

ENVIRONNEMENT
FINANCES ET
ECONOMIE
FISCALITÉ
ILE-DE-FRANCE
INTERNATIONAL
QUESTIONS
JURIDIQUES
EMPLOI
**AFFAIRES
SOCIALES**
SIMPLIFICATIONS
ADMINISTRATIVES
VILLE ET
COMMERCE
CONCURRENCE
**CRÉATION
D'ENTREPRISE**
ENVIRONNEMENT
FINANCES
ET ECONOMIE
FISCALITÉ
ILE-DE-FRANCE
INTERNATIONAL
QUESTIONS
JURIDIQUES
EMPLOI AFFAIRES
SOCIALES
SIMPLIFICATIONS
ADMINISTRATIVES
VILLE ET
COMMERCE
CONCURRENCE
CRÉATION
D'ENTREPRISE
ENVIRONNEMENT
FINANCES
ET ECONOMIE
FISCALITÉ
ILE-DE-FRANCE
INTERNATIONAL
QUESTIONS
JURIDIQUES
EMPLOI AFFAIRES
SOCIALES

Le droit européen de l'insolvabilité

Proposition de réforme du règlement 1346/2000 du 29 mai 2000

Rapporteur Monsieur Arnould d'HAUTEFEUILLE
11 octobre 2012



Chambre de commerce
et d'industrie de Paris



**Chambre de commerce
et d'industrie de Paris**

Le droit européen de l'insolvabilité

Proposition de réforme du règlement 1346/2000 du 29 mai 2000

Rapport présenté par Monsieur Arnould d'HAUTEFEUILLE

Au nom de la Commission du droit de l'entreprise

Et adopté au Bureau du 11 octobre 2012

**Avec la collaboration de l'Observatoire Consulaire des Entreprises en
Difficultés (OCED) et du Département de droit civil et commercial**

Chambre de commerce et d'industrie de Paris
27, avenue de Friedland
F - 75382 Paris Cedex 8
<http://www.etudes.ccip.fr>

Registre de transparence
N° 93699614732-82



**Chambre de commerce
et d'industrie de Paris**

Le règlement européen 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité a pour but d'assurer le traitement des difficultés des entreprises situées à titre principal dans un pays membre, mais dont les activités s'étendent dans l'Union européenne, au-delà des frontières de ce seul pays d'origine¹.

L'approche retenue par ce texte est d'imposer à l'échelle européenne des règles de conflit, autrement dit prévoir, selon les circonstances, des critères de détermination des juridictions compétentes et des lois internes applicables dans le contexte de procédures transfrontalières d'insolvabilité. En d'autres termes, il n'opère pas d'harmonisation des règles matérielles composant les différents droits nationaux des entreprises en difficulté.

Dans ce cadre, le règlement européen tente de ménager un équilibre entre les principes d'universalité² et de territorialité³ des procédures : d'une part, l'ouverture d'une procédure dans l'État du lieu du centre des intérêts principaux du débiteur s'impose aux autres membres et, d'autre part, des procédures supplémentaires aux effets limités peuvent être ouvertes dans chaque État membre au sein desquels se trouvent des établissements du débiteur. De cette manière, le règlement ménage les États soucieux de préserver les intérêts des créanciers locaux en leur permettant d'appliquer leur propre réglementation.

Mais, depuis son entrée en vigueur le 31 mai 2002, les données ont beaucoup changé.

En premier lieu, il convient de rappeler que quinze nouveaux États membres ont rejoint l'Union depuis 2002.

En deuxième lieu, le sauvetage de l'entreprise est davantage pris en compte dans les législations nationales relatives aux difficultés des entreprises. Certaines, dont la France, ont notamment développé des procédures dites de « pré-insolvabilité » afin d'intervenir le plus en amont possible des difficultés des entreprises. Or le règlement se cantonne à régir les seules procédures d'insolvabilité.

En troisième lieu, les phénomènes de mondialisation et de filialisation se sont largement accrus alors que le règlement européen n'avait pas pris en considération cet aspect. C'est la pratique qui a tenté de traiter cette question en essayant de parvenir à une approche la plus coordonnée possible des différentes sociétés en difficultés d'un groupe. Les juridictions nationales ont ainsi ouvert des procédures secondaires à l'égard de filiales ou encore déplacé le centre des intérêts principaux de la filiale au siège de la société mère ou de toute autre société « contrôlante ».

¹ Il a été le fruit d'un processus extrêmement long qui a abouti à un compromis entre États désireux de conserver l'essentiel de leurs prérogatives en la matière. Le Parlement européen relève d'ailleurs « *que de nombreuses questions sensibles en sont absentes et que l'approche suivie sur un certain nombre de problèmes était déjà obsolète au moment de son adoption* » - Rapport de la Commission des affaires juridiques du Parlement européen du 17 octobre 2011 contenant des recommandations à la Commission sur les procédures d'insolvabilité dans le cadre du droit européen des sociétés ; considérant « F ».

² Le principe d'universalité repose sur l'idée qu'il y a lieu de soumettre le débiteur à une seule procédure régissant l'intégralité de son actif et de son passif de sorte que les effets de la procédure ont vocation à s'étendre à l'ensemble des États dans lesquels le débiteur a des intérêts.

³ Le principe de territorialité s'inscrit dans une logique différente puisque les procédures d'insolvabilité sont conçues comme un mode d'exécution des biens du débiteur en difficulté. La procédure ouverte dans un État doit alors voir ses effets strictement limités au territoire de celui-ci.

Force est donc de constater qu'une révision du règlement européen s'impose afin de l'adapter à la réalité économique d'aujourd'hui et de l'améliorer à l'aune des difficultés que son application a fait émerger. La Commission européenne a ainsi lancé une consultation à cette fin, au printemps 2012, à laquelle la CCIP a répondu⁴. Cependant, la CCIP entend développer ses propres propositions, au-delà du cadre délimité par la Commission, sur un sujet qu'elle estime essentiel⁵.

La CCIP considère par ailleurs qu'il y a aussi lieu de s'engager dans l'harmonisation des règles matérielles des différentes législations nationales, mais seulement sur certains points techniques bien précis.

⁴ Rapport de Monsieur Arnould d'HAUTEFEUILLE, *Consultation sur la révision du règlement européen sur l'insolvabilité des entreprises, Réactions de la CCIP*, 7 juin 2012 ; <http://www.etudes.ccip.fr/rapport/326-insolvabilite-reglement-europeen>

⁵ Dans le cadre des travaux préparatoires à cette prise de position de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris (CCIP), l'Observatoire Consulaire des Entreprises en Difficultés (OCED), centre d'observation et de recherches de la CCIP, a consulté des experts : Michel Germain, Professeur et Président du Comité scientifique de l'OCED ; Henri Chriqui, Administrateur judiciaire ; Hélène Bourbouloux, Administrateur judiciaire ; Alain Lienhard, Rédacteur en chef du Recueil Dalloz ; Michel Menjucq, Professeur ; Thierry Météyé, Directeur de la Délégation Unédic-AGS ; Jean-Luc Vallens, Président de chambre à la Cour d'appel de Colmar et Professeur associé. On précisera que le présent rapport peut, sur certains points, différer des préconisations de ces experts.

Ont par ailleurs été auditionnés : Martin Prager, Avocat allemand ; Reinhard Dammann, Avocat et Jacques Henrot, Avocat.

CHAPITRE 1

UNE REVISION DU REGLEMENT 1346/2000 DU 29 MAI 2000

7

1. DISPOSITIONS GENERALES	7
1.1. LE CHAMP D'APPLICATION	7
1.1.1. <i>Ratione materiae</i>	7
1.1.2. <i>Ratione loci</i>	9
1.2. LES DEFINITIONS	9
1.2.1. <i>Sur les types de procédure (article 2 c du Règlement)</i>	9
1.2.2. <i>Sur l'établissement (article 2 h du Règlement)</i>	10
1.2.3. <i>Sur le centre des intérêts principaux</i>	10
1.2.4. <i>Sur la date d'ouverture de la procédure</i>	10
2. COMPETENCE ET RECONNAISSANCE	11
2.1. LA RECONNAISSANCE DE PLEIN DROIT ET L'OUVERTURE DE LA PROCEDURE (ART. 16 ET 26 DU REGLEMENT)	11
2.2. L'EXECUTION DANS UN AUTRE ÉTAT DE LA DECISION D'OUVERTURE DE LA PROCEDURE	11
2.2.1. <i>Difficultés pour les juridictions nationales à reconnaître des procédures étrangères</i>	11
2.2.2. <i>Refus des syndicats étrangers de reconnaître et d'appliquer le droit du travail, notamment français</i>	11
2.2.3. <i>La publicité de la décision ou du jugement d'ouverture</i>	12
3. LOI APPLICABLE ET DROITS AFFECTES PAR L'OUVERTURE DE LA PROCEDURE D'INSOLVABILITE	13
3.1. LES LIMITATIONS AU PERIMETRE DES EFFETS DE LA PROCEDURE	13
3.2. LES EXCEPTIONS AU PRINCIPE DE L'APPLICATION DE LA LOI DU FOR	14
4. COORDINATION ENTRE LES SYNDICS DES DIFFERENTES PROCEDURES (PRINCIPALE ET SECONDAIRES) : LES PROTOCOLES	14
5. CAS DES GROUPES	15
5.1. LA PROBLEMATIQUE	15
5.1.1. <i>Cas pratique</i>	15
5.1.2. <i>Observations critiques</i>	17
5.2. PROPOSITIONS	18
6. DEVELOPPEMENT ET MODALITES DE LA COORDINATION ET DE LA COOPERATION DANS LE CAS DE SOCIETES APPARTENANT A UN GROUPE	20
6.1. LE CHAMP DE LA COOPERATION ET DE LA COORDINATION ENTRE LE SYNDIC DE LA PROCEDURE PRINCIPALE ET CEUX NOMMES DANS LES PROCEDURES SECONDAIRES	20
6.2. LA DESIGNATION D'UN SYNDIC PILOTE COORDONNATEUR	20
6.3. LE DEVELOPPEMENT DES RELATIONS ENTRE LES SYNDICS ET ENTRE LES JURIDICTIONS	21
6.4. L'ORGANISATION D'ECHANGES ENTRE LES JURIDICTIONS	21

1. SUR LES CONDITIONS D'OUVERTURE D'UNE PROCEDURE (CF. ANNEXE DE LA RESOLUTION, PARTIE 1, 1.1)	22
1.1. LES PERSONNES	22
1.2. LE CRITERE D'OUVERTURE	23
1.3. LA SAISINE	23
1.4. LE DELAI DE DECLARATION DE CESSATION DES PAIEMENTS EN CAS DE MISE EN LIQUIDATION JUDICIAIRE	24
2. SUR LA PRODUCTION/DECLARATION DES CREANCES (CF. ANNEXE DE LA RESOLUTION, PARTIE 1, 1.2)	25
2.1. LE DELAI	25
2.2. L'INFORMATION DES CREANCIERS ET LE CAS DES CREANCES TARDIVES	25
2.3. LES MODES DE DECLARATION	26
2.4. L'ADMISSION ET LA VERIFICATION DES CREANCES	27
3. SUR LES ACTIONS EN ANNULATION (CF. ANNEXE DE LA RESOLUTION, PARTIE 1, 1.3)	27
4. SUR LA COMPETENCE ET LA MISSION DU SYNDIC (CF. ANNEXE DE LA RESOLUTION, PARTIE 1, 1.4)	28
4.1. LA COMPETENCE DU SYNDIC	28
4.2. L'INDEPENDANCE DU SYNDIC	29
4.3. DES MISSIONS SPECIFIQUES	29
5. SUR LES PLANS DE RESTRUCTURATION (CF. ANNEXE DE LA RESOLUTION, PARTIE 1, 1.5)	30
5.1. LES PERSONNES HABILITEES A PRESENTER UN PLAN	30
5.2. LE CONTENU DU PLAN	30
5.3. L'ARRET DU PLAN	30

CHAPITRE 1

Une révision du règlement 1346/2000 du 29 mai 2000

Préserver un juste équilibre entre universalité et territorialité, en prenant en compte la culture et l'histoire de chaque État en ce domaine est le principe inscrit en filigrane des développements qui vont suivre.

