

# e u r o f e n i x

---

La revue d'INSOL Europe

Automne 2012



**INSOL EUROPE :**

## **Centre de l'industrie du Redressement**

***Portugal : Amendements à loi sur l'insolvabilité***

*Beaucoup de bruit pour rien ?*

***Luxembourg : L'échange de dettes contre des participations***

*Panacée en matière de restructuration ?*

***Espagne : Les PME à la croisée des chemins***

*Où aller maintenant ?*

***Suède : Les leçons tirées de Saab***

*Difficultés et solutions*

Numéro 50 € 30  
N°ISSN 1752-5187

## Contacts Insol Europe

### Adresse postale :

**INSOL Europe**  
PO Box 7149  
Clifton  
Nottingham NG11 6WD  
Royaume Uni

### Renseignements :

**Caroline Taylor, Directeur Administratif**  
Tél./Fax : +44 115 878 0584  
E-mail : [carolinetaylor@insol-europe.org](mailto:carolinetaylor@insol-europe.org)

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

### Comité exécutif :

**Secrétaire général** : Marc Udink  
([mcudink@insol-europe.org](mailto:mcudink@insol-europe.org))

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

**Président adjoint** : Daniel Staehelin  
([daniel.staehelin@kellerhals.ch](mailto:daniel.staehelin@kellerhals.ch))

**Vice-président** : Catherine Ottaway  
([catherine.ottaway@hocheavocats.com](mailto:catherine.ottaway@hocheavocats.com))

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

**Directeur administratif** : Caroline Taylor  
([caroline@insoleurope.co.uk](mailto:caroline@insoleurope.co.uk))

### Présidents des comités d'INSOL Europe

#### Validation des adhésions:

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

#### Comité technique du congrès de Bruxelles, 2012:

Steffen Koch ([steffen.koch@hww.eu](mailto:steffen.koch@hww.eu))

Glen Flannery ([g.flannery@nabarro.com](mailto:g.flannery@nabarro.com))

**Directeur du site** : Chris Laughton

([chrislaughton@mercerhole.co.uk](mailto:chrislaughton@mercerhole.co.uk))

#### Parrainages :

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

Ottmar Hermann ([Hermann@hermann-law.com](mailto:Hermann@hermann-law.com))

**INSOL International** : Michael Tierhoff

([michael.thierhoff@thierhoffilly.com](mailto:michael.thierhoff@thierhoffilly.com))

**Comité constitutif** : Catherine Ottaway

([catherine.ottaway@hocheavocats.com](mailto:catherine.ottaway@hocheavocats.com))

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

Marc André ([mandrelaw@aol.com](mailto:mandrelaw@aol.com)),

Carlos Mack ([cmack@mackpartners.eu](mailto:cmack@mackpartners.eu))

**Suivi du règlement européen** :

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

**Suivi des politiques européennes** :

Marc Udink ([mcudink@insol-europe.org](mailto:mcudink@insol-europe.org))

Neil Cooper ([ncooper@zolfocooper.eu](mailto:ncooper@zolfocooper.eu))

**Registre central** : Chris Laughton

([chrislaughton@mercerhole.co.uk](mailto:chrislaughton@mercerhole.co.uk))

#### Forum Universitaire :

Professeur Stefania Bariatti

([stefania.bariatti@chiomenti.net](mailto:stefania.bariatti@chiomenti.net))

Dr. Paul Omar ([paulo@sussex.ac.uk](mailto:paulo@sussex.ac.uk))

**Glossaires** : Marc Udink ([mcudink@insol-europe.org](mailto:mcudink@insol-europe.org))

**Recherches européennes** : Neil Cooper  
[ncooper@zolfocooper.eu](mailto:ncooper@zolfocooper.eu))

#### Branche judiciaire :

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

Michael Thierhoff

([michael.thierhoff@thierhoffilly.com](mailto:michael.thierhoff@thierhoffilly.com))

#### Branche Redressement :

Steffen Kock ([steffen.kock@hww-kanzlei.de](mailto:steffen.kock@hww-kanzlei.de))

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

#### Groupe de Prêteurs :

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

#### Groupe de travail sur REI :

Robert van Galen

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

## S O M M A I R E

5	La lettre des co-rédacteurs en chef
6	La lettre du Secrétaire Général
9	La lettre du Président
10	Rubrique technique
13	Actualités et événements – Nouveau projet d’INSOL Europe avec l’Université de Leyde
15	Le Prix « Richard Turton » 2012
16	Insolvabilité : Portugal (par Catarina Serra)
20	Insolvabilité : Luxembourg (par Martine Gerber-Lemaire)
24	Insolvabilité : Suède (par Guy Lofalk et Pontus Nylander)
26	Insolvabilité : France (par Catherine Ottaway et Georges-Louis Harang)
29	Insolvabilité : Chypre (par Panayiota Georgiou)
32	Insolvabilité : Espagne (par Alberto Alvarez)
35	Insolvabilité : Etats-Unis (par David Conaway)
39	Insolvabilité : Réforme du Droit – REI /Loi Type de la CNUDCI (par Paul Omar)
42	Insolvabilité : Danemark (par Dennis Højslet)
46	Insolvabilité : Restructuration de dette (par Ronan McNabb)
49	Actualités par pays : Lettonie, Italie, Serbie, Espagne
55	Dates pour votre calendrier

3

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

<p><b>Contacts :</b></p> <p><b>Co-Rédacteurs en chef :</b>  <b>Guy Lofalk</b> ,  Lofalk Advokatbyrå AB (Stockholm)  <b>Annerose Tashiro</b>, Schultze &amp; Braun  (Achern)</p> <p><b>Comité exécutif de rédaction :</b>  Guy Lofalk, <a href="mailto:guy.lofalk@lofalk.se">guy.lofalk@lofalk.se</a>  Paul Newson,  <a href="mailto:paulnewson@pndesign.co.uk">paulnewson@pndesign.co.uk</a>  Giulia Pusterla,  <a href="mailto:giulia@giuliapusterla.it">giulia@giuliapusterla.it</a>  Florica Sincu, <a href="mailto:floricasinu@insol-europe.org">floricasinu@insol-europe.org</a>  Annerose Tashiro,  <a href="mailto:atashiro@schubra.de">atashiro@schubra.de</a>  Louise Verrill,  <a href="mailto:lverrill@brownrudnick.com">lverrill@brownrudnick.com</a></p> <p><b>Comité de rédaction :</b>  Agustin Bou, <a href="mailto:abou@jausaslegal.com">abou@jausaslegal.com</a>  Harald Bußhardt,  <a href="mailto:hbusshardt@schubra.de">hbusshardt@schubra.de</a>  Giorgio Cherubini,  <a href="mailto:giorgio.cherubini@studiopirola.com">giorgio.cherubini@studiopirola.com</a>  m  David Conaway, <a href="mailto:dconaway@slk-law.com">dconaway@slk-law.com</a>  Laszlo Csia, <a href="mailto:csia@csabaholding.hu">csia@csabaholding.hu</a>  Elizabeth Elliott,  <a href="mailto:elizabeth.elliott@deltonwildesapte.com">elizabeth.elliott@deltonwildesapte.com</a>  Siv Sandvik,  <a href="mailto:siv.sandvik@dlapiper.com">siv.sandvik@dlapiper.com</a>  Ana-Irina Sarcane,  <a href="mailto:irina.sarcane@ro.pwc.com">irina.sarcane@ro.pwc.com</a>  Caroline Taylor,  <a href="mailto:carolinetaylor@insol-europe.org">carolinetaylor@insol-europe.org</a>  Michael Tierhoff,  <a href="mailto:michael.tierhoff@thierhoffilly.com">michael.tierhoff@thierhoffilly.com</a>  m  Artur Trapitsyn,  <a href="mailto:trapitsyn@soautpprf.ru">trapitsyn@soautpprf.ru</a>  Jesper Trommer Volf,  <a href="mailto:jesper.tommer.volf@accura.dk">jesper.tommer.volf@accura.dk</a>  Jean-Luc Vallens, <a href="mailto:jlvallens@yahoo.fr">jlvallens@yahoo.fr</a>  Signe Viimsalu,  <a href="mailto:signe.viimsalu@gmail.com">signe.viimsalu@gmail.com</a>  Louise Webb,  <a href="mailto:louise.webb@bakermckenzie.com">louise.webb@bakermckenzie.com</a></p>	<p><b>eurofenix</b> est publié par <b>PNDesign</b> pour le compte d'INSOL Europe.</p> <p>Toute correspondance, y compris toute proposition d'article, doit être adressée à :  Paul Newson -  PNDesign, Barton House,  61 High Road, Chilwell  Nottingham NG9 4AJ  (Royaume Uni)  Tél. : +44 115 922 0017  E-mail : <a href="mailto:info@pndesign.net">info@pndesign.net</a>  Site : <a href="http://www.pndesign.net">www.pndesign.net</a></p> <p><b>eurofenix français</b>  Parrainé par CNAJMJ –  France  Editeur/Renseignements/  Proposition d'article :  <b>Florica Sincu</b>  <a href="mailto:floricasinu@insol-europe.org">floricasinu@insol-europe.org</a></p> <p>Traduction : <b>Gabrielle Allemand</b>  (<a href="mailto:gamtrad@free.fr">gamtrad@free.fr</a>)</p> <p><b>Imprimeur : MRP Print</b>  <a href="mailto:eurofenix@mrp.uk.com">eurofenix@mrp.uk.com</a></p> <p><b>Publicité et ventes :</b>  <b>Edward Taylor - MRP Print</b>  <a href="mailto:eurofenix@mrp.uk.com">eurofenix@mrp.uk.com</a>  Jubilee House, Nottingham  Road, Basford, Nottingham  NG7 7BT  Royaume Uni  Tél. +44 115 955 1000</p>	<p>Le <b>futur numéro</b> sera publié en janvier 2013</p> <p>Date limite articles à obtenir en écrivant à Paul Newson :  <a href="mailto:paulnewson@pndesign.co.uk">paulnewson@pndesign.co.uk</a></p> <p><b>Copyright :</b>  INSOL Europe 2012</p> <p>Aucun extrait de la présente lettre d'information ne pourra être reproduit ou transféré, sous quelque forme et par quelque biais que ce soit, sans l'accord préalable d'INSOL Europe</p> <p><b>Images :</b>  Copyright :  @iStockphoto.com ou  @Fotolia.com (s'il n'y a pas une autre mention)</p>	<p><b>Avertissement :</b></p> <p>La présence d'une erreur ou omission dans les articles publiés n'engagera nullement la responsabilité, à <b>quelque titre que ce soit</b>, de la rédaction, la production, ou du comité exécutif d'INSOL Europe.</p> <p><b>Les opinions exprimées dans les articles publiés dans la présente revue 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.</b></p>
--	---	--	---

**Bienvenue :**  
**La lettre des co-rédacteurs-en-chef**

## **La boucle est bouclée**

Chers lecteurs,

Juste au cas où vous ne l'auriez pas remarqué : nous vivons à une époque passionnante ! Mais qu'y a-t-il de si passionnant en ce moment, me direz-vous... enfin, au moins pour les juristes ?

Notre époque est palpitante, parce qu'il est très facile de suivre tous les aspects du processus législatif. Nous vivons dans un monde intense, si ce n'est sous tension, où les marchés financiers sont fragilisés. Les protagonistes du monde entier observent les politiciens, qu'ils essaient d'orienter et de diriger. Les politiciens, pour leur part, subissent la pression de l'économie mondiale et doivent ingurgiter des milliers d'études et d'expertises sur les éventuelles répercussions de leurs actes.

Viennent s'y ajouter les électeurs et les médias, qui sont une grande source de préoccupation. Les politiciens se transforment en législateurs et élaborent des lois qui sont censées résoudre tous les problèmes. En conséquence, les lois sont modifiées, comme par exemple au Portugal, où l'on ne fait que critiquer les entreprises insolubles sans leur laisser la moindre chance de salut.

En France, les décideurs politiques créent une nouvelle procédure de prévention de l'insolvabilité et un ministère pour protéger les industries françaises défaillantes. Parallèlement, le gouvernement allemand prend entièrement en charge la zone euro en difficulté et adopte une loi qui impose à l'Allemagne de sauver quasiment tout le monde sans la moindre restriction.

La Cour constitutionnelle allemande finit par entrer en jeu, et déclare que la sauvegarde des autres pays de la zone euro grâce au mécanisme européen de stabilité (MES) est acceptable en soi, mais que le *Bundestag* devrait être consulté pour les tranches futures, mettant ainsi fin à une ère de « poches bien pleines ». Pourtant, les marchés financiers et les indices boursiers montent en flèche alors que la Cour a appelé à une restriction. Qu'est-ce qui est apparu en premier, l'œuf ou la poule ?

Annerose Tashiro

## La lettre du Secrétaire Général

# Bruxelles : le CIP d'INSOL Europe

*Marc Udink\* nous rend compte des récentes activités d'INSOL Europe et de ses membres*

Nous avons souvent écrit au sujet de notre mission à Bruxelles. Pour INSOL Europe, l'UE et Bruxelles revêtent une importance capitale. Au cours de la dernière décennie, nous avons construit notre position et avons pu le faire parce que nous sommes la seule organisation indépendante (y compris financièrement) véritablement paneuropéenne qui existe. Nous ne sommes pas et ne serons jamais un groupe de pression. Nous représentons tous ceux qui sont au centre du secteur de la restructuration, qui sauvent des emplois et des activités commerciales. Notre objectif est d'optimiser le système et de garantir la vitalité du monde des affaires. Nos membres sont actifs dans toute l'Europe et sont impliqués dans quasiment tous les problèmes financiers auxquels l'Europe est confrontée.

### Révision du règlement, Londres, Leipzig

C'est la raison pour laquelle INSOL Europe est particulièrement fière des travaux que Robert van Galen et son équipe ont effectués sur la révision du règlement européen sur l'insolvabilité (REI). Leur rapport a été remis à l'UE il y a quelques mois. Au cours de notre séminaire à Leipzig en septembre, INSOL Europe a organisé une réunion de haut niveau pour présenter ces travaux devant une nombreuse assistance. INSOL Europe a par ailleurs organisé un débat animé sur ce rapport en août, à la Cour suprême de Londres, en présence de praticiens britanniques de renom. Chaque membre d'INSOL Europe a droit à un exemplaire imprimé de ce rapport, qui peut être demandé gratuitement sur notre site web. Comme vous le savez sans doute tous, l'UE a demandé à deux grandes universités (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg et Universität Wien) de procéder à un examen du REI pour le compte de l'UE. Nous sommes fiers de savoir que notre travail remportera certainement l'attention qu'il mérite au cours de cet examen.

### Toucher nos membres

INSOL Europe s'efforce de rendre ses connaissances et son expérience plus visibles pour ses membres. C'est la raison pour laquelle nous avons lancé un compte **@INSOLEurope** sur Twitter le 10 septembre dernier. Il présente des extraits d'articles tirés de la presse européenne, les événements organisés par INSOL Europe, ainsi que les commentaires et opinions de ses membres. Nous aimerions accroître notre présence sur Twitter ; c'est pourquoi nous invitons nos membres à nous suivre et à nous envoyer leurs suggestions en matière de contenu et de comptes à suivre.

Nous établissons également une base de données de contacts presse en Europe. Nous avons besoin en urgence de suggestions de contacts issus de la presse professionnelle et nationale (noms

et adresses électroniques) de votre pays, que vous pouvez envoyer à Caroline Horsford ([carolinehorsford@insoleurope.org](mailto:carolinehorsford@insoleurope.org)) chez INSOL Europe. Vous avez déjà entendu parler de notre registre d'affaires fondées sur le règlement européen sur l'insolvabilité, [www.insolvencycases.eu](http://www.insolvencycases.eu), qui compte désormais plus de 220 extraits de qualité en ligne, et qui s'enrichit régulièrement. Il vous permet de trouver rapidement les décisions concernant le REI. À mon avis, aucun praticien de l'insolvabilité ne peut se passer de cet outil. Le Comité exécutif d'INSOL Europe travaille également à des accords de promotion conjointe avec, entre autres, le groupe Financial Times, Distressed Debt, Sweet & Maxwell (Thomson Reuters) et Brussels Airlines. Grâce à eux, la visibilité de notre organisation augmentera et dépassera notre propre secteur.

Nous vous avons également présenté « Inside Story », la nouvelle rubrique de notre lettre d'informations électronique lancée en septembre. Les membres sont invités à rédiger un bref rapport sur une affaire en cours qu'ils souhaiteraient partager. Le but de cette rubrique est de vous tenir informés de ce qui se passe autour de vous. Nous vous faisons connaître de l'intérieur l'affaire de l'insolvabilité Nurburgring Race Track et d'autres encore. Les praticiens de l'insolvabilité impliqués dans ce type d'affaires sont quasiment tous liés personnellement à INSOL Europe.

### **Congrès de Bruxelles : un rendez-vous à ne pas manquer**

À mon avis, nous sommes sur le point d'assister à l'un de nos congrès les plus importants de notre histoire et je suis fermement convaincu que vous devez à tout prix y assister. Il est toujours possible de s'inscrire à la dernière minute, et la ville abrite de nombreux hôtels proches de celui où se tiendra le congrès. Nous entrons dans l'antichambre du pouvoir, de l'influence. Là où les choses se décident au niveau européen, en lien direct avec nos vies professionnelles.

Nous organisons également une longue liste de réunions parallèles, telles que la conférence du Forum universitaire, la réunion de la Branche Redressement, celle du Groupe de prêteurs, du comité de rédaction d'*euromagazine*, celles du Conseil et du Comité exécutif, de la Branche judiciaire, sans oublier notre assemblée générale, où seront annoncés les noms des nouveaux membres du Conseil. Je réserve une mention spéciale pour les co-présidents techniques du congrès principal de Bruxelles : Steffen Koch et Glen Flannery. Tous les délégués présents à Bruxelles recevront gratuitement l'ouvrage cosigné avec l'université de Nimègue, intitulé « Ouverture de la procédure d'insolvabilité ». Il a été publié spécialement pour la conférence de Bruxelles par Oxford University Press et contient énormément d'informations utiles. Au cours de notre rencontre à Bruxelles, nous lancerons également une nouvelle initiative : la Branche détournement d'actif. Les inscriptions à cette manifestation ont déjà dépassé toutes nos attentes. Nous serons probablement amenés à limiter le nombre de participants.

