

e u r o f e n i x

La revue d'INSOL Europe

Hiver 2016/2017



Cascais, Portugal, 2016 : *Le 35^e Congrès annuel*

LA MODE :
*RESTRUCTURATION
POUR SURVIVRE*

Et aussi dans ce numéro :

- **L'impact global d'un rappel de produits**
- **Comment apprécier la valeur d'une start-up**
- **Est-ce que l'Estonie a besoin d'un « *sandbox* » ?**
- **Garanties personnelles en Lituanie**
- **Nouvelles publications, actualités par pays**

...et plus

Numéro 66 : €30
N°ISSN 1752-5187

Contacts Insol Europe

Adresse postale :

INSOL Europe

PO Box 7149

Clifton, Nottingham NG11 6WD, Royaume Uni

Renseignements :

Caroline Taylor

Tél./Fax : +44 115 878 0584

E-mail : carolinetaylor@insol-europe.org

Site internet : www.insol-europe.org

Comité exécutif :

Président : Steffen Koch

(steffen.koch@hww-kanzlei.de)

Président adjoint : Radu Lotrean (radu.lotrean@citr.ro)

Vice-président : Alistair Beveridge

(abeveridge@alixpartners.com)

Président précédent : Alberto Núñez-Lagos

(alberto.nunez-lagos@uria.com)

Trésorier : Jim Luby

(lubyj@mcstayluby.ie)

Directeur administratif : Caroline Taylor

(carolinetaylor@insol-europe.org)

Secrétariat:

Communication:

Paul Newson

(paulnewson@insol-europe.org)

Comité des pays de l'Europe Orientale (EECC)

Florica Sincu, Secrétaire

(floricasinu@insol-europe.org)

Co-ordinateur membres et enregistrements aux conférences:

Wendy Cooper

(wendycooper@insol-europe.org)

Co-ordinateur parrainages:

Hannah Denney

(hannahdenney@insol-europe.org)

Responsables techniques:

Emmanuelle Inacio & Myriam Mailly

(technical@insol-europe.org)

Responsables des comités et groupes de travail :

Branche Anti-fraude :

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

Eitan Erez (eitan@eitan-erez-law.com)

Branche Judiciaire :

Heinz Vallender (hvallender@t-online.de)

Branche Redressement :

Alberto Núñez-Lagos

(alberto.nunez-lagos@uria.com)

Rita Gismondi (rgismondi@gop.it)

Comité constitutif : Catherine Ottaway

(ottaway@hocheavocats.com)

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

Radu Lotrean (radu.lotrean@citr.ro)

Evert Verwey (evert.verwey@CliffordChance.com)

Comité technique du congrès de Varsovie, 2017:

Marcel Groenewegen (marcel.groenewegen@cms-dsb.com)

Pawel Kuglarz (pawel.kuglarz@wolftheiss.com)

Secrétaire : Emmanuelle Inacio (emmanuelleinacio@insol-europe.org)

Forum des mandataires d'insolvabilité

Marc André (mandrelaw@aol.com)

Daniel Fritz (Fritz@hermann-law.com)

Stephen Harris (sharris@uk.ey.com)

Groupe de jeunes membres :

Sabina Schellenberg (sschellenberg@froirop.ch)

Slavomir Cauder (cauder@giese.cz)

Groupe des établissements financiers:

Florian Joseph (florian.joseph@helaba.de)

Alistair Beveridge (abeveridge@alixpartners.com)

INSOL International :

Catherine Ottaway

(ottaway@hocheavocats.com)

Parrainages :

David Rubin (david@drpartners.com)

Frank Tschentscher (Ftschentscher@schubra.de)

Relations avec l'Union Européenne :

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

YANIL

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

SOMMAIRE

5	La lettre des co-rédacteurs en chef : Guy Lofalk
6	La lettre du Président : Steffen Koch
9	Actualités et événements
15	La proposition de directive de la Commission européenne relative aux cadres de restructuration préventifs et à la seconde chance : Emmanuelle Inacio
18	Le 35 ^e Congrès annuel d'INSOL Europe : Myriam Mailly
23	Compte rendu du Congrès annuel du Forum Universitaire : Myriam Mailly
26	Le prix Richard Turton 2017 : Robert Muzsalyi
31	Restructuration dans le secteur de la mode : Victor Seuwen
36	Takata - Rappel de produits : David Conaway
40	Quelle est la valeur des actifs d'une start-up en cas de défaillance : Ludovic Van Egroo
44	Est-ce que l'Estonie a besoin d'un sandbox : Anne Verpalu et Nikolay Demchuk
47	Garanties personnelles en Lituanie : Ieva Strunkiene
51	Nouvelle publication : « Rang et priorité des créanciers » : Annika Wolf
52	Actualités par pays : Italie, Slovaquie
55	Rubrique technique : nouveau contenu sur le site web d'INSOL Europe
59	Dates pour votre calendrier

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

Contacts eurofenix

<p>Co-Rédacteurs en chef : Guy Lofalk , Lofalk Advokatbyrå AB (Stockholm) Annerose Tashiro, Schultze & Braun (Achern)</p> <p>Comité exécutif de rédaction : Emmanuelle Inacio, technical@insol-europe.org Guy Lofalk, guy.lofalk@lofalk.se Paul Newson, paulnewson@pndesign.co.uk Florica Sincu, floricasincu@insol-europe.org Annerose Tashiro, atashiro@schubra.de Louise Verrill, lverrill@brownrudnick.com</p> <p>Comité de rédaction :</p> <p>Harald Bußhardt, hbusshardt@schubra.de Giorgio Cherubini, Gcherubini@explegal.it David Conaway, dconaway@slk-law.com Pau Donat, donat@gabinetebegur.com Edvins Draba, edvins.draba@sorainen.com Elizabeth Elliott, elizabeth.elliott@shlegal.com Martine Gerber, mgerber@opf-partners.com Frank Heemann, frank.heemann@bnt.eu Enda Lowry, lowry@mcstayluby@luby.ie Giulia Pusterla, giulia@giuliapusterla.it Ana-Irina Sarcane, irina.sarcane@sarcane.ro Catarina Serra, csserra@gmail.com Caroline Taylor, carolinetaylor@insol-europe.org Michael Tierhoff, michael.tierhoff@tmpartner.de Jesper Trommer Volf, jtv@delacour.dk Jean-Luc Vallens, vallensjl@ymail.com Evert Verwey, evert.verwey@cliffordchance.com</p>	<p>eurofenix est publié par PNDdesign pour le compte d'INSOL Europe.</p> <p>Toute correspondance, y compris toute proposition d'article, doit être adressée à: Paul Newson - PNDdesign, pndesign@icloud.com</p> <p>eurofenix français Parrainé par CNAJMJ – France Editeur/Renseignements/ Proposition d'article : Florica Sincu floricasincu@insol-europe.org Traduction : Gabrielle Allemand (gamtrad@free.fr)</p> <p>Imprimeur de la version anglaise : MRP Print eurofenix@mrp.uk.com</p> <p>Publicité et ventes : Edward Taylor - MRP Print eurofenix@mrp.uk.com Jubilee House, Nottingham Road, Basford, Nottingham NG7 7BT Royaume Uni Tél. +44 115 955 1000</p>	<p>Le futur numéro sera publié en Avril 2017</p> <p>Date limite articles à obtenir en écrivant à Paul Newson : paulnewson@pndesign.co.uk</p> <p>Copyright : INSOL Europe 2017</p> <p>Aucun extrait de la présente lettre d'information ne pourra être reproduit ou transféré, sous quelque forme et par quelque biais que ce soit, sans l'accord préalable d'INSOL Europe</p> <p>Images : @Fotolia.com (s'il n'y a pas une autre mention)</p> <p>EUROFENIX et <i>eurofenix</i> sont des marques enregistrées au nom d'INSOL Europe</p>	<p>Avertissement :</p> <p>La présence d'une erreur ou omission dans les articles publiés n'engagera nullement la responsabilité, à quelque titre que ce soit, de la rédaction, la production, ou du comité exécutif d'INSOL Europe.</p> <p>Les opinions exprimées dans les articles publiés dans la présente revue ne sont pas nécessairement partagées par les rédacteurs en chef, la production, ou l'un ou l'autre des représentants d'INSOL Europe, ou bien par les sociétés et les organisations auxquelles appartiennent les auteurs des articles.</p>
---	--	---	---

Bienvenue
La lettre des co-rédacteurs-en-chef

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

Une fois de plus, vous tenez entre les mains un numéro riche et passionnant de la revue de nos « amis et famille », pour reprendre l'expression de notre nouveau Président, Steffen Koch.

2016 est derrière nous et je ne pense pas exagérer en affirmant que ç'a été une année compliquée, pleine d'événements, mais intéressante. Ces événements n'étaient pas tous désirés ; pourtant, un grand nombre d'entre eux auront des conséquences durables, voire définitives. Parmi les plus tragiques, citons les actes cruels et destructeurs de l'État islamique en Syrie, en Irak et ailleurs, et ses attaques terroristes qui ont frappé principalement l'Europe mais aussi la Turquie.

Nous avons vu les Britanniques exprimer leur souhait de quitter l'Union Européenne — le Brexit —, et peut-être assisté au point culminant de la crise des réfugiés et du soutien apporté par les Européens. Tous ces événements contraignent Bruxelles à trouver les idées les meilleures pour développer l'Europe de la façon la plus coopérative qui soit. Ce dont nous avons vraiment besoin, maintenant, au sein de l'Union, c'est de coopération et de patience, mais aussi de la volonté de trouver des solutions à long terme à nos difficultés.

J'ai lu quelque part que l'Europe n'avait jamais connu une aussi longue période de paix depuis la seconde guerre mondiale. Je pense que c'est le résultat de la création de l'Union et de l'ouverture des frontières.

À l'international, nous avons assisté à l'élection présidentielle aux États-Unis. Il y a quelques jours, j'ai regardé un débat datant du début de l'automne 2016. Les participants étaient interrogés pour savoir qui, selon eux, était le vainqueur le plus plausible. Après que certains ont nommé Clinton, Sanders et d'autres candidats, une femme a dit : « Donald Trump ». Le public a immédiatement réagi en éclatant de rire.

Cela appartient désormais au passé. L'une des leçons à tirer du résultat de l'élection présidentielle américaine est que cela a démontré qu'il est possible de remporter une élection même lorsque l'ensemble des médias sont unis contre le futur vainqueur.

Cela a également mis en lumière l'influence des réseaux sociaux, ce qui m'amène à un autre événement de l'année dernière, la tentative de coup d'État en Turquie, le 15 juillet. Le président Erdogan était prisonnier de son avion, qui tournait au-dessus d'Istanbul, quand les militaires ont fermé les ponts du Bosphore et pris le contrôle de la radio et de la télévision. Le président Erdogan a ensuite utilisé les réseaux sociaux pour appeler le peuple à sortir dans la rue pour se battre contre les militaires. On se souviendra peut-être qu'Erdogan essayait depuis un moment de museler les médias sociaux....

Je pourrais encore parler longtemps des événements de l'année, mais je suppose que vous avez eu largement le temps d'en débattre. Vous m'excuserez, mais je n'ai pas pu m'empêcher d'en citer quelques-uns.

Revenons à nos moutons : notre revue et son contenu, dont nous sommes tous si fiers. Nos « événements » ont été plus paisibles et sociaux, et n'ont pas fait l'objet d'autant de couverture médiatique. Pour commencer, je pense à notre Congrès, qui a battu le record du nombre de

participants cette année à Cascais. Même si vous étiez là et pensez savoir tout ce qui s'est passé, je vous engage à lire l'article de Myriam Mailly. Moi-même, qui étais sur place, j'ai eu un grand plaisir à lire le compte-rendu de tout ce que j'ai raté pendant la conférence.

À propos de conférences, je vous suggère également de lire l'article consacré à notre prochaine conférence qui se tiendra en Europe de l'Est, à Budapest. Non seulement le lieu est parfaitement choisi, mais c'est comme d'habitude l'occasion rêvée pour retrouver de vieux amis, en rencontrer de nouveaux et établir des contacts. En lisant cet article, j'ai appris que Budapest était le centre financier d'Europe de l'Est, ce qui en soi est très intéressant.

Bien entendu, il y a les actualités par pays et des articles sur de nouvelles publications, toujours aussi intéressantes les unes que les autres. L'article qui a le plus retenu mon attention est le résumé concernant les investissements dans les titres de dette décotés.

Enfin, je vous suggère de faire un tour sur le site web d'INSOL Europe, qui ne cesse de s'améliorer et de s'enrichir de jour en jour. Merci à vous tous et félicitations à l'éditeur de notre site !

Je vous souhaite une bonne lecture et vous adresse mes meilleurs vœux pour la nouvelle année !

Guy Lofalk

x x x
x

La lettre du Président

Famille et amis, je vous souhaite la bienvenue

Steffen Koch, le nouveau Président d'INSOL Europe, nous dévoile ses projets pour l'année à venir... et au-delà

6

Quand vous lirez ces lignes, quatre mois de mon mandat se seront déjà écoulés et il m'en restera encore huit à vos côtés.

Je suis enchanté de servir cette organisation formidable et suis impatient de poursuivre mes efforts pour rendre la famille INSOL Europe encore plus attirante pour ses membres.

« Famille et amis »

Pour moi, INSOL Europe a toujours été « *the place to be* » s'agissant de la restructuration et du réseautage en Europe. Aucune autre association européenne ne fournit à la fois une telle base de connaissances regroupant toute la gamme des professions du domaine de la restructuration et de l'insolvabilité, et un esprit familial et amical aussi chaleureux.

C'est avec cette idée en tête que j'ai choisi le mot d'ordre de ma présidence, que j'ai annoncé à la fin du programme technique à Cascais : « **Famille et amis** ».

Ce slogan décrit de manière très simple ce qu'INSOL Europe représente aux yeux de ses membres : une famille de professionnels d'une grande ouverture d'esprit, disposés à échanger leurs techniques et approches pour aider les entreprises en difficulté dans toute l'Europe.

Si, en votre qualité de membre, vous donnez de votre temps, de votre enthousiasme et de votre dévouement à INSOL Europe, vous recevrez la même chose en retour de la famille INSOL Europe. Vous en bénéficierez non seulement du point de vue professionnel, mais également

personnel, puisque vous rencontrerez d'autres membres de cette famille merveilleuse qu'est INSOL Europe !

Participez à l'un de nos groupes de travail !

Dans le même ordre d'idées, nos divers groupes de travail sont là pour nous permettre d'améliorer encore nos relations familiales. Le Forum universitaire, le Forum anti-fraude, le Comité des Pays de l'Europe orientale, le groupe d'études européennes, le Forum des mandataires de l'insolvabilité, la Branche judiciaire, le Groupe des établissements financiers, la Branche redressement et le Groupe des jeunes membres travaillent tout au long de l'année et offrent à chaque membre de notre famille — mais aussi à nos amis — la possibilité unique de travailler ensemble sur de nouveaux projets et de s'impliquer à tout instant.

Devenez membre de l'un de nos nombreux forums, groupes ou branches et participez activement à ses travaux, notamment entre deux Congrès annuels, ce qui est le plus important ! Impliquez-vous ! Vous découvrirez ensuite à quel point il est gratifiant de faire partie de la famille INSOL Europe !

Comité exécutif et Conseil

Le Comité exécutif et le Conseil d'INSOL Europe travaillent dur pour que tout aille bien pour notre famille.

J'ai pris l'initiative de faire en sorte que le Conseil et le Comité exécutif, au lieu d'échanger deux fois par an, tiennent une conférence téléphonique tous les deux mois.

Le Conseil, avec ses vingt-deux membres représentant de nombreux pays et professions, est le moteur et l'organe de réflexion d'INSOL Europe, fonction qu'il partage avec le Comité exécutif. Nos discussions sur la façon de développer INSOL Europe sont toujours inspirantes et fructueuses. En intensifiant la collaboration entre le Comité exécutif et le Conseil, nous pourrions accélérer le processus décisionnel et rendre INSOL Europe encore meilleure et plus précieuse pour ses membres — c'est-à-dire pour vous.

Si vous avez des idées à partager avec nous, veuillez contacter le membre du Conseil qui représente votre pays, ou tout autre membre. Mettez le Conseil d'INSOL Europe à profit !

INSOL International et nos autres amis

Je souhaiterais également m'adresser à nos amis : les associations, surtout INSOL International, et les personnes actives dans le domaine de la restructuration mais qui ne sont pas encore membres de notre association. INSOL Europe les remercie de leur soutien et de leur participation.

Avec le Président d'INSOL International, mon cher ami Mark Robinson, j'ai lancé l'idée d'organiser le premier séminaire conjoint entre INSOL Europe et INSOL International depuis de longues années. Il se tiendra dans la fascinante ville de Tel Aviv, le 27 juin 2017, et sera précédé, le 26 juin, d'une réception et d'un dîner de bienvenue. À vos agendas !

Le partenariat mis en place avec nos amis d'INSOL International permet aux membres de notre famille d'avoir accès à la communauté internationale de la restructuration au-delà des frontières européennes, surtout aux États-Unis, en Asie et ailleurs. Je suis absolument déterminé à renforcer la relation importante qui existe entre nos deux organisations, car nous bénéficions tous de ses retombées.

Cependant, j'aimerais également m'adresser aux autres organisations et associations qui travaillent dans le domaine de la restructuration et de l'insolvabilité internationales. INSOL Europe

respecte et reconnaît l'objectif auquel elles tendent, qui est de trouver des solutions (internationales) pour les entreprises en difficulté.

Dès que la coopération a du sens, je suis le premier à la soutenir. Nous n'avons pas à choisir entre ces organisations ou la nôtre : nous devons travailler la main dans la main !

Groupe de travail 2025

Bien entendu, mon objectif principal est toujours d'améliorer la façon dont INSOL Europe se met au service de ses membres, pour que notre association continue de croître comme elle l'a fait avec succès ces dix dernières années. INSOL Europe est la première organisation pan-européenne en matière de restructuration et d'insolvabilité, toutes professions confondues. C'est la raison pour laquelle j'ai proposé au Comité exécutif de créer un Groupe de travail 2025 pour étudier l'ensemble de nos activités, vérifier si elles répondent aux attentes de nos membres, et savoir quels seraient les domaines dans lesquels nous pourrions encore mieux faire. Le Comité exécutif a approuvé ma proposition à l'unanimité : ce groupe de travail sera donc mis en place au printemps prochain. *Cette mission est très importante : elle concerne tous nos membres et nous comptons sur leur participation pour améliorer encore INSOL Europe.*

Le Brexit et nos membres britanniques

On ne sait pas encore quand les négociations entre le gouvernement britannique et l'UE commenceront en vue de trouver une solution amiable au départ du Royaume-Uni de l'Union européenne. Cela ne fait aucun doute : ce vote surprenant du peuple britannique a provoqué de grandes incertitudes tant pour l'UE que le Royaume-Uni.

En ce qui me concerne, une chose est sûre : *nos membres britanniques resteront indissociables de la famille INSOL Europe.* Nous aurons besoin de leur participation à l'avenir comme nous en avons besoin par le passé, quand il fallait développer les régimes de l'insolvabilité en Europe pour qu'ils atteignent leur niveau d'aujourd'hui. Dans ce contexte, avec Alastair Beveridge, nous avons décidé d'envoyer un signal fort à nos membres britanniques, en le nommant vice-président. Il reprendra la présidence d'INSOL Europe à l'issue de notre Congrès annuel 2018 à Athènes. En tant que Président d'INSOL Europe, je suis déterminé à préserver les liens forts et vitaux que nous avons établis avec nos membres britanniques.

8

UE et CNUDCI

INSOL Europe est très active au sein de l'UE et de la CNUDCI (Commission des Nations Unies pour le droit commercial international). Nous avons participé à plusieurs auditions de la Commission européenne et avons régulièrement envoyé une délégation, dirigée par notre Président, aux sessions de la CNUDCI, qui ont lieu deux fois par an. Nous continuerons cette mission importante et ferons plus encore.

En effet, l'année prochaine, nous prévoyons un séminaire d'une journée à Bruxelles concernant les répercussions possibles du Brexit sur le REI (règlement européen sur l'insolvabilité) et la communauté de l'insolvabilité et de la restructuration.

INSOL Europe est la voix européenne de toute la gamme de professions actives dans le domaine de la restructuration et de l'insolvabilité ; à ce titre, elle est reconnue par l'Union européenne et les Nations Unies.

