

Sous la direction de

Laura SAUTONIE-LAGUIONIE

Professeur à l'université de Bordeaux

Directrice du pôle droit de l'insolvabilité de l'association Trans Europe Experts

L'ADAPTATION DU DROIT FRANÇAIS AU RÈGLEMENT *INSOLVABILITÉ BIS* : QUELS CHOIX POUR QUELLE EFFICACITÉ ?

115q0

L. SAUTONIE-LAGUIONIE Édito	p. 133
A. TABELING Avant-propos : la nécessité d'adapter le droit français au règlement révisé par ordonnance	p. 135
J. VALLANSAN La compétence pour l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité : le choix des TCS	p. 137
C. LISANTI La compétence pour l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité : l'obligation de vérification de la compétence juridictionnelle	p. 140
J.-L. VALLENS L'articulation d'une procédure principale et d'une procédure secondaire : une nouvelle donne	p. 143
P. NABET L'évitement d'une procédure secondaire par un engagement unilatéral	p. 147
A. DONNETTE-BOISSIÈRE Les aspects de droit social de l'ordonnance du 2 novembre 2017	p. 150
M. LAROCHE Groupes de sociétés : originalité et faisabilité de la procédure de coordination collective	p. 153
L. C. HENRY Efficacité des procédures et coopération et communication entre les acteurs	p. 158
G. C. GIORGINI ET E. FABRIÈS LECÉA Les défis pratiques à relever pour une mise en œuvre effective du règlement <i>Insolvabilité</i>	p. 162

Édito 115r7

Laura SAUTONIE-LAGUIONIE

Professeur à l'université de Bordeaux

Directrice du pôle droit de l'insolvabilité de l'association Trans Europe Experts

L'ordonnance du 2 novembre 2017, qui porte adaptation du droit français au règlement européen relatif aux procédures d'insolvabilité tel que révisé le 20 mai 2015, est un texte important à double titre. D'une part, il participe de l'effectivité de ce texte en favorisant la mise en pratique des différents mécanismes propres aux procédures transfrontalières en Europe. D'autre part, il marque l'appropriation par le législateur français d'un texte commun aux différents États de l'UE. Afin de mesurer l'importance des règles introduites dans un nouveau titre IX du livre VI du Code de commerce, différents spécialistes nous livrent leurs analyses dans un dossier dédié.

La révision du règlement européen sur les procédures d'insolvabilité du 29 mai 2000 par le règlement du 20 mai 2015 n'est pas une simple mise à jour du texte initial. Les innovations sont importantes et le législateur européen s'est efforcé de tirer les conséquences tant de la jurisprudence de la CJUE que de l'évolution des droits nationaux qui, au fil des réformes, ont diversifié les procédures de traitement des difficultés. Entré en application le 26 juin 2017, ce règlement est encore aujourd'hui mal connu des praticiens au motif que rares sont en pratique les

procédures d'insolvabilité transfrontalières. Cette apparence est trompeuse à un double titre : d'une part, la Commission européenne estime qu'une procédure d'insolvabilité sur quatre ouvertes en Europe comporte un facteur d'extranéité ; d'autre part, le facteur d'extranéité justifiant l'application du règlement européen est sans doute plus ordinaire qu'on ne le croit. Si aucun texte ne définit ce critère d'extranéité, une procédure devrait être soumise au règlement européen dès lors que le débiteur dispose d'actifs ou de dettes sur le sol d'un autre État, mais aussi, du moins selon

une partie de la doctrine¹, lorsqu'il a un créancier ou un débiteur situé dans un autre État. Ainsi entendu, le critère d'extranéité est en définitive assez large et devrait justifier une application plus fréquente du règlement. À cela s'ajoute que le nouveau règlement crée pour les juridictions une obligation de vérification de leur compétence², selon les critères qu'il définit, ce qui devrait conduire les juges à vérifier plus qu'ils ne le faisaient jusqu'ici l'applicabilité du règlement à la procédure en cause.

Le législateur français ne s'est pas trompé sur les enjeux du règlement révisé, et a estimé qu'une ordonnance était nécessaire pour permettre son application en droit français. Cette ordonnance du 2 novembre 2017³ retient l'intérêt car elle témoigne de l'appropriation du texte européen par le législateur français. Alors même qu'il s'agit d'un règlement, cette appropriation était possible – le règlement laissant place aux droits nationaux pour l'édiction de certaines règles – et nécessaire – notamment pour préciser d'un point de vue procédural le jeu de mécanismes jusqu'ici inconnus en droit interne⁴. Ainsi, l'ordonnance tire les conséquences de la nouvelle physionomie des procédures secondaires⁵ et pose un cadre, peut-être trop strict, pour la nouvelle possibilité d'évitement d'une procédure secondaire sur l'engagement unilatéral du praticien de la procédure principale⁶. L'ordonnance s'approprie également les nouvelles règles relatives aux groupes de sociétés et pose là encore un cadre pour la nouvelle et originale procédure de coordination collective⁷. Enfin, l'ordonnance

fixe un cadre à la coopération et la communication que le règlement prévoit tant pour les juridictions que pour les praticiens⁸. Dans chacun des points abordés, le règlement a fait le choix d'une souplesse accrue, par l'encouragement de la contractualisation. Le droit français y répond par un refus de la déjudiciarisation et fait notamment du juge-commissaire un acteur central, gage d'un contrôle minimal du pouvoir laissé aux praticiens. Importante sur le plan technique, l'ordonnance du 2 novembre 2017 est aussi importante sur le plan de la construction du droit européen de l'insolvabilité et de sa réception par le droit interne. L'appropriation du règlement est bienvenue car elle permet à chaque État de faire jouer un texte commun tout en respectant les spécificités de son droit national. Parmi les spécificités françaises figure, outre le juge-commissaire, la dualité non seulement de la profession de praticiens de l'insolvabilité (AJMJ) mais aussi des juridictions compétentes. Là aussi, l'ordonnance marque l'empreinte française en posant une règle originale de compétence des tribunaux de commerce spécialisés⁹. Il n'est pas certain toutefois que le législateur ait ici pleinement atteint son objectif dès lors que le critère retenu pose d'ores et déjà interrogation pour le juriste français, et ne sera pas forcément pleinement intelligible pour le praticien ou le débiteur étranger. Mais c'est le rôle du droit de s'adapter aux nouveaux mécanismes : le législateur œuvre pour permettre l'adaptation du droit français au règlement européen révisé, et c'est ensuite aux acteurs de ce contentieux de s'emparer de ces nouveaux outils, pour en permettre l'effectivité en pratique, ce qui toutefois supposera qu'ils relèvent de nombreux défis¹⁰.

1 V. Nabet P., « Étude sur le champ d'application spatial du règlement européen sur l'insolvabilité », BJE juill. 2014, n° 111k3, p. 273 ; *Adde* Cuniberti G., Nabet P. et Raimon M., *Droit européen de l'insolvabilité*, 2018, LGDJ, n° 47 et s.

2 V. *infra*, Lisanti C., « L'obligation de vérification de la compétence juridictionnelle », BJE mars 2018, n° 115q2.

3 Qui sera complétée par un décret à venir.

4 V. *infra*, Tabeling A., « La nécessité d'adapter le droit français au règlement révisé par ordonnance », BJE mars 2018, n° 115q4.

5 V. *infra*, Vallens J.-L., « L'articulation d'une procédure principale et d'une procédure secondaire : une nouvelle donne », BJE mars 2018, n° 115q3.

6 V. *infra*, Nabet P., « L'évitement d'une procédure secondaire par un engagement unilatéral », BJE mars 2018, n° 115q7 ; et, sur les aspects de droit social », BJE mars 2018, n° 115q9, note Donnette-Boissière A.

7 V. *infra*, Laroche M., « Originalité et faisabilité de la procédure de coordination collective », BJE mars 2018, n° 115r0.

8 V. *infra*, Henry L.-C., « Efficacité des procédures et coopération et communication entre les acteurs », BJE mars 2018, n° 115q6.

9 V. *infra*, Vallansan J., « Le choix des TCS », BJE mars 2018, n° 115u2.

10 V. *infra*, Giorgini G.-C. et Fabriès-Lecéa E., « Les défis pratiques à relever pour une mise en œuvre effective du règlement insolvabilité », BJE mars 2018, n° 115q5.

Avant-propos : la nécessité d'adapter le droit français au règlement révisé par ordonnance 115q4

Anaïs TABELING

Magistrate à la direction des Affaires civiles et du Sceau

À l'adage « nécessité fait loi », les contrôleurs de l'action législative, au niveau national¹ comme au niveau européen², répondent : « pas de nécessité, pas de loi ». Quel état de nécessité législatif peut donc justifier une ordonnance relative à un règlement européen, obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout État membre ? Et si cette nécessité n'est pas démontrée, quelle peut être la légitimité d'une telle ordonnance ? Outre la problématique de l'articulation entre droit européen et droit national, il apparaît peu naturel que ce règlement de droit international privé, créateur de mécanismes destinés à améliorer le traitement des procédures d'insolvabilité transfrontières, induise des modifications du droit matériel des États membres. Le règlement n° 1346/2000 du 29 mai 2000, relatif aux procédures d'insolvabilité, que le règlement n° 2015/848 du 20 mai a révisé, n'avait d'ailleurs fait l'objet d'aucune adaptation législative en France : seule une circulaire³ avait précisé les modalités de son application.

Le règlement révisé présente néanmoins la particularité de renvoyer à de nombreuses reprises au droit national le soin de préciser ses dispositions. Pas moins de vingt-deux renvois ont ainsi été relevés⁴. À titre d'illustration, l'article 36 du règlement, qui permet d'écarter l'ouverture d'une procédure secondaire moyennant un engagement du praticien de l'insolvabilité envers les créanciers locaux, demande aux États membres d'appliquer leur procédure nationale destinée à l'adoption des plans de restructuration à la procédure d'adoption de l'engagement. Les considérants comprennent également de tels renvois, tel le considérant 44 qui précise au sujet de l'engagement du praticien que « si différentes procédures sont prévues pour l'adoption de plans de restructuration par le droit national », les États membres doivent désigner

« la procédure spécifique qui devrait être pertinente dans ce contexte ».

Ces renvois ne sont pas dus à une abdication du législateur européen qui, éprouvé par d'âpres négociations à vingt-huit⁵, céderait devant la résistance des États membres et des Parlementaires européens à lui accorder davantage de souveraineté. Ils sont tout simplement cohérents avec la nature de droit international privé de ce règlement dont la base juridique est fondée sur l'article 81 du TFUE relatif à la coopération judiciaire dans les matières civiles et respectueux du principe de subsidiarité⁶. Il revenait donc au législateur national d'adopter des dispositions pour satisfaire aux exigences du règlement.

Par-delà ces renvois exprès, l'intervention du législateur national dans la mise en œuvre du règlement relève d'un devoir découlant de l'obligation de coopération loyale réciproque⁷ qui impose à tout État membre de l'Union européenne d'assurer l'effet utile du droit européen comme sa primauté. À cet effet, le législateur français a souhaité garantir la pleine efficacité des dispositions du règlement dans le respect des équilibres du droit national, par des dispositions d'ordre procédural. Ces précisions s'inscrivent dans le principe d'autonomie procédurale des États membres consacré par les arrêts de la CJCE *Rewe-Handelsgesellschaft Nord* et *Rewe Market Streffen*⁸ du 7 juillet 1981 et de la CJUE *Byankov*⁹ du 4 octobre 2012 dont s'inspire le considérant 74 du règlement : « Afin de tenir compte des particularités procédurales des systèmes judiciaires de certains États membres, il convient de prévoir la souplesse nécessaire concernant certaines règles prévues par le présent règlement ».

1 Secrétariat général du gouvernement, *Guide de légistique*, 3^e éd., 2017, La documentation française, et sur www.legifrance.gouv.fr ; Circ. du 17 févr. 2011, relative à la simplification des normes concernant les entreprises et les collectivités territoriales, JO n° 41 du 18 févr. 2011.

2 Programme de la Commission européenne « Mieux légiférer ». Comm. n° 2015/215 de la Commission européenne, 19 mai 2015, « Améliorer la réglementation pour obtenir de meilleurs résultats : un enjeu prioritaire pour l'UE ».

3 Circ. 17 mars 2003, JO n° 174 30 juill. 2003, révisée par circ. 15 déc. 2006, CIV 19/06.

4 Rêgl. n° 2015/848, art. 6.2, 7, 21.3, 35, 37, 1b, 38, 40 à 43, 45.2, 47.1, 51, 55.6, 56 à 58, 60.2, 64.3, 70.2, 71.1 et 77.5

5 Legal H., « Simplification et qualité du droit de l'Union européenne », in Conseil d'État, *Simplification et qualité du droit*, 2016, Étude annuelle.

6 TUE, art. 5.

7 Traité de l'Union européenne (TUE), art. 4.3 : « En vertu du principe de coopération loyale, l'Union et les États membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités ».

Les États membres prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union.

Les États membres facilitent l'accomplissement par l'Union de sa mission et s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union ».

8 CJCE, 7 juill. 1981, n° C-158/80, *Rewe-Handelsgesellschaft Nord mbH* et *Rewe-Markt Streffen* c/ *Hauptzollamt Kiel*.

9 CJUE, 4 oct. 2012, n° C-249/11, *Byankov*.

Ces dispositions de nature procédurale concernent d'une part, la désignation du tribunal national territorialement compétent et du juge matériellement compétent, d'autre part, certaines règles de procédure, telles les voies de recours, les autorisations données aux praticiens de l'insolvabilité ou la mise en œuvre du principe du contradictoire. Ces précisions s'imposent tout particulièrement pour les mesures relatives aux licenciements intervenant dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité ouverte sur le territoire d'un autre État membre que l'État d'ouverture (art. 13.2), à l'engagement du praticien de l'insolvabilité de la procédure principale (art. 36) et à la procédure de coordination collective (art. 61 et s.), trois dispositifs qui présentent la particularité d'être mis en œuvre sur le territoire français sans qu'une procédure d'insolvabilité n'y soit ouverte.

Certaines adaptations du droit national vont au-delà du devoir de coopération loyale. Celles-ci relèvent du choix du législateur¹⁰ de rendre l'application des mécanismes du texte européen, par les tribunaux et les professionnels, plus facile, plus fluide, plus efficace, mais aussi plus fréquente. Selon la Commission européenne¹¹, chaque année, en Europe, 50 000 faillites d'entreprises relèveraient de dossiers d'insolvabilité transfrontières. Selon les estimations empiriques données par les praticiens (en l'absence pour l'instant de statistiques officielles sur ce point), il y aurait environ cinq à dix procédures principales et secondaires ouvertes par an en France. La distorsion entre ces chiffres révèle une sous-application du règlement, que sa méconnaissance et sa complexité peuvent pour partie expliquer. La création d'un nouveau titre dans le livre VI du Code de commerce comme des dispositions d'adaptation claires doivent inciter les professionnels à se saisir pleinement des outils que l'instrument européen met à leur disposition. Les règles ainsi établies ont vocation à limiter les sources de contentieux, les délais comme les causes d'engagement de la responsabilité des professionnels. À cet effet, a notamment été détaillée la mesure permettant au praticien de l'insolvabilité de la procédure principale de proposer un plan de restructuration dans la procédure secondaire

(art. 47 ; C. com., art. L. 692-5), comme les modalités de suspension de la réalisation des actifs dans la procédure secondaire (art. 46 ; C. com., art. L. 692-4) ou encore les dispositions relatives à l'obligation de communication et de coopération entre les praticiens de l'insolvabilité et entre les tribunaux (art. 41 à 43 et 56 à 58 ; C. com., art. L. 695-1 et s.). Ce même souci d'efficacité a conduit à la clarification de la compétence des tribunaux de commerce spécialement désignés (dits TCS) en matière de dossiers « européens », à l'article L. 721-8 du Code de commerce.

La France n'est pas le seul État membre à s'être soucie de faciliter l'application du règlement en droit interne. L'Allemagne¹², les Pays-Bas¹³ et la Belgique¹⁴, notamment, ont pris de telles dispositions. Le législateur allemand a particulièrement légiféré sur la compétence territoriale et le dispositif de l'engagement, sur les modalités de consultation des assemblées de créanciers et l'intervention judiciaire. La loi belge, moins diserte sur le dispositif d'engagement, comprend des dispositions sur l'ouverture des procédures secondaires, les modalités d'intervention du praticien de l'insolvabilité et la communication et la coopération entre les juges.

Au-delà de la nécessité, l'ordonnance du 2 novembre 2017 révèle la volonté d'assurer l'application effective et la réception positive du droit européen par les tribunaux, les professionnels et les justiciables nationaux. À ce titre, ce projet s'inscrit pleinement dans les objectifs à valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi¹⁵. Adapter le droit européen, c'est veiller à ce qu'il représente un progrès effectif, sensible et apparent, pour les citoyens et les entreprises de l'Union européenne. Telle est la double et réciproque nécessité du projet européen que le droit de l'insolvabilité vient aujourd'hui enrichir.

10 Rapp. au président de la République de l'ord. n° 2017-1519, 2 nov. 2017 : JO, 3 nov. 2017.

11 Commission européenne, Explanatory memorandum, Prop. dir. n° 2016/0369, 22 nov. 2016.

12 L. 5 juin 2017, zur Durchführung der Verordnung (EU) 2015/848 über Insolvenzverfahren.

13 L. 13 déc. 2017, houdende uitvoering van de Verordening (EU) 2015/848 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures.

14 L. 11 août 2017 portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique.

15 Cons. const., 16 déc. 1999, n° 99-421 DC.

La compétence pour l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité : le choix des TCS ^{115u2}

Jocelyne VALLANSAN

Conseiller en service extraordinaire à la Cour de cassation

Membre du CRDP Unicaen

Le TCS n'est pas systématiquement compétent pour ouvrir des procédures européennes d'insolvabilité.

L'article 3 du règlement n° 2015/848 (ci-après REI) attribue compétence aux juridictions de l'État membre sur le territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur (dit le COMI, de la traduction anglaise *center of main interests*), ou d'un établissement pour l'ouverture d'une procédure secondaire ou territoriale. En écho au texte européen, l'article L. 690-1 nouveau du Code de commerce dispose que le tribunal saisi d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité européenne à l'égard d'un débiteur peut ouvrir, selon le cas, une procédure d'insolvabilité principale ou une procédure d'insolvabilité secondaire ou territoriale. La question est immédiate : quel tribunal, en France, est compétent pour ouvrir ces types de procédures ?

La réponse ne peut être apportée par le nouveau titre IX du livre VI du Code de commerce dont aucune disposition ne contient de précision sur la juridiction compétente pour connaître en France des procédures européennes d'insolvabilité (sauf en cas d'absence d'ouverture d'une procédure – v. *infra*). En revanche, l'ordonnance n° 2017-1519 a également modifié le 2° de l'article L. 721-8 du Code de commerce, qui avait été introduit par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances (dite loi *Macron*) dans la partie réservée à l'organisation et la compétence des tribunaux de commerce, et qui a créé les tribunaux de commerce spécialisés (désignés TCS), dont on sait qu'ils sont réservés aux procédures collectives des « grandes entreprises »¹.