### **Europe centrale et orientale**

Comme vous le savez, nous sommes ambitieux dès qu'il s'agit de notre initiative EECC. Ces dernières années, les travaux de ce groupe ont pris beaucoup d'ampleur. Jusqu'à présent, ils étaient effectués par notre propre bureau, sous la conduite de nos anciens présidents, Marc André et Carlos Mack, qui font un magnifique travail. J'ai le sentiment que nous devons aller plus loin et étendre la structure de direction de l'EECC et commencer à mettre en place plus fréquemment

de petits séminaires d'une journée. Organisés par les membres locaux, ils devront atteindre l'équilibre financier. Ceci permettra à davantage de partenaires locaux et régionaux d'y participer et donnera naissance à une plateforme qui profitera à tous à des niveaux plus locaux. Bien entendu, nos autres branches, telles que la Branche judiciaire et le Forum universitaire, y participeront autant que possible, ce qui garantira la qualité des contenus proposés. Cette initiative est conforme à ce qu'attend l'UE : s'assurer que les pratiques de référence sont présentes à chaque instant de la vie économique. Nous invitons nos membres des régions de l'EECC à se présenter au Comité exécutif s'ils souhaitent participer à cette nouvelle mission régionale.

### **Aller de l'avant**

Il y a de nombreuses années, nous avons essayé de nous représenter ce qui nous attendait. Rétrospectivement, c'est ce que nous avons fait et continuons de faire. Début 2000, nous ne pouvions pas prédire la catastrophe du 11 septembre. Nous ne savions pas ce qui nous attendait. Que l'on se tourne vers le passé ou l'avenir, je suis persuadé que nous suivons la bonne voie et que nous remplissons notre mission. De nombreuses personnes nous ont aidés et continuent de le faire. Nos membres indirects sont très nombreux. Nous sommes désormais présents partout en Europe et dans tous les secteurs d'activité. Politiciens, décideurs, juges, universitaires, banquiers, etc. s'intéressent tous à l'opinion d'INSOL Europe et à l'expérience de ses membres. Nous avançons pas à pas, mais rapidement. Une organisation internationale et multidisciplinaire comme la nôtre prouve qu'elle peut faire la différence. Notre organisation doit beaucoup à de nombreuses personnes et seules quelques-unes d'entre elles ont le privilège de diriger ce processus. Je suis extrêmement fier et reconnaissant d'avoir cet honneur. Et vous devez être vous aussi reconnaissants de ce que représente INSOL Europe. Je suis impatient de tous vous accueillir à Bruxelles dans quelques semaines.

*\*Marc Udink est le Secrétaire général d'INSOL Europe*

X X X

X



## La lettre du Président

# Après 2012 : Impliquez-vous !

*Jim Luby\* nous fait ses adieux de Président*

Quelqu'un m'a demandé ce que j'avais préféré au cours de mon mandat de Président. Pour moi, l'interaction avec nos membres en a été l'aspect le plus appréciable. Que ce soit lors de nos conférences et séminaires, en travaillant avec les groupes d'intérêt élargis sur les propositions de révision du REI ou avec les nombreux groupes et branches d'INSOL Europe, j'ai été fortement impressionné par la mine de talents et d'expériences que l'on trouve au sein de notre organisation.

L'enthousiasme de nos jeunes membres est particulièrement encourageant. Nous avons besoin qu'ils s'impliquent davantage, ainsi que le reste de nos membres. Comme n'importe quelle autre organisation, INSOL Europe peut ne dépendre que d'un petit nombre de piliers de longue date. Nous devons faire évoluer cette situation. Chers collègues, vous devez vous impliquer !

Bruxelles est le bon endroit pour commencer. Outre le congrès principal, il y aura des réunions de la Branche Redressement, du Comité pour les Pays de l'Europe Orientale (l'EECC), du Groupe de prêteurs, de l'initiative sur les pratiques de référence, du Forum universitaire et de la Branche judiciaire, ainsi que de notre tout jeune groupe sur le détournement d'actif. Inscrivez-vous vite : cette expérience et les nouvelles possibilités qu'elle présente vous seront bénéfiques.

Au moment où j'écris ces lignes, nous sommes déjà plus de 350 délégués inscrits pour Bruxelles. Tout le monde trouvera son compte dans le programme technique. Cette année, nous avons essayé de ramener dans nos filets de nouveaux participants et intervenants pour le Comité technique : ils apporteront avec eux des idées fraîches et une énergie nouvelle. Leur liste est impressionnante : elle va du Secrétaire général de la Commission européenne à l'administrateur de Saab, en passant par de nombreuses autres personnalités.

Les propositions que nous avons faites pour la révision du REI ont désormais été débattues et précisées, au sein de notre organisation et ailleurs : à Bruxelles, à la Cour suprême de Londres, et plus récemment à l'université de Leipzig. À l'institut Ernst Jaeger de Leipzig, une réunion au sommet d'universitaires et de praticiens renommés nous a apporté des commentaires et opinions intéressants. Les actes de cette réunion seront présentés aux représentants de la CE pour les aider dans leurs délibérations.

INSOL Europe est fière que ses membres soient si nombreux à aider les universités de Heidelberg et de Vienne à élaborer le rapport qui leur a été commandé par la CE. Certains de nos membres font partie du groupe d'experts de la CE. C'est l'apogée des longues années d'expérience d'INSOL Europe dans le domaine de la restructuration transfrontalière.

J'ai eu l'immense privilège d'être votre président et continuerai de siéger au sein de votre Conseil et de votre Comité exécutif, qui font un énorme travail.

J'ai eu un grand plaisir à travailler avec notre Secrétaire général, Marc Udink, ainsi qu'avec Caroline Taylor et le Secrétariat d'INSOL Europe. Nos communications du lundi matin me manqueront !

Notre organisation est en forme. Mon brillant successeur, Daniel Staehelin, du cabinet Kellerhals (Bâle, Suisse), est prêt à la conduire jusqu'à la prochaine étape.

Profitez bien de la conférence de Bruxelles. Et impliquez-vous !

*Slán go fóill : à bientôt !*

*\*Jim Luby est le Président d'INSOL Europe*

X X X  
X

## Rubrique technique

### Compte-rendu technique

10

## Automne 2012

*Les coresponsables techniques\* d'INSOL Europe rendent compte de leurs récents travaux  
Vous pouvez les contacter à l'adresse [technical@insol-europe.org](mailto:technical@insol-europe.org)*

### Nouveautés sur le site d'INSOL Europe — Contenu technique

#### *Révision du règlement européen sur l'insolvabilité : propositions d'INSOL Europe*

Nous avons le plaisir d'informer les membres d'INSOL Europe que le livret intitulé « Révision du règlement européen sur l'insolvabilité : propositions d'INSOL Europe » a été mis en ligne à l'adresse <http://www.insol-europe.org/technical-content/revision-ofthe-european-insolvency-regulation-proposals-by-insol-europe/>.

#### *Glossaires de l'insolvabilité – Appel à contributions*

Les glossaires de quinze pays — Allemagne, Chypre, Espagne, France, Gibraltar, Italie, Jersey – îles Anglo-Normandes, Lettonie, Luxembourg, Pays-Bas, Portugal (mis à jour en juillet 2012 par Catarina Serra, université de Minho), Royaume-Uni, Serbie, Suède, Suisse — sont disponibles sur le site d'INSOL Europe, à l'adresse <http://www.insol-europe.org/technical-content/glossaries/>.

Suite à l'appel à assistance que nous avons lancé dans la Rubrique technique des numéros précédents d'*eurofenix*, nous attendons prochainement quatorze nouvelles contributions (Allemagne (mise à jour), Autriche, Belgique, Danemark, Estonie, Finlande, Grèce, Hongrie, Irlande, Lituanie, Pologne, République tchèque, Roumanie, Slovaquie).

Si vous souhaitez contribuer pour les pays manquants de l'Union européenne (Bulgarie, Malte et Slovénie) ou pour d'autres pays, veuillez nous contacter : nous vous enverrons les modèles correspondants.

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

Des documents pertinents ont été publiés pour la France, la Belgique et l'Espagne dans le dossier « Nouvelles lois sur l'insolvabilité » de la rubrique « Technical Content » du site web d'INSOL Europe, à l'adresse <http://www.insol-europe.org/technical-content/updated-insolvency-laws/updated-insolvency-laws/>.

Veuillez noter que des informations concernant le droit allemand de l'insolvabilité ont été ajoutées à l'adresse <http://www.insol-europe.org/technical-content/updated-insolvency-laws/germany/>.

Nous sommes très reconnaissantes à Patrick Ehret (Schultze & Braun RA GmbH) d'avoir mis ces nouveaux textes à la disposition de tous les membres d'INSOL Europe.

Nous serions également reconnaissantes si les membres d'INSOL Europe pouvaient nous fournir davantage de nouvelles lois sur l'insolvabilité. Nous vous remercions d'avance de votre aide.

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

Une nouvelle sous-rubrique intitulée « Comment devenir praticien de l'insolvabilité en Europe » est désormais disponible dans la rubrique « Technical Content » du site d'INSOL Europe, que vous pouvez consulter à l'adresse <http://www.insol-europe.org/technical-content/how-to-become-an-insolvency-practitioner-across-europe/>.

Douze pays sont couverts : Allemagne, Autriche, Estonie, Finlande, France, Hongrie, Lettonie, Pologne, Roumanie, Royaume-Uni, Russie et Slovénie. Ces publications sont des extraits d'anciens numéros d'*eurofenix*.

Nous avons le plaisir de vous informer qu'Edvīns Draba, du cabinet Bunkus (Riga) nous fournira bientôt une mise à jour sur la profession en Lettonie.

Nous invitons tous les membres d'INSOL Europe à nous aider à couvrir tous les pays d'Europe ou à mettre à jour les informations publiées.

### **Toujours disponibles sur le site web d'INSOL Europe**

***Articles 21 et 22 du règlement européen sur l'insolvabilité***

Les articles 21 et 22 du règlement européen sur l'insolvabilité (REI) traitent des modalités de publication et d'inscription dans un registre public au sein des États membres.

Ces modalités, et le caractère obligatoire de ces publication et inscription, sont mal connus dans les autres pays.

En particulier, il n'existe aucun ouvrage de référence coordonné centralement qui permettrait aux praticiens de se renseigner sur les procédures en vigueur au sein des autres États membres.

Les modalités de publication et d'inscription dans un registre public des vingt-six États membres de l'Union européenne appliquant le REI (y compris l'Écosse) figurent désormais sur le site d'INSOL Europe, à l'adresse <http://www.insol-europe.org/technical-content/eir-articles-21-22/>.

### ***Statistiques nationales en matière d'insolvabilité – Appel à contributions***

De récentes statistiques sur l'insolvabilité provenant d'Allemagne, d'Espagne, de France, de Lettonie, du Luxembourg, du Royaume-Uni (Angleterre, Pays de Galles, Écosse et Irlande du Nord) et de Suède figurent désormais sur le site d'INSOL Europe à l'adresse <http://www.insol-europe.org/technical-content/national-insolvency-statistics/>.

Nous invitons les membres d'INSOL Europe à nous envoyer leurs statistiques nationales, ou à nous indiquer où les trouver. Nous vous remercions d'avance de votre aide.

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

Au 1<sup>er</sup> septembre 2012, 229 extraits (44 d'Allemagne, 14 d'Angleterre et du Pays de Galles, 10 d'Autriche, 14 de Belgique, 9 d'Espagne, 2 d'Estonie, 4 de Finlande, 40 de France, 2 de Grèce, 8 de Hongrie, 4 d'Irlande, 7 d'Italie, 14 du Luxembourg, 30 des Pays-Bas, 3 du Portugal, 2 de la République tchèque, 2 de Roumanie, 3 de Slovaquie, 1 de Slovénie, 9 de Suède, 7 de la Cour de justice de l'Union européenne) ont été publiés sur le site du registre d'INSOL Europe des affaires fondées sur le règlement européen sur l'insolvabilité, à l'adresse <http://www.insolvencycases.eu/>.

Le site du registre des affaires fondées sur le règlement sur l'insolvabilité est également accessible à partir de la page d'accueil du site d'INSOL Europe, à l'adresse <http://www.insol-europe.org/>.

De nouveaux extraits d'Angleterre et du Pays de Galles, d'Italie, de Lituanie, de Malte et des Pays-Bas seront disponibles prochainement.

Les membres d'INSOL Europe sont également informés du nombre d'extraits publiés et disponibles sur le site par le biais de la lettre d'information électronique d'INSOL Europe.

## Manifestations passées

### *Séminaire international conjoint INSOL Europe/Institut Ernst Jaeger sur l'insolvabilité, Leipzig, Allemagne*

Les diapositives du séminaire de Leipzig, qui a connu un grand succès, et celles du programme final sont désormais disponibles à l'adresse <http://www.insol-europe.org/events/2012-events/>.

## LinkedIn

Nous souhaitons rappeler encore une fois aux membres d'INSOL Europe l'existence de notre groupe INSOL Europe sur LinkedIn. Nous vous invitons vivement à vous y inscrire et à y lancer des discussions sur le thème de l'insolvabilité : [www.linkedin.com/](http://www.linkedin.com/).

## Assistance

Si vous avez des questions relatives à l'insolvabilité, n'hésitez pas à nous soumettre votre projet ou vos demandes, à l'adresse [technical@insol-europe.org](mailto:technical@insol-europe.org). Nous sommes enchantées d'aider la communauté INSOL Europe.

*\*Myriam MAILLY et Emmanuelle INACIO sont coresponsables techniques d'INSOL Europe*

X X X  
X

13

## Actualités et événements

# Principes européens de bonne conduite pour les mandataires de l'insolvabilité

*Nouveau projet de recherche INSOL Europe, en coopération avec l'université de Leyde*

L'université de Leyde (Pays-Bas) est fière d'annoncer qu'INSOL Europe lui a confié un projet de recherche visant à élaborer un cadre de bonnes pratiques éprouvé pour les mandataires européens de l'insolvabilité. Les chefs de projet sont Iris Wuisman (professeur de droit des sociétés) et Jan Adriaanse (professeur de gestion du redressement), tous deux rattachés à la faculté de droit de Leyde. Le professeur Bob Wessels assurera les fonctions de consultant pour le compte d'INSOL Europe et des rapporteurs de divers pays participeront au projet. Le groupe consultatif d'INSOL Europe pour ce projet sera dirigé par Patricia Godfrey (Royaume-Uni) et Martine Gerber (Luxembourg). Jessica Schmidt, de l'université d'Iéna (Allemagne), sera le rapporteur principal.

Dans le cadre d'un projet passionnant qui s'étalera sur deux ans et comportera notamment de la recherche documentaire, des analyses comparatives, des séances de discussion et des enquêtes, une équipe de projet internationale, constituée d'universitaires et de praticiens, établira une référence pour les mandataires de l'insolvabilité, les associations de praticiens de l'insolvabilité, les juges et d'autres autorités publiques de tous les États membres de l'UE, afin que les affaires de (pré-)insolvabilité soient conduites et administrées efficacement. Ces principes pourront servir à mettre en place et renforcer des règles professionnelles et déontologiques.

Dans un secteur commercial qui se mondialise, il est nécessaire d'étudier et d'élaborer des principes normalisés internationalement viables en matière de comportement professionnel des mandataires de l'insolvabilité. Ceci est en parfaite adéquation avec l'objectif visant à promouvoir une administration efficace des affaires d'insolvabilité, notamment la coopération dans les affaires d'insolvabilité internationales. Par ailleurs, dans une récente résolution, adoptée par le Parlement européen le 15 novembre 2011, il est suggéré que la Commission européenne prenne d'autres mesures législatives en matière d'harmonisation de certains aspects : (i) de l'ouverture des procédures d'insolvabilité ; (ii) de la production des créances ; et (iii) des actions en annulation. Cette résolution recommande également des mesures législatives en vue « d'harmoniser des aspects généraux concernant les exigences quant aux compétences et à la mission du syndic. » Elle indique entre autres que : « le syndic [mandataire de l'insolvabilité] doit avoir compétence et qualité pour évaluer la situation de l'entité du débiteur et pour prendre en charge les tâches de gestion de l'entreprise. » Le projet d'INSOL Europe vise à alimenter davantage le débat sur les normes de pratique professionnelle des mandataires de l'insolvabilité (expression qui désigne, sans que cette liste ne soit exhaustive, les liquidateurs, praticiens de l'insolvabilité, professionnels du redressement), le but étant d'*établir une norme*.

14

Ce projet sera concrétisé par un livre et un site web destinés au grand public, présentant des informations contextuelles sur le projet, sa pertinence et, bien entendu, les *Principes de bonne pratique européens pour les mandataires de l'insolvabilité*, accompagnés de notes explicatives.

L'équipe du projet a pris une longueur d'avance et tiendra les membres d'INSOL Europe régulièrement informés dans *eurofenix*. Nous invitons cordialement tous nos membres à participer à ce projet. Pour de plus amples renseignements, n'hésitez pas à contacter les responsables du projet, Jan Adriaanse ([j.a.adriaanse@law.leidenuniv.nl](mailto:j.a.adriaanse@law.leidenuniv.nl)) et Iris Wuisman ([i.s.wuisman@law.leidenuniv.nl](mailto:i.s.wuisman@law.leidenuniv.nl)).

## 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, d'Insol International, de l'*Insolvency Practitioners Association* et de R3, l'association des professionnels du redressement d'entreprises du Royaume-Uni. En reconnaissance de ses réalisations, ces quatre organisations ont créé un prix à sa mémoire. Chaque année, le Prix Richard Turton est attribué à un participant remplissant les conditions requises, lui permettant ainsi 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 2012 était ouvert aux candidats remplissant les conditions suivantes :

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

Les candidats ont été invités à envoyer une lettre de motivation d'environ 200 mots accompagnée de leur curriculum vitae pour qu'ils soient présentés à un jury représentant les quatre organisations, composé de Steven Adamson (INSOL Europe), Neil Cooper (Insol International), Patricia Godfrey (R3) et Maurice Moses (IPA). Cette année, le jury a reçu un nombre impressionnant de contributions, toutes de la plus grande qualité. Il lui a été très difficile de trancher, car tous les candidats étaient d'un niveau exceptionnel. Nous sommes ravis que ce prix suscite un tel enthousiasme auprès des plus jeunes membres de notre profession et sommes persuadés que Richard aurait été très content de voir se manifester un tel intérêt.

Le jury a le plaisir d'annoncer que le prix Richard Turton a été décerné cette année à **Edvīns Draba (Lettonie)**, collaborateur au sein du **cabinet Bunkus**. Diplômé de la faculté de droit de l'université de Lettonie, c'est un membre très actif de l'Association de professionnels certifiés de l'insolvabilité de Lettonie. Il a récemment écrit un article pour *eurofenix* et a contribué au glossaire letton de l'insolvabilité d'INSOL Europe.

En sa qualité de lauréat, Edvīns est invité au congrès annuel d'INSOL Europe, qui se tiendra cette année à Bruxelles (Belgique), du 11 au 14 octobre. Par ailleurs, il devra rédiger un article qui sera publié dans au moins l'une des revues des quatre organisations marraines sous forme de résumé, et en version intégrale sur leurs sites web. Nous tenons à féliciter Edvīns pour son excellente contribution, ainsi que tous les autres candidats inscrits cette année. Leur travail était de très bonne qualité et le jury a eu du mal à les départager.

