

The ULN Law Review is the market place for news, information and updates believed relevant and of interest for the practice and businesses of the united-legal.network.eeig, their clients and business partners. ULN Law Review is distributed free of charge, and further information about us and any of the articles and information published may be obtained from either the uln secretary in Cologne, Germany or directly from the author. Even though the information contained in this ULN Law Review has been compiled carefully, no warranty is made as to the correctness and accuracy thereof, and nothing contained herein shall constitute any form of legal advice.

Content:

Schiedsverfahren (Arbitration) in Finnland – ein Gebot der Vernunft im Finnlandgeschäft

Gerrit van Setten, Helsinki, Finland

Rescuing insolvent companies and restructuring debts in Turkish legal system

Hakan Cinar, Ankara, Turkey

Du neuf en matière de détachement de travailleurs au sein de l'Union Européenne

Pascale Rosenoer, Brussels, Belgium

Schiedsverfahren (Arbitration) in Finnland - ein Gebot der Vernunft im Finnlandgeschäft?

Jede vertragliche Streitigkeit, die Parteien auch selbst durch Vertrag und Vergleich beilegen könnten, kann der Entscheidung durch die Schiedsgerichtsbarkeit unterworfen werden. In manchen Fällen verweist das Gesetz zwingend auf ein Schiedsverfahren, so Abschnitt 18, § 3 des Gesetzes über Aktiengesellschaften bei Streitigkeiten über Aktieneinzug und Bewertung, die durch von dem Schiedsausschuss der Zentralen Handelskammer Finnlands zu bestellende Schiedsrichter zu entscheiden sind.

Die üblichen Bedenken, die einem Schiedsverfahren entgegen gebracht werden, sind angeblich hohe Kosten und die Befürchtung, sich inkompetenten oder parteilichen Schiedsrichtern auszusetzen und dann keine Rechtsmittel, sprich Berufungsinstanz zu haben, bei der man es im Falle eines Unterliegens nochmal versuchen könnte. Es kann natürlich auch Unkenntnis über den Ablauf eines Schiedsverfahrens oder dessen Rechtssicherheit sein, weshalb (vorsorglich) von einem Schiedsverfahren abgesehen oder abgeraten wird.

Solche Überlegungen können bei Vertragsverhandlungen hinderlich sein und im Streitfall sogar kontraproduktiv werden. Wer sich dagegen auf eine Schiedsklausel und

einem finnischen Schiedsgericht einläßt, kann das vielleicht gegen ein anderes Zugeständnis des finnischen Partners eintauschen. Deshalb hier der Versuch einer klaren Antwort:

Die **Kosten** des ordentlichen Gerichts in einem Zivilverfahren erster Instanz in Finnland betragen unabhängig vom Streitwert 500,00 € für ein streitiges Urteil. Die Anwaltskosten richten sich dagegen nach Aufwand, wobei eine Abrechnung nach Stundensatz erfolgt. Bei Stundensätzen von 250 – 300 € bei Kaufpreis- oder Schadensersatzklagen aus Vertragsverletzung und die Auseinandersetzung mit den üblichen Gegenargumenten und Beweisführung kommt man durchaus auf 20.000 € an Anwaltskosten bei jeder der Parteien. Je höher der Streitwert, desto höher fallen die Anwaltskosten aus, da mit dem Streitwert auch die Bedeutung und meist die Anforderungen an die Anwälte wachsen. Das Verfahren dauert mindestens 1 Jahr, meistens länger, häufig viel länger. Zieht sich das Verfahren hin, wirkt sich das auf die den Parteien entstehenden eigenen Kosten und die des Anwalts aus, da die Sache immer wieder durchgegangen und aktualisiert werden muss. Amtssprache an den Gerichten sind (meist) Finnisch oder (eher seltener) die zweite Amtssprache, Schwedisch. Englischsprachige Unterlagen, also wohl die meisten Verträge und Unterlagen, mit den Beweis angetreten wird, müssen also zumindest teilweise übersetzt werden, das sind weitere Kosten.

Schiedsverfahren nach der Schiedsordnung der vorgenannten Handelskammer dauern durchschnittlich 8 Monate. Die Anwaltskosten bewegen sich zunächst in ähnlichem Rahmen, die Kosten des Schiedsgerichts (Verwaltungsgebühr) und des Schiedsrichters (Honorar) liegen deutlich über den der ordentlichen Gerichte. Bei einem Streitwert von 100.000 € beträgt die Verwaltungsgebühr 4.500 € und das Honorar eines (1) Schiedsrichters im Mittel rd. 11.000 €. Bei einem Streitwert von 200.000 € betragen Kosten und Honorar 5.500 € und 14.500 €, sie relativieren sich also mit steigendem Streitwert. Bei den eigenen Kosten und denen des Anwalts kann sich die kürzere Verfahrensdauer unter dem Strich dagegen kostenbegrenzend auswirken. Verfahren in internationalen Sachen werden meist in Englisch geführt, Übersetzungen und die damit verbundenen, manchmal durchaus erhebliche Summen, fallen damit unter Umständen sogar ganz weg.

