



HAL
open science

L'efficacité du droit des entreprises en difficulté en droit interne et international

Paola Nabet

► **To cite this version:**

Paola Nabet. L'efficacité du droit des entreprises en difficulté en droit interne et international. Droit. Université de Lorraine, 2020. tel-03047170

HAL Id: tel-03047170

<https://hal.univ-lorraine.fr/tel-03047170>

Submitted on 8 Dec 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Habilitation à diriger des recherches

Paola Nabet

Maître de conférences à l'Université de Lorraine

Soutenue le 13 novembre 2020

L'efficacité du droit des entreprises en difficulté en droit interne et international

Marraine :

- Caroline Houin-Bressand, Professeur à l'Université de Lorraine

Membres du jury :

- Sabine Corneloup, Professeur à Paris II (Rapporteur)
- Rémi Dalmau, Professeur à l'Université de Lorraine
- Laurence-Caroline Henry, Professeur à la faculté de Nice, détachée avocat général à la chambre commerciale de la Cour de cassation (Rapporteur)
- Françoise Pérochon, Professeur à l'Université de Montpellier (Rapporteur)
- Philippe Roussel Galle, Professeur à l'Université de Paris

Sommaire

INTRODUCTION	5
I. L'efficacité du Règlement européen sur l'insolvabilité	9
A. Le champ d'application du Règlement insolvabilité	9
B. Le traitement efficace de l'insolvabilité transfrontalière du débiteur en présence d'un établissement situé dans un autre État membre	35
II. L'efficacité des procédures collectives	53
A. Le sort des créanciers	54
B. Le rebond du débiteur	88
TABLE DES MATIERES	104

Un droit des entreprises en difficulté efficace est celui qui offre les outils nécessaires pour sauver les entreprises qui peuvent être sauvées, accélérer la liquidation des entreprises qui ne peuvent pas l'être et donne au juge les moyens de faire la distinction entre les deux....

L'EFFICACITE DU DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTE EN DROIT INTERNE ET INTERNATIONAL

Drôle de période pour écrire un mémoire sur l'efficacité du droit des entreprises en difficulté en droit interne et international. Alors que l'activité économique mondiale est au point mort, les commerces fermés sur plusieurs continents et la population confinée, c'est un peu comme si j'avais sous les yeux un test grandeur nature de mon sujet d'étude. Je n'ai pas le cynisme nécessaire pour m'en réjouir. C'est plutôt avec une forte inquiétude pour les entrepreneurs et, par ricochet, pour tous leurs salariés que je commence cette introduction. En outre, il serait faux de prétendre ici que je vais réellement traiter ce sujet. Il s'agit uniquement de faire un point sur mes recherches. L'objet de l'HDR est de démontrer la capacité du candidat à diriger un doctorant. C'est pourquoi j'ai choisi, pour ce mémoire de reprendre mes travaux avec un œil neuf (comme je le ferai pour un de mes étudiants) dans le but d'examiner ce que j'ai écrit à l'époque, voir à quoi j'ai abouti et de poursuivre la réflexion à l'aune du droit positif. Pour ce faire, j'ai d'abord cherché un fil conducteur entre tous mes travaux afin de trouver une problématique générale et structurer ce mémoire. Or, ce qui relie l'ensemble de mes travaux est l'efficacité et, plus particulièrement, l'efficacité du droit des entreprises en difficulté en droit interne et en droit international.

L'efficacité est la capacité à atteindre le résultat attendu. Se poser la question de l'efficacité du droit des entreprises en difficulté nécessite donc au préalable de s'attacher à définir quels sont les objectifs de ce droit afin de pouvoir vérifier s'ils sont atteints.

L'appréciation de l'efficacité du droit des entreprises en difficulté varie énormément dans le temps et d'un État à l'autre. Tous les États n'ont, en effet, pas la même appréciation des enjeux des procédures collectives. Certains États estiment que le but d'une procédure collective est essentiellement de désintéresser les créanciers et d'écarter le débiteur de la vie des affaires afin de protéger la sphère économique. Cette conception prédominait largement à travers le monde jusqu'à la fin du XXème siècle. Il tend aujourd'hui à être remplacé par une vision plus humaine, mais également plus rationnelle économiquement du rôle du droit des procédures collectives. Plus

humaine d'abord, en reconnaissant au débiteur honnête un droit à une seconde chance. L'entrepreneur qui a connu l'expérience d'une procédure d'insolvabilité apprend de ses erreurs et sera plus apte à réussir sa prochaine entreprise. Plus rationnelle économiquement ensuite à plusieurs égards. Tout d'abord, le sauvetage réussi d'une entreprise permet aux créanciers d'éviter de perdre un co-contractant (ce qui évite l'effet domino) et d'obtenir, si le plan de redressement est un succès, un montant plus élevé sur leur créance que si l'entreprise avec été liquidée. Ensuite, le redressement de l'entreprise permet de sauver, au moins en partie, les emplois qui y sont attachés. Enfin, un État a besoin d'entrepreneurs. Il n'y a qu'à voir, en France, le nombre de lois récentes destinées à favoriser la création d'entreprises pour s'en rendre compte : EIRL, auto-entrepreneurs... Même si le droit offre les outils pour encourager l'entrepreneur à « se lancer », cela ne fonctionnera pas si l'entrepreneur sait qu'en cas de déconfiture il risque d'être stigmatisé et de devoir rembourser sa vie durant. Un droit des entreprises en difficulté efficace est donc celui qui offre les outils nécessaires pour sauver les entreprises qui peuvent être sauvées, accélérer la liquidation des entreprises qui ne peuvent pas l'être et donne au juge les moyens de faire la distinction entre les deux....

L'appréciation de l'efficacité du droit des entreprises en difficulté dépend aussi de la variété des outils que celui-ci offre, afin de s'adapter au mieux à la situation de l'entreprise. Le droit français, est, à cet égard, très satisfaisant. Il propose, en effet, à la fois des mécanismes amiables, à l'instar de la conciliation, mais également une variété intéressante de procédures collectives allant de la procédure préventive de l'insolvabilité qu'est la sauvegarde à la liquidation judiciaire lorsque les chances de redressement de l'entreprise sont manifestement impossibles. Et dans ces différentes catégories de procédures, il existe plusieurs variantes afin de s'adapter au mieux à la réalité de la situation de l'entreprise. Ainsi, existe-t-il trois procédures de sauvegarde (sauvegarde, sauvegarde accélérée, sauvegarde financière accélérée), une procédure de redressement judiciaire, deux types de liquidation judiciaire (classique et simplifiée) et une procédure de rétablissement professionnel.

Chacune de ces catégories de procédures a des enjeux très différents. L'objectif essentiel d'une procédure de liquidation judiciaire est le désintéressement des créanciers. Ainsi, une telle procédure sera considérée comme efficace si elle permet de maximiser la valeur des actifs de la procédure et de répartir le produit de leur

cession en respectant l'égalité des créanciers selon leur rang. Au contraire, les procédures de sauvegarde et de redressement visent d'abord à permettre la poursuite de l'activité économique et au maintien de l'emploi. L'apurement du passif arrive derrière ces deux premiers objectifs. Afin de savoir si ces procédures sont efficaces, il est alors possible de regarder les statistiques afin de voir, parmi les procédures de sauvegarde et de redressement ouvertes, la proportion de celles qui ont permis de sauver l'entreprise et de celles qui ont finalement abouti à la liquidation judiciaire du débiteur. Avec plus de 80 % des procédures de redressement judiciaire qui aboutissent finalement à une liquidation judiciaire, cette procédure semble un échec. Cela signifie-t-il pour autant que le droit applicable au redressement judiciaire soit inefficace ? Il n'est pas possible de tirer cette conclusion. Si cette procédure échoue dans la très grande majorité des cas à atteindre son but ce n'est pas lié aux règles qui lui sont applicables (ce sont d'ailleurs, pour beaucoup, les mêmes qu'en sauvegarde), mais au fait que cette procédure intervient alors que le débiteur est déjà en cessation des paiements. C'est alors souvent déjà trop tard pour réussir à la sauver. L'approche statistique n'est donc pas un révélateur véritablement fiable de l'efficacité du droit des procédures collectives.

En outre, mes travaux ne portent pas sur l'efficacité des types de procédures, mais plutôt sur celle des différents mécanismes ou dispositions prévus par le droit des entreprises en difficulté. C'est l'objet privilégié de mes recherches à la fois en droit interne et en droit international. Ce mémoire est donc l'occasion d'apprécier par exemple l'efficacité de la déclaration de créances ou des règles destinées à permettre le rebond du débiteur.

Lorsque la procédure collective est transfrontalière, d'autres enjeux s'ajoutent à ceux existant déjà en droit interne afin d'assurer à la fois le traitement efficace de l'insolvabilité du débiteur dans tous les États où celui-ci a des actifs et l'égalité des créanciers locaux comme domiciliés à l'étranger.

Pour ce faire, il est primordial que la procédure d'insolvabilité soit ouverte dans l'État dans lequel le débiteur a le centre de ses intérêts principaux, c'est-à-dire dans l'État à partir duquel il dirige son activité et qui est vérifiable par les tiers. Dans le Règlement insolvabilité¹, le centre des intérêts principaux du débiteur est présumé être situé au

¹ Pour ce mémoire, le Règlement insolvabilité renvoie indistinctement au Règlement (CE) n° 1346/2000 ou au Règlement (UE) n° 2015/848. Je viserai spécifiquement le premier Règlement insolvabilité (Règlement (CE) n° 1346/2000 du 29 mai

lieu de son siège statutaire. Bien que cette présomption soit forte, elle peut être renversée².

Il faut ensuite que cette procédure soit universelle. C'est-à-dire qu'elle puisse produire ses effets dans tous les États dans lesquels le débiteur a des actifs et atteindre tous les créanciers où qu'ils soient. Toutefois, cette universalité ne doit pas être totale. Lorsque le débiteur a des établissements³ dans d'autres États, le traitement extraterritorial de l'insolvabilité par les organes de la procédure ouverte au centre des intérêts principaux et en application de la loi du for (*lex fori concursus*) peut être très complexe et donc inefficace. C'est pourquoi, il est possible d'ouvrir dans cet État une autre procédure d'insolvabilité pour traiter la situation de cet établissement. Cette nouvelle procédure, appelée « procédure secondaire » dans le Règlement insolvabilité, devrait avoir vocation uniquement territoriale (c'est-à-dire ne devrait traiter que des actifs du débiteur situés sur son territoire). Elle est soumise à la loi locale (*lex fori concursus secundarii*).

En cas de pluralité de procédures ouvertes à l'encontre d'un même débiteur, Ces procédures doivent être coordonnées afin d'aboutir au traitement efficace de l'insolvabilité transfrontalière du débiteur. Cette coordination, qui s'effectue grâce à la coopération des organes des différentes procédures permet la cohérence des procédures entre elles. Elle permet également de s'assurer qu'aucun créancier ayant déclaré sa créance à toutes les procédures n'obtienne plus que les autres créanciers du même rang.

Ainsi, lorsque la procédure d'insolvabilité est transfrontalière, s'interroger sur l'efficacité de l'insolvabilité du débiteur nécessite de s'attarder sur les règles de droit international privé – au premier rang desquelles figure le Règlement européen sur

2000) ou le Règlement insolvabilité bis (Règlement (UE) n° 2015/848 du 20 mai 2015), lorsque je voudrai faire référence spécifiquement à l'un ou à l'autre.

² CJCE, 2 mai 2006, "Eurofood", D. 2006, p. 1286, note A. Lienhard ; Rev. dr. aff. inter. 2006, p. 554, obs. Y. Lahlou et M. Matousekova ; Gaz. Pal., 14 au 18 juill. 2006, p. 7, note F. Mélin ; JCP E 2006, n°2071, p. 1220, chron. J-L Vallens ; JCP G 2006, II, n° 10089, p. 1124, note M. Menjucq ; D. 2006, p. 1752, note R. Dammann ; Actualité des procédures collectives, 9 juin 2006, obs. M. Menjucq ; Bull. Joly Sociétés, juill. 2006, n°7, p. 907, note D. Fasquelle ; Rev. Sociétés, 2006, p. 360, note J-P Rémy ; Rev. Lamy droit des affaires, juin 2006, p. 29, note Y. Chaput ; JDI 2007, p. 151, note G. Khairallah.

² CJUE, 20 oct. 2011, aff. C-396/09, "Interedil", D. 2011. 2915, note J.-L. Vallens ; Rev. sociétés 2011. 726, obs. Ph. Roussel Galle ; *ibid.* 2012. 116, note Th. Mastrullo ; Bull. Dict. Perm. Diff. entr. n° 331, nov. 2011, p. 1, obs. J.-P. Rémy ; BJDE, 1/2012, § 10, p. 34, note L.-C. Henry.

³ Un établissement est un lieu d'opérations où le débiteur exerce une activité économique avec des moyens humains et des actifs.

l'insolvabilité – et sur les règles relatives au droit des entreprises en difficulté applicables.

I. L'efficacité du Règlement européen sur l'insolvabilité

Lorsqu'il est applicable, le Règlement européen sur l'insolvabilité est un outil performant pour traiter de l'insolvabilité transfrontalière du débiteur. Il ne s'agit, en effet, pas uniquement d'un texte de droit international privé comprenant des règles de conflit de juridictions et de lois. Il prévoit également des règles matérielles permettant de coordonner les procédures ouvertes, dans différents États membres, à l'égard d'un même débiteur (B). C'est parce qu'il est si efficace que son champ d'application devrait être apprécié assez soupagement (A).

A. Le champ d'application du Règlement insolvabilité

L'étude du champ d'application d'un Règlement européen est fondamentale en droit international privé. Elle permet de délimiter son applicabilité à une situation déterminée et d'exclure ainsi la mise en œuvre du droit international privé commun d'un État membre ou de conventions internationales. Une fois établie l'existence d'un élément d'extranéité, c'est la première étape de résolution d'un problème juridique international. Selon le texte en cause, le champ d'application d'un Règlement revêt trois ou quatre dimensions : la dimension matérielle (ou *ratione materiae*), la dimension spatiale (ou *ratione loci*), la dimension temporelle (ou *ratione temporis*) et, parfois, la dimension personnelle (ou *ratione personae*) qui permet de déterminer à qui s'applique le Règlement, lorsque le texte n'a pas vocation à s'appliquer à toutes les personnes physiques ou morales. Le champ d'application d'un Règlement est déterminé par le texte lui-même. Cependant, parfois les dispositions concernant ce champ d'application ne sont pas claires et suscitent des débats. Cela pose alors un problème de sécurité juridique. C'est alors la Cour de justice de l'Union européenne qui pallie cette carence et circonscrit le domaine du texte afin que le champ d'application du texte soit déterminé de manière uniforme dans tous les États membres.

Le champ d'application du Règlement insolvabilité a soulevé des difficultés dans chacune de ses dimensions. Ces difficultés sont aujourd'hui pour la plupart résolues,

soit par l'entrée en vigueur du Règlement insolvabilité *bis*⁴, soit grâce à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Je me suis intéressée à travers différents travaux, aux différentes dimensions du champ d'application du Règlement insolvabilité. Certains traitent du champ d'application du Règlement (CE) n° 1346/2000 (pour les travaux antérieurs à 2015), d'autres sont relatifs au champ d'application du Règlement (UE) n° 2015/848 (Règlement insolvabilité *bis*). Ce mémoire est l'occasion de faire un point sur les difficultés qui se sont posées, sur les solutions dégagées et les changements éventuellement intervenus depuis.

1. Le champ d'application *ratione materiae* du Règlement insolvabilité

En janvier 2015, j'ai publié un article sur le champ d'application matériel du Règlement insolvabilité⁵. Je l'avais intitulé « champ d'application matériel direct » pour faire référence aux différentes procédures collectives auxquelles le Règlement insolvabilité s'applique, par opposition au champ d'application matériel indirect qui vise les actions annexes auxquelles il est applicable.

Je l'ai écrit après l'institution, dans le livre VI du Code de commerce des variantes accélérées de la procédure de sauvegarde, et alors que le Règlement insolvabilité était en cours de révision. La question était de savoir si le Règlement (CE) n° 1346/2000, en vigueur à l'époque, pouvait s'appliquer à ces nouvelles procédures et, si tel n'était pas le cas, ce qu'il en serait après la refonte du texte.

L'article 1 § 1 du premier Règlement insolvabilité délimitait son champ d'application *ratione materiae*. Il disposait que le texte était applicable « 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 ». Le considérant 9 précisait également que les procédures d'insolvabilité auxquelles le Règlement s'appliquait étaient énumérées à l'annexe A. Pour la France, cette annexe visait trois procédures :

⁴ Règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte), *JOUE* L. 141 du 5. 06. 2015, p. 19, J.-L. Vallens, « Le règlement (UE) n° 2015/848 du 20 mai 2015 : une avancée significative du droit européen de l'insolvabilité », *Rev. Lamy dr. aff.* 2015, n° 106, p. 17 ; L.-C. Henry, « Le nouveau règlement « insolvabilité » : entre continuité et innovations », *D.* 2015, n° 17, p. 979 ; Ph. Roussel Galle, « Refonte du Règlement sur les procédures d'insolvabilité », *DP Difficultés des entreprises, bull.*, n° 372, p. 2 ; P. Nabet, « Le nouveau Règlement européen sur l'insolvabilité », *RJC* 2016, n° 3, p. 276.

⁵ P. Nabet, « Champ d'application matériel direct du Règlement européen sur l'insolvabilité », *BJE* 2015, n° 1, p. 56 (annexe 1).

la liquidation judiciaire, le redressement judiciaire et la sauvegarde. Bien que certains praticiens le regrettaient⁶, la conciliation en était logiquement⁷ exclue. En effet, la conciliation n'est pas une procédure collective, puisque seuls les créanciers signataires de l'accord constaté ou homologué sont soumis à la suspension des poursuites individuelles⁸. Le débiteur n'est pas en état d'insolvabilité (sauf s'il est en cessation des paiements lors de la demande⁹) et il n'est pas dessaisi. Le conciliateur n'est pas un syndic¹⁰ puisqu'il n'exerce aucune fonction d'administration ni de surveillance de la gestion des affaires du débiteur. En outre, les règles mises en place par le texte européen sur l'insolvabilité n'étaient – et ne sont toujours sous l'empire du nouveau Règlement – pas adaptées à la procédure de conciliation. En effet, la procédure de conciliation est confidentielle, ce n'est qu'en cas d'homologation de l'accord qu'elle devient publique. Dès lors, elle ne peut, dès son ouverture, être reconnue immédiatement dans tous les États membres – ce qui est quand même le principal intérêt du texte –, aussi de nombreux articles du Règlement lui seraient de toute façon *de facto* inapplicables¹¹.

Lors de l'entrée en vigueur du texte européen, un débat s'était fait jour en doctrine sur le rôle de l'annexe A du Règlement insolvabilité. La seule présence d'une procédure à l'annexe A s'imposait-elle aux juges nationaux ou ceux-ci devaient-ils, avant de faire application du Règlement, vérifier que cette procédure remplissait également les critères de l'article premier ? En France, la discussion avait été particulièrement vive lors de l'inscription de la procédure de sauvegarde à l'annexe A, laquelle ne remplissait pas les critères de l'article 1 § 1 du fait, notamment, de l'absence de dessaisissement du débiteur¹². Lors de l'élaboration du Règlement, ces critères avaient été choisis au regard des procédures collectives classiques, telles que le redressement ou la liquidation judiciaire. Cependant, l'évolution des droits des États membres vers un objectif d'anticipation du traitement des difficultés financières

⁶ Cf. par ex : R. Dammann et G. Podeur, « Le mandat *ad hoc* une porte d'entrée pour l'application aux groupes de sociétés du Règlement européen relatif aux procédures d'insolvabilité », *RLDA*, nov. 2006, n°10, p. 104.

⁷ Cf. En ce sens, Réponse ministérielle, question n° 120292, *JOAN* 1^{er} mai 2007, p. 4159, *D.* 2007, p. 1332 ; J. Deharveng, « Bilan de quatre années d'application du Règlement n° 1346/2000/CE : influence réciproque des législations et conséquences de la jurisprudence de la CJCE », *RLDA*, nov. 2006, p. 108.

⁸ C. com., art. L. 611-10-1.

⁹ Selon l'article L. 611-4 du Code de commerce, la procédure de conciliation bénéficie aux débiteurs qui « éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, et ne se trouvent pas en cessation des paiements depuis plus de 45 jours ».

¹⁰ Cf. la définition du syndic selon l'article 2 b) du Règlement (CE) n° 1346/2000.

¹¹ Cf. par ex, les articles 19, 39 et 40 du Règlement (CE) n° 1346/2000.

¹² Sur cette question, cf. par exemple Ph. Roussel Galle, « De quelques pistes d'interprétation du règlement (CE) n° 1346/2000 sur les procédures d'insolvabilité : la circulaire du 15 décembre 2006 », *JDI* 2008, var. 2.

d'un débiteur afin de favoriser son rétablissement a fait que ces critères ont rapidement été dépassés. C'était particulièrement le cas des deux premières conditions, à savoir celles de l'insolvabilité du débiteur (qui correspond, en France, à l'état de cessation des paiements) et de son dessaisissement. C'est pourquoi plusieurs États membres avaient, au fil du temps, inscrit à l'annexe A des procédures collectives qui ne remplissaient pas ces deux critères de mise en œuvre du Règlement. Ce fut le cas, en France, de la procédure de sauvegarde qui n'est pas fondée sur l'insolvabilité du débiteur et ne provoque pas son dessaisissement. Celle-ci produisant les mêmes effets qu'une procédure de redressement judiciaire, il était impensable de l'exclure du champ d'application du Règlement en ne l'intégrant pas à l'annexe A. Cela aurait été très préjudiciable tant au regard de l'attractivité du droit français, que pour les personnes concernées (débiteur, créanciers, salariés, cocontractants...) par une procédure de sauvegarde ouverte en France, mais ayant des effets transfrontaliers. Finalement, la Cour de justice de l'Union européenne¹³ a confirmé que l'annexe A du Règlement insolvabilité constituait une présomption irréfragable de conformité des procédures aux conditions posées par l'article premier. Dès lors, toutes les procédures qui y figuraient étaient réputées entrer automatiquement dans le champ d'application du Règlement (CE) n° 1346/2000.