## Insolvabilité / Portugal

# Amendements à la loi sur l'insolvabilité

*Catarina Serra\* s'interroge : « Beaucoup de bruit pour rien ? »*

Les récents amendements à la loi portugaise sur l'insolvabilité, qui sont entrés en vigueur en mai dernier, étaient impatientement attendus et ont été précédés de débats et spéculations du public<sup>1</sup>. Tout comme la loi allemande sur l'insolvabilité, la loi portugaise était dès le départ orientée sur la liquidation de entreprises et ne prévoyait aucune méthode facile de redressement. Il était largement reconnu qu'elle nécessitait une profonde révision, particulièrement en ce qui concernait le cadre des outils de restructuration.

Une disposition du protocole d'accord sur les conditions spécifiques à respecter en matière de politique économique (le « protocole d'accord de la Troïka »), publié et signé par le gouvernement portugais un an plus tôt (en mai 2011), a fourni le prétexte manquant pour procéder à cette réforme. Le protocole d'accord de la Troïka exigeait expressément que « [pour] mieux faciliter la sauvegarde effective des entreprises viables, la loi sur l'insolvabilité [soit] modifiée d'ici la fin novembre 2011 avec l'assistance technique du FMI, notamment afin d'introduire des procédures d'homologation judiciaire rapide des plans de restructuration. » Cette disposition a suscité de grandes espérances, mais les amendements effectifs se sont avérés assez décevants.

La loi portugaise sur l'insolvabilité a incontestablement été modernisée : le législateur a créé une nouvelle procédure pré-insolvabilité et a mis à jour la terminologie de la loi sur l'insolvabilité, la rendant plus compatible avec une culture de la sauvegarde. Pourtant, force est de constater que le cas de l'insolvabilité a été négligé : il est toujours aussi difficile pour une entreprise insolvable mais viable d'échapper à la liquidation.

En fin de compte, on pourrait dire que le gouvernement portugais n'a respecté les exigences de la Troïka que pour la forme. La question est de savoir si cela produira le moindre effet. En d'autres termes, il va sans dire que les amendements ne suffisent pas à atteindre l'objectif qui est de sauver les entreprises insolubles, mais on peut se demander s'ils parviendront à atteindre le moindre objectif.

Pour répondre à cette question, étudions ces amendements de plus près.

### **Réduction du délai de dépôt de la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité**

Le délai de dépôt de la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, qui était auparavant fixé à soixante jours à compter de la date à laquelle les dirigeants de l'entreprise avaient

<sup>1</sup> Voir Catarina Serra, « Le Portugal à la une : Y aura-t-il une nouvelle loi sur l'insolvabilité ? » (2011), 44, *eurofenix*, p. 27 ; « Portugal : Nouvelle loi sur l'insolvabilité » (2012), 47, *eurofenix*, p. 54.



connaissance (ou auraient dû avoir connaissance) de l'insolvabilité de l'entreprise, a été drastiquement réduit à trente jours. Compréhensible dans la mesure où la procédure d'insolvabilité devrait commencer dans les meilleurs délais, cette mesure ne frappe pas par sa pertinence, surtout si l'on tient compte du fait que, comme tout le monde le sait, l'économie portugaise traverse une grave crise et que de nombreuses entreprises sont insolvable (et le seront dans les prochaines années).

En premier lieu, la majorité des entreprises portugaises sont des petites et moyennes entreprises, qui ne tiennent pas de comptabilité organisée et éprouvent donc des difficultés à instaurer une rigueur lorsqu'elles deviennent insolvable. En outre, un délai de trente jours n'est manifestement pas suffisant pour permettre aux dirigeants de trouver des moyens d'éviter la liquidation, et encore moins de négocier un plan de restructuration avec les créanciers.

En regardant ailleurs, on trouve de nombreux outils plus flexibles pouvant produire des résultats positifs en rapport avec le problème des délais. Prenons par exemple la loi allemande sur l'insolvabilité : en Allemagne, pour commencer, dans certains cas de surendettement, le dépôt d'une requête n'est pas obligatoire (si l'étude de toutes les circonstances pertinentes laisse supposer que l'entreprise concernée a plus de chances de poursuivre ses activités que le contraire). Ensuite, afin de favoriser le commencement en temps opportun de la procédure d'insolvabilité, la loi allemande facilite l'auto-administration et, surtout, accorde à certaines entreprises (celles qui sont surendettées ou dont l'insolvabilité est imminente et qui déposent volontairement une requête) une période de protection pouvant aller jusqu'à trois mois afin de préparer un plan de restructuration avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

17

Il est vrai qu'en des temps difficiles, la flexibilité peut être le moyen le plus efficace de traiter les situations de détresse. D'autre part, la rigueur peut s'avérer contreproductive. Plus précisément, la réduction du délai de soixante jours à trente risque d'engendrer une paralysie : les dirigeants de l'entreprise, craignant les conséquences d'un non-respect des délais, ne voudront pas prendre de risque et seront de fait tentés d'« abandonner le navire » aux premiers signes de difficultés. En bref, cette mesure pourrait bien améliorer le respect de l'obligation de dépôt de la demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité tout en impliquant la perte de toute chance éventuelle de redressement. Le jeu en vaut-il vraiment la chandelle ?

### **Changements concernant la classification de l'insolvabilité**

Pour ce qui est de la classification de l'insolvabilité (procédure visant à établir si l'insolvabilité est le résultat d'une faute des dirigeants de l'entreprise), plusieurs changements valent la peine d'être signalés.

En premier lieu, cette procédure n'est plus obligatoire : dorénavant, elle ne sera ouverte que si le juge conclut que la faute est avérée. La reconnaissance du fait que cette procédure n'était pas toujours utile (il est toujours difficile de prouver une faute) a justifié cette restriction.

En deuxième lieu, l'ensemble de conséquences, pour les dirigeants reconnus coupables d'avoir provoqué ou aggravé l'insolvabilité de l'entreprise, a été renouvelé. Auparavant, cette culpabilité entraînait trois conséquences : (1) restriction de gestion de leurs propres actifs (nomination d'un curateur par le tribunal) ; (2) restriction des activités professionnelles et révocation des fonctions

de dirigeant occupées au sein d'entreprises publiques ou privées ; et (3) perte de toutes leurs créances éventuelles à l'encontre de l'entreprise et obligation de rembourser tous les montants éventuellement reçus. Ces deux dernières conséquences restent inchangées, mais la première a été amoindrie : les dirigeants de l'entreprise concernée se verront simplement interdire de gérer les actifs de tiers. Cette mesure semble quelque peu redondante, puisque la restriction des activités professionnelles et la révocation des fonctions de dirigeant ont déjà une incidence sur la gestion des actifs de tiers.

D'autre part, ils seront soumis à une nouvelle conséquence : ils encourront une responsabilité envers les créanciers s'agissant des créances impayées pendant la procédure d'insolvabilité. Cette nouveauté positive était attendue de longue date. Le raisonnement est assez simple : si l'insolvabilité est une situation indésirable (illégal), c'est principalement parce qu'elle entraîne des dommages au niveau de certains intérêts publics, notamment ceux associés au marché du crédit et au commerce. La seule façon de rassurer le marché du crédit consiste à fournir les recours les plus adaptés, c'est-à-dire proportionnels à la portée et à la gravité des dommages produits. À cet effet, quoi de plus approprié que la possibilité de rembourser les créanciers<sup>2</sup> ?

Enfin, le champ d'application de la disposition a été élargi : outre les dirigeants de l'entreprise (de fait et de droit), ces conséquences peuvent également s'étendre aux commissaires aux comptes (s'il est établi que l'insolvabilité a été causée ou aggravée par leur faute).

### **Procédure spéciale de « revitalisation »**

En ce qui concerne la restructuration, un nouvel instrument a été introduit : une procédure hybride, applicable uniquement aux situations de pré-insolvabilité (difficultés économiques et insolvabilité imminente), intitulée « *processo especial de revitalização* » (procédure spéciale de revitalisation).

Elle prévoit une période de négociations entre l'entreprise et ses créanciers (pouvant aller jusqu'à trois mois) et la mise en place d'un plan de restructuration. Elle peut se dérouler sous contrôle judiciaire — par l'intermédiaire d'un administrateur préliminaire de l'insolvabilité — dès le départ (« procédure typique ») ou par la suite (« procédure abrégée »).

Malgré son fondement contractuel, le plan de restructuration présente les avantages d'une intervention judiciaire finale (homologation du plan) qui le rend contraignant pour tous les créanciers (dissidents et absents compris), sous réserve d'avoir été approuvé par une majorité qualifiée. Il garantit également une certaine protection aux créanciers minoritaires (aucun créancier ne peut se retrouver dans une situation pire qu'en l'absence de plan et aucun créancier ne reçoit de remboursement supérieur au montant de sa créance).

---

<sup>2</sup> Voir Catarina Serra, « *The Portuguese Classification of Insolvency from a Comparative Perspective* » (La classification portugaise de l'insolvabilité d'un point de vue comparé), Chapitre 1, in Rebecca Parry (Ed.), *Papers from the INSOL Europe Academic Forum / Milan Law School Joint Insolvency Conference* (Actes de la conférence conjointe sur l'insolvabilité organisée par INSOL Europe et la faculté de droit de l'université de Milan), Faculté de droit de l'université de Milan, Milan, Italie, 31 mars – 1<sup>er</sup> avril 2011 (2011), p. 3-16.

Le plus gros avantage de cette nouvelle procédure est la possibilité de procéder à une restructuration sans que l'entreprise ne soit déclarée insolvable par le tribunal, ce qui évite la perte de valeur qu'implique nécessairement cette déclaration. D'autre part, si les négociations n'aboutissent pas à l'issue attendue (c'est-à-dire qu'elles ne débouchent pas sur un accord), l'entreprise risque d'être déclarée insolvable et soumise à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Pour empêcher cela, l'entreprise devra donner à ses créanciers, tout au long de la procédure, des signes clairs que les restrictions qu'ils devront supporter en valent la peine.

Le problème est qu'il est quasiment impossible de prédire le comportement de chaque créancier et donc d'anticiper l'issue du processus de négociation. Ce problème est généralement résolu grâce à l'attribution d'avantages aux créanciers, notamment à ceux qui apportent un financement au débiteur pendant la période de négociations (« nouveau financement »). Malheureusement, les dispositions en la matière sont particulièrement floues et donc difficiles à interpréter.

Les principes directeurs concernant la restructuration de dette à l'amiable, approuvés le 25 octobre 2011, et par la suite la déclaration de principes généraux sur les accords de règlement amiable faisant intervenir plusieurs créanciers (Principes INSOL), qui ont servi de modèle, ont un rôle important à jouer dans l'interprétation de ces dispositions. Pourtant, certains doutes subsistent<sup>3</sup>.

Tout d'abord, il n'est pas certain que la disposition attribuant une priorité s'applique uniquement aux créanciers qui apportent de nouveaux fonds et accordent des délais de paiement (créanciers financiers). Le texte de la disposition semble indiquer une application restreinte, mais cela serait à la fois injuste et inefficace. Si des créanciers apportent de nouveaux actifs ou services (salariés, fournisseurs), ils aident à la poursuite de l'activité de l'entreprise et méritent donc d'être couverts par cette disposition.

Qu'en est-il des anciens créanciers (ceux qui l'étaient déjà avant l'ouverture de la procédure) ? Ne devraient-ils pas bénéficier d'un droit préemptif en matière de nouveau financement ? Ils devraient être les premiers à apporter un nouveau financement s'ils le souhaitent, afin de conserver leur position relative. Au vu de la similitude entre leur situation et celle des actionnaires (qui, en vertu de la loi portugaise sur les sociétés, bénéficient d'un droit préemptif dans toutes les augmentations de capital), force est de répondre par l'affirmative.

Cependant, le principal doute quant au nouveau financement est d'un autre ordre. Il concerne les garanties : suffisent-elles à encourager les créanciers à apporter un nouveau financement et ainsi soutenir la sauvegarde de l'entreprise ? La priorité qui leur est accordée les place en meilleure position que les salariés mais pas que les autres créanciers prioritaires tels que l'État et la plupart des banques. Il est peu probable que cela soit suffisant.

---

<sup>3</sup> Ces doutes et questions ont été évoqués pour la première fois lors de la conférence internationale conjointe sur l'insolvabilité organisée par le Forum universitaire d'INSOL Europe et la Nottingham Law School, à l'université de Nottingham Trent, les 28 et 29 juin 2012. Voir Catarina Serra, « The rescue of large corporations – How suitable is the Portuguese Insolvency Act? » (Sauvegarde des grandes entreprises : la loi portugaise sur l'insolvabilité est-elle adaptée ?), in Rebecca Parry (Ed.), *Papers from the INSOL Europe Academic Forum / Nottingham Law School Joint International Insolvency Conference* (Actes de la conférence internationale conjointe sur l'insolvabilité organisée par le Forum universitaire d'INSOL Europe et la Nottingham Law School ; à paraître).

## Remarques finales

De manière assez surprenante, les récents amendements à la loi sur l'insolvabilité n'ont pas touché aux dispositions relatives au seul moyen de promouvoir une sauvegarde en cas d'insolvabilité d'une entreprise (plan d'insolvabilité), malgré les défauts du système et le besoin incontestable de réforme.

Le renforcement de l'auto-administration, la participation des actionnaires de la société dans la procédure d'insolvabilité et l'optimisation du plan d'insolvabilité ne sont que quelques-unes des mesures évidentes que le législateur portugais aurait pu prendre s'il avait voulu procéder à une révision significative de la loi sur l'insolvabilité.

L'absence de modification du plan d'insolvabilité laisse entendre que le législateur portugais pense que les entreprises insolubles ne méritent pas d'être sauvées. Espérons que cette situation n'est pas définitive et que d'autres amendements interviendront dans un avenir proche.

*\*Catarina Serra est docteur en droit de l'université de Coimbra et professeur de droit commercial, des sociétés et de l'insolvabilité à l'université of Minho*

x x x  
x

20

## Insolvabilité / LUXEMBOURG

# L'échange de dettes contre des participations est-il la panacée en matière de restructuration ?

*Martine Gerber-Lemaire\* nous présente l'exemple pratique du Luxembourg*

Dans les années qui ont précédé la crise financière de 2008, les *private equity sponsors* (fonds d'investissement prenant des participations dans des sociétés non cotées) pouvaient facilement trouver des financements à effet de levier à des prix raisonnables. Le type d'investissement réalisé le plus souvent, plus particulièrement en 2004 et 2005, consistait en un investissement direct d'un montant représentant au maximum 15 % en participations (trouvées après le lancement d'un fonds d'investissement offshore), et généralement 85 % d'instruments financiers hybrides, également réservés aux parties prenantes. Si la société cible ne pouvait pas être revendue dans les trois à cinq ans, il était procédé à une opération de refinancement, au titre de laquelle les prêteurs bancaires injectaient de nouveaux fonds au niveau des activités d'exploitation et les instruments hybrides étaient rachetés, ce qui aboutissait généralement à 1 % en participations et 99 % en financement.

En ce qui concerne les portefeuilles immobiliers, le secteur a prospéré jusqu'en 2007. De nombreuses holdings étaient cotées en bourse et leur financement intervenait principalement (au moins à 50 %) par le biais d'obligations cotées, soit des obligations à coupon zéro soit des obligations à rendement élevé sur cinq ans, qui étaient normalement remboursées lors d'une nouvelle émission d'obligations.

Toutefois, il arrive qu'un grain de sable vienne enrayer une belle mécanique : la crise économique mondiale a eu un effet très négatif sur le secteur de l'immobilier. Par conséquent, les structures de holding luxembourgeoises ont essayé d'éviter les procédures d'insolvabilité en transférant leur CIP ou en procédant à des restructurations amiables. À partir de 2009, la voie du refinancement était généralement abandonnée, car les créanciers étaient moins enclins que jamais à injecter de nouveaux capitaux. D'un autre côté, alors que la situation financière des débiteurs devenait de plus en plus difficile, les créanciers ont dû accepter le fait qu'ils ne pouvaient contraindre leurs débiteurs à un remboursement, même en cas de manquement à leurs obligations, car cela les aurait menés à la faillite. Par conséquent, avant d'avoir recours à un échange de dettes contre des participations, les créanciers et débiteurs concluent généralement un accord de *statu quo* ou un moratoire, qui ouvre une période de négociations consensuelles.

#### **Pour les débiteurs :**

L'objectif principal est d'obtenir une restructuration des bilans pour éviter les avertissements liés aux taux et faire cesser les décaissements correspondant aux remboursements de taux d'intérêt élevés, et ainsi trouver de nouveaux fonds pour les activités d'exploitation. Au cours des négociations, les débiteurs doivent également convaincre leurs dirigeants, dont la responsabilité peut être engagée si aucune solution viable n'est trouvée, à ne pas démissionner.

#### **Pour les créanciers :**

La situation est légèrement différente selon qu'il s'agisse de prêteurs ou d'obligataires. Les prêteurs, en raison de la nature stricte de la directive sur les fonds propres réglementaires (dans le cas des banques), préfèrent éviter d'avoir à justifier des réserves ou des compensations massives. En outre, étant donné que la faillite de leur débiteur pourrait être difficile à justifier, si aucune autre solution n'est possible, les prêteurs préfèrent avoir recours à la réalisation de nantisements d'actions. Bien que la réalisation de nantisements, en vertu du droit luxembourgeois, soit un moyen facile de conserver une participation, il faut en général utiliser un mécanisme contractuel d'adhésion forcée qui favorise malheureusement les prêteurs de premier rang par rapport aux autres prêteurs. Cependant, un échange de dettes contre des participations ne suffit généralement pas à sauver un débiteur, ce qui fait que les prêteurs sont également contraints d'injecter de nouveaux fonds et de trouver un fonds d'investissement souhaitant financer le groupe.

Pour les obligataires, le mot clé est « négociation » : ils ne disposent d'aucun outil pour transformer leurs titres en participations, sauf s'ils brandissent l'épée de Damoclès du dépôt d'une demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité. Par rapport aux prêteurs, pour les obligataires, la principale difficulté est qu'ils ne disposent pas de suffisamment de pouvoir pour réclamer une participation plus importante. Les négociations avec les débiteurs pour aboutir à un accord d'évaluation peuvent durer des mois. Manifestement, il est relativement facile d'évaluer les actions de sociétés cotées. Par contre, les débiteurs demandent habituellement une réduction de la valeur des obligations. En théorie, les créanciers ayant procédé à un échange contre des

participations bénéficient de la possibilité d'une remontée de la valeur des actions et sont également plus impliqués dans la gestion du débiteur. En tout état de cause, les obligataires débutent généralement les négociations neuf mois avant l'échéance de leurs titres. Dans la pratique, on constate que les négociations longues entraînent généralement une réduction des chances que le débiteur rembourse les créanciers.