Formation de haut niveau d'INSOL Europe concernant le droit de l'insolvabilité dans les pays d'Europe orientale

Je suis fier d'annoncer qu'en 2017, INSOL Europe lancera la première « formation de haut niveau d'INSOL Europe concernant le droit de l'insolvabilité dans les pays d'Europe orientale », en février, à Bucarest. Trois modules (chacun d'une durée de trois jours) seront organisés entre février et novembre 2017, proposant aux participants une formation efficace sur les approches modernes de l'insolvabilité. Des experts internationaux, membres d'INSOL Europe et des experts locaux mettront leurs connaissances en commun dans le cadre d'un cours interactif et enrichissant s'adressant aux avocats, PI, juges et fonctionnaires concernés de haut niveau. Nous sommes déjà en train d'organiser la formation suivante, qui se tiendra en 2018 dans un autre pays d'Europe orientale.

Grâce à cette formation de haut niveau, INSOL Europe renforcera son leadership dans le domaine de l'éducation, tout comme elle a su devenir leader dans de nombreux autres domaines, par exemple en publiant, cette année, les Lignes directrices de la Branche Redressement.

La famille INSOL Europe est plus en forme que jamais et se tourne fièrement vers l'avenir brillant qui lui est promis.

Chère famille, chers amis, faisons en sorte que 2017 soit une année spéciale !

X X X
X

Actualités et événements

9

Actualités

Envoyez vos actualités à paulnewson@insol-europe.org

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

Élections du Conseil 2016 Départs et nouveaux membres du Comité exécutif

À l'issue du Congrès de Lisbonne (voir le rapport complet du Congrès dans les pages suivantes), Alberto Núñez-Lagos (Espagne) a quitté la présidence pour devenir notre Président sortant, Steffen Koch (Allemagne) est devenu notre nouveau Président, Radu Lotrean (Roumanie) est devenu Président adjoint et Alastair Beveridge (Royaume-Uni) a été élu par le Conseil au poste de Vice-Président. Jim Luby (Irlande) conserve ses fonctions de Trésorier pour un an de plus.

La structure du Conseil a elle aussi connu quelques changements. Les pays comptant au moins trente membres ont droit à un siège réservé au Conseil. Pour pourvoir divers sièges vacants, les membres de Roumanie, d'Autriche, d'Irlande, des Pays-Bas, de Suède et de Suisse ont été invités à proposer un candidat pour leur pays. Suite au processus de nomination et d'élection, Marcel Groenewegen et Thomas Bauer, en l'absence de contestation, ont été reconduits pour trois

années supplémentaires. Susanne Fruhstorfer (Autriche), Barry Cahir (Irlande) et Simona-Maria Milos (Roumanie), en l'absence de contestation, ont dûment été élus au Conseil. Pour la Suède, les membres suédois ont exprimé leurs suffrages et élu Hans Renman.

Deux sièges non réservés (qui peuvent être occupés par un membre de n'importe quel pays) sont également devenus vacants, puisque Rocco Mulder (Pays-Bas) et David Rubin (Royaume-Uni) sont arrivés au terme de leur premier mandat de trois ans. Quatre nominations ont été reçues ; suite au vote des membres, les deux candidats élus sont Alice van der Schee (Pays-Bas) et David Rubin (Royaume-Uni).

Par ailleurs, Carlos Mack (Italie) et Nigel Davies (Royaume-Uni) ont quitté leurs fonctions de membres cooptés du Conseil, ainsi que Jim Luby (Irlande), suite à sa nomination en qualité de Trésorier l'année dernière. Sur recommandation du Comité exécutif, Ernst Giese (République tchèque) et Robert Van Galen (Pays-Bas) ont été cooptés au Conseil pour un premier mandat d'un an. Les membres cooptés précédemment, Marc André (France), Chris Laughton (Royaume-Uni), Sabina Schellenberg (Suisse), Michael Veder (Pays-Bas) et Catherine Ottaway (France), ont également été reconduits pour un mandat d'un an supplémentaire.

Enfin, Catherine Ottaway (France) et David Rubin (Royaume-Uni) ont été nommés membres honoraires pour les services méritoires exceptionnels qu'ils ont rendus à l'Association.

Conférence 2017 du Comité des Pays de l'Europe orientale : 11 et 12 mai, Budapest (Hongrie)

10

Nous avons le plaisir d'annoncer que Budapest accueillera notre conférence de l'EECC les 11 et 12 mai 2017. Elle aura pour thème « Aspects pratiques de la liquidation des sociétés (sans actif) en Europe centrale et orientale. »

À propos de Budapest

Budapest est citée comme étant l'une des plus belles villes d'Europe. Le site du patrimoine mondiale de Budapest comprend les rives du Danube, le quartier du château de Buda, l'avenue Andrassy, la place des Héros et le métropolitain souterrain du Millénium, deuxième ligne de métro la plus ancienne du monde. La ville abrite environ quatre-vingts sources géothermiques, le plus grand réseau de thermes souterrains, la deuxième plus grande synagogue et le troisième parlement du monde. Elle attire près de 4,4 millions de touristes par an, ce qui en fait la vingt-cinquième ville la plus populaire du monde, et la sixième d'Europe.

Centre financier

Budapest est considérée comme l'un des centres financiers d'Europe centrale. Où d'autre aurions-nous pu organiser la conférence annuelle de l'EECC d'INSOL Europe pour évoquer les développements actuels du paysage de l'insolvabilité ?

Un paysage évolutif

De plus en plus de professionnels de l'insolvabilité ont affaire à des sociétés sans actifs. Que faire lorsqu'il s'avère qu'une société n'a plus d'actifs mais encore des dettes ? Comment les différents territoires font-ils face à ces situations ? Lors de la conférence, seront présents des représentants du ministère hongrois de la Justice et de l'Économie, mais aussi de la Haute Cour.

Entre autres sujets, ils présenteront des solutions pratiques, telles que la cession des actifs et le perfectionnement de la formation des praticiens de l'insolvabilité, permettant de veiller à la sauvegarde des capacités de la profession.

La Commission européenne a enfin publié une proposition de directive le 22 novembre 2016. Quelle sera son incidence sur les praticiens et les gouvernements d'Europe ? Ce qui est certain, c'est que le paysage de l'insolvabilité changera !

Spécialistes

Dans l'ensemble, la participation à nos conférences offre une précieuse expérience et une excellente occasion de rencontrer des spécialistes et d'en apprendre davantage sur les dernières tendances en matière d'insolvabilité.

Réseaux et innovation

La conférence sera précédée d'un dîner de rencontre facultatif, dans le quartier de Buda ou de Pest, au cours duquel les invités auront un avant-goût des traditions culinaires, mais aussi de la musique et de la danse folkloriques hongroises.

La conférence de l'EECC apportera aux délégués son lot de nouvelles fraîches, leur permettra d'élargir leur réseau, de stimuler l'innovation qui sommeille en eux et d'élargir leur vision tout en leur offrant un moment de détente mémorable dans cette ville magnifique. Nous sommes impatients de vous accueillir à cette occasion à Budapest.

De plus amples renseignements seront bientôt disponibles sur notre site, à l'adresse www.insol-europe.org, et les inscriptions seront bientôt ouvertes.

11

Actualités des groupes de travail d'INSOL Europe

Un grand nombre de nos groupes de travail et comités ont profité de notre récent Congrès annuel à Lisbonne pour se réunir, informer les membres de leurs travaux et leur expliquer leurs projets.

Les actualités de ces groupes, notamment du Forum anti-fraude, du Forum des MI, de la Branche judiciaire et du Groupe des Jeunes Membres, sont régulièrement publiées sur le site d'INSOL Europe, à l'adresse www.insol-europe.org/about-us/about-our-working-groups

Si vous souhaitez faire partie de l'un de ces groupes, veuillez contacter directement son président pour en savoir plus.

Site du Registre des affaires fondées sur le REI

Après six ans au cours desquels il a joué un rôle important dans la création et le développement du Registre d'INSOL Europe des affaires fondées sur le REI, avant de négocier un accord d'hébergement avec Lexis Nexis, Chris Laughton a passé le relais à Reinhard Bork.

Reinhard Bork et Chris Laughton feront équipe pour gérer le Registre pendant une période de transition d'un an, au cours de laquelle Reinhard se chargera des tâches quotidiennes en coopération avec le Conseil d'administration du Registre d'affaires, les Correspondants nationaux

et Chris, qui est heureux d'apporter son aide en tant que consultant et de représenter le Registre au Conseil.

Le Registre des affaires peut être consulté à l'adresse www.insolvencycases.eu

Conférence conjointe du Groupe des Jeunes Membres et du Forum anti-fraude d'INSOL Europe : une approche commune de la lutte contre la fraude

Grant Thornton UK a eu le plaisir d'accueillir cette conférence à Londres les 8 et 9 novembre dernier. Plus d'une quarantaine de délégués venus entre autres du Royaume-Uni, du Portugal, d'Irlande, des Pays-Bas, de Belgique, de France, de Suède, de Suisse, d'Allemagne, de Lettonie, de Roumanie, des Bermudes et de la République tchèque étaient présents, profitant de la possibilité de faire connaissance lors du cocktail organisé le 8 novembre, le lendemain étant réservé aux travaux techniques.

Le programme avait pour thème la fraude, avec des présentations réalisées par des experts dans leur domaine, pour la plupart membres d'INSOL Europe, ainsi que du Forum anti-fraude ou du Groupe des Jeunes Membres. Le Président d'INSOL Europe, Steffen Koch (hww hermann wienberg wilhelm), a prononcé le discours d'ouverture. Robert Hunter (Edmonds Marshall McMahon) a évoqué la question des souvenirs des témoins et le risque de subjectivité. Un groupe de travail composé de Georges-Louis Harang (Hoche Société d'Avocats), Bart Heynickx (Altius), Patrik Kalman (Tragardh Advokatbyra) et Robert Schiebe (Schiebe und Collegen) a présenté la législation sur la fraude économique. Edvins Draba (Sorainen) et Eduardo Peixoto Gomes (Abreu Advogados) ont présenté des actualités nationales, tandis que Vijay Rathour (Grant Thornton UK LLP) a présenté les outils et technologies d'investigation légale permettant d'identifier, d'enquêter et de prévenir la fraude. Enfin, Nick Pike (Pinsent Masons LLP) a évoqué la question du financement des litiges dans le contexte d'une insolvabilité. Carmel King (Grant Thornton UK LLP) et les Co-Présidents du Groupe des Jeunes Membres, Sabina Schellenberg (Froriep) et Slavomir Cauder (Giese & Partner) ont prononcé le discours de bienvenue, le discours de clôture de la journée ayant été confié au Co-Président du Forum anti-fraude, David Ingram (Grant Thornton UK LLP).

Des échanges animés ont porté sur divers sujets, montrant que cette conférence sera suivie de nombreuses autres occasions qui permettront au Forum anti-fraude et au Groupe des Jeunes Membres de travailler ensemble pour promouvoir leurs objectifs et ceux d'INSOL Europe.

Traité italien sur le droit de l'insolvabilité « *Crisi d'impresa e procedure concorsuali* »

Éditeur : OMNIA – Traités juridiques, sous la rédaction d'Oreste Cagnasso et Luciano Panzani
4832 pages, 3 volumes ; Prix : 260 € ; ISBN : 978-88-598-1335-4 ; www.shop.wki.it

Un nouvel ouvrage vient de paraître en italien. Il compte cinq chapitres consacrés au droit comparatif, en anglais.

Cet ouvrage examine, selon une approche multidisciplinaire et transversale, l'ensemble de la discipline du droit de l'insolvabilité, proposant un commentaire de haut niveau et une méthodologie extrêmement pragmatique dans son étude de la législation existante et des projets de réforme.

Grâce à leurs solides formation scientifique et expérience professionnelle, les auteurs analysent en détail les données normatives, tout en présentant les divers aspects pratiques mis en avant par la justice, ainsi que les lignes directrices issues des doctrines les plus importantes. Une attention particulière est portée au résultat des travaux de la commission Rordorf ; par ailleurs, le système existant et certaines des réalités européennes et internationales les plus significatives sont passés en revue.

Grâce aux contributions de plus de soixante auteurs, cet ouvrage est indispensable à tous les professionnels intervenant dans le processus de gestion de crise des entreprises.

Investir dans les titres de dette décotés en Europe : le Manuel TMA des praticiens

Éditeur : Globe Law and Business ; Consultant éditorial : Ignacio Buil Aldana: Date de publication : novembre 2016 ; Édition reliée ; 327 pages ; Prix : 155 GBP ; ISBN : 9781911078104

Tom Cox, Damian Malone et Mark Sinjakli, du cabinet AlixPartners, sont les auteurs du chapitre d'introduction de ce volume. Ils évoquent l'évolution du marché des titres de dette décotés, passant par l'émergence du marché des obligations à rendement élevé, en 1997, la bulle des entreprises « point-com », la crise financière et les efforts ultérieurs des banques visant à réduire leur endettement. Ils présentent leur réflexion sur les raisons pour lesquelles les entreprises connaissent des difficultés, les stratégies d'investissement dans ces entreprises et l'impact de l'évaluation sur les discussions en matière d'investissement et de restructuration des entreprises en difficulté.

À propos de l'ouvrage

Le marché européen des titres de dette décotés a connu une croissance exponentielle ces dernières années et s'est développé de manière très significative. De nombreux investisseurs ont fait irruption sur ce marché dans l'intention de profiter des occasions qu'il leur offre. Toutefois, la navigation dans les eaux troubles du marché européens des titres de dette décotés n'est pas toujours facile, car ce marché est loin d'être homogène, la fragmentation juridique étant la norme.

Cette publication co-signée avec TMA Europe présente le marché européen des titres de dette décotés, couvrant des sujets tels que les opérations sur titres d'emprunt, la couverture de ces opérations, les prêts non performants, les prêts directs, la restructuration et les sauvetages. Elle analyse ces sujets et d'autre encore d'un point de vue paneuropéen. Elle est conçue comme un guide pratique s'adressant à toutes les personnes qui souhaitent mieux comprendre les complexités commerciales et juridiques d'un marché fortement fragmenté où s'appliquent divers cadres législatifs nationaux et pratiques commerciales.

Les membres d'INSOL Europe ont droit à une réduction de 20 %. Pour bénéficier de cette offre, saisissez le code INSOLDDI sur la page de confirmation de votre commande, à l'adresse www.globelawandbusiness.com/IDD/

Conférence nationale de l'insolvabilité, 3 et 4 novembre 2016

« Immixtion criminelle dans la procédure d'insolvabilité »

Les 3 et 4 novembre 2016, Bucarest a accueilli la Conférence nationale de l'insolvabilité, organisée en partenariat par l'Institut national de formation des praticiens de l'insolvabilité (INPPI) et l'Institut national de la magistrature (INM).

Parmi les 450 délégués, on recensait des magistrats, des procureurs, des juges-syndics et des praticiens de l'insolvabilité. Emmanuelle Inacio et Ignacio Tirado (Université autonome de Madrid) y représentaient INSOL Europe.

Cette manifestation avait pour thème central « L'immixtion criminelle dans la procédure d'insolvabilité ». Ce problème est l'une des grandes difficultés auxquelles la Roumanie est actuellement confrontée dans sa lutte contre la corruption, qui, malgré ses effets bénéfiques, a des répercussions négatives directes sur les procédures d'insolvabilité. En effet, celles-ci peuvent être bloquées, que ce soit par le biais d'une suspension ou de la demande de mesures conservatoires telles que la liquidation, des interdictions frappant l'entreprise insolvable ou de l'interdiction de cession des actifs saisis.

La coopération entre professionnels et le dialogue entre les spécialistes de la criminalité et de l'insolvabilité sont indispensables si l'on veut trouver des solutions pratiques permettant de surmonter ces problèmes.

La Roumanie a fait des progrès remarquables dans le domaine de l'insolvabilité, notamment grâce à l'entrée en vigueur, en 2014, d'une nouvelle loi intégrant les bonnes pratiques internationales, de l'UE et de la CNUDCI, dans le cadre d'un projet financé par la Banque mondiale.

Bien que ce cadre juridique soit moderne et équilibré, la mise en œuvre de la loi rencontre de nombreux obstacles, même si tout a été fait pour les surmonter, la coopération entre l'INPPI et l'INM en étant un bon exemple.

*Simona Maria Miloş, Présidente de l'INPPI
et Associée gérante de SCA Stanescu Milos Dumitru & Associations*

14

LinkedIn

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

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

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

Commission Européenne

La proposition de directive de la Commission européenne relative aux cadres de restructuration préventifs et à la seconde chance

Emmanuelle Inacio examine en détail la nouvelle directive européenne*

Le 22 novembre 2016, la Commission européenne a présenté la tant attendue proposition de directive relative aux cadres de restructuration préventifs, à la seconde chance et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et d'apurement et modifiant la directive 2012/30/UE¹.

Cette proposition de directive de la Commission européenne (la « Proposition ») s'inscrit dans le cadre du plan d'action pour la mise en place d'une union des marchés des capitaux et de la stratégie pour le marché unique, qui annonçait une initiative législative sur l'insolvabilité des entreprises, comprenant la restructuration précoce et la seconde chance, visant à supprimer les principaux obstacles au développement des marchés des capitaux dans l'UE en apportant une plus grande sécurité juridique pour les investisseurs transfrontières et les entreprises opérant au sein de l'UE.

15

De fait, les études portant sur la mise en œuvre de la recommandation non contraignante de la Commission de 2014 sur la restructuration et la seconde chance² ont montré que, malgré les réformes engagées dans le domaine de l'insolvabilité, les règles restent divergentes et inefficaces dans certains pays, ce qui est synonyme d'incertitude juridique, de frais supplémentaires pour les investisseurs amenés à évaluer leurs risques, de marchés des capitaux moins développés et d'une persistance des obstacles à la restructuration efficace des entreprises viables dans l'UE, y compris des groupes d'entreprises transfrontières.

En outre, même si le nouveau règlement européen sur l'insolvabilité du 20 mai 2015 (la « refonte du REI »), abrogeant celui du 29 mai 2000 et s'appliquant aux procédures d'insolvabilité qui seront ouvertes à partir du 26 juin 2017, étend le champ d'application du REI aux procédures préventives favorisant la sauvegarde d'un débiteur économiquement viable et donnant une seconde chance aux entrepreneurs, ce n'est pas un instrument qui harmonise les lois matérielles des États membres en matière d'insolvabilité, mais un instrument de droit international privé. De fait, le nouveau REI ne s'attaque pas aux différences entre procédures.

La Proposition a avant tout pour objectif d'améliorer la culture de la sauvegarde dans l'UE en établissant un cadre commun, à l'échelle de l'UE, capable de garantir une restructuration efficace, une seconde chance et des procédures efficaces, tant au niveau national que transfrontière.

¹ http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=50043.

² C(2014) 1500 final, 12 mars 2014.

La Proposition n'harmonise pas les aspects fondamentaux des procédures d'insolvabilité mais offre aux États membres la flexibilité nécessaire pour atteindre les objectifs ci-dessus en appliquant ses grands principes et règles ciblées de façon adaptée à leur contexte national. Ceci est particulièrement important, car quelques États membres ont déjà mis en place des cadres dont certains éléments sont efficaces.

La Proposition se compose d'un préambule de quarante-sept points et de trente-six articles. Elle a pour objet d'introduire dans les États membres des principes communs sur le recours aux cadres de restructuration préventive (Titre II), des règles sur l'octroi d'une seconde chance aux entrepreneurs (Titre III) et des mesures ciblées pour que les États membres puissent accroître l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et de seconde chance (Titre IV).

Principes communs sur le recours aux cadres de restructuration préventive

La Proposition vise à mettre en place les éléments de base communs des cadres de restructuration préventive pour permettre aux débiteurs en difficulté financière — qu'il s'agisse de personnes physiques ou de personnes morales — d'accéder de manière effective à des procédures facilitant une négociation précoce de plans de restructuration, leur adoption par les créanciers et leur validation éventuelle par une autorité judiciaire ou administrative, en vue de réduire le nombre de demandes formelles d'ouverture de procédures d'insolvabilité dans l'UE et ainsi optimiser la valeur pour les parties prenantes.