1. Dispositions générales

1.1. *Le champ d'application*

1.1.1. *Ratione materiae*

⇒ Le droit positif

Rappel : Art. 1 du règlement – « *Le présent règlement s'applique aux procédures collectives fondées sur l'insolvabilité du débiteur qui entraînent le dessaisissement partiel ou total de ce débiteur ainsi que la désignation d'un syndic* ».

Aujourd'hui, lorsqu'un État formule une demande en vue d'inscrire une ou des procédures dans les annexes, les autres États membres reçoivent la demande dans la seule langue de l'État demandeur. Ils sont tenus de répondre dans les 15 jours. Le contrôle est par conséquent purement formel.

La CJUE, dans son arrêt *Probud* du 21 janvier 2010, a retenu que l'insertion de la procédure dans l'annexe A est suffisante pour déclencher l'application du règlement. Or, il convient de remarquer que certains États comme la Grande-Bretagne n'ont pas hésité à inscrire dans l'annexe A des procédures qui, au sens strict, ne devraient pas relever du règlement comme le *CVA* (procédure semi-judiciaire⁶ qui se situe généralement dans le prolongement de sa procédure *d'administration*) ou le *creditors voluntary winding up with confirmation by the court* (liquidation amiable), quand la conciliation française revêt dans le même temps un caractère plus hybride.

En même temps, il reste qu'une procédure pourrait remplir les conditions énumérées par l'article 1 du règlement sans pour autant apparaître dans l'annexe A : l'application du règlement demeure en pareil cas incertaine, remarque qui vaut tout particulièrement pour la sauvegarde financière accélérée (SFA) française. Bien que le législateur, par son choix d'insérer cette procédure dans le chapitre du Code de commerce consacré à la sauvegarde, en ait fait, selon lui, une « simple » sauvegarde dérogatoire, celle-ci n'entre pourtant pas dans la définition de cet article 1 du règlement.

⇒ Des évolutions nécessaires

Une certitude, le contexte qui a entouré l'élaboration du règlement en 2000 a fortement évolué depuis lors.

- Tenir compte de l'importance accrue des procédures de nature préventive dans les législations nationales

Il est certain qu'au moins dans son architecture d'ensemble actuelle, le règlement peut difficilement s'appliquer à une procédure dépourvue de caractère collectif et purement préventive, telle que la conciliation. En conséquence, pour prendre en compte cette dernière, quand elle est déclenchée dans un contexte transfrontalier, il serait opportun de prévoir une disposition spéciale au sein du règlement, qui serait le décalque des articles L. 631-5 et L. 640-5 du Code de commerce français. Pour rappel, ces textes interdisent toute ouverture d'un redressement judiciaire ou d'une liquidation judiciaire visant un débiteur qui bénéficie d'une conciliation. Transposée dans le règlement, la disposition permettrait – dans un article indépendant de

⁶ S'apparente au concordat de la loi de 1967.

l'article 1 – de protéger le débiteur en conciliation contre l'ouverture à son encontre d'une procédure collective dans un autre État membre. Plutôt que de se référer expressément à la conciliation française, elle s'appliquerait aux procédures de pré-insolvabilité non collectives, encadrées dans le temps et fondées sur l'existence de difficultés économiques ou financières nécessitant le contrôle d'une juridiction ou d'une autorité habilitée par la loi, en vue de résoudre ces difficultés. Ces procédures pourraient en outre faire l'objet d'une annexe spécifique.

PROPOSITION

Décalque du 1^{er} alinéa de l'article L. 631-5 et de l'article L. 640-5 du Code de commerce français

Rappel : « Lorsqu'il n'y a pas de procédure de conciliation en cours, le tribunal peut également se saisir d'office ou être saisi sur requête du ministère public aux fins d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire [ou de liquidation judiciaire]. »

Insérer un paragraphe 2 bis à l'article 3 du règlement :

« Tant qu'une procédure de pré-insolvabilité est en cours dans un État membre, aucune procédure d'insolvabilité ne peut être ouverte, à titre principal ou secondaire, dans un autre État membre. »

Par ailleurs, pour assurer l'efficacité de cette innovation, il conviendrait de faire en sorte que les juridictions compétentes de tous les États membres soient informées de l'ouverture d'une telle procédure de pré-insolvabilité par l'une d'entre elles, et ce de manière confidentielle. Un système de publicité restreinte devrait être organisé à cette fin.

- Redéfinir la notion même d'insolvabilité ; l'articuler avec la notion de pré-insolvabilité

La définition de la procédure d'insolvabilité est essentielle : elle doit permettre dès l'abord d'écartier les incertitudes et risques de confusion avec les procédures civiles d'exécution, les liquidations amiables ou les procédures purement négociées.

C'est pourquoi, dans l'optique d'élargir le champ d'application du règlement à des procédures collectives qui reposent sur l'existence de « simples » difficultés de l'entreprise et dans lesquelles le dessaisissement du dirigeant est léger (cas de la sauvegarde), cette définition de l'insolvabilité mérite d'être revue dans le règlement.

La définition proposée par Unidroit⁷ a servi de point de départ à la réflexion. Mais, elle a été amendée pour faire référence aux « difficultés économiques ».

PROPOSITION D'UNE NOUVELLE DÉFINITION DE LA « PROCÉDURE D'INSOLVABILITÉ » :

« Procédures fondées sur l'existence de difficultés économiques et financières nécessitant le contrôle d'une juridiction ou d'une autorité habilitée par la loi, entraînant une surveillance des affaires du débiteur ou le transfert de ses pouvoirs à un administrateur désigné à cette fin et destinées à permettre un redressement de l'entreprise ou la liquidation de ses biens ».

Par ailleurs, il convient de formuler une définition des procédures de pré-insolvabilité, dans la mesure où celles-ci seraient prises en compte par le règlement, de la manière précédemment exposée. À cette définition, figurant dans un paragraphe « a bis » de l'article 2, s'ajouterait une nouvelle annexe A bis intégrant la liste de telles procédures.

PROPOSITION DE DÉFINITION DE LA « PROCÉDURE DE PRÉ-INSOLVABILITÉ » :

« Procédures fondées sur l'existence de difficultés économiques et financières s'accompagnant d'un contrôle d'une juridiction ou d'une autorité habilitée par la loi, en vue de résoudre ces difficultés. La liste de ces procédures figure à l'annexe A bis ».

⁷ Article 1, h, de la Convention d'Unidroit sur les règles matérielles relatives aux titres intermédiaires du 9 octobre 2009 : « "procédure d'insolvabilité" désigne une procédure collective judiciaire ou administrative, y compris une procédure provisoire, dans laquelle les actifs et les activités du débiteur sont soumis au contrôle ou à la supervision d'un tribunal ou d'une autre autorité compétente aux fins de redressement ou de liquidation ».

o Introduire une véritable articulation entre l'article 1 et l'annexe A

En tout état de cause, la définition des procédures concernées par le règlement doit être suffisamment claire et explicite pour qu'il soit possible de vérifier que les procédures inscrites dans l'annexe correspondent à celle-ci. L'énumération qui figure dans l'annexe A doit être conservée, car elle facilite la tâche des tribunaux au moment de la reconnaissance et de l'exécution des procédures étrangères. En effet, par souci de sécurité juridique, l'inscription dans l'annexe doit lever toute incertitude sur l'application du règlement à la procédure. Mais le risque est alors qu'une fois inscrite, cette procédure ne réponde plus aux critères de la définition de l'article 1, soit qu'elle ait été modifiée après l'inscription, soit que ce défaut de conformité soit présent dès son introduction dans l'annexe A.

PROPOSITIONS

Conserver le principe de la reconnaissance automatique des procédures : dès lors qu'elles sont inscrites dans l'annexe A, elles correspondraient au champ défini dans l'article 1.

Permettre le contrôle du bien-fondé de l'inscription via le recours à la question préjudicielle.

1.1.2. *Ratione loci*

En préalable, il convient de rappeler que les juridictions nationales peuvent être amenées à appliquer des règles de droit d'un autre État membre dans des domaines spécifiques comme le droit du travail ou le droit de la vente... En outre, certaines actions sont seulement dérivées de la procédure collective (par exemple, les actions en nullité de la période suspecte) et, ce faisant, entraîneront également l'application de règles d'un autre État. L'utilité d'une directive complémentaire d'harmonisation des règles matérielles serait dans ce contexte notable (Cf. *infra*).

Lorsque le centre des intérêts principaux est hors des États membres, ou qu'il existe, hors de l'UE, des éléments de rattachement (établissements, actifs immobiliers, etc.), il n'y a pas d'autres alternatives que l'application des règles de droit international privé, y compris dans les relations entre les succursales et leurs actifs situés dans d'autres États membres de l'Union européenne. En effet, le règlement ne saurait lier ces derniers.

PISTE DE REFLEXION

Il conviendrait d'élaborer des règles communes pour la reconnaissance des procédures d'insolvabilité ouvertes à l'extérieur de l'Union européenne, en s'appuyant sur les travaux de la CNUDCI (loi type de 1997 sur l'insolvabilité internationale).

1.2. *Les définitions*

1.2.1. *Sur les types de procédure (article 2 c du règlement)*

Actuellement, seule une définition de la procédure de liquidation est insérée dans le règlement : « *une procédure d'insolvabilité au sens du point a) qui entraîne la liquidation des biens du débiteur, y compris lorsque cette procédure est clôturée par un concordat ou une autre mesure mettant fin à l'insolvabilité, ou est clôturée en raison de l'insuffisance de l'actif. La liste de ces procédures figure à l'annexe* ». Il s'agit là d'une définition très extensive qui permet d'inclure, comme le fait le droit anglais, des procédures de redressement. Or, dans le droit français cette procédure est appréhendée de manière beaucoup plus restrictive. Ces différences d'approche expliquent certainement l'inscription dans l'Annexe B de procédures anglaises ne relevant pas, au sens du droit français, de la liquidation.