Cependant, l'arrêt *MG Probud* ne permettait pas de répondre à la question de savoir si les procédures de sauvegarde accélérées entraient ou non dans le champ de l'ancien Règlement insolvabilité. En effet, l'annexe A ne pouvait servir de présomption puisque les versions accélérées de la sauvegarde n'y figuraient pas expressément, même s'il était toujours possible de soutenir qu'étant des variantes de la sauvegarde, la seule inscription de cette dernière à l'annexe A suffisait.

Il fallait donc confronter ces procédures accélérées aux conditions posées par l'article 1 § 1 du Règlement (CE) n° 1346/2000 pour voir si elles étaient susceptibles d'être soumises à ce texte. Méthodologiquement cependant, cela n'était pas réellement satisfaisant, puisque la procédure de sauvegarde « classique » n'y répondait déjà pas.

¹³ CJUE, 21 janv. 2010, « *MG Probud* », aff. C-444/07, *D.* 2011, p. 498, note R. Dammann et D. Carole-Brisson ; *Rev. Proc. coll.* mai-juin 2010, n° 16, p. 38, note Th. Mastrullo ; *Rev. Sociétés* 2011, p. 44, note F. Mélin ; *BMIS* 2010, n° 5, p. 493, note F. Jault-Seseke - CJUE, 22 nov. 2012, affaire C-116/11, « *Christianapol* », point 33 de l'arrêt, *D.* 2013, p. 468, note

R. Dammann et H. Leclair de Bellevue, *Europe*, janvier 2013, comm. 58, note L. Idot ; *RLDA*, janv. 2013, p. 26, note J.D.R ; *Rev. sociétés*, 2013, p. 184, note L. C. Henry ; *Rev. proc. coll.*, mars 2013, comm. no 29, obs. T. Mastrullo ; *JCP G.*, 14 janvier 2013, 62, note L. d'Avout ; *JCP E.*, 24 janvier 2013, 1050, note L. d'Avout ; *BJE*, 1er janvier 2013, p. 47, note J.-P. Sortais ; *JCP G.*, 18 février 2013, doct. 221, spéc. §10, obs. M. Menjucq ; *Rev. crit DIP* 2014, p. 404, note F. Jault-Seseke et D. Robine ; *D.* 2013, Pan. p. 1503, obs. F. Jault-Seseke ; *D.* 2013, Pan. p. 2293, obs. S. Bollée.

À défaut d'autre voie possible, c'était pourtant la seule chose à faire pour esquisser une solution. En prenant pour base l'exclusion des conditions de l'insolvabilité du débiteur et de son dessaisissement, légitimée par l'inscription de la sauvegarde classique à l'annexe A, il ne restait que deux conditions à examiner.

La condition de la nomination d'un syndic était bien remplie¹⁴ par les deux types de sauvegarde accélérée. En revanche, la dernière condition concernant le caractère collectif de la procédure n'était remplie que par la procédure de sauvegarde accélérée et non par sa version financière. En effet, cette dernière ne concerne que les établissements de crédit et les créanciers obligataires tandis que les autres créanciers conservent leurs droits de poursuite individuelle. Il était dès lors difficile de soutenir qu'une seule des deux formes de procédures accélérées de sauvegarde puisse entrer dans le champ du Règlement (CE) n° 1346/2000 sans avoir été inscrites, par la France, à l'annexe A. D'autant qu'elle en avait eu l'occasion, au moins s'agissant de la sauvegarde financière accélérée. En effet, entre 2013 et 2014, de nombreux États membres avaient notifié à la Commission européenne des modifications à apporter à leurs annexes. Ces notifications avaient abouti en juin 2014 à un Règlement d'exécution¹⁵ qui a remplacé les annexes du Règlement (CE) n° 1346/2000. La France n'avait pas demandé de modification de la liste de ses procédures. Aussi, il fallait considérer que le premier Règlement insolvabilité n'était pas applicable aux procédures de sauvegarde financière accélérée et de sauvegarde accélérée.

Qu'en serait-il alors sous l'empire du nouveau Règlement ? À l'époque, la dernière proposition de refonte du texte était la seule disponible. C'est donc sur cette proposition que j'ai étudié le champ d'application matériel prévisionnel du nouveau Règlement, afin de voir quelles procédures collectives françaises étaient susceptibles d'y entrer. Les conditions finalement adoptées sont très proches de celles du texte définitif, aussi, les arguments de mon article restent pertinents, même si certains mots ont changé dans la version définitive. Les termes et la numérotation des considérants et des articles du texte en vigueur aujourd'hui sont utilisés dans les développements qui suivent.

¹⁴ C. com. art. L. 628-3.

¹⁵ Règl. (UE) n° 663/2014 du 5 juin 2014 remplaçant les annexes A, B et C du Règl. (CE) n° 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité.

Le Règlement insolvabilité *bis* a un champ d'application matériel considérablement plus étendu que le texte initial afin de le rendre applicable aux procédures collectives les plus modernes. L'article 1 § 1 du Règlement pose, en effet, des conditions communes devant être satisfaites par toutes les procédures de l'annexe A, puis des conditions alternatives afin d'englober une large variété de procédures.

La première condition que doit remplir une procédure pour être soumise au Règlement européen sur l'insolvabilité est d'être une procédure collective. L'article 2, 1) du Règlement définit les procédures collectives comme « les procédures auxquelles participe la totalité ou une partie importante des créanciers du débiteur, pour autant que, dans ce dernier cas, les procédures ne portent pas atteinte aux créances des créanciers qui ne sont pas parties à ces procédures ». Le considérant 14 précise que l'expression « procédures collectives » devrait « également englober les procédures qui concernent uniquement les créanciers financiers ». Ainsi, les procédures semi-collectives entrent dans le champ d'application du texte, pour autant, précise ce considérant, qu'elles « visent au redressement du débiteur ». Cela a permis l'inscription à l'annexe A de la sauvegarde financière accélérée française, qui ne concerne que les créanciers obligataires et les créanciers membres du comité des établissements de crédit.

La deuxième condition est que la procédure collective soit « publique », c'est-à-dire qu'elle doit être publiée. Cette obligation s'explique par le fait que l'objet du Règlement est d'assurer la reconnaissance et l'exécution des effets de la procédure collective dans tous les États membres, ce qui est impossible si la procédure est confidentielle. En outre, c'est la publicité qui assure le caractère collectif de la procédure, en ce qu'elle permet aux créanciers de déclarer leur créance et les soumet à la discipline collective.

L'exigence d'une procédure collective publique conduit à exclure d'office les procédures confidentielles – en France, la conciliation et le mandat *ad hoc* – du champ d'application du Règlement¹⁶.

La troisième condition que doit remplir une procédure collective pour pouvoir être soumise au Règlement insolvabilité est qu'elle soit fondée sur une législation relative à l'insolvabilité et qu'elle ait pour but un redressement, un ajustement des dettes, une

¹⁶ Sur l'exclusion de la conciliation du champ d'application du Règlement européen sur l'insolvabilité, cf. *infra*.

réorganisation ou une liquidation des affaires du débiteur. Cette précision écarte certaines procédures étrangères du champ du Règlement, telles que le *scheme of arrangement* de droit anglais qui est issu du *Companies Act* et non de l'*Insolvency Act*¹⁷.

Enfin, cette procédure doit produire un des effets mentionnés au a), b) ou c) de l'article 1 § 1, à savoir : « entraîner le dessaisissement partiel ou total du débiteur et la désignation d'un praticien de l'insolvabilité » (ce qui est le cas en France du redressement et de la liquidation judiciaire) ; « soumettre les actifs et les affaires du débiteur au contrôle ou à la supervision d'une juridiction » ; ou « entraîner une suspension provisoire des actions en exécution forcée individuelles, pour permettre des négociations entre le débiteur et ses créanciers, pour autant que ces actions prévoient des mesures appropriées pour protéger l'intérêt collectif des créanciers et soient préalables à l'une des actions visées aux points précédents si aucun accord n'est dégagé ».

Le nouveau Règlement a donc vocation à s'appliquer aux procédures collectives les plus modernes et notamment, en France, à la sauvegarde accélérée et à la sauvegarde financière accélérée qui remplissent toutes les conditions précitées et sont inscrites à l'annexe A.

Je conclus mon article sur le champ d'application *ratione materiae* du Règlement européen sur l'insolvabilité par une question, à laquelle je vais tenter de répondre dans le cadre de ce mémoire. Si la procédure de conciliation est exclue du champ matériel du texte, la question se pose cependant de savoir si un jugement d'homologation d'un accord de conciliation pourrait, lui, être reconnu et produire ses effets dans tous les États membres en vertu du Règlement. Rappelons que l'homologation de l'accord de conciliation est prononcée par le tribunal qui serait, *a priori*, compétent en cas d'ouverture d'une procédure collective, et fait l'objet d'une publication.

L'article 32 du Règlement dispose que : « Les décisions relatives au déroulement et à la clôture d'une procédure d'insolvabilité rendues par une juridiction dont la décision d'ouverture est reconnue conformément à l'article 19 ainsi que les concordats approuvés par une telle juridiction sont également reconnus sans autre formalité. Ces

¹⁷ Sur la non-applicabilité du Règlement (CE) n° 1346/2000 à la procédure anglaise de *Sheme of arrangement*, Cf. : High Court, 26 mai 2010, « La Seda de Barcelona SA », [2010] EWHC, 1364 (Ch).

décisions sont exécutées conformément aux articles 39 à 44 et 47 à 57 du règlement (UE) no 1215/2012 ».

Il est clair que le jugement d'homologation d'un accord de conciliation n'est pas une décision relative au déroulement et à la clôture d'une procédure. Cependant, l'accord homologué de conciliation pourrait entrer dans le cadre « des concordats approuvés par une juridiction dont la décision d'ouverture est reconnue conformément à l'article 19 ». Tel sera en effet le cas si une procédure collective est finalement ouverte à l'encontre du débiteur qui avait bénéficié de l'accord de conciliation. Dans ce cas, le tribunal compétent pour ouvrir la procédure collective sera, en principe, le même que celui auquel appartient le président du tribunal qui aura ouvert la procédure de conciliation, à savoir pour un débiteur personne morale, celui de son siège statutaire (qui, selon l'article 3 § 1 du Règlement, est présumé être le centre des intérêts principaux du débiteur). La décision d'ouverture de la procédure collective sera bien reconnue automatiquement conformément à l'article 19 du Règlement. Et, l'accord de conciliation homologué constitue bien un concordat approuvé par cette juridiction. Dès lors, il semble que le jugement d'homologation d'une procédure de conciliation remplisse les conditions de l'article 32 lorsqu'une procédure collective est ouverte à l'encontre du débiteur, postérieurement à ce jugement. Il pourra alors être reconnu sans formalité dans tous les États membres. Certes, le jugement d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire met fin de plein droit à l'accord de conciliation¹⁸. Cette reconnaissance rétroactive du jugement d'homologation n'aura donc qu'un intérêt limité, mais pourrait tout de même être utile en permettant, par exemple, la reconnaissance du privilège de conciliation¹⁹.

La deuxième dimension du champ d'application du Règlement insolvabilité est le champ d'application dans l'espace.

2. Le champ d'application *ratione loci* du Règlement insolvabilité

¹⁸ C.com., art. L. 611-12.

¹⁹ C. com., art. L. 611-11.

Le Règlement est applicable *ratione loci* lorsque le débiteur a son centre des intérêts principaux dans un État membre²⁰, à l'exception du Danemark²¹. Cet État n'est pas lié par les dispositions sur « l'espace de liberté, de sécurité et de justice » du Traité instituant la communauté européenne et du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Or, les Règlements insolvabilité sont fondés sur ces dispositions et plus particulièrement sur celles relatives à la coopération en matière civile²².

À l'heure actuelle le Règlement lie donc 27 États. En effet, si, depuis le 1^{er} février 2020, le Royaume-Uni n'est plus un État membre de l'Union européenne, le Règlement insolvabilité y demeure applicable durant encore plusieurs mois, voire plusieurs années. En effet, l'accord sur le *Brexit* signé le 24 janvier 2020²³ prévoit une période de transition qui se terminera le 31 décembre 2020, prorogeable une fois pour une période maximale d'un ou deux ans²⁴. Au cours de cette période, les règles européennes sur la coopération judiciaire en matière civile et commerciale sont maintenues au Royaume-Uni. Or, s'agissant plus spécifiquement du Règlement insolvabilité, l'article 67 § 3 c) de l'accord prévoit qu'il continuera à s'appliquer aux procédures d'insolvabilité et aux actions annexes visées par l'article 6 du Règlement (UE) n° 2015/848 dès lors que la procédure principale aura été ouverte avant la fin de la période de transition. Sachant qu'une procédure d'insolvabilité transfrontalière peut durer plusieurs années en fonction de sa complexité, le Règlement continuera à être appliqué au Royaume-Uni durant encore longtemps. Cependant, il ne sera plus applicable aux débiteurs dont l'ouverture de la procédure principale aura été demandée postérieurement à la fin de la période transitoire. Ces procédures seront donc soumises au droit international privé commun britannique lorsqu'elles seront ouvertes au Royaume-Uni. Cela constitue, à n'en pas douter, un regrettable retour en arrière.

Une fois établis les États soumis au Règlement insolvabilité, la question du champ d'application dans l'espace du Règlement insolvabilité est, *a priori*, relativement

²⁰ Règl. (CE) n° 1346/2000, consid. 14 et Règl. (UE) n° 2015/848, consid. 23.

²¹ Considérant 33 du Règlement (CE) n° 1346/2000 et considérant 88 du Règlement (UE) n° 2015/848.

²² Le Règlement (CE) n° 1346/2000 est fondé sur les articles 61 c) et 67 § 1 du Traité instituant la Communauté européenne et le Règlement et le Règlement (UE) n° 2015/848 est fondé sur l'article 81 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

²³ Accord sur le retrait du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord de l'Union européenne et de la Communauté européenne de l'énergie atomique, *JOUE* du 31 janvier 2020, p. 7, n° L 29/7.

²⁴ *Ibid.* art. 132.

simple²⁵ : le Règlement est applicable dès lors que le débiteur a son centre des intérêts principaux dans un de ces États. Pourtant, derrière cette simplicité apparente se cache une difficulté insoupçonnée au premier abord, tant elle part d'un postulat qui semble évident : celui de la nécessité d'un élément d'extranéité relatif à la procédure d'insolvabilité pour que le Règlement soit applicable (a), quelle que soit sa nature (b) et – dans une moindre mesure – quelle que soit sa localisation (c).

a. La nécessité d'un élément d'extranéité

La première chose que l'on apprend à nos étudiants de Master 1 en cours de droit international privé est que la condition préalable à l'applicabilité d'un Règlement européen ou d'une convention internationale fixant des règles de conflit (de lois ou de juridictions) est d'établir l'existence d'un élément d'extranéité. Cela paraît basique. Pourtant, au moins deux juridictions du fond françaises ont déjà appliqué le Règlement insolvabilité à une situation purement interne. La première décision en ce sens est celle de la Cour d'appel de Versailles du 11 janvier 2007. Celle-ci m'a donné l'occasion de publier mon premier commentaire d'arrêt²⁶, alors que j'étais encore en thèse. Cette première publication est très critique à l'égard de la décision de la Cour d'appel. Dans cette affaire, le Tribunal de commerce de Nanterre avait ouvert une procédure de redressement judiciaire à l'encontre d'une société qui avait son siège social dans le ressort du Tribunal de commerce de Toulouse. Le Ministère public, contestant la compétence territoriale du tribunal, avait interjeté appel du jugement. Alors même que l'insolvabilité ne présentait aucun élément d'extranéité, la Cour d'appel de Versailles s'est fondée sur le Règlement (CE) n° 1346/2000 pour confirmer la décision du tribunal de commerce de Nanterre. Selon la Cour d'appel, le centre des intérêts principaux de la société débitrice était situé dans le ressort du tribunal de Nanterre, au siège de sa société mère. Mon commentaire de cet arrêt s'articulait autour de deux parties. La première s'attachait à démontrer que le Règlement insolvabilité n'a pas vocation à s'appliquer à une situation purement interne. Cette solution a depuis été confirmée par la Cour de justice de l'Union européenne dans

²⁵ Si on laisse de côté la question de la détermination effective du centre des intérêts principaux d'un débiteur qui a suscité un important contentieux au moment de l'entrée en vigueur du Règlement (CE) n° 1346/2000. Sur l'ensemble de ce contentieux et ses enjeux, cf. P. Nabet, *La coordination des procédures d'insolvabilité en droit de la faillite internationale et communautaire*, précité, n° 10 à 68.

²⁶ P. Nabet, « Application du Règlement (CE) n° 1346/2000 à une situation purement interne », *CA Versailles*, 11 janvier 2007, *JCP E* 2007, n° 43 p. 27 (annexe 2).

l'arrêt *Schmid* du 16 janvier 2014²⁷. Dans cet arrêt, la Cour de justice fonde la nécessité d'un élément d'extranéité sur les objectifs du Règlement insolvabilité à savoir : « assurer le bon fonctionnement du marché intérieur »²⁸, éviter le *forum shopping*²⁹ et améliorer les procédures d'insolvabilité ayant des effets transfrontaliers³⁰. D'autres arguments permettent également d'étayer cette affirmation, notamment le fait que le Règlement insolvabilité est un Règlement de droit international privé, contenant essentiellement des règles de conflit de lois et de juridictions. Les dispositions conflictuelles du texte n'ont absolument aucune utilité dans un contexte strictement national. Les règles de conflit de lois n'ont pas vocation à être mises en œuvre, puisque – les règles relatives au droit local d'Alsace-Moselle mises à part – il n'y a qu'une seule loi en France et donc aucun conflit à trancher. Les règles de conflit de juridictions ne peuvent pas non plus être appliquées à une situation interne. En effet, contrairement à d'autres Règlements européens (notamment à certaines dispositions du Règlement Bruxelles 1 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale³¹), le Règlement insolvabilité comporte des règles de compétence générales, c'est-à-dire qu'elles ne désignent pas précisément quelle juridiction de l'État membre est spécifiquement compétente pour connaître du litige, mais désigne «les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur». Il ne permet donc pas de savoir, au sein de cet État membre, quel est le tribunal territorialement compétent. C'est aux règles de compétence internes de l'État membre désigné par l'article 3 § 1 qu'il appartient de le déterminer³². Dès lors, en l'espèce, contrairement à ce qu'avait affirmé la Cour d'appel de Versailles, le Règlement ne pouvait servir à attribuer compétence au tribunal de commerce de Nanterre, plutôt qu'à celui de Toulouse.

Dans ce commentaire, outre l'application du Règlement insolvabilité à une situation purement interne, je critiquais également la manière dont la Cour d'appel met en

²⁷ CJUE, 16 janv. 2014, C-328/12, « *Schmid* », point 15 : « La juridiction de renvoi estime que, selon le libellé de l'article 3, paragraphe 1, du règlement, il suffit aux fins de l'application de cette disposition que le centre des intérêts principaux du débiteur soit situé dans un État membre. Toutefois, l'application de ce règlement supposant la présence d'un élément d'extranéité, il n'apparaît pas clairement si celui-ci doit se rapporter à un autre État membre ou à un État tiers. »

²⁸ Règlement (CE) n° 1346/2000, considérant n° 2 ; Règlement (UE) n° 2015/848, considérant n° 3 et 5.

²⁹ Ibid.

³⁰ CJUE, 16 janv. 2014, C-328/12, « *Schmid* », précité, point 25.

³¹ Règl. (CE) n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dit Règlement Bruxelles 1, remplacé par le Règl. (UE) n° 1215/2012 du 12 décembre 2012, dit Règlement Bruxelles 1 bis.

³² Règl. (CE) n° 1346/2000, considérant 15.

œuvre la règle de compétence du Règlement insolvabilité. En effet, la Cour énonce que le Règlement « pose le principe de la compétence du tribunal dans le ressort duquel la personne morale a son siège social, mais aussi, par exception, la compétence du tribunal dans le ressort duquel la personne morale a le centre principal de ses intérêts ». Il s'agit là d'une déformation de la règle posée par l'article 3 § 1 du Règlement insolvabilité. En effet, celui-ci dispose que : « Les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur sont compétentes pour ouvrir la procédure d'insolvabilité. Pour les sociétés et les personnes morales, le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve contraire, être le lieu du siège statutaire ». Le siège statutaire n'est donc en aucun cas le principe et le centre des intérêts principaux l'exception. Cette approximation concernant la règle de conflit de juridiction principale du Règlement insolvabilité était surprenante de la part d'une Cour d'appel qui a été pionnière dans l'application du Règlement en France³³.

La seconde partie de mon commentaire mettais en lumière le fait que l'application du Règlement insolvabilité et l'interprétation particulière de son article 3 § 1 par la Cour d'appel de Versailles étaient motivées par la volonté de permettre l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire à l'encontre de la société débitrice par la même juridiction que celle ayant ouvert la procédure collective de la société mère. L'objectif inavoué (et non inavouable) était de permettre la coordination de ces deux procédures, dans un objectif de restructuration du groupe.

Afin de respecter la personnalité juridique de toutes les sociétés du groupe, la situation de chaque société doit être analysée individuellement. Dès lors, sauf fictivité ou confusion des patrimoines, chaque société doit faire l'objet d'une procédure collective indépendante, lorsqu'elle remplit les conditions d'ouverture. Toutefois si les groupes de sociétés n'ont pas d'existence juridique, leur existence économique ne peut être niée, pas plus que le fait que la procédure collective de l'une des sociétés du groupe peut affecter la situation économique des autres. Cette réalité a été prise en compte très rapidement après l'entrée en vigueur du Règlement insolvabilité. Les juridictions où était situé le siège de sociétés mères se sont déclarées compétentes

³³ CA Versailles, 4 sept. 2003, « *Daisytek* » : *D.* 2003, p. 2352, note J.-L. Vallens ; *Rev. sociétés* 2003, p. 891, obs. J.-P. Rémy ; *JCP E* 2003, p. 1747, note G.-A. Likillimba ; *Rev. crit. DIP* 2003, p. 655, note G. Khairallah ; *RJDA* 2004, p. 1, note F. Mélin ; *JDI* 2004, p. 142, note A. Jacquemont ; *JCP G* 2004, II, 10007, note M. Menjucq – CA Versailles, 15 déc. 2005, « *Rover* » : *D.* 2006, p. 379, note R. Dammann ; *Bull. Joly. Sociétés* 2006, p. 328, note F. Mélin.

pour ouvrir des procédures collectives à l'encontre de filiales ayant leur siège dans d'autres États membres, en estimant que le centre des intérêts principaux de ces sociétés était en fait dans leur ressort³⁴.

