanciers à l'encontre des filiales étrangères ou de leurs actifs hors des États-Unis est essentielle pour protéger la valeur de l'entreprise mondiale en vue de la réussite de sa restructuration ou de la cession de son actif en vertu de l'article 363. La décision du tribunal anglais rend cet objectif moins clair.

Insolvabilité transfrontalière : un pas en arrière

Une entreprise exerçant des activités à l'international sera inévitablement confrontée à des problèmes avec ses clients ou ses partenaires contractuels de la chaîne d'approvisionnement situés à l'étranger. Notamment, ceux-ci peuvent faire l'objet d'une procédure d'insolvabilité dans leur pays « d'origine ». Puisqu'il n'existe pas de droit de l'insolvabilité uniformisé à l'échelle mondiale, le résultat pour l'entreprise dépend essentiellement du droit de l'insolvabilité du pays étranger en question.

Les entreprises internationales sont susceptibles d'avoir des actifs, des dettes, des contrats, des biens ou des salariés dans le monde entier. Si une entreprise internationale entame une procédure d'insolvabilité dans son pays d'origine, il est probable qu'elle ait à régler des problèmes dans

d'autres pays. De ce fait, et pour promouvoir le principe de courtoisie et l'« universalisme » entre pays, en 1997, la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a publié sa loi type sur l'insolvabilité internationale (la « loi type »). À ce jour, quarante-quatre pays l'ont adoptée, dont les États-Unis, qui l'ont adoptée en 2005 sous la forme du chapitre 15. Les *Cross-Border Insolvency Regulations* de 2006 (« CBIR ») sont la version britannique de la loi type de la CNUDCI.

L'un des principes fondamentaux de la loi type est que chaque pays qui l'adopte doit reconnaître les procédures d'insolvabilité du pays d'origine et y coopérer. Dans l'affaire Videology, le pays d'origine de la procédure d'insolvabilité était le Delaware. Dans le cadre de sa restructuration fondée sur le Chapitre 11, Videology a cherché à protéger simultanément Limited, sa filiale britannique, contre les actions individuelles ou collectives de créanciers dirigées contre ses actifs au Royaume-Uni.

Pour obtenir une injonction, Limited a suivi la procédure normale d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité secondaire au Royaume-Uni, en déposant une demande de reconnaissance de la procédure fondée sur le Chapitre 11 en tant que « procédure principale étrangère », que la loi type et les CBIR définissent comme la procédure entamée par un débiteur sur le territoire où se trouve son « centre des intérêts principaux » (CIP). Si le tribunal britannique avait reconnu que le CIP de Limited se trouvait aux États-Unis, une injonction générale suspendant les actions des créanciers aurait été accordée de plein droit en application de la loi type. Il ne fait aucun doute que cela était le résultat qu'escomptait Videology.

Toutefois, le tribunal anglais a refusé de reconnaître l'affaire fondée sur le Chapitre 11 en tant que procédure principale étrangère, après avoir conclu que le CIP de Limited ne se trouvait pas aux États-Unis mais au Royaume-Uni. En application de la loi type et des CBIR, il existe une présomption réfragable que le CIP correspond au lieu d'immatriculation ou de constitution de la société, c'est-à-dire, dans ce cas, en Angleterre et au Pays de Galles. Le tribunal anglais a conclu que Videology n'avait pas renversé cette présomption, même si elle avait prouvé que Limited était possédée et contrôlée à 100 % par sa société mère américaine, que l'administrateur unique de Limited était le co-fondateur et président-directeur général de la société mère américaine, que tous les logiciels utilisés par Limited (sous licence) appartenaient à la société mère, et que Limited était « fondamentalement une société américaine, gérée par une direction américaine, située aux États-Unis. »

Suivant les décisions rendues dans les affaires *Eurofood IFSC Ltd* (CJUE 2006) et *Interedil Srl v Fallimento Interedil Srl* (CJUE 2011), le tribunal anglais a rejeté la position de Videology et conclu que le CIP de Limited se trouvait au Royaume-Uni, en partie parce que « outre que le Royaume-Uni était le lieu de son siège social, c'était l'endroit où se trouvaient ses locaux commerciaux et son personnel, où étaient établies ses relations avec ses clients et créanciers, où elle administrait ses relations avec ses créanciers commerciaux au quotidien, en utilisant ces locaux et ce personnel, et où étaient situés [...] ses principaux actifs. »

Une distinction qui fait la différence

Malgré cette conclusion, le tribunal anglais a tout de même accordé une réparation substantiellement similaire à Videology : une injonction contre les actions des créanciers. Plus précisément, plutôt qu'une application de plein droit d'une injonction, le tribunal a exercé son pouvoir discrétionnaire de suspendre les actions individuelles et collectives des créanciers à l'encontre de Limited après avoir tenu compte des éléments factuels présentés par Videology.

Même si le CIP de Limited ne se trouvait pas aux États-Unis, le tribunal anglais a conclu que Limited avait un « établissement » aux États-Unis, ce qui permettait au tribunal de reconnaître la procédure fondée sur le Chapitre 11 concernant Limited en tant que « procédure principale étrangère ». La procédure secondaire au Royaume-Uni, correspondant à la « procédure principale étrangère », ne suspend pas de plein droit les actions des créanciers, comme cela serait le cas dans le cadre de la procédure principale étrangère. Au contraire, le tribunal britannique conserve le droit discrétionnaire de suspendre les actions des créanciers ou non, en fonction des faits et circonstances de l'affaire.