Une clarification des définitions des types de procédures d'insolvabilité permettrait certainement d'introduire une rigueur indispensable. Par ailleurs, on relèvera une incohérence, au moins apparente, dans l'article 34 du règlement⁸ qui envisage la possibilité de clôturer des procédures secondaires sans liquidation, par un plan de redressement ou un concordat : « *Lorsque la loi applicable à la procédure secondaire prévoit la possibilité de*

⁸ C'est sur la base de cet article que certains États européens ont inscrit dans l'annexe B du Règlement, recensant les procédures liquidatives, des procédures non liquidatives.

clôturer cette procédure sans liquidation par un plan de redressement, un concordat ou une mesure comparable, une telle mesure peut être proposée par le syndic de la procédure principale. ».

PROPOSITION

Compte tenu des divergences importantes entre les différentes législations des États membres que révèlent les lectures différentes ainsi constatées, il convient de supprimer dans l'article 3 paragraphe 3 la disposition selon laquelle « *cette procédure [secondaire] doit être une procédure de liquidation* ». Cette solution doit être ici comprise dans la perspective de la proposition ultérieurement formulée d'étendre, si besoin est, aux filiales le domaine d'application des procédures secondaires. (Cf. *infra*)

1.2.2. Sur l'établissement (article 2 h du règlement)

La définition relative à l'établissement vise des éléments matériels qui permettent certes une grande souplesse, comme l'a démontré la jurisprudence qui l'a utilisée pour ouvrir des procédures secondaires dans l'État membre du siège social de filiales. Toutefois, sur un plan purement juridique, cette approche a été critiquée et certains auteurs et praticiens souhaitent, dans un souci de rigueur, compléter cette définition pour acter cette pratique et mettre fin au débat. La question posée est de savoir s'il faut modifier cette conception.

En ce qui concerne la CCIP, elle préconise une autre voie : d'une part, laisser en l'état la définition de l'établissement ; d'autre part, introduire l'hypothèse de la filiale dans une définition séparée (Cf. *infra*, les développements de la cinquième partie de ce chapitre – « 5. Le cas des groupes » – et plus précisément les propositions énoncées au 5.2).

PROPOSITION

Maintien de la notion en l'état.

1.2.3. Sur le centre des intérêts principaux

Il est surprenant que la définition même du centre des intérêts principaux ne soit pas consacrée dans le règlement lui-même, alors qu'elle figure dans le considérant 13 qu'il conviendrait par conséquent d'introduire dans le corps même du texte.

PROPOSITION

Introduire dans l'article 2 un « a ter » :

« Le centre des intérêts principaux devrait correspondre au lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers ».

1.2.4. Sur la date d'ouverture de la procédure

Définir précisément cette date permet de sauvegarder les droits de celui qui saisit une juridiction. La date d'ouverture de la procédure est en effet le point de départ d'une période pendant laquelle le débiteur est protégé contre l'ouverture ultérieure d'une procédure dans un autre État membre. Cette définition serait d'autant plus essentielle si les procédures de pré-insolvabilité étaient couvertes par le règlement.

Il doit s'agir de la date du jugement d'ouverture lorsqu'il existe et, à défaut, de la date du dépôt de la demande.

PROPOSITION

Introduire dans l'article 2 du règlement un « i »

« date d'ouverture de la procédure : date du jugement d'ouverture lorsqu'il existe, et seulement à défaut, date du dépôt de la demande ».

2. Compétence et reconnaissance

2.1. *La reconnaissance de plein droit et l'ouverture de la procédure (art. 16 et 26 du règlement)*

Interprétant l'article 16 du règlement, la jurisprudence *Eurofood*⁹ a posé le principe de l'interdiction, pour les juridictions des autres États membres, de contrôler la compétence de la juridiction ayant ouvert une procédure dans un État membre ; ce qui est opportun. L'intérêt principal du règlement est de permettre la reconnaissance de plein droit de ces décisions d'ouverture afin d'éviter les manipulations par le débiteur ou ses créanciers et de faciliter la circulation des jugements.

Selon l'article 26 du règlement, l'ordre public peut faire exception à la reconnaissance et à l'exécution des décisions étrangères, en jouant un rôle de garde fou, compte tenu de l'ignorance des lois nationales et des effets des procédures étrangères.

À la référence à l'ordre public, il conviendrait aussi d'ajouter les principes reconnus comme essentiels par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹⁰ ; étant précisé que seraient visés les droits substantiels des parties (protection des biens et des créances) comme les règles de procédure.

PROPOSITION

Compléter l'article 26 du règlement en ce sens, en ajoutant une référence aux principes reconnus par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

2.2. *L'exécution dans un autre État de la décision d'ouverture de la procédure*

On constate l'absence d'uniformité entre les délais prévus par chacun des États, de même que la grande complexité des différentes formalités administratives. Deux types de difficultés, en la matière, peuvent être relevés.

2.2.1. *Difficultés pour les juridictions nationales à reconnaître des procédures étrangères*

La jurisprudence des tribunaux des États membres montre des difficultés face à la reconnaissance de procédures mal connues ou qui ne sont pas fondées sur l'insolvabilité comme, par exemple, la procédure de sauvegarde, lorsque la reconnaissance est demandée dans un autre État membre.

PROPOSITION

Avec la nouvelle rédaction de l'article 1, on peut penser que cette question serait résolue (Cf. *supra*).

2.2.2. *Refus des syndicats étrangers de reconnaître et d'appliquer le droit du travail, notamment français*

Certains syndicats étrangers appliquent les dispositifs propres à leur droit du travail, en totale contradiction avec la règle de l'article 10 relatif au contrat de travail du règlement européen ; ce qui soulève des difficultés peu surmontables et pénalise les salariés comme les fonds de garantie, telle l'AGS en France.

⁹ CJCE, 2 mai 2006, aff. C-341/04, « *Eurofood* », *Recueil de jurisprudence* 2006, p. I-03813.

¹⁰ Cela, au demeurant, dans le prolongement de l'arrêt *Eurofood*.

Quelques exemples sont particulièrement probants :

- Sur l'insuffisance en général de coopération entre les syndicats des différents États¹¹

PROPOSITION

Se reporter à la proposition de nommer un correspondant référent pour le droit du travail, dans l'État autre que celui d'ouverture de la procédure principale (Cf. *infra* 3.2).

- Sur le cas du refus des syndicats étrangers d'établir des relevés de créances salariales¹²

PROPOSITION

Harmoniser les règles matérielles de déclaration des créances salariales (Cf. *infra*, II, 2.3).
Prévoir une coopération plus large entre les syndicats (Cf. *infra* 6.1).

- Sur le cas du refus des syndicats étrangers d'effectuer une attestation d'indisponibilité des fonds, attestation indispensable en droit français pour que l'AGS, intervenant à titre subsidiaire, procède à des avances¹³.

PROPOSITION

Il pourrait être opportun d'introduire dans le règlement la disposition suivante, plus explicite quant à la règle matérielle applicable :

« Dès lors qu'un fonds de garantie d'un État membre est reconnu compétent en vertu de l'article 10 du Règlement 1346/2000 et de l'article 9 de la Directive 2008/94/CE, les autres États membres reconnaissent les règles qui gouvernent le fonctionnement de ce fonds et s'engagent à les respecter. »

- Sur l'absence d'une règle de subrogation d'un fonds étranger dans les droits des salariés

Dans l'Union européenne, rares sont les États dans lesquels les textes permettent une subrogation d'un fonds étranger. C'est le cas notamment en France ou en République Tchèque. Cette absence pose de nombreuses difficultés pour les fonds de garantie, lors de la déclaration de leurs créances. La solution se trouve ici dans une modification de la directive relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur.

PROPOSITION

Insérer un mécanisme de subrogation dans la directive 2008/94/CE relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur.

2.2.3. La publicité de la décision ou du jugement d'ouverture

Il n'y a aucune obligation de publier la décision ou le jugement d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans les registres nationaux des autres États membres.

¹¹ Dans le dossier *Safar Tours*, une procédure d'insolvabilité a été ouverte le 28 février 2007 par la Haute Cour de Justice de Londres sur demande d'un créancier, *Angel Gate Aviation*. L'activité développée à partir du siège social parisien avec le concours de salariés et son immatriculation attestait bien que le centre des intérêts principaux était localisé en France. (Aucun élément matériel ne permettait de justifier que le centre des intérêts principaux se situât au Royaume Uni).

Par ailleurs, dans ce dossier, le syndic anglais n'a pas appliqué le droit du travail français, les 29 salariés du siège parisien ayant été licenciés par fax.

¹² On citera ici le cas du dossier espagnol *Interkitchen* : un salarié travaillait en France, mais le liquidateur espagnol n'a pas voulu établir de relevés de créances salariales au motif que ce salarié n'avait pas, contrairement à ce qu'exige la législation espagnole, déclaré sa créance. Or, pareil refus empêche et retarde le paiement de ces créances en France.

¹³ Dans le dossier allemand *Rudolph Bohnacker Systeme GMBH* du 31 décembre 2010, le mandataire allemand a refusé catégoriquement d'établir une attestation d'indisponibilité des fonds. À titre exceptionnel, et afin de ne pas pénaliser davantage les salariés, l'AGS, fonds de garantie français, a pris la décision de procéder au paiement des avances. Plus généralement, les mandataires étrangers sont surpris qu'on leur demande une attestation d'indisponibilité des fonds et la plupart tarde à l'envoyer, ce qui pénalise fortement les salariés.

PROPOSITION

Sur le principe, la publicité via un registre est totalement incontournable. Reste à en déterminer les modalités. De ce point de vue, deux vecteurs sont envisageables. Dans l'idéal, la création d'un registre européen de l'insolvabilité constituerait la solution idoine.

Mais on peut espérer aussi y parvenir via la mise en place de l'interconnexion des registres nationaux du commerce et des sociétés (issue de la directive 2012/17/UE du 12 juin 2012). Pour ce faire, il faudrait toutefois que les Etats membres fournissent gratuitement les informations relatives à l'insolvabilité des entreprises.

En tout état de cause, plusieurs questions devraient être réglées quant aux modalités techniques de cette publicité et notamment : l'organe tenu de faire publier l'annonce de l'ouverture, les informations à publier (principales décisions des juridictions compétentes, désignation des organes de la procédure...), l'effet juridique de cette publication, les sanctions qui s'attachent à celle-ci, l'actualisation du registre sur ce point, les frais de publication...