Ainsi, le Règlement insolvabilité a été, de fait, étendu aux groupes de sociétés, alors même que ceux-ci avaient été exclus de son champ d'application. Cela présentait l'indéniable avantage³⁵ de permettre la coordination efficace des procédures d'insolvabilité d'un même groupe pour parvenir à son redressement. Tel était vraisemblablement l'objectif de la Cour d'appel de Versailles dans l'arrêt commenté. Pourtant, plutôt que de malmenier doublement le Règlement insolvabilité (en l'appliquant à une situation interne et en malmenant l'article 3 § 1), la Cour aurait pu tout simplement se fonder sur le droit interne. En effet, les dispositions du droit français permettaient – déjà à l'époque – d'attribuer compétence au tribunal du siège de la société mère pour connaître de la procédure collective de la filiale. Les articles L. 662-2 du Code de commerce et R. 662-7 du Code de commerce autorisent en effet le président d'une Cour d'appel qui estime que les intérêts en présence le justifient, à renvoyer l'affaire devant une autre juridiction de même nature, compétente dans son ressort. Les intérêts en présence dont fait état l'article L. 662-2 du Code de commerce pouvaient tout à fait être l'appartenance à un groupe de sociétés. Cet article aurait donc pu permettre de regrouper les différentes procédures collectives devant le tribunal de la société mère, afin de permettre au tribunal de les coordonner et d'assurer une restructuration cohérente des sociétés du groupe en difficulté.

Dans leur rédaction alors en vigueur, ces articles précisaient que ce renvoi ne pouvait qu'être décidé d'office par le président du tribunal saisi ou demandé par le Ministère public dans une requête motivée auprès du tribunal saisi ou du tribunal qu'il estime devoir être compétent. À l'époque, j'avais regretté que les dirigeants n'aient pas la possibilité de demander eux-mêmes le renvoi. Le Décret du 30 juin 2014³⁶ a pallié cette carence. Ainsi, l'article R. 662-7 prévoit désormais que le renvoi peut être demandé « par requête motivée du débiteur, du créancier poursuivant et du ministère

³⁴ Cf. Par exemple, CA Versailles, 4 sept. 2003, « *Daisytek* », précité – CA Versailles, 15 déc. 2005, « *Rover* », précité – T. com Nanterre, 15 févr. 2006, « *EMTEC* », *BJS* 2006, p. 575, note F. Jault-Seseke et D. Robine ; *D.* 2006, p. 793, note J.-L. Vallens – Trib. Com. Paris, 15 janvier 2007, « *Eurotunnel* », *BJS*, avril 2007, n° 4, p. 459, note F. Jault-Seseke et D. Robine ; *Rev. proc. coll.*, mars 2007, p. 4, obs. B. Soinne.

³⁵ Cf. Partie sur la coordination des procédures d'insolvabilité.

³⁶ D. n° 2014-736 du 30 juin 2014, art. 120.

public près le tribunal saisi ou près du tribunal qu'il estime devoir être compétent, au premier président de la cour d'appel ou de la Cour de cassation ».

Il convient de relever qu'aujourd'hui, ce ne sont plus ces articles qui seraient utilisés pour parvenir à ce résultat. En effet, la loi Macron du 6 août 2015³⁷ prévoit expressément la compétence du tribunal ayant ouvert une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'une société d'un groupe pour connaître des procédures d'insolvabilité des autres sociétés du groupe³⁸, peu important que celles-ci ne soient pas dans son ressort territorial. Ainsi est consacrée en droit français interne³⁹ (c'est-à-dire hors application du Règlement)⁴⁰ la possibilité de regrouper toutes les procédures d'insolvabilité des sociétés d'un même groupe devant un seul tribunal. L'article L. 662-8 al. 2 du Code de commerce prévoit, en outre, la possibilité de désigner un administrateur judiciaire et un mandataire judiciaire communs à l'ensemble des procédures.

L'arrêt *Schmid*⁴¹ de la Cour de justice couplé à ces nouveaux textes évitera à l'avenir que d'autres juges du fond ne forcent l'application du Règlement insolvabilité pour le mettre en œuvre dans une situation exclusivement interne, comme ce fut le cas dans l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 20 mai 2007, ou encore dans des jugements du Tribunal de commerce de Beaune du 16 juillet 2008⁴².

Une fois établie la nécessité d'un élément d'extranéité pour que le Règlement insolvabilité soit applicable, la question qui se pose est celle de savoir si celui-ci doit être d'une nature particulière ou si le Règlement est applicable dès lors que l'insolvabilité du débiteur présente un aspect transnational.

³⁷ Loi n° 2015-990, 6 août 2015, pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques : *JO* 7 août 2015, p. 13537.

³⁸ C. com., art. L. 662-8.

³⁹ Sur l'application de cet art., cf. L.-C., Henry, « Les groupes de sociétés et la réforme de 2014 : l'ombre du droit européen », *BJE* 2014, n° 5, p. 290.

⁴⁰ Sur la coordination de ces règles avec le Règlement insolvabilité, cf. P. Nabet, in G. Cuniberti, P. Nabet et M. Raimon, *Droit européen de l'insolvabilité, Règlement (UE) n° 2015/848 relatif aux procédures d'insolvabilité*, LGDJ, n° 186, p. 107.

⁴¹ CJUE, 16 janv. 2014, C-328/12, « *Schmid* », précité.

⁴² T.com. Beaune, 16 juillet 2008, *Rev. sociétés* 2008, p. 891, note crit. M. Menjuq, *BJS* 2009, n° 1, p. 53, note M.-L. Coquelet.

b. La nature de l'élément d'extranéité

Lors de la leçon sur travaux, alors que je tentais le concours d'agrégation, l'un des Professeurs, membre du jury, m'a posé une question dont la réponse me semblait évidente : « quand est-ce qu'une faillite est internationale ? ». J'ai répondu spontanément que la faillite était internationale dès lors que la procédure collective révélait un élément d'extranéité, peu importe lequel. J'ai expliqué qu'il pouvait s'agir selon moi d'un établissement du débiteur à l'étranger, bien sûr, mais également d'un bien ou d'un créancier du débiteur situé dans un autre État que l'État d'ouverture. L'universalité de la faillite me semblait justifier cette solution. Le Professeur n'a pas eu l'air du tout convaincu par ma réponse, et m'a reposé la question une seconde fois en me demandant si je pensais vraiment qu'un simple bien du débiteur ou créancier à l'étranger justifiait l'application du droit européen ou international de la faillite et, le cas échéant, du Règlement insolvabilité. J'ai réitéré ma réponse en la justifiant davantage, sans plus de succès. J'avoue avoir ressassé cette question dans ma tête pendant plusieurs mois, mais revenait toujours à la réponse que j'avais donnée à l'époque : la nature de l'élément d'insolvabilité est indifférente. Dès lors qu'un élément d'extranéité existe dans une procédure collective, il devrait être traité conformément aux règles du droit international ou européen de l'insolvabilité (sauf évidemment à dire qu'en pratique, il doit arriver que des administrateurs, voire des tribunaux, mettent de côté des aspects extraterritoriaux d'une procédure d'insolvabilité lorsqu'ils ne représentent pas une grande importance, afin de simplifier le traitement de la procédure collective et de ne pas retarder son déroulement...).

Il a fallu attendre l'arrêt *Schmid* de la Cour de justice de l'Union européenne du 16 janvier 2014⁴³ pour qu'enfin j'aie la confirmation que je ne m'étais pas égarée et que la nature de l'élément d'extranéité était bien indifférente pour déclencher l'application du Règlement insolvabilité. Je me suis servie de cette décision pour écrire un article sur le champ d'application dans l'espace du Règlement européen sur l'insolvabilité⁴⁴. En l'espèce, la Cour de justice de l'Union européenne a appliqué les

⁴³ CJUE, 16 janv. 2014, C-328/12, « *Schmid* », *D.* 2014, p. 915, note F. Jault-Seseke et D. Robine ; *D.* 2014, p. 1967, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *Rev. crit. DIP* 2014. 670, note D. Bureau ; *D.* 2014. 1708, note R. Dammann et V. Bleicher ; *Rev. sociétés* 2009. 891, note crit. M. Menjuq ; *Rev. crit. DIP* 2014. 670, note D. Bureau ; *BJE* 2014, n° 2, p. 108, note L. C. Henry ; *BJE*, 2014, n° 4, p. 67, comm. P. Nabet ; *LEDEN* 6 mars 2014, n° 3, p. 7, obs. F. Mélin ; *JCP G* 2014. 253, note F. Mélin ; *RJ com.*, mai/juin 2014, p. 60, note J.-P. Sortais ; *Rev. proc. coll.* 2014. Étude 16, obs. J.-L. Vallens ; *Europe* 2014. Comm. 143, obs. L. Idot ; *Gaz. Pal.* juill. 2014, n° 182, p. 19, obs. L.-C. Henry.

⁴⁴ P. Nabet, « Étude sur le champ d'application spatial du Règlement européen sur l'insolvabilité », *BJE* 2014, n° 4,

dispositions du Règlement (CE) n° 1346/2000 sur les actions révocatoires alors que le seul élément d'extranéité dans cette affaire était le défendeur à cette action. Cet arrêt était très intéressant également parce que ce défendeur était domicilié dans un État tiers à l'Union européenne et que l'élément d'extranéité n'avait été découvert que postérieurement à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Il était donc la base idéale pour étudier toutes les dimensions de l'élément d'extranéité nécessaire à la mise en œuvre du Règlement.

Dans une première partie, j'expliquais que cet arrêt est la preuve que le Règlement insolvabilité n'a pas vocation à s'appliquer uniquement lorsque le débiteur a un établissement ou des biens dans un autre État que l'État d'ouverture. Limiter l'application du Règlement à cette hypothèse en restreindrait considérablement son utilité et pourrait se révéler contraire au principe d'égalité des créanciers. Il est, en réalité, de nombreuses autres circonstances dans lesquelles une procédure d'insolvabilité présente des effets transnationaux nécessitant la mise en œuvre du Règlement. C'est le cas notamment lorsque le débiteur a un créancier ou plus généralement un cocontractant, dans un autre État. Ces situations doivent impérativement être prises en compte pour traiter efficacement l'insolvabilité du débiteur. Elles entrent donc naturellement dans le champ d'application du Règlement insolvabilité. Le texte européen contient plusieurs règles matérielles destinées à assurer l'égalité entre les créanciers du débiteur domiciliés dans un autre État membre que l'État d'ouverture et ses créanciers locaux⁴⁵. Il prend aussi en compte le débiteur du débiteur notamment à travers la question de la possibilité pour lui d'invoquer la compensation de sa dette avec la créance qu'il détient sur le débiteur⁴⁶. Il serait absurde de ne pas appliquer ces règles ou de refuser à un créancier du débiteur domicilié dans un autre État membre de bénéficier de celles sur « l'information des créanciers et [la] production des créances »⁴⁷, sous prétexte que le débiteur n'ayant pas de biens dans un autre État membre, le Règlement ne serait pas applicable. La seule existence de ce créancier est un élément d'extranéité suffisant pour faire de cette procédure une procédure d'insolvabilité européenne justifiant la mise en œuvre du Règlement.

p. 273 (annexe 3).

⁴⁵ Règl. (CE) n° 1346/2000, art. 40 à 42 ; Règl.(UE) n° 2015/848, art. 54 et 55.

⁴⁶ Règl. (CE) n° 1346/2000, art. 6 ; Règl.(UE) n° 2015/848, art. 9.

⁴⁷ Règl.(CE) n° 1346/2000, chap. IV, art. 39 et s. ; Règl. (UE) n° 2015/848, chap. IV, art. 52 et s.

Ma première partie traitait également de l'application du Règlement lorsque l'élément d'extranéité est découvert postérieurement à l'ouverture de la procédure collective. Nécessaire, l'application du Règlement insolvabilité est-elle alors possible, même si la procédure d'insolvabilité n'a pas été ouverte sur le fondement de ce texte ? La Cour de justice de l'Union européenne l'affirme dans l'arrêt *Schmid*⁴⁸. Elle explique que si le centre des intérêts principaux du débiteur doit normalement être déterminé à la date de la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité⁴⁹, « il se peut qu'à ce stade précoce, l'existence d'un éventuel élément d'extranéité [ne soit pas] connue. Toutefois, la détermination de la juridiction compétente ne peut être différée jusqu'à ce que soient localisés les différents aspects de la procédure en complément du centre des intérêts principaux du débiteur»⁵⁰. Le Règlement peut donc être mis en œuvre pour traiter l'élément d'extranéité au moment où celui-ci apparaît (en l'espèce pour déterminer la juridiction compétente pour connaître de l'action révocatoire engagée par le syndic). Une fois la question de la nature de l'élément d'extranéité évacuée se pose celle de sa localisation. La procédure collective du débiteur doit-elle concerner uniquement les États membres, ou l'élément d'extranéité nécessaire à l'applicabilité du Règlement peut-il se situer dans un État tiers ?

c. La localisation de l'élément d'extranéité

La seconde partie de mon article traite de l'hypothèse où l'élément d'extranéité est situé dans un État tiers à l'Union européenne.

Dans l'arrêt *Schmid*, la Cour de justice applique le Règlement alors même que le seul élément d'extranéité en cause était situé dans un État tiers à l'Union européenne (en l'occurrence, le défendeur à une action révocatoire engagée par le syndic). La Cour attribue compétence au tribunal ayant ouvert la procédure d'insolvabilité pour connaître de cette action. Elle se fonde sur le fait qu'aucune des dispositions du texte n'exige expressément l'existence d'un lien de rattachement à deux États membres pour que la procédure d'insolvabilité entre dans son champ d'application⁵¹. La localisation du centre des intérêts principaux dans un État membre suffit à rattacher

⁴⁸ CJUE, 16 janv. 2014, affaire C-328/12, « *Schmid* », *JCP G*, 2014, n° 8, 253, note F. Mélin.

⁴⁹ CJCE, 17 janv. 2006, « *Staubitz-Schreiber* », *D.* 2006, *AJ*, p. 367, obs A. Lienhard et *Juris.*, p. 1752, note R. Dammann ; *Bull. Joly sociétés*, 2006, p. 753, note D. Fasquelle ; *Gaz. Pal.*, du 30 avril au 4 mai 2006, p. 19, obs. F. Mélin.

⁵⁰ CJUE, 16 janv. 2014, « *Schmid* », point 28.

⁵¹ *Ibid.* point 20.

la situation du débiteur à l'Union européenne et la présence d'un élément d'extranéité suffit alors à rendre le Règlement applicable, quand bien même cet élément serait situé dans un État tiers⁵². Cette solution n'est pas propre au Règlement (CE) n° 1346/2000. Elle a déjà été retenue par la Cour de justice de l'Union européenne pour d'autres instruments communautaires. Ainsi, dans un arrêt *Owusu*, l'applicabilité de la Convention de Bruxelles avait été retenue alors même que le litige concernait uniquement un État membre et un État tiers⁵³.

À l'époque, j'expliquais dans mon article que cette interprétation extensive du champ d'application du Règlement (CE) n° 1346/2000 méritait d'être approuvée, mais était nécessairement circonscrites à certaines hypothèses puisque la plupart des dispositions du Règlement insolvabilité limitent expressément leur application aux relations entre États membres. C'est le cas, notamment des articles visant à protéger certains droits acquis par les créanciers du débiteur ou par les tiers⁵⁴.

Les arguments à l'appui de la solution de la Cour ne manquent pas. Autoriser la juridiction d'ouverture à connaître de l'action révocatoire engagée par le syndic contre une personne située dans un État tiers permet de concentrer le contentieux devant une juridiction unique, en application d'une seule et même loi⁵⁵. La procédure y gagne donc en coûts et en rapidité. Elle permet également de mieux remplir les objectifs du Règlement, à savoir renforcer l'efficacité et l'effectivité des procédures d'insolvabilité⁵⁶, notamment en évitant que les parties « ne soient incitées à déplacer des avoirs d'un État à un autre en vue d'améliorer leur situation juridique »⁵⁷. Une solution inverse conduirait les syndics à renoncer à agir et inciterait les défendeurs au *forum shopping*.

Le fait que la décision rendue à l'encontre d'un défendeur domicilié dans un État tiers ne soit pas automatiquement reconnue dans les États tiers n'est pas un argument de nature à empêcher la juridiction d'ouverture de connaître de cette action. En effet, ce

⁵² *Ibid.* point 29.

⁵³ CJCE, 1er mars 2005, « *Owusu* », *Europe*, mai 2005, p. 29, obs. L. Idot ; *Rev. crit. DIP* 2005, p. 698, note C. Chalas ; *JDI* 2005, p. 1177, note G. Cuniberti et M. Winkler ; *RJ com.* 2006, n° 3, p. 220, note M. Nadaud ; *Procédures* 2006, 13, note C. Nourissat.

⁵⁴ Par exemple, l'article 5 du Règlement (CE) n° 1346/2000 (ou 7 du Règlement (UE) n° 2015/848) prévoit que la procédure d'insolvabilité n'affecte pas les droits réels portant sur des biens du débiteur situés sur le territoire d'un autre État membre. C'est le cas également de nombreux autres articles du Règlement.

⁵⁵ Cf. F. Mélin, « Champ d'application dans l'espace du Règlement relatif aux procédures d'insolvabilité », *JCP G* 2014, n° 8, 253.

⁵⁶ Règl. (CE) n° 1346/2000, cons.1.

⁵⁷ *Ibid.*, cons. n° 4.

jugement est immédiatement reconnu et donc susceptible d'être exécuté dans tous les États membres où le défendeur a des biens⁵⁸ et peut toujours faire l'objet d'une demande d'*exequatur* dans l'État du domicile du défendeur.

L'interprétation extensive du champ d'application dans l'espace du Règlement européen sur l'insolvabilité par la Cour de justice permet d'assurer l'universalité de la faillite et l'efficacité des procédures transfrontalières en ne créant pas de différence de traitement selon que le défendeur à une action engagée par le syndic a, ou n'a pas, son domicile dans un État membre de l'Union.

Dans mon article, je regrettais le fait que le Règlement insolvabilité ne soit pas d'application universelle. Je soulignais, en effet, que cela crée une inégalité entre les créanciers selon qu'ils sont, ou non, domiciliés au sein de l'Union européenne. En outre, je relévais que si, avec l'arrêt *Schmid*, un défendeur à une action révocatoire domicilié dans un État tiers peut être attiré devant les juridictions de l'État membre ayant ouvert la procédure, il est privé du bénéfice de l'article 13 du Règlement qui lui aurait permis, s'il avait résidé dans un État membre et sous certaines conditions, d'empêcher l'annulation de l'acte en cause. Ces inégalités entre créanciers européens et ceux qui ont leur résidence dans un État tiers n'ont pas lieu d'être. C'est pourquoi j'avais émis le souhait que la refonte du Règlement remplace toute référence à « un autre État membre », par « un autre État » (à l'exception, bien entendu de l'article 16 du Règlement (CE) n° 1346/2000 sur la reconnaissance des décisions).

Tel n'a pas été le cas. Cela pourrait même sembler être l'inverse. En effet, non seulement les références aux autres États membres ont été conservées, mais le Considérant 35 du Règlement insolvabilité *bis* dispose désormais que les juridictions ayant ouvert des procédures d'insolvabilité devraient être compétentes également pour connaître des « actions révocatoires engagées contre des défendeurs établis dans d'autres États membres », paraissant ainsi infirmer la jurisprudence *Schmid* et limiter davantage encore l'applicabilité du Règlement aux situations intraeuropéennes. Cependant, tel n'a probablement pas été, en réalité, la volonté des rédacteurs du Règlement. En effet, au moment où l'arrêt *Schmid* a été rendu, le processus de révision du Règlement était déjà presque terminé et il était trop tard pour intégrer cette jurisprudence. En outre, les travaux préparatoires montrent que la question du champ d'application dans l'espace du Règlement n'a pas été abordée

⁵⁸ Règl. (CE) n° 1346/2000, Art. 25.

lors de la refonte du texte. Ainsi, une partie importante de la doctrine estime que le nouveau considérant n'a pas entendu remettre en cause la solution dégagée par la Cour de justice dans cet arrêt⁵⁹. Il est donc possible d'espérer que la Cour de justice maintiendra sa position, voire ira plus loin en appliquant le Règlement insolvabilité à des situations concernant un État tiers, y compris dans des hypothèses où le texte semble limiter son domaine aux États membres. C'est d'ailleurs ce qu'elle a déjà fait dans son arrêt *Nortel* du 11 juin 2015⁶⁰. En l'espèce, la Cour a admis la compétence des juridictions françaises pour connaître d'une action annexe tendant à faire constater que des biens du débiteur déplacés aux États-Unis relevaient de la procédure secondaire d'insolvabilité ouverte en France. Pour parvenir à ce résultat, la Cour de justice a mis en œuvre l'article 2 g) du Règlement (CE) n° 1346/2000 relatif à la localisation des actifs pour prendre en compte des actifs déplacés aux États-Unis par le débiteur, alors même que cet article ne permet normalement que de situer les biens du débiteur se trouvant dans des États membres⁶¹. Cette solution doit être approuvée. Exclure le traitement de ces actifs du champ d'application du Règlement insolvabilité aurait abouti à une situation extrêmement complexe. Il y avait, en effet, en l'espèce, un conflit positif de compétence (et donc de loi applicable) entre le tribunal ayant ouvert la procédure principale et le tribunal ayant ouvert la procédure secondaire, qui prétendaient tous deux pouvoir régir ces actifs. L'application concurrente du droit international privé commun de l'État membre ayant ouvert la procédure principale et de celui de l'État membre ayant ouvert la procédure secondaire n'aurait certainement pas permis de trancher ce conflit, lequel ne pouvait donc être résolu que par l'application du Règlement européen et notamment par l'article 18 § 2. Le problème est que, là encore, le champ d'application de cet article est limité aux situations intraeuropéennes. En effet, il dispose que : « Le syndic désigné par une juridiction compétente en vertu de l'article 3 § 2, peut, dans tout autre

⁵⁹ R. Bork, in R. Bork et R. Mangano, *European Cross-border Insolvency Law*, Oxford University Press, 2016, n° 2.81 ; J. Schmidt in P. Mankowski, M. F. Müller et J. Schmidt, *EuInsVO 2015*, C. H. Beck Verlag Munich, 2016, art. 1, n° 62 ; R. Dammann et M. Sénéchal, *Le droit de l'insolvabilité internationale*, Joly éd, 2018, n° 247.