Après cette brève description des principaux aspects des échanges de dettes contre des participations, deux exemples de restructurations récentes mettront en lumière les différentes techniques utilisées par les créanciers et débiteurs.

### **Panrico**

Fondée en 1961, Panrico est l'une des plus grandes entreprises boulangères d'Espagne, spécialiste de la pâtisserie et du pain en tranches. Elle possède notamment les marques Donuts, Panrico, Bollycao et Donettes.

En 2005, Panrico a été rachetée par un fonds d'investissement contre environ 900 millions d'euros. Cette opération a été financée au moyen d'un montage financier de 650 millions d'euros obtenus auprès de divers prêteurs. La direction de l'entreprise, guidée par son nouvel investisseur, a décidé de transformer l'entreprise familiale en entreprise industrielle. Malheureusement, en 2008, suite à la crise mondiale et espagnole, la diminution de la consommation de beignets a eu des répercussions négatives directes sur l'entreprise. Par conséquent, en 2009, le consortium de créanciers de l'entreprise, regroupant pas moins de 100 institutions, a essayé de trouver une solution en contraignant le fonds d'investissement à procéder à une vente forcée. Toutefois, ce processus de désendettement a échoué. En 2010, le consortium de créanciers a consenti à un échange de dettes contre des participations au moyen de la réalisation d'un nantissement en Espagne, entraînant une réduction de dette de 300 millions d'euros (prêteurs PIK). Cette opération a été financée au moyen d'un montage financier de 650 millions d'euros dont seulement 50 millions d'euros étaient destinés aux fonds de roulement. L'ancien consortium de créanciers et les dirigeants (en tant que minorité) ont reçu des participations dans la structure de holding.

La direction est restée en place, mais les mesures de restructuration entreprises n'ont pas généré suffisamment de bénéfices pour servir la dette. Un nouveau fonds d'investissement est entré dans le capital de l'entreprise en faisant l'acquisition, à prix réduit, d'une participation minoritaire de blocage. Des négociations ont été entamées pour désendetter Panrico et la structure de holding. Le consortium de créanciers a accordé une deuxième annulation de dette et a accepté une participation après la réalisation du nouveau nantissement luxembourgeois ; cependant, il a refusé d'injecter de nouveaux fonds et a été contraint d'accepter de partager la participation avec un fonds d'investissement qui a accordé 100 millions d'euros à Panrico pour restructurer entièrement son activité.

Actuellement, Panrico est confrontée à une situation extrêmement difficile. Elle a fermé certaines de ses unités de production pour concentrer sa main d'œuvre et s'est vue dans l'obligation de procéder à des licenciements économiques. Il est important de noter qu'un désendettement de 1 milliard à 115 millions d'euros au maximum pourrait permettre à Panrico de se redresser. Cet exemple montre que les prêteurs pourraient se montrer plus conciliants afin d'éviter de se

retrouver mêlés à une procédure d'insolvabilité retentissante et accusés de ne pas être totalement réalistes.

### **Groupe Orco**

ORCO Germany (OG) est une filiale d'ORCO Property Group (OPG), l'une des premières sociétés immobilières d'Europe centrale, dont le portefeuille immobilier s'élève à 2,5 milliards d'euros (avant la crise), cotée à Paris, Budapest, Prague et Varsovie. OG a commencé ses opérations en Allemagne en 2004 et a été assez rapidement introduite sur les mêmes marchés boursiers qu'OPG. La particularité de cet exemple réside dans le fait que les deux sociétés étaient historiquement financées par des émissions d'obligations et que celles-ci étaient également cotées. Les années prospères du secteur immobilier d'Europe de l'Est se sont terminées en 2008. En 2009, OPG a demandé l'ouverture d'une procédure de sauvegarde à Paris, lieu de son CIP, bien que son siège social se trouve au Luxembourg. Cette procédure a ouvert la voie à une restructuration de la dette obligataire d'OPG et à la confirmation de son plan de sauvegarde par un tribunal parisien en 2010.

En mai 2012, il est devenu manifeste qu'OG ne pourrait pas rembourser les 129 millions d'euros dus aux obligataires ; par conséquent, elle a décidé d'entamer des négociations avec eux. Entre-temps, une filiale à 100 % d'OG (GSG) a conclu un contrat de prêt à court terme de 300 millions d'euros avec RBS et OG a dû reconnaître que le remboursement des créanciers (obligataires et RBS) ne pourrait pas intervenir en 2012.

Les obstacles qui empêchaient de parvenir à un règlement acceptable entre les obligataires et OPG étaient les suivants :

- Premièrement, il n'existe pas, au Luxembourg, de cadre juridique permettant de réaliser facilement des opérations selon un mécanisme à deux niveaux (échange d'obligations d'OG contre des obligations convertibles d'OPG puis conversion de ces dernières en actions).
- Deuxièmement, étant donné qu'OG et OPG sont cotées grâce à ce que l'on appelle un « passeport européen » du Luxembourg, l'autorité de surveillance financière du Luxembourg (CSSF) a dû approuver cet échange de dettes contre des participations. Le plus difficile a été d'éviter que les actions des obligataires soient considérées comme une action concertée par la CSSF, car les exigences légales sont très strictes en cas d'action concertée avérée. La possibilité que la CSSF les considère comme telles ne doit pas être perçue comme scandaleuse, puisque les obligataires devraient être pris comme des compagnons d'infortune et non comme des « amis » institutionnels qui font une offre publique pour prendre le contrôle d'une société immobilière en difficulté.

Devant le risque d'une procédure de sauvegarde secondaire concernant OG, les obligataires voulaient absolument éviter de se raccrocher à leurs titres. Toutefois, à cause de l'absence d'intérêts communs entre les obligataires majoritaires et du refus généralisé d'accepter une décote, les négociations sont devenues périlleuses.

Par la suite, à la mi-2012, les obligataires d'OG ont reçu des actions d'OPG dans le cadre d'un plan en deux étapes après avoir reçu le feu vert de l'administrateur du plan de sauvegarde.

L'échange contre des participations a entraîné une dilution en défaveur des autres actionnaires, accrue par le fait que, pour sauver le groupe OPG, le premier échange a été suivi d'autres pour les propres obligataires d'OPG et par un accord de *statu quo* conclu en 2012 avec RBS. Cet accord a permis à OPG et OG de finaliser l'assainissement de leurs bilans afin d'obtenir un refinancement externe.

OPG n'a pas fini de surmonter ses problèmes financiers. Toutefois, cet échange transfrontalier de dettes contre des participations prouve que des décideurs déterminés peuvent trouver des solutions de sauvegarde hors de tout cadre juridique précis. De fait, d'une part, le droit luxembourgeois attribue un large pouvoir au représentant des obligataires et, d'autre part, les décisions adoptées par les deux tiers des obligataires présents ou représentés permettent d'imposer une adhésion forcée aux petits obligataires minoritaires.

### Conclusion

Pour conclure, on pourrait dire que l'échange de dettes contre des participations, tout comme le transfert de CIP, est un outil de restructuration qui doit être utilisé avec parcimonie.

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

X X X  
X

24

### Insolvabilité/SUÈDE

## Les leçons tirées de Saab : difficultés et solutions

*Guy Lofalk\* et Pontus Nylander\* nous présentent brièvement certaines des techniques utilisées dans le cadre de l'une des plus grandes réorganisations d'Europe*

### Contexte

En septembre 2011, le constructeur automobile suédois Saab Automobile (« Saab ») a demandé une réorganisation volontaire, suite à quoi l'un des auteurs de cet article (Guy Lofalk) a été nommé administrateur. Cette réorganisation officielle est l'une des plus importantes d'Europe : Saab avait près de 1 400 créanciers à l'étranger, dont la majorité au sein de l'UE. Saab avait également plusieurs succursales (c'est-à-dire des entités non indépendantes) en Europe, ce qui a créé des difficultés importantes pendant la procédure de réorganisation.



## Difficultés

En vertu de la loi suédoise sur la réorganisation, le débiteur est protégé contre les mesures d'exécution telles que les saisies de biens. Par ailleurs, la loi limite le droit des créanciers de résilier leurs contrats et de suspendre leurs livraisons pour cause de rupture de contrat. Ces règles visent manifestement à améliorer les chances de réussite des réorganisations. Elles ont parfaitement fonctionné pour les créanciers suédois, mais l'administrateur a été confronté à des difficultés importantes lorsqu'il a été question des créanciers étrangers et des autorités chargées de l'exécution.

Dans divers pays de l'UE, ces autorités ont pris des mesures pour saisir des biens et les fournisseurs ont menacé de suspendre leurs livraisons même en cas de livraison contre remboursement, en violation de la loi suédoise sur l'insolvabilité. Ce genre de difficultés est fréquent dans le cadre d'une réorganisation, et ces problèmes sont généralement facilement résolus en lien avec les intéressés suédois et leurs conseils juridiques. Mais comment les autorités et créanciers étrangers peuvent-ils être informés de la loi applicable et de son contenu ?

## Règlement sur l'insolvabilité

Une réorganisation de droit suédois entre dans le champ d'application du REI – le règlement européen sur les procédures d'insolvabilité (le « Règlement »). En termes simplifiés, le Règlement dispose que toute décision d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sera reconnue dans tous les autres États membres (article 16) et qu'elle produira, sans autre formalité, les mêmes effets dans tout autre État membre (article 17). Le Règlement contient également des règles en matière de publicité et d'enregistrement de la décision de justice accordant une réorganisation, mais ces formalités ne permettent pas d'informer les créanciers et autorités étrangers des règles de droit matériel applicables. Ainsi, on peut s'attendre à ce que ceux-ci agissent (de bonne ou de mauvaise foi) en violation du droit suédois et compromettent ainsi l'issue favorable de la réorganisation ou en perturbent gravement le déroulement, qui est déjà assez sensible.

25

## Notre solution

Dans la pratique, comment l'administrateur est-il censé protéger les intérêts du débiteur dans ces situations ? La solution que nous avons trouvée consiste simplement à envoyer des lettres aux autorités et créanciers qui agissent en violation du droit suédois, en énonçant le pouvoir dont nous disposons au titre du Règlement et du droit suédois. Pour nous aider dans cette démarche d'information, nous avons utilisé notre réseau établi de cabinets d'avocats européens, qui a prouvé qu'il constituait un élément vital de toute organisation virtuelle dans le cadre des grandes procédures de restructuration. En fin de compte, ces démarches ont été couronnées de succès, mais il a fallu du temps et de la patience pour décrire les règles de droit matériel suédois et convaincre nos interlocuteurs de leur justesse et de la façon de les interpréter.

## Solutions possibles pour l'avenir

Un registre de toutes les procédures d'insolvabilité de l'UE apporterait une réponse partielle au problème, permettant de savoir qu'une procédure a été entamée et qui a été nommé

administrateur. D'après ce que les auteurs de ces lignes ont compris, cette possibilité a été évoquée à plusieurs reprises mais sa concrétisation n'est pas prévue dans un avenir proche. Cependant, un tel registre n'apporterait pas de réponses aux questions de fond.

L'une des solutions possibles serait que le tribunal présente des informations sur la réorganisation non seulement aux autorités nationales chargées de l'exécution, mais également aux autorités étrangères compétentes, en fonction de l'adresse des créanciers. Le tribunal inclurait également une description des règles de droit matériel à suivre dans le cadre de la procédure, en faisant référence au Règlement. Toutefois, un tel système ne pourrait être mis en place que par la voie législative, ce qui est impossible à court terme. Ainsi, nous devons continuer à vivre avec ces difficultés dans les années à venir.

*\*Guy Lofalk et Pontus Nylander sont avocats, Lofalk Advokatbyrå AB, Stockholm (Suède)*

X X X  
X

## Insolvabilité / FRANCE

### « Mieux vaut prévenir que guérir »

*Catherine Ottaway\* et Georges-Louis Harang\* discutent deux nouveaux « outils »  
d'aide à la prévention en France*

26

Comme d'autres pays européens, la France subit la crise de plein fouet. Toutefois, le nombre de défaillances des entreprises du 2<sup>ème</sup> trimestre 2012 a été en recul de 4,7 % par rapport au 2<sup>ème</sup> trimestre 2011 : 13 355 redressements ou liquidations judiciaires ont été prononcés par les tribunaux, ainsi que 367 procédures de sauvegarde. 93 % de ces entreprises défaillantes sont soit des entreprises sans salariés, soit de très petites entreprises de 1 à 10 salariés. Mais le nombre des défaillances des entreprises qui comptent plus de 50 salariés a augmenté de 49 % au cours des trois derniers mois.

Nul n'ignore que la France s'est dotée d'un nouveau gouvernement au mois de mai 2012. Un *Ministère du Redressement Productif* a été créé et est destiné à trouver des solutions pour remédier aux effets néfastes de la crise économique actuelle dans le domaine de l'industrie.

Beaucoup de plans sociaux sont en cours : à l'usine de Florange en Moselle, détenue par le Groupe ArcelorMittal, à l'usine Fralib de Gemenos dans les Bouches du Rhône, menacée de fermeture depuis près de deux ans, à l'usine d'Aulnay du groupe PSA. Sanofi envisage la suppression de 1 500 à 2 000 emplois, de même que Carrefour, qui a annoncé la suppression de 600 postes administratifs en France.

Récemment, à la suite de déclarations du Ministre du redressement productif, Arnaud Montebourg, à l'encontre du dirigeant du groupe DOUX (premier producteur européen de

volailles, qui était déjà en procédure de prévention sous l'égide du Comité Interministériel de restructuration industrielle - CIRI), celui-ci a réagi en déposant son bilan début juin 2012 à Quimper. Sur les mille sept cent salariés concernés, près d'un millier perdront leur emploi, car, conformément au jugement du 10 septembre 2012, cinq des huit sites ont été vendus à des tiers, et donc, ils seront fermés.

Dans ce contexte, deux nouveaux « outils » d'aide à la prévention ont été mis en place : le Commissaire au redressement productif et l'Assurance Santé Entreprise.

### **1. Un nouvel interlocuteur de la prévention : le Commissaire au redressement productif**

Suite à l'épisode du groupe DOUX et au postulat « *qu'il y a des défaillances que l'on peut éviter* », le gouvernement a souhaité faire de la prévention administrative avant de passer à la prévention légale organisée par la loi relative aux entreprises en difficulté. Il a donc créé un nouvel intervenant.

Sur proposition des Préfets de région<sup>4</sup>, Arnaud Montebourg a présenté le 2 juillet 2012 ses « *pompier de l'industrie* » chargés d'identifier des entreprises en difficulté et de les accompagner dans leurs démarches administratives. Il s'agit de vingt deux Commissaires au Redressement productif (vingt hommes, deux femmes), soit un pour chaque région. Ils sont destinés à être les interlocuteurs locaux privilégiés des entreprises en difficulté et à coordonner, sous l'autorité des Préfets, l'ensemble des actions de l'Etat et de tous les partenaires dans ce domaine.

27

Chaque Commissaire régional va animer une cellule de correspondants, se réunissant au moins tous les quinze jours, composée de préfets de départements et de représentants de la direction de la concurrence, du travail, de l'emploi, des finances publiques, de la Banque de France et des organismes sociaux.

En tant que de besoin, d'autres opérateurs existants déjà pourront y participer et notamment les Procureurs de la République, les représentants des Chambres de commerce, les comités départementaux d'examen des problèmes de financement des entreprises (CODEFI), les Présidents de tribunaux de commerce sauf, pour ces derniers, si les réunions ou les négociations concernent une situation d'entreprise dont ils pourraient être saisis ou dont ils pourraient se saisir.

Dans les entreprises de moins de 400 salariés, le Commissaire sera chef de file pour chaque dossier d'entreprise sous surveillance (concernant l'existence d'impayés fiscaux ou sociaux, les mouvements sociaux, des incidents industriels, les conflits avec des établissements financiers, les dérives des délais de paiements, les rumeurs ...). Il pourra participer au diagnostic industriel et social, à l'élaboration d'un plan d'affaires crédible, il proposera des recommandations et conduira les négociations en lien avec le mandataire *ad hoc*, le conciliateur ou l'administrateur judiciaire qui pourra avoir été nommé par le Tribunal de Commerce.

---

<sup>4</sup> Lettre du 14 juin 2012 du Ministre du redressement productif aux Préfets de région.

Pour les entreprises de plus de 400 salariés, le Commissaire deviendra le correspondant local du Comité Interministériel de restructuration industrielle (CIRI), qui agit au niveau national.

### Une confidentialité théorique

La question est de savoir s'il est envisageable d'identifier réellement et confidentiellement des entreprises qui sont en difficulté potentielle et non en difficulté avérée. On sait que la simple rumeur de difficulté peut déjà empêcher le bon déroulement de l'activité de l'entreprise. Or, ce nouvel outil administratif, qui s'additionne à ceux qui existent déjà, augmente d'autant les risques de fuite sur les difficultés potentielles d'une entreprise.

A titre d'exemple, fin août, la presse relayait que le Commissaire de la région Aquitaine, Jean-Yves Larraufie, avait dénombré 90 sociétés en difficulté employant au total près de 10 000 salariés dans sa région. Interrogé, il a indiqué que son intervention avait permis à des entreprises de « *passer l'été en assurant le paiement des salaires fin août* ». Ce souci social est respectable mais l'absence de confidentialité peut être regrettée.

### Une prévention en amont de la sauvegarde

En France, les mécanismes légaux de prévention des difficultés des entreprises (mandat *ad hoc*, procédure de sauvegarde ou de conciliation), qui supposent que la société n'est pas en état de cessation des paiements, passent nécessairement par une décision du Tribunal de Commerce.

Théoriquement, l'idée d'intervenir avant que les Tribunaux de Commerce le fassent est honorable, puisque seulement environ 15 % des entreprises survivent à un dépôt de bilan. Cependant, s'intéresser au fonctionnement des entreprises qui ne l'ont pas demandé et qui ne se sont pas signalées, notamment sur la base de rumeurs, est une approche à manier avec de multiples précautions. On peut s'interroger sur une forme d'immixtion de l'Etat dans les décisions de gestion des entreprises.

28

## **2. Un nouvel outil de prévention : L'Assurance Santé Entreprise**

Sur l'impulsion du Conseil Supérieur de l'Ordre des Experts-Comptables, une assurance « santé » au bénéfice de l'entreprise a été mise en place avec six compagnies d'assurances (Chartis, Hiscox, Axa, Covea Risks, Groupama, CFDP), prolongeant le contrat de Responsabilité civile du mandataire social.

L'assurance couvre la prise en charge des honoraires<sup>5</sup> de conseil d'experts de crise, comprenant les honoraires d'avocats ou des experts-comptables de la société, en cas de turbulences pouvant mettre en cause la pérennité de l'entreprise. La prise en charge peut être déclenchée (i) par un tiers lors de la procédure d'alerte mise en œuvre par le commissaire aux comptes, le Président du tribunal de commerce, le comité d'entreprise ou (ii) par le dirigeant, lorsqu'il sollicite un mandat

---

<sup>5</sup> A titre d'exemple, pour une entreprise dont le chiffre d'affaires est inférieur à 1 million €, la prime peut varier de 49€ à 505€ pour une garantie de 4.000€ à 50.000€ (cf Editorial de Maître Thierry Montéran (Gazette du Palais du 3 et 4 août 2012).