Le tribunal anglais a noté que la procédure fondée sur le Chapitre 11 était à un stade avancé d'une cession en vertu de l'article 363, notamment des actifs de Limited, ce qui allait entraîner la cession des actifs de Videology et la distribution du produit et des actifs aux créanciers.

Rappelant à bon droit son devoir de protéger les intérêts des créanciers de Grande-Bretagne, le tribunal avait besoin d'établir si la cession en vertu de l'article 363 irait en ce sens. Au bout du compte, le tribunal a constaté que la cession aboutirait à une distribution équitable du produit entre les créanciers de Videology, qui seraient entendus et joueraient un rôle important dans le processus de cession. En refusant de reconnaître la procédure fondée sur le Chapitre 11 concernant Limited en tant que procédure principale étrangère, le tribunal s'est réservé le pouvoir discrétionnaire et la possibilité d'évaluer si la cession en vertu de l'article 363 était équitable pour les créanciers situés en Grande-Bretagne. Ces cessions peuvent intervenir très rapidement ; elles sont souvent préparées à l'avance par les prêteurs avant la demande d'ouverture de la procédure, en tant que stratégie de désengagement ; en outre, elles ne protègent pas toujours les intérêts de toutes les parties prenantes. Les créanciers étrangers sont tout particulièrement vulnérables.

À retenir

- La décision du tribunal anglais devrait encourager les débiteurs faisant l'objet d'une procédure fondée sur le Chapitre 11 à tenir compte des intérêts des parties prenantes dans le monde entier lorsqu'ils poursuivent leurs objectifs et stratégies dans l'affaire fondée sur le Chapitre 11, notamment au moyen d'une cession en vertu de l'article 363, ce qui correspond à l'intention de la loi type.
- L'analyse factuelle du tribunal anglais indique aux sociétés en restructuration dans quels cas la reconnaissance d'une procédure d'insolvabilité secondaire au Royaume-Uni sera fondée sur une procédure principale étrangère ou une procédure non principale étrangère. À

son tour, cela indique si les sociétés en restructuration obtiendront les mesures nécessaires pour réaliser leurs objectifs commerciaux.

- La décision fournit également aux sociétés en restructuration (et à leurs prêteurs) une feuille de route sur la nécessité de présenter des demandes de reconnaissance étrangères qui seront accueillies favorablement dès le départ et éviteront des risques et des coûts pour la procédure et leurs objectifs commerciaux.
- Enfin, elle fournit aux créanciers de sociétés en restructuration, en particulier aux créanciers étrangers, une feuille de route pour contester les demandes de reconnaissance, qui pourraient limiter ou interdire leur pouvoir de poursuivre leurs contreparties contractuelles. Bien que le tribunal anglais ait jugé que les injonctions à l'encontre des créanciers étaient appropriées dans cette affaire, dans d'autres circonstances factuelles, il se peut qu'il ne suspende pas les actions des créanciers.

Implications mondiales

Il se trouve que l'affaire Videology impliquait une restructuration aux États-Unis fondée sur le Chapitre 11, concernant notamment sa filiale britannique. Les questions tranchées dans la décision du tribunal anglais étaient fondées sur les CBIR et la loi type. Celle-ci ayant été adoptée par quarante-quatre pays à ce jour, les mêmes questions pourraient se poser dans d'autres pays. L'analyse approfondie du tribunal anglais dans l'affaire Videology pourrait servir d'exemple aux tribunaux d'autres pays ayant adopté la loi type saisis de questions similaires.

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

57

x x x

x

Turquie

La Turquie adopte de nouveaux textes législatifs concernant la médiation obligatoire en cas de litige commercial

Orçun Çetinkaya et Burak Baydar nous résument l'impact probable de ces nouvelles lois*

La Turquie a récemment adopté de nouveaux textes législatifs imposant le recours à la médiation en cas de litige commercial avant de saisir les tribunaux.

La loi n° 7155 sur l'introduction de procédures judiciaires concernant des créances monétaires découlant d'abonnements, publiée au Journal officiel n° 30630 du 19 décembre 2018, a introduit de nouvelles dispositions dans le Code de commerce turc n° 6102 (le « CCT ») et dans la loi n° 6325 sur la médiation dans les litiges civils (la « Loi sur la médiation »).

Cette exigence de médiation est réglementée en qualité de condition préalable obligatoire à l'ouverture d'une procédure judiciaire, en application des nouveaux textes législatifs qui sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2019. Par conséquent, les parties à un litige commercial concernant des créances monétaires doivent d'abord demander une médiation avant de demander l'ouverture d'une procédure devant le tribunal local. Elles seront autorisées à saisir le tribunal uniquement si elles ne parviennent pas à un accord amiable à la fin du processus de médiation. Autrement, elles seront déboutées pour des motifs de procédure.

Champ d'application de la médiation obligatoire

L'obligation de médiation s'applique aux actes et opérations relevant du droit privé, à la libre disposition des parties. En d'autres termes, les questions qui ne peuvent être tranchées que par un juge ne peuvent pas faire l'objet d'une médiation commerciale.

D'après le nouvel article 5/A du CCT, il est obligatoire d'avoir recours à la médiation s'agissant des procédures commerciales régies par l'article 4 du CCT et d'autres dispositions applicables aux créances monétaires et aux demandes d'indemnisation.