3. Loi applicable et droits affectés par l'ouverture de la procédure d'insolvabilité

L'article 4 du règlement pose le principe de la compétence de la loi du *for* tant pour la procédure que pour ses effets. Deux types de limites sont néanmoins instaurés par le règlement : l'une concerne le périmètre des droits affectés par l'ouverture de la procédure, l'autre les dérogations à la loi du *for* au profit de la loi territoriale.

3.1. *Les limitations au périmètre des effets de la procédure*

⇒ Le droit positif

Dans sa version actuelle, le règlement n'a aucun effet à l'égard des créanciers titulaires d'une sûreté réelle (art. 5) ou d'une clause de réserve de propriété (art. 7) portant sur un bien localisé dans un autre État que celui dans lequel a été ouverte une procédure principale. Il s'ensuit un risque de localisation des biens dans un État autre que celui du centre des intérêts principaux.

On observera que ces règles ont été à l'époque le résultat d'un consensus destiné à protéger le crédit et les prévisions des créanciers titulaires d'une sûreté ou d'un droit de propriété-sûreté.

Il est certain qu'une harmonisation du droit des sûretés réglerait tous les problèmes. Mais en attendant, la protection du crédit est plus que jamais à l'ordre du jour en période de crise. De surcroît, il apparaît que, du point de vue des praticiens français, cette question se règle aisément par la coopération entre les syndics¹⁴.

PROPOSITION

Maintien des articles 5, 6 et 7 du règlement :

Pas de modification de ces articles, sauf à passer par une harmonisation des sûretés, ce qui est un tout autre chantier.

¹⁴ Il faut dire que le système français, en raison du nombre élevé d'exceptions, couvre à peu près tous les cas de figure pouvant exister dans les autres États membres.

3.2. Les exceptions au principe de l'application de la loi du for

⇒ Le droit positif

On s'attachera ici principalement à l'article 10 du règlement qui concerne les salariés.

On peut penser, en tout état de cause, que ceux-ci sont mieux protégés par l'application de la loi applicable à leur contrat de travail¹⁵. Pour autant, certaines améliorations du dispositif doivent être envisagées.

Par exemple, on doit relever la formulation très vague de cet article 10, favorisant sa méconnaissance par certains des États membres. Plus généralement, on attirera l'attention sur le fait de la nécessité de clarifier les mécanismes applicables aux contrats de travail, pour régler de manière claire la loi applicable à leurs licenciements, celle applicable aux créances salariales et celle applicable à la garantie apportée par les organismes de protection des créances salariales (sur ce dernier point, Cf. *supra* 2.2.2.).

PROPOSITIONS

1 - Intégrer dans l'article 10 du règlement, certains points visés dans le considérant 28 du règlement :

« Aux fins de la protection des travailleurs et des emplois de travail, les effets de la procédure d'insolvabilité sur la poursuite ou la cessation des relations de travail et sur les droits et les obligations de chaque partie découlant de ces relations doivent être déterminés par la loi applicable au contrat en vertu des règles générales de conflit de lois. Il en va de même pour les questions relatives au privilège garantissant les créances salariales ainsi que le rang de celles-ci. ».

2 - Ajouter à l'article 10 une disposition qui fasse obligation au syndic de la procédure d'insolvabilité principale, chargé de mettre en œuvre une procédure de licenciement dans un État étranger où se situe un ou plusieurs établissements secondaires, de saisir le tribunal territorialement compétent afin que ce dernier désigne un mandataire *ad hoc* du pays dans lequel les salariés exercent leurs prestations de travail en vue de procéder aux licenciements de ceux-ci¹⁶.

Cette règle pourrait s'appliquer également aux représentants commerciaux, en l'absence d'établissement secondaire.

4. Coordination entre les syndics des différentes procédures (principale et secondaires) : les protocoles

⇒ La pratique

En préalable, il convient de rappeler que ces protocoles ne créent pas de normes, même si certains peuvent aller très loin... En tant que cadre de travail consensuel entre les praticiens, ils présentent un grand intérêt pour ceux-ci. Ils permettent, faute d'une coordination réellement prévue par le règlement – seul le principe d'un devoir de coopération est inscrit –, de mettre en place les modalités pratiques organisant au mieux le déroulement des diverses procédures ainsi qu'une bonne coopération entre les syndics nommés et une information réciproque. Ils traitent de toutes les questions relevant de la gestion des procédures collectives à l'exclusion des règles de procédure elles-mêmes : les conditions d'ouverture, les modalités de vote pour les créanciers, l'approbation judiciaire et la mise en œuvre des règles sur la réalisation des actifs, la poursuite des contrats et l'élaboration de solutions de redressement, sans oublier les difficultés liées à l'application des différents droits du travail.

¹⁵ La notion de contrat de travail doit être entendue au sens de la directive 2008/94/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2008 relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, telle qu'interprétée par la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne.

¹⁶ À titre d'exemple : cette disposition permettrait d'éviter que des licenciements de salariés français soient effectués par des mandataires étrangers qui connaissent mal le droit du travail français, ce qui engendre des indemnités de ruptures considérables, à la charge de l'AGS (le Fonds de garantie reconnu en France).

Dans un souci de sécurité juridique, il apparaît nécessaire d'encadrer ces protocoles tout en préservant une souplesse indispensable. La voie de l'homologation par les juridictions serait sans doute la meilleure solution, car elle permettrait de rendre ces protocoles opposables aux tiers et d'assurer leur publicité le cas échéant.

Son seul inconvénient est de voir écarter les règles impératives de l'un ou l'autre droit national. Pour limiter ce risque, les organisations professionnelles et les syndicats eux-mêmes ont mis en place des clauses de garantie qui soumettent leurs diligences au droit national applicable et subordonnent la mise en œuvre des protocoles à l'homologation par chacun des tribunaux. Ces précautions sont aussi nécessaires pour protéger les praticiens de l'éventuel engagement de leur responsabilité professionnelle.

PROPOSITION

Prévoir dans le règlement l'homologation des protocoles élaborés par les syndicats, par les juridictions ayant ouvert les procédures principale et secondaire(s). Ceci implique qu'au plan européen, les professions concernées établissent entre elles un vade-mecum posant les recommandations en matière de modalités de coopération.

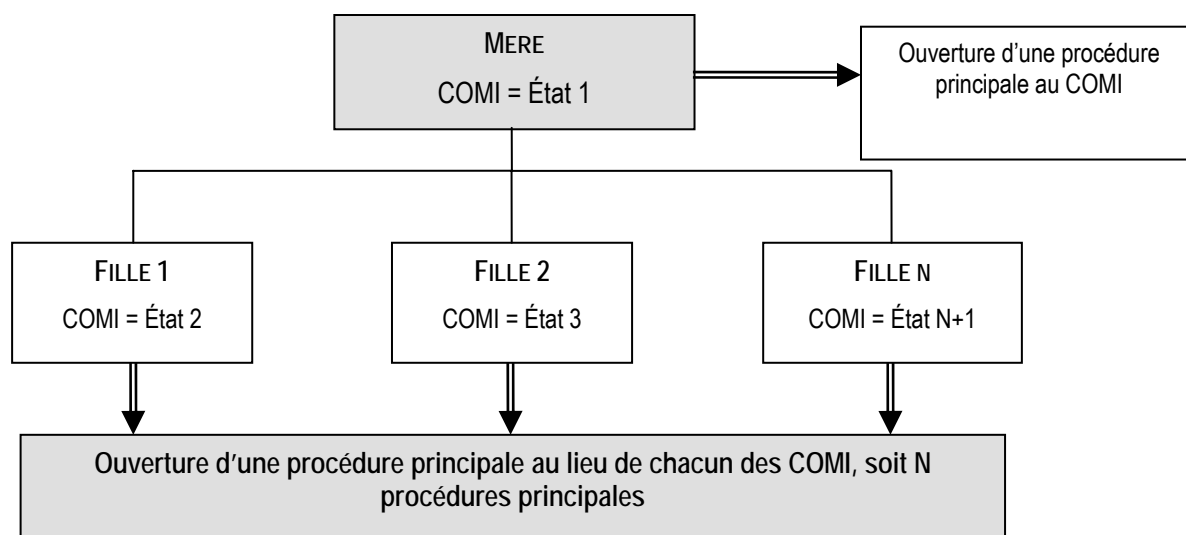
5. Cas des groupes

5.1. La problématique

5.1.1. Cas pratique

Le traitement des groupes n'a pas été visé par le règlement européen de 2000. La question se pose donc aujourd'hui de l'introduire dans le champ du règlement. Diverses réponses ont été apportées par la jurisprudence de la CJUE¹⁷ et par les jurisprudences nationales¹⁸ notamment françaises, allemandes et anglaises. Deux hypothèses ont pu être relevées, chacune soulevant des questions spécifiques.

Dans une première hypothèse, le centre des intérêts principaux (COMI) de la société mère se situe dans un État et les COMI des sociétés filiales dans d'autres États de l'UE.



¹⁷ V. not. CJCE, 2 mai 2006, aff. C-341/04, « Eurofood », *Recueil de jurisprudence* 2006, p. I-03813.

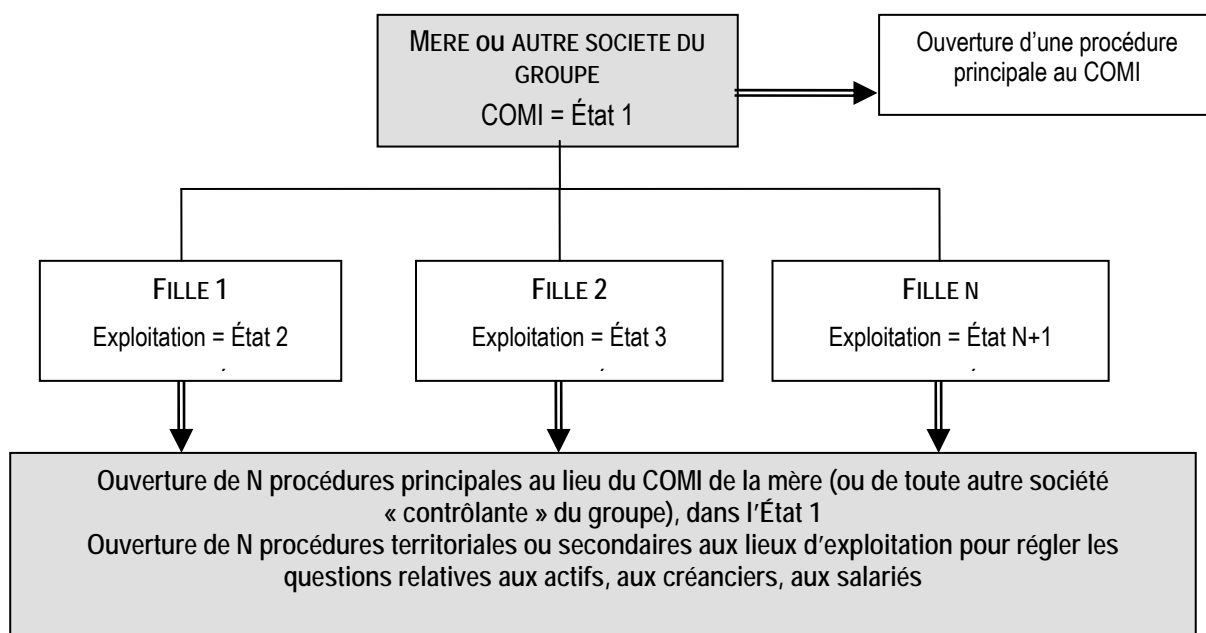
¹⁸ V. par ex. : High Court of Leeds, 16 mai 2003, « Daisytex », ZIP 2003, 1362 (s'agissant des juridictions anglaises) ; Landgericht München, 4 mai 2004, « Hettlage » ZIP 2004, 962 (s'agissant des juridictions allemandes) ; Tribunal de commerce de Nanterre, 15 février 2006, D. 2006, p. 793 (s'agissant des juridictions françaises).