À cette fin, la Proposition demande notamment aux États membres de :

- veiller à ce que le débiteur puisse conserver le contrôle de ses actifs et de ses affaires ;
- limiter les circonstances dans lesquelles un praticien dans le domaine des restructurations peut être désigné ;
- permettre au débiteur de demander une suspension générale ou limitée des poursuites individuelles, afin de faciliter les négociations concernant un plan de restructuration, pour une période pouvant aller jusqu'à quatre mois et pouvant être prolongée ou renouvelée jusqu'à douze mois par les autorités judiciaires ou administratives, et empêchant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, l'exécution d'un gage et de tous droits contractuels de résiliation ou de déchéance du terme ;
- prévoir les informations minimales à inclure obligatoirement dans les plans de restructuration présentés pour validation à une autorité judiciaire ou administrative ;
- prévoir qu'un plan de restructuration soit adopté par la majorité nécessaire de créanciers concernés, votant par classes ;
- permettre un mécanisme d'application forcée interclasses si le plan de restructuration n'est pas soutenu par toutes les classes de créanciers ;
- prévoir que le plan de restructuration soit validé par une autorité judiciaire ou administrative si le plan affecte les intérêts des parties dissidentes ou nécessite de nouveaux financements pour devenir contraignant ;
- faire en sorte que l'autorité compétente, lorsqu'elle décide de valider un plan, vérifie qu'il est conforme aux exigences d'adoption du plan et que celui-ci respecte les intérêts des créanciers ;

- protéger les nouveaux financements et financements provisoires en leur attribuant un rang supérieur aux créances des créanciers ordinaires non garantis, et protéger les autres opérations liées à la restructuration contre les actions révocatoires ; et
- imposer aux dirigeants d'entreprises au bord de l'insolvabilité des responsabilités particulières qui les inciteront à procéder à une restructuration précoce lorsque leur entreprise est viable.

Règles concernant la seconde chance pour les entrepreneurs

La Proposition met en place des dispositions minimales en matière de remise de dettes pour les entrepreneurs surendettés. Ces dispositions constituent les conditions de base à l'octroi d'une seconde chance, pour dynamiser l'entrepreneuriat et prévenir un *forum shopping* onéreux.

Les États membres doivent s'assurer que les entrepreneurs surendettés honnêtes puissent être libérés de leurs dettes au bout de trois ans au plus et puissent bénéficier d'injonctions de déchéance de courte durée sans avoir à saisir de nouveau une autorité judiciaire ou administrative. Lorsque les dettes personnelles et professionnelles sont étroitement liées, la Proposition dispose que les États membres devraient s'efforcer de regrouper les procédures distinctes.

Mesures ciblées pour que les États membres puissent accroître l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et de seconde chance

La Proposition contient également des dispositions visant à accroître l'efficacité des lois des États membres en matière de restructuration et d'insolvabilité pour réduire la durée et le coût des procédures dans de nombreux États membres, qui entraînent une incertitude juridique pour les créanciers et les investisseurs et des taux de recouvrement bas des dettes impayées.

À cet effet, il est demandé aux États membres de s'assurer que les membres des autorités judiciaires et administratives soient correctement formés et spécialisés en matière de restructuration, d'insolvabilité et de seconde chance et que ces matières soient gérées efficacement, afin de garantir la célérité de traitement des procédures.

En outre, il est demandé aux États membres de veiller à ce que les praticiens de l'insolvabilité reçoivent une formation adéquate pour qu'ils puissent exercer leurs fonctions avec efficacité, impartialité, indépendance et compétence vis-à-vis des parties. À cet effet, la Proposition recommande l'adoption de codes de conduite.

En ce qui concerne la nomination, la révocation et la démission des praticiens, un processus clair, prévisible et équitable est exigé de tous les États membres. En particulier, les critères concernant la manière dont l'autorité judiciaire ou administrative sélectionne un praticien doivent être clairs et transparents, et les États membres doivent prendre en considération son expérience et son expertise. Dans les situations transfrontières, la capacité du praticien à communiquer et à coopérer avec les autorités et les praticiens de l'insolvabilité étrangers, ainsi que ses ressources humaines et administratives, doivent elles aussi être prises en considération. En outre, les débiteurs et les créanciers seront consultés lors de la sélection du praticien.

Enfin, la Proposition exige que leur travail soit soumis à des structures de surveillance et de réglementation appropriées et à un régime efficace de sanctions, et que leurs honoraires sont régis par des règles qui incitent à l'aboutissement rapide et efficient des procédures.

La Proposition adopte un grand nombre des recommandations présentées par le Forum des mandataires de l'insolvabilité d'INSOL Europe à la DG Justice de la Commission européenne en juillet 2016³ en termes de normes minimales.

Prochaines étapes

Pour pouvoir être adoptée sous forme de directive européenne contraignante, la Proposition devra être approuvée par le Conseil européen après avoir été présentée au Conseil européen et au Parlement européen. La Proposition sera certainement modifiée dans le cadre du processus législatif.

Les États membres devront ensuite transposer les dispositions de la directive dans leur législation dans les deux ans de son entrée en vigueur au niveau de l'UE et dans les trois ans suivant cette date, s'agissant des dispositions visant à accroître l'efficacité de la restructuration, de l'insolvabilité et de la seconde chance.

Dans ce contexte, pendant le Congrès annuel de Cascais, sous la co-présidence d'Alberto Núñez-Lagos, président sortant d'INSOL Europe, la Branche Redressement d'INSOL Europe a lancé un nouveau projet sur la mise en œuvre législative des cadres de restructuration préventive régis au Titre II de la future directive.

Les premiers résultats du projet de la Branche Redressement seront présentés lors du Congrès annuel de Varsovie, qui se tiendra du 5 au 8 octobre 2017.

X X X
X

35^e Congrès annuel

Financement et insolvabilité : où commencent et finissent-ils ?

Myriam Maily nous rend compte du Congrès annuel d'INSOL Europe qui s'est tenu à Cascais, près de Lisbonne (Portugal)*

Le Congrès annuel d'INSOL Europe, consacré au thème « Financement et insolvabilité : où commencent et finissent-ils ? », s'est déroulé les 23 et 24 septembre 2016 à l'hôtel Cascais Miragem.

Au cours du Congrès, divers thèmes ont été abordés d'un point de vue juridique, économique et financier, et notamment les suivants : Gestion des risques de crédit à l'international, Actionnaires et créanciers, Financement LMA, Financement des entreprises en difficulté,

³ www.insol-europe.org/ioh-forum-news

Responsabilité des prêteurs, Financement de la masse, Résiliation des conventions de crédit, Credit Bidding.

35^e anniversaire

À l'occasion du 35^e anniversaire de l'organisation, Alberto Núñez-Lagos Burguera (Uría Menéndez), Président d'INSOL Europe, a accueilli pas moins de 427 délégués de 35 pays.

La matinée a été ouverte par les co-présidents du Comité technique (Evert Verwey, Clifford Chance, et Francisco Patricio, Abreu Advogados), qui ont présenté la première séance technique, consacrée à la « Gestion des risques de crédit à l'international », vue comme un outil utile pour les praticiens de l'insolvabilité internationale. L'accent a été placé sur la nécessité, pour les conseils juridiques, d'utiliser leur expérience en gestion des risques de crédit dès le début de toute procédure de restructuration transfrontalière. De l'avis du groupe de travail, le fait de permettre une collaboration permanente entre les conseils en restructuration et les experts en produits bancaires et dérivés pouvait donner naissance à des équipes de restructuration puissantes réunissant d'éminents spécialistes au bénéfice des clients, que ce soit en termes de coûts ou de qualité des services. Bien que le groupe de travail ait conclu qu'une telle collaboration pouvait encore s'avérer ambitieuse à ce stade, il s'agissait néanmoins d'une occasion à ne pas manquer dans un avenir proche.

Débat interactif

La deuxième séance de la matinée consistait en un débat interactif entre les participants, visant à déterminer dans quelle mesure le financement des entreprises en difficulté était vu, dans les différents pays, comme une occasion pour de nouveaux investisseurs potentiels, ou juste comme une façon de protéger les intérêts des créanciers existants.

Les problèmes liés au ciblage d'entreprises en difficulté pouvant faire l'objet d'un financement ont été évoqués alors que les participants expliquaient pourquoi, dans certains pays, les prêteurs pouvaient se montrer réticents à fournir ce type de financement. Les questions de la disponibilité (dans le cadre d'un plan ou non, et sous la pression des délais) et de la protection (uniquement dans le cadre d'une procédure judiciaire, contre les actions en récupération ou en responsabilité, par le biais de l'émission de nouveaux titres) des nouveaux financements au Royaume-Uni, en Allemagne et en Italie ont également été soulevées, notamment du point de vue du secteur bancaire.

La séance technique du matin s'est terminée par des ateliers interactifs qui ont permis aux délégués de partager leurs expériences et connaissances concernant certains aspects du financement des entreprises en difficulté.

Le premier atelier portait sur la responsabilité des dirigeants et/ou des prêteurs dans le cas où une entreprise rencontre des difficultés.

Le deuxième atelier abordait le pour et le contre des dispositions légales nationales en matière de sociétés et/ou d'insolvabilité permettant d'évincer les actionnaires d'une entreprise en difficulté. Les présentations nationales ont été suivies d'une discussion sur les divers moyens d'éviction des actionnaires et les circonstances particulières dans lesquelles cette éviction pouvait aboutir à une restructuration réussie.

Au cours du troisième atelier, trois intervenants d'Espagne, d'Allemagne et du Royaume-Uni ont présenté la notion de « *credit bidding* » (le droit d'un créancier gagiste à participer à la vente aux enchères du gage et à compenser sa créance contre le débiteur en y appliquant le prix de

vente) et les problèmes qui en découlent. En particulier, les problèmes techniques et les complications qui s'ensuivent lorsqu'il existe plusieurs créanciers (par ex. dans le cas d'un prêt syndiqué) qui suivent chacun une stratégie différente à cet égard, et lorsqu'un ou plusieurs créanciers sont devenus créanciers sur le marché secondaire avant ou après le début de la procédure.

Au cours de la deuxième série de discussions de l'atelier, il s'est avéré que ces questions se posent de plus en plus souvent dans divers pays.

L'intervenant du quatrième atelier a présenté et comparé les pratiques en matière de financement de la masse aux Pays-Bas, en Allemagne et au Royaume-Uni. Il s'est également penché sur le fait que les entreprises en difficulté peuvent être incitées à se livrer au *forum shopping* au vu des différentes pratiques qui existent en Europe en matière de financement de la masse.

Intervenant principal

La séance technique de l'après-midi s'est ouverte par un discours du premier intervenant principal (José Manuel Durão Barroso, Portugal), qui a présenté son point de vue sur la crise européenne et ses divers aspects.

Le Président sortant de la Commission européenne a également décrit les répercussions potentielles du Brexit sur la confiance accordée au marché de l'UE, notamment la zone euro.

Toutefois, après avoir cité Jean Monnet, M. Barroso a conclu qu'il était persuadé que l'UE devrait être suffisamment forte pour surmonter la crise, à condition que les dirigeants nationaux, ensemble, souhaitent renforcer le projet européen.

20

Actualités européennes

La deuxième séance était consacrée aux actualités européennes. Pour commencer, le souhait de la Commission européenne de voir naître une nouvelle culture européenne de l'insolvabilité a été mis en avant dans le contexte d'une proposition législative à venir dans la foulée de la recommandation de la Commission du 12 mars 2014.

Les nouveaux financements et le rôle des actionnaires pendant la restructuration ont été évoqués, en particulier sous la forme d'un mécanisme qui permettrait l'adhésion forcée d'une minorité d'actionnaires dissidents tout en respectant les instruments européens. Ensuite, la discussion s'est tournée vers la prochaine entrée en vigueur de la refonte du REI, plus précisément des nouvelles mesures qui devraient permettre aux groupes d'entreprises de bénéficier, dans certaines circonstances, d'un régime au titre duquel une approche unifiée pourrait être prise en compte.

Des sujets d'actualité en 2016 pour les mandataires de l'insolvabilité ont ensuite été évoqués à la lumière des résultats du sondage qui avait été réalisé à l'occasion du Congrès annuel de Berlin en 2015. En outre, certains aspects de la réglementation applicable aux mandataires de l'insolvabilité dans plusieurs pays ont été pris à titre d'exemple, notamment pour ce qui est des régimes de responsabilité. Avant la fin de la séance, un nouveau sondage a été réalisé ; ses résultats seront publiés sur le site web d'INSOL Europe.

La dernière séance de la journée proposait une étude comparative détaillée de la législation et de la pratique en matière de sauvetage, ainsi que de la résiliation des conventions de crédit au Royaume-Uni, en Allemagne, aux Pays-Bas et au Portugal.

Effondrement bancaire

La deuxième journée du Congrès a commencé par une présentation de Vitor Bento (économiste, Président de la Sociedade Interbancária de Serviços, Portugal).

S'appuyant sur des chiffres pertinents, l'intervenant principal a décrit comment fonctionnait le système bancaire avant l'effondrement de Lehman Brothers, ainsi que les difficultés que certains pays doivent encore affronter. Il a également évoqué les conséquences de la « crise ancienne », la situation actuelle et d'éventuelles crises futures.

CNUDCI

Avant le compte-rendu du Président d'INSOL International sur les réalisations de son organisation, la première séance de la journée s'est intéressée aux travaux entrepris dans le domaine de l'insolvabilité dans le cadre de la CNUDCI. Pour commencer, il a été rappelé comment fonctionne la CNUDCI et comment elle promeut une interprétation et une application uniformes de ses textes.

Les délégués ont été informés de la possibilité de déposer des propositions de travaux futurs dans le domaine de l'insolvabilité à l'occasion du Congrès anniversaire de la CNUDCI (juillet 2017), suite à quoi un appel a été lancé en faveur d'une approche fonctionnelle, intégrée et exhaustive relative à des lois sur les opérations sécurisées, et notamment à leur coordination avec le droit de l'insolvabilité.

Pour finir, le rôle que joue INSOL Europe auprès de la CNUDCI a été présenté aux délégués. Après une description des huit grands principes visant à faciliter les procédures d'insolvabilité internationale visant des groupes d'entreprises multinationaux, ils ont pu avoir un bref aperçu du projet (en cours) de dispositions législatives à cet égard. Avant la fin de la séance, l'importance des travaux en cours du Groupe de travail V sur le droit de l'insolvabilité a été rappelée.

21

Solutions post-crise

Trois autres séances ont eu lieu en fin de matinée. Pour commencer, les raisons pour lesquelles l'Irlande s'est retrouvée en difficulté ont été expliquées, en particulier la supervision insuffisante des banques, qui a entraîné la perturbation de l'ensemble du système bancaire. Les solutions post-crise prévues par les autorités irlandaises ont ensuite été présentées, ainsi que les leçons tirées de l'expérience irlandaise, appliquées par Chypre pour préparer une nouvelle loi visant à réglementer la profession de praticien de l'insolvabilité et à introduire de nouvelles méthodes de sauvetage / restructuration à leur intention.

Par la suite, la séance consacrée aux opérations sur titres d'emprunt a débuté par une présentation comparative de ce marché au Royaume-Uni, aux Pays-Bas, en Italie et en Allemagne, avant de se poursuivre par la présentation de la procédure de vente et d'achat dans ces pays et par les leçons tirées des pratiques observées sur le marché.

La dernière séance de la journée traitait des conséquences que subissent les mandataires de l'insolvabilité quand « tout va mal ». Chaque intervenant a présenté la législation et la pratique en matière de nomination, de rémunération et de responsabilité des praticiens de l'insolvabilité dans son pays.

En conclusion, il a été convenu que si une harmonisation au niveau de l'UE serait la bienvenue dans ce domaine, il ne faut pas oublier que les praticiens de l'insolvabilité travaillent en

lien avec leurs systèmes juridique et judiciaire nationaux, qui doivent être pris en considération avant de progresser vers l'harmonisation.

Nouveau Président

Les séances techniques se sont terminées par l'investiture du nouveau Président d'INSOL Europe, Steffen Koch, pour la période 2016-2017, succédant à Alberto Núñez-Lagos Burguera. Le samedi soir, le Congrès s'est terminé par le traditionnel dîner de gala, cette fois-ci organisé dans l'*Estufa Fria* (serre froide) du parc Édouard VII, en plein cœur de Lisbonne.

Nous espérons tous vous voir en octobre 2017 ! Nous sommes persuadés que vous serez enchantés de nous rejoindre dans la magnifique et fascinante Varsovie, où nous discuterons de développements intéressants dans le monde de l'insolvabilité et de la restructuration.

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

**Vous trouverez des photos du Congrès de Lisbonne sur notre site web,
à l'adresse www.insol-europe.org/gallery/2016-lisbon-congress**

Le point de vue d'un délégué : Jean-Luc Hagon est un jeune collaborateur au sein du cabinet NautaDutilh (Belgique). Il nous livre son point de vue personnel sur le Congrès.

« Je suis un jeune avocat belge. J'exerce à Bruxelles et je m'intéresse au droit de l'insolvabilité depuis ma dernière année d'études de droit, en 2010. Je suis véritablement passionné par les questions d'insolvabilité et il faut bien reconnaître que le Congrès annuel d'INSOL Europe est un événement incontournable à cet égard !

Je suis désormais un habitué du Congrès et après cette deuxième participation, j'espère assister à de nombreux autres congrès à l'avenir. Comme toujours avec INSOL Europe, je n'ai pas été déçu par cette édition.

Pour moi, c'est un honneur d'avoir assisté à ce Congrès et d'avoir pu entendre de brillants praticiens évoquer divers sujets internationaux complexes, tels que le financement des entreprises en difficulté ou la récupération des actifs d'une entreprise en difficulté, pour n'en citer que quelques-uns.

À mon avis, l'intervention du charismatique José Manuel Barroso, Président sortant de la Commission européenne, a été le point fort du Congrès de cette année. Il a prononcé un discours inspirant sur les institutions européennes et l'Union européenne, avec la touche d'humour qui le caractérise.

Je suis vraiment impatient d'assister au prochain Congrès annuel (à Varsovie, Pologne) et j'espère vous y retrouver ! »

x x x
x

Conférence du Forum universitaire

Harmonisation du droit européen de l'insolvabilité

Myriam Mailly nous rend compte de la Conférence annuelle du Forum universitaire, tenue à Cascais, parallèlement au Congrès annuel principal*

La Conférence annuelle du Forum universitaire s'est tenue les 21 et 22 septembre 2016 à l'hôtel Cascais Miragem, en présence de plus de 55 délégués représentant une quinzaine de pays.

Cette conférence a répondu aux attentes des délégués, grâce à des questions stimulantes sur la faisabilité et l'opportunité de l'harmonisation, de la convergence ou du rapprochement du droit de l'insolvabilité en Europe et d'autres points intéressants. En particulier, les présentations se sont focalisées sur les approches possibles et les obstacles à l'harmonisation matérielle, les exigences relatives à l'ouverture de la procédure et la responsabilité des dirigeants en cas de retard de déclaration, les actions en annulation et le rang des créances.

La deuxième partie de la conférence était consacrée aux difficultés actuelles des cadres nationaux de restructuration préventive, en particulier en lien avec les nouveaux financements et le traitement des contrats exécutoires.

Harmonisation matérielle

La première journée, les débats ont commencé par six exposés répartis sur deux séances consacrées exclusivement à l'harmonisation matérielle.

Jessica Schmidt a présidé la première séance, au cours de laquelle Gert-Jan Boon (université de Leyde, Pays-Bas) a présenté brièvement le rôle des parties prenantes et les moyens leur permettant d'influencer (dans le bon ou le mauvais sens) le processus législatif européen, en particulier au vu du suivi de la recommandation de la Commission du 12 mars 2014 relative à une nouvelle approche en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises.

La juge Nicoleta Mirela Nastasie (tribunal de Bucarest-Ilfov, université Titu Maiorescu, Roumanie, et université Nottingham Trent, Royaume-Uni) a présenté une vision du rôle que peut jouer le corps judiciaire pour une meilleure convergence du droit européen de l'insolvabilité et proposé des solutions optimistes pour harmoniser les différents systèmes judiciaires d'Europe.

Enfin, Jennifer Gant (université Nottingham Trent, Royaume-Uni) a posé la question de la politique économique et sociale par le biais d'une étude comparative historique des régimes d'insolvabilité américain et britannique.

Antonio Leandro (Université de Bari Aldo Moro, Italie) les a rejoints sur le sujet de l'harmonisation matérielle, soulignant les problèmes que cela posait dans le contexte du règlement européen sur l'insolvabilité, en particulier en ce qui concerne le besoin de sécurité juridique dans l'UE en lien avec les actions en annulation, ainsi que Zoltan Fabok (université Nottingham Trent, Royaume-Uni), qui a comparé l'obligation de déclaration en vigueur en Allemagne aux aspects de la « faute de gestion » applicables en Hongrie et en Angleterre.