⁶⁰ CJUE, 11 juin 2015, aff. C-649/13, « *Nortel* », *Rev. sociétés* 2015, n° 9, p. 549, note L.-C. Henry ; *BJE* 2015, n° 7-08, p. 325, note R. Dammann ; *D.* 2015. 1514, R. Dammann et M. Boché-Robinet ; *LPA*, 8 juill. 2015, n° 135, p. 14, note V. Legrand ; *BJE* 2015, n° 4, p. 209, *Procédures*, août 2015, comm. 261, note C. Nourissat ; *Europe*, août 2015, comm. 351, note L. Idot ; *JCP G.*, 21 septembre 2015, doct. 1004, spéc. n°11, obs. M. Menjucq ; *Rev. pr. coll.*, juillet 2015, comm. 91, note M. Menjucq ; *Lettre d'actualité des procédures collectives civiles et commerciales*, n°12, juillet 2015, note V. Legrand ; *D.* 2015, p. 1718, note C. Dupoirier.

⁶¹ CJUE, 11 juin 2015, affaire C-649/13, « *Nortel* », précité, point 52 : « Bien que l'article 2, sous g), du Règlement n° 1346/2000 ne fasse expressément référence qu'aux biens, aux droits et aux créances situés dans un État membre, il ne saurait en être déduit que cette disposition n'est pas applicable dans l'hypothèse où le bien, le droit ou la créance en question doivent être considérés comme étant situés dans un État tiers ».

État membre faire valoir par voie judiciaire ou extrajudiciaire, qu'un bien mobilier a été transféré du territoire de l'État d'ouverture sur le territoire de cet autre État membre après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. ». La Cour de justice, contourne cette fois la difficulté en appliquant, sans la citer expressément, la règle posée par l'article 18 § 2, et en indiquant simplement que pour savoir si un actif relève de la procédure secondaire, il faut se placer au jour d'ouverture de la procédure secondaire « sans que la question de savoir le cas échéant, dans quel État se sont trouvés ces biens à un stade ultérieur ait une incidence à cet égard ». Cette application *ratione loci* extensive du Règlement insolvabilité permet, en l'espèce, de reconstituer l'actif de la procédure secondaire et donc de protéger les intérêts des créanciers locaux⁶². Espérons que la Cour de justice continue dans cette voie.

Si le Règlement insolvabilité s'applique de manière souple s'agissant de son champ d'application dans l'espace, il ne s'applique pas à tous les débiteurs. Son champ d'application *ratione personae* doit donc être évoqué.

3. Le champ d'application *ratione personae* du Règlement insolvabilité

La détermination du champ d'application *ratione personae* du Règlement soulève beaucoup moins d'incertitudes et de débats que celle relative à son application *ratione materiae* ou *ratione loci*. C'est pourquoi il ne m'a pas semblé utile d'y consacrer un article. Cependant, j'ai traité cette question dans le manuel que j'ai coécrit avec le Professeur Gilles Cuniberti sur le droit européen de l'insolvabilité⁶³.

Le Règlement européen sur l'insolvabilité ne précise pas à quelle catégorie de débiteur il est applicable. La seule règle concernant le champ d'application *ratione personae* vise à exclure certaines entreprises, visées à l'article 1 § 2. Cet article dispose que : « *Le présent règlement ne s'applique pas aux procédures visées au paragraphe 1 qui concernent :*

a) les entreprises d'assurance ;

⁶² En ce sens, R. Dammann et M. Sénéchal, *Le droit de l'insolvabilité internationale*, précité, n° 127.

⁶³ P. Nabet, in G. Cuniberti, P. Nabet et M. Raimon, *Droit européen de l'insolvabilité, Règlement (UE) n° 2015/848 relatif aux procédures d'insolvabilité*, LGDJ, n° 83, p. 47.

b) les établissements de crédit ;

c) les entreprises d'investissement et autres firmes, établissements ou entreprises, pour autant qu'ils relèvent de la directive 2001/24/CE ; ou

d) les organismes de placement collectif ».

L'exclusion des établissements de crédit, d'investissement et d'assurance du champ d'application tient à la spécificité de ces activités et aux enjeux d'ordre public accrus qui s'y attachent. Cela est expressément mentionné au considérant n° 19 du Préambule du Règlement : « *Les procédures d'insolvabilité qui concernent les entreprises d'assurance, les établissements de crédit, les entreprises d'investissement et d'autres firmes, établissements ou entreprises couverts par la directive 2001/24/CE du Parlement européen et du Conseil et les organismes de placement collectif devraient être exclues du champ d'application du présent Règlement, car ceux-ci sont tous soumis à un régime particulier et les autorités nationales de surveillance disposent de pouvoirs d'intervention étendus* ». Ces régimes particuliers sont dus aux risques systémiques que peut provoquer l'insolvabilité d'une telle entreprise. En effet, la défaillance d'un seul établissement de crédit, d'investissement ou d'assurance peut avoir des conséquences sur l'ensemble de l'économie et entraîner la défaillance de nombreuses autres entreprises. C'est pourquoi, il a été nécessaire de prévoir pour ce type d'entreprises des instruments spécifiques, lesquels ont tous été révisés et renforcés à la suite de la crise financière.

Cependant, le Règlement ne définit pas ces catégories de débiteurs, exclues du champ d'application du Règlement européen sur l'insolvabilité, il faut donc se référer aux textes spéciaux qui les régissent pour en définir les contours⁶⁴. Dans la mesure où leur exclusion de l'application du Règlement tient à l'applicabilité de ces autres instruments, il importe d'interpréter le domaine de l'exception à la lumière du domaine d'application de ces autres instruments. Le Règlement (UE) n° 2015/848 doit s'appliquer là où les textes européens spécifiques ne s'appliquent pas, et inversement.

⁶⁴ Directive n° 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II), *JOCE* du 17 décembre 2009, n° L 335 ; Directive n° 2012/23 du 12 sept. 2012, *JOUE* du 1er juin 2012, n° L 142 ; Directive n° 2001/17/CE du Parlement européen et du Conseil, 19 mars 2001, *JOCE* du 20 avril 2001, n° L 110 ; Directive n° 2001/24/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 avril 2001, concernant l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit, *JOCE* du 5 mai 2001, n° L 125 ; Directive n° 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil, du 15 mai 2014, établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, *JOUE* du 12 juin 2014, n° L 173.

Ces exclusions mises à part, le Règlement insolvabilité *bis* adopte une approche très ouverte des personnes susceptibles d'être visées par ses dispositions. Le considérant 9 du texte prévoit que « *Le présent règlement devrait s'appliquer aux procédures d'insolvabilité, que le débiteur soit une personne physique ou morale, un commerçant ou un particulier* ». Il n'y a donc aucune restriction quant à la qualité du débiteur de la procédure collective : il peut s'agir d'une personne physique ou d'une personne morale. C'est donc aux droits nationaux, et plus précisément à la loi de l'État dans lequel la procédure d'insolvabilité est ouverte, de déterminer les débiteurs susceptibles de faire l'objet d'une procédure d'insolvabilité et donc d'être soumis au Règlement, du fait de leur qualité⁶⁵. En France, le Règlement insolvabilité sera donc applicable à toute personne morale et à toute personne physique exerçant une activité indépendante.

Bien que le texte du Règlement n'est pas opposé, sur le principe, à son application à des particuliers, les procédures françaises de surendettement ne sont pas adaptées à la mise en œuvre du Règlement, et ne répondent pas précisément aux conditions posées par l'article 1 § 1 du texte⁶⁶. C'est pourquoi le législateur français ne les a pas inscrites à l'annexe A. Le Règlement européen sur l'insolvabilité n'est donc pas applicable aux personnes physiques domiciliées en France n'exerçant pas une activité indépendante... sauf, si le tribunal saisi est situé en Alsace-Moselle. En effet, il demeure, dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle, quelques vestiges du droit allemand des faillites et notamment le fait qu'une personne physique, domiciliée dans ces départements, puisse bénéficier du droit des procédures collectives prévues par le Code de commerce français (sauvegarde, redressement et liquidation judiciaire) alors même qu'elle n'exerce pas d'activité professionnelle indépendante⁶⁷. Les seules conditions à remplir sont, pour cette personne physique, d'être de bonne foi et en état d'insolvabilité notoire. Dès lors, lorsque l'insolvabilité de ces personnes présente un élément d'extranéité, le Règlement européen sur l'insolvabilité leur est applicable.

Cette spécificité fait de l'Alsace-Moselle un haut lieu de *forum shopping* et nombreux sont les particuliers tentant de s'y domicilier pour bénéficier de cette dérogation⁶⁸.

⁶⁵ Règl. (UE) n° 2015/848, art. 7 § 2.

⁶⁶ Cf. *supra*, sur le champ d'application *ratione materiae* du Règlement.

⁶⁷ C. com., art. L. 670-1.

⁶⁸ Cf. F. Cornette, « Le centre des intérêts principaux des personnes physiques dans le cadre de l'application du Règlement

Contrairement au Règlement (CE) n° 1346/2000, le Règlement (UE) n° 2015/848 prend en compte les groupes de sociétés⁶⁹. Cependant, il le fait dans le respect de la personnalité morale de chacune des sociétés⁷⁰, à savoir qu'il ne traite pas le groupe comme un débiteur unique, mais bien comme plusieurs débiteurs dont les liens sont tels qu'ils justifient que leurs procédures d'insolvabilité soient traitées de manière coordonnée.

La dernière dimension du champ d'application d'un Règlement européen est celle de l'application dans le temps des Règlements insolvabilité.

4. Le champ d'application *ratione temporis*

Le Règlement insolvabilité (UE) n° 2015/848, dit Règlement insolvabilité *bis*, est paru au *Journal officiel de l'Union européenne* le 5 juin 2015. Il a succédé au Règlement (CE) n° 1346/2000 du 29 mai 2000, qui était entré en vigueur le 29 mai 2002. Ce Règlement a pris en compte les avancées jurisprudentielles et l'expérience pratique acquise par la mise en œuvre du premier texte. Il n'y a donc pas de rupture entre les dispositions de l'ancien Règlement et du nouveau. Le Règlement (UE) n° 2015/848 est dans le prolongement de l'ancien, comme une version enrichie et augmentée.

Comme à chaque fois que deux textes ayant le même champ d'application se succèdent, la question de la transition temporelle se pose. Or, *a priori* simple, cette question m'avait paru, à la lecture des dispositions transitoires du Règlement insolvabilité *bis* un peu plus complexe qu'il n'y paraissait de prime abord. C'est pourquoi j'y ai consacré un article, paru en janvier 2016 au *Bulletin Joly des entreprises en difficulté*⁷¹.

insolvabilité dans les départements de la Moselle, du Bas-Rhin et du Haut-Rhin, JDI 2013, n° 4, p. 1115.

⁶⁹ Cf. Chapitre V du Règlement (UE) n° 2015/848 sur les procédures d'insolvabilité concernant des membres d'un groupe de sociétés.

⁷⁰ Cf. Considérant 54 du Préambule du Règlement (UE) n° 2015/848.

⁷¹ P. Nabet, « Le champ d'application dans le temps du nouveau Règlement relatif aux procédures d'insolvabilité », BJE 2016, n° 1, p. 72, (annexe 4).

Comme de nombreux Règlements européens⁷², le Règlement insolvabilité *bis* distingue son entrée en vigueur et son applicabilité. Ainsi, il résulte de l'article 92 du Règlement insolvabilité *bis* que celui-ci est entré en vigueur le 26 juin 2015, mais qu'il n'est applicable que depuis le 26 juin 2017⁷³.

La date d'entrée en vigueur est le jour auquel le Règlement acquiert force obligatoire dans les États membres. C'est le moment auquel le texte entre dans l'ordre juridique. Il entre alors en droit positif, quand bien même sa mise en œuvre est repoussée à sa date d'application. La période de latence entre l'entrée en vigueur et l'applicabilité du texte – en l'occurrence deux ans – a permis aux juridictions et aux praticiens de s'imprégner du nouveau texte pour une transition douce entre les deux Règlements. Les syndics (ou praticiens de l'insolvabilité comme le nouveau texte les a rebaptisés) ont ainsi pu se préparer à la mise en œuvre du nouveau texte, par exemple en ce qui concerne leur devoir de coopération et de communication, largement accru dans le Règlement insolvabilité *bis*.

La question se posait de savoir quel était le texte applicable entre l'entrée en vigueur du texte et son applicabilité. En effet, l'article 91 du nouveau Règlement insolvabilité dispose que le « Règlement (CE) n° 1346/2000 est abrogé ». Or, étrangement, la disposition de droit transitoire se trouve à l'article 84, dégroupée des autres articles sur l'application dans le temps du Règlement insolvabilité *bis*. Intitulé « application dans le temps », cet article dispose, en son alinéa 2 que : « Nonobstant l'article 91 du présent Règlement, le Règlement (CE) n° 1346/2000 continue de s'appliquer aux procédures d'insolvabilité relevant du champ d'application dudit Règlement et qui ont été ouvertes avant le 26 juin 2017 ». Ainsi, bien qu'abrogé, le Règlement (CE) n° 1346/2000 est encore applicable à toutes les procédures d'insolvabilité ouvertes antérieurement au 26 juin 2017.

Si le délai de deux ans a semblé au législateur européen être un délai satisfaisant pour permettre l'adaptation des praticiens et des juridictions au Règlement insolvabilité *bis*, il leur a semblé trop court pour permettre à la Commission et aux États membres de mettre en place le nouveau système de publicité imposé par le texte. Le Règlement

⁷² Cf. Par exemple, Règl. Rome I, (CE) n° 593/2002, 15 juin 2008, sur la loi applicable aux obligations contractuelles, art. 29, *JOUE* 4 juil. 2008, n° L. 177/6 ou encore Règl. (CE), n° 4/2009, 18 déc. 2008, relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, art. 76, *JOUE* 10 janv. 2009, n° L. 7/1.

⁷³ Règl. (UE) n° 2015/848, art. 92.

a, en effet, mis à la charge de chaque État membre l'obligation de publier les informations relatives aux procédures d'insolvabilité transfrontalières dans un registre électronique accessible à tous. La Commission devant, pour sa part, mettre en place un système décentralisé permettant l'interconnexion de ces registres d'insolvabilité. L'article 92 al.2 du Règlement a fixé la création des registres d'insolvabilité par chaque État membre au 26 juin 2018 et leur interconnexion par la Commission au 26 juin 2019.

A l'heure où je rends ce mémoire, c'est-à-dire au 06 avril 2020, les registres d'insolvabilité ne sont toujours pas disponibles dans tous les États membres et la Commission européenne n'a mis en œuvre l'interconnexion que pour neuf registres nationaux⁷⁴.

Même si, par un Décret du 5 juin 2018⁷⁵, la France a mis à jour la liste des informations relatives aux procédures d'insolvabilité devant être publiées conformément aux exigences du Règlement (UE) n° 2015/848⁷⁶, elle ne dispose pas encore de registre spécifiquement dédié à l'insolvabilité. Les décisions relatives aux procédures collectives des entreprises se trouvent, pour l'heure, toujours réparties, selon la qualité du débiteur entre le registre du commerce et des sociétés, le répertoire des métiers et le registre de l'agriculture. Ces différents registres ne sont pas encore interconnectés, ni directement disponibles sur le portail e-justice, lequel renvoie, pour la France au site du BODACC. La loi PACTE de 2019⁷⁷ prévoit la création d'un registre dématérialisé des entreprises ayant pour objet de centraliser, de conserver et de diffuser les informations les concernant. Ce registre unique, qui regroupera les informations de toutes les entreprises quelle que soit leur activité devra être créé par

⁷⁴ Il s'agit de : l'Allemagne, l'Autriche, l'Estonie, la Hollande, l'Italie, la Lituanie, la République Tchèque, la Roumanie et de la Slovénie.

⁷⁵ Décret n° 2018-452 du 5 juin 2018 pris pour l'application du Règlement (UE) n° 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité et de l'ordonnance n° 2017-1519 portant adaptation du droit français à ce Règlement. Sur ce Décret, cf. P. Nabet, « L'adaptation du droit français des entreprises en difficulté au règlement européen sur l'insolvabilité : Le Décret n° 2018-452 du 5 juin 2018 », *BJE*, nov.-déc. 2018, n° 6, p. 466 ; J.-L. Vallens, « L'adaptation du code de commerce au règlement européen sur les procédures d'insolvabilité : décret d'application du 5 juin 2018 », *RTD com* 2018, n° 3, p. 781 (première partie) et n° 4, p. 1028 (deuxième partie) ; B. Rolland, « Difficultés des entreprises : parution du décret pris pour l'application du règlement européen relatif aux procédures d'insolvabilité », *procédures*, 2018, n° 10, p. 38 ; P. Ledoux, « Le Code de commerce désormais opérationnel pour traiter des procédures d'insolvabilités européennes », *RLDA* 2018, n° 139, p. 4.

⁷⁶ C. com., art. R. 123-122 I.

⁷⁷ Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite « loi PACTE », *JORF* du 23 mai 2019, NOR : ECOT1810669L.

Ordonnance avant le 23 mai 2021. C'est probablement les mentions de ce registre concernant l'insolvabilité qui sera connecté.

Ces différents articles sur le champ d'application permettent de cerner précisément les cas où le Règlement insolvabilité peut être mis en œuvre. Lorsqu'il n'est pas applicable, parce qu'une des conditions n'est pas remplie, les effets transfrontaliers de la procédure collective seront soumis au droit international privé commun de la faillite. J'ai eu l'occasion d'étudier cette branche du droit international privé à plusieurs reprises depuis ma thèse, que ce soit globalement⁷⁸ ou plus spécifiquement, par exemple dans des notes d'arrêts mettant en œuvre la Convention franco-monégasque du 13 septembre 1950 relative à la faillite et à la liquidation judiciaire⁷⁹. Récemment, j'ai également eu l'occasion de commenter, au *Chunet*, un arrêt mettant en œuvre – sans doute pour une des dernières fois – la Convention franco-italienne du 3 juin 1930⁸⁰. L'étude du droit international privé commun de la faillite, finalement relativement pauvre, permet d'apprécier combien le Règlement européen sur l'insolvabilité a amélioré le traitement de l'insolvabilité transfrontalière d'un débiteur au sein de l'Union européenne.

Cependant, la richesse du texte européen fait que sa mise en œuvre peut s'avérer complexe, particulièrement lorsque le débiteur a un ou plusieurs établissements dans d'autres États membres que l'État d'ouverture.

B. Le traitement efficace de l'insolvabilité transfrontalière du débiteur en présence d'un établissement situé dans un autre État membre

Selon le Règlement insolvabilité, la procédure ouverte dans l'État membre du centre des intérêts principaux du débiteur est universelle, c'est-à-dire que cette procédure – dite principale – va être reconnue et produire ses effets dans tous les États membres. Lorsque le débiteur possède un établissement (c'est-à-dire un lieu d'opérations où le débiteur exerce de façon non transitoire, une activité économique avec des moyens

⁷⁸ P. Nabet, « Droit international et droit des entreprises en difficulté », in *Entreprises en difficulté*, Litec, coll. 360°, 2012, 1024 p., dir° Ph. Roussel Galle.

⁷⁹ Cf. Par exemple, P. Nabet, « Vérification de la loi applicable à la procédure collective par le juge », in *Panorama de droit des entreprises en difficulté* Cass. com. 6 juill. 2010, n° 09-12.993, *LPA*, 20 décembre 2010, n° 252, p. 14-15.

⁸⁰ P. Nabet, « Convention franco-italienne du 3 juin 1930. – Article 24 de la Convention. Loi applicable à l'admission des créances - Loi applicable au classement des créanciers » ; Cass. 1ère civ., 11 juill. 2019, *JDI* 2020, n° 1, p. 18-26.

humains et des actifs), le traitement extraterritorial de la situation de cet établissement depuis l'État d'ouverture de la procédure principale peut être complexe. C'est pourquoi le Règlement insolvabilité permet l'ouverture d'une nouvelle procédure d'insolvabilité dans l'État membre du lieu de l'établissement. Cette procédure, appelée procédure secondaire, sera alors uniquement territoriale, et soumise à la loi de l'État dans lequel elle est ouverte (*lex fori concursus secundarii*).

Dès l'entrée en vigueur du premier Règlement insolvabilité, ces procédures secondaires ont révélé leur fort enjeu stratégique. Elles ont souvent été source de conflits entre les créanciers locaux qui souhaitaient demander leur ouverture afin de bénéficier de la loi du lieu de l'établissement, et les praticiens de l'insolvabilité nommés dans les procédures principales qui pouvaient, au contraire, souhaiter les éviter pour empêcher des délais supplémentaires, la multiplication des coûts ou la mise en péril de projets de plan de cession globale du débiteur.

La pratique du Règlement (CE) n° 1346/2000 a également révélé l'importance de la coordination entre la procédure principale et la ou les procédure(s) secondaire(s) ouverte(s). Cette coordination est indispensable au redressement du débiteur, ou, le cas échéant, à l'optimisation de la liquidation de son patrimoine. Elle permet également d'assurer l'égalité des créanciers. L'articulation des procédures est ainsi la clé de voute du traitement efficace de l'insolvabilité transfrontalière du débiteur qui possède un ou plusieurs établissements dans d'autres États membres que l'État d'ouverture de la procédure principale.