*ad hoc*<sup>6</sup> ou une conciliation<sup>7</sup>, lorsqu'il présente des demandes de délais de paiement à l'administration fiscale (CCSF) ou s'il prend rendez-vous avec le Centre d'information et de prévention (CIP).

L'avenir nous dira si cet outil influence le sort des entreprises ayant des difficultés, quand les dirigeants peuvent anticiper ces difficultés.

*\*Catherine Ottaway, Avocat associé et \*Georges-Louis Harang, Avocat, du HOCHÉ Société d'Avocats*

X X X  
X

**Insolvabilité / CHYPRE**

## **Les procédures chypriotes de liquidation des entreprises**

*Présentation de Panayiota Georgiou\**

29

Conséquence de la crise économique, une augmentation des liquidations et des procédures d'insolvabilité a été notée ; par ailleurs, le besoin de disposer d'un cadre clair en rapport avec la réglementation des procédures de redressement est devenu flagrant. Cet article vise à décrire les principales procédures de liquidation à Chypre, régies par le chapitre 113 de la loi sur les sociétés. Il convient de noter qu'au fur et à mesure que le droit de l'insolvabilité évolue, il est devenu évident que les dispositions de la loi chypriote devraient être révisées, pour la mettre en conformité avec les nouvelles conditions du marché, de manière à ce que les procédures soient modernisées et plus efficaces.

En règle générale, la liquidation est une procédure qui consiste à recouvrer et réaliser les biens d'une entreprise en vue de régler ses dettes par voie de distribution aux créanciers, tout excédent étant remis à ses actionnaires.

Conformément aux dispositions applicables de la loi, les affaires d'une entreprise peuvent être liquidées dans le cadre d'une procédure forcée ou volontaire.

---

<sup>6</sup> Un dirigeant peut faire nommer, sur requête, un mandataire *ad hoc* afin de l'assister dans des missions précises définies par le dirigeant lui-même, notamment pour discuter confidentiellement avec des organismes financiers, des actionnaires, les fournisseurs, .... Cette procédure est confidentielle.

<sup>7</sup> Lorsque la société n'est pas en état de cessation des paiements depuis plus de 45 jours, il peut solliciter la désignation d'un conciliateur pour une durée maximum de quatre mois afin de trouver un accord avec les principaux créanciers de l'entreprise, cette procédure étant également confidentielle.

## Liquidation forcée

La liquidation forcée est ordonnée par le tribunal suite au dépôt d'une requête par la société elle-même, par un créancier ou par un « contributeur<sup>8</sup> ». Le tribunal peut prononcer une décision de liquidation forcée pour plusieurs motifs, notamment la cessation des paiements de la société, l'absence de publication de ses états financiers ou de tenue de ses assemblées, l'absence de début d'activité dans l'année suivant sa constitution ou la suspension de ses activités, dans le cas d'une société faisant appel public à l'épargne, la réduction du nombre de ses actionnaires en-deçà du minimum prescrit par la loi et, bien entendu, en cas d'adoption d'une résolution spéciale de liquidation de ses affaires par liquidation forcée. La liquidation forcée peut également être ordonnée s'il est demandé au tribunal d'exercer son pouvoir d'appréciation, dans le cas où cela est juste et équitable ou bien, s'agissant des sociétés anonymes européennes (*Societas Europaea*), si l'entité ne régularise pas sa situation conformément aux dispositions de l'article 64 du règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne.

En outre, le tribunal prévoit généralement la nomination d'un liquidateur. Celui-ci s'engage à diriger la procédure de liquidation selon un bilan qu'il prépare et soumet aux administrateurs de la société. Ce bilan de liquidation décrit les affaires de la société, et comprend notamment des détails sur son actif et son passif, les coordonnées des créanciers, le détail des titres et autres informations requises. Le liquidateur s'engage à recenser et localiser les biens de la société, qui seront ensuite réalisés aux fins de payer les frais liés à la liquidation, les dettes privilégiées et les créanciers chirographaires et privilégiés, sous réserve que leurs créances aient été produites et admises.

Les liquidations judiciaires forcées ne sont pas aussi flexibles que les liquidations volontaires, car la loi impose un contrôle plus strict, notamment en exigeant des déclarations périodiques. Par exemple, tous les six mois, le liquidateur doit préparer des états des recettes et dépenses présentant des informations en rapport avec les comptes de la procédure, qu'il doit déposer auprès du registre des sociétés et du séquestre officiel, en sa qualité d'autorité de tutelle, conformément aux dispositions légales.

## Liquidations volontaires

Les liquidations volontaires peuvent intervenir sur résolution des associés ou sur décision des créanciers. La différence entre une liquidation volontaire décidée par les associés et une liquidation volontaire décidée par les créanciers est la suivante : dans le premier cas, la société doit être solvable, tandis que dans le second ce n'est pas une obligation, ce qui signifie généralement que la société est en cessation des paiements à cause d'une insuffisance de ses actifs. Le mécanisme de la procédure sera lui aussi différent dans les deux cas.

---

<sup>8</sup> La loi chypriote sur les sociétés définit ce terme comme suit (nous traduisons) : « Le terme 'contributeur' désigne toute personne tenue de contribuer à l'actif d'une société en cas de liquidation de celle-ci ; il inclut toute personne présentée comme telle aux fins de toute procédure visant à déterminer quelles personnes sont réputées être des contributeurs ainsi que dans le cadre de toutes les procédures antérieures à la détermination définitive des contributeurs avérés. » (N. de la T.)

### ***Liquidation volontaire à l'initiative des associés :***

Une liquidation volontaire décidée par les associés est une procédure au titre de laquelle les actionnaires d'une société solvable adoptent une résolution prévoyant sa liquidation. À titre de condition préalable, les administrateurs de la société effectuent une déclaration officielle de solvabilité, attestant que la société sera capable de payer ses dettes en intégralité dans les douze mois à compter du début de la procédure de liquidation. Cette déclaration est accompagnée d'un bilan (état de l'actif et du passif) à la date de déclaration. En outre, une assemblée générale doit être convoquée afin que les associés de la société adoptent une résolution spéciale énonçant que la société fera l'objet d'une liquidation volontaire et nomment un liquidateur. Suite à sa nomination, le liquidateur recense et recouvre les biens de la société, qui seront réalisés afin de rembourser tous les créanciers avant que l'éventuel excédent soit remis aux actionnaires. Une fois les affaires de la société liquidées, il convoque une assemblée générale finale à laquelle il présente aux associés de la société les comptes finaux de liquidation et des explications quant au déroulement de la liquidation. Les comptes doivent ensuite être déposés auprès du registre des sociétés. Trois mois à compter de la date de dépôt des comptes, la société sera réputée dissoute.

### ***Liquidation volontaire à l'initiative des créanciers :***

Il y a liquidation volontaire par les créanciers lorsque la société, suite à une résolution spéciale des associés prévoyant sa liquidation et la nomination d'un liquidateur, convoque le même jour une réunion des créanciers à laquelle la résolution de liquidation volontaire et la nomination du liquidateur sont approuvées par les créanciers. Les créanciers peuvent également décider de nommer un comité d'inspection. Une liquidation volontaire par les créanciers ne peut intervenir que si la société est insolvable.

Peu après la nomination du liquidateur, les administrateurs de la société sont tenus de remettre au liquidateur un bilan et, plus généralement, des informations relatives aux affaires de la société. Comme dans toutes les procédures de liquidation, le liquidateur s'engage à confirmer les informations reçues, à localiser et recouvrer les biens aux fins du règlement total ou partiel de l'ensemble des créanciers, conformément aux dispositions légales en matière de classement des créances. En outre, si la procédure de liquidation n'est pas achevée au bout d'un an, le liquidateur doit convoquer des assemblées générales annuelles des associés et des créanciers et leur présenter son rapport sur la gestion de la procédure de liquidation, ainsi que les comptes de liquidation. Une fois la procédure de liquidation menée à son terme, le liquidateur convoque les assemblées générales finales de la société et des créanciers pour leur présenter les comptes finaux. Ceux-ci sont ensuite déposés auprès du registre des sociétés. Trois mois à compter de la date d'enregistrement des comptes, la société sera réputée dissoute.

Une question commune à toutes les procédures de liquidation est la priorité des créances. Il est noté qu'en règle générale, tous les frais liés à la liquidation sont payés à partir du produit de la procédure de liquidation avant toutes les autres dettes. En outre, les créances privilégiées, qui incluent les taxes et impôts locaux ainsi que les salaires et rémunérations des salariés, sont payées avant tous les autres créanciers chirographaires, conformément aux dispositions légales. Les créanciers privilégiés sont remboursés nonobstant la procédure de remboursement des autres créances, à partir du produit de la vente du bien auquel leur gage se rapporte.

Dans l'ensemble, les dispositions relatives aux procédures de liquidation à Chypre sont claires et flexibles, malgré l'absence d'un régime indépendant de lois et règlements en matière d'insolvabilité. Néanmoins, si l'on tient compte de la complexité de ces affaires, surtout dans les conditions actuelles du marché, cette loi nécessite des changements, surtout en ce qui concerne les insolvabilités transfrontalières. En particulier, bien que le règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 20 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité s'applique à Chypre, la loi ne contient aucune disposition relative aux insolvabilités transfrontalières ou internationales. Il est noté que Chypre n'a pas adopté la loi type de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale et que toutes les affaires sont traitées au cas par cas.

*\*Panayiota Georgiou, du cabinet KPMG Limited (Chypre)*

X X X  
X

## Insolvabilité / ESPAGNE

# Les PME espagnoles à la croisée des chemins

32

*Alberto Álvarez\* se demande quelle direction nous devons emprunter*

Il est bien connu que les petites et moyennes entreprises (PME) jouent un rôle majeur dans toutes les économies et que ce sont les principaux générateurs d'emplois et de revenus. Par conséquent, le redressement économique ne peut se faire sans elles.

D'après les informations fournies par la direction générale espagnole de l'industrie et des PME (*Dirección General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa*) dans son rapport annuel, intitulé « Portrait des PME en 2012<sup>9</sup> », au 1<sup>er</sup> janvier 2011, sur les 3 246 986 entreprises que comptait l'Espagne, 3 243 185 (soit 99,88 %) étaient considérées comme des PME<sup>10</sup>. Quelles que soient les raisons à ce phénomène, ces chiffres montrent clairement que les PME dominent dans le monde de l'entreprise en Espagne.

Toutefois, elles ont été très durement frappées par la crise mondiale et souffrent d'une importante pénurie de financement en raison de leurs problèmes d'accès au financement, qui freinent leur création, leur croissance et leur survie. De fait, la crise financière et économique actuelle a eu des

<sup>9</sup> Rapport disponible à l'adresse <http://www.ipyme.org/es-ES/publicaciones/Paginas/Publicaciones.aspx>.

<sup>10</sup> La catégorie des micro, petites et moyennes entreprises (PME) regroupe les entreprises dont l'effectif est inférieur à 250 personnes et dont le chiffre d'affaires n'excède pas 50 millions d'euros ou dont le total du bilan annuel n'excède pas 43 millions d'euros, tel que défini dans la recommandation 2003/361/CE de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises.



répercussions particulièrement graves sur le financement bancaire, principale source de financement externe des PME en Espagne.

Dans ce pays, avant la crise, la conjoncture économique était favorable et se distinguait, entre autres, par les caractéristiques suivantes : (i) les primes de risque appliquées aux opérations de crédit étaient très faibles et non proportionnelles au risque assumé (principalement à cause de la forte liquidité des marchés) ; (ii) la faible inflation et les taux d'intérêt (historiquement bas) encourageaient les investisseurs à placer leur argent dans des actifs apparemment voués à une croissance infinie ; et (iii) l'innovation et les progrès technologiques rapides des institutions financières permettaient de lancer des nouveaux produits et donc de consentir des crédits, tout en rendant plus liquides des opérations de crédit qui l'étaient à peine.

À partir de 2007, le développement du secteur bancaire espagnol a été largement conditionné par l'étendue de la crise internationale et l'éclatement de la bulle du logement en Espagne. De la même manière, le manque de confiance des marchés financiers a réduit l'accès des banques espagnoles au financement sur les marchés internationaux.

En septembre 2008, avec l'effondrement de Lehman Brothers, le problème de la liquidité est devenu le facteur de différenciation le plus important de la crise, provoquant la fermeture des marchés de gros. L'impossibilité de placer des titres émis par des institutions financières a engendré des risques imprévisibles de défaillance de ces dernières. En résumé, la liquidité du marché a disparu et les entités financières ont fermé le robinet des crédits.

En Espagne, la crise a présenté (et présente encore) des caractéristiques singulières qui affectent particulièrement le financement des PME. D'une part, les défauts de paiement (des particuliers et chefs d'entreprise) ont eu des incidences non seulement sur la rentabilité des institutions financières (qui ont été contraintes de consentir davantage de crédits) mais également sur leur solvabilité, puisque ces défauts de paiement ont considérablement réduit leur potentiel d'autofinancement. D'autre part, la crise a principalement eu un effet sur les établissements d'épargne (« *cajas de ahorros* »), qui finançaient auparavant davantage les PME (en raison des liens traditionnellement plus étroits qu'ils entretiennent avec le terrain).

Au vu de ce qui précède, les principales caractéristiques de la crise actuelle par rapport aux PME en Espagne, qui affectent gravement leurs flux de trésorerie, peuvent être résumées comme suit : (i) offre plus réduite de fonds disponibles, toutes origines confondues (banques ou marchés boursiers) ; et (ii) durcissement des conditions de prêt (coût et échéances), compromettant ainsi la rentabilité, mais plus important encore, la survie des PME. Par conséquent, leur nombre a considérablement diminué suite aux cessations d'activité et à la baisse rapide du taux de création des PME.

Les problèmes des PME faisant appel à un financement externe ne sont pas un phénomène nouveau ni propre à l'Espagne. En général (et d'après l'abondante littérature économique), la cause de ces difficultés est (entre autres) liée à l'existence de frais fixes en matière d'attribution de crédits, qui se traduit par un coût unitaire plus élevé lors des opérations de moindre envergure. De la même manière, l'existence de grandes disparités en termes d'information entre fournisseurs et demandeurs de fonds par rapport à ce que l'on rencontre dans le cas d'opérations réalisées par des entreprises plus importantes entraîne une plus grande difficulté à évaluer le risque des

opérations pour les entreprises plus petites qui ont moins facilement accès à des biens pouvant être offerts en garantie dans le cadre d'opérations de crédit.

En outre, la situation économique et financière des PME est généralement plus vulnérable aux changements de cycles, car elles sont moins diversifiées et résistent moins bien aux chocs négatifs. La chute brutale de leurs résultats a réduit leur capacité à payer leurs dettes actuelles et futures, ce qui, ajouté à la difficulté croissante qu'éprouvent les prêteurs à évaluer le risque que présentent les projets individuels (dans un contexte de forte incertitude), a rendu plus difficile l'accès à des financements externes. Par ailleurs, les chances des PME d'obtenir des fonds internes sont limitées en raison de la réduction de leurs bénéfices.

Préoccupés par ces difficultés, ces dernières années, les gouvernements successifs ont mis en place diverses mesures cycliques afin de juguler le problème de liquidité<sup>11</sup>. La mesure la plus répandue consiste à étendre les prêts et garanties publics. Dans de nombreux cas, les gouvernements ont également pris des mesures pour alléger les problèmes de liquidité, réduire les délais de paiement dans le secteur public ou améliorer la génération de flux de trésorerie, en réduisant l'imposition des petites entreprises.

Parmi ces mesures, s'agissant des lignes de médiation ICO<sup>12</sup> accordées par l'Institut de crédit officiel d'Espagne, le gouvernement espagnol a : (i) étendu le nombre de lignes de médiation ; (ii) augmenté le montant des financements actuels ; (iii) introduit une ligne de médiation ICO destinée aux PME et aux travailleurs indépendants au titre de laquelle l'ICO assume la totalité du risque lié à l'opération ; et (iv) créé un service de conseil pour les PME et les travailleurs indépendants qui se sont vu refuser des prêts, afin d'améliorer leur accès au financement. En outre, le taux d'imposition des entreprises dont le chiffre d'affaires est inférieur à 5 millions d'euros a été réduit.

Malgré ces mesures, les conclusions de l'enquête sur l'accès des PME au financement, réalisée au deuxième trimestre 2012 par le Conseil supérieur espagnol des chambres de commerce (CSC), sont désastreuses<sup>13</sup> : 30 % des opérations demandées par les PME ont été refusées, représentant une diminution de 10 % rien que par rapport au premier trimestre de l'année. En outre, le nombre de PME ayant demandé des prêts bancaires représentait près de la moitié de la moyenne des PME

<sup>11</sup> Voir le rapport de l'OCDE intitulé « L'impact de la crise mondiale sur le financement des PME et de l'entrepreneuriat et les réponses en termes d'action des pouvoirs publics », qui met en avant des recommandations à l'égard des gouvernements concernant les moyens de faire face aux carences déjà anciennes de l'environnement financier des PME et préparer les PME et les entrepreneurs pour une phase de croissance fondée sur l'innovation. E rapport est disponible à l'adresse <http://www.oecd.org/fr/cfe/pmeetentreprenariat/43183145.pdf>.

<sup>12</sup> L'Institut de crédit officiel d'Espagne (« *Instituto de Crédito Oficial* » ou « ICO ») élabore un ensemble de mesures visant à faciliter l'activité économique et commerciale. Entre autres objectifs, il vise à faciliter l'accès au financement en cas de création ou de regroupement de PME. De la même manière, la « *Compañía Española de Refinanciación del Desarrollo* » d'Espagne (CERSA) assure le deuxième niveau de garantie publique pour les prêts accordés par des sociétés de caution mutuelle aux PME qui ont besoin de garanties supplémentaires pour obtenir un accès au financement.

<sup>13</sup> Voir :

[http://www.camaras.org/publicado/shop/prod\\_38/estudios/pdf/encuesta\\_finan/2009/informe\\_financiacion\\_pymes\\_2\\_trimestre\\_2012.pdf](http://www.camaras.org/publicado/shop/prod_38/estudios/pdf/encuesta_finan/2009/informe_financiacion_pymes_2_trimestre_2012.pdf)

en ayant fait la demande en 2010 et 2011. Au total, bien moins de PME ont demandé un financement et le pourcentage des demandes acceptées a baissé.

Au-delà de ces politiques sectorielles palliatives, l'accès au crédit pour les PME aura tendance à s'améliorer à mesure que le processus de restructuration financière progresse et que les incertitudes entourant les perspectives économiques nationales et internationales, notamment celles associées aux problèmes découlant de la crise de la dette souveraine en Europe, s'estompent.