Ce thème a ensuite été repris par Loes Lennarts (université de Groningen, Pays-Bas), qui a évoqué les questions de la responsabilité des dirigeants et de l'opportunisme des actionnaires en cas d'insolvabilité imminente, du point de vue néerlandais.

Rang des créanciers en cas d'insolvabilité

La troisième séance, l'après-midi, présidée par Rolef de Weijs (université d'Amsterdam, Houthoff Buruma, Pays-Bas), était consacrée aux possibilités d'approches harmonisées et aux obstacles à l'harmonisation dans le domaine du rang des créances.

Ignacio Tirado (Universidad Autónoma de Madrid, Espagne) a également participé à cette séance, expliquant les difficultés mais aussi les bienfaits potentiels d'une harmonisation reposant sur l'hypothèse courante de normes internationales en la matière, tout en laissant de la place à la protection des intérêts locaux.

Offrant le point de vue du secteur bancaire, Paolo Castagna (UniCreditBank AG, Allemagne) a levé la séance en appelant à davantage de stabilité et de transparence des cadres de l'insolvabilité nationaux s'agissant de la protection des droits des créanciers.

La séance Shakespeare Martineau, présidée par Michael Veder (université Radboud de Nimègue / Resor, Pays-Bas), était consacrée à la qualification, à la réglementation et à la rémunération des mandataires de l'insolvabilité au Royaume-Uni. Christina Fitzgerald et Tania Clench (Shakespeare Martineau, Royaume-Uni) ont expliqué comment obtenir un agrément et exercer la profession de praticien de l'insolvabilité au Royaume-Uni à la lumière des réformes passées et à venir, tout en soulignant à quel point la question de la rémunération des PI restait sensible dans le pays.

La première journée s'est terminée par une réception, suivie du traditionnel dîner offert aux universitaires et à leurs accompagnateurs. Le dîner s'est terminé par un discours prononcé cette année par Stephan Madaus (université Martin Luther, Halle-Wittenberg, Allemagne).

Réseau des jeunes chercheurs en droit de l'insolvabilité (YANIL)

La deuxième journée a débuté par la séance du YANIL (réseau des jeunes chercheurs en droit de l'insolvabilité), présidée par Jennifer Gant (université Nottingham Trent, Royaume-Uni), regroupant plusieurs thèmes intéressants.

Pour commencer, Eugenio Vaccari (City University of London, Royaume-Uni) est parvenu à la conclusion que l'harmonisation du rang des créanciers pourrait ne pas être imposée mais plutôt défendue au niveau de l'UE. Ensuite, Emilie Ghio (University College, Cork, Irlande) a appelé à davantage de pragmatisme dans le domaine du droit de l'insolvabilité internationale, afin de dépasser l'opposition traditionnelle entre universalisme et territorialisme.

Enfin, Grant Jones (université de Tilbourg, Pays-Bas, et City University of London, Royaume-Uni) a proposé une étude de la procédure de concordat volontaire britannique, à base contractuelle, s'intégrant dans la théorie actuelle de l'insolvabilité, et a souligné la nécessité d'améliorer la qualité des données et la quantité des données empiriques en la matière.

Difficultés des cadres de restructuration préventive

La cinquième séance, inaugurée par Anthon Verweij (université de Leyde, Pays-Bas), était consacrée aux « difficultés des cadres de restructuration préventive ».

Catarina Serra (université de Minho, Portugal) a d'abord avancé que l'harmonisation des cadres de restructuration préventive pourrait se dérouler de manière optimale grâce à la collecte et à la déclaration de principes généraux communs à tous les territoires, sans préjudice de la flexibilité nécessaire qu'apporte la diversité des contextes juridiques, économiques et politiques.

Bob Wessels (université de Leyde, Pays-Bas) a exposé l'objectif du projet de l'Institut européen du droit (European Law Institute – ELI) consacré à la « Sauvegarde des entreprises en droit de l'insolvabilité », à savoir élaborer un ensemble de normes et d'exigences qui permettront à terme de développer des règles cohérentes et fonctionnelles pour sauvegarder les entreprises dans l'UE.

Stephan Madaus (université Martin Luther Halle-Wittenberg, Allemagne) a poursuivi par des recommandations visant à promouvoir la mise en place d'un cadre d'« accompagnement au sauvetage » harmonisé à travers l'UE et à renforcer les régimes existants applicables dans les situations de pré-insolvabilité et d'insolvabilité.

Avant la fin de la séance, Samantha Renssen (université de Maastricht, Pays-Bas) a souligné la réforme en cours qui devrait aboutir à l'introduction des procédures de pre-pack et de concordat aux Pays-Bas, citant quelques-unes des différences existant entre la procédure britannique et les propositions de réforme néerlandaises.

Unification

L'après-midi, les débats se sont terminés par le cours Shakespeare Martineau, dispensé cette année par Ignacio Sancho, juge à la Cour suprême d'Espagne, qui a affirmé qu'il fallait soutenir l'appel à une plus grande harmonisation et qu'une certaine unification serait un pas dans le bon sens.

En particulier, cette unification serait la bienvenue concernant les règles de priorité ou celles concernant l'annulation des opérations, au vu de la prolifération des accords amiables dont la réussite dépend souvent des règles applicables dans le cadre de l'insolvabilité.

Au cours de ces deux journées, les intervenants ont fait plus que souligner des points d'intérêt : ils ont cherché à comprendre, analyser et approfondir des questions fondamentales ayant trait à l'insolvabilité et ouvrant des perspectives et des possibilités de recherche.

25

Le point de vue d'un nouveau délégué : Participant pour la première fois à la Conférence du Forum universitaire, **Eugenio Vaccari**, doctorant à la City University of London, a confié ses impressions à *eurofenix*.

« La Conférence annuelle du Forum universitaire d'INSOL Europe s'est tenue les 21 et 22 septembre près de Lisbonne, dans le splendide hôtel Cascais Miragem, face à la magnifique côte atlantique du Portugal. Malheureusement, nous n'avons pas eu beaucoup de temps pour profiter du paysage qui nous entourait. Les six séances de travail autour desquelles la Conférence était organisée ont réussi non seulement à tenir les délégués informés, mais également à étudier certaines des questions les plus controversées auxquelles l'insolvabilité est actuellement confrontée au niveau européen.

Plusieurs exposés et présentations portaient sur les préoccupations et possibilités associées à l'harmonisation matérielle du droit de l'insolvabilité. Dans son remarquable cours de conclusion, Ignacio Sancho, juge à la Cour suprême d'Espagne, a livré aux participants un résumé des aspects

les plus conflictuels de ce projet, ainsi que quelques propositions et considérations sur la façon de les traiter.

Participant pour la première fois à la Conférence du Forum universitaire d'INSOL Europe, en ma qualité de jeune chercheur, j'ai eu l'honneur d'avoir la possibilité de présenter les résultats d'une étude empirique que j'ai réalisée l'année dernière. Encore plus exceptionnel, j'ai eu la chance d'échanger avec un groupe d'experts dynamiques de quatorze pays !

À mon avis, la gamme d'expertise et la qualité des contributions font de cette Conférence une manifestation incontournable pour tout universitaire spécialiste des sujets liés à l'insolvabilité.

Je suis impatient de participer à la Conférence de l'année prochaine,

qui se tiendra les 4 et 5 octobre à Varsovie ! »

x x x

x

Prix Richard Turton

Responsabilité des dirigeants : quel est le degré minimal d'harmonisation européenne souhaitable ?

*Róbert Muzsalyi nous présente une étude de cas fictive
concernant les conséquences du transfert de CIP sur les obligations des dirigeants*

26

Dr. Róbert Muzsalyi est le lauréat du prix Richard Turton 2016.

Greffier à la Cour suprême de Hongrie, il rédige actuellement une thèse (« Les répercussions de la législation de l'UE sur le droit hongrois de la procédure ») à l'école doctorale de droit et de sciences politiques de l'université catholique Péter Pázmány (Budapest, Hongrie).

C'est la première fois que nous récompensons un Hongrois. Les lauréats précédents venaient d'Ouganda, de Bélarus, d'Inde, de Lettonie, de Lituanie, de Pologne, de la RPC, de Roumanie, de Russie et de Serbie.

Róbert a été invité au Congrès annuel de Lisbonne pour y recevoir son prix.

Un résumé de son article est présenté ci-dessous. La version intégrale de son article et de plus amples renseignements sur le prix Richard Turton sont disponibles en ligne, à l'adresse www.insol-europe.org/richard-turton-award.

Le transfert du centre des intérêts principaux (« CIP ») d'un État membre à un autre peut avoir des conséquences importantes tant sur la portée que sur la nature des obligations et la responsabilité des dirigeants, ainsi que sur la mise à exécution de ces obligations.

Cette situation pourrait entraîner une incertitude pour les créanciers et les dirigeants. Selon moi, ces difficultés pourraient être résolues par un certain degré d'harmonisation en ce qui concerne les obligations des dirigeants. Dans cet article, je souhaite me concentrer sur ce qui pourrait constituer le point de départ de règles communes.

Étude de cas

L'entreprise débitrice exerçait des activités d'assemblage de produits électriques en Allemagne. Les matériaux utilisés à cet effet étaient importés d'Europe de l'Est, essentiellement de Hongrie.

Incapable d'honorer ses dettes à leur échéance, l'entreprise s'est retrouvée en état d'insolvabilité imminente. Par la suite, son dirigeant, M. Grenbuch, a réalisé des versements illicites à des membres de sa famille, prélevés sur les actifs de l'entreprise, s'élevant au total à 50 000 euros.

Compte tenu des difficultés financières de l'entreprise, les actionnaires ont décidé de transférer le CIP à Budapest, car ils pouvaient louer des locaux et des équipements à des prix bien plus bas en Hongrie. En outre, l'entreprise se rapprocherait ainsi de ses fournisseurs, ce qui permettrait également de réduire les frais de transport.

L'entreprise, sous la direction de M. Grenbuch, a commencé à exercer ses activités en Hongrie. Toutefois, elle était toujours incapable d'honorer ses factures à leur échéance. Par conséquent, suite à la demande d'un créancier hongrois, le tribunal régional de Budapest a déclaré son insolvabilité, ordonné sa liquidation et nommé un liquidateur.

Le liquidateur, après avoir étudié les comptes et paiements de l'entreprise débitrice, a introduit une demande à l'encontre de M. Grenbuch visant à établir qu'il avait failli à représenter les intérêts des créanciers au cours des trois ans précédant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, à la suite d'une situation présentant un risque potentiel d'insolvabilité, lorsqu'il avait réalisé des versements illicites à des membres de sa famille en Allemagne.

M. Grenbuch a contesté la compétence du tribunal hongrois. Il a avancé qu'il était le dirigeant allemand d'une entreprise allemande à la date où il avait réalisé les versements incriminés, qu'il était soumis au droit allemand et, de ce fait, qu'il considérait que les dispositions légales allemandes (et non hongroises) auraient dû s'appliquer.

27

Problèmes soulevés par l'étude de cas :

- a) Quel tribunal est compétent vis-à-vis des dirigeants en cas de transfert de CIP ?
- b) Quel droit national s'appliquera ?
- c) Le tribunal hongrois avait-il compétence pour statuer sur la validité des versements réalisés en Allemagne ou seulement sur ceux réalisés après le transfert du CIP en Hongrie ?

Faute identique mais décision différente en fonction du droit applicable

Le droit hongrois applique une stratégie de « négligence sanctionnable » : les obligations du dirigeant sont modifiées, la priorité étant accordée aux intérêts des créanciers lorsque l'entreprise court un risque d'insolvabilité.

Les obligations du dirigeant qui a géré l'entreprise au cours des trois années précédant l'ouverture de la procédure de liquidation seront examinées par le tribunal. En Hongrie, la législation ne prévoit pas de « dépôt de bilan obligatoire » lorsque l'entreprise est insolvable. En outre, le dirigeant ne peut pas demander l'ouverture d'une procédure de liquidation sans le consentement des actionnaires.

La législation hongroise prévoit une procédure en deux étapes. Pour commencer, dans le cadre de la procédure de liquidation, le tribunal peut établir la responsabilité des dirigeants. Ensuite, suite au prononcé d'un jugement définitif établissant la responsabilité des dirigeants et clôturant la procédure de liquidation, les créanciers non désintéressés peuvent entamer des poursuites. Si (et seulement si) les dirigeants ne se conforment pas à l'obligation de paiement

prévue par la décision définitive, le tribunal peut leur interdire d'exercer des fonctions de direction pendant cinq ans.

Le droit allemand applique la stratégie contraire, c'est-à-dire que le dirigeant doit demander l'ouverture de la procédure d'insolvabilité sans délai, au plus tard dans les trois semaines suivant l'illiquidité ou le surendettement de l'entreprise. En vertu du droit allemand, le non-respect de cette obligation engage une responsabilité pour retard d'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Les dirigeants qui ne demandent pas l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité (faute intentionnelle ou négligence) commettent un délit et sont tenus personnellement responsables des éventuels préjudices causés. Les demandes en dommages-intérêts découlant de cette responsabilité sont suspendues jusqu'à la clôture de la procédure d'insolvabilité, après quoi, il est possible de tenir compte des éventuels dédommagements déjà accordés et d'établir si les prétentions formulées à l'encontre du dirigeant ont été réglées par l'administrateur judiciaire ou le liquidateur.

Les motifs d'interdiction d'exercice sont régis par des dispositions légales portant sur les diverses formes de sociétés (GmbHG, AktG, etc.) et soumettent l'interdiction, à titre de condition préalable, à une forme ou une autre de conduite criminelle. Dans l'étude de cas ci-dessus, la conduite de M. Grenbuch constituerait une « banqueroute » (*Bankrott*), crime puni par l'article 283 du Code pénal allemand.

Responsabilité internationale en cas de faute

La Cour de justice de l'Union européenne (« CJUE ») a arrêté que l'article 3(1) du REI devait être interprété comme conférant une compétence internationale à l'État membre sur le territoire duquel la procédure d'insolvabilité est ouverte pour entendre et juger des actions dérivant directement de la procédure et s'y insérant étroitement⁴.

La CJUE a déclaré que les actions introduites par le liquidateur dans le cadre de la procédure d'insolvabilité à l'encontre du directeur général d'une entreprise dériveraient directement de la procédure d'insolvabilité et s'y inséreraient étroitement⁵.

Dans la récente affaire *Kornhaas*⁶, la CJUE a souligné que le droit de la procédure principale déterminait également le droit applicable à la question de la responsabilité des dirigeants (portée et exécution), nonobstant le fait que le débiteur et le dirigeant sont situés dans un autre État membre.

Il est possible que les dirigeants n'exercent aucune influence sur le transfert du CIP, car il peut s'agir d'une décision des actionnaires (sauf dans les cas où le dirigeant est également l'actionnaire majoritaire de la société). Le transfert du CIP du débiteur peut également entraîner une modification des dispositions relatives aux obligations des dirigeants. Par conséquent, une loi différente s'appliquera en matière de mise à exécution.

Ainsi, la responsabilité des dirigeants peut être établie en application du droit d'un État membre donné, que ceux-ci n'avaient pas pris en considération en commettant l'acte incriminé. Suite au transfert de CIP, les dirigeants doivent reconnaître que leurs obligations et responsabilités peuvent être différentes en vertu du droit du nouvel État membre. S'ils n'acceptent pas ce risque, ils peuvent démissionner, contraignant ainsi les actionnaires à nommer de nouveaux dirigeants.

Toutefois, dans certains cas, cette démission n'exonère pas les dirigeants de toute responsabilité. Dans plusieurs États membres, la conduite des dirigeants qui géraient l'entreprise au cours des trois années précédant l'ouverture de la procédure de liquidation est examinée par le

⁴ Arrêt Seagon, C-339/07, EU:C:2009:83, p. 21.

⁵ Arrêt H. contre H.K., C-295/13, EU:C:2014:2410, p. 26.

⁶ C-594/14, UE:C:2015:806.

tribunal. Par conséquent, celui-ci examinera également la conduite des dirigeants démissionnaires s'ils étaient en fonctions au cours de cette période. En outre, selon moi, les obligations des dirigeants doivent être examinées selon le droit du nouvel État membre (conformément à l'arrêt Kornhaas) et les dirigeants doivent être tenus responsables en cas de manquement à leurs obligations.

Il serait totalement contraire à la jurisprudence de la CJUE que les tribunaux ayant compétence pour ouvrir une procédure d'insolvabilité et donc pour prendre des mesures à l'encontre des dirigeants soient contraints d'appliquer le droit d'un autre État membre à la question de la responsabilité des dirigeants.

Par ailleurs, les objectifs susmentionnés ne seraient pas non plus remplis si un tribunal était compétent s'agissant de la procédure principale, mais pas des actions à l'encontre des dirigeants démissionnaires, ce qui contraindrait le liquidateur à attaquer les dirigeants dans un autre État membre, selon qu'ils géraient la société avant ou après le transfert de CIP. Je ne pense pas que le fait que le liquidateur doive introduire une demande en vertu du droit d'un autre pays soit faisable ni efficace.

Les points les plus importants de l'harmonisation

Obligations en lien avec l'insolvabilité

Dans l'UE, il existe deux grands types d'exercice de la compétence, en fonction des obligations des dirigeants en matière d'insolvabilité. Certains États membres appliquent une stratégie de « dépôt de bilan obligatoire ». À ce titre, les dirigeants sont tenus de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans un certain délai si l'entreprise dépasse un seuil prédéfini d'insolvabilité au-delà duquel, en règle générale, elle n'a plus le droit de réaliser le moindre paiement.

D'autres États membres appliquent une stratégie de « négligence sanctionnable ». Dans ces États, l'obligation de diligence des dirigeants change lorsque l'entreprise se trouve au bord de l'insolvabilité et il n'est pas nécessaire de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Dans ce cas, les dirigeants doivent représenter de manière appropriée les intérêts des créanciers plutôt que ceux de l'entreprise ou de ses actionnaires.

Comme je l'ai indiqué dans l'étude de cas, le transfert de CIP d'une entreprise d'un pays appliquant la première stratégie vers un pays appliquant la deuxième, et vice versa, peut poser des problèmes. Ces différences entraînent une incertitude juridique, ce qui rend nécessaire une harmonisation européenne. À mon avis, ces deux grandes stratégies ne s'excluent pas l'une l'autre ; en outre, elles pourraient être complémentaires au niveau européen. Ainsi, le point de départ de l'harmonisation serait de ne pas avoir à choisir entre ces deux stratégies ou d'en trouver une nouvelle. L'UE doit jouer un rôle de conseil dans la définition de l'insolvabilité imminente et l'insolvabilité des entreprises, tout en précisant clairement que les dirigeants doivent assumer leurs responsabilités et agir avec prudence dans les deux cas.

Règles de procédure

Il conviendrait de préciser si ces actions ne peuvent être introduites que devant le tribunal qui a prononcé la décision d'insolvabilité, si seul le praticien de l'insolvabilité est habilité à introduire une action, et si les actions ne peuvent être introduites que pendant la procédure de liquidation. Ces éléments sont particulièrement importants en raison des questions de disponibilité des justificatifs nécessaires et de spécialisation des juges de l'insolvabilité.

Il conviendrait également de définir qui peut introduire l'action. Les praticiens de l'insolvabilité sont le mieux placés à cet effet, car ils disposent des compétences et informations nécessaires concernant chaque opération réalisée avant l'ouverture de la procédure de liquidation et du pouvoir légal d'exiger la communication de pièces justificatives.

Interdiction d'exercice

L'établissement de la responsabilité des dirigeants en cas de manquement à leurs obligations en matière d'insolvabilité peut entraîner des sanctions à leur encontre, et notamment une interdiction d'exercice de fonctions de dirigeant.

Les objectifs en la matière devraient s'appliquer non seulement au niveau national, mais dans toute l'UE. Les sanctions liées au manquement à des obligations en matière d'insolvabilité protègent les entreprises et les créanciers ; elles ont également un effet dissuasif. L'absence d'harmonisation dans ce domaine affaiblit la protection qu'offre le droit national : en effet, en vertu des règles en vigueur, rien n'empêche un dirigeant frappé d'interdiction de gérer une entreprise dans un autre État membre. L'absence d'informations sur les personnes frappées d'interdiction d'exercice garantit la libre circulation de dirigeants sans foi ni loi qui pourraient causer de nouvelles défaillances d'entreprises dans d'autres États membres. Par exemple, un dirigeant qui a été frappé d'interdiction d'exercice en vertu du droit hongrois ne peut pas diriger d'entreprise pendant cinq ans, mais peut exercer ces fonctions en Allemagne ou dans tout autre État membre.