J'ai consacré ma thèse à cette coordination⁸¹. À l'époque, les dispositions du Règlement (CE) n° 1346/2000 concernant la coordination des procédures étaient peu nombreuses et assez lapidaires. Les praticiens et les juridictions avaient dû faire preuve d'initiative et d'ingéniosité pour tenter de maîtriser l'ouverture des procédures secondaires et, le cas échéant, pour les articuler avec la procédure principale. Lors de la consultation publique organisée par la Commission sur le premier Règlement insolvabilité, 48 % des personnes interrogées se sont déclarées insatisfaites de la coordination entre les procédures principale et secondaires⁸². Aussi, lors de la refonte du Règlement, le législateur européen s'est attaché à multiplier et à préciser les règles

⁸¹ P. Nabet, La coordination des procédures d'insolvabilité en droit de la faillite internationale et communautaire, précité.

⁸² Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social Européen sur l'application du Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil relatif aux procédures secondaires, COM (2012) 743 final, spéc. p. 15, point 6.

en la matière. Cependant, cette coordination n'est que le dernier élément essentiel au traitement efficace d'une procédure d'insolvabilité transfrontalière lorsque le débiteur a un établissement dans un autre État membre. Le premier est l'encadrement de l'ouverture des procédures secondaires afin que celles-ci ne soient ouvertes que dans les cas où cela est souhaitable pour le traitement de l'insolvabilité du débiteur ou pour la protection de l'intérêt des créanciers locaux. Le deuxième est, le cas échéant, le choix de la procédure secondaire à ouvrir. Ce n'est qu'une fois ces deux premiers aspects traités de manière optimale que la coordination de cette procédure secondaire avec la procédure principale intervient.

1. L'encadrement de l'ouverture des procédures secondaires

Sous l'empire du premier Règlement insolvabilité, la pratique a révélé que l'ouverture d'une procédure secondaire pouvait parfois être néfaste au traitement de l'insolvabilité du débiteur. Le nouveau Règlement entérine une vision utilitariste de la procédure secondaire en mettant en place des règles destinées à encadrer l'ouverture des procédures secondaires. À cet effet, il consacre tout d'abord – certes timidement – le droit pour le tribunal saisi d'une demande d'ouverture d'une procédure secondaire d'en contrôler l'opportunité. L'article 34 du Règlement insolvabilité *bis* prévoit, en effet, désormais que le juge du lieu de situation de l'établissement « peut » ouvrir une procédure secondaire. Le tribunal saisi d'une demande d'ouverture d'une procédure secondaire est donc en droit de la rejeter. Il le fera si elle ne lui paraît présenter d'intérêt ni pour les créanciers locaux ni pour la réalisation des actifs du débiteur. En outre, le nouveau Règlement exige que le praticien de l'insolvabilité de la procédure principale soit informé immédiatement par la juridiction saisie d'une demande d'ouverture d'une procédure secondaire. Il peut être entendu et mis en mesure de donner son point de vue sur la nécessité d'ouvrir cette procédure, avant que le juge ne prenne sa décision⁸³. Ainsi, le Règlement insolvabilité *bis* encadre davantage l'ouverture des procédures secondaires.

Il va d'ailleurs encore plus loin en consacrant la possibilité⁸⁴ pour le praticien de l'insolvabilité de la procédure principale de prendre un engagement unilatéral afin

⁸³ Règl. (UE) n° 2015/848, art. 38 § 1.

⁸⁴ Cette pratique avait été imaginée, sous l'empire du premier Règlement insolvabilité, par les syndics de procédures principales. Ceux-ci s'engageaient vis-à-vis des créanciers locaux des établissements à respecter les droits de répartition prévus par leur droit national si ces derniers renonçaient à demander l'ouverture d'une procédure secondaire.

d'éviter l'ouverture d'une procédure secondaire. Par celui-ci, il s'engage à rendre la loi de l'État membre de l'établissement applicable à la répartition de la réalisation des actifs locaux, au rang des créances et aux droits des créanciers les concernant⁸⁵. 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. Grâce à cet engagement, le praticien de l'insolvabilité de la procédure principale peut donc empêcher l'ouverture d'une procédure secondaire dont il estime qu'elle serait néfaste à la réalisation des objectifs de la procédure principale, sans pour autant nuire aux intérêts des créanciers locaux.

L'article 36 du Règlement, qui institue cet engagement, est le plus long du Règlement⁸⁶. Pourtant, il met simplement en place le cadre général pour l'adoption d'un engagement unilatéral, laissant aux droits nationaux le soin de préciser les modalités pratiques de prise des engagements. Celles-ci varieront dès lors assez largement non seulement en fonction de la loi de l'État membre dans lequel l'ouverture d'une procédure secondaire veut être évitée, mais également en fonction de l'État membre dans lequel la procédure principale est ouverte.

Dans un article paru dans le dossier spécial du *Bulletin joly des entreprises en difficulté*, consacré à l'adaptation du droit français au Règlement insolvabilité bis, j'ai étudié les règles de l'Ordonnance française⁸⁷ concernant la prise d'un engagement unilatéral⁸⁸, afin d'en apprécier l'efficacité. J'y explique que 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, les dispositions françaises concernant l'engagement unilatéral de l'article 36 sont plus complexes et soulèvent davantage de difficultés lorsque l'engagement est pris vis-à-vis des créanciers locaux d'un établissement français du débiteur. Cela s'explique par la nécessité de concilier le texte de l'article 36 du Règlement avec les dispositions françaises sur l'adoption

⁸⁵ Règl. (UE) n° 2015/848, art. 36 § 2.

⁸⁶ Sur cet article 36, cf. P. Nabet, « Article 36. Droit de prendre un engagement afin d'éviter une procédure secondaire », in *Le Règlement (UE) n° 2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, commentaire article par article* », dir° L. Sautonie-Laguionie, Société de Législation Comparée, 2016, p. 233. Cf. G. Cuniberti, in G. Cuniberti, P. Nabet et M. Raimon, *Droit européen de l'insolvabilité*, LGDJ 2017, n° 476 et s. p. 247 et s.

⁸⁷ Ordonnance n° 2017-1519 du 2 novembre 2017 portant adaptation du droit français au Règlement (UE) n° 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, *JO* n°0257 du 3 novembre 2017, texte n° 11, NOR : JUSC1723569R.

⁸⁸ P. Nabet, « L'évitement d'une procédure secondaire par un engagement unilatéral », dossier spécial sur « l'adaptation du droit français au Règlement insolvabilité bis : quels choix pour quelle efficacité ? », *BJE* 2018, n° 2, p. 167 (annexe 5).

d'un plan de restructuration tout en garantissant au mieux les intérêts des créanciers locaux, sans pour autant compromettre la possibilité de prendre des engagements en France.

a. L'évitement d'une procédure secondaire lorsque la procédure principale a été ouverte en France

Outre qu'il doit être établi par écrit, l'article 36 § 4 du Règlement insolvabilité bis prévoit que l'engagement « 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 membre⁸⁹. Aucun engagement ne peut être proposé sans cette autorisation⁹⁰. Le texte visant « le mandataire de justice désigné dans la procédure d'insolvabilité principale », la demande d'autorisation peut être introduite indifféremment 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.

Une fois cette autorisation obtenue et l'engagement pris, 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 locaux⁹¹ de ses intentions⁹². 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'Ordonnance⁹³ 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

⁸⁹ C. com. art. L. 691-2.

⁹⁰ Cf. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-1519 du 2 novembre 2017 portant adaptation du droit français au règlement (UE) n° 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, JORF n° 0257 du 3 novembre 2017, texte n° 10.

⁹¹ C'est-à-dire, selon l'article 2 § 12 du Règlement, les créanciers qui ont leur résidence habituelle, leur domicile ou leur siège statutaire dans l'État membre où est situé l'établissement, y compris les autorités fiscales et les organismes de sécurité sociale des États membres.

⁹² Règl. (UE) n° 2015/848, art. 36 § 7.

⁹³ Règl. (UE) n° 2015/848, art. 36 § 7 et C. com. art. L. 691-3.

juridiction⁹⁴. 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'engagement⁹⁵. 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 Règlement⁹⁶.

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 préféreront 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'engagement⁹⁷.

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

Lorsque la procédure principale a été ouverte dans un autre État membre et que l'établissement du débiteur à l'égard duquel l'ouverture d'une procédure secondaire veut être évitée par le praticien de l'insolvabilité de la procédure principale, l'accord des créanciers locaux doit être obtenu, sous le contrôle du tribunal. Cependant, force est de constater que les dispositions du texte sont d'un abord difficile. Les rédacteurs

⁹⁴ Règl. (UE) n° 2015/848, art. 36 § 8.

⁹⁵ Règl. (UE) n° 2015/848, art. 36 § 8 et C. com. art. L. 691-3.

⁹⁶ Règl.(UE) n° 2015/848, art. 36 § 10.

⁹⁷ Règl.(UE) n° 2015/848, art. 36 § 9 et C. com. art. L. 692-9.

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.

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 ». 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 solution va faciliter la prise d'engagement, surtout si, comme cela semble être le cas, l'engagement doit être adopté à l'unanimité⁹⁸. 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, saisi 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 à recueillir des créanciers français 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

⁹⁸ Cf. *supra*.

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. Celle qui leur a paru le plus adéquate est celle prévue en l'absence de comités 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 unanime des créanciers admis à voter pour être adopté⁹⁹. 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 comités¹⁰⁰, 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 paiement¹⁰¹. L'unanimité n'est donc pas requise et la solution prévue

⁹⁹R. Dammann, M. Guernonprez, « 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.

¹⁰⁰C. com., art. L. 626-18.

¹⁰¹C. com., art. L. 626-18.

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 (sur la procédure de consultation individuelle) 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. On peut alors envisager que la majorité nécessaire soit celle pour l'adoption des plans de restructuration en présence de comités de créanciers (majorité des 2/3) puisque cette procédure est la seule à contenir une règle relative à la majorité qualifiée nécessaire.

Finalement, en consacrant la prise d'engagements unilatéraux par les praticiens et en laissant les États membres définir les modalités précises de ceux-ci, le Règlement a nettement complexifié l'usage des protocoles d'accord, qui, utilisés par les syndics sous l'empire de l'ancien Règlement, avaient le mérite de la souplesse et donc de l'adaptabilité. Toutefois, cet encadrement permet de garantir l'intérêt de tous les créanciers locaux. L'expérience montrera si ce dispositif complexe aura un effet dissuasif sur la prise d'engagements par les praticiens de l'insolvabilité.

Lorsqu'aucun engagement n'a été pris ou que la juridiction compétente de l'État membre de l'établissement considère que celui-ci ne protège pas suffisamment l'intérêt général des créanciers locaux, une procédure secondaire pourra être ouverte. Si, sous l'empire du Règlement (CE) n° 1346/2000, cette procédure ne pouvait être que liquidative, elle peut désormais être de toute nature. Dès lors, le juste choix du type de procédure secondaire participe à l'efficacité de la coordination des procédures collectives ouvertes à l'encontre d'un même débiteur.

2. Le choix de la nature de la procédure secondaire

Le nouveau Règlement prévoit que la procédure secondaire pourra revêtir n'importe quelle forme prévue par son droit national et inscrite à l'annexe A. Elle n'aura donc plus nécessairement à être liquidative. Il s'agit là d'une avancée très importante du Règlement insolvabilité. La solution est opportune lorsque la procédure principale est une procédure visant à redresser l'entreprise et que l'établissement à l'encontre duquel l'ouverture de la procédure secondaire est demandée ne connaît pas particulièrement de difficultés financières. Elle est, surtout, particulièrement nécessaire du fait de la pratique répandue en présence de groupes de sociétés consistant à ouvrir toutes les procédures principales d'insolvabilité dans l'État membre du siège de la société mère¹⁰², puisqu'alors la procédure ouverte dans l'État membre du siège de la filiale sera nécessairement une procédure secondaire.

Le choix de la nature de la procédure secondaire revêt dès lors une importance stratégique capitale pour le traitement efficace de l'insolvabilité du débiteur. Il convient, en effet, pour la juridiction de choisir la procédure la mieux adaptée, non seulement à la situation de l'établissement, aux intérêts des créanciers locaux, mais encore, aux objectifs de la procédure principale¹⁰³. Dans cette perspective, je me suis intéressée à la manière dont ce choix devait être effectué¹⁰⁴.

L'étude du Règlement insolvabilité *bis* montre que la juridiction ne dispose pas d'une liberté absolue dans le choix de la nature de la procédure secondaire et que celle-ci diffère selon que la procédure principale est une procédure collective préventive ou fondée sur l'insolvabilité du débiteur.

Lorsque la procédure principale n'est pas fondée sur l'insolvabilité, mais vise au contraire à la prévenir, une difficulté existe quant aux modalités d'exercice du choix de la procédure secondaire. En effet, l'article 34 du Règlement insolvabilité *bis*, qui dispose que : « *Lorsque la procédure d'insolvabilité principale exigeait que le*

¹⁰² Cf. P. Nabet, *La coordination des procédures d'insolvabilité en droit de la faillite internationale et communautaire*, précité, n° 29 à 67 ; P. Nabet, in G. Cuniberti, P. Nabet et M. Raimon, *Droit européen de l'insolvabilité*, Règlement (UE) n° 2015/848 relatif aux procédures d'insolvabilité, LGDJ, n° 176 et s. et n° 708 et s.

¹⁰³ CJUE, 22 nov. 2012, C-116/11, "*Christianapol*", *Europe*, janvier 2013, comm. 58, note L. Idot ; *RLDA*, janv. 2013, p. 26, note J.D.R. ; *Rev. sociétés* 2013, p. 184, note L. C. Henry ; *Rev. proc. coll.*, mars 2013, comm. no 29, obs. Th. Mastrullo ; *JCP G* 2013, 62, note L. d'Avout ; *BJE* 2013, p. 47, note J.-P. Sortais ; *D.* 2013, p. 468, note R. Dammann et H. Leclair de Bellevue ; *JCP G* 2013, doct. 221, spéc. § 10, obs. M. Menjucq ; *Rev. crit DIP* 2014, p. 404, note F. Jault-Seseke et D. Robine ; *D.* 2013, Pan. p. 1503, obs. F. Jault-Seseke ; *D.* 2013, Pan. p. 2293, obs. S. Bollée.

¹⁰⁴ P. Nabet, « **Le choix d'une procédure secondaire en application du Règlement insolvabilité bis** », *Annuaire sur l'insolvabilité et la restructuration en Allemagne*, Schultze & Braun 2019, p. 10 (annexe 6).

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», ne précise pas comment procéder lorsque, précisément, la procédure principale n'exigeait pas que le débiteur soit insolvable. Une lecture *a contrario* de l'article 34 commande que dans ce cas, l'insolvabilité du débiteur soit réexaminée au moment de l'ouverture de la procédure secondaire. Sinon, pourquoi le Règlement limiterait-il la présomption de la situation du débiteur au cas où celui-ci est insolvable ? La question se recentre alors sur l'appréciation de l'insolvabilité du débiteur. Théoriquement, l'établissement n'ayant pas la personnalité morale, la situation du débiteur devrait être appréciée de manière globale, et non au niveau du seul établissement pour lequel l'ouverture de la procédure secondaire est demandée. Cependant, bien qu'orthodoxe juridiquement, cette solution n'est pas satisfaisante. En effet, elle signifie que la juridiction de l'établissement (devant laquelle est demandée l'ouverture de la procédure secondaire) apprécie la même chose que la juridiction ayant ouvert la procédure principale : la situation financière globale du débiteur. Elle ne le fait cependant pas nécessairement au regard des mêmes critères. En effet, la loi applicable à la procédure secondaire est, la loi de l'État membre sur le territoire duquel est situé l'établissement, laquelle ne caractérise pas forcément l'insolvabilité de la même manière que la loi applicable à la procédure principale. Par exemple, un débiteur peut être considéré en situation d'insolvabilité dans l'État membre de l'établissement dont la loi retient le critère de la cessation des paiements, alors qu'il ne le serait pas, dans l'État membre où a été ouverte la procédure principale dont la loi retient le critère du bilan.

Deux solutions sont alors envisageables. La première solution consiste tout simplement à ne pas réexaminer la question de l'insolvabilité. Cette position a été adoptée par la Cour de justice sous l'empire de l'ancien Règlement¹⁰⁵ pour pallier le caractère alors nécessairement liquidatif de la procédure secondaire. Elle avait été également envisagée dans la proposition de refonte du Règlement. Le texte prévoyait alors de laisser au tribunal saisi d'une demande d'ouverture d'une procédure secondaire la possibilité de choisir la procédure offerte par son droit national « la plus appropriée », notamment au regard des intérêts des créanciers locaux et des objectifs de la procédure principale, sans avoir à vérifier si les conditions relatives à

¹⁰⁵ CJUE, 22 nov. 2012, C-116/11, « *Christianapol* », point 71, précité.

l'insolvabilité étaient remplies¹⁰⁶. Cette solution n'a pas été retenue dans la version définitive du Règlement (UE) n° 2015/848.

La seconde solution est d'apprécier l'insolvabilité du débiteur non pas globalement, puisque celle-ci a déjà été écartée par la juridiction de l'État membre d'ouverture de la procédure principale, mais uniquement dans l'État membre de l'établissement. Une lecture littérale de l'article 34 semble induire cette solution lorsqu'il fait référence au réexamen de l'insolvabilité dans l'État membre dans lequel la procédure secondaire peut être ouverte. Une telle solution serait, en outre, facile à mettre en œuvre lorsque l'établissement est sur le territoire français, puisque l'article R. 692-1 4° tel qu'issu du Décret du 5 juin 2018¹⁰⁷ prévoit que, pour l'ouverture d'une procédure secondaire en France, le débiteur ou le praticien de l'insolvabilité de la procédure principale doit fournir « une présentation de la situation comptable, économique et financière du ou des établissements situés sur le territoire français et des actifs situés sur le territoire français ». C'est donc bien que l'appréciation locale de la situation financière de l'établissement, non seulement est possible, mais encore qu'elle influe nécessairement sur le choix de la procédure secondaire. Il devrait donc être tout à fait possible, lorsque l'établissement est en état de cessation des paiements, d'ouvrir à son encontre une procédure secondaire fondée sur l'insolvabilité, même lorsque la procédure principale est une procédure préventive.

Lorsque la procédure principale est fondée sur l'insolvabilité, la juridiction saisie de l'ouverture d'une procédure secondaire dispose de moins de liberté quant au choix du type de procédure secondaire qui doit être ouverte. Dans cette hypothèse, la juridiction saisie de l'ouverture de la procédure secondaire a, alors, l'interdiction de réexaminer l'insolvabilité du débiteur¹⁰⁸, y compris au seul niveau de l'établissement. Il y a alors une présomption irréfragable d'insolvabilité du débiteur. La juridiction saisie de l'ouverture de la procédure secondaire a, en effet, l'interdiction de réexaminer l'insolvabilité du débiteur¹⁰⁹. Cela signifie que lorsque la procédure principale est fondée sur l'insolvabilité du débiteur, la procédure secondaire ne peut

¹⁰⁶ Article 29 a § 3 de la proposition de refonte du Règlement (CE) n° 1346/2000 du 12 décembre 2012, COM (2012) 744.

¹⁰⁷ Décret n° 2018-452 du 5 juin 2018 pris pour l'application du règlement (UE) n° 2015/848 relatif aux procédures d'insolvabilité et de l'Ordonnance n° 2017-1519 portant adaptation du droit français à ce règlement, art. 8.

¹⁰⁸ Règlement (UE) n° 2015/848, art. 34.

¹⁰⁹ CJUE, 22 nov. 2012, C-116/11, "*Christianapol*", précité.

être, elle aussi, qu'une procédure fondée sur l'insolvabilité. Il n'est donc pas possible d'ouvrir en France une procédure secondaire de sauvegarde, qui nécessite que le débiteur soit resté *in bonis*, alors que la procédure principale, ouverte dans un autre État membre, est une procédure équivalente au redressement judiciaire ou à la liquidation judiciaire qui sont des procédures qui exigent que le débiteur soit en état d'insolvabilité. Cette solution est parfaitement logique. Il serait effectivement inconséquent d'autoriser l'ouverture d'une procédure ayant pour objet de sauver un établissement alors que la procédure principale a vocation à liquider la personne morale. Il est même possible d'aller plus loin en supposant que lorsque la procédure principale a pour objet la liquidation du débiteur, la procédure secondaire doit être, elle aussi de nature liquidative. Envisager le redressement judiciaire d'un établissement alors que le débiteur a vocation à être cédé ou liquidé n'a pas grand sens. Reste à apprécier, évidemment, la situation au regard de la *lex fori concursus secundarii*. Il se peut, en effet, qu'à l'instar du droit français avant la loi de sauvegarde de 2005, certains droits intègrent les plans de cession non pas dans la liquidation judiciaire, mais dans le redressement judiciaire, ce qui pourrait justifier alors l'ouverture d'un redressement judiciaire dans l'État membre de l'établissement.

Cette volonté d'adéquation se retrouve à l'article 38 § 4 du Règlement insolvabilité bis. Cet article permet au praticien de l'insolvabilité de la procédure principale de demander à la juridiction saisie de l'ouverture d'une procédure secondaire d'ouvrir une procédure d'un autre type que celle qui a été demandée initialement, s'il estime que ce type de procédure serait plus adapté à la fois au regard des intérêts des créanciers locaux et des objectifs de la procédure principale. Une étude approfondie de cet article montre cependant que les possibilités pour le praticien de l'insolvabilité de mettre en œuvre l'article 38 § 4 sont, cependant, très limitées. Tout d'abord, cet article ne permet pas de contourner la présomption d'insolvabilité¹¹⁰ prévue à l'article 34 : si la procédure principale est fondée sur l'insolvabilité du débiteur, le praticien de l'insolvabilité de la procédure principale ne peut proposer l'ouverture que d'un autre type de procédure secondaire fondé également sur l'insolvabilité. Si cela se comprend parfaitement (la demande du praticien de l'insolvabilité de la procédure principale devant tendre vers une adéquation entre les procédures), cela limite déjà les possibilités pour le praticien de l'insolvabilité de mettre en œuvre l'article 38 § 4.

¹¹⁰ Cf. article 38 § 4 *in fine*.