Mais même dans un scénario d'amélioration des perspectives macroéconomiques, l'accès au crédit sera conditionné par le besoin d'aller de l'avant dans le processus de désendettement du secteur privé et par d'autres facteurs tels que l'impact potentiel des nouveaux accords de Bâle III.

Les mesures en cours d'adoption devraient inclure des mécanismes améliorant les perspectives des PME espagnoles en expansion. Ceci impose de renforcer les voies et instruments apportant des financements à long terme et de chercher des solutions au problème pressant du manque de liquidité dont dépendra le futur des PME espagnoles.

*\*Alberto Álvarez Marín, du cabinet Mariscal & Asociados, Madrid (Espagne)*

x x x  
x

35

## Insolvabilité / ÉTATS-UNIS

# Tu ne m'entends pas frapper à la porte<sup>14</sup> ? La redoutable demande de paiement préférentiel

*Les sages conseils de David Conway\**

Vous êtes au bureau, en train de finir votre café du matin, quand vous recevez un message électronique du directeur financier de la filiale américaine de votre société. Une lettre d'un cabinet d'avocats américain est jointe au message. Instinctivement, vous savez que ce sont de mauvaises nouvelles. En l'ouvrant, vous découvrez que c'est une lettre du conseil d'un administrateur nommé dans le cadre d'une affaire de faillite fondée sur le Chapitre 11. Cher créancier, l'administrateur vous demande de rembourser les montants que vous avez reçus du

<sup>14</sup> *Can't you hear me knocking?* est le titre d'une chanson des Rolling Stones (N. de la T.).

débiteur placé sous la protection du Chapitre 11 (le client de votre filiale américaine) il y a plus de deux ans... — c'est la fameuse demande de paiement préférentiel. Mais, si vous remboursez 80 % de ce montant dès aujourd'hui, proposez la lettre, on vous laissera tranquille.

Votre directeur financier américain a déjà mentionné cet aspect de la loi américaine dite du « Chapitre 11 », mais c'est la première fois que vous y êtes confronté. Ôtez-moi d'un doute : en vertu du droit de la faillite des États-Unis, un débiteur placé sous la protection du Chapitre 11 peut obtenir le remboursement forcé des montants qu'il a payés à notre filiale américaine dans les quatre-vingt-dix jours précédant le dépôt d'une requête fondée sur le Chapitre 11 ? Oui, j'ai lu des articles écrits par des juristes américains que mon directeur financier m'avait envoyés, mais notre ancien client veut que nous lui remboursions 350 000 USD, ce qui réduira la contribution de notre filiale américaine, aura des répercussions importantes sur nos prévisions de bénéfices pour l'année, et nous imposera de constituer une provision au titre de pertes potentielles.

Vous téléphonez sur-le-champ à votre directeur financier pour évaluer les dégâts. Il vous indique avoir étudié le dossier du client et les avis officiels qu'il a reçus du tribunal de la faillite des États-Unis concernant l'affaire fondée sur le Chapitre 11. Il vous confirme qu'une déclaration de créance correspondant à des factures impayées a été déposée auprès du tribunal. Ceci enregistre la créance de notre filiale américaine, ce qui fait que nous sommes sur la liste des paiements. Votre directeur financier vous rappelle également que la filiale a expédié des marchandises que le client a reçues dans les vingt jours du dépôt de sa requête en insolvabilité. Par conséquent, votre déclaration de créance porte également sur une « créance administrative »<sup>15</sup> au titre de ces factures. Votre conseil américain vous a indiqué qu'une créance administrative bénéficie d'un paiement prioritaire, au même rang que les honoraires, qui semblent toujours être payés.

36

D'après votre directeur financier, la prochaine étape consiste à analyser les moyens de défense que vous pourriez invoquer pour contester le prétendu « paiement préférentiel » que le client a effectué en faveur de votre filiale américaine. Le droit de la faillite des États-Unis prévoit apparemment des moyens de défense qui sont fréquemment utilisés par les fournisseurs : le moyen de la « valeur ajoutée subséquente » et le moyen du « cours normal des affaires ».

Vous relisez le mémorandum du juriste américain que votre directeur financier vous a transmis. D'après ce mémorandum, la « valeur ajoutée subséquente » signifie que d'autres marchandises ont été expédiées après la réception du paiement en question. La « valeur ajoutée » est un moyen de défense objectif et facile à prouver, généralement fondé sur la production de copies des factures. Les administrateurs de débiteurs placés sous la protection du Chapitre 11 acceptent généralement un « crédit » proportionnel (« dollar pour dollar ») à ce titre. La filiale américaine a expédié des marchandises valant 125 000 USD, considérées comme « valeur ajoutée », ce qui réduit l'exposition de 350 000 à 225 000 USD. Le moyen de défense du « cours normal des affaires » offrira-t-il une protection contre le remboursement des 225 000 USD restants ?

---

<sup>15</sup> L'article 503(b)(9) du Code de la faillite des États-Unis définit une « *administrative claim* » comme suit (nous traduisons) : « valeur des marchandises reçues par le débiteur dans les vingt jours précédant la date de commencement d'une affaire fondée sur [le Chapitre 11] dans le cas où lesdites marchandises ont été vendues au débiteur dans le cours normal des affaires de celui-ci » (N. de la T.).

Ce moyen de défense semble plus aléatoire. Son principe est que les paiements que l'administrateur cherche à recouvrer ont été effectués dans le « cours normal des affaires », ce qui empêche leur remboursement. Toutefois, ce moyen de défense est plus subjectif, parce que les tribunaux de la faillite des États-Unis ont rendu des décisions contradictoires sur les éléments permettant de déterminer si un paiement est « ordinaire » ou non. L'une des questions principales est de savoir si les paiements concernés ont été effectués régulièrement en comparaison avec l'historique des paiements effectués par le débiteur à notre filiale américaine. Si, au cours de l'année passée, notre client, devenu débiteur placé sous la protection du Chapitre 11, nous a payés avec cinq à dix jours de retard par rapport aux modalités exposées sur la facture, et que les paiements en question ont eux aussi été versés avec cinq à dix jours de retard, nous devrions disposer d'un argument solide de « cours normal des affaires ». Dans notre affaire, le problème est qu'environ un mois avant que notre client dépose une requête au titre du Chapitre 11, nous l'avions vu venir. Notre directeur financier a modifié les modalités de paiement, les faisant passer de trente jours nets à dix, et a réduit sa ligne de crédit de 50 %. Nous étions heureux d'avoir grandement réduit notre exposition en prenant ces mesures. L'inconvénient est que les paiements effectués durant cette période d'un mois ne seront probablement pas considérés comme étant intervenus dans le « cours normal des affaires » parce qu'ils ne correspondent pas aux habitudes de paiement historiques.

37

Votre directeur financier ressort les factures des expéditions effectuées dans le cours de l'année passée et analyse l'historique des paiements. Disposons-nous d'un argument de « valeur ajoutée » ? Pouvons-nous avancer celui du « cours normal des affaires » ? Ça a l'air plutôt solide, sauf pour les trente derniers jours. Il est temps d'appeler le conseil de l'administrateur pour tirer les choses au clair. L'administrateur accepte d'étudier notre dossier et nos arguments en vue d'un éventuel règlement à l'amiable. Ainsi, nous envoyons par courrier électronique au conseil de l'administrateur un fichier pdf exposant nos expéditions ultérieures et l'historique des paiements. Étant donné que le délai de prescription pour le dépôt d'une demande de paiement préférentiel par l'administrateur arrive bientôt à expiration, nous recevons rapidement une réponse nous indiquant que l'administrateur a étudié les informations que nous avons fournies et accepte de déduire de sa demande le montant des expéditions constituant une « valeur ajoutée ». Par contre, l'administrateur n'adhère pas à notre argument du « cours normal des affaires »... et c'est à nous qu'il incombe d'apporter les preuves nécessaires. L'administrateur table sur le fait que nous ne voudrions pas encourir les dépenses liées à un procès et que nous préfererons un règlement amiable. Il nous propose de procéder à un règlement à hauteur de 80 % des 225 000 USD, avec paiement immédiat.

À titre d'« incitation » supplémentaire pour nous encourager à accepter cette proposition, l'administrateur insiste également sur le fait que nous n'avons droit à aucune distribution au titre de notre créance chirographaire, ni de notre « créance administrative » des vingt jours... sauf si nous trouvons une solution à cette demande de paiement préférentiel. En d'autres termes, l'administrateur utilise son pouvoir d'influence pour nous soutirer davantage d'argent. Vous ne vous attendiez pas à une situation aussi complexe. Il est temps d'appeler votre avocat !

Que dit l'administrateur ? A-t-il le droit de faire ce qu'il dit ? Ne pas payer notre créance administrative ? Ni notre créance chirographaire ? Expliquez-moi ça !

L'administrateur se fonde sur l'article 502(d) du Code de la faillite, qui dispose :

« [...] le tribunal rejettera toute créance présentée par une entité [...] bénéficiaire d'une cession pouvant être évitée au titre des articles [...] 547, 548 [...] sauf si ladite entité ou ledit bénéficiaire a payé le montant [...] que ledit [...] bénéficiaire est tenu de payer [...]. »

L'administrateur affirme que le terme « toute créance » inclut manifestement notre créance chirographaire et notre créance administrative et que celles-ci ne pourront être payées tant que nous ne serons pas convenus d'un règlement concernant le paiement préférentiel allégué. Votre avocat vous informe de la récente opinion rendue au Delaware par le juge Walrath dans l'affaire *Giuliano v. Mitsubishi Electronics America, Inc.* Dans cette affaire, Mitsubishi a déposé dans les délais une déclaration de créance concernant entre autres une créance chirographaire ordinaire de 569 107 USD et une créance administrative de 829 393 USD. Le débiteur exerçait ses activités sous la dénomination « Ultimate Electronics » dans quarante-six points de vente au détail, principalement situés dans les États de l'Ouest et du Mid-Ouest des États-Unis.

Le 19 juillet 2011, l'administrateur d'Ultimate Electronics a entamé une action en paiement préférentiel à l'encontre de Mitsubishi pour recouvrer 4 744 787 USD et pour également faire « rejeter » sa créance chirographaire ordinaire de 569 107 USD et sa créance administrative de 829 393 USD, dans les deux cas au titre de l'alinéa 502(d) susmentionné. Mitsubishi a déposé une requête sollicitant le rejet de la demande de l'administrateur, au motif qu'elle ne précisait pas quelle entité débitrice avait effectué les paiements préférentiels allégués à Mitsubishi et que la tentative de rejet des créances de Mitsubishi par l'administrateur n'était pas fondée.

38

Le tribunal de la faillite des États-Unis a fait droit à la demande de Mitsubishi et a rejeté la demande de paiement préférentiel, tout en accordant à l'administrateur la possibilité de modifier sa demande pour que les parties puissent s'entendre. Ce faisant, le tribunal a également déclaré que l'article 502(d) n'était pas applicable en l'absence de « décision judiciaire » portant sur la demande de paiement préférentiel. L'existence d'une potentielle créance préférentielle ne permet pas à elle seule à un administrateur de retenir une distribution au titre d'une créance chirographaire ou d'une créance administrative. L'administrateur ne peut invoquer l'article 502(d) avec succès que s'il obtient une décision judiciaire concernant sa demande. Il est rare qu'une créance préférentielle aille jusqu'au jugement, puisque la plupart d'entre elles sont réglées à l'amiable entre les parties.

Suite à la décision du tribunal de la faillite des États-Unis dans l'affaire Mitsubishi, l'administrateur a déposé une demande modifiée à l'encontre de Mitsubishi pour recouvrer des paiements préférentiels allégués d'environ 4,8 millions de dollars. Toutefois, contrairement à la demande initiale, la demande modifiée ne cherchait pas à faire rejeter les créances de Mitsubishi à l'encontre du débiteur placé sous la protection du Chapitre 11 au titre de l'article 502(d).

Il est clair que la décision du tribunal de la faillite des États-Unis apporte davantage de pouvoir aux défendeurs dans le cadre d'affaires de paiement préférentiel dans le monde entier, améliorant la capacité des créanciers à contester ces demandes sans pour autant compromettre la valeur de leurs créances à l'encontre d'un débiteur placé sous la protection du Chapitre 11 correspondant à des marchandises impayées.

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

# Le règlement européen sur l'insolvabilité (REI) et la « loi type » de la CNUDCI

*Paul Omar\* s'interroge : Conflit, coopération ou coordination ?*

Les principaux textes internationaux traitant de l'insolvabilité transfrontalière sont peu nombreux<sup>16</sup> : il existe l'instrument de droit mou qu'est la loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale de 1997 (la « loi type ») et le règlement européen sur l'insolvabilité de 2000 (le « REI »). Une autre initiative du Conseil de l'Europe, qui a débouché sur l'adoption de la Convention d'Istanbul en 1990, est restée lettre morte. La principale différence entre les deux instruments existants est leur champ d'application : le REI s'applique au sein de l'Union européenne (exception faite du Danemark), tandis que la loi type est à vocation universelle. Ces deux textes s'articulent autour des notions de centre des intérêts principaux (« CIP ») et d'établissement, conférant une compétence de deux sortes : principale et secondaire, selon la terminologie du REI, ou principale et non principale, selon la loi type. En fonction du type de compétence, il y aura des différences entre les recours disponibles et les effets de la reconnaissance, bien que les deux textes présentent des caractéristiques et procédures similaires, quoique obligatoires dans le contexte du REI et pour la plupart discrétionnaires dans celui de la loi type.

39

Le REI prévoit également une « constellation » paradigmatique, visant à hiérarchiser et coordonner les procédures impliquant le même débiteur, la loi type contenant quant à elle une structure similaire mais plus légère. Ces deux textes présentent toutefois des différences importantes, notamment en ce qui concerne les règles de conflit de lois et les règles d'exclusion, qui existent uniquement dans le REI, tandis que les dispositions de coopération figurant au chapitre IV de la loi type sont radicalement différentes de la formulation abrégée de l'article 31 du REI et de l'obligation de coopération qu'il énonce. Il arrive parfois que les deux textes soient potentiellement applicables au même débiteur, au vu de l'effet de la mondialisation sur l'organisation des entreprises internationales et de la prévalence croissante des procédures transfrontalières dont elles font l'objet. Ainsi, se pose la question de savoir comment les différences entre ces textes se traduisent en éventuels conflits et comment la coopération et la coordination peuvent avoir lieu dans le cas d'une applicabilité potentielle des deux textes.

Au sein de l'Union européenne, la réponse est simple. L'article 10 du Traité instituant la Communauté européenne exigeait que les États membres prennent toutes les mesures possibles pour assurer l'exécution de leurs obligations découlant du traité, confirmant ainsi la primauté des

---

<sup>16</sup> Cet article est un résumé de l'exposé présenté lors du cours pratique d'insolvabilité mondiale d'INSOL International à Singapour, 11 mars 2011.

instruments juridiques européens sur les instruments nationaux<sup>17</sup>. La loi type est évidemment destinée à être transposée en droit national ; elle reconnaît la possibilité de conflit dans son article 3, qui subordonne le texte à tout autre traité ou accord auquel l'État concerné est partie. Étant donné que seuls quelques États membres de l'Union européenne ont adopté la loi type<sup>18</sup>, les probabilités de conflit sont réduites, mais une autre question se pose : ses dispositions peuvent-elles être invoquées, même dans les cas où le REI s'applique, surtout quand les différences entre les deux sont grandes ? Les avis semblent majoritairement négatifs, bien que la loi type (à l'article 7) n'interdise pas de fournir une assistance additionnelle à un représentant étranger en vertu d'autres règles nationales, tandis que le REI, pour sa part, n'évoque que les obligations résultant de conventions antérieures et compatibles (ce qui inclut l'article 426 de la loi britannique de 1986 sur l'insolvabilité dans le cas du Royaume-Uni), auxquelles le REI ne s'applique pas. Le REI ne se prononce pas sur les obligations nées postérieurement. On pourrait partir du principe qu'en l'absence de conflit, rien n'interdirait à un tribunal national d'utiliser les règles de la loi type : les dispositions du chapitre IV, bien plus élaborées et exhaustives que l'article 31 du REI<sup>19</sup>, sont l'exemple qui vient à l'esprit. La reconnaissance de ces différences, qui a eu lieu dans le cadre de certaines affaires anglaises<sup>20</sup>, implique qu'il est possible, en théorie, d'appliquer concomitamment les deux textes. Cependant, une approche plus uniforme et cohérente ne serait vraiment possible que si davantage d'États membres de l'Union européenne adoptaient la loi type.

Au-delà des frontières de l'Union européenne, il pourrait y avoir conflit, surtout au vu de la flexibilité du critère du CIP, qui est particulièrement propice à manipulation. L'application extraterritoriale du REI au moyen d'une interprétation favorable du CIP est une possibilité, agitant le spectre de la concurrence en matière de compétence dans le cas d'une entité unique présente au sein de l'Union européenne et hors de celle-ci<sup>21</sup>. Cette question se pose particulièrement dans le cas des groupes d'entreprises, car les paradigmes de compétence des deux textes ne correspondent pas à leurs besoins. En Europe, on a commencé à manipuler le CIP pour réunir en un même lieu les procédures impliquant des filiales et celles impliquant leur société mère. Les praticiens britanniques, pionniers de cette pratique, tentaient ainsi de pallier deux difficultés perçues du cadre prévu par le REI : la possibilité d'une myriade de procédures (et des frais que cela entraîne), ainsi que la limitation aux procédures de liquidation dans le cas des procédures secondaires, réduisant ainsi la synergie de sauvegarde potentielle, ce qui est particulièrement préjudiciable si les actifs d'un groupe sont vendus ensemble à un acquéreur unique.

40

<sup>17</sup> L'article 4 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne est rédigé légèrement différemment mais contient une disposition en l'essence similaire qui exige que les États membres n'empêchent pas l'Union d'exercer ses compétences. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:0200:fr:PDF>

<sup>18</sup> Grèce, Pologne, Roumanie, Slovaquie et Royaume-Uni. En Europe, mais hors de l'Union, le Monténégro et la Serbie ont également adopté ce texte.

<sup>19</sup> Fait intéressant, les directives européennes de communication et de coopération d'INSOL Europe (2006), en cherchant à donner corps au fonctionnement de l'article 31, s'inspirent clairement de certaines des dispositions du chapitre IV.

<sup>20</sup> *McMahon & Ors v McGrath & Ors* [2005] EWHC 2125 ; *Re Nortel Networks SA & Ors* [2009] EWHC 206.

<sup>21</sup> Voir, du même auteur que cet article, *The Extra-Territorial Reach of the European Insolvency Regulation* [2007] 2 ICCLR 57.