Les règles en vigueur ne garantissent pas la disponibilité d'informations sur les dirigeants frappés d'une interdiction d'exercer. En vertu de l'article 24.3 de la refonte du REI, les États membres peuvent partager et recevoir ces informations (plus exactement, il ne leur est pas interdit de le faire), mais ils ne sont pas tenus de veiller à ce que ces informations soient accessibles. Par ailleurs, il n'est pas certain qu'une décision d'interdiction d'exercer nationale s'étende de plein droit aux autres États membres. L'UE devrait donc prévoir une reconnaissance réciproque de ces décisions.

X X X

X

30

Le prix « Richard Turton »

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

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

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

- travailler dans un pays en développement ou émergent, et en avoir la nationalité;
- travailler dans le droit ou la pratique de l'insolvabilité, ou les étudier activement;

- être âgé de moins de 35 ans à la date de la candidature;
- maîtriser suffisamment l'anglais parlé pour tirer parti du programme technique du congrès annuel;
- accepter les conditions ci-dessous.

Les candidats sont invités à écrire - avec leur CV - à l'adresse ci après, une lettre d'environ 200 mots, pour expliquer pour quoi ils se considèrent qualifiés à recevoir ce prix, et ceci avant le 1^{er} juillet 2017. Ils sont également censés donner le titre du papier qu'ils soumettront à la commission. La décision sera prise par un panel représentant les quatre organisations au plus tard le 3rd août 2017, pour permettre au candidat retenu de programmer sa participation au Congrès annuel d'INSOL Europe.

Le candidat retenu bénéficiera :

- d'une inscription gratuite au congrès annuel d'INSOL Europe, qui se tiendra en 2017 à Varsovie (Pologne) du 5 au 8 octobre ; ses frais de voyage, de logement et de nourriture seront pris en charge pour toute la durée du congrès ;
- en retour, le candidat devra écrire un article d'environ 3 000 mots sur le droit et/ou la pratique de l'insolvabilité ou réorganisation avec l'accord de la commission. Cet article pourra être publié dans la revue des quatre organisations marraines sous une forme réduite ; il sera également affiché intégralement sur leurs sites web.
- le candidat gagnant sera félicité lors du congrès et recevra un certificat encadré, correspondant à son prix.

Etes-vous intéressé ?

Envoyez votre lettre d'environ 200 mots, expliquant pour quoi vous vous considérez qualifié à bénéficier de la possibilité d'être présent au Congrès annuel d'INSOL Europe en tant que gagnant du prix Richard Turton, avant le 1^{er} juillet 2017, à l'adresse suivante :

Richard Turton Award c/o INSOL International 6-7 Queen Street London EC4N 1SP Royaume Uni
 Fax : +44 20 7248 3384 e-mail : claireb@insol.ision.co.uk

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

Décision du Jury : 3 août 2017

31

X X X
X

Restructurations dans le secteur de la mode

Restructurations : enjeux et possibilités pour sortir de la crise

Victor Seuwen se demande ce que peuvent faire les entreprises du secteur de la mode pour figurer dans les palmarès de demain*

Pendant des décennies, le secteur mondial de la mode, du vêtement et du luxe a connu des performances supérieures à celles des autres secteurs, enregistrant une croissance à deux chiffres. Aujourd'hui, alors que la croissance mondiale devrait se poursuivre jusqu'en 2020, le secteur de la mode traverse une grave crise pour des raisons multiples.

Outre le dilemme que représente l'équilibre entre croissance du chiffre d'affaires et accroissement des marges, inhérent au secteur de la mode, les entreprises sont actuellement exposées à de réels bouleversements en termes de dynamique du marché. Ces changements ont des incidences importantes sur la façon dont les entreprises créent de la valeur et établissent le niveau de leurs marges. Nous avons recensé les principaux facteurs qui sont à l'origine de la crise actuelle que connaît ce secteur et mis au point une approche qui pourrait permettre d'en sortir.

Pourquoi le secteur de la mode souffre-t-il ?

La réponse est plutôt simple : les crises que traverse actuellement le secteur de la mode sont principalement dues à la pression toujours plus importante que subissent les marges ! Toutefois, les raisons sous-jacentes ont plusieurs facettes.

Pression sur les marges liée à la croissance des ventes de détail

Bien que la croissance des ventes et l'amélioration des marges soient toutes deux des facteurs stratégiques pour la création de valeur, la plupart des entreprises ont placé l'expansion des ventes de détail au sommet de leurs priorités. C'est surtout le cas des sociétés cotées en bourse, qui se doivent de présenter réussite sur réussite à leurs actionnaires et qui ont par conséquent étendu leurs opérations à un rythme supérieur à la moyenne. Toutefois, cette expansion massive et partiellement incontrôlée a entraîné une surexposition des marques en termes de distribution sans nécessairement produire les retombées souhaitées. La plupart des entreprises n'ont pas su adapter leur structure et leur culture à une activité orientée sur le marché. En outre, les magasins sont de plus en plus grands, et les performances au mètre carré déclinent tandis que les frais fixes augmentent, faisant que, pour un grand nombre d'entreprises, l'expansion de la vente de détail est devenue un obstacle important au développement des marges.

Pression des marges liée à la concurrence

La pression sur les marges résultant de la concurrence est triple.

Premièrement, les grandes enseignes sont en concurrence avec certaines des entreprises du secteur de la mode qui connaissent une croissance parmi les plus rapides dans le monde, au nombre desquelles on peut citer des acteurs « verticaux » tels que Zara et H&M. Leur réussite repose sur la vente directe aux consommateurs et l'efficacité maximale des processus de leur modèle commercial.

Deuxièmement, cette concurrence accrue est le fait de l'arrivée sur le marché d'acteurs qui n'opèrent qu'en ligne (par ex. Zalando, About You), créant une nouvelle dynamique commerciale qui a modifié en profondeur le comportement des consommateurs et contribué à la baisse générale des prix dans le secteur.

Troisièmement, la concurrence découle également de nouveaux arrivants sur le marché disposant de moyens financiers importants, issus de pays extérieurs à l'UE, source d'une offre excédentaire de marchandises. Tous ces facteurs se répercutent sur les prix et le niveau des marges du secteur (par ex. Uniqlo, Under Armour). L'évolution des besoins des consommateurs contraint virtuellement les sociétés du secteur de la mode à adapter leurs opérations à la « glocalisation », ce qui génère encore plus de concurrence. Par conséquent, les sociétés du secteur doivent relever un défi qui consiste à tirer profit des économies d'échelle via un modèle commercial viable à l'international, à proposer une gamme de produits bien pensée, tout en continuant de répondre aux besoins des consommateurs locaux.

Pression sur les marges liée à l'évolution du comportement des consommateurs

Résultat d'une numérisation toujours plus présente, les attentes des consommateurs vis-à-vis des marques ont changé, tout comme les exigences que les entreprises doivent satisfaire pour répondre à ces attentes. Au lieu d'acheter le « bon » produit au « bon » moment, les consommateurs souhaitent vivre une expérience de shopping ininterrompue, tous appareils, moyens de communication et circuits de vente confondus.

Pour les besoins de cet article, nous avons réparti les difficultés que rencontrent les entreprises en six catégories : communication, services, attentes en matière de prix, attentes en matière de produits, « *big data* » et intégration des circuits de vente.

1. Communication

L'interaction numérique toujours plus grande fait que les consommateurs sont mieux informés que jamais. Leurs goûts et leurs décisions d'achat se forment en ligne, souvent en lien avec des interactions sociales. L'accessibilité facilitée et la grande portée de l'Internet ont permis à des personnes d'influence, telles que les blogueurs ou les célébrités, de toucher un public énorme lorsqu'elles « prédisent » les goûts de demain et dictent les nouvelles tendances. Non seulement ce phénomène se répercute sur la transparence des prix, des produits et des services, mais il impose aux entreprises d'établir des relations sociales solides et coûteuses avec leur groupe cible. Les entreprises qui ont raté le train des médias sociaux rencontrent de grandes difficultés pour accroître la fréquentation de leurs circuits de vente et développer leur marque, que ce soit en ligne ou hors ligne. Toutefois, les investissements dans ce domaine sont lourds et augmentent la pression qu'exercent les marges sur le modèle commercial.

2. Services

Avec l'arrivée sur le marché et l'expansion rapide des « *pure players* » du commerce électronique, les consommateurs n'ont plus les mêmes attentes vis-à-vis des gammes de services que proposent les marques. Ainsi, la plupart des plateformes du commerce électronique attirent les consommateurs en leur offrant des retours gratuits, des horaires 24/7, divers modes de paiement, un stock d'une énorme variété et des promotions quotidiennes. Il est évident que les détaillants traditionnels peuvent difficilement concurrencer les offres et services du commerce électronique. En outre, le fait de proposer de nombreuses promotions (souvent quotidiennement) place le niveau des prix en ligne bien en-deçà des normes du secteur, ce qui exerce naturellement une pression sur les marges en général.

3. Attentes en matière de prix

Les entreprises à intégration verticale, telles que Primark, Zara ou H&M, proposent aux consommateurs des produits suffisamment à la mode et à un prix abordable. Grâce à cette approche de masse du marché de la mode, la vision qu'ont les consommateurs de la mode s'est considérablement dégradée. Par conséquent, leur volonté à payer un prix donné s'est proportionnellement amoindrie. À leur tour, les marques sont sommées de justifier leurs prix majorés soit en fournissant une meilleure qualité soit en renforçant la charge émotionnelle qu'elles véhiculent.

4. Attentes en matière de produits

Historiquement, la bonne qualité et/ou un prix bas étaient à l'origine des décisions d'achat des consommateurs. Cependant, aujourd'hui, il est devenu plus important de fournir des produits qui correspondent aux attentes des consommateurs en termes de positionnement de la marque. Par

exemple, si une marque, par sa communication, persuade les consommateurs qu'elle est à la mode et abordable, les attentes des consommateurs seront plus probablement satisfaites si ces attributs sont également reflétés dans l'offre, même si les produits ne sont pas de grande qualité. Toutefois, le problème est que de nombreuses entreprises de mode affirment toujours que « seul le produit compte pour conquérir des clients », négligeant l'interdépendance entre le positionnement de la marque et les attributs du produit. Par conséquent, les entreprises devraient élaborer des stratégies qui aboutissent à un positionnement cohérent tant en termes de marketing que de produit.

5. Big data

En marketing, l'essentiel est de comprendre le groupe cible d'une entreprise. Non seulement les groupes cibles ont changé, passant des marchés occidentaux traditionnels à la classe moyenne qui fait une percée sur les marchés émergents, mais également les consommateurs sont devenus plus « visibles ». La numérisation génère d'énormes quantités de données concernant les clients, ce qui impose d'investir dans des structures de veille commerciale. La difficulté consiste à filtrer les données pertinentes, à les transformer en stratégies marketing sensées et à s'appuyer dessus pour prendre des décisions commerciales.

6. Intégration des circuits de vente

Les consommateurs veulent pouvoir faire du shopping sans subir la moindre contrainte. Par conséquent, les entreprises du secteur de la mode ont absolument besoin de fonctionnalités qui leur permettent d'exploiter tous les circuits de distribution. La fréquentation des boutiques de vente au détail souffre de l'absence de services de traitement logistique et administratif en ligne, ce qui impose de revoir l'approche de la vente de détail au travers du prisme des circuits de vente dans leur globalité. Les entreprises sont confrontées au choix de décider de considérer la vente de détail comme un moyen d'aboutir à une réussite commerciale isolée, ou de jouer un rôle d'accompagnement tous circuits de vente confondus afin de maximiser leurs bénéfices dans l'ensemble.

En outre, la plupart des PME de la mode, surtout en Allemagne, réalisent encore d'importantes opérations de gros et peu d'opérations en ligne, ce qui rend l'intégration des circuits de vente complexe et dépendante, puisque les grossistes partenaires contrôlent leurs circuits de vente. La mise en œuvre des opérations du commerce électronique nécessite du savoir-faire, des infrastructures techniques et un alignement des chaînes d'approvisionnement. La vente de détail exerce également une pression sur les marges pratiquées sur les opérations de gros, étant donné que le modèle de marge en deux temps applicable dans le commerce de gros aboutit à des prix de marché (non concurrentiel) plus élevés du point de vue de leur mode de calcul, par rapport au modèle de marge (à une étape) vertical pratiqué dans la vente de détail ou la vente sur Internet.

Le problème est que l'alignement des prix de gros sur le niveau de la vente au détail, associé aux marges « fixes » attendues par les grossistes, réduirait à son tour la marge de gros des marques, réduisant de plus en plus la rentabilité du commerce de gros (Gerry Weber, Esprit).

La culture d'entreprise doit suivre, elle aussi. On recommande aux entreprises d'adopter une mentalité « tous-circuits » au sein de leur propre structure et de mettre en place un « inverseur de poussée » orienté sur le consommateur dans le cadre de leur (nouveau) modèle commercial.

Au vu de la nature et de l'historique de ces trois circuits de vente, la difficulté consiste à fusionner la dynamique rapide, flexible et jeune de la vente en ligne aux principes solides, traditionnels et inflexibles des opérations de gros et de détail, difficulté qui peut sembler quasiment aussi complexe que l'équilibre entre « les besoins conflictuels de chaque personne, qui vont main dans la main avec la peur ». Par exemple, le fait d'être un individu comparé à l'appartenance à un groupe,

ou le besoin de constance comparé au besoin de changement, comme l'a formulé Fritz Riemann, psychologue des profondeurs⁷. Au sens large, la réussite réside dans l'équilibre entre les différents besoins et perspectives et l'ensemble des contradictions et difficultés individuelles.

Pression sur les marges liée à l'approvisionnement

L'augmentation de la pression sur les marges découlant de la demande était traditionnellement compensée « simplement » en basculant vers des régions d'approvisionnement moins chères. Cependant, à terme, ces régions sont devenues plus riches et les prix d'achat ont augmenté. En outre, les consommateurs sont de plus en plus attentifs à la question de durabilité. Même si une durabilité à 100 % est rarement réalisable, cet objectif nécessite un réalignement permanent et coûteux de l'ensemble de la chaîne de valeur. En outre, d'autres instabilités macroéconomiques, par exemple les difficultés de l'euro et les récents événements (en Turquie, par exemple), augmenteront davantage la pression sur les marges et menaceront une partie du secteur.

Quels seront les vainqueurs ? Ou, pour reprendre Darwin, quels facteurs déterminent la « sélection naturelle » ?

Il existe des solutions idoines pour répondre aux défis actuels et futurs du marché. Que peuvent faire les entreprises du secteur pour figurer dans les palmarès de demain ?

Cet enjeu va bien au-delà de la simple fourniture de produits de qualité. Aujourd'hui, le produit en soi n'est ni plus ni moins perçu que comme une condition préalable incontournable à la réussite, qu'il soit de qualité supérieure ou qu'il corresponde aux tendances de la mode. La proposition de produits crédibles semble être le plus important si l'on veut renforcer la cohérence d'une marque. Les entreprises doivent charger d'émotion la perception qu'ont les consommateurs de leurs marques pour que leurs produits (comparables) se distinguent des autres marques sur le marché, ce qui leur permet de justifier les écarts de prix.

Par conséquent, un positionnement clair, une image de marque attractive, une stratégie cohérente sur les médias sociaux et une stratégie bien intégrée appliquée à tous les circuits de vente, le tout reflété par la culture institutionnelle de l'entreprise concernée, sont les armes dont doivent s'équiper les vainqueurs de demain pour remporter les batailles décisives. Toutefois, cela impose des investissements importants dans les infrastructures, le savoir-faire et la technologie.

Malheureusement, rares sont les entreprises qui disposent du budget nécessaire. Généralement, plus elles sont grandes, plus elles ont de ressources disponibles. Ainsi, la taille d'une entreprise est également l'une des conditions de sa réussite.

Toutefois, les entreprises qui omettent de tenir compte des diverses difficultés modernes du secteur de la mode (développement de la marque, intégration des circuits de vente, communication sur les médias sociaux, marketing en ligne, gestion du big data, numérisation, efficacité de la chaîne d'approvisionnement) ont toutes les chances d'échouer.

Les entreprises du commerce électronique étant susceptibles de se développer, les marques étrangères de s'étendre régionalement et les entreprises verticales de s'implanter plus solidement, les détaillants traditionnels et les PME doivent absolument agir. Toutefois, le nœud du problème est que ceux qui ont le plus besoin de se restructurer ont rarement les moyens financiers et les capacités nécessaires pour le faire. Par conséquent, nous leur recommandons vivement de demander l'aide de professionnels à cet effet.

⁷ Riemann, F. (2009), *Grundformen der Angst: Eine tiefenpsychologische Studie*.

Une possibilité pour sortir de la crise

Dans le secteur de la mode actuel, les marchés et attentes des consommateurs sont complexes ; leurs développements sont difficiles à anticiper et encore moins à calculer. La non-réponse à ces attentes se traduira quasiment inévitablement par un échec rapide.

Enfin, puisqu'il n'existe pas de solution unique pour garantir la réussite du secteur de la mode, une entreprise ne réussira que si elle établit un lien direct avec ses ressources, à condition d'être parfaitement capable de faire face à l'ensemble des exigences du secteur. C'est ce que l'on appelle la « compétenciation ».

Il est recommandé que les entreprises se concentrent sur leurs compétences clés et externalisent les activités qui dépasseraient le seuil de leurs ressources disponibles.

Ainsi, la « compétenciation » repose sur le principe qu'une entreprise doit naturellement répondre aux exigences du marché et des consommateurs pour fournir une offre de marché viable et holistique, mais qu'elle doit aussi décider à quelles demandes elle peut répondre grâce à ses capacités et ressources internes et quelles activités elle doit externaliser.

De cette manière, le modèle commercial peut encore intégrer l'ensemble des exigences dans le cadre de l'alignement de sa chaîne de valeur, les investissements directs se limitant à ce que l'entreprise sait le mieux faire.

**Victor Seuwen, associé, EOC Operations+ Consulting GmbH, Allemagne*

x x x
x

Etats Unis

36

Takata : le rappel malheureux

David Conaway nous relate les répercussions mondiales d'un important rappel de produits, qui a donné lieu à une façon encore inédite d'appliquer la vente aux enchères prévue par l'article 363 du Code de la faillite américain*

La tragédie

Takata Corporation⁸ est une société japonaise qui fabrique des produits de sécurité, essentiellement des airbags et des ceintures de sécurité, en tant que fournisseur de premier plan de l'industrie automobile mondiale. Malheureusement, à cause de prétendus défauts d'airbags qu'elle avait fabriqués, Takata aurait rappelé 122 millions d'airbags dans le monde entier, représentant un coût estimé à 12 milliards de dollars.

Ce rappel est tragique, car ces airbags seraient responsables de plus de 15 décès et 150 accidents dans le monde, selon les articles publiés en décembre 2016 par le *Wall Street Journal* et le *Bangkok Post*.

Les pertes financières

Le rappel des airbags Takata a déjà entraîné de lourdes conséquences financières pour certains des partenaires de Takata, notamment ses clients, bailleurs de fonds, investisseurs et actionnaires. Ses

⁸ Takata Corp. n'est pas immatriculée auprès de la *Securities and Exchange Commission* ; par conséquent, les informations financières et autres informations publiées par la société ne sont pas disponibles. Des sources d'informations commerciales fiables, telles que le *Wall Street Journal*, *Reuters*, *Bloomberg* et *Dow Jones* ont fréquemment publié des articles au sujet du rappel des airbags, des pertes potentielles et de la restructuration éventuelle.

clients sont pour l'essentiel dix-neuf constructeurs automobiles du monde entier, notamment BMW, Ford, Honda et Volkswagen.

Honda est également l'un des principaux investisseurs de Takata. Selon un article du *Wall Street Journal* du 7 octobre 2016, la répartition du rappel entre les constructeurs automobiles était la suivante : 47 % pour Honda, 21 % pour Toyota, 11 % pour Nissan et 20% pour les autres.

D'après divers articles parus dans la presse, au total, 122 millions d'airbags ont été rappelés dans le monde entier, le coût de leur remplacement et des réparations s'élevant à environ 12 milliards de dollars. En outre, l'administration américaine des autoroutes (*National Highway Traffic Safety Administration* – « NHTSA ») a publié un communiqué déclarant que les constructeurs automobiles étaient les « ultimes responsables » du coût de remplacement des airbags. La NHTSA semble particulièrement préoccupée par les risques d'explosion des airbags de véhicules Honda relativement anciens, construits entre 2001 et 2003. Le Gouvernement américain s'avérera également être une partie prenante non négligeable, puisque Takata exerce actuellement ses activités au titre d'un jugement d'expédient conclu avec la NHTSA.