Von den Kosten her ist ein Schiedsverfahren also ab einem gewissen Streitwert nicht mehr teurer als das Verfahren vor den ordentlichen Gerichten. Das gilt insbesondere bei einem Vergleich zum Verfahren im Heimat- oder anderen europäischen Ausland, wo die Gerichtskosten nicht 500 €, sondern in die Tausende gehen können. Hinzu kommen der Zeitgewinn und die Tatsache, dass Schiedsverfahren und Urteile nicht öffentlich

sind. Es bekommt also niemand mit, wenn man sich mit jemandem streitet. In sensiblen Sachen oder solchen, über die man nicht in der Presse lesen möchte, ein nicht zu unterschätzender Vorteil.

Die angeblich fehlende **Berufungsmöglichkeit** bei Schiedsverfahren ist kein eigentliches Argument.

Das Schiedsurteil ist zwar endgültig. Eine Berufung ist nicht möglich, allerdings unterliegt das Schiedsverfahren und Schiedsurteil der gerichtlichen Überprüfung auf Verfahrensfehler und Rechtswidrigkeiten. Die Vorstellung, dass vor den ordentlichen Gerichten eine Berufung immer möglich ist, geht dagegen in Finnland fehl. Seit der am 1.10.2015 in Kraft getretenen Änderung der Zivilprozeßordnung bedarf die Berufung gegen erstinstanzliche Urteile der Zulassung durch das Berufungsgericht. Nach Abschnitt 25, 11 § der Zivilprozeßordnung ist die Berufung zuzulassen, wenn 1) *ein Grund besteht, die Richtigkeit des Endergebnisses der Entscheidung des Gericht erster Instanz zu bezweifeln*, 2) *die Richtigkeit des Endergebnisses der Entscheidung des Bezirksgerichts nicht ohne Zulassung der Berufung zu beurteilen ist*; 3) *es aus Gründen der Rechtsanwendung in vergleichbaren Sachen wichtig ist, die Berufung zuzulassen*; oder 4) *ein sonstiger gewichtiger Grund für die Zulassung der Berufung spricht*.

Zur Rechtssicherheit hat diese Reform nicht beigetragen. Die finnische Anwaltschaft rätselt seit fast schon drei Jahren, nach welchen Kriterien Berufungen zugelassen oder Anträge auf Zulassung abgewiesen werden. Auf die Berufung als Ausweg aus einem verlorenen Verfahren in erster Instanz kann man sich in Finnland also nicht mehr verlassen. Natürlich kann man es mit der Berufung immer versuchen, Rechtsmittel gegen eine Nichtzulassung sind jedoch wieder rar. Das bisher gegen ein Schiedsverfahren angeführte Argument der fehlenden Berufungsmöglichkeit ist jedoch damit weitgehend überholt.

Kompetenzbedenken bei Schiedsverfahren ist ebenfalls kein Argument, jedenfalls nicht bei institutionellen Schiedsgerichten mit gutem Ruf. Es gibt insgesamt mehr Richter an ordentlichen Gerichten als Schiedsrichter zur Verfügung stehen. Die Skala an Kompetenz und Erfahrung der Richter an den ordentlichen Gerichten ist weit und individuell. Internationale Kompetenz findet sich insbesondere an den grösseren Gerichten in den wenigen Ballungszentren, insbesondere in Helsinki. Aber auch darauf ist kein Verlass. Der Richter ist und bleibt (überall) das unkalkulierbare Restrisiko. Das gilt zwar auch für Schiedsrichter, aber man kann versuchen, seinem Glück ein wenig nachzuhelfen. Schiedsrichter können von den Parteien (teilweise) selbst benannt werden, muss man sich auf eine Person verständigen, natürlich nur, wenn man sich einig ist. Wenn das wie

häufig nicht der Fall ist, wird dies von der zuständigen institutionellen Instanz übernommen. Dabei handelt es sich bei Schiedsrichtern durchweg um Fachleute, die für ihre Kompetenz bekannt sind. Die Handelskammer hält für ausgewählte Kandidaten auch Schulungen ab, die durchaus ihren Wert haben, wie es dem Verfasser aus eigener Erfahrung bekannt ist. Schiedsrichter werden also nach fachlichen Gesichtspunkten benannt, nicht aufgrund eines Verteilungsplanes nach Liste oder Anfangsbuchstaben der Parteinamen. Das könnte man als Risikobegrenzung verstehen, sich auf ein Schiedsverfahren zur Streitbeilegung zu einigen, ist Risikomanagement.