Le règlement européen est alors appliqué à la lettre pour chaque entité indépendante au lieu du COMI. En fin de compte, autant de procédures principales que de sociétés insolvable du groupe sont ouvertes dans des États membres différents. L'inconvénient majeur réside dans l'impossibilité d'appréhender globalement le groupe, en raison même de l'indépendance des procédures principales.

Dans cette hypothèse, il y a un devoir de coopération entre les syndics des différentes procédures principales ; il n'y a pas de procédure pilote car les COMI de la mère et des filiales sont autonomes.

Une seconde hypothèse consiste à localiser les COMI de chaque société du groupe au lieu de celui de la société mère ou – selon les cas – de toute autre société « contrôlante » du groupe. Il en résulte que :

1. Autant de procédures principales que de sociétés du groupe peuvent avoir été ouvertes au lieu du COMI de la mère ou d'une autre société « contrôlante » du groupe ;
2. Pour traiter les questions afférentes aux actifs, aux salariés et aux créanciers de chacune des filiales, la seule voie possible est parallèlement l'ouverture de procédures secondaires aux lieux d'exploitation des autres sociétés concernées (puisque, par définition, il est différent du COMI).



Cette solution présente l'avantage d'appréhender globalement l'ensemble du groupe au lieu du COMI de la mère ou de toute autre société « contrôlante » du groupe, notamment la sous holding... Des inconvénients doivent néanmoins être relevés : celui du traitement moins favorable des créanciers des sociétés pour lesquelles il y a déplacement du COMI, si des procédures secondaires ne sont pas ouvertes aux lieux d'exploitation de ces sociétés ; ou encore l'application par les syndics des procédures principales de règles juridiques qu'ils ne maîtrisent pas dans les autres États.

Dans cette hypothèse, la juridiction ayant ouvert la procédure et les organes nommés sont identiques pour toutes les procédures principales. Ce qui l'emporte donc c'est l'unicité de la juridiction et des organes. Ce schéma n'exclut pas la question de la coopération entre les procédures principales et les procédures secondaires (aux lieux d'exploitation). Des protocoles seront bien évidemment mis en place entre les praticiens nommés.

5.1.2. Observations critiques

1 - On rappellera la très grande diversité dans l'approche de la notion de groupe dans les États membres, ainsi que, par là même, les incertitudes autour du périmètre d'un groupe de sociétés.

2 - L'application du règlement à des groupes de sociétés provoque, *a priori*, de nombreuses difficultés. La centralisation par une seule juridiction des procédures ouvertes contre les sociétés d'un groupe favorise le jeu des articles 5 et 7 précités du règlement et des créanciers peuvent ainsi totalement échapper à la procédure principale. Ce résultat aboutit à l'effet inverse de celui recherché qui tend à l'égalité des créanciers. De plus, l'ouverture d'une procédure principale délocalisée par rapport à l'État membre où se situent le siège social et les actifs de la filiale d'un groupe conduit à une application purement extraterritoriale qui aboutit à multiplier les cas où l'exequatur doit être demandé. En effet, puisque les actifs du débiteur sont dans un autre État membre que celui d'ouverture de la procédure principale, c'est seulement dans cet État que s'effectue l'exécution des décisions, notamment celles se rapportant à la vente de certains biens du débiteur. Or l'exécution de ces décisions n'est pas complètement libéralisée même si les conditions sont simplifiées par l'article 25 du règlement. Enfin, le risque de forum shopping existe dans la mesure où les juges ont une marge d'appréciation dans la détermination du centre des intérêts principaux. La neutralisation de ces effets négatifs est possible mais seulement dans le cadre d'une combinaison des procédures principale et secondaire.

3 - Les deux hypothèses développées précédemment correspondent à des réalités différentes et il serait contre-productif de vouloir trancher entre celles-ci. On peut être confronté à des groupes organisés par exemple en branches d'activités, ces dernières ne coïncidant pas obligatoirement au schéma des filiales. Dans ce cas, il peut être préférable de traiter le groupe en raisonnant à partir des branches, ce que n'empêche pas la deuxième hypothèse. Il peut enfin être aussi souhaitable de traiter le groupe à partir d'une autre société que la mère.

À cet égard, on rappellera que si certains praticiens semblent *a priori* favorables au regroupement dans une procédure véritablement unique, les États apparaissent, à raison, hostiles à une telle évolution. Ce regroupement ne serait envisageable qu'en cas de fraude avérée ou de confusion de patrimoines. Sur ce dernier point, la réponse de la CJUE à une question préjudicielle posée par la Cour de cassation dans l'arrêt *Rastelli* du 13 avril 2010 (arrêt rendu le 15 décembre 2011) est : « Une juridiction d'un État membre qui a ouvert une procédure principale d'insolvabilité à l'encontre d'une société, en retenant que le centre des intérêts principaux de celle-ci est situé sur le territoire de cet État, ne peut étendre, en application d'une règle de son droit national, cette procédure à une deuxième société, dont le siège statutaire est situé dans un autre État membre, qu'à la condition qu'il soit démontré que le centre des intérêts principaux de cette dernière se trouve dans le premier État membre. La seule constatation de la confusion des patrimoines de ces sociétés ne suffit pas à démontrer que le centre des intérêts principaux de la société visée par ladite action se trouve également dans ce dernier État. »

4 - L'idée sous-jacente fondamentale est de privilégier l'unité de la procédure dès qu'une possibilité de sauvetage existe et au contraire respecter l'autonomie de chaque entité en cas de liquidation.

5 - Si certaines difficultés dans le traitement de l'insolvabilité de plusieurs sociétés d'un même groupe subsistent, elles tiennent aussi au caractère exclusivement liquidatif des procédures secondaires (Cf. *supra*). Sans reprendre l'argumentaire développé pour les établissements, le caractère liquidatif de la procédure secondaire devient un obstacle juridique inacceptable en cas de possibilité d'élaboration d'un plan de sauvegarde ou de redressement, souhaitable économiquement. Par ailleurs, la question récurrente de la coordination entre le syndic de la procédure principale et ceux des procédures secondaires reste posée, ainsi qu'avec / entre les juridictions (Cf. *infra*).

6 - On doit rappeler que le groupe n'a pas, en droit des sociétés *stricto sensu*, de réalité juridique globale même si celui-ci est pris en compte de manière sectorielle par certains dispositifs, en particulier du point de vue comptable et fiscal. Quant à « l'intérêt de groupe », il est, à juste titre, reconnu par la jurisprudence des États membres, en particulier la France puis les Pays-Bas. D'ailleurs, il ne s'agit pas d'en nier la réalité économique.

Par exemple, dans l'affaire *EMTEC*, l'organisation de la distribution au travers de filiales réparties dans l'UE constituait la vraie valeur de l'entreprise.

Toutefois, l'édition d'une définition « juridique » du groupe dans le corps du règlement est à écarter, parce qu'elle risquerait de se heurter à l'extrême variété de ses modes d'organisation (et en dépit des travaux menés par la CNUDCI pour élaborer des critères de définition tenant à la participation significative ou au contrôle effectif¹⁹). Dans ces conditions, il apparaît préférable de se référer à la réalité économique et à l'appréciation des juges en fonction de chaque espèce.

5.2. Propositions

Si l'introduction d'un régime spécifique aux groupes de sociétés n'est pas nécessaire, il faut néanmoins adapter les règles actuelles, pour offrir un instrument plus souple et performant aux juges.

La détermination d'un critère de compétence spécifique en présence d'un groupe est probablement une fausse bonne idée car, là encore, il ressort de la jurisprudence sur l'application du règlement aux groupes que ce n'est pas toujours la société mère qui est considérée comme la tête du groupe et que la centralisation des procédures a pu parfois être effectuée à partir d'une filiale (Cf. par exemple, l'affaire *EMTEC*, Tribunal de commerce de Nanterre, 15 février 2006).

En imposant d'apprécier pour chaque entité d'un même groupe la localisation du centre de leurs intérêts principaux, la jurisprudence *Eurofood* permet par là même aux juridictions nationales de situer ce centre des intérêts principaux au siège de la société mère, tout en évitant que cette localisation s'opère sur la seule foi de l'appartenance à un groupe commun. Cette jurisprudence a été rappelée dans l'arrêt *Rastelli* du 15 décembre 2011. En ce sens, l'équilibre qu'elle instaure est louable et doit être préservé, puisqu'il sécurise une possibilité utile de regroupement des procédures qui ne découlait pas de manière expresse du texte du règlement, mais limite l'usage de cette possibilité par le juge saisi. Force est toutefois de constater que cette dernière limite n'a guère été prise en compte par les juridictions nationales qui ont eu tendance à s'en affranchir.

La possibilité d'ouvrir des procédures secondaires à l'égard des filiales sous la subordination d'une procédure « pilote » à l'égard de la mère ou toute autre société « contrôlante » du groupe (Cf. *EMTEC*) pourrait être reconnue, de façon à ce que les créanciers des filiales demeurent largement soumis au droit local. Tout autre critère détaché de l'immatriculation risquerait d'introduire une grande incertitude en raison de son imprévisibilité pour les tiers ; en d'autres termes, la présomption du lieu du siège statutaire doit demeurer, surtout dans le cadre d'un groupe dont le degré d'intégration est faible. Il s'agit du critère le plus sûr, ce qui n'empêche nullement de renverser, si besoin, une telle présomption.

D'où les propositions suivantes :

⇒ Sur le renvoi au droit international privé pour l'ouverture d'une procédure à l'égard d'une filiale

Comme l'a prouvé la jurisprudence de la CJUE, il est indispensable de tenir compte de l'existence économique du groupe. Lorsque la société mère, ou éventuellement une autre société « contrôlante » du groupe, est en état d'insolvabilité, cet état peut rejaillir sur l'ensemble des filiales ou certaines d'entre elles. Néanmoins, ce n'est pas parce qu'une procédure est ouverte à l'encontre d'une société du groupe qu'il doit en être ainsi à l'encontre de toutes les autres sociétés du groupe. L'objectif est ici de donner compétence à une juridiction, celle du centre des intérêts principaux de la société mère (ou de toute autre société « contrôlante » du groupe), à charge pour cette juridiction de vérifier l'état d'insolvabilité des autres sociétés du groupe.