Outre les 12 milliards de dollars dus au titre du remplacement des airbags, Takata a déclaré avoir subi des pertes d'exploitation de plus de 500 millions de dollars depuis que le rappel a commencé, en 2013. En outre, Takata risque de devoir payer des amendes et pénalités civiles et pénales à diverses agences publiques du monde entier. Plusieurs actions de groupe ont été introduites, demandant que Takata soit condamnée à verser des réparations pour des décès et des dommages corporels et matériels qui auraient été causés par les airbags défectueux.

Du fait de ces pertes financières, les constructeurs automobiles représenteront certainement la catégorie de créanciers chirographaires de Takata la plus importante. Takata a fourni des produits défectueux aux constructeurs automobiles, ce qui donne au minimum lieu à des réclamations pour violation de contrat correspondant aux 12 milliards de pertes déclarées. Il n'est pas certain qui, de Takata ou des constructeurs automobiles, paiera les coûts du rappel des airbags, mais on peut raisonnablement supposer que Tanaka est incapable d'absorber la totalité des frais et que les constructeurs automobiles en absorberont une partie importante.

Rien n'indique que Takata ne paie pas ses fournisseurs dans le cours normal de ses affaires. Face à une incertitude, les fournisseurs imposent souvent des conditions de paiement avant livraison à leurs clients, afin de se couvrir contre des pertes potentielles pour le cas où le client se placerait sous la protection de l'insolvabilité, notamment en déposant une requête fondée sur le Chapitre 11. Une imposition massive de modalités de paiement au comptant à Takata aura des répercussions sur ses besoins en termes de fonds de roulement et contraindra ses bailleurs de fonds et investisseurs à couvrir ce coût supplémentaire. On ne connaîtra pas avant un certain temps la portée et le montant total des pertes concernées par les actions de groupe. Comme souvent avec les procès de masse en responsabilité civile, le nombre de demandeurs augmente au fur et à mesure que les pertes continuent de se produire ; il y aura donc de nouveaux demandeurs à l'avenir. À terme, il faudra créer un fonds spécial ou trouver des financements pour couvrir ces pertes sur la durée.

Structure sociale de Takata

Takata a été fondée en 1933 au Japon ; au départ, elle fabriquait des suspentes de parachute et d'autres textiles. Avec le temps, Takata a étendu ses activités aux ceintures de sécurité, aux dispositifs de retenue pour enfants et aux airbags. Pour répondre aux besoins de l'industrie

automobile internationale, Takata s'est implantée dans d'autres pays, notamment aux États-Unis, au Mexique, au Brésil et en Uruguay. En Europe, Takata a des établissements en Allemagne, en République tchèque, en Pologne, en Hongrie, en Roumanie et en Russie. En Asie, Takata est présente à Singapour, aux Philippines, en Thaïlande, en Malaisie, en Corée, en Chine, en Inde et en Indonésie.

Avant le rappel des airbags, qui a commencé en 2013, Takata avait connu un rappel de ceintures de sécurité aux États-Unis en 1995, concernant près de 8,5 millions de véhicules construits sur la période 1986-1991. À l'époque, il s'agissait du deuxième plus grand rappel qu'avait connu le ministère américain des Transports au cours des trois dernières décennies.

La restructuration

Confrontée aux conséquences du rappel des airbags, en février 2016, le conseil d'administration de Takata a nommé un comité consultatif pour étudier les solutions envisageables, y compris la restructuration de ses activités. D'après le *Wall Street Journal* du 25 mai 2016, Takata a retenu les services de Lazard Ltd. pour solliciter une injection de fonds et négocier avec les constructeurs automobiles au sujet de « l'explosion » des coûts, et pour l'assister dans la préparation d'un plan de restructuration pour gérer ses « milliards de dollars » de dettes. Selon *Reuters*, la restructuration se focaliserait sur les actifs de Takata au Michigan, qui représentent la moitié du chiffre d'affaires mondial de Takata. Au Michigan, Takata possède une entité dénommée TK Holdings, Inc. De fait, Takata a également engagé le célèbre cabinet d'avocats new-yorkais spécialisé en restructuration, Weil, Gotshal & Manges LLP, pour la conseiller concernant une restructuration.

De nombreux articles, publiés notamment par *Reuters*, *Bloomberg* et le *Wall Street Journal* à l'autonomie 2016, indiquaient que Takata avait sollicité des offres auprès de plusieurs acheteurs ou investisseurs stratégiques et financiers concernant certains de ses actifs, vraisemblablement ses actifs américains. Parmi les sociétés ayant répondu à cet appel d'offres, citons Daicel Corp., Autoliv Inc., Bain Capital, Kohlberg Kravis and Roberts (KKR), Key Safety Systems, Inc. et le groupe Carlyle. Le 17 octobre 2016, le *Wall Street Journal* a déclaré que Daicel et Bain Capital avaient proposé une offre conjointe de 3,5 milliards de dollars, au nombre des cinq offres de la première série d'offres. Par la suite, selon le *Wall Street Journal* du 16 novembre 2016 et les communiqués de *Bloomberg* parus le 15 décembre 2016, les constructeurs automobiles clients de Takata ont privilégié une offre qui portait également sur Autoliv (Suède) ou Key Safety Systems (Michigan), puisqu'ils visent des partenaires aux solides antécédents de contrôle qualité opérant sur les grands marchés mondiaux.

Si l'on se fie au flux continu d'informations émanant de sources fiables, il est manifeste que Takata s'efforce de résoudre les problèmes financiers et autres découlant du rappel de ses airbags.

Il est désormais clair qu'une restructuration est envisagée et qu'elle impliquerait des investissements ou l'achat d'actifs par un groupe d'acheteurs financiers et stratégiques. Le processus d'appel d'offres se poursuivant, le 15 décembre 2016, *Bloomberg* a déclaré que l'acheteur retenu pourrait être connu au premier trimestre 2017. Selon la presse, toutes les propositions prévoiraient le dépôt de requêtes fondées sur le Chapitre 11 concernant certaines des filiales américaines de Takata. Il ne fait aucun doute que les acquéreurs potentiels préféreraient cette solution pour bénéficier des avantages et de la protection offerts par l'article 363 du Code de la faillite, qui permet en règle générale à un débiteur de vendre ses actifs libres de privilèges à un acheteur tiers, les privilèges étant attachés au produit de la vente. Toutefois, certains articles

indiquent que la direction de Takata Corporation a exprimé le souhait d'éviter un dépôt de bilan. L'un des écueils de la stratégie fondée sur l'article 363 est que la Cour d'appel du 2^e Circuit des États-Unis, dans l'affaire General Motors, a jugé que la « nouvelle GM » (l'acquéreur invoquant l'article 363) pouvait être poursuivie en lien avec des allumages défectueux fabriqués par l'« ancienne GM » avant le dépôt de sa requête fondée sur le Chapitre 11. Peut-être que les acquéreurs potentiels seront enclins à payer un montant moins élevé ou à demander une retenue sur le prix d'acquisition pour tenir compte de ce risque potentiel.

En cas de dépôt d'une requête fondée sur le Chapitre 11, une autre question intéressante qui se posera est de savoir si les procédures normales prévues par l'article 363 devraient être suivies. La vente de Lehman Brothers en vertu de l'article 363 à Barclays en 2008 a clairement démontré la volonté d'un tribunal de la faillite des États-Unis à infléchir les procédures habituelles du Chapitre 11 pour tenir compte de certains objectifs commerciaux. Lehman Brothers a été vendue à Barclays, en sa qualité d'acquéreur potentiel unique, dans les cinq jours suivant le dépôt de la requête, afin d'éviter l'apparent naufrage des marchés financiers internationaux.

Normalement, dans le cadre d'une vente au titre de l'article 363, un débiteur fait une offre qui fait office de « lièvre » et suscite des offres plus élevées et plus intéressantes, suite à quoi le tribunal homologue l'offre retenue. Il s'avère que la « vente aux enchères » est peut-être déjà en cours ; en cas de dépôt d'une requête fondée sur le Chapitre 11, une vente à un acquéreur potentiel unique au titre de l'article 363 pourrait être présentée au tribunal de la faillite. Takata pourrait faire valoir que les procédures et garanties prévues par l'article 262 ont été appliquées avant le dépôt de sa requête et prouver que l'offre choisie avait effectivement fait l'objet de démarches commerciales, de négociations et d'une mise aux enchères, quoique préalables, et que l'offre en question servait les intérêts du patrimoine et des partenaires de Takata.

Que des entités Takata situées ailleurs dans le monde demandent ou pas à se placer sous la protection de l'insolvabilité en vertu du droit des pays concernés, rien n'est moins sûr. Par conséquent, la possibilité que ces entités demandent également la reconnaissance de la procédure étrangère aux États-Unis au titre d'une demande de reconnaissance fondée sur le Chapitre 15 est tout aussi incertaine. Néanmoins, il semble probable que les entités américaines de Takata demanderont à être placées sous la protection du Chapitre 11 en 2017 pour faire face aux conséquences financières de ce malheureux rappel d'airbags.

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

X X X
X

Start-ups en France

Quelle est la valeur des actifs d'une start-up en cas de défaillance ?

Ludovic Van Egro examine les problèmes particuliers que peut rencontrer une start-up quand il est question de ses actifs*

Qu'est-ce qui différencie une start-up d'une autre entreprise ?

Le Larousse définit la « start-up » ou « jeune pousse » comme une « jeune entreprise innovante dans le secteur des nouvelles technologies ».

Selon Patrick Fridenson⁹, historien des entreprises et directeur d'études à l'Ecole des hautes études en sciences sociales (EHESS), « ce n'est ni l'âge, ni la taille, ni le secteur d'activité, qui font d'une entreprise une start-up, mais les trois conditions suivantes :

1. La perspective d'une forte croissance
2. L'usage d'une technologie nouvelle
3. Le besoin d'un financement massif, par des levées de fonds »

A ces conditions, il est possible d'ajouter, des actifs incorporels dématérialisés (software, brevet, marque, site internet, application...)

Cependant, toutes les start-ups créées depuis les années 1990 et la démocratisation de l'accès à internet n'ont pas connu le succès de Google, Facebook, Uber ou encore Critéo. Les start-ups rencontrent-elles toutes les mêmes difficultés ? Sont-elles évitables ? Si oui, comment ? Comment s'assurer que les dirigeants de la start-up effectuent les « bons » choix et mettent toutes les chances de leur côté dès la création de la société ? De même, en cas de défaillance, comment essayer de redresser la barre ou encore comment traiter la valorisation des actifs de la start-up ?

40

Quelles sont les facteurs de succès et les difficultés rencontrées ?

Dans son rapport daté de février 2015, la COFACE¹⁰ énonce trois facteurs clés de succès des start-ups :

- « la formation des dirigeants,
- le comportement : en dépit d'un terreau fertile à la création et à l'innovation, la capacité à prendre le risque de l'entrepreneuriat peut être freiné par un héritage culturel créant de l'aversion au risque ;
- le financement : les investissements dans les jeunes pousses doivent être encouragés pour bénéficier à un plus grand nombre ».

Ces facteurs de réussite peuvent également être pour partie les causes des difficultés. En effet, confrontées à des phases de croissance rapides, les start-ups doivent faire face plus rapidement que les entreprises « classiques » aux défis de management des équipes, à l'organisation des processus de production alors que la rentabilité de l'activité n'est pas encore assurée. Les start-ups sont donc

⁹ Capital : <http://www.capital.fr/bourse/actualites/au-fait-c-est-quoi-une-start-up-1063221>, publiée le 10/08/2015

¹⁰ COFACE PANORAMA La France, une terre propice au développement des start-ups ? Février 2015

plus souvent vulnérables et insuffisamment organisées lorsque des difficultés pouvant mener à une défaillance surviennent.

Le Tribunal de Commerce de Paris a identifié dans une note sectorielle de 2002, les principales difficultés des start-ups comme étant :

- Les dettes fiscales et sociales,
- Un actif disponible déclaré ne couvrant qu'un huitième du passif,
- Une problématique de la cession et valorisation des actifs.¹¹

Quelles actions pourront être entreprises en cas de défaillance ?

En cas de défaillance, deux questions principales peuvent être utiles pour identifier la voie d'action possible.

- La société a-t-elle atteint son seuil de rentabilité ?
 - o Si la réponse est oui : la société pourra bénéficier d'une procédure de redressement judiciaire et pourra le cas échéant ouvrir un plan de redressement ou de cession.
 - o Si la réponse est non : il ne lui sera pas possible de bénéficier d'une procédure de redressement judiciaire à moins que ses investisseurs ne réinjectent des fonds.
- Quelle est la valeur des actifs de la société ?

En cas de défaillance et de mise en place d'une procédure judiciaire (notamment liquidation, sauvegarde, redressement...), un plan de cession peut être demandé pour approbation ou imposé. Il est alors nécessaire d'évaluer la valeur des actifs incorporels. L'évaluation permet de déterminer le potentiel de croissance d'une activité et sa valeur de cession.

- o Si la valeur permet d'apurer le passif : la société pourra vendre tout ou partie de ses actifs dans l'objectif de relancer ou de céder la start-up
- o Si la valeur ne permet pas d'apurer le passif : la société passera selon toute probabilité en liquidation judiciaire

Cependant, il est parfois difficile d'évaluer la valeur des actifs d'une start-up qui sont essentiellement incorporels c'est-à-dire qu'ils ne sont pas physiques (marques, brevets, licences, nom de domaine, fonds de commerce, procédé de fabrication, copyright...).

Les startups ont d'importants besoins de financements durant la phase de démarrage de leur activité jusqu'à ce qu'elles atteignent leur seuil de rentabilité. Durant cette première phase les sociétés font appel aux capitaux risques et business angels et sollicitent des financements de particuliers (familiers). Dans ce contexte les dirigeants devront traiter avec leurs partenaires financiers et rechercher une solution alors que la société n'est pas rentable. En raison de ce contexte, la situation de l'investisseur juridique est importante pour trouver une solution.

Quel statut juridique des investisseurs ?

Un prêt peut être consenti contre une garantie alors qu'en France, les placements en actions et le compte courant de l'associé seront traités après les dettes non garanties.

Néanmoins, être actionnaire vous donne le droit de surveiller la direction de la société, ce qui n'est pas le cas d'un prêt bancaire.

¹¹ Le zoom sectoriel du mois : Start up : Est-ce la fin de la crise ?, Tribunal de Commerce de Paris, Publiée en 2002

En général, les start-ups de cette ère numérique manquent souvent d'actifs tangibles (biens matériels) pour garantir les investissements. La société, dans ses premières années, est dans une situation financière faible avec un risque élevé d'échec la rentabilité n'est pas encore atteinte. C'est dans ce contexte que les institutions publiques peuvent offrir les garanties nécessaires pour soutenir et soutenir l'investissement privé (qui est l'un des principaux défis pour les start-up).

Ces investissements peuvent prendre la forme de prêts ou de reconnaissance de dettes, prises de participation au capital ou compte courant d'associé. En cas de faillite, le traitement des créanciers - personnes physiques ou morales - dépend de la forme de leur investissement. En effet, un prêt, une participation ou le compte courant de l'associé ne sont pas traités de la même manière, *cf. tableau 1 ci-dessous*.

1. Comparaison synthétique entre une participation au capital et le compte courant d'associé d'une entreprise		
Catégorie d'investissements	Prêt	Compte courant
Une garantie	Peut garantir des actifs	Aucun
Décideurs	Peuvent solliciter une assistance judiciaire au cas où ils ne seraient pas payés	Peuvent avoir besoin d'une assistance judiciaire dès qu'ils estiment que la situation l'exige. Peut prendre la décision d'informer le gestionnaire de démarrage sur la situation et la solution.
Accès à l'information de la société	Reçoivent les informations notifiées par le directeur de démarrage	Doit être au courant de la décision financière et économique à prendre
Priorité de remboursement	Peut avoir certaines priorités (par exemple : procédure de conciliation ou procédures judiciaires)	En dernier recours

42

Comment valoriser les actifs incorporels ?

Dans de telles conditions, l'intérêt des investisseurs de compte courant est d'être plus engagés que les investisseurs de prêt qui pourraient garantir certains actifs. Dans les deux cas, l'enjeu principal est de valoriser les actifs de démarrage

Les actifs incorporels d'une start-up peuvent être :

- Enregistrés et protégés par un dépôt au sein de l'INPI (ex : marques, brevets, licences...)
- Non enregistrés et non protégés, ce sont les actifs intangibles (ex : nom de domaine, site internet, application...). Généralement combiné à un actif enregistré mais non pris en considération lors de l'évaluation ou d'un contrat. Toutefois, en l'absence de protection judiciaire, ces biens peuvent être oubliés ou détruits sans évaluation.

L'évaluation des actifs des start-ups peut se faire à l'aide de la méthode classique de revalorisation (droit de bail et fidélisation des clients ...).

Ainsi, les sites internet, noms de domaines et applications pourraient être considérés comme les fonds de commerce de l'économie digitale.

Comparaison synthétique des composantes du fonds de commerce traditionnel et du fonds de commerce digital tableau 2 :

Composants du fonds de commerce	Fonds traditionnel	Fonds digital
Droit au bail	Etat de la boutique	Etat du site internet / Application
	Bailleur (contrat de bail)	Hébergeur / plateforme de mise à disposition (contrat hébergement)
	Adresse situation géographique	Nom de domaine et mots clés associés
Clientèle et son maintien	Fréquentation dans la rue (rue principale ou secondaire)	Volume de fréquentation du site internet et référencement
	Zone de chalandise	Habitudes des consommateurs et qualification du trafic

En effet, les nouvelles technologies nous permettent de quantifier et de qualifier le trafic des sites internet mais aussi et surtout de recueillir les habitudes des consommateurs (ex : achats ou centres d'intérêt) ce qui peut avoir une valeur conséquente pour les investisseurs ou les repreneurs.

43

Ce type de valorisation des actifs incorporels et intangibles des start-ups impliquerait un changement de posture des hébergeurs de sites internet et des plateformes proposant des applications qui pourraient alors être considérés comme le sont aujourd'hui les bailleurs des fonds de commerce classiques. Ainsi, l'hébergeur comme le bailleur disposent d'un actif au potentiel non valorisé qui peut se déprécier rapidement.

Dans le cadre des procédures judiciaires, les mandataires et les administrateurs pourraient être amenés à réaliser un travail de recherche et d'analyse approfondi afin d'identifier des actifs afin de disposer des informations nécessaires pour optimiser leur valorisation.

En conclusion :

Les différences entre une start-up et une entreprise traditionnelle sont notamment dues au caractère innovant qui se traduit également par un besoin de financement conséquent. Si les start-ups peinent à atteindre leur seuil de rentabilité et qu'elles sont en défaillance, elles doivent convaincre de leur valeur et de leurs perspectives de croissance auprès du cédant et de ses créanciers.

La valorisation des actifs incorporels est donc une nécessité pour les start-ups mais pas uniquement puisque les fonds de commerce « classiques » ont également tendance à se digitaliser (ex : le développement de boutiques d'e-commerce ou d'applications pour les activités de service (parapharmacies, salons de coiffure, restaurants...). C'est pourquoi il importe de fiabiliser et de

systématiser la mise en place d'indicateurs permettant de valoriser les actifs incorporels des entreprises.

Le bailleur de fonds et le gestionnaire de la société doivent également prendre en considération le statut des investisseurs et les conséquences en cas de difficultés. En effet, leur position changera en tenant compte de leurs buts et objectifs et de leur éventuelle dépendance. Par ailleurs, afin de faciliter la recherche et la mise en œuvre de solutions, startups comme créanciers peuvent solliciter l'assistance de la médiation inter-entreprises¹² en vue de négocier un accord satisfaisant les parties concernées.

X X X

X

Estonie

Un « *sandbox* » pour les start-up estoniennes ?

Anne Veerpalu et Nikolay Demchuk nous expliquent pourquoi l'Estonie a besoin d'un « sandbox » et quels régimes de ce type existent actuellement*

En Europe, l'Estonie est célèbre pour son niveau de développement dans le domaine des TIC. Qui n'a jamais lu de gros titres vantant les mérites de l'Estonie, « paradis des start-up » (*The Reddit*), « champion du numérique » (*MarketWatch*), « utopie numérique » ou « titan de l'Internet » (*The Guardian*), « leader technologique » (*The Economist*), etc. ? Le pays compte en moyenne 30,6 start-up pour 100 000 habitants, et des innovations numériques telles que Skype, TransferWise, l'e-gouvernement et l'e-citoyenneté lui valent ce type de louanges. Par sa position de plateforme numérique, dans le monde, l'Estonie rivalise avec Israël, la Corée du Sud et Singapour¹³.