Ces techniques ont également bien fonctionné dans le contexte des groupes internationaux, surtout ceux issus d'Amérique du Nord, qui disposent de filiales établies en Europe utilisant le Royaume-Uni comme tête de pont, probablement à cause du sentiment de communauté de langue et de culture juridique. Dans certains cas, la synergie de sauvegarde a été améliorée en réunissant les procédures impliquant les entités européennes du groupe au Royaume-Uni et en ouvrant concomitamment une procédure fondée sur le Chapitre 11 aux États-Unis pour les entités d'Amérique du Nord, la coordination entre les procédures britanniques et américaine étant améliorée, entre autres, par les communications entre les tribunaux et les mandataires concernés et, parfois, par la nomination conjointe des mandataires<sup>22</sup>. Une variante de cette technique consiste à entamer des procédures dans d'autres États et à avoir recours à des protocoles transfrontaliers pour régir l'interaction de ces procédures entre l'État concerné et les États-Unis<sup>23</sup>.

L'ouverture d'une procédure en vertu d'une demande de reconnaissance au titre de la loi type est également une éventualité, admise dans certains États, qui augmenterait la possibilité de coordination ultérieure entre les procédures impliquant le même débiteur<sup>24</sup>. Ainsi, l'application de la loi type à des procédures hors de l'Union européenne et à des demandes de reconnaissance provenant de l'étranger adressées à des tribunaux européens, et l'utilisation simultanée du REI au sein de l'Union européenne sont plus qu'une simple possibilité théorique. De la même manière, si une procédure est déjà ouverte au sein de l'Union européenne, les demandes de reconnaissance déposées auprès de tribunaux d'autres pays en vertu de la loi type entraîneraient également une application concomitante des deux textes. À ce jour, les exemples de demandes de reconnaissance, qu'elles soient à destination de l'Union européenne ou de pays situés hors de celle-ci, n'ont révélé aucune contradiction dans l'utilisation de ces textes, même si leur champ d'application est manifestement différent.

En outre, jusqu'à présent, on n'a jamais observé d'ensembles distincts de procédures non coordonnées (au sein de l'Union européenne et hors de celle-ci). Globalement, cela suggère qu'une stratégie délibérée de coopération est suivie de manière à maximiser la possibilité de sauvegarde coordonnée, surtout dans le cas des groupes internationaux.

Toutefois, la possibilité demeure que deux procédures concurrentes impliquant le même débiteur (ou groupe de débiteurs) sollicitent une reconnaissance auprès du même tribunal. L'éventuelle concurrence entre tribunaux européens et étrangers a déjà été évoquée ci-dessus. Il est moins probable (mais pas impossible) qu'une telle concurrence survienne entre tribunaux au sein de l'Union européenne, surtout après l'arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire *Eurofood*<sup>25</sup>. Il est peut-être plus probable que, si la manipulation du CIP en vue d'imposer un cadre géographique unique ne fonctionne pas totalement, comme dans l'affaire *Re Collins & Aikman*, deux ensembles de procédures voient le jour, sollicitant dans chaque cas une reconnaissance ou l'assistance d'un tribunal étranger.

<sup>22</sup> Par exemple : *Re Brac Rent-A-Car International Inc.* [2003] EWHC 128 ; *Re Daisytek-ISA Limited and others* [2003] BCC 562 ; *Re Collins & Aikman Europe SA and others* [2006] EWHC 1343.

<sup>23</sup> Citons par exemple les tribunaux canadiens dans l'affaire *Nortel* (note 5 ci-dessus).

<sup>24</sup> *Millhouse Capital UK Ltd & Anor v Sibir Energy Plc & Ors* [2008] EWHC 2614.

<sup>25</sup> *Eurofood IFSC Limited (Case C341/04)* [2006] BCC 397 est un bel exemple de tentative de concurrence en matière de compétence à l'intérieur de l'Union, dans l'affaire de la filiale d'un groupe d'entreprises (Parmalat).

Jusqu'à présent, on ne connaît pas d'exemple de cette situation en termes de demande de reconnaissance issue de l'Union européenne, mais il existe au moins un cas de demandes étrangères concurrentes, dans l'affaire *Re Stanford*<sup>26</sup>. La possibilité de manipulation du CIP ne fait qu'ajouter un niveau de complexité à ces affaires.

En fin de compte, malgré la possibilité (théorique ou réelle) de conflit, il s'avère que la tendance des tribunaux et mandataires penche jusqu'à présent plutôt en faveur de la coopération et de la coordination. Toutefois, il ne faut pas pour autant crier victoire.

Aujourd'hui, il n'existe que deux textes, qui peuvent susciter des controverses mais qui semblent se rapprocher dans les examens auxquels ils sont actuellement soumis, en particulier en ce qui concerne la recherche de meilleures définitions du critère juridictionnel et le traitement du phénomène des groupes d'entreprises. Toutefois, au vu de la possibilité de développement d'instruments régionaux, une matrice factuelle plus complexe pourrait voir le jour à l'avenir, ce qui nécessitera sans aucun doute l'élaboration et le maintien d'une plus grande culture de l'assistance et de la coopération, dans laquelle les juges et mandataires doivent jouer un rôle.

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

x x x  
x

42

## Insolvabilité / DANEMARK

# Les droits sur moteurs d'aéronef en droit danois

*Dennis Højslet\* nous présente qui possède quoi dans l'industrie aéronautique*

Le 3 mai 2012, une procédure d'insolvabilité a été ouverte à l'encontre de la compagnie aérienne danoise Cimber Sterling A/S, société cotée au NASDAQ OMX. Henrik Sjørnslev (du cabinet Lett) est l'un des administrateurs nommés par le tribunal.

Les moteurs d'un aéronef peuvent représenter jusqu'à 80 % de la valeur totale d'un bimoteur de transport de passagers. Les moteurs sont donc un point clé naturel dans le financement de toute compagnie aérienne commerciale et les parties à l'opération ont tout intérêt à déterminer les droits qui y sont attachés. Toutefois, il faut savoir que les moteurs sont interchangeables au sein de la flotte et que ces changements interviennent souvent.

D'après la documentation sur les moteurs, les administrateurs ont établi que les moteurs avaient « migré » continuellement d'un aéronef à un autre dans le cadre de l'optimisation des opérations

<sup>26</sup> Re Stanford International Bank Ltd & Ors [2009] EWHC 1441.

quotidiennes de la compagnie aérienne. Lorsqu'un moteur devait subir des opérations d'entretien, il était enlevé et remplacé par un autre. Lorsque le premier moteur revenait de l'entretien, il servait généralement de moteur de remplacement au moteur suivant qui partait à l'entretien. Les bailleurs et créanciers hypothécaires étaient informés des migrations des moteurs et n'y avaient pas d'objection : de fait, ils les autorisaient souvent explicitement.

Toutefois, l'article 22 de la loi danoise sur l'enregistrement des droits sur aéronefs (la « loi ») définit un « aéronef » comme étant constitué du fuselage et des accessoires, c'est-à-dire des moteurs, hélices, etc., montés sur l'aéronef ou des accessoires temporairement séparés de celui-ci, et précise que ces accessoires ne peuvent pas faire l'objet de droits distincts, qu'il s'agisse de droits de propriété ou de droits de créanciers hypothécaires.

Cet article est le fondement juridique de nombreuses controverses dans la procédure d'insolvabilité Cimber. Les droits conflictuels sur un moteur donné sont en général les droits du propriétaire / bailleur du moteur, ceux du propriétaire de l'aéronef, de son créancier hypothécaire et, dans certains cas, des créanciers chirographaires.

Le litige repose sur une divergence entre la formulation de la loi (et de la Convention de Genève relative à la reconnaissance internationale des droits sur aéronef sous-jacente) et les travaux préparatoires de la loi.

Selon la formulation de la loi, et selon l'interprétation qu'en font les administrateurs, tout accessoire / moteur monté sur le fuselage fait partie intégrante de l'aéronef et les droits sur l'aéronef éteignent tout droit contraire sur l'accessoire / le moteur (principe d'intégration).

43

Les bailleurs des moteurs, en particulier, ne sont pas d'accord avec cette interprétation de la loi. Selon eux, l'article 22 ne s'applique qu'aux accessoires / moteurs installés de manière permanente dans le fuselage.

En outre, en 2008-2009, une autre affaire danoise s'est déjà penchée sur l'article 22 de la loi. Dans cette affaire, la Haute Cour de l'Est du Danemark avait déclaré que les droits d'un créancier lésé sur les accessoires en question n'avaient pas été éteints par les droits sur l'aéronef dans lequel ils avaient été fautivement installés. À première vue, ce jugement semble contredire l'interprétation que font les administrateurs de l'article 22 de la loi (principe d'intégration), mais cela serait compter sans les détails : le tribunal de la faillite de Roskilde avait statué sur l'affaire en première instance et n'avait pas conclu que les accessoires en question avaient été installés *temporairement* seulement dans l'aéronef, et avait par conséquent conclu que les droits sur l'aéronef avaient éteint les droits sur les accessoires.

La Haute Cour de l'Est du Danemark a indirectement annulé cette interprétation en déclarant que, au titre de l'article 22, les droits sur l'aéronef couvraient également les accessoires qui y étaient installés, et qu'aucun droit contraire sur ces accessoires ne pouvait rester en vigueur, conformément au principe d'intégration avancé par les administrateurs. Malgré cela, la Haute Cour, dans cette affaire, a permis une dérogation en raison des manœuvres frauduleuses de la direction, type de dérogation fréquent dans la jurisprudence danoise en ce qui concerne l'extinction / les conflits de droits.

Peu après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité à l'encontre de Cimber Sterling A/S, les créanciers ont entamé des actions en recouvrement devant les juridictions chargées de l'exécution, auxquelles les administrateurs se sont opposés au motif que le titre de propriété des créanciers sur les moteurs avait été éteint en application du principe d'intégration.

À titre préliminaire, on peut conclure, du point de vue juridique, que le principe d'intégration qui repose au cœur du litige est fortement contesté et que ce contentieux pourrait durer jusqu'à ce que les Hautes Cours danoises rendent des décisions très claires ou jusqu'à ce que l'affaire soit portée devant la Cour suprême du Danemark.

L'issue de ces litiges pourrait avoir des répercussions profondes sur l'avenir du financement des aéronefs sur le marché danois et de la gestion de flotte par les compagnies aériennes danoises.

*\*Dennis Højslet, est avocat au sein du cabinet Lett*

X X X  
X

## Insolvabilité / RESTRUCTURATION DE DETTE

# Accords de sortie et restructuration de dette

44

*Présentation de la décision rendue dans l'affaire Assénagon Asset Management SA c/ Irish Bank Resolution Corporation Ltd (anciennement Anglo Irish Bank Corporation Ltd)*

*Par **Ronan McNabb**, Nabarro LLP, Londres*

La Haute Cour d'Angleterre et du Pays de Galles a récemment statué sur le recours aux accords de sortie en rapport avec une offre d'échange dans le cadre d'une restructuration de dette, dans le cas où l'émission initiale d'obligations était régie par le droit anglais.

### Contexte

Entre septembre 2009 et avril 2010, Assénagon Asset Management SA (la « demanderesse »), fonds de crédit allemand, a acquis des notes subordonnées d'Anglo Irish Bank Corporation Limited (la « banque ») pour un montant total dépassant tout juste 17 millions d'euros. Cette émission portait sur des notes à taux variable arrivant à échéance en 2017 (les « notes à échéance 2017 ») émises par la banque le 15 juin 2007 en vertu des termes d'un acte de fiducie en date du 15 août 2001 (l'« acte de fiducie »). L'acte de fiducie était régi par le droit anglais et contenait une clause d'attribution de compétence en faveur des tribunaux anglais.

Le 21 octobre 2010, la banque a annoncé des offres d'échange concernant un certain nombre de ses notes subordonnées, dont les notes à échéance 2017. À ce titre, elle proposait d'échanger les

notes à échéance 2017 contre de nouvelles notes non subordonnées au taux de 0,20 euro pour 1 euro. Dans son annonce, la banque indiquait également qu'elle convoquerait une assemblée invitant les détenteurs de notes à échéance 2017 à approuver, au moyen d'une résolution extraordinaire (la « résolution »), des propositions de modification des modalités des notes à échéance 2017, donnant notamment le droit à la banque de rembourser les notes à échéance 2017 non échangées au taux de 0,01 euro pour 1 000 euros à tout moment une fois la date limite d'échange passée. Le calendrier exposé dans l'annonce précisait que la banque indiquerait si elle décidait d'accepter ou non les offres d'échange seulement un jour avant l'assemblée lors de laquelle la résolution serait proposée.

L'annonce ne prévoyait aucune prime en sus de la valeur boursière des notes à échéance 2017 à titre d'incitation, mais l'effet combiné de l'offre d'échange et de la dissuasion que constituait la résolution connexe visant à permettre à la banque de rembourser les notes à échéance 2017 (qui n'auraient pas été échangées) contre 1/100 000<sup>e</sup> de leur valeur nominale a suffi à garantir que 92,03 % des détenteurs de notes à échéance 2017 en termes de valeur proposent d'échanger leurs notes et s'engagent conditionnellement à voter en faveur de la résolution avant la date limite du 19 novembre 2010.

La banque a notifié son acceptation de toutes les notes proposées à l'échange le 22 novembre 2010. La résolution a été adoptée le lendemain, par au moins la même majorité, lors de l'assemblée des détenteurs de notes à échéance 2017. Suite au règlement de l'échange des notes à échéance 2017 contre les nouvelles notes, la banque a exercé son droit nouvellement acquis de rembourser les notes à échéance 2017 restantes au taux de 0,01 euro pour 1 000 euros de valeur nominale. En conséquence, la demanderesse, qui n'avait pas proposé ses notes en échange ni voté lors de l'assemblée des détenteurs des notes à échéance 2017, a reçu 170 euros pour ses 17 millions d'euros de notes à échéance 2017.

La demanderesse souhaitait que le tribunal déclare que la résolution adoptée lors de l'assemblée des détenteurs de notes à échéance 2017 était invalide pour trois motifs indépendants mais liés :

- (1) La résolution revenait en l'essence à conférer à la banque le pouvoir d'exproprier les notes à échéance 2017 en échange d'une contrepartie purement symbolique. Elle outrepassait donc le pouvoir de la majorité en vertu de l'acte de fiducie.
- (2) À la date de l'assemblée des détenteurs de notes à échéance 2017, tous les détenteurs dont les voix ont été comptabilisées en faveur de la résolution détenaient leurs notes pour le compte de la banque. Par conséquent, leurs voix n'auraient pas dû être prises en considération, conformément aux modalités de l'acte de fiducie.
- (3) Même si elle était *ultra vires*, la résolution constituait un abus de pouvoir de la majorité votante, car :
  - (i) Elle ne conférait aucun bénéfice ou avantage concevable aux détenteurs de notes à échéance 2017 en tant que catégorie ; et
  - (ii) Elle affectait, et ne pouvait qu'affecter, les notes des détenteurs minoritaires qui n'avaient pas associé une offre de leurs notes à un engagement à voter en faveur de la résolution. Par conséquent, elle était à la fois léonine et injuste à l'encontre de cette minorité.

### *Ultra Vires*

La banque a concédé que la résolution constituait une abrogation de tous les droits, à l'encontre de la banque, des détenteurs dont les notes, à la date de l'assemblée des détenteurs de notes à échéance 2017, n'avaient pas fait l'objet d'un contrat d'échange contre de nouvelles notes. Par conséquent, il était convenu à l'unanimité que le pouvoir de la majorité d'adopter la résolution dépendait entièrement du fait qu'il entre ou non dans la définition énoncée dans l'acte de fiducie, à savoir « *approuver toute abrogation [...] relative aux droits des détenteurs de notes à l'encontre de l'émetteur.* »

La demanderesse avançait que ce pouvoir d'abrogation devait être interprété selon la doctrine *ejusdem generis*<sup>27</sup>, c'est-à-dire de la même manière que les autres pouvoirs énoncés par l'acte de fiducie, sans autoriser ce qui constituait fondamentalement un abandon total par la majorité, opposable à la minorité, de tous les droits des détenteurs de notes à l'encontre de la banque. Selon la demanderesse, aucun abandon total de la sorte n'aurait pu se faire au bénéfice des détenteurs de notes en tant que catégorie. En d'autres termes, selon une interprétation intentionnelle des pouvoirs de la majorité énoncés dans l'acte de fiducie, ceux-ci ne pouvaient en aucun cas constituer un pouvoir permettant simplement d'attribuer ce qui revenait en l'essence à une restitution directe des droits des détenteurs de notes à la banque.

Le juge Briggs a reconnu qu'il s'agissait d'un argument puissant, n'eût été une autre clause de l'acte de fiducie qui imposait un quorum précis pour un type de résolution extraordinaire portant sur la « *réduction ou l'annulation du principal des notes [...] ou du taux d'intérêt minimum y afférent.* » Le juge Briggs a conclu que cette clause empêchait toute interprétation délibérément restrictive du pouvoir d'approuver une abrogation visant à ce que le pouvoir d'abrogation puisse (dans des circonstances ne constituant pas un abus à un autre titre) s'étendre à tous les droits des détenteurs de notes à l'encontre de la banque.

46

### **Privation du droit de vote**

L'objectif visé par la privation du droit de vote relatif aux notes détenues effectivement par la banque ou pour son compte était d'empêcher un vote conçu pour servir les intérêts des détenteurs de notes afin qu'ils ne soient pas compromis par des votes servant les intérêts de la banque. Le juge Briggs partageait l'avis de la demanderesse, qui affirmait que l'applicabilité de cette interdiction devrait être étudiée à la date de l'assemblée des détenteurs de notes à échéance 2017 et non à chaque moment où les détenteurs de notes étaient amenés à prendre une décision. Le juge Briggs a également reconnu l'argument de la demanderesse selon lequel les notes à échéance 2017 proposées et acceptées à des fins d'échange étaient détenues au bénéfice de la banque à la date de l'assemblée.

La dernière question qui se pose à ce sujet est de savoir si le droit effectif prenant habituellement naissance en faveur de l'acheteur contractuel d'actions est un droit du type envisagé par l'interdiction énoncée dans l'acte de fiducie. Le juge Briggs a conclu que les contrats d'échange des notes à échéance 2017 prévoyaient un engagement exprès des vendeurs à voter en faveur

---

<sup>27</sup> Doctrine qui veut que les termes d'une liste non exhaustive ne désignent toutefois que des choses du même genre (N. de la T.).

d'une modification des modalités des notes à échéance 2017 lors d'une assemblée tenue le jour précédant la date de règlement, manière à servir les intérêts de la banque, et ne laissaient aucun pouvoir d'appréciation au vendeur. Il en a donc conclu que le droit effectif conféré par les contrats d'échanges entraînait parfaitement dans le champ d'application de l'interdiction énoncée dans l'acte de fiducie.

