

## DANS LE DOMAINE DE L'INSOLVABILITÉ, BREXIT ET CRISE SANITAIRE CONSTITUENT UN SACRÉ DÉFI

BÉNÉDICTE INGHELS

CONSEILLER À LA COUR D'APPEL DE MONS,  
MAÎTRE DE CONFÉRENCE INVITÉE À L'UCLouvain

1. À l'instar d'autres domaines, le droit de l'insolvabilité n'échappe pas aux interrogations suscitées par le Brexit. Après plus de 40 années de vie en commun, la séparation annoncée avec un pays important sur un plan économique risque de causer une importante dérégulation, là où l'entreprise en difficulté et ses partenaires attendent des outils de restructuration prévisibles et des procédures d'insolvabilité sécurisées.

Partant de ce constat, le CERIL (*Conference of European Restructuring and Insolvency Law*) avait analysé dès 2018 la possible relation entre l'Union européenne et le Royaume-Uni après le Brexit et envisagé les exigences d'un futur instrument en droit de l'insolvabilité. La Conférence est une organisation composée d'avocats, de professeurs, de magistrats et d'autres praticiens de l'insolvabilité, qui réfléchit à l'amélioration du droit de l'insolvabilité et des restructurations d'entreprises en difficulté, dans l'Union européenne et dans ses États membres.

Or, là où, jusqu'à présent, le droit européen offrait une réponse aux questions de reconnaissance mutuelle des décisions de justice, aux critères d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité principale ou secondaire, aux effets de celles-ci sur les contrats en cours ou encore à la nécessaire coopération entre les praticiens de l'insolvabilité, le Brexit ouvre la porte sur un champ d'incertitudes.

L'hypothèse d'un Brexit dur soulève le plus d'interrogations, liées notamment à la non-reconnaissance automatique des procédures d'insolvabilité ouvertes respectivement au Royaume-Uni ou dans l'Union européenne.

Le pas en arrière est évident, s'il fallait retenir pour seuls applicables les traités bilatéraux antérieurs<sup>1</sup>. Après le Brexit, les problématiques d'insolvabilité transfrontalières avec les Britanniques sont aiguës, suite à la non-application des dispositions relatives à la compétence, à la reconnaissance et au droit applicable prévues au Règlement (UE) 2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux

procédures d'insolvabilité. C'est le cas aussi du Règlement Bruxelles *Ibis*<sup>2</sup> qui facilite la coopération en droit judiciaire.

Les analyses du CERIL identifiaient les points d'accroche les plus sérieux en cas de « hard Brexit » :

- les conflits de juridictions ;
- les questions de droit applicable ;
- la reconnaissance des décisions de justice ;
- la coopération entre les praticiens de l'insolvabilité et les rapports entre les juridictions.

Les législations britanniques et européennes produiront leurs effets respectifs, sans compter que des procédures d'insolvabilité ouvertes avant le Brexit seront encore en cours : avec quels effets et procédures, en l'absence de Règlement et, demain, de Directive ? Nous savons que la coopération entre les différents acteurs de l'insolvabilité constitue aujourd'hui un des acquis majeurs du droit de l'Union. Chacun convient qu'il faudra travailler pour maintenir cette confiance réciproque et organiser une transition en douceur.

Comment imaginer ces relations futures ? Les auteurs du rapport avaient imaginé trois approches.

La première consiste à ne rien faire. Le retour à l'application étroite des droits nationaux conduirait à un véritable patchwork de règles et semble inimaginable. Outre les conflits de lois et de juridictions sous-jacents, le rapport souligne le risque de forum shopping des entreprises désireuses d'opter pour le régime d'insolvabilité qui leur serait le plus favorable. L'effet sur l'activité économique serait désastreux.

La deuxième approche est unilatérale : elle reviendrait à intégrer le modèle UNCITRAL au droit de l'Union. Cette façon de procéder éliminerait le risque de fragmentation décrit ci-avant. Les auteurs soulignent cependant que cette option requiert un effort de modernisation et de renforcement du modèle UNCITRAL.