Ensuite, cet article prévoit que le praticien de l'insolvabilité de la procédure principale ne peut proposer qu'une procédure dont les conditions d'ouverture sont remplies selon la loi applicable à l'établissement (*lex fori concursus secundarii*). Or, dans un même État membre, les conditions d'ouverture d'une procédure collective sont généralement différentes d'un type de procédure à l'autre. Dès lors, si les conditions d'une procédure sont remplies, en théorie, celles d'un autre type de procédure ne le sont pas, une procédure exclut l'autre. La réalité pratique est toute autre et la question de savoir quel type de procédure collective ouvrir dépend toujours de l'appréciation concrète de la situation du débiteur. Aussi, le praticien de l'insolvabilité de la procédure principale ne peut se contenter de proposer à la juridiction l'ouverture d'un autre type de procédure que celle demandée initialement. Tout l'enjeu pour lui est de démontrer que les conditions d'ouverture de la procédure secondaire demandée en premier lieu ne sont pas satisfaites et que celles du type de procédure qu'il souhaite voir ouvrir le sont. En France, par exemple, lorsque le débiteur est en cessation des paiements seul un redressement ou une liquidation judiciaire peuvent être ouverts¹¹¹. Lorsque l'ouverture d'une procédure secondaire de redressement judiciaire aura été demandée à la juridiction de l'État membre sur lequel est situé un établissement, le praticien de l'insolvabilité de la procédure principale qui voudra obtenir plutôt l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire devra convaincre la juridiction que les conditions de cette procédure sont remplies, c'est-à-dire que le redressement est manifestement impossible. Toutefois, les objectifs de la procédure principale influent nécessairement sur l'appréciation concrète des conditions d'ouverture de la procédure secondaire par le tribunal, sans quoi la possibilité laissée par l'article 38 § 4 d'ouvrir, à la demande du praticien de l'insolvabilité de la procédure principale, une autre procédure que celle demandée initialement, ne peut avoir d'effet utile.

Le fait que la procédure secondaire puisse être n'importe quelle procédure collective inscrite à l'annexe A par l'État membre du lieu de situation de l'établissement a pour conséquence une autonomisation de la procédure secondaire. En effet, celle-ci est désormais une véritable procédure et non plus un simple moyen de réaliser les actifs locaux du débiteur¹¹², telle qu'elle avait été conçue dans le premier Règlement insolvabilité. Cette autonomisation accroît encore davantage la nécessité de

¹¹¹ L'annexe A du Règlement ne distingue pas, en effet, entre les différentes formes de liquidation judiciaire. Seules les procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire y sont inscrites.

¹¹² R. Dammann, « Le nouveau règlement européen sur les procédures d'insolvabilité », *Rev. Proc. coll.* 2015, n° 1, étude 2, spé. n° 22.

coordination des procédures¹¹³. Lorsque la procédure secondaire était forcément liquidative, les organes de la procédure secondaire n'avaient d'autres choix que de coopérer avec les organes de la procédure principale s'ils souhaitaient éviter la liquidation. En effet, seul le syndic¹¹⁴ de la procédure principale pouvait proposer de clôturer la procédure secondaire par un plan de redressement ou un concordat¹¹⁵. Dorénavant, il est possible que le praticien de l'insolvabilité de la procédure secondaire aspire à gérer sa procédure comme si celle-ci était autonome. Il va être d'autant plus enclin à le faire en présence d'un groupe de sociétés, si le tribunal du siège de la société mère s'est déclaré compétent pour ouvrir toutes les procédures principales. En effet, dans cette hypothèse, le tribunal du siège de la filiale, « forcé » de reconnaître cette procédure¹¹⁶ délocalisée, ne pourra ouvrir qu'une procédure secondaire¹¹⁷. Le praticien de l'insolvabilité de la procédure principale devra alors développer tous ses talents pour assurer la coordination efficace des procédures.

3. La coordination des procédures par la coopération des organes des procédures

L'objet de mon article pour les mélanges Vallens¹¹⁸, était de démontrer que même si le nouveau Règlement insolvabilité *bis* marque un progrès considérable en matière de coordination des procédures, les mécanismes qu'il met en place ne peuvent être efficaces qu'à condition que chaque organe de la procédure soit réellement enclin à coopérer.

S'agissant des améliorations apportées à la coordination, le nouveau Règlement ne prévoit plus seulement la coopération entre les praticiens de l'insolvabilité, comme le faisait l'ancien texte, mais également la coopération des juridictions entre elles et avec les praticiens de l'insolvabilité.

Au niveau de la coopération entre les praticiens de l'insolvabilité, il n'est plus question d'un simple devoir d'information réciproque entre les praticiens de l'insolvabilité,

¹¹³ P. Nabet, « Arthroscopie de l'articulation des procédures principale et secondaire(s) dans le Règlement insolvabilité *bis* », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Luc Vallens*, Joly éditions, 2017, 462 p. (Annexe 7).

¹¹⁴ Nom du praticien de l'insolvabilité sous l'empire du Règlement (CE) n° 1346/2000.

¹¹⁵ Règl. (CE) n° 1346/2000, art. 34.

¹¹⁶ Règl. (UE) n° 2015/848, art. 19.

¹¹⁷ Possibilité consacrée par l'arrêt CJUE, 4 sept. 2014, C-327/13, « *Burgo* », Procédures, nov. 2014, comm. 296, note C. Nourissat ; *RLDA*, oct. 2014, p. 27, note A. Farache ; *RLDA*, déc. 2014, p. 18, note A. Marchand ; *D.* 2015, p. 45, note R. Dammann et A. Rapp.

¹¹⁸ P. Nabet, « Arthroscopie de l'articulation des procédures principale et secondaire(s) dans le Règlement insolvabilité *bis* », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Luc Vallens*, précité.

mais d'une véritable obligation de communiquer¹¹⁹. Cette communication doit se faire dès que possible et porter sur toute information qui peut être utile aux autres procédures, notamment, précise le texte, sur l'état de la production et de la vérification des créances et sur toutes les mesures visant au redressement ou à la restructuration du débiteur.

En outre, cette communication d'informations n'est qu'une des trois formes de coopération des praticiens prévue par l'article 41. Sont également visées la coopération dans la recherche et l'élaboration d'un plan de restructuration et la coordination de leurs actions non seulement pour mettre en œuvre ce plan, mais aussi pour gérer la réalisation ou l'utilisation des actifs du débiteur.

Le nouveau Règlement prévoit également une obligation de coopération entre les tribunaux. Il s'agissait là, en effet, d'une lacune de l'ancien Règlement, qui avait déjà été en partie comblée par la Cour de Justice dans l'arrêt *Christianapol c. Bank Handlowy*¹²⁰ dans lequel elle a consacré le principe de coopération loyale du tribunal ayant ouvert la procédure secondaire avec le tribunal de la procédure principale.

Encore une fois, l'efficacité de cette coopération dépend en grande partie du bon vouloir des juges. Les magistrats sont indépendants et ne sont pas liés par les décisions rendues dans un autre État membre¹²¹. Le tribunal de la procédure secondaire est souverain et indépendant et aucune sanction n'est prévue à l'encontre d'un tribunal « protectionniste ». Il existe donc un risque que les organes de la procédure secondaire refusent de coopérer. Celui-ci est d'autant plus important que les intérêts de la procédure principale peuvent être différents de ceux de la procédure secondaire ouverte au siège. Si le praticien de l'insolvabilité de la procédure principale est également nommé dans les autres procédures principales ouvertes au siège de la société mère, il va rechercher des solutions pour l'intérêt du groupe, tandis que les organes de la procédure secondaire n'ont souvent à cœur que les intérêts de la filiale locale, de ses salariés, et de ses créanciers.

¹¹⁹ Règl. (UE) n° 2015/848, art. 41.

¹²⁰ CJUE, 22 nov. 2012, affaire C-116/11, « *Christianapol* », *D.* 2013, p. 468, note R. Dammann et H. Leclair de Bellevue, *Europe*, janvier 2013, comm. 58, note L. Idot ; *RLDA*, janv. 2013, p. 26, note J.D.R ; *Rev. sociétés*, 2013, p. 184, note L. C. Henry ; *Rev. proc. coll.*, mars 2013, comm. n° 29, obs. Th. Mastrullo ; *JCP éd. G.*, 14 janvier 2013, 62, note L. d'Avout ; *JCP E.*, 24 janvier 2013, 1050, note L. d'Avout ; *BJE*, 1er janvier 2013, p. 47, note J.-P. Sortais ; *JCP G.*, 18 février 2013, doct. 221, spéc. §10, obs. M. Menjucq ; *Rev. crit DIP* 2014, p. 404, note F. Jault-Seseke et D. Robine ; *D.* 2013, Pan. p. 1503, obs. F. Jault-Seseke ; *D.* 2013, Pan. p. 2293, obs. S. Bollée.

¹²¹ L.-C. Henry, H. Bourbouloux et M. Sénéchal, « article 42. Coopération et communication entre juridictions », in *Le Règlement (UE) n° 2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, commentaire article par article*, sous la dir. de L. Sauton-Laguionie, Société de Législation Comparée, 2015, p. 264.

Deux règles essentielles empêchent toutefois que la procédure secondaire – ouverte dans l'État membre du siège statutaire de la filiale – puisse être traitée de manière totalement indépendante. Tout d'abord, la procédure secondaire est toujours territoriale. Le praticien de l'insolvabilité nommé à cette procédure n'a donc aucun pouvoir sur les actifs de la filiale situés dans un autre État membre que celui du siège statutaire, sauf à ce que ces actifs aient été déplacés de cet État membre vers un autre postérieurement à l'ouverture de la procédure¹²². Ensuite, la procédure secondaire est, en principe, subordonnée à la procédure principale. De nombreuses règles du Règlement insolvabilité *bis* marquent cette hiérarchie, de l'ouverture de la procédure secondaire¹²³ jusqu'à la réalisation des actifs. En cours de procédure, le « syndic » de la procédure principale pourra demander la conversion de la procédure secondaire en un autre type de procédure prévu à l'annexe A¹²⁴. Cependant, toutes les manifestations de cette hiérarchie ne se traduisent que par un pouvoir d'intervention et de proposition du syndic de la procédure principale devant le tribunal de la procédure secondaire. Le praticien de l'insolvabilité de la procédure principale n'a aucun droit de décision ou de veto sur les décisions prises par le tribunal de la procédure secondaire. Par exemple, l'article 46 du règlement prévoit que le praticien de l'insolvabilité de la procédure principale peut demander à la juridiction qui a ouvert la procédure secondaire la suspension des opérations de réalisation des actifs. Le tribunal de la procédure secondaire peut toutefois rejeter sa demande si « elle est manifestement sans intérêt pour les créanciers de la procédure principale d'insolvabilité ». S'il y accède, il pourra y mettre fin d'office, à la demande d'un créancier ou à la demande du praticien de l'insolvabilité de la procédure secondaire si la suspension ne paraît plus justifiée, notamment – et cet adjectif est important – par les intérêts des créanciers de la procédure principale ou de la procédure secondaire. Le principe de primauté de la procédure principale sur la procédure secondaire est donc loin d'être absolu. Et la coordination des procédures est finalement totalement dépendante du bon vouloir de ses organes.

Le Règlement insolvabilité *bis* prévoit enfin la coopération entre praticiens de l'insolvabilité et juridictions¹²⁵. La question se pose alors de savoir si le praticien de l'insolvabilité qui refuserait de coopérer pourrait être sanctionné. Le Règlement est

¹²² Règl. (UE) n° 2015/848, art. 21 § 2.

¹²³ Cf. *supra*.

¹²⁴ Règl. (UE) n° 2015/848, art. 51, sur le caractère cependant très limité de cette possibilité, cf. *supra*.

¹²⁵ Règl. (UE) n° 2015/848, art. 43.

muet sur ce point. Une partie de la doctrine soutient qu'il est possible d'envisager de sanctionner le praticien de l'insolvabilité récalcitrant sur le terrain de la responsabilité civile, voire de demander au tribunal de l'enjoindre sous astreinte à coopérer. Cela dépendra toutefois du droit national applicable à la procédure à laquelle le praticien de l'insolvabilité est nommé¹²⁶. S'il semble que le droit anglais le permette¹²⁷, en France, l'Ordonnance du 6 novembre 2017 n'a pas prévu une telle possibilité d'injonction. Toutefois, l'article L. 695-3 permet au tribunal de « *désigner un juge, habiliter le juge-commissaire ou désigner un mandataire de justice pour mettre en œuvre la coopération et la communication entre juridictions et entre juridictions et praticiens de l'insolvabilité* ». Espérons que celui-ci ait l'autorité nécessaire pour pallier l'absence de sanctions et encourager le praticien de l'insolvabilité à coopérer, si ce n'est avec son homologue, au moins avec les juridictions.

Le Règlement insolvabilité améliore également les outils permettant de mettre en œuvre la coopération entre les organes de la procédure. Il consacre la conclusion d'accords ou de protocoles, solution déjà largement utilisée par la pratique¹²⁸. Le considérant 49 du Règlement précise que ces accords peuvent être conclus par différentes parties et être plus ou moins précis. Ainsi, il peut s'agir d'accords génériques simples qui visent simplement à s'accorder sur les nécessités d'une étroite coopération ou d'accords spécifiques plus détaillés, qui établissent un cadre de principe visant à régir les procédures d'insolvabilité et à concerter les mesures ou les actions des praticiens des différentes procédures. Ces protocoles ont déjà fait leurs preuves puisqu'ils ont été adoptés avec succès dans de nombreuses affaires complexes¹²⁹. Le nouveau Règlement prévoit que ces protocoles pourront être

¹²⁶ En ce sens, V. Mankowski, in Mankowski, Müller, Schmidt, *EuInsVO 2015*, C.H. Beck Verlag Munich 2016, art. 41, n° 39 et 93 ; R. Bork, in Bork et Mangano, *European Cross-Border Insolvency Law*, OUP, 2016, n° 7.74 ; P. Oberhammer, in Hess, Oberhammer et Pfeiffer, *European Insolvency Law – Heidelberg Luxembourg Vienna Report*, Beck Hart Nomis, 2013, n° 916.

¹²⁷ V. Mankowski, *ibid*, n° 42, n° 1.

¹²⁸ Ce fut le cas notamment dans les affaires *SENDO*, *Rover* ou *EMTEC*. Cf. G. Cesare Giorgini, « les protocoles entre autorités de la procédure d'insolvabilité », *BJE* 2016, n°1, p. 69 ; M. Sénéchal, « Exemple de protocole permettant la coopération européenne entre syndics d'une procédure principale et d'une procédure secondaire d'insolvabilité au sens du Règlement (CE) n° 1346/2000 du 29 mai 2000 », *Journal des sociétés*, avril 2007, n° 42, p. 54 ; R. Dammann et M. Sénéchal, « La procédure secondaire mode d'emploi », *Rev. Lamy dr. aff.* sept. 2006/9, spéc. n° 38 et s. Sur cette question, cf. également, P. Nabet, *La coordination des procédures d'insolvabilité en droit de la faillite internationale et communautaire*, précité.

¹²⁹ M. Sénéchal, "Exemple de protocole permettant la coopération européenne entre syndics d'une procédure principale et d'une procédure secondaire d'insolvabilité au sens du Règlement (CE) n° 1346/2000 du 29 mai 2000", *Journal des sociétés*, avril 2007, n° 42, p. 54.

approuvés par les juridictions concernées, lorsque le droit national l'exige¹³⁰. Tel est le cas en France¹³¹.

Afin de faciliter la mise en œuvre de leur coopération, les juridictions peuvent, désigner, si nécessaire, une personne ou un organe indépendant agissant sur leurs instructions, pour autant évidemment que ce ne soit pas incompatible avec les règles applicables à ces procédures et que ce soit fait dans le respect du secret professionnel. Or, la grande diversité des droits nationaux et la nécessité de respecter les droits procéduraux des parties (et notamment la confidentialité et le respect du contradictoire lors des échanges d'informations entre les organes des différentes procédures)¹³² risquent de limiter la pleine mise en œuvre de ces articles. Néanmoins, voici enfin les organes des procédures d'insolvabilité dotés officiellement de moyens favorisant la coordination entre la procédure principale et ses procédures secondaires. En outre, le texte précise qu'il ne s'agit là que d'exemples d'outils possibles, et laisse la pratique libre d'utiliser d'autres moyens de coopération qui lui sembleraient plus adaptés. Cependant, il n'y a finalement qu'un seul outil absolument indispensable à l'articulation efficace des procédures principale et secondaires : la pleine et sincère volonté de coopérer des organes des différentes procédures.

Ainsi, mes travaux m'ont permis d'apprécier l'efficacité du Règlement (UE) n° 2015/848. Il s'agit d'un outil pragmatique qui a grandement amélioré le traitement des aspects transfrontaliers des procédures d'insolvabilité au sein de l'Union européenne. Cependant, cela est insuffisant à caractériser l'efficacité d'une procédure collective. En effet, celle-ci se caractérise par de nombreux autres enjeux, que j'ai eu l'occasion d'analyser à travers certains aspects particuliers.

II. L'efficacité des procédures collectives

Même si le désintéressement des créanciers semble être passé en second plan depuis la loi de sauvegarde de 2005, il n'en demeure pas moins un de ses enjeux essentiels

¹³⁰ Règl. (UE) n° 2015/848, consid. n° 49.

¹³¹ L'article L. 695-2 II du Code de commerce exige que tout accord ou protocole conclu en application des articles 41 et 56 du Règlement soit soumis à l'approbation du juge-commissaire.

¹³² Règl. (UE) n° 2015/848, art. 43.

(A), enjeu qu'il faut concilier avec un objectif qui prend de plus en plus de vigueur en droit des procédures collectives, celui du droit au rebond du débiteur (B).

A. Le sort des créanciers

La question du sort des créanciers est l'une des plus intéressantes du droit des entreprises en difficulté. Elle peut être envisagée à travers de multiples prismes, selon qu'on se situe en aval ou en amont de l'ouverture de la procédure collective. Un article seul, aussi long soit-il, ne suffirait pas à traiter tous les aspects de la question. Ainsi, mis à part un fascicule pour l'encyclopédie Lamy voies d'exécution sur les « créanciers dans le Règlement (UE) n° 2015/848 »¹³³, dans lequel j'ai essayé de livrer une analyse globale du sort des créanciers dans le texte européen sur l'insolvabilité, j'ai essentiellement abordé la question des créanciers en choisissant des angles très particuliers à l'occasion de commentaires de divers arrêts. Ainsi, un des premiers commentaires d'arrêts que j'ai publiés en tant que Maître de conférences portait sur la déclaration de créances (1). J'ai également traité à plusieurs reprises de la reconstitution du patrimoine du débiteur, reconstitution qui a pour but de favoriser le paiement des créanciers (2). Enfin, je me suis parfois éloignée du droit des procédures collectives pour m'aventurer du côté des sûretés (3). En effet, les sûretés ont pour objectif principal de prémunir le créancier contre l'insolvabilité de son débiteur, il me semble donc intéressant de m'y intéresser.

1. Déclaration de créances

La déclaration de créances est l'acte par lequel un créancier manifeste sa volonté d'obtenir le paiement de sa créance dans le cadre de la procédure collective. Sont soumis à déclaration, les créanciers antérieurs à l'ouverture de la procédure et, depuis la loi de sauvegarde¹³⁴ le créancier dont les droits sont nés postérieurement à cette ouverture, mais qui n'est pas éligible au traitement préférentiel.

Avant l'Ordonnance du 12 mars 2014¹³⁵, la Cour de cassation analysait cette déclaration de créance comme équivalant à une demande en justice¹³⁶. Le but poursuivi par le créancier est, en effet, de faire consacrer son droit par une autorité

¹³³ P. Nabet, « Les créanciers dans le Règlement (UE) n° 2015/848 », in *Lamy Voies d'exécution*.

¹³⁴ L. n° 2005-845 du 26 juill. 2005, *JORF* 27 juill. 2005, p. 12 187.

¹³⁵ Ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014, *JORF* 14 mars 2014, p. 5249.

¹³⁶ Cf. par exemple : Cass. com. 14 déc. 1993, n° 93-11.690, *RJDA* 1994, n° 1p. 12, concl. Pinot ; *Bull. Joly* 1994. 196, note Jeantin, *JCP E* 1994, II, 573, note Campana et Calendini ; *JCP E* 1994, II, 22200, note J. P. Rémy ; *RTD com.* 1994, obs. A. Martin-Serf – Com. 14 fév. 1995, n° 93-12.064, 93-12.299, 93-12.398, *LPA* 1995, n° 91, p. 13, note Alix ; *Bull. Joly* 1995. 442, note Daigre.

judiciaire dans le cadre d'une instance en justice. Ainsi, la déclaration de créance était soumise aux règles du Code de procédure civile sur les demandes en justice. Cela avait pour conséquence que le déclarant, s'il n'était pas le créancier, devait être muni d'un pouvoir spécial donné par écrit de déclarer la créance. Cela a généré un nombre important de contentieux. Je me suis intéressée à cette question à travers le commentaire de l'arrêt de l'assemblée plénière du 4 février 2011¹³⁷. Par cette décision, l'assemblée plénière maintient l'exigence d'un mandat *ad litem* pour déclarer la créance d'un tiers, mais elle apporte un certain assouplissement relativement à la preuve de ce mandat. Jusqu'alors, la Cour de cassation avait toujours fait montre d'une grande fermeté quant à l'existence du mandat et à la preuve de celui-ci. Elle exigeait que les tiers déclarants – excepté les avocats – produisent ce mandat dans le délai de la déclaration de créance¹³⁸. Dans cet arrêt, l'assemblée plénière admet que le tiers déclarant puisse justifier de son pouvoir spécial jusqu'au jour où le juge statue. Ce faisant, la Cour de cassation aligne de manière opportune le régime de la preuve du pouvoir du mandataire à celui du préposé. Même si l'assemblée plénière effectue ce revirement de jurisprudence sans apporter la moindre motivation, ni faire le moindre visa, c'est certainement l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, et plus particulièrement le principe de l'égalité des armes, qui fonde sa décision. En effet, comme l'avait indiqué la Cour d'appel de renvoi, permettre au débiteur de soulever l'irrégularité de la déclaration de créance à un moment où le créancier n'aurait plus le droit d'apporter la preuve de la régularité de celle-ci serait contraire à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme imposant un procès équitable.