¹⁹ CNUDCI, *Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité – Troisième partie: traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité*, 2012.

Par ailleurs, toute définition du groupe dans le règlement étant à écarter radicalement (Cf. observations ci-dessus), on propose d'opter pour un renvoi implicite aux règles du Droit International Privé, en fonction de la localisation du siège. Il ressort donc que la loi applicable à la procédure et celle applicable aux groupes seront en fait les mêmes. En d'autres termes, la *lex societatis* va correspondre à la *lex concursus*.

PROPOSITION

Introduire dans l'article 3, un « 2. bis »

« Lorsque le débiteur est une société qui contrôle une autre société dont le centre des intérêts principaux est situé sur le territoire d'un autre État membre, les juridictions de l'État membre dans lequel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur sont compétentes pour ouvrir une procédure d'insolvabilité à l'égard de cette autre société. Les effets de cette procédure sont limités aux biens de la société contrôlée se trouvant sur le territoire de cet autre État membre. »

⇒ Sur l'ouverture d'une procédure secondaire à l'égard d'une filiale

On reconnaîtrait explicitement la possibilité du recours aux procédures secondaires dans l'hypothèse du traitement des difficultés d'un groupe, pour autant qu'elles soient coordonnées entre elles et surtout à condition qu'elles ne revêtent plus un caractère exclusivement liquidatif (Cf. *supra*).

PROPOSITION

Ajouter dans l'article 3, paragraphe 3 une référence au « 2 bis » et supprimer la dernière phrase :

« 3. Lorsqu'une procédure d'insolvabilité est ouverte en application du paragraphe 1, toute procédure d'insolvabilité ouverte ultérieurement en application du paragraphe 2 ou 2 bis est une procédure secondaire. ~~Cette procédure doit être une procédure de liquidation.~~ »

⇒ Sur le sort des créanciers qui financent la procédure principale

Lorsqu'une société en contrôle une autre et dans l'hypothèse où une procédure secondaire est ouverte après une procédure principale, il doit être accordé un droit prioritaire dans la procédure secondaire aux créanciers ayant apporté leur concours dans le cadre de la procédure principale.

PROPOSITION

Créer un article 32 bis

« Pour l'application de l'article 3, 2 bis. les créanciers ayant apporté leur concours dans le cadre de la procédure principale, bénéficient d'une créance prioritaire dans les procédures secondaires. »

⇒ Sur le droit applicable

L'évolution du règlement sur ce point ne doit pas différer selon que l'on se situe ou non en présence d'un groupe. Si l'on s'accorde pour limiter de manière générale les restrictions à l'application de la loi du for, il n'existe pas de raison de ne pas suivre la même démarche dans le cas d'un groupe, ce d'autant plus si des procédures secondaires visant les filiales sont promues.

S'agissant de la question du contrat de travail et du sort des salariés, l'application de la loi applicable au contrat de travail doit en revanche demeurer la règle, que l'on soit en présence de procédures principales regroupées en un même lieu ou d'une juxtaposition d'une procédure principale et de procédures secondaires. La possibilité d'ouvrir une procédure secondaire dans l'État du siège statutaire des filiales (Cf. *supra*), permet de remédier à ces difficultés.

Corrélativement, il faudrait mettre en place les conditions d'une véritable coordination entre : les juridictions, les syndicats, les syndicats et les juridictions.

6. Développement et modalités de la coordination et de la coopération dans le cas de sociétés appartenant à un groupe

Au-delà des préconisations de la partie 4, notamment s'agissant de l'homologation des protocoles (Cf. *supra*), l'accent doit ici être mis sur les points suivants :

6.1. *Le champ de la coopération et de la coordination entre le syndic de la procédure principale et ceux nommés dans les procédures secondaires*

L'article 31 du règlement mériterait d'être complété dans le cadre d'un groupe de sociétés soumises à des procédures collectives parallèles, afin d'assurer une coopération et une coordination effectives de celles-ci.

PROPOSITION

Pour rendre effectives la coordination et la coopération, compléter l'article 31 du règlement en précisant qu'elle devrait porter sur les conditions d'ouverture, la nature de la procédure ouverte, la possibilité de suspendre une procédure locale, les difficultés liées aux différents droits du travail, la coordination du traitement des actifs – puisque les débiteurs sont ici distincts –, l'élaboration de solutions globales pour les différentes sociétés du groupe.

6.2. *La désignation d'un syndic pilote coordonnateur*

Si la désignation d'un syndic unique pourrait paraître séduisante par sa simplicité²⁰, elle générerait cependant des risques considérables, d'une part du point de vue de conflits d'intérêts potentiels et d'autre part s'agissant de la mise en œuvre des règles applicables dans chaque État. Il est donc préférable que le syndic de la procédure principale ne soit pas le même que dans les procédures secondaires. Pour autant, la désignation d'un syndic

²⁰ Lorsqu'il s'agit d'examiner un plan de cession de l'ensemble du groupe ou au contraire d'une restructuration de la dette du groupe, la désignation d'un même syndic serait aussi un élément favorable.

coordonnateur ayant des pouvoirs propres serait pertinente. Elle devrait être également le résultat d'une coordination préalable entre les juridictions. Ses pouvoirs devraient être d'ordre administratif, en particulier pour le traitement des contrats intéressant les filiales, les dettes intra-groupe, la recherche de financements adaptés à la poursuite d'activité du groupe, les conclusions destinées à l'élaboration d'une solution de redressement global, la consultation des créanciers et la centralisation des informations concernant l'ensemble des sociétés du groupe.

PROPOSITION

Prévoir la possibilité de désigner un syndic pilote coordinateur, avec un champ de coordination expressément défini.

6.3. *Le développement des relations entre les syndics et entre les juridictions*

En tout état de cause, avant l'ouverture de toute procédure secondaire, il serait indispensable d'entendre le syndic de la procédure principale.

Plus généralement, des relations entre le syndic nommé par le jugement d'ouverture dans un État et les juridictions d'autres États membres devraient être développées pour favoriser l'application des règles de la procédure collective dans les autres États en permettant une meilleure compréhension de celles-ci. Mais elles devraient se limiter à la reconnaissance de la décision, à des demandes d'assistance judiciaire dans les autres États membres. Ainsi, il ne devrait pas être possible d'apporter cette assistance pour faciliter l'exercice de son pouvoir d'agir directement sur les actifs et les dettes d'une autre société établie à l'étranger.

PROPOSITIONS

Entendre le syndic de la procédure principale avant l'ouverture de toute procédure secondaire.

Prévoir une coopération entre les juridictions et les syndics, notamment en vue d'obtenir des informations et en cas de demande d'assistance.

6.4. *L'organisation d'échanges entre les juridictions*

L'organisation d'échanges entre juridictions serait bienvenue dans le cadre d'une pluralité de procédures à l'égard de plusieurs sociétés d'un même groupe. Une semblable organisation n'est pas prévue par le règlement qui ne vise qu'un devoir de coopération entre syndics. En effet, on observera que certains des tribunaux des États membres manifestent des réserves à l'égard des demandes reçues de tribunaux étrangers en l'absence de dispositions impératives dans le droit communautaire comme dans leur droit national.

Une telle coopération devrait prendre plusieurs formes : l'échange d'informations, la reconnaissance de la qualité pour agir du syndic étranger, l'homologation des accords conclus entre syndics, la prise en compte du calendrier de chacune des juridictions (...), pour éviter des décisions contraires à l'intérêt d'une approche coordonnée du groupe.

PROPOSITIONS

Prévoir, au minimum, dans le règlement le principe d'un devoir de coordination et de coopération entre les juridictions intervenant dans plusieurs États membres.

Envisager de définir le champ de la coopération : gestion des actifs, échange d'informations sur le calendrier des audiences, homologation des protocoles conclus entre les syndics nommés...

CHAPITRE 2

Vers une directive d'harmonisation

Le rapprochement des droits nationaux sur certains points faciliterait, d'une part, leur compréhension par les ressortissants des autres États membres et, d'autre part, l'application même du règlement européen.

Cette directive opérerait ainsi une harmonisation, certes limitée mais indispensable, entre les dispositifs des États membres. Ce serait un outil complémentaire au règlement et, peut-être, un premier pas vers un droit de l'insolvabilité uniforme.

On rappellera que selon l'article 4, point 2 du règlement, la loi de l'État d'ouverture fixe « *les conditions d'ouverture, le déroulement et la clôture de la procédure d'insolvabilité* »²¹.

Sur certaines de ces matières, une harmonisation est proposée ; la réflexion a été menée sur la base de la résolution du Parlement européen du 15 novembre 2011²².

1. Sur les conditions d'ouverture d'une procédure (Cf. Annexe de la résolution, Partie 1, 1.1)

1.1. *Les personnes*

⇒ La résolution du Parlement européen

Elle vise très largement : les personnes physiques commerçantes ou non ; les personnes morales (de droit privé) ; les associations ; les entités non dotées de la personnalité morale ; les actifs successoraux ; les avoirs d'une communauté de biens.

⇒ Observations

²¹ L'article 4, point 2, du règlement poursuit : « *Elle détermine notamment :*

- a) *les débiteurs susceptibles de faire l'objet d'une procédure d'insolvabilité du fait de leur qualité ;*
- b) *les biens qui font l'objet du dessaisissement et le sort des biens acquis par le débiteur après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ;*
- c) *les pouvoirs respectifs du débiteur et du syndic ;*
- d) *les conditions d'opposabilité d'une compensation ;*
- e) *les effets de la procédure d'insolvabilité sur les contrats en cours auxquels le débiteur est partie ;*
- f) *les effets de la procédure d'insolvabilité sur les poursuites individuelles, à l'exception des instances en cours ;*
- g) *les créances à produire au passif du débiteur et le sort des créances nées après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ;*
- h) *les règles concernant la production, la vérification et l'admission des créances ;*
- i) *les règles de distribution du produit de la réalisation des biens, le rang des créances et les droits des créanciers qui ont été partiellement désintéressés après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité en vertu d'un droit réel ou par l'effet d'une compensation ;*
- j) *les conditions et les effets de la clôture de la procédure d'insolvabilité, notamment par concordat ;*
- k) *les droits des créanciers après la clôture de la procédure d'insolvabilité ;*
- l) *la charge des frais et des dépenses de la procédure d'insolvabilité ;*
- m) *les règles relatives à la nullité, à l'annulation ou à l'inopposabilité des actes préjudiciables à l'ensemble des créanciers. »*

²² Résolution du Parlement européen du 15 novembre 2011 contenant des recommandations à la Commission sur les procédures d'insolvabilité dans le cadre du droit européen des sociétés.