Au titre de l'article 4 du CCT, les procédures correspondant aux points énumérés ci-dessous sont considérées comme des procédures commerciales et entrent dans le champ d'application de la médiation obligatoire :

- Questions régies par le CCT ;
- Certains articles du Code des obligations turc ;
- Les articles pertinents du Code civil turc concernant les prêteurs sur gage ;
- Certains règlements de la législation sur la propriété intellectuelle et de la législation concernant les banques et autres établissements financiers.

En outre, la médiation est obligatoire pour les questions et procédures qui ne sont pas expressément énumérées à l'article 4 du CCT, les litiges dont les deux parties adverses sont des commerçants et les litiges concernant les entreprises commerciales desdites parties.

En ce qui concerne les affaires correspondant à la définition des litiges commerciaux, la médiation est une condition préalable obligatoire à la saisine des tribunaux. En application de l'article 18/A-2 de la Loi sur la médiation, dans le cas où une demande d'ouverture de procédure est déposée sans qu'il y ait d'abord eu recours à la médiation, le tribunal devra rejeter la demande pour non-respect des conditions préalables, sans autre examen. Ceci ne doit pas être interprété comme signifiant que les parties ne peuvent pas demander une médiation dans des cas autres que ceux prévus ci-dessus. Dans ces autres cas, les parties ont la possibilité de résoudre leurs différends par voie de médiation volontaire ; si les parties décident de demander l'ouverture d'une procédure judiciaire au lieu d'avoir recours à la médiation, la procédure ne peut pas être rejetée au motif que la condition préalable de médiation n'a pas été respectée.

Dans ce contexte, la médiation obligatoire n'est pas une condition préalable aux mesures provisoires telles que les injonctions provisoires et les demandes de saisie conservatoire. Toutefois, au titre du nouvel article 18/A-16 de la Loi sur la médiation, si ces demandes sont accueillies par les tribunaux de première instance avant l'introduction d'une procédure, les délais (respectivement deux semaines et sept jours) prévus au titre des dispositions applicables ne commenceront pas à courir avant que le rapport définitif du médiateur n'ait été préparé.

En vertu de l'article 18/A-18 de la Loi sur la médiation, les dispositions relatives à la médiation obligatoire ne s'appliqueront pas :

- si un arbitrage obligatoire ou des méthodes de résolution alternative des différends sont prévus pour certains différends en application de lois précises ; ou
- si les parties ont conclu un accord d'arbitrage.

De la même manière, la médiation n'est pas obligatoire en ce qui concerne les procédures non contentieuses, les concordats ou les procédures d'exécution sans jugement.

Enfin, en application de l'article 12 provisoire du CCT, la médiation obligatoire ne s'appliquera pas en ce qui concerne les affaires en instance devant les tribunaux de première instance, les tribunaux régionaux et la Cour de cassation à compter de l'entrée en vigueur de ces règles.

Conséquences

La médiation obligatoire est considérée comme une condition préalable à l'ouverture de procédures concernant des litiges commerciaux. En application de l'article 115 du Code de procédure civile n° 6100 (le « CPC »), l'existence de ces conditions préalables sera examinée d'office par le tribunal, et les parties au litige peuvent invoquer leur absence à tout stade de la procédure.

Conformément aux dispositions générales du CPC, l'article 18/A-2 de la Loi sur la médiation prévoit que, lorsqu'un tribunal est saisi sans que la médiation obligatoire n'ait été demandée, l'affaire sera rejetée pour des motifs de procédure sans autre examen au fond.

Procédure

En application de l'article 18/A de la Loi sur la médiation, le service de médiation du ressort du tribunal compétent sera saisi d'une demande de médiation concernant l'objet du litige, suite à quoi il désignera un médiateur, sauf si les parties ont elles-mêmes choisi un médiateur d'un commun accord entre elles.

En application de l'article 5/A du CCT, le médiateur rendra sa décision dans les six semaines à compter de sa désignation, délai qui peut être étendu de deux semaines au plus, si le médiateur le juge nécessaire.

Conformément à l'article 18/A-11 de la Loi sur la médiation, si la médiation échoue du fait de l'absence de l'une des parties à la première séance de médiation sans motif valable, la partie en question supportera l'ensemble des frais de procédure, même si le tribunal se prononce en sa faveur.

Si les parties parviennent à un accord, les frais de médiation seront partagés par moitié entre les parties, sauf si elles en décident autrement. En l'absence de règlement, ces frais seront à la charge de la partie succombante. Toutefois, les honoraires des deux premières heures de travail du médiateur seront prises en charge par le ministère de la Justice.

En application de l'article 18/A-2 de la Loi sur la médiation, si les parties ne parviennent pas à un règlement, le demandeur devra joindre à sa demande le rapport définitif du médiateur indiquant que les parties ont suivi la procédure de médiation sans parvenir à un accord.

Conclusion et points de controverse

Cette nouvelle réglementation est importante car elle sert de méthode de résolution alternative des différends et pourrait permettre de résoudre des litiges commerciaux sans avoir à saisir les tribunaux. Par conséquent, elle pourrait alléger la charge de travail des tribunaux et réduire la durée des procédures, tout en permettant aux parties de régler leurs différends avantageusement, de manière rapide et peu onéreuse, ce qui apporterait également davantage de flexibilité, de confidentialité et d'efficacité.