Ce commentaire a été pour moi l'occasion d'analyser la pertinence de l'équivalence faite par la Cour de cassation entre la déclaration de créance et la demande en justice. J'ai notamment été inspirée par la position doctrinale suivant laquelle la déclaration de créance serait plutôt un acte conservatoire¹³⁹, puisque la déclaration de créance n'a

¹³⁷ Cass. Ass. Plé. 4 fév. 2011, n° 09-14.619, *D.* 2011, p. 439, obs. A. Lienhard ; *JCP E* 2011. 1264, note Ph. Roussel Galle ; *RTD com* 2011. 412, obs. A. Martin-Serf ; *Dr. et Pat.* 2011, n° 206, 76, note C. Saint-Alary-Houin ; *Rev. Proc. Coll.* 2011, comm. 23, p. 32, note P. Cagnoli ; P. Nabet, « **Déclaration de créance par un tiers mandataire : l'Assemblée plénière fléchit enfin** », *comm. Ass. Plé. 4 fév. 2011, Revue Lamy Droit des affaires avril 2011*, n° 59, p. 17 (annexe 8)

¹³⁸ Cf. par exemple, Cass. ass. plén., 26 janv. 2001, n° 99-15.153, *D.* 2001, p. 631, *RTD com.* 2001, p. 507, obs. A. Martin-Serf, *RTD com.* 2001, p. 746, obs. Cabrillac M., *Rev. dr. bancaire et fin.* 2001/2, n° 66, obs. F.-X. Lucas, *RTD civ.* 2002, p. 805, obs. J. Mestre et B. Fages, *JCP E* 2001, n° 14, p. 617, note M. Béhar-Touchais, *Act. proc. coll.* 2001, n° 61, obs. J.-C. Boulay.

¹³⁹ Cf. Par exemple : B. Soenne, « la double nature de la déclaration de créance », *Rev. Proc. Coll.* 1993, p. 21 ; P.-M. Le Corre, « Déclaration, vérification, admission des créances et procédure civile », *LPA* 2008, n° 239, p. 72.

pas pour effet de saisir le juge. Elle est, en effet, adressée au mandataire judiciaire, lequel transmet ensuite la liste des créances au juge. Je rejoins aussi la position selon laquelle le tiers déclarant devrait être considéré comme un mandataire *ad agendum* et non comme un mandataire *ad litem*¹⁴⁰. En effet, la loi dispose que la déclaration de créance peut être faite « par le créancier ou par tout préposé ou mandataire de son choix »¹⁴¹. En l'absence de distinction faite par le texte, cela vaut également lorsque la procédure a lieu devant un tribunal judiciaire. Pourtant, devant le tribunal judiciaire, en matière de procédure collective « toute partie qui ne se présente pas personnellement ne peut être représentée que par un avocat »¹⁴². La déclaration de créance ne peut donc relever de la représentation à l'instance (pour laquelle le mandat *ad litem* est obligatoire), sans quoi le débiteur ne pourrait confier la déclaration de sa créance qu'à un avocat¹⁴³. Le créancier pouvant procéder à cette déclaration lui-même ou par le biais d'un préposé ou mandataire, y compris devant le tribunal judiciaire, cela prouve que la personne qui déclare la créance d'un tiers n'est qu'un simple représentant à l'action, titulaire d'un mandat *ad agendum*. La différence n'est pas que théorique puisque si cette qualification avait été reconnue, le mandataire aurait pu être titulaire du pouvoir de déclarer de manière générale toute créance au nom et pour le compte du créancier et non uniquement une créance particulière contre un débiteur spécialement nommé, comme l'exige la Cour de cassation lorsque la déclaration de créance est faite par un mandataire.

L'Ordonnance du 12 mars 2014 a mis fin à nombre des difficultés liées au pouvoir de déclarer les créances, allant dans un sens d'efficacité appréciable de la déclaration des créances. Tout d'abord, l'Ordonnance va plus loin que l'assemblée plénière¹⁴⁴ dans l'arrêt commenté en ajoutant à la disposition selon laquelle « la déclaration des créances peut être faite par le créancier ou par tout préposé ou mandataire de son choix » que « le créancier peut ratifier la déclaration faite en son nom jusqu'à ce que le juge statue sur l'admission de la créance »¹⁴⁵. La ratification est la manifestation

¹⁴⁰ Ph. Pétel, « Déclaration de créance et représentation en justice », in Mélanges Christian Mouly, éd. Litec, 1998, p. 153

¹⁴¹ C. com., L. 622-24 al. 2.

¹⁴² C. com., R. 662-2 al. 3.

¹⁴³ L'avocat reste en revanche facultatif devant le tribunal de commerce, puisque l'article 853 du Code de procédure tel que modifié par le Décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019, s'il rend obligatoire la constitution d'avocat devant le tribunal de commerce en dispense dans le cadre des procédures instituées par le livre VI du Code de commerce.

¹⁴⁴ Cass. Ass. Plé., 4 fév. 2011, n° 09-14.619, *ibid*.

¹⁴⁵ C. com., L. 622-24 al. 2.

unilatérale de volonté par laquelle une personne approuve un acte accompli pour elle par une personne sans pouvoir. Dès lors, désormais, ce n'est plus la preuve du pouvoir du mandataire qui peut être rapportée jusqu'au jour où le juge statue, mais c'est carrément l'absence de pouvoir de celui-ci auquel le créancier peut remédier jusqu'à cette date.

Surtout, l'Ordonnance ajoute un alinéa à l'article L. 622-24 du Code de commerce un 3^{ème} alinéa selon lequel : « Lorsque le débiteur a porté une créance à la connaissance du mandataire judiciaire, il est présumé avoir agi pour le compte du créancier tant que celui-ci n'a pas adressé la déclaration de créance prévue au premier alinéa ». Si le créancier ne déclare pas sa créance, celle-ci sera considérée comme valablement déclarée pour son compte par le débiteur, lequel est alors présumé agir pour le compte du créancier. Une grande partie de la doctrine¹⁴⁶, dont je partage l'opinion, estime que ces dispositions nouvelles excluent définitivement l'analyse de la déclaration de créance comme équivalent à une demande en justice et confirme sa nature d'acte conservatoire. Cette thèse est corroborée par le nouvel article L. 622-25, issu de l'Ordonnance, selon lequel : « La déclaration de créance interrompt la prescription jusqu'à la clôture de la procédure ; elle dispense de toute mise en demeure et vaut acte de poursuites ». Une telle disposition n'aurait pas été nécessaire si la déclaration de créance avait conservé sa nature juridique d'acte équivalent à une demande en justice puisqu'alors ces effets auraient été automatiques¹⁴⁷, sauf évidemment à considérer que cette disposition ne vise justement qu'à conforter l'analyse classique¹⁴⁸. Quoiqu'il en soit, force est de constater que l'Ordonnance de 2014 a fait un énorme pas pour assurer l'efficacité des déclarations de créance, favorisant la sécurité juridique des créanciers¹⁴⁹.

La déclaration des créances est la première étape, indispensable, pour que soient reconnus les droits des créanciers dans la procédure collective. Elle permet également aux organes de la procédure de chiffrer le passif du débiteur. Diverses mesures sont alors prévues pour geler la situation de tous les créanciers antérieurs (arrêt des

¹⁴⁶ P.-M. Le Corre, « L'ordonnance du 12 mars 2014 et les modifications affectant la déclaration et la vérification des créances », *Gaz. Pal.* 6-8 avr. 2014, p. 47 ; F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10^e ed., 2014, n° 1529 ; F. Macorig-Venier, « Les créanciers antérieurs hors comités après l'Ordonnance du 12 mars 2014 : un vent de simplification en faveur de la reconnaissance de leur droit de créance », *BJE* mai 2014, p. 185.

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ En ce sens, C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, 10^e ed. 2016, n° 785.

¹⁴⁹ F. Pérochon, « L'Ordonnance du 12 mars 2014 : une révolution inespérée pour les créanciers tenus de déclarer », *BJE* 2014, n° 3, Editorial, p. 133.

poursuites individuelles, des procédures civiles d'exécution, interdiction du paiement des créances antérieures, des inscriptions de sûretés). Parallèlement, un inventaire des actifs du débiteur doit être dressé.

Il peut être également nécessaire de faire revenir dans l'actif des biens qui n'auraient pas dû en sortir ou de recouvrer des sommes d'argent afin de reconstituer l'actif appauvri. C'est la question de la maximisation du patrimoine du débiteur.

2. Maximisation du patrimoine du débiteur

Afin d'assurer l'efficacité de la procédure collective, que ce soit une procédure visant au redressement du débiteur ou à sa liquidation, il est essentiel que l'entreprise ait le maximum d'actifs mobilisables pour son rétablissement et/ou pour le paiement des créanciers. Pour cela, plusieurs actions sont possibles.

Il y a tout d'abord, bien entendu, les actions en nullité de la période suspecte lorsque la procédure collective ouverte à l'encontre du débiteur est fondée sur la cessation des paiements (redressement ou liquidation judiciaire). Il arrive, en effet, fréquemment que le débiteur en difficulté se soit livré à certaines opérations frauduleuses dans les semaines précédant l'ouverture de la procédure. Deux types de comportements sont à craindre. D'une part, le débiteur a pu s'appauvrir volontairement au profit d'un tiers complice afin de tenter de faire échapper certains actifs à la procédure collective. D'autre part, il a pu avantager certains créanciers au détriment des autres, volontairement ou sous la contrainte, ce qui est contraire à la règle de l'égalité des créanciers inhérente au droit des procédures collectives. C'est la raison pour laquelle, en cas de redressement ou de liquidation judiciaire, la loi prévoit l'annulation de certains actes passés durant la période s'étalant de la date de cessation des paiements fixée par le tribunal au jugement d'ouverture de la procédure collective. Cette période est appelée, très significativement, « période suspecte ». L'annulation de ces actes a pour conséquence la reconstitution de l'actif du débiteur puisque les biens sortis de son patrimoine par l'effet des actes annulés y sont réintégrés. La plupart des droits des procédures collectives dans le monde connaissent cette notion de période suspecte, mais avec des modalités qui peuvent varier notablement d'un État à l'autre. Ainsi, la durée de la période, les actes susceptibles d'être remis en cause, les titulaires de l'action ou encore ses effets (annulation ou inopposabilité) peuvent être différents. Lorsque la procédure collective est transfrontalière, il est donc très important de

déterminer le tribunal compétent pour connaître des actions révocatoires et la loi applicable à ces actions. Le Règlement (UE) n° 2015/848 prévoit expressément en son article 6 § 1 que la juridiction ayant ouvert la procédure d'insolvabilité (principale ou secondaire) est compétente pour connaître des actions révocatoires¹⁵⁰. Il résulte de l'article 7 § 2 m) que la loi applicable à ces actions est la *lex fori concursus*. Cependant, l'article 16 prévoit une exception lorsque celui qui a bénéficié d'un acte préjudiciable à l'ensemble des créanciers apporte la preuve que cet acte est soumis à la loi d'un autre État membre que l'État d'ouverture et que cette loi ne permet en l'espèce, par aucun moyen, d'attaquer cet acte. Le fondement de cette règle est la protection de la confiance légitime et de la sécurité des transactions dans les États membres différents de celui de l'ouverture¹⁵¹. Certains États ont spécifiquement légiféré pour mettre hors de portée certains actes des nullités de la période suspecte. C'est le cas du Luxembourg concernant les garanties financières¹⁵².

Comme j'ai pu l'étudier dans une note d'arrêt, la solution en droit international privé commun est quelque peu différente¹⁵³. En l'absence de règle en ce sens, il n'y a pas de compétence exclusive de l'action révocatoire du tribunal ayant ouvert la procédure collective. L'action peut donc être exercée par les organes de la procédure étrangère soit devant le tribunal d'ouverture (mais le jugement devra ensuite recevoir l'*exequatur* dans le pays d'exécution), soit devant le tribunal du domicile du défendeur à l'action révocatoire. En revanche, la loi applicable à l'action est, comme en droit européen, celle de l'État d'ouverture de la procédure collective (c'est-à-dire la *lex fori concursus*). Comme l'explique la chambre commerciale de la Cour de cassation¹⁵⁴, cette solution se justifie par le fait que l'action du syndic vise à reconstituer les actifs du débiteur, dans l'intérêt de tous les créanciers.

¹⁵⁰ La solution avait déjà été dégagée par la Cour de justice de l'Union européenne sous l'empire du premier Règlement (CE) insolvabilité dans l'arrêt « *Seagon* » : CJCE, 12 fév. 2009, aff. C. 339/07, *D.* 2009, 1311, note J.-L. Vallens, *Pan.* 2384, spéc. 2391, obs. S. Bollée ; *Rev. Proc. coll.* 2009, n° 6, p. 31, note Th. Mastrullo ; *JCP E.* 2009, n° 36, p. 31, note Ph. Pétel ; *JCP E.* 2009, n° 19, p. 30, note F. Mélin ; *Lettre Omnidroit* 2009, n° 40, p. 8 ; *Rev. Proc. Coll.* 2009, n° 2, p. 19, note P. Ehret ; *Act. proc. coll.* 2009, n° 13, p. 1, obs. F. Mélin ; *Rev. proc. coll.* 2009, n° 6, p. 31, obs. T. Mastrullo, *RTD com* 2010, p. 211, obs. J.-L. Vallens.

¹⁵¹ CJUE, 16 avril 2015, affaire C-557/13, « *Lutz* », *Rev. sociétés* 2015, n° 9, p. 551, note L.-C. Henry, *Procédures* 2015, n° 8, p. 16, note C. Nourissat, *Rev. Proc. Coll.* 2015, n° 4, p. 30, note Th. Mastrullo ; *D.* 2015, p. 205, note R. Dammann.

¹⁵² Loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière, art. 20 § 4. V. Trib. arr. Luxembourg, 16 nov. 2012, n° 143.752, *Bull. Droit & Banque* 2013, p. 94, citant les travaux parlementaires : « Le but du projet de loi est de rendre inattaquable le contrat de garantie financière afin de bénéficier de l'exception [de l'art. 13 du règlement 1346/2000, devenu l'article 16 du règlement (UE) n° 2015/848] », en réservant cependant l'hypothèse d'un concert frauduleux.

¹⁵³ P. Nabet, note sous Cass. com. 2 oct. 2012, n° 10-18.005 et n° 11-14.406, *LPA*, 15 avril 2013, n° 75, p. 17.

¹⁵⁴ Cass. com. 2 oct. 2012, n° 10-18.005 et n° 11-14.406, *Ibid.*

Une autre manière de maximiser l'actif du débiteur en procédure collective peut être une action en extension de la procédure collective ouverte à l'encontre de la société débitrice à une autre société. En France, cela est possible en cas de fictivité de la personne morale débitrice ou en cas de confusion des patrimoines des deux sociétés. Cela reste toutefois exceptionnel. La question s'est posée de savoir si cette extension était possible, en droit européen de l'insolvabilité, alors même que cela n'est pas envisagé par le Règlement (UE) n° 2015/848. La Cour de justice y répond dans l'arrêt *Rastelli* du 15 décembre 2011¹⁵⁵, que j'ai annoté brièvement aux *Petites Affiches*, mais sur lequel j'aimerais m'attarder plus longuement ici. Si l'extension de procédure n'est que le prolongement de la procédure initiale et n'a pas pour conséquence d'ouvrir une procédure autonome par rapport à la procédure initiale, cette extension vise un débiteur juridiquement distinct de celui visé par cette procédure et produit les mêmes effets qu'une décision d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Elle ne peut donc être décidée que par les juridictions du centre des intérêts principaux de la société à laquelle la procédure doit être étendue. Or, comme l'explique la Cour de justice, la simple confusion des patrimoines de deux sociétés ne suffit pas à démontrer qu'elles ont le même centre des intérêts principaux. Pour avoir compétence pour étendre la procédure collective d'une société à une autre, la juridiction d'ouverture devra donc démontrer que le centre des intérêts principaux de l'autre société est situé dans son ressort. Ainsi, bien que techniquement il ne s'agisse pas de l'ouverture d'une nouvelle procédure, mais de l'extension d'une procédure collective d'une société à une autre, la Cour de justice pose les mêmes critères de compétence que s'il s'agissait de l'ouverture d'une procédure collective. La Cour justifie cette solution à la fois par des raisons juridiques et d'opportunité. Si les deux sociétés débitrices forment une unité de fait en raison de l'imbrication de leurs patrimoines, elles restent deux personnes morales distinctes juridiquement. Or, l'extension de la procédure collective produit, à l'égard de la société à laquelle elle est étendue, les mêmes effets que la décision d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Autoriser un tribunal à étendre une procédure collective ouverte à l'égard d'un autre débiteur sans vérifier sa compétence

¹⁵⁵ CJUE, 15 décembre 2011 affaire C-191-10, « *Rastelli* », *D.* 2012 p. 403, note J.-L. Vallens et p. 406, note R. Dammann et F. Müller ; *Act. proc. coll.* n° 1/2012, n° 17, obs. J. Vallansan ; *Rev. sociétés* 2012, p. 189, note Ph. Roussel Galle ; *Rev. Proc. coll.* 2012, n° 1, p. 11, note M. Menjuq ; *JCP E* 2012, n° 14-15, p. 16, note Ph. Pétel ; *JCP G* 2012, n° 13, p. 616, note F. Mélin ; *D.* 2012, n° 6, p. 403, note J.-L. Vallens ; *Rev. Lamy dr. des aff.* 2012, note E. Amri et S. Jebbour ; *Europe* 2012, n° 2, p. 47 ; *D.* 2012, n° 6, p. 406, note R. Dammann et F. Müller ; *LPA*, 15 juin 2012, n° 120, p. 6, note P. Nabet.

territoriale constituerait un détournement de l'article 3 § 1 du Règlement insolvabilité qui attribue compétence exclusive pour l'ouverture d'une procédure collective aux juridictions de l'État membre dans lequel le débiteur a son centre des intérêts principaux. On retrouve ici le souci de la Cour de justice de limiter la tendance des tribunaux à se reconnaître trop aisément compétent pour ouvrir une procédure collective à l'encontre de débiteurs qui n'ont pas leur siège statutaire (lequel présume du centre des intérêts principaux) dans leur État membre. Elle s'inscrit ainsi dans la droite ligne des arrêts *Eurofood*¹⁵⁶ et *Interedil*¹⁵⁷.

La Cour affirme qu'autoriser l'extension de procédure à un débiteur qui n'a pas le centre de ses intérêts principaux dans le même État membre que le débiteur auquel la procédure a été ouverte à l'origine risquerait, en outre, de créer un conflit positif de compétence. Cette affirmation mérite qu'on s'y arrête. En effet, le Règlement contient des outils pour éviter les conflits positifs de compétence : le principe de confiance mutuelle¹⁵⁸ et le principe de reconnaissance immédiate de toute décision d'ouverture¹⁵⁹. Pourquoi ces mécanismes seraient-ils insuffisants en cas d'extension de procédure alors qu'ils sont efficaces en cas d'ouverture d'une procédure collective ? Précisément parce que, même s'il est assimilé en France à l'ouverture d'une véritable procédure collective et doit donc faire l'objet d'une publication au BODACC¹⁶⁰, le jugement d'extension a de grandes chances de ne pas être considéré, dans les autres États membres, comme un jugement d'ouverture. Les juridictions de ces États pourraient donc considérer que ce jugement n'a pas à être reconnu sur le fondement de l'article 19 du Règlement d'insolvabilité et ne lui fassent pas produire tous les effets d'un jugement d'ouverture. Cela sera d'autant plus le cas lorsque la loi de ces États ne connaît pas l'extension de procédure pour confusion des patrimoines. Lorsque le débiteur cible de l'extension de procédure a son centre des intérêts principaux dans un autre État membre que le débiteur d'origine, le risque est alors important que les juridictions de cet État membre ouvrent une procédure collective à l'encontre de ce débiteur. Il y aurait alors effectivement conflit positif de compétence puisque deux

¹⁵⁶ CJCE, 2 mai 2006, « *Eurofood* », précité.

¹⁵⁷ CJUE, 20 oct. 2011, affaire C-396/09, « *Interedil* », D. 2011. 2915, note J.-L. Vallens ; *Rev. sociétés* 2011. 726, obs. Ph. Roussel Galle ; *ibid.* 2012. 116, note Th. Mastrullo ; Bull. Dict. Perm. Diff. entr. n° 331, nov. 2011, p. 1, obs. J.-P. Rémy ; BJDE, 1/2012, § 10, p. 34, note L.-C. Henry

¹⁵⁸ Règl. (UE) n° 2015/848, consid. 65.

¹⁵⁹ Règl. (UE) n° 2015/848, art. 19.

¹⁶⁰ Cf. Par exemple : Cass. com. 8 oct. 2003, n° 00-19.730 ; D. 2003, p. 2817, note P.-M. Le Corre – Cass. com., 16 juin 2006, n° 05-14.595, D. 2006, p. 1530, note A. Lienhard ; *Gaz. Pal.* 14 juill. 2006, n° 195, p. 15, note Ch. Lebel.

procédures principales distinctes, visant certes deux débiteurs différents, mais dont l'assiette est en partie commune, seraient ouvertes dans deux États membres.

Pour toutes ces raisons, il me semble que la solution de la Cour de justice de l'Union européenne doit être approuvée. Pourtant, celle-ci ne permettra pas d'éviter totalement le risque de conflits de compétence. Il suffit à la juridiction qui souhaite étendre la procédure d'un débiteur à un autre de prendre le temps de démontrer que le débiteur cible de l'extension a bien son centre des intérêts principaux dans son État membre et renverse la présomption en faveur du siège statutaire. C'est ce qu'a fait le tribunal de commerce de Nevers dans l'affaire *Beltank France*¹⁶¹ avant de procéder à l'extension. On se retrouve alors dans un cas d'extension conforme aux prescriptions de la Cour de justice dans l'arrêt *Rastelli*, mais où le risque de conflit positif de compétence est réel, si la juridiction de l'État membre du siège social ne reconnaît pas la décision d'extension comme étant un jugement d'ouverture et ouvre une procédure principale à l'encontre de cette société. Le meilleur moyen d'éviter cela est alors la communication et la coopération entre le praticien de l'insolvabilité nommé à la procédure d'origine et la juridiction de l'État membre du siège du débiteur de la société à laquelle la procédure a été étendue. Le Règlement (UE) n° 2015/848 contient les outils nécessaires en prévoyant la communication directe entre juridictions¹⁶².