Schiedsverfahren haben eine lange Tradition in Finnland. Der erste Schiedsausschuss wurde 1909 von Kaufleuten aus der Stadt Vaasa initiiert und nahm 1911 seine Tätigkeit in Helsinki auf. Es ist damit weltweit eines der ältesten Schiedsgerichte. Heute ist es mit der Handelskammer Finnland verbunden und stellt das bekannteste institutionelle Schiedsgericht Finnlands dar (www.arbitration.fi). Neben der institutionellen Schiedsgerichtsbarkeit kennt das finnische Recht das ad-hoc Schiedsverfahren, das die Parteien und die Schiedsrichter in Eigenregie führen. Der Schiedsausschuss der Handelskammer wirkt daran nicht mit, soweit es nicht zur Benennung von Schiedsrichtern nach Vertrag oder

UNCITRAL-Regeln zuständig ist.

Rechtsgrundlage für Schiedsverfahren in Finnland ist das Schiedsverfahrensgesetz von 967/1992 (zuletzt geändert 2015), die für die Vollstreckbarkeit von Schiedsurteilen findet sich im Vollstreckungsgesetz 705/2007 bzw. international im New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche, welche Finnland 1962 ohne Vorbehalte hinsichtlich Gegenseitigkeit und Gegenstand ratifiziert hat.

Das Schiedsverfahrensgesetz richtet sich in weiten Teilen dem UNCITRAL Modellgesetz für die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit. Das Gesetz gliedert sich in zwei Teile. Der erste Teil betrifft Schiedsverfahren in Finnland und gilt gleichermaßen für ad hoc und institutionelle Schiedsverfahren und unterscheidet nicht zwischen nationalen (alle Parteien aus Finnland) und internationalen Schiedsverfahren (zumindest eine der Parteien kommt aus dem Ausland). Der zweite Teil des Gesetzes betrifft Schiedsverfahren im Ausland. Im Gesetz finden sich relativ detaillierte Vorschriften zu Schiedsrichtern und Schiedssprüchen, Regeln zum Verfahren selbst und zwingende Vorschriften, wie etwa, dass den Parteien hinreichend rechtliches Gehör zu gewähren ist, finden sich wenige. Die Parteien sind daher recht frei, prozessuale Belange selbst zu regeln, was ansonsten den Schiedsrichtern überlassen bleibt. Es gibt

daher zur Zeit starke Bestrebungen, das finnische Schiedsverfahrensgesetz möglichst komplett dem des UNCITRAL-Modellgesetzes anzugleichen, um Finnland als Forum für Schiedsverfahren international attraktiver zu machen. Wer will sich schon mit lokalen Sonderregelungen auseinandersetzen (es sei denn z.B. London), wenn man sich anderswo auf das geläufige UNCITRAL verlassen kann. Wer allerdings in Finnland Geschäfte macht und bei Projekten und Transaktionen nicht an finnischem Recht vorbeikommt, hat hier häufig keine wirkliche Wahl.

Neutralität ist gewährleistet, jedenfalls nach den Schiedsverfahrensregeln der genannten Handelskammer. Sind die Parteien verschiedener Nationalität, soll und muss auf Verlangen einer Partei, der Schiedsrichter anderer Nationalität als die Parteien sein. Das führt dazu, dass in Verfahren zwischen finnischen und ausländischen Parteien Schiedsrichter aus Schweden benannt werden. Dort ist das Rechtsumfeld ähnlich und finnische Gesetze und Vorschriften sind alle in der zweiten Amtssprache, Schwedisch, veröffentlicht und damit im Original einem schwedischen Schiedsrichter zugänglich.

Sich bei Streitigkeiten auf ein (institutionelles) Schiedsverfahren zu einigen, hat seine Vorteile und wird zunehmend beliebter. Eine Ausnahme sind Vertragsbeziehungen, in denen es häufiger um kleinere Beträge geht sowie solche, in denen eine der Parteien derart

deutlich „schwächer“ ist, dass das Risiko besteht, dass eine Schiedsklausel für die schwächere Partei unangemessen ist und für nichtig befunden werden könnte. Hier bietet sich eine auf den Einzelfall abgestimmte Schiedsvereinbarung, nach der etwa Forderungen bis zu einem bestimmten Betrag auch vor den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden können oder die wirtschaftlich stärkere Partei verpflichtet wird, die Verwaltungskosten und Schiedsrichterkosten eines Schiedsverfahrens zu übernehmen (so etwa in Arbeitsverträgen auf Geschäftsführungsebene).

Die danach verbleibenden einzigen wirklichen Schwachstellen bei Schiedsvereinbarung liegen sodann bei den Parteien selbst, nämlich bei der Formulierung der Schiedsvereinbarung (das ist meist die Klausel im Vertrag) und der Vereinbarung des anwendbaren Rechts. Bei der Schiedsvereinbarung (Klausel) sollte man sich möglichst an die Mustervorlagen des ausgewählten Schiedsgerichts halten und nichts „verbessern“, denn das geht schnell schief. Bei der Frage des anwendbaren Rechts ist daran zu denken, dass es sich um zwei Verträge handelt, einmal um den Hauptvertrag (also z.B. Kauf- oder Liefervertrag) als materiellem Vertrag und zum anderen um die Schiedsvereinbarung (das ist auch nur die Klausel im Kauf- oder Liefervertrag) als prozessuellem Vertrag. Die bekannte Klausel „auf diesen Vertrag findet ...