Il est important de noter que ces nouvelles règles suscitent des débats quant au champ d'application de la médiation obligatoire, telle que définie à l'article 5/A du CCT, alors que le texte de l'article suggère que cette nouvelle exigence ne s'appliquera qu'aux litiges concernant les créances et les demandes d'indemnisation. Il est également avancé que ces nouvelles règles, au vu de leurs finalités et objectifs, devraient s'appliquer à d'autres actions concernant les litiges monétaires, en particulier les actions déclaratoires négatives. Étant donné que ces textes viennent d'être adoptés, le champ d'application de l'exigence de médiation obligatoire sera déterminé en fonction de la jurisprudence et de la pratique de la Court de cassation.

** Orçun Çetinkaya, associé, et Burak Baydar, collaborateur senior, Moroğlu Arseven, Istanbul (Turquie)*

X X X
X

Actualités par pays

Actualités par pays Printemps 2019 République tchèque et Allemagne

République tchèque

La loi sur les obligations est modifiée en prévision de la création de la fonction d'agent de garantie, dont les compétences ne se limitent pas aux obligations

Par Petr Sprinz et Jiří Rahm, associés, Havel & Partners s.r.o., République tchèque

En janvier, une modification de la loi sur les obligations est entrée en vigueur. Préparée par le ministère des Finances de la République tchèque, cette modification prévoit des nouvelles règles qui régissent les obligations garanties, ainsi que la création d'une fonction d'agent de garantie.

Toutefois, une disposition discrète de la dernière partie de la loi étend de manière assez révolutionnaire la notion d'agent de garantie au-delà des obligations, en règle générale pour garantir les prêts commerciaux.

Nous résumons ci-dessous les grandes lignes de cet amendement et ses répercussions potentielles sur les pratiques commerciales, en particulier en lien avec les crédits syndiqués et les « *club deals* » sur le marché tchèque.

61

Agent de garantie des obligations

Le remboursement d'une obligation et le versement de son coupon (ou le paiement des dettes obligataires) peuvent être garantis, entre autre, par un nantissement. L'amendement prévoit que les droits d'un créancier, d'un créancier gagiste ou de tout autre bénéficiaire de la garantie peuvent être exercés par l'agent de garantie pour son propre compte au bénéfice des ayants droit. Par exemple, l'agent de garantie pourrait exercer le droit de nantissement dans le cadre d'une procédure de défaillance ou soumettre la garantie dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité.

Agent de garantie

L'amendement ne prévoit aucune restriction quant à la personne occupant les fonctions d'agent de garantie. Le créancier peut décider à son entière discrétion qui exercera ses droits pour son compte à l'encontre du débiteur et de tiers.

Création de la notion d'agent de garantie et d'autres aspects

L'accord conclu avec l'agent de garantie doit être écrit. Le pouvoir accordé à l'agent est opposable à tous, c'est-à-dire *erga omnes*. En règle générale, l'accord doit définir les droits et obligations de l'agent de garantie (notamment son droit à rémunération), ainsi que les conditions de ses activités, essentiellement en vue de son éventuel remplacement ultérieur.

Agent de garantie sans lien avec les obligations

Nouvelle règle révolutionnaire du droit tchèque, l'amendement permet à la notion d'agent de garantie d'être utilisée pour garantir des dettes sans lien avec l'émission d'obligations, par exemple pour les crédits syndiqués proposés par des banques.

Actuellement, un agent de garantie intervient généralement dans la garantie d'un crédit syndiqué par le biais d'une « solidarité active » (c'est-à-dire que l'agent de garantie, en tant que créancier, est bénéficiaire conjoint et, de ce fait, a les mêmes droits et obligations au titre de la garantie que les autres créanciers). Cette notion juridique a déjà été testée dans le cadre de plusieurs grandes insolvabilités. Elle fait l'objet d'une restriction, à savoir que l'agent de garantie doit toujours être créancier au titre du prêt (au moins en partie). Ceci peut en particulier restreindre la cessibilité et la négociabilité du prêt sur un marché secondaire du crédit.

La nouvelle notion créée par la Loi sur les obligations prévoit un régime (plus courant dans la pratique internationale) au titre duquel l'agent de garantie n'a pas nécessairement besoin d'être lui-même directement créancier (au titre du prêt). Les droits d'un créancier, d'un créancier gagiste ou de tout autre bénéficiaire de la garantie peuvent être exercés par l'agent de garantie pour son propre compte au bénéfice des ayants droit. Ceci s'applique également aux procédures d'insolvabilité, à l'exécution d'un jugement ou en cas de défaillance concernant le constituant du gage ou tout autre garant ou leurs actifs. L'exécution au titre de la garantie revient alors aux bénéficiaires dans des proportions précisées dans la convention de prêt ou autre document de financement similaire.

La question qui se pose, bien entendu, est de savoir quand et comment cette nouvelle règle s'appliquera dans la pratique aux financements bancaires. Nous pouvons prévoir que les banques créancières hésiteront à la mettre en œuvre, au vu du risque associé à la nouveauté et à l'interprétation de cette règle juridique.