Le 2° de ce texte donne expressément compétence aux TCS pour connaître des procédures européennes d'insolvabilité (I). Ce principe a toutefois ses limites (II). Une troisième partie sera réservée à la compétence territoriale, elle-même précisée dans l'article précité (III).

I. Le principe de la compétence du TCS

Dès son introduction par la loi *Macron* dans le Code de commerce, le principe de compétence des TCS pour

connaître des procédures d'insolvabilité du règlement a été posé (2°) : « Les TCS connaissent des procédures pour l'ouverture desquelles la compétence internationale du tribunal est déterminée en application des actes pris par l'Union européenne relatifs aux procédures d'insolvabilité ». Cette règle générale pouvait s'entendre de toute situation qui conduisait, en application du règlement européen (n° 1346/2000/CE puis n° 848/2015/UE) à la désignation d'une juridiction française pour ouvrir une procédure européenne, que ce soit une procédure principale ou une procédure secondaire (ou territoriale). Par la modification du texte, l'ordonnance commentée prévoit les trois situations qui sont susceptibles de rendre les juridictions internes compétentes. Ainsi, le TCS est-il compétent pour connaître de la procédure principale, de la procédure secondaire ou territoriale. Selon le même texte, le TCS connaît également des instances « introduites en application de la section II du chapitre II du titre IX du livre VI ». Il s'agit d'une part de l'ordonnance rendue par le président de la juridiction, statuant sur la requête qui lui est adressée par le praticien de l'insolvabilité, afin qu'il vérifie les conditions d'approbation par les créanciers de son engagement de ne pas ouvrir une procédure secondaire en respectant les droits de ces derniers. Un tel engagement résulte de l'article 36 du REI et la procédure est précisée à l'article L. 692-8, I nouveau du Code de commerce, l'engagement ne pouvant être exécuté qu'au visa de cette ordonnance. Il s'agit aussi du jugement qui statue sur les demandes des créanciers locaux tendant à ce que soient prises des mesures provisoires ou conservatoires en vue d'assurer le respect des termes de l'engagement par le praticien de l'insolvabilité (C. com., art. L. 692-9). Il s'agit enfin de l'application de l'article 13, § 2, du REI 2015/848/UE (C. com., art. L. 692-10). Le TCS est compétent pour approuver la résiliation ou la modification des contrats de travail, lorsque aucune procédure d'insolvabilité n'a été ouverte.

Le TCS est donc la juridiction naturelle pour connaître des procédures tirées du REI 2015/848. L'article L. 721-8 et l'ordonnance 2017-1519 laissent toutefois place à la compétence d'autres juridictions.

¹ Circulaire du 27 juill. 2016 relative à la compétence particulière de certains tribunaux de commerce : BOMJ n° 2016-08, 31 août 2016 – Vallens J.-L., « Création des tribunaux de commerce spécialisés : aspects de procédure » : RTD com. 2015, p. 593.

II. Les limites de la compétence du TCS

De manière plus ou moins explicite, les dispositions de l'article L. 721-8 posent les limites de la compétence du TCS pour connaître des procédures européennes d'insolvabilité : par la nature de l'activité (A) et par la nature de l'élément d'extranéité (B).

A. La limite par la nature de l'activité

Si le principe de compétence est érigé pour les procédures d'insolvabilité ouvertes à l'égard des « débiteurs », il ne faut pas oublier que les TCS sont des tribunaux de commerce et qu'ils ne sont compétents que pour les procédures collectives des entreprises commerciales, plus précisément des débiteurs dont l'activité est commerciale ou artisanale (C. com., art. L. 721-8, al. 1^{er}). Sont exclues de la compétence des TCS les procédures ouvertes pour les entreprises agricoles, libérales et, plus généralement civiles (immobilière par exemple)². La compétence du TCS pour les procédures d'insolvabilité régies par le REI s'inscrivant dans le principe de compétence générale de ces tribunaux, ce sera le tribunal de grande instance qui sera compétent pour ouvrir une procédure principale, secondaire ou territoriale d'une entreprise civile.

L'ordonnance commentée désigne d'ailleurs précisément les tribunaux de grande instance pour les instances introduites lorsqu'aucune procédure collective n'a été ouverte : l'article L. 692-8-1 (préc.) donne compétence au président du « tribunal de commerce spécialement désigné ou du tribunal de grande instance compétent ». De même l'article L. 692-10, I (compétence pour approuver les résiliation ou modification des contrats de travail) renvoie à l'article L. 721-8 si le débiteur exerce une activité commerciale ou artisanale et réserve la compétence du tribunal de grande instance dans les autres cas.

Cette dernière disposition, rapprochée du premier alinéa de l'article L. 721-8 soulèvera une question pour les sociétés commerciales à activité civile : à s'en tenir à ce texte, la répartition des compétences entre TCS et tribunal de grande instance dépend de l'activité économique du débiteur et non de sa qualité de commerçant (ou artisan) : soit l'activité est commerciale ou artisanale et le TCS est compétent ; soit elle est d'une autre nature et le TGI est compétent. Quelle sera la compétence lorsque le débiteur sera une société commerciale par la forme (société commerciale agricole par exemple) ? Quel sera le tribunal compétent si le débiteur est immatriculé au registre du commerce ? La

Cour de cassation appliquera-t-elle à la compétence européenne la jurisprudence tirant les conséquences de la présomption de commercialité des débiteurs immatriculés au registre du commerce et des sociétés³ ? Selon la réponse, on pourra alors hésiter entre le tribunal de commerce (société commerciale par la forme ou débiteur présumé commerçant) ou le tribunal de grande instance (activité non commerciale). Paradoxalement, le TGI qu'il est question d'écarter des procédures collectives verrait alors sa compétence élargie.

B. La limite par la nature de l'élément d'extranéité

Selon le considérant 8 du REI 2015/848/UE, le texte a pour objectif d'améliorer et d'accélérer les procédures d'insolvabilité ayant des effets transfrontaliers. Si toute la doctrine ne s'accorde pas sur l'étendue des effets qui subordonnent l'application du droit européen (les plus extensifs suggérant l'application du RIE dès qu'apparaît un élément quelconque d'extranéité : présence dans un autre État d'un établissement, d'un actif, du domicile de créanciers ou d'un débiteur (du débiteur)⁴, tous s'accordent à ce que la procédure ne soit pas purement interne dès que le débiteur a des actifs situés dans un autre État membre⁵.

Or, s'agissant de l'ouverture d'une procédure principale en France, l'article L. 721-8, dans sa nouvelle rédaction issue de l'ordonnance 2017-1519, précise que si le COMI se trouve en France, le TCS est compétent pour connaître de la procédure principale à l'égard d'un débiteur qui possède un établissement sur le territoire d'un autre État membre. Il résulte de cette rédaction que si une procédure européenne doit être ouverte lorsqu'un élément d'extranéité apparaît, le TCS ne sera pour autant compétent que si cet élément d'extranéité est un établissement. Si l'élément d'extranéité est autre (actif, créancier, débiteur du débiteur), le tribunal de commerce ordinaire restera compétent pour ouvrir une procédure qui sera malgré tout (selon l'acception qui en sera retenue par le droit positif) une procédure européenne d'insolvabilité (avec son effet universel). C'est sans doute le premier intérêt de cette

² Vallansan J., « La compétence des tribunaux de commerce spécialisés dans le cadre des groupes de sociétés », *Rev. proc. coll.* 2016, étude 22.

³ Sur un agriculteur inscrit au registre du commerce et des sociétés : Cass. com., 27 sept. 2016, n° 14-11964 : *Bull. civ.* IV, n° 1 ; *BJE* janv. 2017, n° 114b2, p. 20, note Vincent C. ; *LEDEN* oct. 2016, n° 141, p. 2, obs. Rubellin P. ; *Gaz. Pal.* 10 janv. 2017, n° 283b8, p. 56, note Reille F. ; *Act. proc. coll.* 2016, n° 255, obs. Petit F. – Sur un loueur de fonds de commerce non radié : Cass. com., 17 févr. 2015, n° 13-27508.

⁴ Cuniberti G., Nabet P. et Raimon M., *Droit européen de l'insolvabilité*, 2017, LGDJ, n° 47 et s. (par Nabet P.).

⁵ V. les développements et la doctrine citées par Monsérié-Bon M.-H., *JCl. Procédures collectives*, fasc. 3125 – droit communautaire Compétence et effets des jugements, n° 3. – V. aussi les observations récentes de Cagnoli P. et Adda J.-L., « Le renouveau des juridictions », colloque Caen juin 2017, *Rev. proc. coll.* 2017, dossier 2.

restriction : ne pas vider les petits tribunaux de toute leur compétence.

L'ouverture en France d'une procédure secondaire ou territoriale soulève moins de difficulté, puisqu'elle est conditionnée par l'existence d'un établissement sur le territoire français (REI, art. 3 § 2 – C. com., art. L. 692-1). Il en résulte naturellement que le TCS est toujours compétent pour connaître de l'ouverture de la procédure secondaire (ou territoriale). Quant aux décisions qui entrent dans le cadre de la section II du chapitre II du titre IX du livre VI de Code de commerce – articles L. 692-7 à L. 692-11 – (v. *supra*) elles supposent qu'une procédure secondaire n'est pas ouverte alors qu'elle aurait pu l'être. C'est donc le TCS qui est également compétent, tribunal du ressort de l'établissement.

L'étude de la compétence d'attribution pour connaître des procédures européennes d'insolvabilité conduit donc, selon les situations, à utiliser toute la palette des juridictions compétentes pour connaître des procédures collectives (d'insolvabilité), ce qui ne va pas aller sans difficulté lorsque chacune devra vérifier sa compétence. La détermination de la compétence territoriale est beaucoup plus unifiée.

III. Compétence territoriale

A. Principe

La compétence territoriale du TCS est précisée à l'alinéa 11 de l'article L. 721-8 précité. Il s'agit du tribunal (TCS) dans le ressort duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur. Le critère de compétence territoriale est donc déterminé par référence au COMI, critère européen (règlement, art. 3, § 1 : lieu où le défendeur gère habituellement ses intérêts, vérifiable par les tiers) et non en référence à l'article R. 600-1 du Code de commerce (ressort du siège social pour la personne morale ou, pour la personne physique, l'adresse de son entreprise ou de son activité).

Si la compétence territoriale est réservée aux TCS, en réalité, la supériorité du droit européen doit conduire le tribunal matériellement compétent, quel qu'il soit à vérifier sa compétence territoriale par référence au COMI⁶.

6 V. Cass. com., 7 févr. 2018, n° 17-10056, PB.

Ensuite, le TCS compétent pour connaître de la procédure secondaire ou territoriale est celui dans le ressort duquel est situé un établissement du débiteur. Pour déterminer l'établissement, le texte français renvoie au point 10 de l'article 2 du règlement (qui définit l'établissement). Ici encore, il faut comparer avec l'article R. 600-1 qui, à défaut de siège en territoire français, donne compétence au tribunal dans le ressort duquel le débiteur a le centre principal de ses intérêts en France. La référence à l'établissement est d'ailleurs expressément précisée aux articles L. 692-8.-I. et L. 692-10 précités.

B. Application en France du principe de compétence territoriale : dernières questions

Comme pour la compétence d'attribution, la question se posera lorsque la compétence territoriale selon le REI donnera naissance à un risque de conflit d'intérêts. L'article L. 662-2 du Code de commerce, qui permet le renvoi par la cour d'appel ou la Cour de cassation devant une autre juridiction, y compris un TCS « lorsque les intérêts en présence le justifient », reste-t-il applicable lorsque la compétence résulte d'une règle supra nationale ? La même question doit se poser pour l'application de ce qu'on nomme le privilège de juridiction, en application de l'article 47 du Code de procédure civile qui permet aux auxiliaires de justice de demander le renvoi devant une juridiction située dans un ressort limitrophe à celui dans lequel ils exercent leur profession. Il est jugé que les dispositions de l'article R. 600-1, alinéa 1^{er}, du Code de commerce ne dérogent pas aux dispositions de cet article⁷. Qu'en est-il des dispositions du REI, qui sont de rang supérieur au droit interne ?

Si les règles de compétence pour l'application du REI 2015/848/UE n'ont pas été oubliées par l'ordonnance 2017/1519, les dispositions spécialement introduites dans le Code de commerce n'ont pas levé toutes les difficultés d'application, ce qui risque de les rendre peu lisibles pour les praticiens de l'insolvabilité et les créanciers qui voudraient saisir une juridiction française.

7 Cass. com., 28 oct. 2008, n° 07-20801 : Bull. civ. IV, n° 17.

La compétence pour l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité : l'obligation de vérification de la compétence juridictionnelle 115q2

Cécile LISANTI

Professeur à l'université de Montpellier

Ayant pour ambition d'améliorer les insuffisances du règlement n° 1346/2000, notamment en renforçant la lutte contre le *forum shopping*, le règlement *Insolvabilité bis* procède à une adaptation opportune des solutions antérieures, spécialement au travers de ses articles 3 et 4. S'agissant de l'article 4, il crée à la charge du premier juge saisi d'une demande d'ouverture l'obligation de vérifier sa compétence internationale. La consécration d'une telle obligation pour les juridictions pose la question de son articulation avec les dispositions de l'ordonnance n° 2017-1519 du 2 novembre 2017. Il semble en effet particulièrement riche de mettre en perspective la consécration de l'obligation de vérification de compétence juridictionnelle internationale avec les dispositions de l'article L. 721-8 du Code de commerce, qui dans sa rédaction nouvelle écarte la compétence systématique des tribunaux de commerce spécialisés (TCS) en matière de procédures transfrontalières.

1. L'un des objectifs du règlement *Insolvabilité bis* (ci-après REI) est de renforcer la lutte contre le *forum shopping*. À cette fin, l'article 4 du REI consacre, à la charge de la juridiction saisie, une obligation de vérification de sa propre compétence.

2. L'intérêt de cette disposition ne peut être mesuré qu'à l'aune de l'évolution du droit européen de l'insolvabilité. L'adoption du règlement n° 1346/2000 a constitué une étape essentielle dans la construction du droit européen des procédures d'insolvabilité¹. En effet, en énonçant des règles de conflits communes, tant pour les conflits de juridictions que pour les conflits de lois, ce règlement a jeté les bases d'un droit international privé européen de la faillite. S'agissant particulièrement des conflits de juridictions, la consécration d'un principe de reconnaissance mutuelle des jugements est une avancée fondamentale. Selon ce principe, toute décision d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité prise par une juridiction de l'UE compétente en application du règlement, doit être reconnue dans tous les autres États. De ce principe, qui repose plus largement sur le principe de confiance mutuelle entre les États membres, il résulte que la compétence de la juridiction ayant ouvert la première une procédure d'insolvabilité ne peut plus être contrôlée par les juridictions des autres États membres. En dépit de l'efficacité du principe de reconnaissance mutuelle, l'on mesure le risque de *forum shopping* inhérent à un tel système. De surcroît, le principe posé dans le règlement pour la loi applicable étant celui de la *lex concursus*, c'est-à-dire la compétence de la loi du for,

le *forum shopping* constitue un moyen d'accéder plus largement à un véritable *law shopping*.

Ayant pour ambition d'améliorer les insuffisances du règlement n° 1346/2000, notamment en renforçant la lutte contre le *forum shopping*, le règlement *Insolvabilité bis* procède à une adaptation opportune des solutions antérieures, spécialement au travers de ses articles 3 et 4. L'article 3 réaffirme le principe selon lequel la procédure principale d'insolvabilité, à effet universel, s'ouvre au lieu du centre des intérêts principaux du débiteur (CIP)² et précise la notion de CIP, véritable clé de voûte du dispositif³. S'agissant de l'article 4, il crée à la charge du premier juge saisi d'une demande d'ouverture⁴ l'obligation de vérifier sa compétence internationale.

3. L'analyse de la teneur de cette obligation pour les juridictions pose la question de son articulation avec les dispositions de l'ordonnance n° 2017-1519 du 2 novembre 2017. Il semble alors intéressant de mettre en perspective la consécration de l'obligation de vérification de compétence juridictionnelle internationale (I) avec les dispositions de l'article L. 721-8 du Code de commerce. En effet, ce texte, dans sa rédaction nouvelle, écarte la compétence systématique des tribunaux de commerce spécialisés (TCS) en matière de procédures transfrontalières. Une forme

1 Sur la genèse : Lisanti C., « Genèse et réforme du droit international privé européen des procédures d'insolvabilité », in Cotiga-Racah A. et Sauton-Laguionie L. (dir.), *Le droit européen des faillites internationales*, 2018, Bruylant, p. 33 et s.

2 Pour un commentaire de cet article : Fabries-Lecea M.-E., « Commentaire de l'article 3 », in Sauton-Laguionie L. (dir.), *Règlement (UE) n° 2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité. Commentaire article par article*, 2016, Société de législation comparée, p. 58 et s.

3 Sur ce point, *ibid.*

4 Lorsqu'une procédure d'insolvabilité est ouverte sans l'intervention d'une juridiction, cette obligation est mise à la charge du praticien de l'insolvabilité désigné (art. 4, § 2). Cette disposition ne concerne pas la France car les procédures non judiciaires françaises ne figurent pas à l'annexe A et ne sont donc pas dans le domaine du nouveau règlement.

de concurrence de compétence entre les TCS et les tribunaux de commerce ordinaires (TCO) est donc instituée pour les procédures transfrontalières. Cette évolution du droit interne invite à prendre toute la mesure de l'impact de l'obligation de vérification de compétence résultant de l'article 4 du règlement à l'égard des juridictions internes (II).

I. La consécration d'une obligation de vérification de la compétence juridictionnelle internationale

4. Constituant un outil destiné à lutter contre le *forum shopping*, l'article 4 du REI innove en consacrant une obligation qui n'était pas exprimée dans le règlement n° 1346/2000. Son paragraphe 1^{er} dispose : « La juridiction saisie d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité examine d'office si elle est compétente en vertu de l'article 3. Dans sa décision d'ouverture de la procédure d'insolvabilité, la juridiction indique les fondements de sa compétence, et précise notamment si sa compétence est fondée sur le paragraphe 1 ou 2 de l'article 3 ».

5. Par là, le REI s'inspire très directement de la solution retenue par l'arrêt *Eurofood*⁵, dans lequel la Cour de justice avait reconnu, au nom du principe de confiance mutuelle, l'existence d'une obligation pour la juridiction saisie de vérifier d'office sa propre compétence. L'apport du REI reste pour autant bien réel : la Commission européenne avait en effet pu faire observer que cette vérification de compétence exigée par la jurisprudence n'était pas véritablement opérée en pratique. La consécration textuelle de l'obligation de vérification de compétence constitue indiscutablement une meilleure garantie de l'effectivité du contrôle.