Recht Anwendung“ bedeutet nicht, dass das auf den Hauptvertrag anzuwendende Recht automatisch auch das für die Schiedsvereinbarung geltende Recht ist.

English summary:

When doing business in Finland submitting disputes to arbitration, preferably under the rules of the Finnish Chamber of Commerce, could turn out to be a wise move. The arbitration under the umbrella of the arbitration board of the Chamber of Commerce goes back to the year 1911 and is one of the oldest arbitration institutions in the world. Arbitrators are carefully picked and known for their professional experience in the area of business in dispute which compared to ordinary court litigation reduces the risk related to the judge's knowledgeability. The costs for a court ruling in the first instance fixed at 500 € whilst the parties' legal counsel charge by the hour. Even though the administrative fee of the arbitration institute and the fee of the arbitrator(s) is higher than the fixed cost of the ordinary court but when a higher interest is at hands speed matters and arbitration within 8 months versus ordinary court proceedings of 2 or 3 years has its advantages. Arbitration lacks the possibility of an appeal in second instance but this argument has lost a lot of relevance after Finland has restricted the possibility to appeal against first instance

court rulings. As of October 1, 2015 an appeal requires a separate admission by the appellate court and a certain qualified legal reason, and ever since Finnish counsels wonder on what basis these qualifying reasons are considered fulfilled or not. Therefore, whenever the interest in dispute is worth a little effort, you might probably be happy to have opted for arbitration when concluding the agreement now in dispute.

Gerrit van Setten, Attorney-at-law
van SETTEN Attorneys Ltd., Helsinki

Rescuing insolvent companies and restructuring debts in Turkish legal system

Bankruptcy is an ugly truth of the trading and business life, which cannot be avoided in full. In the free market States, some companies prevail, acquiring higher and higher incomes, ending up being a leading global firm; while some others fail to do so and end up being unable to pay their respective debts. When a company's income and assets fail to cover its existing debts, the terms 'bankruptcy' and 'insolvency' comes into play.

As it is an unavoidable truth of the free-economy, States all over the world have been regulating and overseeing the bankruptcy

procedures with their legislations. Even though liberal economic policies requires minimal regulation of the market and corporations; governmental intervention is necessary for such situations like insolvency.

If a Company is unable to pay its debts, both the Company (as it is no longer able to continue its operations) and the creditors are severely damaged, directly hindering the national economy as a whole. Therefore, numerous legislations and supervising bodies has been implemented by the governments to oversee the economic well-being of the businesses and the nation as a whole.

In the meantime, these situations are rather delicate and has to be handled accordingly. The interests and rights of the creditors and the debtors are in conflict and both has to be answered adequately. Overprotecting the creditors would result in too many companies going bankrupt and damage the national economy while overprotecting the debtors would have the same effect by creating distrust and insecurity over the market.

In order to fashion the balance between the two, almost all governments implement a 'rescue' procedure for insolvent or financially distressed companies rather than immediately declaring bankruptcy. These procedures often allow the debtors a period of security and stability, giving the businesses and entrepreneurs a second chance to restructure the debt and turn things around.

Rescue Procedure in Turkish Legal System before the Recent Amendments – The Postponement of Bankruptcy

Enforcement and Bankruptcy Law, dated 09.06.1932 and numbered 2004, as the name suggests, is the main legislation that regulates the procedures for insolvency and bankruptcy. While regulating the procedure for bankruptcy the Law also allowed a couple escape mechanisms for companies in financial distress. One of the two was the procedure called 'postponement of bankruptcy'. The financially distressed or practically insolvent companies were able to demand the postponement of bankruptcy from the Courts. In their applications to the Courts, the companies would procure a recovery plan and if the Court deems the recovery plan to be adequate and enforceable, a resolution on the postponement of bankruptcy is drawn. Once a company is in the recovery period, all the execution proceedings initiated against it are suspended and no new proceedings can be brought on. Even though the maximum limit set in the Law is two years, in practice companies have been using this mechanism to leave its creditors bereft of any execution proceedings for a longer period considering the pre-postponement period and other applications such as appeals to High Courts.

The system, as one can see, protected the debtors to extremes and the companies were quick to abuse the system on the expense of the creditors. Facing these challenges, Turkish

government made considerable amendments to the provisions relating to postponement of bankruptcy on 15.07.2016 in an effort to prevent the misuse. Even though, with the subject amendments requirements for the postponement of bankruptcy has been increased and it was intended to diminish the number of such applications, the requirements proved to be little in effect. As the situation did not improve and the number of companies abusing the system did not show significant decrease, the procedure of 'postponement of bankruptcy' has been entirely abolished by the more recent amendment dated 15.03.2018.