62

Allemagne

ESUG : Retour en arrière officiel

Par Michael Thierhoff, associé et expert-comptable, et Axel Roth, avocat, spécialiste du droit de l'insolvabilité, Andersen Tax & Legal (Allemagne)

En 2012, le législateur allemand a adopté une réforme historique du Code de l'insolvabilité allemand, dont les trois principaux objectifs étaient les suivants :

1. Augmenter l'influence des créanciers sur le choix des mandataires dans le cadre des insolvabilités d'entreprises ;
2. Dans le cas où la restructuration des entreprises viables était compromise à cause de l'opposition des actionnaires, impliquer les actionnaires et diluer leur position grâce à des échanges de dettes contre des participations, en réduisant, voire les privant de, leur position par le biais d'une procédure assimilable à celle du Chapitre 11 (*Insolvenzplanverfahren*) ;
3. Introduire une procédure dite de « bouclier de protection » (*Schutzschirmverfahren*), procédure préliminaire visant à encourager l'intervention précoce, en permettant au

débiteur de choisir le mandataire et de conserver le contrôle de ses activités dans le cadre d'une procédure sans dessaisissement, dans certains cas précis.

Lors de l'adoption de la loi, le législateur avait déjà prévu qu'elle soit réexaminée cinq ans plus tard. Par conséquent, en 2017, le Parlement allemand a désigné une équipe de professeurs chargés de revoir l'application de la loi et de formuler des propositions de changement. Cette équipe a adopté une approche en trois volets :

1. Premièrement, elle a présenté un questionnaire aux « suspects habituels » des procédures d'insolvabilité (créanciers, juges, débiteurs, consultants, mandataires, dirigeants). Le taux de réponse a été de 41 %, ce qui est très élevé pour ce genre d'initiative.
2. Deuxièmement, l'équipe a étudié la totalité des procédures sans dessaisissement concernant des entreprises depuis 2012, soit 1 690 dossiers, ainsi que les dossiers judiciaires d'une quinzaine d'affaires qui ont été examinés en détail.
3. Troisièmement, l'équipe a étudié la littérature juridique et ajouté ses propres réflexions sur la loi qui avait fait l'objet de débats plus larges.

Son rapport comptait environ 325 pages, accompagnées d'un résumé d'une vingtaine de pages. Il a été commenté par des groupes d'intéressés et des revues professionnelles. Sans surprise, alors qu'il s'agissait d'un rapport unique, la gamme des interprétations pourrait laisser croire le contraire.

Dans l'ensemble, ses conclusions sont positives. Les changements vus comme nécessaires sont marginaux. Les chercheurs n'ont pas trouvé d'éléments indiquant que les créanciers choisissaient un certain mandataire au détriment des autres créanciers.

Cette réforme a notablement augmenté la ressemblance de l'*Insolvenzplanverfahren* avec le Chapitre 11. L'impact sur les droits des actionnaires est lui aussi positif. Dans la pratique, il s'agit essentiellement de cessions d'actions et de réductions du capital. L'échange de dettes contre des participations introduit par la loi n'est pas particulièrement important.

La procédure de protection a connu le même sort. Son application s'est avérée bien en-deçà des espérances. Jusqu'à présent, les demandes d'ouverture de procédure n'ont pas été déposées beaucoup plus tôt, contrairement à ce qui était prévu. Les auteurs seraient tentés de dire qu'il faut plus de cinq ans pour qu'une loi produise des effets dans la pratique. En outre, les prêteurs institutionnels et les professionnels intéressés hésitent à s'aventurer en terre inconnue et cette peur de la prise de risque accroît les délais avant que les nouveaux outils soient fréquemment utilisés dans la pratique.

Les chercheurs pensent qu'il pourrait être utile de définir plus précisément les circonstances et les conditions préalables appropriées s'agissant de la procédure sans dessaisissement. Les pratiques encore très variées font l'objet de vives critiques. L'objectif devrait être de renforcer le professionnalisme des tribunaux et d'assurer une application plus uniforme de la loi.

Le législateur a commencé à discuter des résultats de cette étude avec les groupes d'intéressés. Il est probable qu'aucune mesure ne sera prise à court terme, et que le législateur attendra que la future directive sur les cadres de restructuration préventifs soit adoptée pour pouvoir faire d'une pierre deux coups. Si l'on regarde dans le rétroviseur de l'histoire, quand le législateur allemand a eu à traiter une directive mal accueillie, les changements législatifs, le cas échéant, ne sont pas intervenus rapidement.

Compte-rendu technique

Coup de projecteur sur les données nationales en matière d'insolvabilité au sein de l'UE

Myriam Maily, co-responsable technique d'INSOL Europe, nous présente les informations disponibles sur le site d'INSOL Europe concernant les statistiques nationales en matière d'insolvabilité

Statistiques nationales actuelles en matière d'insolvabilité

Au niveau de l'UE, les statistiques en matière d'insolvabilité sont vues comme un moyen de mesurer l'efficacité des cadres nationaux de l'insolvabilité sous l'angle des investissements transfrontaliers. Il est vrai que les chiffres de l'insolvabilité sont généralement utilisés comme des outils permettant d'évaluer la bonne santé économique et sociale d'un pays. Du point de vue des créanciers, elles peuvent ensuite servir d'indicateur pour leur permettre d'être sûrs d'avoir fait le bon choix en consentant des prêts dans un État membre donné plutôt qu'un autre. Du point de vue des débiteurs, les chiffres peuvent également mettre en avant la réussite d'un type de procédure plutôt qu'un autre.