En effet, il faut bien comprendre qu'une telle obligation va au-delà du mécanisme classique de l'exception d'incompétence, qui permet, voire oblige le juge à décliner sa compétence. Contrairement à l'exception d'incompétence, en présence d'un élément d'extranéité, la juridiction est toujours tenue d'examiner sa compétence : la vérification doit donc être systématique. Dans ses effets, le mécanisme se distingue également de l'exception d'incompétence puisque le juge peut certes décliner sa compétence, mais également la retenir.

6. Pour exercer ce contrôle, l'article 4, § 1, impose non seulement à la juridiction saisie de vérifier d'office sa propre compétence, mais également de motiver, le cas échéant, le chef de compétence retenu.

S'agissant d'une part de l'examen d'office de sa compétence, la juridiction doit vérifier si le centre des intérêts principaux du débiteur⁶ ou bien son établissement⁷ se situe sur son territoire. Le considérant 31 du règlement éclaire la question de la preuve de la localisation et précise notamment que la juridiction, en cas de doute sur sa compétence, doit exiger du débiteur un complément de preuve. Plus largement, l'on comprend que la charge probatoire de la localisation du CIP ou de l'établissement incombe au débiteur, avec possibilité pour les créanciers, si le droit interne le permet, de contester cette localisation⁸.

S'agissant d'autre part de la motivation du chef de compétence, l'article 4, § 1 *in fine* renvoie à l'article 3. Cela signifie que dans la décision d'ouverture de la procédure d'insolvabilité, et plus précisément dans son dispositif, la juridiction doit préciser si elle se reconnaît compétente pour ouvrir une procédure principale en raison de la localisation du CIP sur son territoire (art. 3, § 1) ou pour une procédure secondaire en raison de la localisation d'un établissement sur son territoire (art. 3, § 2). Sur ce point, l'on doit relever que telle aurait dû être la pratique des juridictions de certains États membres, et spécialement celle des juridictions françaises⁹. Les différences de régime relatives à ces deux types de procédures expliquent cette obligation. Il serait néanmoins réducteur de considérer que l'exécution de cette obligation se limite à mentionner dans le jugement si la procédure ouverte est une procédure principale ou secondaire ; le jugement d'ouverture doit faire part des éléments qui permettent à la juridiction de retenir sa compétence. Cette obligation de motivation se justifie plus en encore au regard de l'article 5 du REI qui organise un contrôle juridictionnel de l'ouverture d'une procédure principale, et ce au bénéfice du débiteur comme des créanciers. L'obligation de motiver l'ouverture de la procédure en justifiant du chef de compétence retenu devrait être de nature à faciliter les modalités de ce contrôle¹⁰.

7. Dans sa mise en œuvre, l'obligation de vérification de compétence laisse place à deux situations¹¹. Dans une première série d'hypothèses, la juridiction ne reconnaîtra pas sa compétence car elle jugera que le

6 Pour une procédure principale.

7 Pour une procédure secondaire ou territoriale.

8 En ce sens : Maréchal C., « Commentaire de l'article 3 », in *Règlement (UE) n° 2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité. Commentaire article par article*, op. cit., p. 70 et s.

9 La circulaire n° 2006-19 du 15 décembre 2006 prise pour l'application du règlement n° 1346/2000 énonce dans son article 1.2.4 qu'« il est important que le tribunal énonce dans le jugement le critère de compétence territoriale retenu (...) ».

10 Cuniberti G., Nabet P. et Raimon M., *Droit européen de l'insolvabilité*, 2017, LGDJ, Droit des affaires, n° 205.

11 Ce qui la distingue de ce qui serait une simple obligation de soulever d'office sa compétence, sur ce point, v. *infra* n° 5.

5 CJCE, 2 mai 2006, n° C-341/04.

débiteur ne justifie ni d'un CIP, ni d'un établissement sur son territoire. Dans ce cas, la juridiction refusera d'ouvrir la procédure. Dans une seconde série d'hypothèses, la juridiction saisie reconnaîtra sa compétence et ouvrira alors une procédure principale ou secondaire.

8. C'est précisément cette dernière situation qui mérite d'être confrontée aux dispositions nouvelles résultant de l'ordonnance du 2 novembre 2017 et qui soulève la question de l'impact de l'obligation de vérification de compétence en droit interne.

II. L'impact de l'obligation de vérification de la compétence juridictionnelle internationale

9. Du point de vue de la détermination de la compétence internationale, il est désormais clairement consacré à l'article 4 du REI que la juridiction saisie doit, en présence d'un élément d'extranéité, s'interroger, motiver et statuer sur sa compétence. Ce contrôle va-t-il au-delà de la question de la compétence internationale générale ? Dit autrement, ce contrôle peut-il, voire doit-il, être étendu à la compétence spéciale au sein des juridictions françaises ?

10. La question pourrait surprendre. Car de prime abord, une réponse négative semble s'imposer. En effet, c'est en principe au regard des règles internes de compétence que les questions de compétence spéciale, territoriale ou matérielle, doivent être réglées ; cette solution classique en droit international privé semble d'ailleurs exprimée au considérant 26 du REI, lequel énonce que « les règles de compétence contenues dans le présent règlement ne fixent que la compétence internationale, c'est-à-dire qu'elles désignent l'État membre dont les juridictions peuvent ouvrir une procédure d'insolvabilité. La compétence territoriale au sein de cet État membre devrait être déterminée par le droit national de l'État concerné ».

En dépit de cette affirmation, il semble que ce principe puisse être quelque peu nuancé s'agissant de l'obligation de vérification de compétence et de la rédaction nouvelle de l'article L. 721-8 du Code de commerce résultant de l'ordonnance du 2 novembre 2017.

11. S'agissant de la compétence territoriale spéciale des TCS, en d'autres termes pour la détermination sur le territoire français du TCS territorialement compétent, l'article L. 721-8 du Code de commerce apporte une réponse claire. De manière opportune et prévisible, ce sont les critères du règlement qui sont repris. Ainsi, pour une procédure principale, est compétent le TCS dans le ressort duquel est situé le CIP et pour une procédure secondaire ou territoriale, celui dans le ressort duquel est situé l'établissement. En présence

d'un élément d'extranéité, le TCS saisi sera tenu de vérifier sa compétence internationale en application de l'article 4 du REI. Pour ce faire, parce qu'il doit justifier de l'existence du CIP ou d'un établissement du débiteur en France, il sera en mesure d'apprécier si ces éléments sont situés dans son ressort. Au final, l'obligation de vérification de sa compétence internationale l'invite à se prononcer sur sa compétence territoriale spéciale.

12. La question paraît plus délicate s'agissant de déterminer la compétence matérielle interne en application de l'article L. 721-8, 2° et 3°, et donc pour savoir si la compétence revient au TCS ou à un TCO¹². Pour comprendre, il faut rappeler que dans sa version initiale issue de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015, l'article L. 721-8 retenait le principe d'une compétence exclusive des TCS pour les procédures d'insolvabilité transfrontalières européennes. La rédaction résultant de l'ordonnance du 2 novembre 2017 retient une autre solution. En effet, seules relèvent de la compétence des TCS les procédures d'insolvabilité qui s'ouvrent soit contre un débiteur ayant un établissement sur le territoire d'un autre État membre et pour lequel une procédure principale est ouverte en France, soit qui s'ouvrent contre un débiteur ayant un établissement sur le sol français et pour lequel sera ouverte une procédure secondaire ou territoriale (C. com., art. L. 721-8, 2°)¹³.

13. Là encore, en présence d'une procédure présentant un élément d'extranéité, en application de l'article 4 du REI, la juridiction saisie, TCS ou TCO, a l'obligation de vérifier que le CIP ou l'établissement du débiteur est bien situé dans son ressort pour déterminer sa compétence juridictionnelle internationale. Si la compétence des juridictions françaises est retenue par le tribunal, reste alors la question de sa compétence matérielle interne au regard des nouveaux critères de compétence exprimés à l'article L. 721-8 du Code de commerce.

Au regard des règles de procédure internes, le tribunal est tenu de soulever d'office son incompétence si les règles n'ont pas été respectées : le TCS, comme le TCO, doivent donc se déclarer incompétents au motif que les conditions de l'article L. 721-8 ne sont pas remplies. Reste qu'en pratique, compte tenu de la complexité de la mise en œuvre de ces critères, cette incompétence risque de ne pas être soulevée par la juridiction qui ouvre la procédure. Il serait sans doute discutable de considérer que l'obligation de vérification résultant de l'article 4

12 Dans l'hypothèse où il s'agirait d'une procédure relevant des juridictions civiles, cette question ne se pose pas. Plus largement sur la compétence des juridictions civiles en matière de procédures transfrontalières, v. *supra*, Vallansan J., « La compétence pour l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité : le choix des TCS », BJE mars 2018, n° 115u2.

13 V. *supra*, art. Vallansan J., *préc.*

du REI s'étend aux règles de compétence d'attribution internes ; pourtant, imposer une obligation de vérification aux juridictions pour les procédures transfrontalières serait pour le moins utile. L'ordonnance étant silencieuse sur ce point, il paraît souhaitable que la loi

de ratification ou son décret d'application s'inspire des solutions européennes pour reprendre cette obligation de vérification, qui serait le gage d'une véritable cohérence avec le nouveau règlement.

L'articulation d'une procédure principale et d'une procédure secondaire : une nouvelle donne ^{115q3}

Jean-Luc VALLENS

Magistrat honoraire

Ancien professeur associé à l'université de Strasbourg

L'ordonnance du 2 novembre 2017 réglemente l'ouverture et le déroulement d'une procédure secondaire en précisant les conditions d'une suspension des opérations de la procédure et sa coordination avec la procédure principale.

La procédure secondaire instituée par le règlement CE n° 1346/2000 du 29 mai 2000 sur les procédures d'insolvabilité visait à établir un compromis entre la procédure collective à vocation universelle ouverte au centre des intérêts principaux d'un débiteur et le caractère territorial des mesures prises dans une procédure et à régler le sort des actifs situés sur le territoire de l'État ou le débiteur exploitait un établissement. Cela expliquait aussi le caractère liquidatif de la procédure et sa subordination aux objectifs de la procédure principale.

Le règlement révisé (UE) n° 2015/848 du 20 mai 2015 (ci-après REI) a modifié les éléments du problème : il a d'abord mis fin au caractère nécessairement liquidatif de la procédure secondaire ; il a permis ensuite au praticien désigné dans la procédure principale d'insolvabilité de s'opposer à l'ouverture d'une procédure secondaire qui serait demandée devant le tribunal de l'État où le débiteur exploitait un établissement, en s'engageant à assurer aux « créanciers locaux » un traitement équivalent à celui qu'ils auraient dans une telle procédure.

La France a adapté le Code de commerce aux principes établis par le règlement révisé : c'est l'objet de l'ordonnance n° 2017-1519 du 2 novembre 2017.

I. La demande d'ouverture d'une procédure de sauvegarde secondaire

L'ouverture d'une procédure secondaire peut être demandée par le praticien de l'insolvabilité de la procédure principale ou par toute personne ou autorité

habilitée à le faire par la loi de l'État membre sur le territoire duquel l'ouverture est demandée (REI, art. 37). Le législateur français a cependant pris en considération l'élargissement du champ d'application du règlement européen aux procédures collectives qui ne sont pas fondées sur l'insolvabilité telle qu'une procédure de sauvegarde. C'est pourquoi le praticien de l'insolvabilité de la procédure principale étrangère peut demander l'ouverture d'une procédure secondaire de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, excluant ainsi la possibilité pour lui de demander l'ouverture d'une procédure secondaire de sauvegarde, en réservant expressément ce droit au débiteur, indépendamment du dessaisissement dont il peut être frappé à l'étranger (C. com., art. L 692-2).

Cette limitation peut sembler restreindre les principes posés par le règlement européen. Mais la nature de la procédure de sauvegarde, dont l'ouverture dépend de l'initiative du seul débiteur justifiait d'écarter cette possibilité. De plus, la loi applicable à la procédure secondaire est celle de l'État membre où elle est ouverte (REI, art. 35), ce qui concerne les conditions d'ouverture, notamment l'absence de cessation des paiements, les pouvoirs du débiteur non dessaisi sur son patrimoine, la poursuite de droit de l'activité et sa responsabilité dans la présentation d'un plan de continuation, ainsi que l'application des règles de droit commun du Code du travail pour les licenciements des salariés.

Le praticien de l'insolvabilité de la procédure étrangère peut d'ailleurs demander l'ouverture d'une procédure secondaire (REI, art. 37), tandis que le choix de la pro-

cédure appropriée reste, en opportunité, entre les mains du tribunal compétent. Si le praticien étranger estime qu'une procédure de sauvegarde serait nécessaire pour atteindre les objectifs de la procédure dont il a la charge, il conserve la possibilité de demander au tribunal déjà saisi d'une demande de procédure de redressement ou de liquidation judiciaire la mise en œuvre d'une procédure de sauvegarde (REI, art. 38, 4) ou de proposer un plan de redressement dans la procédure secondaire ouverte, aux mêmes fins que celles qui seraient poursuivies dans une procédure de sauvegarde (REI, art. 47).

On ajoutera que l'initiative d'une demande de sauvegarde sans l'accord du débiteur condamnerait les chances de succès d'une telle procédure imposée, alors que le débiteur, par hypothèse, n'est pas en cessation des paiements. Cela méconnaîtrait sans conteste l'ordre public (REI, art. 33), qui englobe ici la liberté du commerce et de l'industrie : il s'imposait de sauvegarder la liberté du choix d'un débiteur de demander le bénéfice d'une procédure de sauvegarde.

II. L'appréciation de la cessation des paiements dans la procédure secondaire d'insolvabilité

L'ouverture d'une procédure principale d'insolvabilité permettait sous l'empire du règlement du 29 mai 2000 d'ouvrir une procédure secondaire sans que l'insolvabilité du débiteur soit examinée dans cet autre État (Règl. 29 mai 2000, art. 27)¹.

Le caractère impératif de cette règle avait été illustré par son application au cas où la procédure principale ouverte était une procédure de sauvegarde, excluant donc la cessation des paiements : le tribunal compétent pour ouvrir une procédure secondaire n'avait pas à examiner la situation financière du débiteur, comme l'avait précisé la Cour de justice de l'Union européenne. La coordination des procédures et la collaboration des tribunaux imposaient l'ouverture d'une procédure secondaire².

En élargissant le périmètre du règlement révisé aux procédures collectives qui ne sont pas fondées sur l'insolvabilité, le législateur européen a dû adapter la règle, en insérant la disposition suivante : « lorsque la procédure d'insolvabilité principale exigeait que le débiteur soit insolvable, l'insolvabilité de ce dernier n'est pas réexaminée dans l'État membre dans lequel la procédure d'insolvabilité secondaire peut être ouverte » (REI, art. 34).

A contrario cet examen redevient pertinent si la procédure principale a été ouverte sans condition d'insolvabilité, ce qui crée une difficulté particulière, vis-à-vis de la situation financière du débiteur.

C'est pourquoi l'ordonnance du 2 novembre 2017 prévoit que le tribunal ayant ouvert la procédure secondaire « fixe la date de cessation des paiements selon les conditions prévues à l'article L. 631-8 et au IV de l'article L. 641-1 » du Code de commerce (C. com., art. L. 692-1, al 2). Cela ne vise ainsi que l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire. La procédure secondaire de sauvegarde qui serait ouverte à la demande du débiteur (ou du praticien de l'insolvabilité étranger dans le cas où le tribunal se trouverait déjà saisi) ne donne pas lieu à la fixation d'une date de cessation des paiements en l'absence d'insolvabilité.

Il ne pouvait être envisagé de retenir la date de cessation des paiements fixée par la juridiction étrangère dans le cadre de la procédure principale d'insolvabilité déjà ouverte, sans risquer d'introduire une insécurité juridique majeure pour les créanciers : ceux-ci se trouvaient alors exposés à la remise en cause d'un acte ou d'un paiement intervenu bien avant l'ouverture de la procédure secondaire. Le délai séparant l'ouverture de la procédure principale de l'ouverture de la procédure secondaire aurait conduit à retenir une période suspecte d'une durée excessive. C'est en outre à la loi de l'État d'ouverture de déterminer les conditions d'ouverture et les règles relatives à la nullité des actes préjudiciables aux intérêts collectifs des créanciers (REI, art. 7 et 35).

La décision de la juridiction étrangère ne peut pour autant être ignorée, si le débiteur était considéré comme insolvable dans l'État sur le territoire duquel il a le centre de ses intérêts principaux, puisque la décision de la juridiction étrangère est reconnue, sauf atteinte manifeste à l'ordre public. Or la juridiction étrangère a fixé la date de l'insolvabilité du débiteur en fonction de la loi étrangère applicable et l'insolvabilité du débiteur est caractérisée au regard de l'ensemble de ses biens et de ses dettes à la date retenue par le juge étranger. L'appréciation de la situation financière du débiteur tient donc nécessairement compte de l'ensemble de ses actifs, qui répondent tous de ses dettes : le débiteur n'a qu'un passif, qui ne se limite pas aux seules dettes rattachées à l'établissement secondaire et tous les créanciers ont vocation à déclarer les créances dans cette procédure (REI, art. 45).

Il en résulte que la date de cessation des paiements fixée par la juridiction étrangère doit être prise en compte, mais dans les limites fixées par le Code de commerce et déterminée au maximum 18 mois avant le jugement d'ouverture de la procédure secondaire.

1 « Aussi lorsque la procédure principale a été ouverte, il ne peut plus être reproché au débiteur de ne pas avoir déclaré être en cessation des paiements devant une autre juridiction qui serait compétente pour ouvrir une procédure secondaire » (Cass. com., 7 févr. 2018, n° 17-10056 : D. 2018, p. 293).

2 CJUE, 22 nov. 2012, n° C 116/11, Christianopol c/ Handlowy Bank.

Demeure la question délicate de l'appréciation de la cessation des paiements d'un débiteur lorsque la procédure principale a été ouverte sans condition d'insolvabilité. Comment fixer la date de cessation des paiements pour l'établissement alors que la procédure principale étrangère est reconnue et que le patrimoine du débiteur (dettes et actifs) est unique ? Il faut ici faire prévaloir la finalité de la procédure secondaire sur la logique juridique, et examiner la situation de l'établissement de façon autonome, pour les besoins de la procédure principale dont elle est l'auxiliaire et assurer la protection des intérêts des créanciers locaux.