Rescue Procedure in Turkish Legal System after the Recent Amendments – The Composition of Debts

As stated above, the Enforcement and Bankruptcy Law has offered a double rescue option for financially distressed companies for many years. However, the mechanism of 'postponement of bankruptcy' has been abandoned with the Law No. 7101 on Amendments to the Execution and Bankruptcy Law and Other Laws dated 15.03.2018; leaving the procedure called composition of debts ('concordatum') as the only option.

In the most general sense, concordatum can be defined as the agreement between a debtor who is failing or struggling to pay his debt and the creditor of such debt in order to restructure the debt. In other words, concordatum is a debt payment agreement

with the creditor which comes into force with the approval of a Commercial Court in line with the demand of the debtor who is in a financial distress but still acting in good faith. Concordatum can be demanded either by the financially distressed debtor or the creditor. Concordatum can be demanded by the debtor who wasn't able to pay the debts in due time or under the risk of being unable to complete the subject payment in due date; thus the debtor shall be able to pay the debts or avoid bankruptcy thanks to an extension of term or a reduction provided by the concordatum. In the meantime, any creditor who is in a position to request the debtor to be declared bankrupt also has the right to demand the initiation of the concordatum procedures. The competent courts for applications of concordatum shall be, those stated in the Article 154 of the Bankruptcy and Enforcement Law numbered 2004 for debtors who are subject to bankruptcy and for the debtors who cannot be a subject to bankruptcy, the competent court shall be the Commercial Court of First Instance located in the jurisdiction of the debtor's permanent residence.

Even though concordatum has been regulated in the Bankruptcy and Enforcement Law and has available as a tool for companies who are in the brink of bankruptcy for a very long time; the real applications have been significant after the publication of the "Law on the Amendment of Bankruptcy and Enforcement Law and Other Laws" in the Official Gazette on 15.03.2018.



The significant and prolific amendment foreseen by the subject Law has been the abolishment of the “postponement of bankruptcy” and instead leading way to concordatum.

The Process of Concordatum

Following the complete submission of the documents required in the Bankruptcy and Enforcement Law to the Court, the Court shall without any delay grant a 3 month period. In this 3 month temporary period, the Court shall appoint a ‘trustee in composition’ for determine whether if it is possible the composition of debts to be successful or not. This temporary period can only be extended for a maximum of two months. If, within the temporary period, the Court determines that the concordatum would be successful, the Court will resolve a definitive period of one year. This definitive period can only be extended up to 6 months, subject to a decision of the Court. Within the definitive concordatum period, there can be no execution proceedings against the debtor and in accordance, the debtor who shall continue to operate its businesses, cannot put any liens, act as a guarantor, transfer any of its immovable or assets in full or partially, enjoin or perform gratuitous transactions. Moreover, within the definitive period, the trustee shall invite the creditors of the debtor to a meeting to discuss the concordatum project. The concordatum project shall be deemed as

accepted if the project is signed by at least (i) the half of the registered creditors or credit amounts; or (ii) one fourth of the registered creditors and two thirds of the total credit amount. In this case, the trustee will submit his report to the Court for the approval or rejection of the concordatum project. If the project is approved by the Court and the resulting decision shall include amounts renounced by the creditors and the payment calendar. By the resolution, an administrator can be assigned in order to provide the required inspection, administration and liquidation measures to fulfill the concordatum. If an administrator is assigned, the administrator will a bimonthly report on the financial status of the debtor and the proceedings regarding the concordatum. The creditors has the right to inspect the bimonthly reports. The resolution regarding the approval of the concordatum shall be duly announced and registered.

If the Court does not approve a concordatum request, the resolution regarding the rejection of the request shall be dully announced and registered. If the debtor can be subject to bankruptcy and if the Court determines the existence of situation which leads to bankruptcy, the Court can decide on the bankruptcy of the debtor on its own discretion. The debtor or the creditor who requested concordatum can appeal against the decision within 10 days after notification of the decision.

The 10 day period starts with the announcement of the decision for other creditors. Once the Regional Courts of Justice reaches a decision on the appeal, the decision can further be sent to the High Courts of Appeal.

A Brief Look into the Rescue Procedures in Various European Legal Systems

As explained above, the ‘rescue procedures’ for financially distressed companies exist in almost all jurisdictions. As it is evident from the above paragraphs, the situation in Turkish legal system is under much legal debate and constant changes in order to find stability with the most effective system. As the approaches vary, it would be useful to have look into various legal systems in Europe to see what different jurisdictions apply to strike the fine balance.

A general glance over the various legislations of European countries indicates a tendency towards the system which is currently applied in Turkey as ‘concordatum’. This approach, as stated, is far more creditor-friendly than the ‘postponement of bankruptcy’ mechanism. Unlike the formerly adopted system of postponement of bankruptcy in Turkey, most of the jurisdictions demand the approval of the creditors for restructuring the debt and the periods for temporary stay of enforcement

actions are considerably shorter.

The Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on Insolvency Proceedings (‘EU Regulation on Insolvency Proceedings’) which aims to harmonize the practice of its Member-States on the subject also foresees the same approach. This approach is evident even from the preamble of the Regulation as it is read:

“(11) This Regulation should also apply to procedures which grant a temporary stay on enforcement actions brought by individual creditors where such actions could adversely affect negotiations and hamper the prospects of a restructuring of the debtor’s business. Such procedures should not be detrimental to the general body of creditors and, if no agreement on a restructuring plan can be reached, should be preliminary to other procedures covered by this Regulation.”

The tendency to protect the creditors is evident in this Regulation as it clearly states that a temporary stay on enforcement actions are applicable only to the extent that the stay periods are not damaging the creditors.

The same approach can be seen in the German legislation as the Insolvency Code explicitly states that insolvency proceedings aim first and foremost to satisfy collectively the

debtor's creditors. The system is much similar to the concordatum system where the debtor has to receive the approval of the creditors for restructuring the debts. The same mechanism is also in force in Italy and is called '*concordatomo preventivo*'. The concordatum system adopted by the Turkish legislation finds its roots in the Swiss legislation.

Of course, exceptions can be found within the different European jurisdictions. France, for example, can be named as one. French system is quite similar to Turkey's system before the recent amendments of March 2018. Apart from actual bankruptcy proceedings there are three options available to the French companies which are called *procedure de mandate ad-hoc*, *sauvegarde* and *conciliation*. '*Sauvegarde*' is much like the former postponement of bankruptcy procedure in Turkey while '*conciliation*' draws similarities with the concordatum procedure.

Summary:

Dealing with financially distressed or insolvent companies is a problematic issue for States all over the world. A fine balance must be stroke between protecting the debtors and the creditors. In this respect different mechanisms has been adopted in

different jurisdictions and such mechanisms has been tweaked in order to gain the intended affect and needs of each different economical model. Turkey is no different in this respect and has been employing different approaches over the years.

More recently, in 2018, the over-used, misused and abused system of 'postponement of bankruptcy' has been entirely abolished. Instead, the composition of debts, 'concordatum' as it is called within the Turkish legal framework, has been revitalized as a more creditor-friendly mechanism. As briefly summarized above, the concordatum procedure, which has been existing within the legal system for many years but has been overlooked by the companies due to certain risks has been growing more and more important since the abolishment of the postponement of the bankruptcy procedures and currently seems to be the only viable option for companies in financial distress. The number of companies applying for concordatum is growing by the day and the effects of this drastic change is yet to be seen as the popularity of concordatum grows.

M. Hakan ÇINAR Attorney-at-law
çınar&çınar Law Office, Ankara

Du neuf en matière de détachement de travailleurs au sein de l'Union Européenne

La possibilité de détacher des travailleurs au sein de l'Union Européenne résulte à l'origine de la volonté d'abolir, entre les Etats membres, les obstacles à la libre circulation des personnes et des services qui constitue un des objectifs de l'Union.

Le 'travailleur détaché' est tout travailleur qui, pendant une période limitée, exécute son travail sur le territoire d'un Etat membre autre que l'Etat sur le territoire duquel il travaille habituellement. Le détachement n'est pas uniforme. Il peut être opéré tant pour l'exécution de travaux pour le compte de l'entreprise qui envoie le travailleur à l'étranger et sous la direction de celle-ci que dans le cas d'une mise à disposition d'une entreprise tierce. Le détachement se caractérise néanmoins par le lien que conserve le travailleur détaché avec l'entreprise d'envoi et par le caractère temporaire du déplacement à l'étranger.

Un détachement pose deux questions fondamentales (i) à quel système de sécurité sociale le travailleur détaché doit-il être rattaché pendant la durée du détachement et (ii) quelles sont les règles de droit du travail qui devront lui être appliquées? Ces deux

questions ont fait l'objet d'évolutions législatives ou jurisprudentielles récentes allant dans le sens d'un renforcement des règles et de leur contrôle par les Etats membres.

(i) Droit applicable au travailleur détaché

Le droit applicable à la relation de travail (déterminé en droit international privé par le Règlement Rome I) n'est pas réputé changer lorsque le travail est temporairement exercé dans un autre pays.

Toutefois, sans pour autant faire obstacle à l'application de règles plus favorables, une directive européenne 96/71/CE (1) garantit aux travailleurs détachés l'application d'un « noyau dur » de règles en vigueur au sein du pays d'accueil : temps de travail et périodes minimales de repos, taux de salaire minimal, conditions de mise à disposition, règles de sécurité, de santé et d'hygiène, mesures protectrices des femmes enceintes venant d'accoucher, des enfants et des jeunes, égalité de traitement, etc.

La préoccupation à l'origine de cette directive de 1996 est double : sauvegarder une concurrence loyale en évitant le dumping social et préserver les droits des travailleurs.