C'est la raison pour laquelle des statistiques inédites ou mises à jour sur l'insolvabilité sont régulièrement publiées sur le site d'INSOL Europe. À ce jour, des statistiques nationales en matière d'insolvabilité sont disponibles sur notre site pour les pays suivants : Allemagne, Angleterre et Pays de Galles, Autriche, Belgique, Croatie, Chypre, Danemark, Écosse et Irlande du Nord, Espagne, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Irlande, Italie, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Portugal, Roumanie, Suède et Suisse, à l'adresse : www.insoleurope.org/technical-content/national-insolvency-statistics.

Nouvelles données sur l'insolvabilité requises par la future directive

La proposition de directive (dans sa version de novembre 2016) contenait un Titre V intitulé « Suivi des procédures de restructuration, d'insolvabilité et de réhabilitation ». Sous ce titre, la Commission européenne avait dressé la liste des critères qui permettraient d'améliorer la qualité des statistiques en matière d'insolvabilité au niveau européen (article 29, « Collecte de données »).

À cet effet, les États membres étaient tenus de déclarer une fois par an le nombre de procédures (restructurations préventives, liquidations et procédures aboutissant à un effacement des dettes des personnes physiques), leur résultat, leur durée et leur coût moyen. En outre, la Commission européenne demandait aux États membres de recueillir d'autres informations, notamment, le cas échéant, le nombre de demandes rejetées pour manque de fonds disponibles dans le patrimoine du débiteur, le taux de désintéressement des créanciers gagistes et chirographaires, ainsi que le

nombre de procédures dont le taux de désintéressement est inférieur ou égal à 2 % pour chaque type de procédure entrant dans le champ d'application de la proposition de directive.

Entre autres chiffres à fournir par les États membres au titre de la proposition de directive, étaient également incluses les informations qui permettraient de connaître le nombre de restructurations préventives ayant échoué dans le délai prévu de trois ans, et celles qui se rapportaient à l'ouverture de nouvelles procédures à l'encontre d'un entrepreneur qui avait auparavant bénéficié d'un apurement de ses dettes.

Enfin, il était prévu que ces chiffres soient produits par les autorités nationales en tenant compte de plusieurs critères, à savoir :

- (1) la taille des débiteurs, en fonction du poids de la main-d'œuvre ;
- (2) la forme juridique des débiteurs (personnes physiques ou morales) ; et
- (3) le cas échéant, si les procédures concernent seulement des entrepreneurs ou toutes les personnes physiques, pour ce qui est des dispositions en matière d'apurement.

Groupe de travail Relations UE

Il est vrai qu'en fonction du niveau de détail des informations publiées au niveau national, les statistiques en matière d'insolvabilité peuvent également jeter de la lumière sur le type de procédures disponibles dans un cadre de l'insolvabilité national donné, sur leur utilisation dans la pratique quotidienne et sur leur succès, tant du point de vue des débiteurs que de celui des créanciers (dans le « monde réel »).

Ceci est la raison pour laquelle des experts locaux ont travaillé sur ce thème 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. Des informations pertinentes sur les statistiques nationales en matière d'insolvabilité, classées en fonction des résultats, sont désormais disponibles pour les pays suivants : Angleterre et Pays de Galles, Bulgarie, Danemark, Espagne, Finlande, Hongrie, Irlande, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Malte, Pologne, Portugal, République tchèque, Roumanie, Slovaquie et Slovénie, à l'adresse www.insol-europe.org/technical-content/eu-draft-directive.

Il est également important de vous rappeler que le 23 mars 2019, le Parlement européen examinera bientôt la dernière version du texte de la proposition de directive, suite à la publication, le 17 décembre 2018, de la version définitive du compromis à approuver. Le texte du compromis est disponible à l'adresse www.insol-europe.org/technical-content/eu-draft-directive.

(Future) collecte de données

S'agissant de la collecte de données, le texte du Conseil de l'UE a conservé le Titre V (cependant avec un intitulé légèrement modifié), dont l'article 29 est consacré à cette question. Cet article demande plus ou moins le même type d'informations que celles requises à l'origine dans la

proposition de la Commission. Toutefois, les États membres ne seront plus tenus de recenser le nombre de demandes rejetées pour manque de fonds disponibles dans le patrimoine du débiteur, ni du nombre de procédures dont le taux de désintéressement est inférieur ou égal à 2 % pour chaque type de procédure entrant dans le champ d'application de la proposition de directive. À la place, les États membres devront recenser le nombre de demandes de procédures de restructuration qui ont été déclarées irrecevables, rejetées ou retirées avant leur ouverture.

Les États membres seront en outre tenus de recueillir d'autres données, telles que le nombre de débiteurs qui, après avoir eu recours à une procédure de restructuration ou d'insolvabilité (y compris une procédure aboutissant à un effacement de leurs dettes), ont créé une nouvelle entreprise, ainsi que le nombre d'emplois supprimés.

Autre nouveauté, les États membres ont la possibilité de recueillir et regrouper les données demandées par le biais d'une technique d'échantillonnage garantissant la représentativité des échantillons en termes de taille et de diversité. Pour finir, les données annuelles recueillies par les services de la Commission européenne devraient être communiquées « de façon accessible et facile d'utilisation » par le biais d'une publication sur son site web.

Dans un futur très proche, les États membres seront tenus de fournir des statistiques nationales fiables, afin d'améliorer la qualité des statistiques en matière d'insolvabilité au niveau européen. Attendons de voir comment ces données seront recueillies et utilisées...