III. Le déroulement de la procédure secondaire

Seuls les actifs se trouvant sur le territoire de l'État membre où la procédure secondaire est ouverte sont concernés par celle-ci (REI, art. 3, 2 et 34). Cela équivaut à la constitution d'un patrimoine délimité soumis à ses effets et composé des seuls biens corporels et incorporels du débiteur rattachés à l'établissement ou situés sur le territoire de l'État d'ouverture. La juridiction de l'État qui ouvre une procédure secondaire a compétence pour définir les biens qui s'y rattachent, où qu'ils soient situés, en suivant l'interprétation souple de la Cour de justice (CJUE, 11 juin 2015, n° C 649/13, Nortel Networks). Le règlement révisé du 20 mai 2015 a ainsi défini les critères de rattachement à un État déterminé pour les actions, les instruments financiers inscrits dans des registres tenus par un intermédiaire, les espèces détenues sur un compte en banque et les autres biens et droits du débiteur inscrit sur des registres publics, ainsi que les brevets européens (REI, art. 2 § 9). Si toutes les hypothèses ne sont pas évoquées³, cette liste donne des indications suffisantes quant au rattachement des actifs concernés par la procédure secondaire. Celle-ci peut également produire ses effets sur des biens ou des droits qui pourraient être réclamés au titre d'une action en nullité pour des actifs transférés avant l'ouverture de la procédure secondaire vers un autre État membre, ou sur des actifs situés à l'étranger mais dépendant du patrimoine du débiteur et ayant un lien suffisant avec la procédure secondaire, ainsi que cela a été admis pour les créances salariales de la société Nortel (CJUE, 11 juin 2015, Nortel préc.).

Tous les créanciers du débiteur et non les seuls « créanciers locaux », au sens de la définition adoptée (REI, art. 2 § 11), sont néanmoins autorisés à déclarer leurs créances au passif de cette procédure (REI, art. 45),

compte tenu de l'unité du patrimoine et de l'absence de personnalité juridique distincte de l'établissement.

Par dérogation à l'application de principe de la loi de l'État où la procédure secondaire est ouverte, la réalisation des actifs dépendant de cette procédure peut être suspendue, à la demande du praticien de la procédure principale, dans des conditions précisées par le règlement européen : des mesures conservatoires peuvent être nécessaires et justifier la suspension des opérations de réalisation des actifs dans un temps limité (REI, art. 46).

Aussi le législateur français a-t-il défini les modalités d'une suspension des opérations de réalisation des actifs. Cette suspension peut être autorisée selon le cas par le juge-commissaire (vente des biens en liquidation judiciaire) ou par le tribunal de commerce (cession de l'entreprise au terme de la période d'observation ou en liquidation judiciaire). Il en va de même pour la prolongation ou la levée de la mesure de suspension, ces décisions étant susceptibles de recours (C. com., art. L. 692-4). De plus la réalisation des actifs est de droit suspendue pendant le délai laissé au praticien de l'insolvabilité de la procédure principale pour demander cette mesure de suspension (C. com., art. L. 692-4).

Le règlement européen précise ici que la demande de suspension ne peut être rejetée que si elle est manifestement sans intérêt pour les créanciers de la procédure principale (REI, art. 46) : cela implique un débat judiciaire entre les praticiens de l'insolvabilité concernés, le ministère public, le débiteur (celui-ci étant nécessairement appelé) et les contrôleurs (C. com., art. L. 692-4).

Le tribunal de commerce et le juge-commissaire devront être attentifs aux effets des mesures de suspension ordonnées : ils devront veiller aux conséquences d'un dépassement de la durée de la période d'observation sur la poursuite de l'activité de l'entreprise et sur les contrats en cours d'exécution et reporter le cas échéant la clôture de la liquidation judiciaire, si la date initialement fixée devenait impossible à respecter du fait de la suspension des opérations de réalisation des actifs.

IV. La coordination de la procédure principale et de la procédure secondaire

La coordination des procédures est régie par une obligation générale de coopération entre les praticiens désignés dans chacune des procédures et par une coopération entre les tribunaux compétents respectifs. Cette coopération comporte pour les praticiens des échanges d'informations, la recherche d'une solution globale pour restructurer l'entreprise ou la vente des

³ Dammann R. et Boché-Robinet M., note sous CJUE, 11 juin 2015, préc. : D. 2015, p. 1514 not. p. 1518.

actifs en accord entre les praticiens concernés, notamment la cession de biens relevant de la procédure secondaire, pour permettre la réalisation des objectifs poursuivis par la procédure principale, l'établissement d'accords ou de protocoles pour définir les modalités des échanges d'informations à transmettre sur les actifs et sur les dettes de l'entreprise. Pour les tribunaux, cette coopération comporte également la communication d'informations, mais aussi la gestion coordonnée des procédures, dont la tenue des audiences et l'approbation des protocoles conclus entre les praticiens des différentes procédures.

L'ordonnance du 2 novembre 2017 a confié au juge-commissaire la tâche d'assurer la coopération des praticiens et la coordination des procédures : il pourra autoriser la communication d'informations confidentielles à un praticien étranger, après avoir informé de la demande le ministère public, le débiteur et les contrôleurs (C. com., art. L. 695-2, I, al. 2) ; il autorisera également la conclusion d'accords ou de protocoles (C. com., art. L. 695-2, II) et devra mettre lui-même en œuvre la coopération avec un tribunal étranger, à moins que le tribunal ne désigne un autre juge (C. com., art. L. 695-3). Il a été ajouté que les échanges devaient avoir lieu par écrit ou par tout moyen de communication électronique garantissant la sécurité, la confidentialité et la conservation des échanges (C. com., art. L. 695-4). En outre, une trace de ces échanges devra être conservée au dossier et communiquée au débiteur, au ministère public et au praticien de l'insolvabilité étranger (C. com., art. L. 695-4).

Le cadre procédural étant ainsi défini, les tribunaux doivent assurer la coordination entre les procédures dont ils sont saisis à l'égard d'un même débiteur.

Plusieurs dispositions intéressent cette coordination :

- tous les créanciers du débiteur peuvent aussi déclarer leur créance à la procédure secondaire tandis que le praticien de l'insolvabilité étrangère est autorisé à déclarer les créances produites entre ses mains dans la procédure secondaire, agissant alors comme mandataire des créanciers de la procédure principale (REI, art. 45, § 1 et 2) ;
- le praticien de l'insolvabilité de la procédure étrangère est également habilité à intervenir en sa qualité dans la procédure secondaire, ce qui impose de l'informer des audiences et des différentes étapes de la procédure ouverte (REI, art. 45, § 3) ;
- le praticien de l'insolvabilité de la procédure principale étrangère peut lui-même présenter un projet de plan de restructuration dans la procédure secondaire, en particulier s'il apparaît être dans l'intérêt des créanciers de la procédure principale (REI, art. 47 ;

C. com., art. L. 692-5, I) : il en découle que si l'établissement secondaire répond aux conditions et aux seuils prévus par le Code de commerce, des comités de créanciers devront être réunis et entendus au préalable sur ce projet, comme sur les propositions du débiteur ou celles des membres d'un des comités de créanciers.

V. La conversion de la procédure secondaire d'insolvabilité

On soulignera ici qu'une procédure d'insolvabilité secondaire ouverte par le juge français peut être convertie en un autre type de procédure à la demande du praticien de l'insolvabilité de la procédure d'insolvabilité principale, si les conditions d'ouverture requises par le Code de commerce sont réunies et que la conversion paraît plus appropriée au regard des intérêts des créanciers locaux et de la cohérence entre les deux procédures (REI, art. 51) : cette disposition introduit une dérogation significative au Code de commerce, qui ne connaît que la conversion d'une procédure de sauvegarde ou de redressement en liquidation judiciaire, en considérant que les tentatives de redressement ont nécessairement échoué.

Une conversion en sens inverse d'une procédure liquidative en une procédure permettant une restructuration de l'entreprise est ignorée du droit français : les tribunaux français devront donc réévaluer les mécanismes du Code de commerce, dans la mesure où une solution globale pour une entreprise et ses établissements secondaires peut être trouvée autrement que par la liquidation des actifs.

On rappellera enfin que la clôture de la procédure secondaire d'insolvabilité est sans incidence sur la procédure principale ouverte contre le même débiteur (REI, art. 48) et que s'il existe un surplus d'actifs dans la procédure d'insolvabilité secondaire après la réalisation des actifs et le paiement des créances admises dans cette procédure secondaire, il doit être remis au praticien de la procédure d'insolvabilité principale (REI, art. 49). De plus les effets d'un jugement de clôture pour insuffisance d'actif sont écartés si « la procédure a été ouverte en tant que procédure territoriale au sens (...) du paragraphe 2 de l'article 3 du règlement (UE) n° 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité » : la procédure principale peut donc se poursuivre malgré la clôture d'une procédure secondaire. Cette règle devrait être sans doute étendue au cas d'une clôture pour un autre motif, tel que le paiement de tous les créanciers admis ; il conviendrait de conserver l'autonomie procédurale des différentes procédures.

L'évitement d'une procédure secondaire par un engagement unilatéral ^{115q7}

Paola NABET

Maître de conférences à l'université de Lorraine

Membre de l'institut François Gény

Membre associée du CREDIMI

L'article 36 du règlement permet au praticien de l'insolvabilité de la procédure principale d'éviter l'ouverture d'une procédure secondaire en prenant un engagement envers les créanciers locaux d'appliquer la loi du lieu de l'établissement lors des répartitions. L'ordonnance française précise les modalités de prise et d'approbation de cet engagement.

Lorsque les droits de répartition ou de priorité prévus par la loi d'ouverture de la procédure principale (*lex fori concursus*) ne leur sont pas favorables, des créanciers locaux d'un établissement du débiteur peuvent être tentés de demander l'ouverture d'une procédure secondaire afin de voir appliquer la loi de l'État membre où est situé l'établissement. Cependant, l'ouverture d'une procédure secondaire n'est pas toujours souhaitée par le praticien de l'insolvabilité de la procédure principale. Celui-ci peut en effet estimer qu'une telle procédure viendrait compliquer de manière inutile le traitement de l'insolvabilité du débiteur et alourdir les coûts de procédure. Il peut également vouloir garder le contrôle sur les actifs situés dans l'État membre de l'établissement. L'article 36 du règlement insolvabilité *bis* (ci-après REI), qui n'a pas son équivalent dans le premier règlement, permet au praticien de l'insolvabilité de la procédure principale d'éviter l'ouverture d'une procédure secondaire en prenant un engagement unilatéral. Par celui-ci, il garantit aux créanciers locaux qu'il respectera les règles de répartition et de priorité prévues par le droit national du lieu de l'établissement. Ainsi, les créanciers locaux bénéficieront des mêmes droits que ceux qui leur auraient été conférés si une procédure d'insolvabilité secondaire avait été ouverte dans cet État membre.

Article le plus long du règlement, l'article 36 met en place le cadre général pour l'adoption d'un engagement unilatéral, mais laisse les droits nationaux préciser les modalités pratiques. Celles-ci varieront donc assez largement non seulement en fonction de la loi de l'État membre dans lequel on veut éviter l'ouverture d'une procédure secondaire, mais également en fonction de l'État membre dans lequel la procédure principale est ouverte.

Si les articles de l'ordonnance sont relativement clairs lorsque la procédure principale a été ouverte en France et que le praticien de l'insolvabilité souhaite éviter l'ouverture d'une procédure secondaire dans un autre

État membre (I), les dispositions sur l'engagement unilatéral de l'article 36 sont plus complexes et soulèvent davantage de débats lorsque l'engagement est pris vis-à-vis des créanciers locaux d'un établissement français du débiteur (II).

I. Évitement de l'ouverture d'une procédure secondaire dans un autre État membre

L'ordonnance comporte deux articles concernant l'évitement d'une procédure secondaire dans un autre État membre lorsque la procédure principale a été ouverte en France. Le premier, l'article L. 691-2 du Code de commerce, prévoit que le praticien de l'insolvabilité ne peut prendre un engagement sans obtenir l'autorisation préalable du juge-commissaire (A). Le second, l'article L. 691-3 du Code de commerce, traite du recours des créanciers locaux (B).

A. L'autorisation du juge-commissaire

Outre que l'engagement doit être établi par écrit, l'article 36, § 4, du REI prévoit qu'il « est soumis à toute autre exigence de forme et obligation d'approbation des répartitions requises, le cas échéant, par l'État d'ouverture de la procédure principale d'insolvabilité ». Lorsque la procédure principale a été ouverte en France, l'ordonnance prévoit que le juge-commissaire doit autoriser la prise d'un engagement unilatéral envers les créanciers locaux d'un établissement du débiteur situé dans un autre État membre¹. Aucun engagement ne peut être proposé sans cette autorisation². Le texte visant « le mandataire de justice désigné dans la procédure d'insolvabilité principale », la demande d'autorisation peut être introduite indiffé-

¹ C. com., art. L. 691-2.

² V. rapp. au président de la République relatif à Ord. n° 2017-1519, 2 nov. 2017, portant adaptation du droit français au Règl. (UE) n° 2015/848 du PE et du Cons., 20 mai 2015, relatif aux procédures d'insolvabilité : JO n° 0257, 3 nov. 2017, texte n° 10.

remment par un administrateur judiciaire ou par un mandataire judiciaire.

L'exigence d'une autorisation s'explique par le fait que cet engagement va soustraire les actifs du débiteur situés dans l'État membre de l'établissement à la loi française de la procédure principale pour les soumettre à la loi de cet autre État.

B. Le recours des créanciers locaux

Lorsqu'un engagement a été pris conformément à l'article 36, le praticien de l'insolvabilité de la procédure principale ne peut procéder à la répartition des actifs (ou de leur produit) situés sur le territoire de l'établissement sans informer préalablement les créanciers locaux de ses intentions³. Tout créancier local a la possibilité de contester cette répartition devant les juridictions de l'État membre d'ouverture de la procédure principale. Le règlement et l'ordonnance⁴ circonscrivent l'objet de la contestation à trois motifs, ce qui permet de limiter les risques de voir les répartitions retardées puisqu'aucune répartition ne peut avoir lieu avant la décision de la juridiction⁵. La contestation peut viser à faire respecter les termes de l'engagement ou à obtenir une répartition conforme à la loi applicable (à savoir celle de l'État membre dans lequel l'ouverture de la procédure secondaire a été évitée grâce à l'engagement). Elle peut également avoir pour objet de demander au tribunal de prendre toute mesure nécessaire pour assurer le respect des termes de l'engagement⁶. Un créancier local qui aurait tout autre grief à propos de l'engagement ne pourra qu'engager la responsabilité du praticien de l'insolvabilité de la procédure principale, à condition de prouver un dommage subi du fait du non-respect des dispositions de l'article 36 du règlement⁷.

L'article L. 691-3 du Code de commerce précise que, lorsque la procédure principale a été ouverte en France, la décision rendue par le tribunal concernant les contestations des créanciers locaux est susceptible d'appel de la part du praticien de l'insolvabilité de la procédure principale, du débiteur non dessaisi, du demandeur (par hypothèse un créancier local de l'établissement pour lequel l'engagement a été pris) ou du ministère public.

Les recours des créanciers locaux de l'établissement devant le tribunal ayant ouvert la procédure principale devraient cependant être relativement rares puisque, plutôt que d'aller saisir le juge d'un autre

État membre, ils préféreraient certainement saisir les juridictions de l'État membre de l'établissement pour leur demander de prendre des mesures provisoires ou conservatoires visant à assurer le respect de l'engagement⁸.

II. L'évitement de l'ouverture d'une procédure secondaire en France

Les dispositions de l'ordonnance concernant la prise d'un engagement envers les créanciers locaux d'un établissement français sont d'un abord plus difficile. Les rédacteurs de l'ordonnance ont dû, en effet, faire face à plusieurs impératifs. Il fallait concilier le texte de l'article 36 du règlement avec le droit national (en l'occurrence les dispositions sur l'adoption d'un plan de restructuration) et réussir à garantir au mieux les intérêts des créanciers locaux sans pour autant compromettre la possibilité de prendre des engagements en France. Si l'exigence d'un contrôle du tribunal mérite d'être pleinement approuvée (B), les dispositions de l'ordonnance concernant l'accord des créanciers locaux soulèvent quelques interrogations (A).

A. L'accord des créanciers locaux

Le praticien de l'insolvabilité de la procédure principale qui souhaite prendre un engagement pour éviter l'ouverture d'une procédure secondaire doit obtenir l'approbation des « créanciers locaux connus »⁹. Cette exigence soulève deux questions cruciales : Qui sont les créanciers visés ? À quelle majorité l'approbation doit-elle être donnée ?

S'agissant des créanciers devant donner leur accord à la prise de l'engagement, l'ordonnance a pris, discrètement, une liberté par rapport au règlement. En effet, l'article 36 prévoit que l'engagement doit être approuvé par « les créanciers locaux connus », ce qui semble impliquer que tous les créanciers locaux connus doivent être mis en mesure de voter sur l'approbation de l'engagement. Pourtant, l'article L. 692-7 du Code de commerce dispose que celui-ci est approuvé par « tous les créanciers locaux concernés par cet engagement ». Par « concernés par l'engagement », il semble que le législateur délégué signifie, de manière surprenante, que l'engagement puisse ne pas viser l'ensemble des créanciers locaux. Ainsi, en France, le praticien de l'insolvabilité de la procédure principale pourra choisir de ne consulter qu'une catégorie de créanciers locaux : ceux qui auraient été les plus susceptibles de demander l'ouverture d'une procédure secondaire (par exemple les salariés ou des petits créanciers chirographaires). Cette

3 Règl. (UE) n° 2015/848, 20 mai 2015, art. 36, § 7.

4 Règl. (UE) n° 2015/848, 20 mai 2015, art. 36, § 7 et C. com., art. L. 691-3.

5 Règl. (UE) n° 2015/848, 20 mai 2015, art. 36, § 8.

6 Règl. (UE) n° 2015/848, 20 mai 2015, art. 36, § 8 et C. com., art. L. 691-3.

7 Règl. (UE) n° 2015/848, 20 mai 2015, art. 36, § 10.

8 Règl. (UE) n° 2015/848, 20 mai 2015, art. 36, § 9 et C. com., art. L. 692-9.

9 Règl. (UE) n° 2015/848, 20 mai 2015, art. 36, § 5.

solution va faciliter la prise d'engagement, surtout si, comme cela semble être le cas, l'engagement doit être adopté à l'unanimité¹⁰. Cependant, elle soulève plusieurs difficultés. Comment justifier que tous les créanciers locaux soient privés de la possibilité de voir ouvrir une procédure secondaire alors même qu'ils ne bénéficient pas tous de l'engagement ? L'article 36, § 2, dispose que, saisie d'une demande d'ouverture d'une procédure secondaire, la juridiction n'ouvre pas cette procédure « si elle considère que l'engagement protège correctement l'intérêt général des créanciers locaux ». Comment interpréter cette règle au regard de l'Ordonnance française ? Si le tribunal ne prend en compte que l'intérêt général des créanciers locaux concernés par l'engagement, cela est inéquitable pour les autres créanciers locaux. Si le tribunal prend en compte l'ensemble des créanciers locaux, cela risque de faire échec à l'engagement.