44

Il existe de nombreuses raisons pour lesquelles les entrepreneurs choisissent l'Estonie pour y immatriculer leur start-up. Premièrement, à cause de son régime fiscal favorable, qui prévoit que les bénéfices de la société ne sont imposés que lors de leur distribution. Deuxièmement, à cause des nombreux services publics électroniques et du savoir-faire technologique de ses habitants. L'Estonie est comme un incubateur à taille réduite où les entreprises peuvent tester leurs produits et services.

Qu'est-ce qu'un « *sandbox* » dans le secteur des technologies financières ?

Sans entrer dans les détails, un « *sandbox* » (littéralement 'bac à sable') est un portail spécial qui permet aux entreprises de se lancer sur le marché et de tester leurs idées « dans un environnement réel » sans encourir immédiatement les conséquences réglementaires normales. En d'autres termes, un *sandbox* peut aider les jeunes start-up innovantes du secteur des technologies financières

¹² https://lannuaire.service-public.fr/gouvernement/administration-centrale-ou-ministere_188194

¹³ *Baltic Start-ups in Numbers: Estonia Leading the Way (Les start-up baltes en chiffres : l'Estonie montre la voie)*, disponible à l'adresse : <http://www.investinestonia.com/en/aboutestonia/news/article/1050-baltic-startupsin-numbers-estonia-leading-the-way>.

(« *FinTech* ») à tester leurs produits et services sur un marché réel, auprès de consommateurs réels, sans avoir à obtenir les autorisations ou licences nécessaires ou à respecter l'ensemble de la législation en vigueur.

Il est admis que les législations nationale et européenne (règlements, directives, jurisprudence, droit mou) sont très lourdes pour les start-up, auxquelles il faut du temps et de l'argent pour comprendre quelles lois s'appliqueront à leur activité innovante. Il est rare que les fondateurs de start-up soient des avocats expérimentés ou qu'ils disposent des fonds nécessaires pour consulter des professionnels s'agissant des questions de conformité. Pourtant, les investisseurs veulent savoir exactement où les start-up se situent en termes de fonctionnalités et de conformité avant d'engager des fonds importants : on se retrouve donc dans une situation sans issue typique.

Cependant, un régime dit « de sandbox » offre la possibilité de tester le produit ou service en question sans avoir à obtenir de licence ou autre agrément réglementaire, et sans avoir à attendre le visa officiel des autorités, ce qui offre une occasion unique aux entreprises pour tester leurs produits ou services. Il suffit de remplir certaines conditions fixées par l'autorité compétente pour tester l'activité en question dans un environnement réel.

Bien sûr, la participation au sandbox est soumise à certains critères d'admission, mais ceux-ci ne constituent pas un réel obstacle. L'autorité de réglementation financière bénéficiera elle aussi des activités du sandbox, puisqu'elle pourra s'assurer que les jeunes start-up ne mettront pas à mal la sécurité et la fiabilité de l'écosystème des services financiers.

Les premiers sandbox font leur apparition dans le secteur des technologies financières

Il n'est pas surprenant que le Royaume-Uni soit le premier pays à avoir mis en place un régime de sandbox dans son système de réglementation financière. À ce jour, l'Australie, Singapour et la Malaisie se sont dits prêts à mettre en place des réglementations en la matière.

La première différence entre le Royaume-Uni, l'Australie et Singapour concerne les critères d'admissibilité à un sandbox. Au Royaume-Uni et à Singapour, aussi bien les entreprises établies, que les start-up, peuvent postuler. En Australie, cette possibilité n'est ouverte qu'aux start-up.

Une fois passé le cap de l'admissibilité, l'activité en question doit satisfaire d'autres exigences. Au Royaume-Uni, le produit ou service doit être très innovant ou apporter des avantages pour les consommateurs. En outre, il doit être destiné au marché britannique et l'activité doit relever du régime réglementaire de la *Financial Conduct Authority* (FCA) britannique.

Si l'Australie, contrairement au Royaume-Uni, n'impose aucune exigence en termes d'innovation ou d'avantages pour les consommateurs, elle exige pourtant que l'activité soit financée par une organisation reconnue par l'*Australian Securities and Investment Commission* (ASIC), le but étant de garantir que la nouvelle activité ne porte pas préjudice aux consommateurs. À Singapour, les critères d'admissibilité sont similaires à ceux qui s'appliquent au Royaume-Uni. En outre, les candidats au sandbox doivent prouver qu'ils ont l'intention de développer la solution de technologie financière en question à Singapour après la validation des essais réalisés dans le cadre du sandbox.

Pour ce qui est de la durée des essais, le Royaume-Uni accorde un délai de trois à six mois aux entreprises nouvellement créées. L'Australie, pour sa part, considère qu'un délai d'un à six mois

est suffisant, et ne permet pas de le prolonger. Singapour propose une procédure plus flexible qui permet aux entreprises de décider du délai dont elles ont besoin, et de le prolonger si nécessaire.

Le plus important, dans l'idée des sandbox, est la question de la protection des consommateurs. Puisque l'impact de la nouvelle activité sur les consommateurs n'est pas connu, les procédures prévues par ces pays sont différentes ou encore à l'étude. Par exemple, au Royaume-Uni, les entreprises peuvent tester leurs idées innovantes seulement auprès de consommateurs qui ont accepté de participer aux essais. La FCA souligne par ailleurs qu'elle définira les droits des consommateurs et les limites des essais au cas par cas. En Australie, les entreprises doivent être membres d'un programme de règlement des litiges externe, agréé par l'ASIC, et respecter les dispositions légales en matière d'intérêts et de rémunération conflictuelle, comme si elles agissaient au titre d'un agrément de l'ASIC. Singapour, de son côté, n'a pas encore décidé comment elle traiterait cette question.

Les entreprises qui testent leurs produits ou services au Royaume-Uni doivent présenter à la FCA des rapports écrits hebdomadaires et un rapport final concernant les résultats de leurs essais. Une fois les rapports validés par la FCA, l'entreprise concernée peut décider si elle souhaite ou non lancer le produit ou service testé sur le marché. Dans l'affirmative, elle doit demander une autorisation de mise sur le marché. En Australie, il n'y a pas d'obligation de la sorte. L'ASIC est informée lorsqu'une entreprise arrive au terme de ses essais. Si l'entreprise souhaite aller plus loin, elle devra obtenir une licence. À Singapour, une fois les essais terminés, l'entreprise peut lancer le produit ou service en question sur le marché uniquement si l'Autorité monétaire de Singapour (AMS) est satisfaite des résultats du sandbox et que la start-up est en mesure de se conformer à la législation et à la réglementation en vigueur.

46

À l'avenir, les essais en « sandbox » pourraient même devenir un outil utile permettant d'aider les entreprises en lien avec des questions d'insolvabilité. Les idées innovantes dans le domaine de la restructuration trouveront également leur place dans un sandbox. Encore récemment, il était quasiment impossible d'imaginer que de nouveaux services ou produits pourraient être testés de manière aussi précise sans avoir à obtenir d'autorisation préalable ni à respecter des exigences réglementaires complexes. Aujourd'hui, cependant, cela est en passe de devenir une réalité dans les pays qui ont mis en place ce type d'environnement d'essais. Par conséquent, le moment est venu, pour les avocats travaillant dans les pays où le sandbox fait l'objet de débats publics, de présenter des projets de lois pour veiller à ce que les nouveaux services ne portent pas préjudice, ni aux consommateurs, ni à l'entreprise elle-même au cours de la période d'essais.

Quels seraient les avantages d'un régime de sandbox pour l'Estonie ?

L'Estonie devrait tirer profit soit de l'expérience des pays qui ont déjà mis en place des régimes de sandbox soit de celle des pays qui ont rédigé un livre blanc en vue d'élargir les débats pour tenir compte des intérêts de toutes les parties prenantes.

L'Autorité de surveillance financière d'Estonie (ASF) a d'ores et déjà pris l'initiative de mettre en place un groupe de travail FinTech, qui a pour mission d'étudier les solutions les plus innovantes pour le secteur financier. Le sandbox n'est pas loin ! Le directeur de l'ASF, Kilvar Kessler, déclarait récemment lors d'une conférence à Tartu : « L'Estonie, en tant que pays, ressemble à un minuscule sandbox », même si, à l'heure actuelle, toutes les start-up FinTech du pays doivent encore se conformer à l'ensemble de la réglementation estonienne et européenne en vigueur.

Pour en savoir plus :

1. Australie : *ASIC consults on regulatory sandbox for Fintech startups* :
<https://www.ashurst.com/en/news-and-insights/legal-updates/asic-consults-on-regulatory-sandbox-for-fintech-startups/>
2. Royaume-Uni : *Regulatory sandbox* : <https://www.fca.org.Royaume-Uni/firms/project-innovate-innovation-hub/regulatory-sandbox>
3. Singapour :
<http://www.mas.gov.sg/~media/MAS/News%20and%20Publications/Consultation%20Papers/Consultation%20Paper%20on%20FinTech%20Regulatory%20Sandbox%20Guidelines.pdf>

**Anne Veerpalu, avocate associée, et Nikolay Demchuk, avocat collaborateur, Njord Advokaadibüroo OÜ, Tallinn (Estonie)*

X X X
X

Garanties en Lituanie

Garanties personnelles : un florilège de mauvaises raisons

leva Strunkiene étudie l'augmentation des garanties personnelles en Lituanie*

47

Les garanties personnelles sont une très ancienne forme de sûreté, utilisée de manière quasi-universelle. Tout le monde connaît la notion de caution personnelle du dirigeant. Généralement, elle prend effet au bénéfice de la société, en permettant au prêteur d'avancer les fonds de roulement nécessaires.

Toutefois, en Lituanie, les établissements financiers qui accordent des crédits ont habituellement pour pratique d'exiger que la quasi-totalité des prêts soient garantis¹⁴ par les actionnaires ou dirigeants de la société concernée. Ceci vaut tout particulièrement pour les petites et moyennes entreprises. Cet article étudie la logique erronée et les résultats trompeurs de ces « garanties¹⁵ » pour le secteur bancaire.

Responsabilité limitée de l'actionnaire ou du dirigeant

En Lituanie, comme dans presque toute l'Europe, les personnes morales ont une responsabilité civile soit limitée, soit illimitée. Dans le cas où les biens d'une personne morale à responsabilité illimitée ne suffisent pas à satisfaire ses obligations, celles-ci seront opposables à ses associés, tandis que les associés d'une personne morale à responsabilité limitée ne seront pas tenus

¹⁴ Selon le Code civil lituanien, le cautionnement est un contrat au titre duquel la caution s'engage envers le créancier d'un débiteur principal (à titre gratuit ou contre rémunération) dans le cas où le débiteur principal ne remplit pas son engagement, en tout ou partie. Par essence, le cautionnement est en théorie une façon de garantir que l'engagement est rempli, que ce soit par le débiteur ou par un tiers, pour le compte du débiteur.

¹⁵ Ces garanties prennent le plus souvent la forme d'un cautionnement.

responsables. Les entreprises unipersonnelles et les sociétés en nom collectif sont des personnes morales à responsabilité civile illimitée.

Étant donné que le cautionnement personnel d'un actionnaire ou du dirigeant de l'entreprise est désormais une caractéristique courante de la relation de crédit en Lituanie, la frontière entre entités à responsabilité limitée et illimitée est de plus en plus floue. Par conséquent, l'associé d'une personne morale à responsabilité limitée croit de façon illusoire que son patrimoine personnel sera protégé en cas de défaillance de l'entreprise. La caution est responsable au même titre que le débiteur du paiement du principal, des intérêts, des pénalités et des éventuels dommages-intérêts¹⁶.

L'insolvabilité de la société n'annulera pas les obligations envers l'établissement de crédit

Typiquement, au titre des contrats de cautionnement utilisés par les établissements de crédit lituaniens, le débiteur principal et la caution sont considérés comme débiteurs solidaires, ce qui fait que l'établissement de crédit peut exiger le remboursement du prêt à la fois du débiteur principal et du garant et de chacun d'eux séparément. Ainsi, l'insolvabilité de l'entreprise ne dégagera pas la caution de sa responsabilité envers les créanciers.

Augmentation récente des cautions et faillites personnelles

Récemment, le volume de prêts garantis par des personnes physiques (et non des personnes morales) a fait un bond en avant. En Lituanie, les banques consentent le plus souvent des prêts aux petites entreprises. Dans le cas où le débiteur ne peut pas fournir la garantie idéale, c'est-à-dire un bien immobilier, les banques exigent presque toujours que les obligations soient garanties. En 2015, des cautions personnelles ont été fournies pour 75 % des prêts consentis à des entreprises unipersonnelles et pour plus de 30 % des ceux consentis à des sociétés publiques ou privées à responsabilité limitée. En outre, dans 76 % des cas, la disponibilité d'un cautionnement approprié était la condition initiale imposée par les établissements de crédit contactés pour obtenir un prêt commercial. Ceci signifie que pour les petits chefs d'entreprise, le cautionnement personnel est la seule façon d'avoir accès au financement commercial.

48

La Banque de Lituanie a essayé de comprendre pourquoi le recours aux cautionnements pour garantir les prêts commerciaux augmente autant, et dans quelle mesure, mais également pourquoi la proportion de prêts commerciaux garantis par des cautions personnelles augmente elle aussi. Au cours de la période 2004-2009, cette proportion est passée de 4 à 20 % ; au cours de la période 2010-2014, le nombre de prêts commerciaux garantis par des cautions personnelles a fait un bond supplémentaire de 15 %. Par conséquent, ces trois dernières années, environ un prêt commercial sur trois était garanti par une caution personnelle.

Bien entendu, cette exigence de cautionnement n'a pas de conséquences négatives si l'emprunteur principal respecte les modalités de la convention de crédit. Toutefois, l'analyse des causes des faillites personnelles survenues au cours de la période 2013-2015 révèle que les cautionnements donnés en garanties d'obligations de tiers sont la deuxième cause de faillite personnelle (25 %), en lien étroit avec la perte d'emploi du débiteur (55 %). L'insolvabilité du débiteur principal précédant toujours celle de la caution, force est de constater que les conséquences de la perte d'emploi et la protection illusoire qu'offrent les cautionnements dans le cadre du système actuel se cumulent.

¹⁶ Sauf disposition contraire du cautionnement, ce qui est improbable.

Qui est à blâmer ?

Il serait facile de critiquer les individus qui acceptent de se porter caution pour ces prêts, mais il faut aussi remettre en question les banques. Il semblerait que les banques commerciales et autres établissements de crédit n'évaluent pas convenablement les risques liés à l'octroi de crédit à de nombreux emprunteurs : dans leur enthousiasme à prêter, malgré le risque de créances douteuses, ils n'évaluent pas le risque supporté par le garant, ni le montant des revenus ou la valeur des biens qui seraient disponibles pour satisfaire une créance au titre du cautionnement en cas de défaillance du débiteur principal.

Selon les modalités habituelles des cautionnements lituaniens, si le débiteur ne remplit pas son engagement, le débiteur et la caution seront solidairement responsables envers le créancier. Par essence, la responsabilité solidaire des emprunteurs permet à l'établissement de crédit d'exiger que le débiteur principal tout comme la caution ou chacun d'entre eux séparément remplissent l'engagement pris par l'emprunteur principal. La Cour suprême de Lituanie a arrêté que, lorsqu'une entreprise est confrontée à des problèmes de remboursement d'un crédit, l'établissement de crédit a le droit de faire passer immédiatement la responsabilité de l'engagement sur la caution et ses biens. Dans ce cas, la personne physique qui s'est portée garante ne pourra pas invoquer à titre de défense que le débiteur principal n'était pas défaillant, qu'il ne comprenait pas la teneur de ses engagements, qu'il a fait une erreur ou été trompé, puisque la signification du terme « garantir » est transparente.

Il n'y a pas de problème si le garant possède des avoirs suffisants pour satisfaire les obligations du cautionnement ou si ses revenus lui permettent de remplir les engagements de la convention de crédit. Cependant, dans la pratique, les obligations assumées par une entreprise sont généralement d'un montant supérieur aux avoirs d'une personne physique, tout comme les montants à rembourser au titre d'une convention de crédit sont généralement plus élevés que les revenus de cette même personne. Par conséquent, dans ce type de situation, la personne physique n'a pas d'autre solution que de se déclarer en faillite, c'est-à-dire de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité la concernant.

C'est là le nœud du problème. En application des principes de prêt responsable que préconise la législation lituanienne, les établissements financiers sont tenus de vérifier la situation financière de leurs clients et leur capacité à remplir leurs engagements contractuels avant de conclure une convention de crédit. Dans le cas d'un cautionnement, toutefois, malgré le principe de solidarité, c'est le client de l'établissement financier qui est l'emprunteur principal, et non le garant. Par conséquent, la banque n'est pas obligée de vérifier le patrimoine ou les revenus du garant et ne le fait en principe pas.

Il est important de noter que les banques ne s'assurent de la solvabilité du garant qu'une fois que l'emprunteur est insolvable et qu'elles se tournent vers la caution. La Cour suprême de Lituanie a confirmé que les banques n'étaient pas tenues d'établir la solvabilité des cautions s'agissant des prêts qu'elles accordaient à leurs clients, mais cela revient à ignorer que les cautionnements exigés par les banques sont économiquement injustifiés.

Le montant garanti ne correspond pas au seul montant du prêt

Bien entendu, le montant à rembourser par le garant inclura non seulement la dette cumulée de la société sur toute la durée du prêt, mais aussi, en fonction du type de la relation de financement et

des modalités de la convention de crédit, les intérêts courus (pertes indirectes), les pénalités, les dommages-intérêts, les frais supplémentaires et les amendes.

Le garant devrait prêter tout autant d'attention à la forme de responsabilité (c'est-à-dire une responsabilité solidaire) assumée au titre du cautionnement, et il devrait comprendre la portée de son engagement. En d'autres termes, même si les actionnaires ou dirigeants d'une entreprise sont toujours très occupés, les garants doivent impérativement consulter des professionnels du domaine avant de convenir des modalités de leur engagement avec l'établissement de crédit. Ils doivent prendre conscience du fait que la signature d'un cautionnement n'est pas une simple formalité mais qu'elle comporte un risque réel pour les avoirs d'une personne et, dans le cas où le garant a une famille, pour son patrimoine familial.

Conclusions

Il est courant de fournir un cautionnement aux prêteurs et, sauf en cas de dysfonctionnement, on peut affirmer à juste titre que cela réduit les risques liés à l'octroi de crédits à des petites entreprises en développement. Cependant, le système tel qu'il fonctionne en Lituanie peut entraîner des conséquences préjudiciables.

Tout d'abord, en dégageant les banques de toute responsabilité concernant la vérification de la solvabilité des cautions, ce système permet aux banques de justifier les prêts qu'elles consentent, même lorsque le dossier commercial est faible, par le fait que le prêt est garanti dans les règles¹⁷.

Ensuite, l'existence de cautionnements personnels ruineux incite les dirigeants et actionnaires à repousser l'introduction d'une procédure de restructuration ou d'insolvabilité.

Enfin, l'existence d'un cautionnement personnel est souvent utilisé par les établissements de crédit pour justifier les retards à exiger le paiement des remboursements de prêts en souffrance et repousser le recouvrement des montants impayés et donc l'insolvabilité de la société débitrice, ce qui augmente la pression pesant sur les cautions.

De façon peu surprenante, les banques lituaniennes ont consenti la plupart des prêts garantis actuels au cours de la crise économique, époque à laquelle de nombreuses entreprises rencontraient des difficultés financières. En réalité, les efforts des banques vers une restructuration de la plupart des prêts consentis à des entreprises n'étaient pas plus qu'une demande de cautions personnelles pour couvrir leurs expositions. Ce procédé servait rarement l'intérêt des actionnaires ou dirigeants qui s'étaient portés caution, mais qui, ce faisant, avaient endossé une responsabilité illimitée correspondant aux obligations de leur entreprise envers ses principaux créanciers, à savoir les banques. La question de savoir s'il s'agit là de bonnes pratiques bancaires est laissée à l'appréciation de l'autorité de réglementation bancaire, à savoir la Banque de Lituanie.

**Ieva Strunkiene, collaboratrice au sein du cabinet Triniti, Vilnius (Lituanie), lauréate du prix Richard Turton 2011*

¹⁷ Ceci suit une logique similaire à celle des prêts « *subprime* » aux États-Unis, déclencheurs de la crise financière internationale.