Si vous avez des questions concernant cet article, n'hésitez pas à me contacter à l'adresse mailly.myriam@orange.fr

x x x
x

Nouvelles publications

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

Contactez-nous afin 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

Le Droit de l'insolvabilité internationale

Reinhard Dammann et Marc Sénéchal,
Juin 2018, 974 pages, ISBN 978-2-306-00090-8, 125 euros

Regroupant treize chapitres thématiques, cet ouvrage peut être divisé en quatre grandes parties. La première partie décrit le régime de l'insolvabilité transfrontalière européen, à savoir le règlement (UE) 2015/848 relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte du Règlement Européen sur l'Insolvabilité), et comprend un intéressant premier chapitre sur la façon dont la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) doit être comprise et comment elle a largement inspiré le législateur européen au cours de la révision du règlement européen sur l'insolvabilité initial (règlement (CE) 1346/2000) (l'ouvrage est à jour concernant la jurisprudence de la CJUE jusqu'à la fin 2017).

La première partie aborde ensuite plus en détail des questions précises, telles que le champ d'application du règlement européen sur l'insolvabilité, la compétence en matière d'insolvabilité, la reconnaissance et l'exécution des décisions (y compris des jugements étrangers liés à l'insolvabilité), les procédures secondaires, le droit applicable, le traitement des groupes d'entreprises et la protection des salariés.

La deuxième partie se penche sur le droit de l'insolvabilité internationale, applicable au-delà des frontières européennes. Ce chapitre spécialisé couvre à la fois les insolvabilités des entreprises et celles des personnes physiques (ce qui n'est pas le cas de la première partie, puisque l'insolvabilité personnelle est exclue du champ d'application du règlement européen sur l'insolvabilité en ce qui concerne les procédures françaises).

La troisième partie est consacrée aux régimes d'insolvabilité judiciaire et administrative réservés aux banques et à leur impact sur les droits de sûreté, tandis que la quatrième partie se focalise sur l'harmonisation des lois sur l'insolvabilité au sein de l'Union européenne, à la lumière de la Proposition de Directive publiée le 22 novembre 2016. Pour faciliter les références, à la fin de l'ouvrage sont commodément inclus le règlement européen sur l'insolvabilité et le règlement d'exécution (UE) 2017/1105 de la Commission du 12 juin 2017 établissant les formulaires visés dans le règlement.

Cet ouvrage est indéniablement d'une très large portée, qui reflète l'expérience des auteurs, qui sont deux des praticiens français les plus renommés, ayant travaillé sur un grand nombre d'affaires européennes et internationales. L'un des grands points forts de l'ouvrage est l'analyse approfondie

de plusieurs affaires nationales et européennes, facilitant la compréhension du sujet. En bref, tous les chapitres sont le produit de l'analyse d'experts et les lecteurs (praticiens et chercheurs) pourront ajouter ce très précieux ouvrage à leur bibliothèque d'ouvrages incontournables sur l'insolvabilité.

Myriam Mailly, coresponsable technique d'INSOL Europe

Bonnes pratiques de la restructuration européenne

Lorenzo Stanghellini, Riz Mokal, Christoph Paulus et Ignacio Tirado
(2018, Wolters Kluwer/CEDAM, Milan), XX et 280 pages, 32 euros, ISBN 9788813370961

Ce texte est le résultat d'une étude empirique sur le droit et la pratique dans quatre grands pays européens (Allemagne, Espagne, Italie et Royaume-Uni), menée par une équipe composée de certains des chercheurs les plus éminents d'Europe, avec le soutien financier de la Commission européenne. Publié à la suite d'une manifestation de lancement organisée à Bruxelles en juillet 2018, cet ouvrage s'adresse aux législateurs, aux décideurs politiques et aux parties prenantes. Il s'efforce de définir le rôle que jouent les bonnes pratiques et les conseils dans la conception des futures procédures de restructuration et d'insolvabilité, qu'elles soient formelles ou informelles / consensuelles. Ainsi, tout naturellement, un ensemble de lignes directrices et de recommandations politiques tirées de la recherche sont incluses dans les annexes figurant à la fin de l'ouvrage.

Les conclusions de cet ouvrage d'une grande précision sont regroupées en huit chapitres. Le thème des micro, petites et moyennes entreprises est sans conteste un sujet d'actualité de la littérature moderne du droit de l'insolvabilité, et cet ouvrage l'aborde également dans son dernier chapitre. Celui-ci est toutefois précédé de chapitres consacrés à la compréhension et à l'identification de la « crise » annonciatrice d'un besoin d'intervention, aux questions d'équité entre parties prenantes, aux objectifs et à la structure du plan de restructuration, au rôle des professionnels dans la préparation des plans, ainsi que de trois chapitres présentant la négociation, l'examen et la mise en œuvre des plans. Dans l'ensemble, l'ouvrage est bien structuré et facilement accessible. Les auteurs se sont également attachés à résumer leurs constatations sans négliger l'aspect analytique. De ce fait, cet ouvrage trouvera sa place dans toutes les bibliothèques spécialisées dans le domaine de l'insolvabilité.