S'agissant de la majorité nécessaire pour adopter l'accord, l'article 36, § 5, du règlement dispose que « les règles relatives à la majorité qualifiée et au vote qui s'appliquent à l'adoption de plans de restructuration, en vertu de la loi de l'État membre dans lequel une procédure d'insolvabilité secondaire aurait pu être ouverte s'appliquent également à l'approbation de l'engagement ». Le considérant 44 ajoute que « si différentes procédures sont prévues pour l'adoption de plans de restructuration par le droit national, les États membres devraient désigner la procédure spécifique qui devrait être pertinente dans ce contexte ». Le droit français connaît deux procédures distinctes pour l'adoption des plans de restructuration selon que des comités de créanciers ont, ou non, été constitués. Le problème est qu'aucune de ces deux procédures n'est vraiment adaptée à la prise d'un engagement unilatéral de l'article 36 du règlement. Les rédacteurs de l'ordonnance ont donc dû choisir la moins mauvaise des solutions, et celle qui leur a paru la plus adéquate est celle prévue en l'absence de comité de créanciers. Leur choix a été motivé essentiellement par le fait que les seuils prévus par le droit français pour la constitution des comités de créanciers sont apparus trop élevés (150 salariés ou 20 millions de chiffre d'affaires hors taxes) par rapport à la taille des établissements pour lesquels les engagements auront généralement vocation à être pris. Ainsi, l'article L. 692-7 du Code de commerce dispose que le praticien de l'insolvabilité de la procédure principale qui se propose de prendre un engagement « recueille l'accord de tous les créanciers locaux ». S'il est évident que cette disposition prévoit la consultation individuelle des créanciers, elle semble, sans l'affirmer expressément, imposer que

l'engagement obtienne l'accord de l'unanimité des créanciers pour être adopté¹¹.

Le choix de l'unanimité est insatisfaisant à plusieurs égards. Tout d'abord, il s'oppose à l'article 36, § 5, du règlement qui renvoie à « la majorité qualifiée » requise par la loi applicable pour l'adoption d'un plan de restructuration » et à l'économie du texte qui vise à favoriser la prise d'un engagement pour éviter l'ouverture d'une procédure secondaire. Ensuite, l'unanimité risque d'être difficile à obtenir et donc de bloquer la prise d'engagement en France. Enfin, l'exigence d'un accord à l'unanimité des créanciers locaux par l'article L. 692-7 n'est pas si claire. En effet, par principe, en matière de décisions collectives, l'unanimité ne se présume pas. Or, dans la procédure d'élaboration du plan de restructuration hors comités¹², il n'y a pas de vote. Les créanciers sont consultés individuellement, mais si un créancier refuse de donner son accord, cela n'empêche pas l'adoption du plan ; le tribunal ne peut pas lui imposer de remises de dettes, mais peut le soumettre à des délais uniformes de paiement¹³. L'unanimité n'est donc pas requise et la solution prévue pour l'adoption des plans hors comités n'est pas transposable à la prise de l'engagement unilatéral de l'article 36 du règlement puisque celui-ci exige un vote dont le résultat s'impose à tous les créanciers locaux consultés. Cependant, l'ordonnance ne faisant pas de renvoi exprès à l'article L. 626-18 du Code de commerce et ce texte ne prévoyant pas, en tout état de cause, de règle de majorité, une autre interprétation de l'article L. 692-7 du Code de commerce est possible. Il suffit de considérer que, lorsque l'article L. 692-7 prévoit que le praticien de l'insolvabilité « recueille l'accord de tous les créanciers », il ne fait référence qu'au mode de consultation des créanciers et non à une quelconque règle de majorité. Aussi aurait-il été préférable que l'ordonnance fixe une règle de majorité, par exemple une majorité des 2/3, comme celle prévue pour l'adoption des plans de restructuration en présence de comité de créanciers.

Le défaut de réponse des salariés et des créanciers publics vaut refus de l'engagement tandis que l'absence de réponse des autres créanciers concernés vaut approbation¹⁴. Il convient de relever ici que le délai de réponse des créanciers est de 60 jours¹⁵ (contre 30 jours pour la procédure d'adoption du plan), ce qui leur laisse le temps de vérifier que l'engagement res-

11 Dammann R. et Guernonprez M., « Le nouvel équilibre entre procédure principale et secondaire : adaptation du Code de commerce au règlement (UE) n° 2015/848, ordonnance n° 2017-1519 du 2 novembre 2017 », D. 2017, p. 2435.

12 C. com., art. L. 626-18.

13 C. com., art. L. 626-18.

14 *Ibid.*

15 C. com., art. L. 692-7, al. 3.

10 *V. supra.*

pecte bien le droit national de l'établissement applicable à leur créance.

B. L'ordonnance du tribunal

L'engagement pris par le praticien de l'insolvabilité de la procédure principale étant contraignant en ce qui concerne le patrimoine du débiteur et ayant des conséquences importantes pour les créanciers locaux, les rédacteurs de l'ordonnance ont ajouté un contrôle supplémentaire de son contenu. Ainsi, l'article L. 692-8 du Code de commerce prévoit que le praticien de l'insolvabilité de la procédure principale doit saisir, par requête, le président du tribunal de commerce spécialisé de l'établissement concerné¹⁶ « aux fins de vérifier les conditions d'approbation de l'engagement ». Si celles-ci sont remplies, le président du tribunal rend alors une ordonnance. C'est cette ordonnance qui donne force exécutoire à l'engagement¹⁷. La notification de cette ordonnance constitue le point de départ du délai de 30 jours à l'issue duquel il deviendra impossible de demander l'ouverture d'une procédure secondaire. Un décret

en Conseil d'État viendra préciser à qui cette notification devra être adressée. Il devrait probablement s'agir de tous les créanciers – ou au minimum de tous les créanciers locaux, y compris non concernés par l'engagement – puisque ceux-ci se voient, à l'issue de ce délai, privés de la possibilité de demander l'ouverture d'une procédure secondaire alors même qu'ils ne bénéficient pas des termes de l'engagement.

Concernant l'évitement d'une procédure secondaire, l'ordonnance française fait donc preuve d'audace. Le cœur de son dispositif est la protection des créanciers locaux. La prise d'un engagement, mesure dérogatoire au système mis en place dans le reste du règlement, est très encadrée, ce qui mérite d'être approuvé sans réserve. Enfin, si l'exigence de l'unanimité pour la prise de l'engagement de l'article 36 est discutable, et risque de rendre, *de facto*, très difficile la prise d'un engagement en France, elle a le mérite de ne pas imposer à des créanciers locaux (et notamment des salariés ou des petits créanciers) un engagement dont ils ne voudraient pas.

¹⁶ Ou, le cas échéant, celui du tribunal de grande instance compétent.

¹⁷ C. com., art. L. 692-8, al. 2.

Les aspects de droit social de l'ordonnance du 2 novembre 2017 ^{115q9}

Anaëlle DONNETTE-BOISSIÈRE

Maître de conférences à l'université de Montpellier – EDSM (EA 2996)

École de droit social de Montpellier

Les nouveaux articles L. 692-7 et L. 692-10 du Code de commerce, qui envisagent l'absence d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité secondaire en France et traitent des aspects de droit social, sont ici examinés.

L'ordonnance crée, dans le livre VI du Code de commerce, un neuvième titre contenant les dispositions particulières aux procédures d'insolvabilité relevant du règlement (C. com., art. L. 690-1 et s.). Parmi ces dispositions, les nouveaux articles L. 692-7 et L. 692-10 du Code de commerce, relatifs à l'absence d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité secondaire en France, traitent directement des aspects de droit social. Ce sont eux qui vont ici retenir notre attention.

En ce qui concerne l'article L. 692-7 du Code de commerce, il faut rappeler que l'article 36 du règlement *insolvabilité* prévoit la procédure d'engagement, dite aussi synthétique, ou virtuelle, en vertu de laquelle le praticien de l'insolvabilité peut empêcher l'ouverture d'une procédure secondaire en prenant l'engagement unilatéral d'appliquer la loi qui aurait

été celle de cette procédure pour assurer le respect des droits des créanciers locaux¹. À cet égard, relevons que l'article 36 énonce une véritable règle matérielle qui va venir compléter la *lege fori concursus*. La procédure synthétique consiste à faire prendre en charge par la procédure principale les intérêts qui auraient été protégés par une procédure secondaire, si les créanciers locaux sont d'accord. Concrètement, le praticien de la procédure principale peut s'engager à respecter, lors de la répartition des actifs, les modalités de répartition et les privilèges conférés par la loi qui aurait été applicable si une procédure secondaire avait été ouverte. Par conséquent, en ce qui concerne les créances salariales, elles seront soumises à la loi locale comme si la procédure secondaire avait été ouverte.

¹ V. *supra* : Nabet P. « L'évitement d'une procédure secondaire par un engagement unilatéral », BJE mars 2018, n° 115q7.

Plusieurs questions se posent et l'ordonnance apporte les réponses nécessaires.

Première question : si les salariés sont bien des créanciers locaux qui doivent donner leur accord, qu'en est-il de l'AGS ? L'AGS (Association nationale pour la gestion du régime d'assurance des créances des salariés), subrogée dans les droits des salariés, devrait être en mesure, comme tous les créanciers locaux, de voter sur l'engagement unilatéral du praticien de la procédure principale et de bénéficier des garanties protectrices de l'intérêt général des créanciers, en bénéficiant de l'application de la loi potentiellement applicable. Mais le paragraphe 11 de l'article 36 précise que l'autorité établie dans l'État membre dans lequel la procédure secondaire aurait pu être ouverte et qui est tenue de garantir le paiement des créances impayées des salariés est réputée être un créancier local si la législation nationale le prévoit. En clair, l'AGS ne peut, en vertu du règlement *insolvabilité*, être considérée comme un créancier local que si le droit national le prévoit. C'est chose faite, l'alinéa 1^{er} de l'article L. 692-7 du Code de commerce visant expressément « les institutions de garantie mentionnées à l'article L. 3253-14 du Code du travail ». L'AGS doit donc donner son accord à l'engagement pris par le praticien en application de l'article 36.

Deuxième question : les représentants du personnel sont-ils impliqués dans la procédure synthétique ? Sur ce point, le règlement *insolvabilité* est silencieux. Le législateur français fait toutefois le choix de les impliquer en prévoyant l'information des représentants du personnel. En effet, en vertu de l'alinéa 2 de l'article L. 692-7 du Code de commerce, « le praticien de l'insolvabilité communique l'engagement au comité d'entreprise de l'établissement ou, à défaut, aux délégués du personnel ». Il s'agit bien d'une information, nullement d'une consultation, à l'occasion de laquelle les représentants du personnel pourront vérifier que l'engagement ne porte pas atteinte aux intérêts des salariés. On comprend alors l'importance d'une telle communication en l'absence de procédure secondaire, qui signifie en l'absence de représentant des salariés nommé en France et d'implication des représentants du personnel présents en France dans la procédure. On peut cependant s'interroger sur la sanction qui pourrait être prononcée en l'absence d'une telle information.

Troisième et dernière question : selon quelle forme et dans quel délai les créanciers locaux doivent-ils donner leur accord à l'engagement du praticien de l'insolvabilité ? En vertu de l'alinéa 3 de l'article L. 692-7 du Code de commerce, « le défaut de réponse des salariés et des créanciers publics dans le délai de 60 jours à compter de la réception de la proposition d'engage-

ment vaut refus de l'engagement. Le défaut de réponse des autres créanciers locaux dont les droits sont affectés, dans ce même délai, vaut approbation de l'engagement ». Tous les créanciers locaux doivent donner leur accord dans un délai de 60 jours, mais un traitement particulier est réservé à l'accord des salariés, identique à celui réservé aux créanciers publics : leur silence vaut refus, tandis que celui des autres créanciers vaut acceptation. Puisque le silence gardé au-delà du délai d'expression de cet accord vaut refus de l'engagement, l'accord des salariés doit être exprès. L'engagement étant subordonné à l'accord unanime des créanciers locaux concernés, le silence des salariés est un obstacle à l'engagement ; ainsi, l'accord exprès des salariés est érigé en condition substantielle de l'engagement, ce qui peut légitimement surprendre si l'on comprend bien la lettre et l'esprit du règlement.

Concernant désormais l'article L. 692-10 du Code de commerce, qui doit faire l'objet d'un décret en Conseil d'État précisant ses conditions d'application, il traite des licenciements en l'absence d'ouverture d'une procédure secondaire en France et précise le tribunal compétent et les conditions requises pour autoriser ces licenciements.

Pour rappel, le centre des intérêts principaux est le critère des compétences juridictionnelle et législative. Les juridictions de l'État membre dans lequel le débiteur a le centre de ses intérêts principaux ont compétence pour ouvrir une procédure principale tandis que celles de l'État membre dans lequel le débiteur a un établissement peuvent ouvrir une procédure secondaire². Cependant, en matière prud'homale, ce n'est pas en vertu du règlement *insolvabilité* mais du règlement *Bruxelles I bis*³ que la compétence du juge est déterminée⁴. Par ailleurs, sauf disposition contraire, la loi applicable à la procédure d'insolvabilité et à ses effets est celle de l'État membre sur le territoire duquel cette procédure est ouverte⁵. Or, dans le règlement *insolvabilité*, il existe une « disposition contraire » traitant spécifiquement des effets de la procédure d'insolvabilité sur les salariés. C'est l'article 13, paragraphe 1^{er}, selon lequel les effets de la procédure d'insolvabilité sur les contrats de travail et sur les relations de travail sont régis exclusivement par la loi de l'État membre applicable au contrat de travail. Par ce renvoi à la loi applicable au contrat de travail, le règlement vise à coordonner les effets de la procédure collective avec les règles découlant du règlement n° 593/2008 du

2 Règl. n° 2015/848, 20 mai 2015, art. 2 et s.

3 Règl. n° 1215/2012, 12 déc. 2012, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

4 Cass. soc., 19 déc. 2012, n° 11-22838 ; Cass. soc., 27 nov. 2013, n° 12-20426 et Cass. soc., 28 oct. 2015, n° 14-21319.

5 Règl. n° 2015/848, 20 mai 2015, art. 7.

17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. En tout état de cause, la loi applicable au contrat de travail définit les effets de la procédure d'insolvabilité sur la poursuite ou la cessation des relations de travail et sur les droits et obligations de chaque partie découlant de ces relations. En revanche, en ce qui concerne la garantie des créances salariales et leur rang dans la procédure, il y a lieu d'appliquer la loi de la procédure (REI, cons. 72), sauf si un engagement a été pris afin d'éviter une procédure secondaire.

Si le juge compétent pour connaître d'un litige entre l'employeur en état d'insolvabilité et l'un de ses salariés employé dans un établissement en France est déterminé conformément aux règles classiques de résolution des conflits de juridictions, qu'en est-il du juge habilité à autoriser les licenciements qui seront prononcés à l'occasion de la procédure d'insolvabilité ? Le règlement *insolvabilité* préserve sur ce point la compétence du juge de l'État où est implanté l'établissement qui emploie les salariés concernés par les licenciements, et ce même en l'absence de procédure secondaire ouverte dans cet État. En effet, en vertu du paragraphe 2 de l'article 13 du règlement *insolvabilité*, repris par le considérant 72, lorsque la résiliation ou la modification des contrats de travail requiert l'approbation d'une juridiction ou d'une autorité administrative, celle de l'État membre de l'établissement concerné reste compétente même si aucune procédure secondaire n'a été ouverte dans cet État. L'ordonnance adopte les dispositions nécessaires à la mise en œuvre de cette compétence spéciale en précisant les autorités compétentes pour autoriser les licenciements en l'absence d'ouverture d'une procédure secondaire. C'est l'objet du I du nouvel article L. 692-10 du Code de commerce, en vertu duquel « la compétence du tribunal mentionné au paragraphe 2 de l'article 13 du règlement (UE) n° 2015/848 précité est déterminée en application du 2° de l'article L. 721-8 si le débiteur exerce une activité commerciale ou artisanale. Le tribunal de grande instance sur le ressort duquel est situé l'établissement est compétent dans les autres cas ». Ainsi, le législateur précise la compétence d'attribution et décide, fort logiquement, que le tribunal de

commerce spécialisé est compétent lorsque le débiteur exerce une activité commerciale ou artisanale et que le tribunal de grande instance est compétent dans les autres cas.

Dans le prolongement, l'ordonnance précise utilement les conditions de l'autorisation des licenciements en l'absence d'ouverture d'une procédure secondaire. En vertu du II de l'article L. 692-10 du Code de commerce, « si le débiteur est en état de cessation des paiements et si la procédure d'insolvabilité principale le concernant est une procédure analogue au redressement judiciaire, les règles applicables à l'approbation des licenciements sont celles prévues à l'article L. 631-17. Si le débiteur est en état de cessation des paiements et si la procédure d'insolvabilité principale le concernant est une procédure analogue à la liquidation judiciaire avec maintien de l'activité, l'article L. 641-10 est applicable ». Les conditions d'autorisation des licenciements qui auraient été applicables dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité secondaire le sont également en l'absence de celle-ci, conformément au sens et à l'esprit du règlement. Là encore, le choix des conditions à respecter, tenant compte de la distinction entre procédure de redressement et de liquidation, est logique. Naturellement, la loi applicable au contrat de travail demeure inchangée et, si elle n'est pas la loi française, elle s'appliquera en même temps que les règles relatives à l'autorisation des licenciements découlant des articles L. 631-17 ou L. 641-10 du Code de commerce. Ces règles confient notamment au juge-commissaire le pouvoir d'autoriser les licenciements. Sur ce point, le II de l'article L. 692-10 du Code de commerce prend soin de préciser que le tribunal compétent sur le fondement du I ou le juge qu'il désigne exerce ce pouvoir confié au juge-commissaire. Enfin, ce même texte ouvre l'appel contre la décision d'autorisation des licenciements à plusieurs acteurs de la procédure, précisément au débiteur non dessaisi, au praticien de l'insolvabilité de la procédure d'insolvabilité principale, à l'une des institutions représentatives du personnel ou, à défaut, au représentant des salariés. L'appel, alors suspensif, est également ouvert au ministère public.

Groupes de sociétés : originalité et faisabilité de la procédure de coordination collective 115r0

Maud LAROCHE

Professeur à l'université de Rouen Normandie, Normandie Univ, UNIROUEN, CUREJ

L'ordonnance n° 2017-1519 précise notamment comment appliquer, en France, la procédure de coordination mise en place par le règlement n° 2015/848 pour faciliter le traitement cohérent des procédures touchant plusieurs sociétés d'un même groupe.

L'étude des choix faits par le gouvernement français à cette occasion permet de souligner combien la procédure de coordination sera fondée sur l'habileté du coordinateur à négocier et sera facilitée par l'anticipation de la gestion des difficultés des membres du groupe. Toutefois, faisant du juge-commissaire le principal organe décisionnaire au sein d'une procédure coordonnée ouverte en France, et déchargeant d'autant le mandataire judiciaire désigné comme le praticien tenu de coopérer avec le coordinateur, l'ordonnance souligne la volonté du gouvernement de préserver la logique judiciaire française.

1. Comblant une lacune du texte précédent¹, le règlement insolvabilité bis (UE) n° 2015/848 (ci-après le règlement) prend en compte les groupes de sociétés en son chapitre V relatif aux « procédures d'insolvabilité concernant des membres d'un groupe de sociétés ».