En 2014, une nouvelle directive 2014/67/UE (2) est venue renforcer les possibilités de

contrôle afin de lutter plus efficacement contre les abus. La directive de 2014 établit une série de critères (non-exhaustifs) permettant de contrôler la réalité du détachement, elle renforce les règles de coopération administratives entre les Etats membres et les obligations d'information tant vis-à-vis des travailleurs que des employeurs. Elle a notamment contraint chaque Etat membre à créer un bureau de liaison, point de contact en matière de détachement.

Début 2016, a finalement débuté un processus de révision de la directive de 1996 dont on estimait qu'elle n'était plus adaptée aux réalités actuelles du marché du travail européen. En 1996, l'Union Européenne ne comptait que quinze Etats membres contre 28 aujourd'hui tandis que les écarts salariaux qui ne variaient à l'époque que de 1 à 3 peuvent aujourd'hui varier de 1 à 10. L'objectif est donc encore une fois la lutte contre le dumping social mais également contre le faux-détachement et l'enfreinte par les employeurs des règles du pays d'accueil.

A la suite d'un long processus de négociation, une directive modificative a été adoptée le 28 juin dernier (3). La modification principale porte sur l'élargissement des règles du pays d'accueil applicables. En cas de détachement d'une durée effective supérieure à douze mois (dix-huit mois en cas de dérogation accordée sur base d'une notification motivée), non plus

seulement un noyau dur de règles mais l'ensemble des conditions de travail et d'emploi applicables au sein du pays d'accueil trouveront à s'appliquer (exception faite des règles relatives à la conclusion et la fin du contrat de travail ainsi que les régimes complémentaires de retraite professionnels). Alors qu'en matière salariale l'obligation ne portait jusqu'ici que sur le respect des salaires minimaux, on appliquera désormais le principe de « à travail égal, rémunération égale, sur un même lieu de travail ».

La directive est entrée en vigueur le 29 juillet 2018 et devra être transposée au sein de la législation des Etats membres au plus tard le 30 juillet 2020.

(ii) Rattachement du travailleur détaché à un système de sécurité sociale

Le détachement permet de déroger à la règle de principe selon laquelle un citoyen de l'Union Européenne sera rattaché au système de sécurité sociale du lieu d'exercice de son activité – règle résultant de notre héritage bismarckien et l'idée que la protection sociale doit être fondée sur le travail et sur la capacité des individus à s'ouvrir des droits grâce à leur activité professionnelle. Le travailleur détaché pourra demeurer soumis à la législation de l'Etat membre d'envoi, pour autant que la durée prévisible du travail pour lequel il est détaché n'excède pas vingt-quatre heures et

qu'il ne soit pas envoyé en remplacement d'un autre travailleur. Cette dérogation vise à éviter les cumuls de législation nationales et les complications qui peuvent en résulter.

Le délai de vingt-quatre mois pourra éventuellement être prolongé au terme d'accords mutuels entre les instances de sécurité sociale du pays d'envoi et du pays d'accueil.

Pratiquement, le travailleur détaché ou son employeur devra obtenir auprès des instances de sécurité sociale du pays d'envoi une attestation de « Législation applicable » A1 qui sera transmise au pays d'accueil. Le certificat A1 garantit en principe que le travailleur est valablement affilié auprès du système de sécurité sociale du pays d'envoi. Ce certificat est contraignant et opposable aux autorités du pays d'accueil.

La question du détournement des règles en matière de détachement en vue d'éviter le paiement de cotisations sociales dans un pays où les charges sociales sont plus élevées se pose inévitablement.

C'est dans le cadre de cette lutte contre la fraude sociale que la Cour de Justice de l'Union Européenne a tout récemment rendu plusieurs arrêts importants.

En règle, si le pays d'accueil a des doutes sur

la validité du certificat A1 délivré par un autre Etat membre ou les mentions qui y figurent, il lui appartient en premier lieu de demander aux instances du pays d'envoi de réexaminer ou de retirer le certificat A1. En cas de refus, le pays d'accueil peut saisir la Commission administrative pour la coordination des systèmes de sécurité sociale, dont les avis ne sont toutefois pas liants.

En cas de désaccord persistant, le pays d'accueil n'a pas de moyen de contraindre le pays d'envoi au retrait ou à la modification du certificat A1. La CJUE a à de nombreuses reprises confirmé cette jurisprudence basée sur les principes de coopération loyale et de confiance mutuelle entre les Etats membres.

Les autorités judiciaires du pays d'accueil ne sont pas davantage que les institutions administratives habilitées à vérifier la validité des certificats A1. Dans un arrêt du 27 avril 2017 (arrêt A-Rosa e.a., C-620/15), la Cour confirme qu'aussi longtemps qu'il n'est pas retiré ou déclaré invalide, le certificat A 1 s'impose dans l'ordre juridique interne de l'Etat membre dans lequel le travailleur salarié se rend pour effectuer un travail et lie les institutions de cet Etat membre.