1. Le CERIL évoque la Convention entre la Belgique et le Royaume Uni relative à la reconnaissance réciproque des décisions, signée à Bruxelles le 2 mai 1934...

2. Règlement (UE) 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

La dernière approche est bilatérale et, sans surprise, est préférée par les auteurs du rapport. Inspirée par le modèle de la Convention de Lugano, l'Union européenne pourrait négocier un accord bilatéral avec le Royaume-Uni dans le domaine de l'insolvabilité<sup>3</sup>.

Politiquement, la démarche serait évidemment facilitée par la longue coopération et l'intégration historique des parties, y compris dans le champ de l'insolvabilité. Des considérations économiques et le besoin de sécurité des consommateurs et du monde des affaires renforcent cette approche.

Comment pourrait être structuré un tel accord ? Le rapport CERIL préconise que le droit actuel serve de base de négociation, incluant des dispositions transitoires et une adaptation des règles pour intégrer un schéma de coopération, à défaut d'intégration. Des pistes de solution sont esquissées, pour faciliter l'identification de la juridiction compétente ou du droit applicable, organiser la reconnaissance des décisions ou favoriser la coopération entre les acteurs de l'insolvabilité.

Il reste la question de l'interprétation uniforme du droit futur, à défaut de compétence de la Cour de justice de l'Union européenne. Cette compétence juridictionnelle fut, on le sait, une pierre d'achoppement dans les négociations sur le Brexit. Le groupe de travail met en exergue diverses hypothèses, allant de la prise en compte des décisions des juridictions des autres pays jusqu'à l'autorisation donnée au Royaume-Uni d'émettre des observations critiques à la CJUE.

À n'en pas douter, le travail réalisé par les experts du CERIL est salubre, et donne les axes des négociations en cours. Cependant, la part d'imprévisibilité inhérente à ce processus ne permet pas d'écrire aujourd'hui la manière dont le droit de l'insolvabilité transfrontalier sera réglé avec le Royaume-Uni. Et cette incertitude, les marchés, les consommateurs, les entreprises, ne l'aiment guère.

**2.** Dans cette période de transition, la crise sanitaire majeure que connaît l'Europe au cours de ce printemps

2020 renforce les craintes pour la santé financière de nombreuses entreprises et, au delà, pour l'économie dans son ensemble. Le risque d'insolvabilité est augmenté, de manière significative, et pour y répondre, les gouvernements des États membres prennent des mesures inédites.

Dans une communication du 20 mars 2020, le CERIL a émis diverses recommandations à l'intention des législateurs nationaux. Très vite, il suggère de suspendre certaines mesures préventives imposées en cas de sous-capitalisation, telles que la procédure dite de la sonnette d'alarme en droit belge, car cette approche comptable systématique pourrait ne pas être signifiante dans le contexte actuel. Il est de même urgent de répondre aux problèmes de liquidité des entreprises, surtout les plus petites qui doivent être mieux informées des mesures de soutien adoptées par les gouvernements.

De plus, le CERIL suggère quatre champs d'action pour les législateurs. Il recommande de prévoir des mesures tendant à assurer un soutien financier direct des États dans certains secteurs de l'économie lourde, sous la forme d'un interim financier de crise. De même, l'obligation de déposer une procédure de faillite en cas de cessation des paiements devrait être suspendue dans les législations. Une période de sursis généralisée devrait être suggérée, surtout pour les petites entreprises qui sont particulièrement affectées par le lockdown. Enfin, des mesures de soutien étatiques pour assurer le maintien des moyens de subsistance des entreprises, de leurs dirigeants et de leur personnel devraient être envisagées.

« À situation exceptionnelle, mesures exceptionnelles » conclut l'avis du CERIL. Plus que jamais, tous les acteurs de la vie économique devront relever ensemble les défis du Brexit et surtout celui de la crise du COVID-19. Les outils de droit de l'insolvabilité sont là, des mesures d'urgence sont ou seront prises et l'application des instruments légaux par les entreprises, leurs conseils et les juridictions devra intégrer toutes les nuances de cette situation inédite. ■

3. D'autres sources d'inspiration peuvent être envisagées : le rapport évoque le modèle danois ou la Convention d'Istanbul.