L'article 1 du règlement actuel, dans son premier alinéa, n'évoque que le débiteur sans autre précision. Il paraît raisonnable de laisser cette référence en l'état, chaque droit national réglant la question au vu de son droit substantiel.

À titre d'exemple, on peut relever que le droit français s'applique aux entreprises au sens large : il est ainsi possible d'ouvrir une procédure collective à l'encontre d'un établissement d'une société étrangère non immatriculée au RCS, bien que celui-ci n'ait pas la personnalité morale mais en raison de son immatriculation. Quant à l'alinéa 2 de cet article, il vise des domaines d'activité qui doivent être traités avec des régimes propres (les établissements de crédit, les assurances, les entreprises d'investissement et les organismes de placement collectif).

AXE D'HARMONISATION PROPOSÉ

Pas d'harmonisation souhaitée sur ce point.

1.2. *Le critère d'ouverture*

⇒ La résolution du Parlement européen

Outre l'insolvabilité avérée, sont retenus, d'une part, le cas de l'insolvabilité temporaire et, d'autre part, celui de l'insolvabilité imminente.

⇒ Observations

Il y aurait un intérêt à harmoniser les critères d'ouverture d'une procédure en termes de sécurité juridique. En effet, certains États visent la probabilité à honorer les dettes à échéance (Angleterre, Italie, Belgique...) par opposition, pour d'autres, à l'incapacité à payer les dettes échues ; ce qui renvoie à la notion de cessation des paiements. Mais, quand bien même les critères seraient identiques en apparence, ceux-ci ne recouvriraient certainement pas les mêmes réalités.

En tout état de cause, il existe une convergence naturelle des droits nationaux quant à la possibilité d'ouvrir une procédure en amont de l'insolvabilité. Il serait alors souhaitable de viser non pas l'insolvabilité mais les difficultés financières avérées.

AXE D'HARMONISATION PROPOSÉ

Retenir, comme critère d'ouverture commun, les « difficultés financières avérées » auxquelles sont confrontés les débiteurs.

1.3. *La saisine*

⇒ La résolution du Parlement européen

La saisine pourrait être faite sur demande écrite du débiteur ou d'un créancier ayant un intérêt juridique à agir, apportant la preuve de sa créance.

Elle peut être retirée tant que la procédure n'a pas été réellement engagée ou tant que la demande n'a pas été refusée.

⇒ Observations

La résolution exclut la faculté pour la juridiction compétente de se saisir d'office, mais aussi la saisine par le Ministère public. Ce dernier point soulève des réserves.

Certes dans certains États membres, il n'existe pas d'équivalent au Ministère public, mais pour les autres, il semble difficile de supprimer cette possibilité sauf à affecter profondément les systèmes juridictionnels nationaux.

De surcroît, si la saisine du Ministère public est en général peu usitée, on y a, en revanche, beaucoup plus recours en Belgique par le biais du Procureur du Roi, qui est notamment en charge des enquêtes commerciales.

AXE D'HARMONISATION PROPOSÉ

Compléter la résolution en intégrant la possibilité d'une saisine par le Ministère public ou son équivalent, dès lors que cette possibilité existe dans les droits nationaux.

1.4. *Le délai de déclaration de cessation des paiements en cas de mise en liquidation judiciaire*

⇒ La résolution du Parlement européen

La résolution prévoit un délai compris entre un et deux mois après la cessation des paiements, mais qui est suspendu si le tribunal a engagé une procédure préliminaire. Toutefois, dans ce cas, il est exigé que les actifs soient suffisants pour couvrir la procédure d'insolvabilité.

S'agissant des sanctions, un renvoi est opéré vers les États membres.

⇒ Observations

D'emblée, il convient d'écarter la question relative à l'exigence que les actifs soient suffisants pour couvrir la procédure d'insolvabilité, car il s'agit d'une condition d'ouverture qui ne relève donc pas du délai de déclaration. De manière incidente, on peut noter que la formulation n'est pas suffisamment précise, même si l'on peut penser que la résolution vise en fait les aspects monétaires.

Ce dispositif, calqué sur le droit allemand, ne concerne que le cas de la liquidation judiciaire. On ne voit pas pourquoi il ne serait pas étendu aux procédures collectives aboutissant à un redressement.

Le fait de suspendre le délai est une bonne chose. Mais mieux vaudrait viser les procédures de pré-insolvabilité plutôt que les procédures « préliminaires ».

Les délais sont très variables selon les États et cette divergence est peu souhaitable. Le législateur français a opportunément, sous la pression des praticiens, étendu le délai qui était initialement de 15 jours. Finalement la loi du 26 juillet 2005 a retenu le délai de 45 jours suivant la cessation des paiements²³.

Mais avant de définir des délais communs de déclaration de cessation des paiements, encore faut-il s'interroger sur le point de départ. De plus, cette notion ne figure pas dans l'article 2 du règlement, article posant les définitions. Dans ces conditions, comment déterminer un délai sur une notion non définie dans le texte ?

AXE D'HARMONISATION PROPOSÉ

Pas d'harmonisation souhaitée sur ce point.

²³ Article L. 640-4 du Code de commerce.

2. Sur la production/déclaration des créances (Cf. Annexe de la résolution, Partie 1, 1.2)

2.1 *Le délai*

⇒ La résolution du Parlement européen

Le principe d'un délai commun est posé. Il peut selon les États varier entre 1 et 3 mois à compter de la publication de la décision.

⇒ Observations

Selon le rapport INSOL²⁴, le délai de déclaration varie de 3 semaines à 4 mois en Europe. En France, il est de 2 mois (4 mois pour les créanciers étrangers) à compter de la publication du jugement. On observera qu'au Luxembourg, il n'y a pas de délai.

Une harmonisation du délai de déclaration semble importante dans la mesure où cela a un impact direct sur la consistance même du passif. Il faudrait, de manière concomitante, prévoir des délais de publication plus courts (la CCIP avait préconisé, en 2008, une publication dans les 3 jours du prononcé de la décision). Là encore, se pose la question du point de départ du délai. Dans l'article 40 du règlement, il est prévu que : « *Dès qu'une procédure d'insolvabilité est ouverte dans un Etat membre, la juridiction compétente ou le syndic [...] informe sans délai les créanciers* » étrangers connus.

Il faudrait sans doute fixer le point de départ du délai à la date la plus lointaine entre la date du jugement et la date de notification aux créanciers.

Il convient également de tenir compte de la situation des créanciers étrangers, de même que de celle des créanciers qui ne sont pas tenus de déclarer leurs créances. En cela, le mécanisme français semble satisfaisant.

AXE D'HARMONISATION PROPOSÉ

- 1 - Sur le principe, harmoniser le délai accordé pour déclarer sa créance (2 mois par exemple) ;
- 2 - Prolonger le délai, à 4 mois par exemple, pour les créanciers étrangers ;
- 3 - Fixer le point de départ de la déclaration de créances à la date la plus lointaine entre la publicité du jugement d'ouverture ou, à défaut, la publicité du dépôt de la demande et la date de notification aux créanciers. Ceci implique, d'une part, le passage par un registre et, d'autre part, un délai également harmonisé pour procéder à la publicité elle-même ;
- 4 - Pour certaines catégories de créanciers (munis de sûretés, par exemple), prévoir que chaque État puisse mettre en place, en ce cas, un système dérogatoire ou plus favorable.

2.2 *L'information des créanciers et le cas des créances tardives*

⇒ La résolution du Parlement européen

Elles peuvent être admises, mais avec éventuellement des coûts pour le créancier.

²⁴ European Parliament, Directorate General For internal Policies, Policy Department C, Citizens'Rights and Constitutional Affairs, *Harmonisation of Insolvency Law at EU Level*, 26 avril 2010.

⇒ Observations

Il s'agit de définir ici le délai maximal dans lequel le créancier peut déclarer sa créance, l'enjeu étant la détermination du passif le plus « juste possible », dans un laps de temps court. Il est donc nécessaire que les créanciers, principalement les créanciers étrangers, reçoivent une information individuelle sur leurs créances, celle-ci leur précisant par ailleurs les risques encourus si la déclaration n'est pas réalisée dans le délai fixé.

On peut indiquer que, par exemple en France, les créanciers titulaires de sûretés publiées reçoivent un courrier recommandé avec accusé de réception²⁵. Un système commun de ce type pourrait être mis en place pour les créanciers étrangers.

Dans ces conditions, on préconise un mécanisme de relevé de forclusion, à l'image de ce qui existe dans le système français, qui apparaît équitable au regard des intérêts de l'ensemble des créanciers.

AXE D'HARMONISATION PROPOSÉ

- 1 - S'inspirer du droit français en matière de forclusion des créances et de son relevé, notamment :
 - a) prévoir un délai au-delà duquel le créancier est forclos,
 - b) sauf à démontrer que la défaillance dans la déclaration n'est pas de son fait ou qu'elle est due à une omission volontaire du débiteur.
- 2 - Prévoir, pour les créanciers étrangers, une information individuelle par tout moyen sécurisé qui permette de délivrer un accusé réception.

2.3. *Les modes de déclaration*

⇒ La résolution du Parlement européen

Elle ne prévoit pas de règle d'harmonisation.

⇒ Observations

Il serait, tout d'abord, opportun de prévoir un principe de déclaration pour tout créancier. Ensuite, dans le cas des salariés, il serait plus efficace que les entreprises aient l'obligation de remettre un état des créances salariales, celles-ci disposant de toutes les informations pour le faire, comme le prévoit le droit français.

Il serait utile de viser largement les modes de déclaration, dès lors qu'ils sont sécurisés (courrier, internet...). Il serait également opportun d'annexer à la directive une liste renseignée par chaque État membre des autorités auprès desquelles la créance doit être déclarée : syndic et/ou juridiction compétente. Cette liste par pays serait exhaustive.

Par ailleurs, il serait souhaitable que la directive présente également en annexe un modèle de formulaire-type, afin de faciliter la déclaration des créances, notamment pour les créanciers étrangers.

AXE D'HARMONISATION PROPOSÉ

- 1 - Concevoir, en annexe de la directive, un modèle de formulaire-type de déclaration ainsi que la liste par pays des autorités compétentes pour recevoir la déclaration de créances.
- 2 - Prévoir une déclaration obligatoire des créances salariales par le débiteur et des règles matérielles.

²⁵ Articles L. 622-24 et R. 622-21 du Code de commerce

2.4. L'admission et la vérification des créances

⇒ La résolution du Parlement européen

Un mécanisme commun est prévu avec publicité auprès de la juridiction compétente.

⇒ Observations

Une question se pose d'entrée de jeu : un juge se prononce-t-il systématiquement sur l'admission des créances ? Par exemple en Grande-Bretagne, c'est la confiance qui prévaut et le juge n'intervient qu'en cas de contestation.