Maintenant le postulat d'absence de personnalité juridique du groupe, le règlement propose deux « procédures de traitement » des difficultés de ses membres reposant sur l'idée que leur règlement sera optimisé par la combinaison raisonnée de leurs procédures. Partant, la solution trouvée par les juridictions, aiguillonnées par les praticiens, sous l'empire du règlement n° 1346/2000 – ouvrir toutes les procédures des membres du groupe devant une seule juridiction au motif de la réunion des centres de leurs intérêts principaux au siège de l'un d'eux –, seulement évoquée par le considérant 53 du règlement, devient une solution d'exception².

2. L'existence d'un groupe, entendu comme « une entreprise mère et l'ensemble de ses filiales » quelle qu'en soit l'organisation, impose désormais la coopération des praticiens en charge des différentes procédures pour autant qu'elle « soit de nature à faciliter la gestion efficace de ces procédures, ne soit pas incompatible avec les règles applicables à ces procédures et n'entraîne aucun conflit d'intérêts. Cette coopération peut prendre n'importe quelle forme, dont la

conclusion d'accords ou de protocoles »³. S'ajoute une coopération entre juridictions⁴ et entre praticiens et juridictions⁵ et les premiers se voient reconnaître le droit d'intervenir à la procédure gérée par un autre, précisément de demander « une suspension de toute mesure liée à la réalisation des actifs ». Ce premier niveau de coopération doit permettre le déroulement de chaque procédure en connaissance des autres, évitant la mise en œuvre de solutions incompatibles. Un second niveau de coopération, renforcée, est prévu via la coordination collective des procédures ouvertes contre les membres du groupe⁶. À la coopération horizontale et circulaire, s'ajoute une coordination verticale : un tiers coordinateur propose des solutions intégrées, à l'élaboration desquelles les praticiens et les juridictions sont associés. Centralisée, cette coopération n'en demeure pas moins volontaire et peu judiciarisée. Là résident tant l'originalité du mécanisme que les risques pesant sur sa faisabilité.

3. Les solutions ainsi proposées manifestent la volonté d'opter pour un règlement négocié des insolvabilités du groupe, sans doute plus favorable à sa restructuration et/ou à l'apurement des dettes de ses membres. Où l'on voit apparaître, au niveau européen, la contractualisation des procédures d'insolvabilité qui, par nature, ne pourra être efficace qu'autant que la volonté de coopérer est réelle. Si le règlement anticipe la difficulté, prévoyant

1 Rapp. de la Commission (Com (2012) 743) et proposition de révision du 12 déc. 2012 (Com (2012) 744. V. not. Henry L.-C., « Le nouveau règlement "insolvabilité" : entre continuité et innovations », D. 2015, p. 979 ; Jault-Seske F. et Robine D., « Le règlement 2015/848 : le vin nouveau et les vieilles outres », Rev. crit. DIP 2016, p. 21 ; Legrand V., « Le nouveau règlement européen relatif aux procédures d'insolvabilité transfrontalières : premier aperçu », LPA 22 janv. 2015, p. 8 ; Menjuq M., « Les groupes de sociétés », in F. Jault-Seske, D. Robine (dir.), *Le droit européen des procédures d'insolvabilité à la croisée des chemins*, 2013, Montchrestien, p. 93.

2 Et non dans le corps du texte : « hommage » (Menjuq M., « Le nouveau règlement insolvabilité : quelles évolutions ? », BJE janv. 2015, n° 112h0, p. 259) ou cantonnement ?

3 Règl. n° 2015/848, 20 mai 2015, art. 56, § 1.

4 Règl. n° 2015/848, 20 mai 2015, art. 57.

5 Règl. n° 2015/848, 20 mai 2015, art. 58.

6 V. not. d'Avout L., « Le traitement des groupes de sociétés : entre formalisme et réalisme », in F. Jault-Seske, D. Robine (dir.), *Le nouveau règlement insolvabilité : quelles évolutions ?*, 2015, Joly éditions, p. 129 ; Saintourens B. et Duprat P., *Règlement (UE) n° 2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité – Commentaire article par article*, 2015, SLC, Trans Europe Experts, p. 347 et s. ; Soulard A.-C. et Leboucher N., « Traitement des groupes, évolutions et révolutions : regroupement, coordination par les AJMJ... en droit interne et européen », LPA 29 mars 2016, p. 10.

l'arbitrage des divergences à naître entre procédures coordonnées, il ne peut l'éluider.

4. Et si l'ordonnance n° 2017-1519 du 2 novembre 2017⁷ a réintroduit une part d'arbitrage judiciaire par l'intervention du juge-commissaire aux côtés des praticiens de la procédure française d'un membre du groupe, elle ne peut changer la structure de la coordination collective, ne pouvant notamment pas accorder à la juridiction qui l'ouvrirait des pouvoirs plus importants que ceux prévus par le règlement⁸.

5. Il apparaît ainsi que la force de la procédure de coordination, tenant à l'esprit de coopération renforcée qui la préside, sera aussi sa faiblesse. Partant, lors de l'ouverture de la procédure de coordination collective comme de son déroulement, la clé du succès résidera dans l'anticipation des difficultés et la recherche de consensus.

I. Ouverture

L'ouverture d'une procédure de coordination collective résulte d'une décision juridictionnelle portant désignation d'un coordinateur à l'initiative des praticiens des procédures à coordonner.

A. Saisine

Le caractère volontaire de la procédure de coordination ressort des modalités de détermination de la juridiction compétente et de la demande comme des conditions d'inclusion des procédures ouvertes à l'égard des membres du groupe.

1. La juridiction compétente

6. Le choix de la juridiction d'ouverture est libre. Tout praticien en charge de la procédure d'un membre du groupe peut saisir toute juridiction qui lui semble la plus compétente dès lors qu'elle peut connaître de l'insolvabilité d'un membre du groupe. Son choix peut être isolé ou appuyé par l'accord des deux tiers de ses confrères en charge de procédures ouvertes à l'égard d'autres membres du groupe. La seconde hypothèse peut constituer une saisine directe ou faire suite, sous 30 jours, à une saisine isolée qu'elle évince-rait⁹. La procédure de coordination est ainsi d'emblée

placée entre les mains des praticiens et leur consensus privilégié.

7. Il apparaît également que l'anticipation des difficultés du groupe et de leur règlement constituerait un atout au regard du bref délai laissé aux praticiens pour s'organiser face à une saisine isolée. Ce d'autant plus que le règlement ne paraît pas exiger que la juridiction saisie soit déjà en charge d'une procédure d'un membre du groupe. On pourrait alors prévoir la compétence systématique d'une juridiction déterminée – un TCS en France¹⁰ ?

2. La demande

8. Une difficulté apparaît alors, liée au renvoi des modalités de saisine à la législation nationale du saisisant¹¹. Les modalités de saisine d'une juridiction française ne sont pas précisées par l'ordonnance. Sans doute faut-il, dans l'attente des dispositions d'application, renvoyer aux règles de droit commun dès lors qu'il ne s'agit pas d'ouvrir une procédure collective.

9. Le règlement précise, en revanche, le contenu de la demande, notamment la nécessité d'estimer les coûts de coordination et leur répartition¹². Cette anticipation des frais, imposée par le règlement, s'appuiera utilement sur l'anticipation par le groupe des difficultés de ses membres. Toutefois, seules les grandes lignes d'une répartition pourront être embauchées avant l'ouverture effective d'une coordination dont les frais doivent être répartis proportionnellement aux avantages que chaque société tirera de la procédure, autrement dit proportionnellement aux difficultés réelles de chacune, pour que la charge en soit acceptable. À défaut, les praticiens des procédures concernées n'opteront sans doute pas pour l'inclusion de « leur » procédure dans la coordination.

3. Les inclusions

10. Car la coordination est une procédure volontaire : sans adhésion, pas d'effet¹³. Chaque praticien détermine donc s'il y fait inclure la procédure dont il a la charge au regard de l'intérêt de celle-ci : l'autonomie juridique des membres du groupe interdit d'en privilégier un au détriment de l'autre au nom de l'intérêt collectif¹⁴.

7 Dont des mesures d'application sont attendues (C. com., art. L. 695-5). V. not. Roussel Galle P. et Tabelling A., « Adaptation du droit français des entreprises en difficulté au règlement insolvabilité du 20 mai 2015 – à propos de l'ordonnance n° 2017-1519 du 2 novembre 2017 », JCP E 2017, n° 47, act. 832 ; Sauton-Laguionie L., « L'adaptation du droit français au règlement révisé, relatif aux procédures d'insolvabilité, par l'ordonnance du 2 novembre 2017 », BJE janv. 2018, n° 115n4, p. 58 ; Vallens J.-L., « Le traitement des groupes de sociétés en difficulté : adaptation du Code de commerce au règlement UE n° 2015/848 du 20 mai 2015 », D. 2017, p. 2439.

8 Règl. n° 2015/848, 20 mai 2015, cons. 61.

9 Règl. n° 2015/848, 20 mai 2015, art. 68, § 1 et art. 62 et 66, § 3.

10 L'ordonnance a clarifié l'article L. 721-8 du Code de commerce, qui attribue compétence aux TCS, sans toutefois préciser ses conditions de mise en œuvre en présence d'un groupe de sociétés, notamment son articulation avec l'article L. 662-8 du Code de commerce ou la question d'un groupe qui compterait une société civile. Not. Vallansan J., « La compétence des tribunaux de commerce spécialisés dans le cadre des groupes de sociétés », Rev. proc. coll. 2016, étude 22.

11 Règl. n° 2015/848, 20 mai 2015, art. 61, § 2.

12 Règl. n° 2015/848, 20 mai 2015, art. 62, § 3, b.

13 Règl. n° 2015/848, 20 mai 2015, art. 65, § 1.

14 V. par ex. Cass. com., 27 mai 2014, n° 12-28657 : Bull. civ. IV, n° 92.

11. Le même critère guidera le juge-commissaire chargé, par l'ordonnance, d'autoriser l'inclusion d'une procédure française dans la coordination¹⁵. L'ordonnance transfère ainsi au juge-commissaire la responsabilité de la décision et limite la dimension contractuelle de la procédure.

Ce contrôle complète celui effectué par la juridiction d'ouverture pour l'ensemble des sociétés visées par la demande de coordination. D'une part, il sera nécessairement plus précis, d'autre part, il n'aura pas le même objet : intérêt de la procédure à coordonner (débiteur et créanciers) contre intérêt des créanciers des membres du groupe dont aucun ne devrait être « financièrement désavantagé par l'inclusion de ce membre dans la procédure »¹⁶.

12. De plus, ce contrôle garantit que la faculté ainsi offerte aux praticiens ne soit pas le fossoyeur de la procédure de coordination et ne reste qu'un moyen de pression raisonné, afin d'inciter le coordinateur à tout mettre en œuvre pour faire converger les intérêts des procédures incluses.

B. Coordinateur

La décision d'ouverture, qui ne peut donc imposer l'inclusion d'une procédure visant un membre du groupe, a pour principal objet de désigner un coordinateur chargé d'animer et de faire aboutir la coopération. Le choix de la juridiction est libre parmi les praticiens désignés aptes par les États, mais peut être discuté en amont par les praticiens en charge des procédures coordonnées.

1. Les coordinateurs

13. Toute personne « habilitée selon le droit d'un État membre à agir en qualité de praticien de l'insolvabilité »¹⁷ peut être désignée, sous réserve de l'absence de conflit d'intérêts¹⁸ : il ne peut, notamment, être déjà en charge de la procédure d'un membre du groupe.

L'ordonnance précise, par suite, que les administrateurs et mandataires judiciaires français, ainsi que tous praticiens étrangers respectant les règles françaises d'impartialité, d'honorabilité et l'exigence de désignation d'un représentant pour les personnes morales, peuvent être désignés en qualité de coordinateurs par une juridiction française¹⁹.

14. Les compétences particulières que requiert la mise en œuvre d'une coordination amèneront sans doute à la spécialisation de quelques-uns. Pour éviter tout empêchement à la coordination ou l'éviction inutile

d'un praticien d'une procédure à coordonner, par crainte de ne pouvoir le nommer ensuite coordinateur, le choix pourrait être anticipé²⁰. Sous réserve, bien sûr, que les législations nationales laissent aux débiteurs membres du groupe la possibilité de proposer le nom du praticien à désigner dans leurs propres procédures²¹.

2. Le choix du coordinateur

15. Anticipé ou non, le choix du coordinateur relève de la seule juridiction d'ouverture.

D'une part, celle-ci n'est pas tenue par la proposition qui lui est faite par le praticien saisissant²².

D'autre part, elle n'est pas tenue par l'objection que souleverait le praticien en charge d'une procédure coordonnée²³. Toutefois, nécessairement formulée avant que le tribunal ne se prononce, cette objection permettra notamment d'attirer l'attention de la juridiction d'ouverture sur des conflits d'intérêts dont elle n'aurait pas connaissance en raison de la distance qui la sépare des procédures coordonnées.

16. Et l'on voit combien l'ouverture même de la procédure repose sur un dialogue entre praticiens et praticiens et juridictions. Le déroulement de la procédure, confiée aux praticiens, en tête desquels le coordinateur, sous un contrôle juridictionnel minimaliste, suivra la même ligne. Le succès de la procédure dépendra donc bien de l'aptitude du coordinateur à faire émerger de cette coopération un consensus sur la meilleure solution pour tous. Là encore, l'anticipation sera un atout.

II. Déroulement

Le déroulement de la procédure de coordination est principalement aux mains du coordinateur. Pour autant, les praticiens qui ont sollicité sa désignation ne sont pas totalement évincés.

A. Coordination

La mission du coordinateur tient à la recherche de la solution optimale pour le groupe et ses créanciers. Pour ce faire, le règlement lui octroie des pouvoirs qui doivent l'aider à convaincre les praticiens en charge des procédures coordonnées.

15 C. com., art. L. 694-6.

16 Règl. n° 2015/848, 20 mai 2015, art. 63, § 1, b.

17 Règl. n° 2015/848, 20 mai 2015, art. 71, § 1.

18 Règl. n° 2015/848, 20 mai 2015, art. 71, § 2.

19 C. com., art. L. 694-2.

20 Brulard Y., « Règlement insolvabilité – La coopération entre praticiens », Rev. proc. coll. 2016, dossier 32 ; Vallens J.-L., « Rapport de synthèse », BJE janv. 2012, n° 014, p. 62.

21 En France, seul le débiteur demandeur d'une sauvegarde peut proposer le nom d'un administrateur (C. com., art. L. 621-4, al. 5).

22 L'article 61, 3, a), vise une « proposition » et l'article 68, 1, a), indique que le tribunal désigne « un » coordinateur.

23 Règl. n° 2015/848, 20 mai 2015, art. 64, § 1, b) et art. 67.

1. La mission du coordinateur

17. La mission du coordinateur est de proposer « une série complète de mesures appropriées pour une approche intégrée de la résolution des insolvabilités des membres du groupe »²⁴, étant rappelé que la décision d'ouverture porte déjà « les grandes lignes de la coordination » à mettre en œuvre²⁵.

La difficulté de cette tâche tiendra parfois moins à ses aspects économiques et financiers qu'à la nécessité de concilier des intérêts divergents²⁶ : ceux du groupe, de ses membres et de leurs créanciers, communs ou propres. Or d'une part, le droit européen ne hiérarchise pas ces intérêts, d'autre part, chaque législation nationale retient sa propre hiérarchie²⁷. Où la directive insolvabilité pourrait constituer une aide certaine²⁸.

18. D'autant plus que les difficultés ne sauraient être anticipées par l'affirmation d'une préférence pour ou contre la mère – qui n'a pas à assumer une responsabilité que le texte ne prévoit pas, serait-ce à rebours des attentes de certains créanciers²⁹ –, à moins qu'elle n'ait été inscrite dans les contrats passés par les membres du groupe.

19. Partant, le coordinateur ne remplira sa mission que s'il parvient à dégager des solutions profitables à tous, à même de convaincre praticiens et juridictions nationales. Ainsi le coordinateur devra-t-il convaincre le juge-commissaire d'une procédure coordonnée française de l'intérêt de la coordination pour cette dernière s'il souhaite que celui-ci autorise le praticien à entrer dans la procédure, à y rester et/ou à l'exécuter³⁰.

2. Les pouvoirs du coordinateur

20. Pour établir une solution intégrée, le coordinateur doit recevoir des praticiens et juridictions les mêmes informations que dans le cadre d'une coopération simple. L'ordonnance précise que le juge-commissaire peut, dans les mêmes conditions, autoriser la communication de documents confidentiels³¹.

21. Le coordinateur décline alors sa proposition en recommandations adressées aux praticiens afin qu'ils adaptent le déroulement des procédures coordonnées. Or le règlement semble admettre des recommandations fort intrusives dont la mise en œuvre pourrait se révéler difficile. Ainsi et sans exhaustivité, comment le coordinateur pourrait-il s'immiscer dans l'exercice des actions révocatoires d'une procédure française alors que leurs conditions sont strictement définies³² ? Quelle transaction pourrait-il proposer dans un litige intragroupe alors que ce contrat doit être autorisé par le juge-commissaire, éventuellement sur avis du ministère public³³ ? Ces questions ne sont pas évoquées par l'ordonnance qui, seulement, renvoie la suspension de la procédure ouverte à l'égard d'un membre du groupe³⁴ à la compétence du tribunal en charge de la procédure à suspendre³⁵. Il apparaît alors que, comme les solutions négociées proposées par la CNUDCI dont s'est inspiré le règlement³⁶, les pouvoirs accordés au coordinateur se heurteront au caractère d'ordre public des règles nationales.

Revient alors l'idée que l'essentiel reposera sur l'anticipation des difficultés dans les rapports contractuels des membres du groupe, la force de conviction du coordinateur et son aptitude à la négociation.

B. Place des praticiens

C'est dire si les praticiens en charge des procédures coordonnées conservent une place essentielle dans la conduite de la procédure de coordination, soulignant une difficulté particulière liée à la dualité des praticiens français.

1. Dans la coordination

22. Alors qu'il n'est pas prévu de contrôle juridictionnel du déroulement de la procédure, sauf la révocation du coordinateur³⁷ ou le dépassement des coûts³⁸, l'action du coordinateur est soumise à la sagacité des praticiens en charge des procédures coordonnées, autorisés à ne pas suivre ses recommandations³⁹. Arme de négociation préalable à la menace de « désinclusion », cette faculté peut toutefois faire l'objet d'un contrôle en opportunité par l'autorité de contrôle du praticien ; en France, le juge-commissaire⁴⁰.

24 Règl. n° 2015/848, 20 mai 2015, art. 72, § 1, a et b.

25 Règl. n° 2015/848, 20 mai 2015, art. 68, § 1, b.

26 Théron J., « Les nouveaux moyens procéduraux », Rev. proc. coll. 2017, dossier 11.

27 V. Trevino S., « L'affaire *Fagor-Brandt* vue de l'intérieur, ou comment pallier l'absence de la notion de groupe au sein de l'Union européenne », BJE janv. 2015, n° 112c4, p. 77.

28 Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux cadres de restructuration préventifs, à la seconde chance et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et d'apurement et modifiant la directive n° 2012/30/UE, du 22 novembre 2016 – 2016/0359(COD).