Nouvelle publication

Rang et priorité des créanciers

Annika Wolf nous présente le dernier opus de la série de publications d'Oxford University Press consacrée au droit de l'insolvabilité international et comparé.*

Sous la rédaction de Dennis Faber, Niels Vermunt, Jason Kilborn, Tomáš Richter et Ignacio Tirado
Éditeur : Oxford université Press 2016 ; 618 pages, 195 GBP ; ISBN 978-0-19-872729-3

Après les deux premiers volumes consacrés à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (2012) et au traitement des contrats dans le cadre de l'insolvabilité (2013), le troisième volume de la série de publications d'Oxford University Press consacrée au droit de l'insolvabilité international et comparé a pour titre « Rang et priorité des créanciers ».

Cet ouvrage respecte la tradition établie par les volumes précédents, regroupant des rapports nationaux portant sur plusieurs marchés développés ou émergents, et notamment les suivants : Afrique du Sud, Allemagne, Angleterre, Australie, Autriche, Belgique, Brésil, Canada, Espagne, États-Unis, Fédération de Russie, France, Mexique, Pays-Bas, Pologne, République de Corée (Corée du Sud), République populaire de Chine, République tchèque, Suède.

Si les grands thèmes de l'ouvrage sont prévisibles et quasiment universels pour ce qui est des outils de procédure qui permettent une « collectivisation » efficace des créances, les rapports nationaux mettent en lumière d'intéressantes variations pour ce qui est des approches nationales. Fort utilement, cet ouvrage présente un plan des questions étudiées au début de chaque section. Les auteurs des rapports nationaux et les experts locaux (dont la plupart sont réputés et éminemment respectés dans les sphères internationales de l'insolvabilité) appliquent ensuite cette matrice à leur développement.

L'ouvrage en détail

Plus précisément, l'ouvrage suit le plan ci-dessous :

- (I) une introduction qui mentionne les caractéristiques notables du droit national ;
- (II) une section présentant la définition et la portée des créances dans le cadre de l'insolvabilité (A), réparties en sous-catégories (créances garanties, préférentielles, chirographaires, subordonnées) et en catégories supplémentaires, selon le cas, et présentant les dispositions relatives à la déclaration, la vérification et l'admission des créances (B), ainsi que le rang des créances (C) ;
- (III) une section abordant l'administration des créances, avec définitions (A), l'enregistrement, la vérification et le désintéressement des créances administratives (B), le rang des créances administratives (C) et les droits de vote ou autres droits de participation (D) ; et
- (IV) une section consacrée aux créances non exécutoires, avec portée et définitions (A), et au traitement de ces créances (B).

À la fin de l'ouvrage, les auteurs recommandent des lectures complémentaires concernant chaque territoire.

De manière générale, l'approche adoptée est une réussite. Les rapports nationaux sont informatifs et propices à la réflexion. Ce recueil est un apport très utile à la littérature et une ressource importante pour toute personne qui s'intéresse au droit de l'insolvabilité comparé et aux

caractéristiques des systèmes juridiques étrangers, professionnels et universitaires confondus. Pourtant, dans quelques domaines, certains des rapports sont trop superficiels et incomplets pour un lecteur peu rompu au droit étranger, et peuvent entraîner des incompréhensions sur la façon dont un territoire donné traite la question du rang et de la priorité des créances.

Aperçu

Deux limitations sont propres à la plupart des projets de droit comparé faisant l'objet d'une série, et cet ouvrage ne déroge pas à la règle. La première est que les rapports nationaux donnent un aperçu de l'état du droit à la date de publication, en 2016, voire plus tôt ; la deuxième est que le volume 1, consacré à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, a déjà abordé un grand nombre des questions développées dans ce volume-ci. Les rédacteurs recommandent à juste titre aux lecteurs du volume 3 d'avoir le volume 1 à portée de main, car les références croisées sont nombreuses.

L'un des objectifs de cet ouvrage est de fournir des indications claires quant aux éléments effectifs de chaque cadre national, ce qui peut servir de modèle à des réformes législatives dans d'autres pays. Il aurait été utile, pour le lecteur intéressé, d'avoir l'avis des experts locaux sur les nécessités de réforme, ou une critique de leur approche juridique nationale par rapport à celle des autres pays, surtout au vu des réformes incessantes qui ont lieu dans le monde entier.

Néanmoins, les rapports nationaux figurant dans cet ouvrage dressent un tableau très intéressant et plein d'enseignements sur les approches nationales adoptées par les différents pays concernant le rang et la priorité des créances en droit de l'insolvabilité ; ils constituent une contribution très utile à la littérature existante, tant professionnelle qu'universitaire.

52

Autres titres de la série de publications d'Oxford University Press consacrée au droit de l'insolvabilité international et comparé :

- *Ouverture de la procédure d'insolvabilité*, sous la rédaction de Dennis Faber, Niels Vermunt, Jason Kilborn et Tomáš Richter (OUP 2012), ISBN : 9780199644223.
- *Traitement des contrats dans le cadre de l'insolvabilité*, sous la rédaction de Dennis Faber, Niels Vermunt, Jason Kilborn et Kathleen van der Linde (OUP 2013), ISBN : 9780199668366.

**Critique rédigée par Annika Wolf, professeur invité, faculté de droit European University Institute, Florence (Italie)*

x x x

x

Actualités par pays

Actualités par pays : Hiver 2017

Actualités d'Italie et Slovaquie

Italie :

Réforme de la loi sur l'insolvabilité

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

Le projet de loi rédigé par la Commission Rordorf, en vue de la réforme du régime d'insolvabilité italien, a récemment été approuvé par le Conseil des ministres. Grâce à cette

approbation, le gouvernement s'est vu déléguer la publication d'un ou de plusieurs décrets-lois pour réformer les règles applicables aux crises d'entreprise et l'insolvabilité.

Les nouvelles dispositions visent à compléter et renforcer les dispositions promulguées par le décret n° 83 de 2015, portant « Mesures d'urgence relatives à l'insolvabilité, à la procédure civile, à l'organisation et au fonctionnement de l'administration judiciaire », mettant en œuvre une réforme organique systématique du droit de l'insolvabilité tout en tendant au redressement rapide des entreprises afin de limiter leurs pertes, d'une part, et préserver les valeurs de l'entreprise, d'autre part.

Les nouvelles dispositions reposent sur le principe de sauvegarde des valeurs des entreprises en difficulté. De fait, des procédures d'alerte appropriées ont été mises en place pour anticiper le redressement de l'entreprise en difficulté, grâce à une analyse approfondie des causes sous-jacentes à ses difficultés économiques et financières et au soutien apporté aux négociations en vue de parvenir à un accord définitif avec les créanciers.

Ces procédures d'alerte doivent être confidentielles et extrajudiciaires. La compétence en la matière est attribuée à une division précise des organes de règlement de crise.

En outre, le projet de loi prévoit l'obligation, pour les organes de contrôle de l'entreprise et les commissaires aux comptes, de communiquer la situation de crise à l'organe administratif, et pour les services d'administration (par ex. l'administration fiscale, les organismes de sécurité sociale), de communiquer à l'entrepreneur ou aux organes de contrôle administratif de l'entreprise la persistance d'impayés importants.

53

Afin de promouvoir le recours du débiteur à cette solution, diverses mesures incitatives ont été prévues pour les entrepreneurs qui appliquent la procédure en temps utile et ainsi favorisent des issues positives.

Le projet de loi prévoit une réorganisation de fond en comble de la procédure de concordat ; entre autres nouveautés pertinentes, il vaut la peine de mentionner l'importance accordée aux concordats permettant la poursuite de l'activité, actuellement régis par l'article 186 bis de la loi sur l'insolvabilité.

Toutefois, il limite le recours aux propositions de liquidation, qui ne sont permises que dans le cas d'un apport en ressources externes permettant d'accroître notablement le désintéressement des créanciers.

S'agissant des accords de restructuration, il est suggéré d'éliminer ou de réduire le seuil de 60 % de créances appliqué pour parvenir à un accord avec les créanciers. Ceci vise à encourager les débiteurs à avoir recours à cette solution et à la faciliter.

Le projet de loi propose par ailleurs d'étendre les effets de l'accord ou de tout moratoire aux créanciers dissidents à condition que l'accord soit conclu avec des créanciers représentant au moins 75 % des créances.

En outre, il se focalise sur la présentation des nouveaux principes de « liquidation judiciaire » proposés par la Commission Rordorf, qui remplaceront la procédure d'insolvabilité actuelle par une procédure plus rapide et d'application plus souple tout en conservant ses principales caractéristiques actuelles.

Autre aspect à signaler : il est prévu de réviser la procédure de surendettement afin de l'harmoniser avec les amendements concernant la réglementation des procédures d'insolvabilité et des crises d'entreprise.

Aujourd'hui, on estime peu probable que le gouvernement mette en œuvre le projet de loi avant la fin de l'année. Toutefois, au vu de son importance et de sa pertinence, on peut s'attendre à de nouveaux développements en 2017.

Slovaquie :

Proposition de nouvelles règles de restructuration

Par Filip Takáč, Collaborateur, bnt, Bratislava

Selon la « norme slovaque », la restructuration désigne généralement la situation où une grande entreprise endettée conclut un concordat avec ses banques (créanciers gagistes), retient les services d'un administrateur responsable et efficace et obtient l'homologation d'une importante décote de dette par le tribunal.

Cette « norme » a suscité l'indignation du public quand, en 2014, l'entreprise de construction Váhostav – SK, a.s. (« Váhostav »), qui employait près de 1 500 personnes, et dont on disait qu'elle avait des appuis au sein du gouvernement, a été restructurée.

Dans le dossier Váhostav, les créanciers chirographaires n'ont obtenu que 15 % de leurs créances. Suite aux pressions de l'opinion publique et des médias, le gouvernement a perdu son sang-froid, adopté une loi *ad hoc* et proposé de payer les créanciers à 50 % au moins à partir de fonds publics.

Malgré l'adoption de l'amendement *ad hoc* à la loi sur l'insolvabilité et la restructuration (la « Loi »), les problèmes fondamentaux de la procédure de restructuration sont restés inchangés. La nécessité d'apporter de nouvelles modifications à la Loi a rapidement été mise en lumière par la restructuration d'une autre grande entreprise, un réseau de supermarchés Carrefour en Slovaquie, dans le cadre de laquelle les créanciers chirographaires ont été contraints d'accepter une décote de 97 %.

La législation slovaque contraint souvent les créanciers chirographaires à faire le choix entre un désintéressement plus important sur un délai plus long, et le paiement d'un montant moindre mais plus rapide. Pour maintenir leur activité, les petits chefs d'entreprise n'ont généralement pas d'autre solution que d'accepter la solution la plus rapide, prévoyant un désintéressement moindre de leurs créances.

Le nouveau projet d'amendement de la Loi améliorera sans conteste la situation des créanciers. Ce projet exige que les plans de restructuration prévoient le taux de désintéressement des créanciers le plus élevé possible. Les créanciers chirographaires se voient garantir un désintéressement d'au moins 20 % de plus que ce qu'ils recevraient dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité. Le

projet introduit également de nouveaux motifs permettant aux tribunaux de rejeter les plans de restructuration :

- (i) le taux de désintéressement des créanciers chirographaires doit être d'au moins 50 % dans le cadre d'un plan de restructuration approuvé ;
- (ii) le paiement doit s'effectuer dans un délai de cinq ans.

Les taux de désintéressement moins élevé ou les délais de paiement plus longs des créanciers chirographaires ne sont possibles que si les créanciers acceptent une décote plus importante. La question qui se pose est de savoir si cela est conforme aux exigences de faisabilité et de viabilité du plan.

Une disposition importante du projet d'amendement interdit au débiteur de distribuer des bénéfices ou d'autres titres à ses actionnaires avant que les créanciers chirographaires ne soient entièrement désintéressés. La législation en vigueur contient une disposition légèrement différente, et les débiteurs ont trouvé des façons de la contourner, par exemple en transférant leurs bénéfices à des personnes liées.

Le projet d'amendement vise également à apporter de la transparence à la nomination et à la rémunération des administrateurs de la restructuration. Actuellement, l'administrateur est choisi par le débiteur et sa rémunération est fixée d'un commun accord. On peut donc dire que l'administrateur représente les intérêts du débiteur. L'administrateur dispose de droits étendus même avant la première assemblée des créanciers, notamment le droit de contester les créances. Les créanciers concernés perdent ainsi leur droit de vote et ne peuvent exercer absolument aucune influence sur la restructuration. La solution envisagée par le projet consiste à nommer les administrateurs aléatoirement, par voie électronique. Par ailleurs, le contrat de rémunération correspondant à la préparation du plan de restructuration doit y être joint. Cela devrait garantir la transparence et l'indépendance de l'administrateur.

Il est fort probable que les changements apportés à la procédure de restructuration slovaque entraînent un désintérêt des entreprises à son égard. L'objectif de la restructuration est de maintenir l'entreprise en activité. Nous craignons que si l'amendement de la Loi est adopté en l'état, la restructuration perdra de sa raison d'être et de son attrait.

x x x
x

Rubrique technique

Hiver 2016-2017

Myriam Mailly, responsable technique d'INSOL Europe, nous informe du nouveau contenu disponible et des autres mises à jour sur le site web d'INSOL Europe. Vous pouvez la contacter à l'adresse technical@insol-europe.org

Depuis la dernière rubrique technique publiée dans le numéro d'hiver 2015 d'eurofenix, plusieurs nouveaux articles, ressources, informations et contributions ont été publiés dans les rubriques « Technical Content » du site web d'INSOL Europe.

Glossaires de l'insolvabilité

Nous avons le plaisir d'annoncer que Piya Mukherjee, du cabinet Horten (Danemark), a généreusement accepté de constituer un glossaire des termes de l'insolvabilité danois. Par ailleurs, Simona Maria Milos, de l'INPPI (Roumanie), en collaboration avec Andreea Deli, préparera le glossaire roumain.

Des mises à jour pour le Luxembourg et pour Chypre ont également été publiées. Elles ont été généreusement fournies par Laurent Fish, du cabinet FischFayot (Luxembourg), et Panayiota Georgiou, du cabinet KPMG (Chypre), respectivement.

Statistiques nationales en matière d'insolvabilité

Des statistiques pour les pays suivants ont été publiées :

- Chypre (1996 - T3 2016)
- Danemark (2010 - T2 2016)
- Angleterre et Pays de Galles (T4 2015, T1-T2-T3 2016)
- France (T4 2015, T1-T2 2016)
- Allemagne (2015 - T2 2016)
- Grèce (1998-2013)
- Irlande (T4 2015 - T3 2016)
- Luxembourg (T4 2015 - T2 2016)
- Portugal (T4 2015 - T3 2016)
- Écosse et Irlande du Nord (T4 2015, T1-T2-T3 2016)
- Espagne (2015 - T1 2016)
- Suisse (2010-2015)

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

Au 14 décembre 2016, 502 extraits se trouvaient sur la plateforme LexisNexis / INSOL Europe du Registre des affaires fondées sur le règlement européen sur l'insolvabilité.

Depuis notre dernière rubrique, de nouveaux extraits des pays suivants ont été publiés :

- Bulgarie (x 12)
- France (x 3)
- Grèce (x 3)
- Luxembourg (x 1)
- Pays-Bas (x 9)
- Slovaquie (x 1)
- CJUE (x 3)

D'autres nouveaux extraits suivront bientôt : Luxembourg (x 2) et CJUE (ENEFI, 9 novembre 2016, C-212/15).

Rapports nationaux

Les rapports nationaux publiés dans les derniers numéros d'*eurofenix* (Autriche, Belgique, Bulgarie, Chypre, République tchèque, Estonie, UE, France, Allemagne, Grèce, Hongrie, Italie, Irlande, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Pologne, Portugal, Porto Rico, Roumanie, Slovaquie, Afrique du Sud, Espagne, Pays-Bas, Ouganda, Royaume-Uni et États-Unis) figurent désormais sur le site web.

Le dernier rapport national généreusement fourni par Karol Tatar (Pologne), concernant le premier *pre-pack* polonais, vient lui aussi d'être ajouté au site.

Actualités des lois sur l'insolvabilité

Nous remercions George B. Bazinas et Yiannis Sakkas (cabinet Bazinas, Grèce) d'avoir partagé avec les membres d'INSOL Europe le Code grec de l'insolvabilité, tel que modifié par la loi 4336/2015 (accompagné d'une traduction intégrale en anglais), ainsi qu'un article consacré à la loi grecque sur les prêts non performants. Ces deux textes sont désormais disponibles sur notre site.

Jurisprudence nationale

Un commentaire sur un arrêt récent de la Cour de Cassation, intitulé « *Le co-emploi est strictement défini* » (Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 6 juillet 2016), rédigé par Catherine Ottaway (Hoche Société d'Avocats, Paris, France), vient d'être publié.

Publications du Forum universitaire

Les actes des manifestations suivantes d'INSOL Europe ont été publiés au format livre :

- Conférence annuelle du Forum universitaire, 8 et 9 octobre 2014, Istanbul (« *Conception des régimes d'insolvabilité* »).
- Conférence annuelle du Forum universitaire, 30 septembre et 1^{er} octobre 2015, Berlin (« *Insolvabilités bancaires et financières : le cadre réglementaire européen* »).
- Conférence conjointe sur l'insolvabilité, Forum universitaire/ERA, Trèves, 19 et 20 mars 2015, et conférence conjointe de la Nottingham Law School, Nottingham, 25 et 26 juin 2015 (« *Repenser la sauvegarde* »).

Événements 2016

Pour ceux qui n'ont pas pu assister aux conférences du Forum universitaire d'INSOL Europe en 2016, sachez que le programme technique définitif et les diapositives du symposium de printemps du Forum universitaire d'INSOL Europe, intitulé « *Redressement et résolution des établissements de crédit : les leçons à tirer des insolvabilités commerciales* », qui s'est déroulé à l'université Humboldt (Berlin) le 29 avril 2016, et de la conférence annuelle du Forum universitaire d'INSOL Europe consacrée à l'« Harmonisation du droit européen de l'insolvabilité », qui s'est tenue les 21 et 22 septembre 2016 à Cascais (Portugal), sont désormais disponibles sur le site web d'INSOL Europe.

En outre, le programme final, les diapositives des présentations et les photographies de la conférence du Comité des Pays de l'Europe orientale d'INSOL Europe, intitulée « *Nouvelles tendances de l'insolvabilité : investissement en capital-retournement et évolution de la faillite* »

personnelle en Europe de l'Est », qui s'est tenue le 13 mai 2016 à Cluj-Napoca (Roumanie), sont également disponibles.

Enfin, le programme technique définitif, les diapositives définitives, les vidéos et les photographies du Congrès annuel d'INSOL Europe, qui s'est tenu du 22 au 25 septembre 2016 à Cascais (Portugal), ont été publiés sur le site, accompagnés d'une vidéo du congrès.

Événements à venir

Des informations concernant la conférence du Comité des Pays de l'Europe orientale d'INSOL Europe, qui se tiendra les 11 et 12 mai 2017 à Budapest (Hongrie), et concernant le Congrès annuel d'INSOL Europe, qui se tiendra du 4 au 8 octobre 2017 à Varsovie (Pologne), seront publiées sur le site web d'INSOL Europe en temps utile.

Contactez-nous

Si vous souhaitez publier des articles pouvant intéresser les membres d'INSOL Europe, n'hésitez pas à nous contacter à l'adresse technical@insol-europe.org

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

Dates pour votre calendrier

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

2017

- | | |
|---------------|--|
| 11 - 12 Mai | INSOL Europe/ Comité des Pays de l'Europe Orientale
Conférence Annuelle
<i>Budapest, Hongrie</i> |
| 4 & 5 Octobre | INSOL Europe/Forum Universitaire
Conférence Annuelle
<i>Varsovie / Pologne</i> |
| 5 - 8 Octobre | INSOL Europe – congrès annuel
<i>Varsovie/Pologne</i> |

2018

- | | |
|---------------|---|
| 3 & 4 Octobre | INSOL Europe/Forum Universitaire
Conférence Annuelle
<i>Athènes/Grèce</i> |
| 4 – 7 Octobre | INSOL Europe – congrès annuel
<i>Athènes/ Grèce</i> |

2019

- | | |
|-------------------|---|
| 25 & 26 Septembre | INSOL Europe/Forum Universitaire
Conférence Annuelle
Copenhague, Danemark |
| 26-29 Septembre | INSOL Europe – congrès annuel
Copenhague, Danemark |

59

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

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

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