Par ailleurs, si toutes les créances déclarées par le débiteur étaient automatiquement admises, sauf contestation ou fraude, cela permettrait de raccourcir les délais et faciliterait les opérations. Dans ce cas, le créancier se verrait dispensé de déclarer ses créances, un état des dettes étant alors certifié par l'expert-comptable ou le commissaire aux comptes ou toute profession similaire. Le mandataire de justice n'aurait plus à établir cet état des dettes et à le vérifier.

Il serait ainsi très utile que la notification de l'admission soit communiquée aux créanciers. De manière plus spécifique, les créanciers étrangers devraient être informés de manière régulière de l'évolution de la procédure collective. En effet, ceux-ci n'ayant que difficilement accès aux Bulletins d'annonces légales et autres publicités existant dans l'État membre du lieu de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, il ne leur est pas aisé de connaître l'évolution de la procédure voire de sa clôture.

Dans l'attente d'un registre européen de l'insolvabilité, (Cf. *supra*, I), l'interconnexion des greffes des tribunaux de commerce devrait être complétée par l'utilisation d'une nomenclature commune des principaux actes et stades de la procédure collective : date et type de jugement d'ouverture, date de dépôt des créances, date de reddition des comptes, date et type de clôture.

AXE D'HARMONISATION PROPOSÉ

- 1 - Prévoir un principe général d'information des créanciers.
- 2 - Prévoir également que toutes les créances déclarées par le débiteur soient admises automatiquement, sauf cas de fraude ou de contestation.
- 3 - Prévoir une nomenclature commune des principaux actes et stades de la procédure.

3. Sur les actions en annulation (Cf. Annexe de la résolution, Partie 1, 1.3)

⇒ La résolution du Parlement européen

La résolution pose un certain nombre de règles communes autour de la nature des actes, de la (ou des) durée (s) de la période suspecte, de la présomption ou non d'irrégularités, de la nature de la nullité de plein droit ou facultative.

La résolution décline ces différents points en définissant les actes susceptibles d'être annulés, avec, pour chaque catégorie, une période suspecte différente :

- Opérations effectuées en situation d'incapacité de payer imminente (plafond entre 3 et 9 mois) ;
- Création de suretés (plafond entre 6 et 12 mois) ;
- Opérations avec des parties liées (plafond de 1 à 2 ans) ;
- Opérations de spoliation d'autres créanciers (3 à 5 ans).
- Le principe de la charge de la preuve revient au demandeur, sauf en ce qui concerne les opérations avec les parties liées.

⇒ Observations

Une harmonisation des actions en annulation serait un plus incontestable. On pense en particulier à la définition d'un délai au-delà duquel aucune action en annulation ne pourrait plus être engagée. Cela précisé, de nombreuses questions restent à trancher. Notamment, la question de la sécurisation des accords en pré-insolvabilité se pose : faut-il s'inspirer du modèle français²⁶ ? De plus, ne faut-il pas limiter les actions en annulation au seul cas de la liquidation de l'entreprise ?

AXE D'HARMONISATION PROPOSÉ

- 1 - Prévoir le principe que les actes homologués dans le cadre d'une procédure de pré-insolvabilité, ne peuvent être remis en cause.
- 2 - Prévoir un délai (24 mois par exemple) au-delà duquel une action en annulation ne peut être engagée ;
- 3 - Fixer le point de départ du délai à la date d'ouverture de la procédure.
- 4 - Prévoir que les actions en annulation ne sont possibles que dans le cadre de la liquidation de l'entreprise.

4. Sur la compétence et la mission du syndic (Cf. Annexe de la résolution, Partie 1, 1.4)

4.1. *La compétence du syndic*

⇒ La résolution du Parlement européen

La résolution pose quelques règles générales quant à l'exercice de la mission de syndic :

- Être homologué par une autorité ou une juridiction compétente ;
- Jouir d'une bonne réputation ;
- Disposer d'un niveau de formation suffisant ;
- Avoir compétence et qualité pour évaluer la situation du débiteur et prendre en charge les tâches de gestion de l'entreprise.

⇒ Observations

Tout d'abord, on doit relever que l'homologation, premier point mis en avant dans la résolution, dépend étroitement des trois autres points listés.

Ensuite, en ce qui concerne la formation du praticien, il serait indispensable d'imposer que celui-ci ait une formation en matière de droit, de comptabilité et de gestion. À cette formation initiale devrait s'ajouter une expertise de plusieurs années, en d'autres termes la nécessité d'avoir effectué un stage dans le cabinet d'un professionnel en exercice. Par ailleurs, imposer une formation permanente serait un plus indéniable, comme c'est déjà le cas pour de nombreuses professions, tels les avocats.

Enfin, la résolution, ne prévoit aucun mécanisme de radiation des professionnels, ce que l'on peut regretter.

²⁶ Rappel schématique du dispositif français :

La demande de report de la date de cessation des paiements est encadré dans un strict délai d'un an ; il n'existe qu'une durée unique de période suspecte, allant jusqu'à 18 mois ; on distingue selon la nature des actes, non pas du point de vue de la durée de leur remise en question, mais de la nature de la sanction susceptible de les affecter : nullité obligatoire pour le juge ou seulement facultative, laissée à sa libre appréciation.

Il n'est pas précisé qui peut agir : en France, c'est exclusivement le ministère public ou le « syndic ». Plus généralement, on devrait prévoir une ou deux durées identiques dans tous les droits nationaux, assorties d'une liste d'actes présumés contraires à l'intérêt collectif. Ces modifications pourraient d'ailleurs conduire à supprimer la règle complexe de l'actuel article 13 du règlement et faire entrer les règles de nullité dans la loi de l'État d'ouverture.

AXE D'HARMONISATION PROPOSÉ

- 1 - Prévoir un mécanisme de radiation du professionnel.
- 2 - Prévoir un niveau minimal de formation en matière de droit, de comptabilité et de gestion, ainsi qu'une formation permanente.

4.2. *L'indépendance du syndic*

⇒ La résolution du Parlement européen

Un principe d'indépendance est posé vis-à-vis de toutes les parties concernées par la procédure d'insolvabilité et, en cas de conflit d'intérêts, la règle préconisée serait la démission du syndic.

⇒ Observations

On peut rappeler que, selon les droits nationaux, les professionnels qui exercent en tant que syndic, le font à titre exclusif (cas des mandataires de justice en France) ou non (cas des avocats en Allemagne, même s'il y a de plus en plus de cabinets spécialisés). Or, c'est lorsqu'il n'y a pas d'exercice à titre exclusif que se pose le plus souvent la question des conflits d'intérêts. Il apparaît donc indispensable de mettre en place des mécanismes qui garantissent l'indépendance du professionnel et limitent ce risque.

Par ailleurs, comme l'exige le droit français dans le cadre des procédures de prévention, il pourrait être utile de prévoir une déclaration d'indépendance du professionnel pour chacune des affaires dans laquelle il est nommé.

AXE D'HARMONISATION PROPOSÉ

Prévoir *a minima* l'obligation pour le professionnel nommé d'attester sur l'honneur son indépendance vis-à-vis de toutes les parties – débiteurs et créanciers – et de déclarer, s'il y a lieu, tout risque de conflit d'intérêts.

4.3. *Des missions spécifiques*

⇒ La résolution du Parlement européen

Deux missions sont envisagées en matière de préservation des actifs du débiteur :

- la possibilité pour le syndic de se prononcer avec effet rétroactif, dans un délai de 6 mois, sur tout déplacement de capitaux, dès lors qu'une procédure principale a été ouverte ;
- la possibilité pour le syndic de recouvrer, par des procédures adaptées et prioritaires, des sommes dues à l'entreprise en amont du règlement des créanciers.

⇒ Observations

Dans beaucoup d'États membres, le débiteur reste à la tête de ses affaires. Ce peut être une situation paradoxale dans le cas de démarches de « préservation de ses actifs » : en effet, le débiteur n'a pas les mêmes intérêts que ses créanciers²⁷.

On signalera que le système américain n'accepte le principe d'un plan qu'en présence exclusive d'un *trustee*. De même en France, seuls les administrateurs judiciaires font autorité pour exercer ce type de mission.

²⁷ Par exemple, demander l'annulation d'un paiement que le débiteur a réalisé lui-même.

AXE D'HARMONISATION PROPOSÉ

Envisager une harmonisation allant dans le sens d'une exclusivité du syndic dans le cas des missions spécifiques précitées dans la résolution.

5. Sur les plans de restructuration (Cf. Annexe de la résolution, Partie 1, 1.5)

5.1. *Les personnes habilitées à présenter un plan*

⇒ La résolution du Parlement européen

Le débiteur comme le syndic ont la possibilité de présenter un plan de restructuration.

⇒ Observations

Cette voie qui répond à une exigence de sécurité juridique, n'est pas exclusive d'autres possibilités pour les États membres. Elle permet également de limiter, dans le cas de la France, l'instrumentalisation de la procédure de sauvegarde par le débiteur.

AXE D'HARMONISATION PROPOSÉ

Retenir l'harmonisation proposée par la résolution du Parlement.

5.2. *Le contenu du plan*

⇒ La résolution du Parlement européen

Le plan doit contenir les règles relatives au remboursement des créanciers et à la responsabilité du débiteur après la conclusion de la procédure.

De plus, les informations contenues dans le plan doivent être suffisantes et pertinentes pour permettre aux créanciers d'accepter ou non le plan.

⇒ Observations

Les modalités de règlement du passif constituent le contenu minimum d'un plan de restructuration. Mais bien d'autres informations sont nécessaires pour évaluer les possibilités de redressement de l'entreprise : les garanties apportées par le débiteur, les apports de capitaux, les financements, les projets de cession, le niveau de l'emploi...

AXE D'HARMONISATION PROPOSÉ

Prévoir d'apporter des précisions complémentaires correspondant à la partie du modèle économique du plan, afin d'assurer l'information susceptible d'éclairer les créanciers, et qui exercera une influence sur leur décision d'accepter ou non le plan

5.3. *L'arrêt du plan*

⇒ La résolution du Parlement européen

La résolution prévoit une homologation ou un refus du plan selon une procédure spécifique devant la juridiction compétente.

Par ailleurs, il ne doit pas y avoir de possibilité, pour les créanciers ou les parties non affectées par le plan, de prendre part au vote ou d'y faire obstacle.

⇒ Observations

Ces deux points sont prévus dans le système français comme dans d'autres droits nationaux. Prévoir une harmonisation apporterait une sécurisation.

AXE D'HARMONISATION PROPOSÉ

- 1 - Acter le principe d'une homologation du plan devant le juge.
- 2 - Exclure du vote les créanciers non affectés par le plan.

Directeur de la publication : Pierre TROUILLET
CCIP - 27 avenue de Friedland - 75 382 Paris cedex 08
Rapports consultables ou téléchargeables sur le site :
www.ccip.fr
Dépôt légal : novembre 2012
ISSN : 0995-4457 – Gratuit