29 Not. les salariés, Couret A., « Les obligations des sociétés mères à l'épreuve de vents contraires », BJS nov. 2017, n° 116y6, p. 64 ; d'Hoir-Lauprêtre C., « Les groupes de sociétés : vers une meilleure corrélation entre pouvoirs et responsabilités », LPA 19 juin 2012, p. 5.

30 C. com., art. L. 694-6 et C. com., art. L. 694-8.

31 C. com., art. L. 694-7.

32 C. com., art. L. 632-1 et s.

33 C. com., art. L. 622-7-II.

34 Règl. n° 2015/848, 20 mai 2015, art. 72, § 2, e.

35 C. com., art. L. 694-4.

36 Règl. n° 2015/848, 20 mai 2015, cons. 48. V. Giorgini G.-C., « Les protocoles entre autorités de la procédure d'insolvabilité », BJE janv. 2016, n° 112y6, p. 69.

37 Règl. n° 2015/848, 20 mai 2015, art. 75 ; C. com., art. L. 694-5.

38 Règl. n° 2015/848, 20 mai 2015, art. 77 ; C. com., art. L. 694-3.

39 Règl. n° 2015/848, 20 mai 2015, art. 70, § 2.

40 C. com., art. L. 694-8.

Le juge-commissaire se trouve ainsi placé, par l'ordonnance, au cœur de la négociation de définition et d'exécution de la solution coordonnée.

2. Dualité française

23. Et, en France, la désignation, par l'ordonnance n° 2017-1519, des mandataires comme interface entre la procédure coordonnée et le coordinateur risque d'ajouter la négociation à la négociation.

Ce choix peut s'expliquer par la désignation systématique d'un mandataire, quand celle d'un administrateur est facultative, ou par ce que le règlement, visant la restructuration du groupe, organise en réalité davantage la protection de l'intérêt des créanciers que celle de l'intérêt des membres du groupe.

24. Pourtant, c'est bien l'administrateur, lorsqu'il en est nommé un, qui établit le projet de plan de la

procédure coordonnée française⁴¹. Le coordinateur s'adressera donc au mandataire qui transmettra à l'administrateur qui devra convaincre débiteur et créanciers. Complexité, latence et risque de dissensions internes sont ainsi introduits dans cette procédure, ce que le législateur n'ignore pas, prévoyant l'arbitrage du juge-commissaire⁴². Est ainsi résumée la procédure de coordination : une procédure reposant sur le consensus dont la faisabilité risque d'achopper sur la divergence des intérêts.

41 C. com., art. L. 626-2. Comp. solution retenue par l'ordonnance de 2014 pour l'application de C. com., art. L. 662-8.

42 C. com., art. L. 694-9.

Efficacité des procédures et coopération et communication entre les acteurs ^{115q6}

Laurence Caroline HENRY

Avocat général en service extraordinaire à la Cour de cassation

Professeur agrégé

Le nouveau règlement européen de l'insolvabilité renforce la coopération croisée entre les praticiens de l'insolvabilité et les juridictions en cas d'ouverture, au sein de l'Union européenne, d'une procédure principale et d'une ou plusieurs procédures secondaires, en cas d'ouverture de plusieurs procédures principales parallèles ou de procédures ouvertes pour gérer l'insolvabilité d'un groupe de sociétés. Les formes de cette coopération sont novatrices pour le droit français qui a su s'adapter.

1. Le nouveau règlement européen relatif à l'insolvabilité (REI) a ceci d'original qu'il renvoie souvent aux droits nationaux des États membres¹. Ce constat explique le besoin d'adaptation du droit français², il est encore plus prégnant en ce qui concerne la coopération et la communication entre les acteurs des procédures d'insolvabilité européenne. Par acteurs, il faut comprendre les praticiens de l'insolvabilité et les magistrats en charge de ces procédures. La coordination de leurs efforts au chevet d'une entreprise insolvable, personne physique ou morale, est le premier gage d'efficacité des procédures comme l'expérience le montre³.

2. L'ordonnance du 2 novembre 2017 introduit dans le nouveau titre IX du Code de commerce, un chapitre V visant la coopération et la communication des praticiens de l'insolvabilité et des juridictions. Il comprend les articles L. 695-1 à L. 695-5 qui assurent l'adaptation du droit français aux articles 41 et 56 du REI, le premier visant la coordination de la procédure principale et des ou de la procédure(s) secondaire(s) et le second la coopération en présence d'un groupe de sociétés. Prolongeant les dispositions du règlement, les articles du Code de commerce prennent en compte la triple coordination-communication entre praticiens de l'insolvabilité, entre juridictions et entre praticiens de l'insolvabilité et juridictions. Le juge-commissaire occupe une place centrale dans le dispositif français⁴ puisqu'il est informé des demandes de coopération et de coordination, qu'il donne l'autorisation de communiquer les informations demandées, approuve tout

accord ou protocole prévu par le texte européen, peut être désigné pour être le chef d'orchestre de la coopération tripartite... Indéniablement il devient le pivot du système de coopération⁵ avec les praticiens de l'insolvabilité. La lecture croisée des articles du REI et de ceux de l'ordonnance du 2 novembre 2017 permet de préciser qui sont les acteurs de la coopération-communication et de constater la souplesse des modalités de cette dernière.

I. Les acteurs de la coopération

3. Ce sont d'abord et avant tout les praticiens de l'insolvabilité et le juge-commissaire, même si d'autres acteurs se trouvent impliqués. Ainsi un duo praticien de l'insolvabilité/juge-commissaire est consacré pour l'orchestration de la coopération-communication qui se voit dotée d'un chef d'orchestre à deux têtes tandis que sa mise en œuvre est confiée à des acteurs choisis par le tribunal.

A. Un chef d'orchestre à deux têtes

4. Ce choix fait par l'article L. 695-2 I et II se comprend aisément. La coopération-communication concernant les praticiens de l'insolvabilité et les juridictions, il fallait un acteur issu des praticiens et un acteur issu de la juridiction.

5. Le découpage du I et du II de l'article L. 695-2 était imposé par les articles 41 à 43 et 56 à 58 du REI. Avant de coopérer, il faut communiquer (REI, art. 41, § 2, a) et art. 56, § 2, a)). Cette obligation repose avant tout sur le praticien de l'insolvabilité tant dans le règlement que dans l'ordonnance. Cette dernière ne reprend pas les éléments de l'article 41, § 2, a) du REI⁶ quant au contenu de l'information.

1 Roussel Galle P. et Tabeling A., « Adaptation du droit français des entreprises en difficulté au règlement insolvabilité du 20 mai 2015, À propos de l'ordonnance n° 2017-1519 du 2 novembre 2017 », JCP G 2017, 1217 ; JCP E 2017, act. 852.

2 Comme celui des autres droits des États membres, par exemple, le droit allemand ou belge, Roussel Galle P. et Tabeling A., art. préc.

3 V. les affaires, *Emtec, Sando, Fagor-Brandt et Alkor Venilia*, Sénéchal M., « Alkor Venilia : retour d'expérience d'un praticien de l'insolvabilité », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Luc Vallens*, 2017, Joly, p. 373.

4 Menjucq M. et Mastrullo T., comm. de Ord. n° 2017-1519, 2 nov. 2017, portant adaptation du droit français au Règl. (UE) n° 2015/848 sur les procédures d'insolvabilité, Rev. proc. coll. 2017, étude 19, spéc. n° 51.

5 Sautonie-Laguionie L., « L'adaptation du droit français au règlement révisé, relatif aux procédures d'insolvabilité, par l'ordonnance du 2 novembre 2017 », BJE janv. 2018, n° 115m4, p. 58.

6 Il précise à titre d'exemple, le contenu de l'information (état de la production des créances et de la vérification des créances et toutes les mesures visant au redressement ou à la restructuration du débiteur, ou visant à mettre fin à la procédure).

En revanche, est repris le caractère confidentiel de ces informations.

Deux temps sont distingués par l'article L. 695-2. Premier temps, le mandataire de justice doit informer le juge-commissaire des demandes de communication et de coopération qu'il reçoit du praticien de l'insolvabilité désigné par la juridiction qui a ouvert la procédure dans un autre État membre. Le mandataire de justice est donc le principal organe de communication entre les juridictions respectant l'esprit du REI⁷.

Second temps, le praticien de l'insolvabilité doit solliciter l'autorisation du juge-commissaire pour pouvoir communiquer les informations confidentielles à tout praticien de l'insolvabilité désigné dans une autre procédure ouverte dans le cadre du REI. Le duo praticien de l'insolvabilité/juge-commissaire visé par l'article L. 695-2 I du Code de commerce renforce l'efficacité des procédures d'insolvabilité non seulement en permettant aux informations utiles de circuler mais aussi en préservant leur confidentialité lorsqu'elle s'avère nécessaire à l'issue de la procédure. Une fois que le praticien de l'insolvabilité est autorisé à lever la confidentialité de certaines informations, elle est partagée avec le ou les autres praticiens de l'insolvabilité désignés, à charge pour eux de préserver la confidentialité nécessaire au succès des procédures coordonnées. Confidentialité partagée ne devrait donc pas rimer avec confidentialité galvaudée.

Les autres parties impliquées, à savoir le débiteur, tout autre mandataire de justice et les contrôleurs désignés dans le cadre des procédures françaises ainsi que ministère public, sont avisées de la demande de communication. Rien ne dit qu'ils sont informés du contenu des informations partagées par les praticiens de l'insolvabilité.

6. Le praticien de l'insolvabilité et le juge-commissaire opèrent encore en duo pour approuver les accords, protocoles conclus en application des articles 41 et 56 du REI. Le mandataire de justice les soumet à l'approbation du juge-commissaire. Il ne faut pas comprendre que l'article L. 695-2 II du Code de commerce limite à ces deux modalités la coopération alors que l'article 41 § 1 du REI vise plus largement toutes les formes qu'elle peut prendre car une telle interprétation contreviendrait à l'effet direct, immédiat du règlement. L'article ne vise que les modalités de conclusion des accords⁸.

On sort du tête-à-tête praticien de l'insolvabilité et juge-commissaire dès lors qu'il s'agit de désigner les acteurs de la mise en œuvre de la coopération-communication.

B. Le cercle élargi des acteurs

7. L'article L. 695-3 du Code de commerce confie à la juridiction ayant ouvert la procédure la responsabilité de la mise en œuvre de la coopération et de la communication tripartite du REI. Cet article se caractérise par son silence sur les modalités de l'exécution de l'obligation européenne et par sa précision dans la désignation de ses acteurs. Le tribunal désigne un juge ou habilite le juge-commissaire (omniprésent) ou choisit un mandataire de justice.

8. Il faut sans doute comprendre que le choix sera dicté par la forme de la coopération-communication variable selon les besoins de la procédure européenne. Le juge sera un acteur inévitable si l'accord prévoit des cessions d'actifs appartenant à un débiteur installé dans un autre État membre mais situés en France. La désignation du juge ou l'habilitation du juge-commissaire s'imposera peut-être en présence d'un accord précis et comportant des engagements, réciproques ou non. Le mandataire de justice sera peut-être préféré en présence d'accords de principes très généraux recommandant de simples lignes de conduite. Le tribunal aura toute liberté de décider au regard de la forme que prendra la coopération-communication qui devra la mettre en œuvre (juge, praticien de l'insolvabilité ou autres).

9. Pour autant, le choix des acteurs aura sans doute une incidence sur la nature juridique des protocoles négociés par les praticiens de l'insolvabilité. Certains dont le contenu est trop général pour faire naître des obligations n'auront *a priori* pas de valeur juridique, mais constitueront de précieux instruments entre les mains des praticiens de l'insolvabilité, et c'est le mandataire de justice qui sera choisi. En revanche, en présence d'accords proches d'un engagement unilatéral ou d'un contrat, l'intervention du juge – voire du tribunal ou de son président en vue d'une homologation, mais l'article L. 695-3 ne le précise pas – devrait être préférée. Ces accords auront la valeur juridique que leur reconnaît la loi applicable à la procédure ; en droit français, le contrat devrait être la qualification la plus fréquente⁹. Si des accords entre praticiens de l'insolvabilité sont expressément prévus, le silence demeure sur de possibles accords entre juridictions. Ils pourraient s'avérer utiles au moins pour s'assurer d'un déroulement chronologique cohérent des procédures en prenant en compte les décisions prises par

7 Henry L. C., Bourbouloux H. et Sénéchal M., comm. de l'article 43 du REI, in Règl. (UE) n° 2015/848, 20 mai 2015, relatif aux procédures d'insolvabilité, comm. article par article sous la dir. de Sauton-Laguionie L., Trans Europe Expert, vol. 12, 2015.

8 Cuniberti G., Nabet P. et Raimon M., *Droit européen de l'insolvabilité*, 2017, LGDJ, Droit des affaires, p. 221, n° 407.

9 Cuniberti G., Nabet P. et Raimon M., *ouvr. préc.* p. 221, n° 409.

chaque juridiction. L'article 42 du REI n'en dit rien, tout comme le Code de commerce.

10. L'ensemble des protocoles quelle que soit leur forme est d'autant plus utile que l'on est en présence de procédures principales parallèles ouvertes dans différents États membres au bénéfice des différentes sociétés d'un même groupe. Le choix des acteurs, comme la variété des protocoles, sont alors déterminants. Ils peuvent utilement coordonner la gestion des actifs, cadrer les calendriers, harmoniser les objectifs poursuivis... La pratique a montré leur importance dans les affaires *Fagor-Brandt*¹⁰, *Emtec*¹¹ et *Sendo*¹². Le chapitre V du titre IX du Code de commerce issu de l'ordonnance du 2 novembre 2017 ne distingue pas entre la coopération-communication menée en présence ou non d'un groupe, tout comme le REI laisse la possibilité d'appliquer les articles 41 à 43 dans le cadre d'un groupe lorsque le choix de la procédure dite de coordination (REI, chap. V) n'est pas retenu. Cette souplesse mérite d'être saluée pour laisser les mains libres aux praticiens de l'insolvabilité qui sont les mieux placés pour choisir.

Cette souplesse dans le choix des acteurs qui est un gage d'efficacité, se retrouve avec bonheur dans les modalités de la coopération-communication.

II. La souplesse des modalités de la coopération-communication

11. Les modalités sont si variées qu'elles ne se résument pas aux seules dispositions visant la coopération-communication¹³. D'ailleurs, l'article L. 695-3 du Code de commerce reste prudemment silencieux sur les modalités, les formes des protocoles. En revanche, l'article L. 695-4 tente un encadrement des moyens de communication ce qui n'est pas sans lien avec le souci de préserver le respect des droits fondamentaux de la procédure.

A. La variété des modalités de la coopération

12. S'il faut renoncer à classer ou énumérer les différentes formes que peut revêtir la coopération-communication, en revanche, il est possible d'appréhender

leur évolution au fur et à mesure du déroulement de la procédure¹⁴.

13. Dans un premier temps, c'est la communication qui prédomine¹⁵, elle suppose l'information utile entre les praticiens de l'insolvabilité, par exemple l'état des créances, les mesures visant au redressement du débiteur ou à mettre fin à la procédure, etc. Elle prend une forme qui en assure la confidentialité. On constate ici un souci commun au REI et à l'ordonnance du 2 novembre 2017. Le fait que l'information ne circule qu'entre praticiens de l'insolvabilité est une garantie de confidentialité qui est consacrée par l'article L. 695-2. I, alinéa 2, du Code de commerce. L'initiative de cette communication n'est pas confiée à un des praticiens de l'insolvabilité impliqués dans les procédures, elle est laissée au plus diligent. Soucieuses sans doute de préserver la hiérarchie entre les procédures principale et secondaire, les lignes directrices européennes recommandent de confier cette initiative au praticien de l'insolvabilité de la procédure principale¹⁶.

Ni le règlement, ni l'ordonnance n'évoquent le problème de la langue de la communication. C'est heureux, il semble souhaitable de laisser ce choix aux acteurs des procédures impliqués en fonction des circonstances. En pratique une langue de travail commune sera choisie¹⁷. Les lignes directrices européennes se montrent plus novatrices. Elles laissent le choix de la langue de travail aux praticiens de l'insolvabilité, mais elles « encouragent les juridictions concernées à admettre, d'une part, la production de documents dans la langue ainsi choisie sans en exiger la traduction et, d'autre part, l'utilisation de langues étrangères dans la procédure »¹⁸. Cette recommandation, gage d'efficacité, risque peut-être de rencontrer des résistances.

14. Toujours dans le cadre de la préparation de l'issue des procédures, les échanges devraient porter sur une recherche des possibilités de restructuration et, le cas échéant, de coordination pour l'élaboration et la mise en œuvre du plan de restructuration.

Enfin, au stade la mise en œuvre de l'issue des procédures, les protocoles portent sur la coordination de la gestion et/ou de la réalisation des actifs. Ainsi, le praticien de l'insolvabilité de la procédure secondaire

10 Trevino S., Leonard T. et Noury A.-S., « L'affaire *Fagor-Brandt* vue de l'intérieur ou comment pallier l'absence de la notion de groupe au sein de l'Union européenne », BJE mars 2015, n° 112c4, p. 78.

11 Aff. *Emtec* : T. com. Nanterre, 3^e ch., 15 févr. 2006, n° 2006P00149 : D. 2006, p. 651, obs. Lienhard A. ; D. 2006, p. 793, obs. Vallens J.-L.

12 Dammann R. et Sénéchal M., « La procédure secondaire mode d'emploi », RLDA, 1^{er} oct. 2009, 2006/9.

13 On pense à la consécration d'un praticien de l'insolvabilité coordinateur dans le REI.

14 Bourbouloux H., Les acteurs du nouveau règlement d'insolvabilité, Le rôle du praticien de l'insolvabilité et du coordinateur, La coopération et la communication entre ces deux organes, Forum annuel Trans Europe Expert 2016.

15 Sénéchal M., « La coopération entre syndics », in *Le nouveau règlement insolvabilité : quelles évolutions ?*, 2015, Joly, Pratiques des affaires, spéc. p. 218.

16 Cuniberti G., Nabet P. et Raimon M., ouvr. préc. p. 222, n° 411.

17 Sénéchal M., préc. p. 218. – *Adde infra* Giorgini G.-C. et Fabrières-Lecécé E. « Les défis pratiques à relever pour une mise en œuvre effective du règlement insolvabilité », BJE mars 2018, n° 115q5.

18 Cuniberti G., Nabet P. et Raimon M., ouvr. préc. p. 222, n° 410.

doit permettre au praticien de l'insolvabilité de la procédure principale de tenir son calendrier. Une telle chronologie dans la progression de la coordination est caractéristique de l'affaire *Emtec* où l'ouverture des procédures secondaires a été reportée au moment de la réalisation des actifs dans un souci de protection de l'intérêt des créanciers puisque c'était le meilleur moyen de parvenir à un plan de cession globale sous l'égide des juridictions françaises¹⁹.