### **Abus de pouvoir**

Selon la banque, l'analyse correcte de sa proposition était qu'elle proposait une résolution applicable de manière égale à tous les détenteurs de notes, mais associée à une incitation annoncée ouvertement et non subrepticement, faite à tous les détenteurs de notes qui souhaitaient l'accepter, et qu'elle présentait pleinement et fidèlement les conséquences d'un refus. Selon elle, il ne pouvait être dit de la proposition dans son ensemble qu'il était impossible qu'elle soit au bénéfice des détenteurs de notes, en soulignant le taux d'acceptation de 90 % susmentionné.

Les précédents<sup>28</sup> sur lesquels la banque fondait son argumentation étaient tous des cas dans lesquels il n'était pas irrationnel de conclure que la proposition, sans tenir compte du bénéfice de l'incitation, était néanmoins susceptible en soi d'être considérée comme bénéfique à la catégorie de détenteurs donnés. Pourtant, le juge Briggs a effectué une distinction entre ces affaires et celle qu'il avait à trancher pour divers motifs et a conclu que la résolution n'était rien d'autre qu'une incitation négative visant à dissuader les détenteurs de notes de refuser l'échange proposé. Par ailleurs, la résolution était fondamentalement conçue pour anéantir plutôt qu'améliorer la valeur des notes à échéance 2017 et ne présentait en soit aucun bénéfice concevable pour les détenteurs de notes.

Le juge Briggs a conclu que l'accord de sortie, dans cette affaire, visait à intimider la minorité potentielle, tablant sur le fait que n'importe quel membre de cette catégorie refusant l'échange et votant contre la résolution craindrait de se retrouver totalement démuné. Il a déclaré que c'était justement ce type d'oppression que visaient les principes restreignant l'exercice abusif de pouvoirs contraignant les minorités.

Il a été suggéré que cette décision entraînerait un recours accru aux obligations régies par le droit des États-Unis plutôt qu'aux obligations régies par le droit anglais, et une augmentation des prétentions d'obligataires dont les titres ont perdu toute valeur à cause d'un recours à des accords de sortie. Toutefois, dans ce cas, l'accord de sortie se distingue des autres en ce qu'il s'agissait d'une coercition négative (et non d'une incitation positive) n'apportant aucune valeur aux détenteurs de notes minoritaires et de nature particulièrement agressive. Par conséquent, il se pourrait que cette affaire n'ait pas un impact aussi négatif que ce que l'on pouvait initialement craindre sur l'utilisation des accords de sortie en rapport avec des obligations régies par le droit anglais. Toutefois, il est utile de rappeler que les accords de sortie doivent être bien conçus et apporter de la valeur aux détenteurs de notes minoritaires.

---

<sup>28</sup> British American Nickel Corporation Ltd v MJ O'Brien Ltd [1927] ACAC 369, 96 LJPC 57, 136 LT 615 ; Goodfellow v Nelson Line (Liverpool) Ltd [1912] 2 Ch 324, 81 LJ Ch 564, 19 Mans 265 ; Sergio Barreiros Azevedo v Imcopa Importacao, Exportacao e Industria de Oleos Limitada [2012] EWHC 1849 (Comm).

## Actualités par pays

# Automne 2012

*Lettonie, Italie, Serbie, Espagne*

## Lettonie :

### Controverses autour des critères d'admission

*Par Edvīns Draba, collaborateur au sein du cabinet Bunkus (Lettonie)*

Début 2012, en Lettonie, un jugement très controversé a suscité de vifs débats et a failli provoquer un scandale international. Ce jugement impliquait la constitution d'un groupe de travail pour envisager d'éventuels amendements à la loi sur l'insolvabilité, et notamment un retour au critère du bilan qui avait été abandonné lorsque la loi sur l'insolvabilité avait été adoptée, en 2010. De fait, le groupe de travail a élaboré plusieurs propositions législatives qui, entre autres, sont incluses dans un projet de loi visant à résoudre divers problèmes posés par la loi sur l'insolvabilité et attendent d'être examinées par le Parlement.

Plus précisément, le 5 janvier 2012, le tribunal du district de Kurzeme de Riga a ouvert une procédure d'insolvabilité à l'encontre de la SIA<sup>29</sup> Palink, propriétaire de la première chaîne de supermarchés de Lettonie. Dans cette affaire, le tribunal a simplement établi que le débiteur avait échoué à contester la créance et que ses états financiers, montrant une solvabilité convaincante, n'étaient pas pertinents. À première vue, cette décision a été rendue en conformité avec la loi, qui ne contenait aucune disposition prévoyant d'évaluer la solvabilité réelle d'un débiteur, et se bornait à énoncer qu'une créance impayée constituait un critère d'admission valable.

Des sociétés influentes telles que la SIA DnB NORD Līzings et la SIA DHL Latvia ont déjà vu des procédures d'insolvabilité introduites à leur encontre, mais ont évité qu'elles soient ouvertes en présentant leurs états financiers, notamment des garanties des actionnaires concernant la disponibilité de moyens financiers permettant de couvrir toutes dépenses ou créances éventuelles. Ce procédé était permis au titre du critère du bilan, qui a servi à déterminer l'insolvabilité des débiteurs pendant près de vingt ans.

Désormais, à cause des changements relatifs aux critères d'admission, le seul moyen de défense dont dispose un débiteur consiste à déclarer l'existence d'un litige concernant la créance du demandeur. Pourtant, cela n'a pas aidé la SIA Palink.

Le point le plus controversé était que le tribunal a trouvé un moyen d'établir l'insolvabilité de la SIA Palink, bien que celle-ci ait âprement contesté la créance. Les affaires d'insolvabilité sont tranchées selon la procédure dite « d'adjudication spéciale », qui ne permet aucun différend entre

<sup>29</sup> SIA : société à responsabilité limitée (N. de la T.).



les parties. En cas de différend, le tribunal ne statue pas ou suspend la procédure jusqu'à ce que le différend soit tranché en suivant la procédure « relative aux actions en justice »<sup>30</sup>. Toutefois, cette règle a été quelque peu modifiée dans la pratique en matière d'insolvabilité : un débiteur doit présenter des objections motivées et ne peut pas se contenter de prétendre qu'il existe un différend. Néanmoins, il convient de conserver un équilibre rationnel à cet égard.

Le Sénat de la Cour suprême a cassé cette décision trois mois plus tard, suite à un pourvoi du procureur général, qui considérait que la décision empiétait trop sur la sphère des procédures fondées sur une action au civil.

Selon le législateur, ce problème doit être résolu en clarifiant le texte existant et non en revenant au critère du bilan. C'est la raison pour laquelle il est proposé de modifier la loi sur la procédure civile, en déclarant que la procédure d'insolvabilité concernant un débiteur ne sera pas commencée dans le cas où un différend porte sur les droits ou s'il est établi que le débiteur est capable d'honorer la créance exposée dans la demande d'ouverture de la procédure.

## **Italie :**

### **Nouvelles dispositions législatives concernant les petites entreprises**

49

*Par Giorgio Cherubini, associé au sein du cabinet Pirola Pennuto Zei & Associati, Rome (Italie)*

Le 26 juin 2012, le décret-loi n° 83 du 22 juin 2012 a été publié dans le supplément ordinaire n° 129 du Journal officiel (*Gazzetta ufficiale*). Son objectif principal est de soutenir la poursuite de l'activité dans les périodes de difficultés liées à la situation économique. Ce décret-loi s'intitule « *decreto sviluppo* » (décret de développement) concernant des « *misure urgenti per la crescita del paese* » (mesures d'urgence pour la croissance du pays).

Il apporte des modifications importantes au régime de TVA concernant la vente et la location de biens immobiliers et traite également de la loi sur l'insolvabilité, introduisant de nombreux changements dans l'actuelle procédure de négociation en cas de crise d'entreprise, en donnant le feu vert à la sauvegarde de l'entreprise par le biais de quelques nouvelles règles concernant le concordat avec les créanciers (*concordato preventivo*).

Le débiteur peut déposer une demande de concordat tout en conservant la possibilité de déposer plus tard sa proposition, un plan de redressement et la documentation nécessaire. À défaut, le débiteur peut déposer une demande relative à un accord de restructuration. Après avoir déposé sa

<sup>30</sup> La loi sur la procédure civile lettonne distingue plusieurs types de procédures en fonction des matières sur lesquelles le tribunal doit statuer. Voir [http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file\\_id=191081#LinkTarget\\_8333](http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=191081#LinkTarget_8333) (N. de la T.).

demande et jusqu'à ce que la décision d'homologation de l'accord pré-insolvabilité soit prononcée, le débiteur peut :

- Accomplir des actes urgents de gestion extraordinaire, après avoir reçu l'autorisation du tribunal ; et
- Accomplir des actes de gestion ordinaire.

La poursuite de l'activité est facilitée puisque le débiteur, après avoir obtenu l'autorisation du tribunal, peut se procurer de nouveaux financements pour payer ses principaux fournisseurs. Une disposition essentielle a également été introduite pour favoriser la poursuite de l'activité : l'article 161, deuxième alinéa, permet au transfert d'une société en activité d'être réalisé au moyen de la vente ou de l'apport de celle-ci à une ou plusieurs autres sociétés, sous réserve de :

- l'indication de l'analyse des coûts et des recettes attendues, des ressources financières et du mode de couverture ;
- présentation d'une attestation de capacité professionnelle visant à mieux satisfaire les créanciers.

Les nouvelles dispositions introduisent un changement important, en permettant de poursuivre l'exécution des marchés publics d'entités admises au concordat, à condition que le professionnel nommé certifie qu'ils sont conformes au plan de redressement et que l'entreprise est raisonnablement capable de remplir ses obligations au titre du marché public, et en outre, qu'un opérateur tiers fournisse une garantie d'intervention directe à ses frais dans le cas où il serait nécessaire de procéder à une exécution forcée du contrat en question.

Une autre disposition importante concerne les petites et moyennes entreprises italiennes qui ne sont pas cotées en bourse et qui peuvent avoir recours au marché des capitaux en émettant des instruments de dette à court terme (lettres de change) et des instruments de dette à moyen ou long terme (obligations et titres similaires, titres de participation subordonnés).

Pour accéder à ce type de financement, l'entreprise émettrice, petite ou moyenne, doit être assistée d'un commanditaire chargé : (i) d'assister l'entreprise au cours du processus d'émission et de placement ; (ii) de souscrire et conserver dans son portefeuille une partie des titres jusqu'à ce qu'ils arrivent naturellement à échéance ; (iii) d'assurer la liquidité des titres pendant la durée de l'émission.

---

## Serbie :

### **Statistiques et actualités législatives**

*Par Jelena Todic, Directrice adjointe chargée de la supervision et du développement professionnel des praticiens de l'insolvabilité (Serbie)*

La nouvelle loi serbe sur l'insolvabilité est entrée en vigueur en janvier 2010. L'intention du législateur a été concrétisée à plusieurs égards.

Le nombre de procédures ouvertes a augmenté, principalement à cause des dispositions sur l'« insolvabilité automatique » : la procédure est ouverte automatiquement dans le cas où une entreprise est en cessation des paiements pendant au moins un an sans interruption (la procédure est ouverte si le créancier a versé une avance, autrement la procédure est ouverte et clôturée simultanément, les biens restants étant transférés à l'État).

Cette augmentation est perceptible dans les données de l'Agence de supervision de l'insolvabilité (organisme de tutelle serbe chargé de l'habilitation et de la supervision des PI). En 2009, 334 procédures ont été ouvertes ; en 2010, 1 053 ; en 2011 : 1 313 ; en 2012 : 841 au 21 août. En comparaison, actuellement, 103 215 entreprises sont immatriculées en Serbie.

- Les créanciers ont un rôle accru : ils sont plus actifs dans la procédure et mieux informés ;
- Le nombre de plans de réorganisation et de plans de réorganisation négociés (institution appliquée pour la première fois) a augmenté : 232 plans présentés ; 171 plans ordinaires (dont 45 ont été rejetés) ; 54 plans négociés (dont 10 ont été rejetés) ; pour la période 2005-2009, il n'y avait eu que 48 plans de réorganisation ;
- La durée moyenne de la procédure est en baisse, passant à un an environ pour les affaires relevant de la nouvelle loi, tandis que la durée moyenne sous l'ancien régime dépassait trois ans.

51

#### *Nouvelles règles*

Un amendement portant sur la base et les critères permettant de déterminer les honoraires et débours des administrateurs de l'insolvabilité est entré en vigueur en février 2012. Il concerne la base de calcul en cas de règlement des créanciers privilégiés.

D'après les règles précédentes, les honoraires du PI étaient calculés en fonction d'un barème qui a depuis été révisé. En particulier, l'article 2 disposait que la base de calcul était déterminée pour chaque partie des biens faisant l'objet d'un gage ; elle devait être déterminée en commun pour un ensemble de biens lorsqu'ils étaient vendus en un seul lot ou s'ils étaient de même nature, ou bien lorsqu'ils étaient vendus à l'occasion d'une vente unique ou de plusieurs ventes intervenant le même jour. L'application de la nouvelle méthode de calcul fait que les PI reçoivent désormais des honoraires moins élevés.

Lorsque la loi sur l'insolvabilité est entrée en vigueur, elle comportait une disposition dont l'application avait été différée (au 1<sup>er</sup> janvier 2012) concernant le renforcement de la profession

des PI. Plus précisément, les salariés, exception faite des personnes employées par une entreprise unipersonnelle, une société en commandite simple ou une société en nom collectif, ne peuvent pas figurer dans la liste des praticiens actifs (c'est-à-dire des PI habilités à exercer et ayant souscrit à une assurance responsabilité professionnelle obligatoire, s'élevant au moins à 30 000 euros, enregistrés en tant qu'entreprise unipersonnelle ou associés d'une société en commandite). Leur statut actif est une condition préalable à leur nomination par un juge.

---

## Espagne :

### **Reconnaissance des décisions étrangères d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité**

*Par Mireia Bosch, du cabinet Jausas, Madrid (Espagne)*

Le 11 juin 2010, la direction générale des registres et notaires (*Dirección General de los Registros y del Notariado*) a publié une décision tout à fait explicite (RJ 2010/4160) concernant la reconnaissance, en Espagne, d'une décision étrangère d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

Le greffe espagnol a décidé de ne pas enregistrer deux décisions judiciaires anglaises déclarant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre de deux ressortissants britanniques, car il considérait qu'une décision d'homologation de la décision étrangère était nécessaire. La partie intéressée a affirmé qu'il était parfaitement possible de reconnaître et d'enregistrer les deux décisions étrangères déclarant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, conformément aux articles 17 et 18 du règlement (CE) 1346/2000.

Ce problème se pose parce que la loi espagnole sur l'insolvabilité (*Ley Concursal*) prévoit un traitement différent de celui prévu par le règlement européen concernant la reconnaissance de décisions étrangères déclarant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Le règlement européen prévoit, à l'article 16, une reconnaissance immédiate et automatique des décisions prises par les autorités d'un État membre, alors que l'article 220 de la loi espagnole soumet cette reconnaissance à une procédure d'*exequatur*.

D'après le principe de primauté du règlement européen, les dispositions de la loi espagnole ne sont applicables que dans le cas où elles n'entrent pas dans le champ d'application du règlement. En d'autres termes, le règlement européen est toujours applicable si les trois critères suivants sont remplis : 1) la décision émane d'un autre État membre ; 2) les autorités fondent leur compétence sur le règlement européen (ce qui sera le cas si le centre des intérêts principaux du débiteur est situé sur le territoire d'un État membre) ; 3) la décision doit entrer dans le champ d'application matériel du règlement, c'est-à-dire que : (i) elle a été prononcée dans le cadre d'une procédure satisfaisant aux exigences de l'article premier ; et (ii) la procédure est citée à l'annexe A ou B du

règlement. Si la décision ne répond pas à ces trois exigences, l'article 220 de la loi espagnole est applicable et la décision étrangère nécessite un *exequatur*.

Nous devons garder à l'esprit que tout système automatique de reconnaissance a ses limites, puisque le règlement européen permet de refuser cette reconnaissance lorsque ses effets sont contraires à l'ordre public de l'État où la reconnaissance est demandée.

Le règlement européen permet la reconnaissance accessoire d'une décision étrangère par les autorités de l'État requis où la décision doit produire ses effets, ce qui signifie dans notre cas que le greffe décidera, avant d'enregistrer une décision étrangère déclarant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, si cette décision est conforme aux exigences légales qu'elle doit remplir pour pouvoir être reconnue en Espagne.

Après avoir étudié tous ces arguments, il s'ensuit que le règlement européen doit s'appliquer dans le cas qui nous intéresse, puisque les deux décisions anglaises ont été prononcées par les autorités d'un État membre, que le CIP des débiteurs se trouve dans un État membre et que la procédure figure dans les annexes du règlement.

## Dates pour votre calendrier

2 0 1 3	Lieu	Renseignements
INSOL Europe –conférence de la Branche Universitaire <b>25 &amp; 26 September</b>	Paris, France	<a href="http://www.insol-europe.org/events">www.insol-europe.org/events</a>
INSOL Europe - Congrès annuel <b>26-29 September</b>	Paris, France	<a href="http://www.insol-europe.org/events">www.insol-europe.org/events</a>
2 0 1 4		
INSOL Europe – Conférence de la Branch Universitaire <b>8 &amp; 9 October</b>	Istanbul, Turkey	<a href="http://www.insol-europe.org/events">www.insol-europe.org/events</a>
INSOL Europe – Congrès annuel <b>9–12 October</b>	Istanbul, Turkey	<a href="http://www.insol-europe.org/events">www.insol-europe.org/events</a>

## **Voudriez-vous contribuer à Eurofenix ?**

Les lecteurs habitués auront remarqué le développement et la croissance d'eurofenix au cours des dernières années, qui a presque doublé de longueur de manière régulière. L'implication et l'interaction des adhérents d'INSOL Europe et autres praticiens, qu'il s'agisse d'experts établis dans leur domaine ou de diplômés récents, nous ont aidés à faire de cette revue la publication dynamique et respectée qu'elle est aujourd'hui.

Les modifications que nous avons apportées en chemin ont aidé le magazine à prendre des orientations nouvelles, avec plus de possibilités de contributions diverses en provenance de divers ressorts. Toutes les contributions sont proposées bénévolement, sans quoi nous n'aurions rien à publier. Alors si vous souhaitez avoir l'occasion de faire publier vos travaux et faire connaître votre nom parmi vos pairs et plus largement parmi le lectorat d'eurofenix, présentez donc vos idées et propositions d'articles futurs, thèmes, sujets - que vous ayez un article complet, ou un embryon de sujet que vous voudriez développer -, contactez l'un d'entre nous et nous discuterons de votre idée lors de l'une de nos réunions régulières du conseil. Pour plus de détails des conditions de publication et un calendrier de production pour l'année à venir, veuillez contacter Paul Newson à <paulnewson@pndesign.co.uk>.