Paul J. Omar, Coordinateur des recherches techniques

La financialisation du citoyen : Inclusion sociale et financière par le biais du droit privé européen

Guido Comparato (2018, Hart Publishing, Oxford),
232 pages, 70 GBP, ISBN 9781509919222

Cet ouvrage cherche à savoir si les règles et principes établis du droit privé dans l'Union européenne et ses États membres permettent encore de réaliser les objectifs politiques d'inclusion

sociale et financière des citoyens dans le contexte de leur financiarisation (c'est-à-dire de l'importance croissante des services financiers de détail à des fins de bien-être économique et de participation sociale). Quatre aspects sont abordés : l'accès à un compte bancaire de base, l'accès au crédit abordable, le problème du surendettement des ménages et la promotion de l'éducation financière. En combinant des perspectives du domaine de l'économie politique à des analyses des documents politiques de l'UE et des règles juridiques provenant de l'UE et des États membres, l'auteur avance que les notions traditionnelles de droit privé, telles que l'autonomie ou la liberté contractuelle, sont insuffisantes pour faire face à la « financiarisation du citoyen ». En effet, les nouvelles pratiques financières telles que la titrisation ont déplacé les conséquences de la prise de risques financiers et du défaut de paiement bien au-delà de la relation initiale entre débiteur et créancier, et ont ainsi donné naissance à de nouveaux risques (« systémiques ») d'instabilité financière.

Cette étude, qui a été réalisée dans le cadre d'un projet de recherche sur le droit privé réglementaire en Europe dirigé par le Pr Hans-W. Micklitz (université de Bamberg), est une excellente présentation du traitement de l'inclusion sociale et financière dans le droit privé européen. Elle inspirera certainement d'autres recherches et s'adresse surtout aux chercheurs et décideurs politiques travaillant dans le domaine du droit privé, de la réglementation financière et de la politique sociale, mais elle devrait également intéresser les praticiens.

Jan-Ocko Heuer, maître de conférences, université de Brême, Allemagne

69

X x x
x

Conférence 2019 du Comité des Pays de l'Europe orientale

6 et 7 juin, Ljubljana (Slovénie)

Parrain principal de la Conférence

www.bdo.de/restructuring

Avec le concours de

ZUS - www.zbornica-upraviteljev.si

Parrains de la Conférence

NetBid AG - www.netbid.com

Schiebe und Collegen - www.schiebe.de

bnt attorneys in CEE - www.bnt.eu

Troostwijk - www.troostwijkauctions.com

Nous remercions les partenaires de la Conférence

AIJA - www.aija.org

Si vous souhaitez parrainer cette conférence, veuillez contacter Hannah Denney :

hannahdenney@insol-europe.org

Le prix « Richard Turton »

Parrainé par

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

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

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

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

Les candidats sont invités à écrire - avec leur CV – à l'adresse ci après, une lettre d'environ 200 mots pour expliquer pour quoi ils se considèrent qualifiés à recevoir ce prix, et ceci avant le **28 Juin 2019**. Ils sont également censés donner le titre du papier qu'ils soumettront à la commission accompagné d'un bref synopsis.. La décision sera prise par un panel représentant les quatre organisations au plus tard le **31 Juillet 2019**, pour permettre au candidat retenu de programmer sa participation au Congrès annuel d'INSOL Europe.

Le candidat retenu bénéficiera :

- d'une inscription gratuite au congrès annuel d'INSOL Europe, qui se tiendra en 2019 à **Copenhague (Danemark) du 26 au 29 Septembre** ; ses frais de voyage, de logement et de nourriture seront pris en charge pour toute la durée du congrès ;
- en retour, le candidat devra écrire un article d'environ 3 000 mots sur le droit et/ou la pratique de l'insolvabilité ou réorganisation avec l'accord de la commission. Cet article pourra être publié dans la revue des quatre organisations marraines sous une forme réduite ; il sera également affiché intégralement sur leurs sites web.
- le candidat gagnant sera félicité lors du congrès et recevra un certificat encadré, correspondant à son prix.

Etes-vous intéressé ?

Envoyez votre lettre d'environ 200 mots **avant le 28 Juin**, expliquant pour quoi vous vous considérez qualifié à bénéficier de la possibilité d'être présent au Congrès annuel d'INSOL Europe en tant que gagnant du prix Richard Turton. Envoyez votre CV, la lettre et le titre du papier proposé, ainsi qu'un bref synopsis à l'adresse suivante :

Richard Turton Award

c/o INSOL International , 6-7 Queen Street, London EC4N 1SP , Royaume Uni

e-mail : jelena@insol.ision.co.uk

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

Décision du Jury : aux environs du 3 août 2019

Dates pour votre calendrier

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

2019

- 6 & 7 Juin** Conférence du Comité des Pays de l'Europe Orientale (EECC) *Ljubljana, Slovenie*
- 13-15 Juin** Conférence conjointe AIJA – INSOL Europe *Majorque, Espagne*
- 25 & 26 Septembre** Conférence annuelle du Forum Universitaire *Copenhague, Danemark*
- 26 - 29 Septembre** INSOL Europe – Congrès annuel *Copenhague/Danemark*

2020

- 30 Septembre & 1^{er} octobre** Conférence Annuelle du Forum Universitaire *Sorrento/Italie*
- 1 – 4 Octobre** INSOL Europe – Congrès annuel *Sorrento/Italie*

2021

- 6 & 7 Octobre** Conférence annuelle du Forum Universitaire *Dublin, Irlande*
- 7- 10 Octobre** INSOL Europe – Congrès annuel *Dublin, Irlande*

71

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.

Pour la France, Florica Sincu : floricasincu@insol-europe.org

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