Récemment, la CJUE a toutefois rendu un arrêt qui ouvre une brèche dans cette jurisprudence bien établie. Dans cet arrêt du 6 février 2018 (arrêt Altun e.a., C-359/16), impliquant des entreprises de construction

bulgares détachant des travailleurs en Belgique, la Cour a estimé que le juge national pouvait tout de même écarter des certificats A1 lorsque les trois conditions suivantes étaient remplies :

- l'institution de l'Etat d'accueil a saisi l'institution émettrice de certificats A1 d'une demande de réexamen et de retrait de ceux-ci et l'institution émettrice s'est abstenue de prendre en considération ces éléments aux fins du réexamen du bien-fondé de la délivrance desdits certificats ;
- le juge national a constaté, à la lumière d'éléments recueillis dans le cadre de l'enquête judiciaire, que les certificats ont été obtenus ou invoqués de manière frauduleuse ;
- les garanties inhérentes au droit à un procès équitable ont été respectées ;

Dans un arrêt du 6 septembre dernier (arrêt *Alpenrind e.a.*, C-527/16), concernant cette fois le remplacement de travailleurs hongrois détachés dans des abattoirs autrichiens, la CJUE a toutefois réaffirmé sa jurisprudence antérieure et laissé clairement entendre qu'il n'était pas question d'élargir davantage la

brèche ouverte par l'arrêt *Altun*. La Cour confirme la valeur contraignante d'un certificat A1, même dans le cas où la commission administrative pour la coordination des systèmes de sécurité sociale saisie a conclu que le certificat avait été émis à tort et devrait être retiré et malgré que ces certificats A1 aient été délivrés postérieurement à l'assujettissement des travailleurs par l'Etat membre d'accueil à une assurance obligatoire au titre de sa législation.

La volonté de lutter contre la fraude sociale reste toutefois au cœur des préoccupations et a poussé certains pays à adopter des législations permettant à leurs instances de sécurité sociale de faire fi des certificats délivrés. Le 11 juillet dernier (arrêt *Belgique c. Commission e.a.*, C-356/15), la Belgique a été condamnée par la CJUE suite à un recours en manquement introduit par la Commission. La Cour a considéré que la législation belge qui permettait d'écarter les certificats A1 sans obligation d'entamer une procédure de dialogue et de conciliation et qui conférait par ailleurs ce pouvoir, non pas aux seules autorités judiciaires, mais également aux institutions de sécurité sociales belges, était contraire au droit européen.

La brèche ouverte par l'arrêt *Altun* n'est toutefois pas prête d'être refermée et nul doute que la CJUE aura encore à se prononcer sur la question à l'avenir.

(1) Directive 96/71/CE du parlement européen et du conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services

(2) Directive 2014/67/UE du parlement européen et du conseil du 15 mai 2014 relative à l'exécution de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services et modifiant le règlement (UE) no 1024/2012 concernant la coopération administrative par l'intermédiaire du système d'information du marché intérieur (« règlement IMI »).

(3) Directive 2018/957/UE du parlement européen et du conseil du 28 juin 2018 modifiant la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services.

questions have known recent evolutions with on the one hand the adoption of a new

Directive 2018/957/UE on the 28 of June 2018 modifying the Directive 96/71/CE concerning the posting of workers in the framework of the provision of services and, on the other hand, the recent evolution of the CJUE's jurisprudence on the binding character of A1 certificates (on the applicable social security legislation)

issued by the social security institutions of a member state and the possibility for the national judge or the social security institutions of another member state to disregard these A1 certificates in case of fraud.

Pascale Rosenoer, Avocate
Delacroix & partners, Bruxelles

English Summary:

The current contribution addresses the recent evolutions regarding the two main questions on the posting of workers within the European Union, these two questions being the law applicable to the labour contract of the posted worker and the social security system to which the posted worker will must be affiliated. Both



Law Review

Vol. 2/ 2018 ULN united.legal.network EEIG

www.united-legal-network.com

Published by:

ULN united.legal.network.EEIG

Hohenstaufenring 63, 50674 Köln / Cologne - Reg. Cologne HR A 14903

Austria, Belgium, Bulgaria, Czech Republic, Finland, France, Germany, Greece, Hungary, India, Israel, Italy, Luxembourg, Poland, Portugal, Romania, Russia, Slovenia, Spain, Sweden, United Kingdom, Turkey

Authors:

Gerrit van Setten, Attorney-at-law, VAN SETTEN Attorneys Ltd.,
Mannerheimintie 20 B, 6. Floor, 00100 Helsinki, Finland

E-mail: gerrit.vansetten@vsp-law.com

Hakan Cinar, Attorney-at-law, Cinar&cinar Law Office,
Ilkbahar Mah. Galip Erdem Caddesi, 621 Sk. No:17, 06550 Ankara, Turkey

E-Mail: hakan@cinarlaw.com

Pascale Rosenoer, Avocate, Delacroix & partners
Avenue Boileau 2, 1040 Bruxelles, Belgium

E-mail: p.rosenoer@delacroix.law