On le voit tous les cas de figure sont envisageables pour prendre en compte les circonstances propres à chaque procédure. Toutefois, des limites se dessinent et marquent un encadrement discret de la liberté d'organisation de la coopération-communication.

B. Un encadrement discret de la coopération

15. L'article L. 695-4 du Code de commerce, tel qu'issu de l'ordonnance, prévoit que le juge ou le mandataire de justice désigné pour mettre en œuvre la coopération-communication : « communique avec les juridictions et les organes désignés dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité ouverte à l'égard du débiteur par la juridiction d'un autre État membre par écrit ou par tout moyen de communication électronique qui préserve la sécurité, la confidentialité et la conservation des échanges. L'écrit ou l'enregistrement sont versés au dossier ». Ces exigences montrent le souci de respecter les exigences de la procédure civile. En outre, « le débiteur, le créancier qui a demandé l'ouverture de la procédure, le ministère public, les juridictions qui ont ouvert une procédure à l'encontre du

même débiteur et les praticiens de l'insolvabilité désignés par ces juridictions en sont avisés ». À n'en pas douter, les droits fondamentaux au procès sont une limite concrète à la souplesse des modalités de mise en œuvre de la coopération. Le contradictoire, les droits de la défense sont pris en compte. On peut s'interroger sur l'indépendance des magistrats²⁰. Tout dépend de l'ampleur que l'on donne à cette coopération entre juges. Si l'on se contente d'envisager la rationalisation de la procédure sans engagement sur le résultat donné, sans accepter que le juge français puisse se voir imposer des solutions par le juge étranger²¹, son indépendance ne devrait pas être mise en cause.

16. Les droits fondamentaux ne sont pas les seuls à être pris en compte. Les dispositions d'ordre public substantielles des États membres s'imposent également. Le respect du secret professionnel pesant sur certains praticiens et celui de la confidentialité de certaines procédures présente un enjeu particulier²². Ils sont essentiels à la réussite des procédures. Le droit français de ce point de vue n'est pas le plus exemplaire. Heureusement, la Cour de cassation a consacré nettement le principe de la confidentialité²³ et la loi de transposition de la directive sur le secret des affaires²⁴ devrait apporter des éléments nouveaux.

19 Henry L.-C., « L'articulation entre la procédure principale et les procédures secondaires », in *Le droit européen des procédures d'insolvabilité à la croisée des chemins*, 2016, Montchrestien, Grands colloques, spéc. p. 50.

20 Rossi P., « La communication entre les juges en matière de procédures collectives », in Menetrey S. et Hess B. (dir.), *Les dialogues des juges en Europe*, 2014, Larcier, p. 220, cité in Cuniberti G., Nabet P. et Raimon M., ouvr. préc. p. 226, n° 420.

21 Cuniberti G., Nabet P. et Raimon M., ouvr. préc. p. 226, n° 420.

22 Le secret des affaires et la confidentialité des procédures, table ronde, Rev. proc. coll. 2015, entretien 1.

23 Cass. com., 15 déc. 2015, n° 14-11500, Bull. civ. IV n° 169 ; D. 2016, Actu, p. 5, obs. Lienhard A. ; JCP E 2016 II 1085, note Stéfania T. ; Rev. proc. coll. 2016, comm. 1, Delattre C. ; JCP G II 216, note Loiseau G. ; Rev. sociétés 2016, p. 193, note Roussel Galle P. ; RTD com. 2016, p. 191, note Macorig-Venier F. ; LEDEN 2916, n° 1, p. 2, note Rubellin P. ; Act. proc. coll. 2016, n° 2, repère 14, Chaput Y.

24 Dir. 2016/943/ UE, 8 juin 2016.

Les défis pratiques à relever pour une mise en œuvre effective du règlement *Insolvabilité* 115q5

Giulio Cesare GIORGINI

Maître de conférences à l'université Nice Sophia Antipolis
Directeur du M2 Droit et pratique des affaires internationales
Membre du GREDEG (UMR 7321 CNRS UNS)

Eugénie FABRIÈS LECÉA

Maître de conférences à l'université de Toulouse 1 Capitole membre du Centre de droit des affaires

L'entrée en vigueur du règlement *Insolvabilité* offre aux professionnels de l'insolvabilité (magistrats, mandataires de justice, conseils) une palette d'outils aux formes et aux dimensions largement inédites. La présente contribution explore les principaux défis à relever.

1. Présenté comme un volet essentiel du programme de reprise économique lancé par la Commission européenne¹, le règlement *insolvabilité* (REI) poursuit des objectifs hétérogènes : la recherche de la maximisation de la valeur de l'entreprise – démarche appelée à s'amplifier avec la future directive *Insolvabilité*² en cours de négociation – mais aussi une meilleure justice sociale³. Le REI prend aussi en compte directement, pour la première fois, la variété d'outils à disposition au sein de l'Union européenne pour organiser le sauvetage de l'entreprise en difficulté. Dans le même temps, il n'opère pas sur ce point une véritable harmonisation : les règles matérielles demeurent peu nombreuses, seules les règles de conflit de juridictions et de lois sont harmonisées et l'instrument s'appuie essentiellement sur des mécanismes volontaires de coopération et de coordination proposés aux juridictions et aux praticiens de l'insolvabilité des États membres⁴. Aussi, les lacunes du REI constituent-elles autant de vides qui laissent l'opportunité d'un choix, de sorte que l'accomplissement des objectifs fixés dépendra essentiellement des nouvelles stratégies qui se développeront. En France, l'action des tribunaux de commerce spécialisés (TCS) et des mandataires de justice sera donc essentielle et cela explique l'intervention inédite du législateur français opérée par l'ordonnance du 2 novembre 2017⁵ pour adapter le droit national

à l'instrument européen. Cette pratique rompt avec celle précédemment utilisée sous l'ancien texte, à savoir l'adoption d'une circulaire d'interprétation⁶. Cette évolution des outils témoigne, à n'en pas douter, d'une volonté de répondre aux besoins des praticiens par l'adoption de véritables éléments substantiels pour la mise en œuvre du règlement européen. Ce changement de paradigme se matérialise dans l'ajout, non anodin, d'un titre IX dans le livre VI du Code de commerce intitulé « dispositions particulières aux procédures d'insolvabilité relevant du règlement (UE) n° 2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité ». Si l'ordonnance fournit un certain nombre de précisions, le silence gardé sur certains défis pratiques à relever, à l'image des registres d'insolvabilité, ou encore les renvois à un décret, restent à regretter.

2. **Langue.** Dès lors qu'il n'existe pas une mais plusieurs langues officielles dans l'Union européenne (UE), les différences linguistiques posent le premier défi à relever : construire l'unité dans la diversité. Certes, l'élaboration de formulaires uniformisés⁷ tant pour l'information des créanciers étrangers (c'est-à-dire résidant sur le territoire d'un autre État membre) que pour la déclaration des créances constitue une avancée. Mais ces formulaires – créés essentiellement afin de réduire les coûts à la charge des créanciers pour conserver leurs droits – n'épuisent pas complètement le problème. En effet, si le créancier peut produire dans une langue officielle de l'UE, les autorités de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité ont la faculté de demander une traduction dans la langue

1 V. Conseil de l'UE, « Procédures d'insolvabilité : nouvelles règles visant à favoriser la reprise économique », <http://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2015/03/12/insolvency-proceedings-new-rules-to-promote-economic-recovery-11115/pdf>, accédé le 10 févr. 2018.

2 Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux cadres de restructuration préventifs, à la seconde chance et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et d'apurement, n° COM(2016) 723 final.

3 Déjà relevé à l'époque du Règl. n° 1346/2000, 29 mai 2000 : v. Fich V., *Corporate Insolvency Law : Perspectives and Principles*, 2^e éd., 2009, CUP, p. 189.

4 Epeoglou M.-T., « The recast European Insolvency Regulation : a missed opportunity for restructuring business in Europe », *University College London Journal of Law and Jurisprudence* 2017, p. 31.

5 Sur l'ordonnance, v. not. Giorgini G.-C., « Le droit français des entreprises en difficulté s'adapte au règlement *Insolvabilité* du 20 mai 2015 »,

Gaz. Pal. 16 janv. 2018, n° 311c6, p. 53 et s.

6 Circ. n° 2006-19, 15 déc. 2006, relative à l'entrée en vigueur du règlement sur les procédures d'insolvabilité (BO ministère de la Justice, n° 2007-1, 28 févr. 2007. Roussel-Galle P., « De quelques pistes d'interprétation du règlement CE n° 1346/2000 sur les procédures d'insolvabilité : la circulaire du 15 décembre 2006 », *JDI* 2008, p. 133.

7 Règl. exéc. n° 2017/1106 de la Commission : JOUE L 160/1, 22 juin 2017.

officielle de cet État⁸, dont le coût incombera *a priori* au créancier⁹.

3. Échange des informations. Dès l'origine, le droit européen instaure une coopération entre les intervenants dans le traitement de l'insolvabilité. Mais celle-ci a été jugée insuffisante, d'où l'adoption de nouvelles mesures¹⁰ et la mise en place d'une coopération entre les juridictions¹¹ et d'une coopération croisée (entre praticiens de l'insolvabilité et juridictions)¹². Face à ce défi, l'ordonnance du 2 novembre 2017 place le juge-commissaire au centre de la coopération entre les praticiens de l'insolvabilité. Ce dernier, après avoir été informé par le mandataire de justice des demandes de coopération adressées par le praticien de l'insolvabilité désigné à l'étranger, autorise la communication des informations confidentielles. Si l'article 41 du REI décline l'objet de cette communication, le silence gardé par l'ordonnance sur ce que couvre la notion d'« informations confidentielles » est à regretter. Toutefois, pour garantir les droits fondamentaux du procès, l'ordonnance précise que le débiteur, tout autre mandataire de justice, les contrôleurs et le ministère public en sont informés sans délai. Dans les autres formes de coopération (entre juridictions, et entre juridictions et praticiens de l'insolvabilité), l'ordonnance prévoit la désignation d'un juge, l'habilitation du juge-commissaire ou la désignation d'un mandataire de justice en charge de la communication avec les juridictions et organes étrangers. Celle-ci s'opère directement¹³ par écrit ou tout moyen de communication électronique qui préserve « la sécurité, la confidentialité et la conservation des échanges ». Là encore pour garantir les droits fondamentaux du procès, ces éléments sont versés au dossier. Reste que le succès d'une telle entreprise dépendra des pratiques mises en place. Pour l'heure, l'inexpérience de ce genre d'exercice, les différences de statuts entre les professionnels et entre les magistrats des États membres¹⁴ ainsi que la poursuite d'objectifs différents par les droits nationaux sont autant d'obstacles encore à franchir.

4. Sécurité et données personnelles. Le REI entend améliorer tant quantitativement que qualitativement¹⁵ le flux d'informations disponibles concernant l'ouverture et le cours des procédures d'insolvabilité. Cet objectif est poursuivi au travers d'un système de registres nationaux de l'insolvabilité directement consultables (notamment par des moyens électroniques) lesquels seront bientôt interconnectés par le portail *eJustice* dans un système de recherche uniforme et multi-langage permettant d'accéder gratuitement à toutes les données pertinentes sur les débiteurs¹⁶. Un projet pilote réunissant sept États membres (rejoins par l'Italie) a en fait démarré en ce sens dès 2014¹⁷ et le REI prévoit son déploiement progressif en considération des difficultés techniques et pratiques inédites posées¹⁸. Pourtant, certaines voix en doctrine continuent de considérer le calendrier posé comme difficilement réalisable¹⁹, sans oublier que l'architecture de ce futur système interconnecté pose avec une acuité particulière la question de la protection des données personnelles stockées²⁰. Ces registres sont à la fois un mécanisme de normalisation du risque pour les créanciers mais aussi un outil d'information inestimable pour l'efficacité des procédures. En effet, alors même que les chefs de compétence en matière de procédures d'insolvabilité ne sont pas complètement unifiés (les règles de compétence juridictionnelle du REI n'ont pas mis fin aux règles existantes dans les États membres), ces registres devront permettre de gérer le pluralisme qui en résulte.

5. Protocoles d'insolvabilité. Innovation majeure dans le traitement de l'insolvabilité internationale, les protocoles d'insolvabilité ont certes permis des avancées spectaculaires, mais aussi révélé des faiblesses au fil des ans²¹. Pour la première fois, le REI intègre ce mécanisme développé par la pratique mais en le précisant. Or la valeur juridique de ces protocoles est dis-

8 Règl. n° 2015/848, 20 mai 2015, art. 55. Le REI prévoit toutefois que chaque État membre peut indiquer s'il accepte pour les productions de créance le recours à une autre langue officielle de l'UE. Aucun État membre n'a, semble-t-il à ce jour, pris position en ce sens. V. aussi C. com., art. L. 693-1.

9 En France, la solution selon laquelle le défaut de traduction ne saurait être assimilé à un défaut de production devrait être maintenue.

10 Règl. n° 2015/848, 20 mai 2015, art. 41, 44, 56 et 59.

11 CJUE, 22 nov 2012, n° C-116/11. Règl. n° 2015/848, 20 mai 2015, art. 42 et 57.

12 Règl. n° 2015/848, 20 mai 2015, art. 43 et 58.

13 Cette communication se réalise sans passer par l'*exequatur* ou les commissions rogatoires.

14 En France, les juges consulaires ont un statut spécifique. Il s'agit d'une justice gratuite.

15 À titre d'illustration le REI définit non seulement les informations devant figurer dans les registres mais impose des obligations de diligence, v. Règl. n° 2015/848, 20 mai 2015, art. 24, § 1.

16 Règl. n° 2015/848, 20 mai 2015, art. 24 à 27. Sur cette interconnexion, v. not. Sziranyi P., « EU-wide interconnection of insolvency registers », ERA Forum 2015, p. 219.

17 La version bêta est consultable ici : https://e-justice.europa.eu/content_interconnected_insolvency_registers_search-246-en.do, accès le 10 févr. 2018.

18 Règl. n° 2015/848, 20 mai 2015, art. 82. Ainsi, l'application de l'article 24, § 1, a été reculée au 26 juin 2018 et de l'article 25 (interconnexion des registres d'insolvabilité) jusqu'au 26 juin 2019.

19 Fletcher I.-F., « The European Regulation recast : the main features of the new law », *Insolvency Intelligence* 2015, p. 97.

20 V. Giorgini G.-C., « Protection des données », in Sauton-Laguionie L. (sous-dir.), *Le règlement 2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité – Commentaire article par article*, 2015, SLC, TEE, p. 375 et s. ; adde Cuniberti G., Nabet P. et Raimon M., *Droit européen de l'insolvabilité*, 2017, LGDJ, p. 182, n° 314 et s.

21 Sexton A.-V., « Current problems and trends in the administration of transnational insolvencies involving enterprise groups : the mixed record of protocols, the UNCITRAL model insolvency law, and the EU insolvency regulation », *Chicago Journal of International Law* 2012, n° 2, p. 811 et s.

cutée. Leur contenu demeure variable²², de sorte que tout protocole ne crée pas nécessairement de véritables obligations juridiques pour les parties. De plus, l'élaboration des protocoles n'est pas soumise à une procédure uniforme pour l'ensemble des États membres. Dans l'hypothèse d'une homologation judiciaire, le protocole devrait suivre le régime de la décision d'homologation. Mais en France, l'ordonnance du 2 novembre 2017 subordonne la stipulation d'un protocole à une simple approbation par le juge-commissaire²³, ce qui ne devrait pas modifier sa qualification. Par conséquent, la nature exacte de l'acte ainsi que les sanctions en cas de violation dépendront essentiellement de son contenu concret, ce qui commande une attention particulière des professionnels lors de sa rédaction. Enfin, les protocoles rejoignent la problématique de la langue déjà évoquée. S'il demeure possible d'établir ces protocoles dans les langues officielles des différents États membres concernés, le recours à une seule langue de travail devrait vraisemblablement se développer si l'on en croit les témoignages de divers professionnels.

6. Règles de procédure. La nouvelle procédure de coordination collective en matière de groupe de sociétés est complexe²⁴ mais repose complètement sur la participation volontaire puisque le praticien de l'insolvabilité désigné dans la procédure ouverte à l'égard d'une société du groupe peut décider de ne pas y participer (faculté d'*opt-out*)²⁵. En réalité, la question mérite d'être posée différemment. Pour accepter de participer à la coordination collective, le praticien doit lever une inconnue essentielle : le bilan entre le coût potentiel et les délais dérivant de la coordination, d'une part, et les avantages espérés, d'autre part. En subordonnant la décision d'*opt-out* à une autorisation du juge-commissaire insusceptible de

recours²⁶, l'ordonnance du 2 novembre 2017 n'a pas réglé le problème. La perception des praticiens quant à l'opportunité concrète de la coordination collective demeurera donc essentielle pour en assurer le succès. Mais, il n'est pas exclu que le dispositif soit modifié à l'avenir²⁷. Enfin, s'agissant de l'engagement unilatéral pris par le praticien de l'insolvabilité, l'ordonnance du 2 novembre 2017 apporte des précisions opportunes sur le plan procédural²⁸. Pour autant, l'aspect purement volontaire qui préside à l'engagement unilatéral risque une fois encore de mettre à mal le dispositif, et ce d'autant que le praticien de l'insolvabilité peut voir sa responsabilité professionnelle mise en cause en cas de dommage causé aux créanciers locaux par suite du non-respect de ses obligations²⁹. Il en irait notamment ainsi en cas de non-conformité de la répartition des actifs ou des produits provenant de leur réalisation aux dispositions de la loi étrangère. Or la diversité des législations nationales en la matière soulève des difficultés pratiques en termes de connaissance et d'interprétation de la loi étrangère. Une fois encore, la mise en œuvre du REI pourrait conduire à développer des pratiques inédites (recours à des certificats de coutume, sous-traitance à des praticiens de l'insolvabilité étrangers, etc.). L'avenir nous dira si l'engagement unilatéral tiendra ses promesses – éviter l'ouverture d'une procédure secondaire – ou si, au contraire, l'ouverture d'une procédure secondaire coordonnée, où finalement le praticien de l'insolvabilité de la procédure secondaire supporte le risque de la bonne application de la loi locale, ne sera pas préférée.

22 Giorgini G.-C., « Les protocoles entre autorités de la procédure d'insolvabilité », BJE janv. 2016, n° 112y6, p. 69 et s.

23 V. C. com., art. L. 695-2, II.

24 C. com., art. L. 694-2 à C. com., art. L. 694-10 : v. *supra* : Laroche M. « Groupes de sociétés : originalité et faisabilité de la procédure de coordination collective », BJE mars 2018, n° 115r0.

25 Règl. n° 2015/848, 20 mai 2015, art. 64 et 65.

26 C. com., art. L. 694-6.

27 Zhang D., « A recommendation to improve the opt-out mechanism in EU Regulation on insolvency proceedings recast », International Company and Commercial Law Review 2017, p. 167.

28 V. *supra*, Cuniberti G., Nabet P. et Raimon M., art. préc.

29 Règl. n° 2015/848, 20 mai 2015, art. 36.