Un dernier moyen de reconstituer le patrimoine du débiteur, lorsque celui-ci est une personne morale, passe par la condamnation du dirigeant fautif de la société débitrice. En droit européen, lorsqu'elle est exercée par le praticien de l'insolvabilité, la sanction du dirigeant relève des actions annexes au sens de l'article 6 § 1 du Règlement insolvabilité, c'est-à-dire des actions qui découlent directement de la procédure d'insolvabilité et y sont étroitement liées. À ce titre, elles peuvent être exercées devant le tribunal ayant ouvert la procédure collective, que ce soit celui ayant ouvert la procédure principale ou la procédure secondaire¹⁶³. Encore faut-il que l'action contre le dirigeant « découle directement de la procédure d'insolvabilité et y

¹⁶¹ Trib. Com. Nevers, 22 mars 2013, n° RG 2013000807, *BJS* 2013, n° 6, p. 423, note F.-X. Lucas.

¹⁶² Règl. (UE) n° 2015/848, art. 42 ; cf. *supra*. P. Nabet, « Arthroscopie de l'articulation des procédures principale et secondaire(s) dans le Règlement insolvabilité *bis* », précité (Annexe 7).

¹⁶³ Règl. (UE) n° 2015/848, consid. n° 47.

[soit] étroitement liée »¹⁶⁴. C'était une des questions soulevées dans l'arrêt *Kornhaas*¹⁶⁵ de la Cour de justice de l'Union européenne, que j'ai commenté à la *Revue critique de droit international privé*¹⁶⁶. Dans cette affaire, une société anglaise, immatriculée à Cardiff faisait l'objet d'une procédure principale d'insolvabilité en Allemagne. Son activité étant exercée essentiellement depuis sa succursale dans cet État membre, les juges allemands ont estimé qu'elle y avait son centre des intérêts principaux. Le syndic nommé à la procédure a agi contre la dirigeante de la société débitrice en remboursement de sommes réglées par elle alors que la société était insolvable. Il fonda sa demande sur la loi allemande, en tant que *lex fori concursus*, et plus particulièrement sur l'article 64 § 2 *GmbHG*¹⁶⁷ en vigueur à l'époque qui prévoyait que les gérants sont tenus de rembourser à la société les paiements effectués après la survenance de son insolvabilité. Les juges du fond condamnèrent la dirigeante à payer. Celle-ci forma un recours « en révision » devant la Cour fédérale de justice allemande qui sursit à statuer pour poser deux questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne. La première tendait à vérifier que l'article 64 § 2 *GmbHG* relevait du champ de la *lex fori concursus* au sens de l'article 4 du premier Règlement insolvabilité¹⁶⁸ et non de la *lex societatis*. Le doute était permis puisque cette règle, sur laquelle le syndic fondait son action contre le dirigeant, n'est pas issue de l'Ordonnance sur l'insolvabilité (*InsO*), mais de la loi allemande régissant les SARL (*GmbHG*). Or, la société étant immatriculée en Angleterre, elle était soumise à la *lex societatis* allemande et l'article 64 § 2 *GmbHG* n'aurait pas été applicable à l'action. La Cour de justice confirma cependant l'appréciation de la Cour allemande considérant que, malgré le fait qu'elle soit placée dans la loi sur les SARL, la disposition de l'article 64 § 2 *GmbHG* était bien une règle relevant du droit de l'insolvabilité, soumise à l'article 4 du Règlement insolvabilité qui détermine la loi applicable.

¹⁶⁴ Règl. (UE) n° 2015/848, art. 6 § 1.

¹⁶⁵ CJUE, 10 déc. 2015, C-594/14, « *Kornhaas* », *JCP G* 2016, n° 8, doct. 241, note C. Nourissat ; *JCP G* 2016, n° 11, p. 304, note L. d'Avout ; *Europe* 2016, n° 2, comm. 84, note L. Idot ; *Rev. sociétés* 2016, p. 311, comm. G. Parleani ; *JCP G* 2016, n° 8, doct. 241, n° 10, note M. Menjucq ; *BJS* 2016, n° 3, note F. Jault-Seseke et D. Robine ; *Rev. Proc. coll.* 2016, n° 6, p. 35, note Th. Mastrullo ; *Droit des sociétés* 2016, n° 7, p. 11, note E. Schlumberger ; *RcDIP* 2016, n° 3, p. 544, note P. Nabet.

¹⁶⁶ P. Nabet, « Sanction du dirigeant d'une société en procédure d'insolvabilité selon le Règlement (CE) n° 1346/2000 et liberté d'établissement », comm. CJUE, 10 déc. 2015 « *Kornhaas* », *RcDIP* 2016, n° 3, p. 545.

¹⁶⁷ *Gesellschaften mit beschränkter Haftung Gesetz* (Loi sur les sociétés à responsabilité limitée).

¹⁶⁸ Règl. (UE) n° 2015/848, art. 7.

La première partie de mon commentaire de l'arrêt démontre le bien-fondé de cette décision. J'y explique que l'article 64 *GmbHG*, tel qu'en vigueur au moment des faits, comportait deux paragraphes. Le premier prévoyait que, en cas d'insolvabilité de la société, les gérants étaient tenus d'introduire sans délai, et au plus tard dans les trois semaines, une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Le second paragraphe disposait que les gérants étaient tenus de rembourser à la société les paiements effectués après la survenance de l'insolvabilité de la société.

La Cour de Justice de l'Union européenne avait déjà eu l'occasion d'affirmer que l'article 64 *GmbHG* était une règle de droit de l'insolvabilité malgré sa localisation formelle dans la loi relative aux sociétés à responsabilité limitée¹⁶⁹. Cette solution est par ailleurs confirmée tant par le législateur que par la doctrine allemande¹⁷⁰. Il est, en effet, indiscutable que l'article 64 § 1 *GmbHG*, qui pose l'obligation pour le dirigeant de déclarer l'insolvabilité de sa société, est une règle inhérente au droit de l'insolvabilité (au même titre que son équivalent français, l'article L. 631-4 du Code de commerce). Par conséquent, l'article 64 § 2 *GmbHG* qui sanctionne le manquement à cette obligation, doit également être regardé comme étant une règle relevant du droit des entreprises en difficulté. Il en va de même en droit français. La responsabilité du dirigeant pour insuffisance d'actifs qui permet de sanctionner le dirigeant qui n'aurait pas déclaré la cessation des paiements de sa société dans les temps fait partie du livre VI du Code de commerce¹⁷¹. Le législateur allemand a, depuis, déplacé l'article 64 § 1 de la loi sur les sociétés à responsabilité limitée dans l'Ordonnance sur les procédures d'insolvabilité. La sanction contre le dirigeant qui aurait manqué à l'obligation de déclarer l'insolvabilité – anciennement l'article 64 § 2 – reste, pour des raisons de pure légistique que j'expose dans mon commentaire, à l'article 64 *GmbHG*. Elle a, en outre, vu son champ d'application élargi puisqu'elle inclut désormais également l'obligation pour le gérant de rembourser les dividendes versés aux associés alors que la société était en état d'insolvabilité. Le législateur allemand souhaite, *de lege ferenda*, déplacer ce texte sous l'article 15 *InsO*, sous réserve d'une reformulation plus générale du texte. En outre, il affirme, à propos du

¹⁶⁹ CJUE, 4 déc. 2014, « *H c/ GT GmbH* », *BJS* 2015, n° 2, p. 95, note F. Jault-Seseke et D. Robine ; *Rev. Proc. coll.* 2015, n° 5, p. 41, note M. Menjucq ; *BJE* 2015, n° 3, p. 139, note R. Dammann et A. Rapp ; *Gaz. Pal.* 2015, n° 121-125, p. 17 ; *RcDIP* 2015, n° 2, p. 462, note D. Bureau, *Procédures* 2015, n° 3, p. 26, note C. Nourissat, *Europe* 2015, n° 2, p. 46, note L. Idot.

¹⁷⁰ *BT-Drs.* 16/6140, 47 ; Swierczok, *NZI* 2016, 48 et s. ; P. Mankowski, « *Insolvenzrecht gegen Gesellschaftsrecht 2:0 im europäischen Spiel um § 64 GmbHG* », *NZG* 2016, 281 et s.

¹⁷¹ C. com. art. L. 651-2.

nouvel article 64, que l'élargissement de la sanction qu'il prévoit au remboursement des dividendes distribués alors que la société était insolvable « facilite la qualification de cet article en tant que norme du droit de l'insolvabilité selon les articles 3 et 4 du Règlement insolvabilité [devenu les articles 3 et 7] quant aux procédures d'insolvabilité ouvertes à l'encontre de sociétés étrangères ayant leur centre des intérêts principaux en Allemagne »¹⁷².

Après avoir établi que l'article 64 *GmbHG* est donc bien une règle de droit de l'insolvabilité, la Cour de justice s'attache à vérifier que l'action en responsabilité contre le dirigeant fondée sur cet article entre bien dans le champ d'application de la *lex fori concursus*. Cette vérification est certainement superfétatoire. En effet, en vertu de l'article 4 § 1 du Règlement (CE) n° 1346/2000¹⁷³, sauf disposition contraire du texte, la loi applicable à la procédure d'insolvabilité est la loi du for. Le litige, en l'espèce, n'entraîne dans le cadre d'aucune des exceptions à l'application de la *lex fori* prévues par le texte. Il semble cependant que la Cour ait voulu aller jusqu'au bout de son raisonnement afin de démontrer le bien-fondé de sa solution. C'est pourquoi elle s'attarde à faire rentrer l'action dans les éléments expressément soumis à la *lex fori concursus* selon l'article 4 § 2 du premier Règlement insolvabilité. Il ressort de son analyse que la loi de l'État d'ouverture de la procédure collective est applicable à l'action en remboursement intentée contre le dirigeant de la société débitrice non pas à un, mais à deux titres. Elle l'est, selon elle, tout d'abord au titre des conditions d'ouverture. La Cour fait, en effet, une interprétation très extensive de la notion des conditions d'ouverture puisqu'elle y fait entrer, outre les conditions préalables pour l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et les règles qui désignent les personnes qui ont l'obligation de demander l'ouverture de cette procédure, les conséquences d'une violation de cette obligation. Bien que critiquée en doctrine¹⁷⁴, cette interprétation extensive est pourtant, à mon avis, la seule possible. En effet, elle permet d'éviter la rupture entre les règles applicables aux conditions d'ouverture et celles applicables à la sanction de leur manquement. Il est indéniable que la règle qui désigne les personnes qui peuvent demander l'ouverture d'une procédure collective est soumise à la *lex concursus*. La règle qui en fait une obligation pour le débiteur,

¹⁷² *BT-Drs.* 16/6140, p. 47.

¹⁷³ Règl. (UE) n° 2015/848, art. 7.

¹⁷⁴ F. Jault-Seseke et D. Robine, « Action en remboursement à l'encontre du dirigeant d'une société étrangère en situation d'insolvabilité : la *lex concursus* est applicable », *BJS* 2016, n° 3, p. 152.

lorsqu'il est en état de cessation des paiements y est donc également naturellement soumise, et elle fait d'ailleurs généralement partie du même corps de règle¹⁷⁵. La sanction à cette obligation ne peut dès lors être soumise à une autre loi que la *lex fori concursus*, en tout cas à chaque fois qu'une procédure collective aura été effectivement ouverte. Soumettre celle-ci à une autre catégorie de rattachement, par exemple au droit des sociétés, susciterait des difficultés potentiellement insurmontables à chaque fois que la *lex societatis* applicable au débiteur ne sera pas identique à la *lex fori concursus*.

La Cour de justice énonce également que l'action du praticien de l'insolvabilité au titre de l'article 64 § 2 *GmbHG* entre également dans le champ de la *lex fori concursus* en tant qu'action révocatoire des actes préjudiciables à l'ensemble des créanciers¹⁷⁶. La Cour fait ici un raisonnement par analogie. L'action en cause n'est, en effet, pas une action révocatoire, puisqu'elle ne vise pas à remettre en cause les paiements faits par le dirigeant, mais à le condamner à les rembourser. Cependant, la sanction de l'article 64 § 2 partage avec les actions révocatoires le même objectif : remédier à la diminution des actifs de la société entre la cessation des paiements et l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. En outre, tout paiement fait par un gérant alors que la société est en état d'insolvabilité est bien préjudiciable à l'ensemble des créanciers. La solution a fait l'objet de nombreuses critiques par une partie de la doctrine française¹⁷⁷. Il lui est principalement reproché de créer une différence de droit applicable selon que l'action est engagée alors que le débiteur est en procédure collective (elle relève alors de la *lex fori concursus*) ou non (elle relève alors de la *lex societatis*) et donc de créer une imprévisibilité pour le dirigeant d'une société étrangère établie en Allemagne, qui ne saurait pas s'il encourt ou non la sanction prévue par l'article 64 § 2. Ainsi, en l'espèce, si la société n'avait pas été en procédure collective, l'action contre la dirigeante n'aurait pu être fondée sur l'article 64 § 2 *GmbHG* puisque la *lex societatis* est la loi de l'État membre où la société est immatriculée, c'est-à-dire la loi anglaise. Il semble cependant que la difficulté ne soit pas insurmontable. En effet, le dirigeant d'une société *offshore* en procédure collective, encourt les sanctions prévues par la *lex fori concursus*, à savoir celle de

¹⁷⁵ Cf. *supra* : si ce n'était pas le cas en droit allemand au moment des faits, tel est le cas à présent, la règle de l'article 64 § 1 *GmbHG* ayant été déplacée dans l'*InsO*.

¹⁷⁶ Règl. (CE) n° 1346/2000, art. 4 § 2 m) ; Règl. (UE) n° 2015/848, art. 7 § 2 m).

¹⁷⁷ F. Jault-Seseke et D. Robine, « Action en remboursement à l'encontre du dirigeant d'une société étrangère en situation d'insolvabilité : la *lex concursus* est applicable », *BJS* 2016, n° 3, p. 152, précité.

l'État dans lequel sa société a le centre de ses intérêts principaux. Ce n'est que lorsque cette société ne fait pas l'objet d'une procédure d'insolvabilité qu'il pourra essayer de se retrancher derrière la *lex societatis* du lieu du siège statutaire. Or, dans cette hypothèse – et c'est là l'apport le plus intéressant de l'arrêt *Kornhaas* – la liberté d'établissement d'une société ne permet pas au dirigeant d'éviter la sanction prévue par la loi du siège réel de la société.

Afin d'essayer d'échapper à la sanction de l'article 64 § 2, la dirigeante de la société *Kornhaas* invoque la liberté d'établissement et la jurisprudence libérale de la Cour de justice de l'Union européenne¹⁷⁸ qui autorise – au nom de cette liberté d'établissement – les fondateurs à constituer leur société dans un État membre (à la législation avantageuse) tout en plaçant le siège réel de leur société dans un autre État membre. Le *law shopping* est donc autorisé en droit des sociétés. Ainsi, en l'espèce, la société avait été immatriculée en Angleterre, alors même qu'elle était dirigée en Allemagne où était déployé l'essentiel de l'activité, *via* une succursale. Selon la dirigeante, l'action en responsabilité du syndic dirigée contre elle était contraire à la liberté d'établissement, car fondée sur le droit allemand, alors que la société était soumise au droit anglais. La Cour de Justice rejeta cette argumentation en décidant que « les articles 49 et 54 TFUE ne s'opposent pas à l'application d'une disposition nationale telle que l'article 64 § 2 GmbHG au dirigeant d'une société de droit anglais faisant l'objet d'une procédure d'insolvabilité ouverte en Allemagne ». Cette solution est logique, la liberté d'établissement d'une société ne doit pas permettre de faire obstacle à l'application de la *lex fori concursus*, il en va de la protection des créanciers et des intérêts locaux. Une telle motivation aurait été suffisante et parfaitement légitime. Pourtant, la Cour de justice saisit l'occasion de cette affaire pour venir poser une limite bienvenue à sa jurisprudence sur la liberté d'établissement et au *law shopping* qu'elle engendre. Elle précise, en effet, que la règle de l'article 64 § 2 GmbHG ne concernant « aucunement la constitution d'une société dans un État membre donné, ni son établissement ultérieur dans un autre État membre », elle n'affecte pas la liberté d'établissement. Ainsi, elle laisse entendre que si les arrêts *Centros*, *Uberseering* et *Inspire Art* refusaient l'application de la loi du lieu du siège

¹⁷⁸ CJCE, « *Centros* », 9 mars 1999, *BJS* 1999, p. 705, note J-P. Dom ; *D.* 1999, p. 550, note M. Menjucq ; *JCP E.* 1999, 1285, obs. Y. Reinhard ; *JDI* 2000, p. 484, obs. M. Luby – CJUE, « *Uberseering* », 5 nov. 2002, aff. C-208/00, *JCP E.* 2003, n° 448, note M. Menjucq ; *Rev. Stés.* 2003, p. 315, note J-P. Dom ; *BJS* 2003, p. 452, note M. Luby – CJUE, « *Inspire Art* », 30 sept. 2003, C-167/01, *JCP G* 2004, II, 10002, note M. Luby ; *D.* 2004, p. 491, note E. Pataut ; *JCP E.* 2004, 252, note V. Magnier ; *JDI* 2004, p. 917, note M. Menjucq.

réel à la société, ce n'est que dans la mesure où cette loi venait entraver la constitution, la reconnaissance ou la capacité juridique de la société dans l'État membre du siège réel de la société. En revanche, l'application de la loi du siège réel à d'autres questions, si elles n'entravent pas la liberté d'établissement de la société, serait donc possible, par exemple au titre de loi de police. L'arrêt *Kornhaas* est, à cet égard, très important en ce qu'il permet de limiter le *law shopping* en matière de droit des sociétés.

D'un point de vue collectif, le sort des créanciers est lié à l'efficacité des moyens offerts par le droit des entreprises en difficulté. En revanche, d'un point de vue individuel, le meilleur moyen pour un créancier de se prémunir contre l'insolvabilité de son débiteur est d'avoir pris des sûretés au moment de la conclusion du contrat.

3. Les sûretés

La question des sûretés est intrinsèquement liée au droit des entreprises en difficulté. C'est pourquoi c'est une matière qui m'intéresse particulièrement. On mesure, en effet, l'efficacité d'une sûreté à sa résistance en cas de procédure collective du débiteur. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si la loi PACTE, qui autorise le gouvernement à réformer le droit des sûretés par voie d'ordonnance, prévoit expressément que cette réforme devra articuler le droit des sûretés avec le livre VI du code de commerce¹⁷⁹.

C'est toujours à travers la recherche de l'efficacité que j'ai étudié le droit des sûretés, mais sans le mettre en relation avec les procédures collectives. Ainsi, j'ai étudié l'efficacité des sûretés en droit international privé et l'efficacité de l'agent des sûretés en droit français.

a. Les sûretés en droit international privé

En 2012, j'ai participé à un colloque à la faculté de droit de Dijon dont l'objet était de comparer les avantages respectifs des sûretés personnelles et des sûretés réelles. C'est dans ce cadre que je me suis intéressée aux sûretés en droit international privé¹⁸⁰.

¹⁷⁹ L. PACTE, précitée, art. 60.

¹⁸⁰ P. Nabet, « Les sûretés en droit international privé », *JCP N* 2012, n° 40, 1341 in dossier spécial : « sûretés personnelles,

Les sûretés ont un rôle fondamental dans le commerce international. Du fait de l'ampleur des sommes engagées, et des risques liés au franchissement de frontières, les sûretés sont utilisées non seulement pour assurer le paiement de l'opération, mais également pour garantir la bonne exécution du contrat. Le problème est que les droits des sûretés à travers le monde sont très hétérogènes. Si la grande majorité, sinon tous les droits connaissent à la fois des sûretés personnelles et des sûretés réelles, les systèmes juridiques ne connaissent pas les mêmes sûretés et, pour les sûretés qui existent dans différents systèmes, leur régime n'est pas identique d'un État à l'autre.

L'efficacité totale des sûretés en droit international ne peut être assurée que par l'élaboration de règles matérielles universelles. C'est pourquoi certaines organisations internationales cherchent à unifier certaines garanties. Ainsi, peut-on citer par exemple la Convention Unidroit de 2001 relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles¹⁸¹ ; la Convention Unidroit sur le crédit-bail international¹⁸² ; la Convention Unidroit sur l'affacturage international¹⁸³ ou le guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties. Du point de vue européen, il est également possible de mentionner la Directive collatérale concernant les contrats de garantie financière¹⁸⁴.

En dehors du champ d'application de ce droit mou, seul à même de garantir l'efficacité des sûretés internationales, les opérateurs doivent avoir recours aux sûretés de droit interne. Or, l'absence d'harmonisation crée un risque important pour le bénéficiaire de la sûreté car celle-ci, constituée dans un État, peut ne pas être reconnue dans un autre. Le choix de la sûreté, mais aussi de la loi applicable à celle-ci, doivent donc être effectués avec encore plus d'acuité qu'en droit interne. En vertu du Règlement Rome 1, la loi applicable au contrat de sûreté est la loi d'autonomie, c'est-à-dire la loi choisie par les parties,¹⁸⁵ et ce, quel que soit le type de sûreté. Cependant, le champ d'application de la loi ainsi choisie sera beaucoup plus important pour les sûretés personnelles que pour les sûretés réelles. En effet, en matière de sûreté réelle, il faut distinguer le droit réel lui-même du contrat dont il est

sûretés réelles, lesquelles choisir ? », dir. V. Bonnet (annexe 9).

¹⁸¹ Convention du Cap du 16 nov. 2001, relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Unidroit).

¹⁸² Convention d'Ottawa du 28 mai 1988, sur le crédit-bail international (Unidroit).

¹⁸³ Convention d'Ottawa du 28 mai 1988, sur l'affacturage international (Unidroit)

¹⁸⁴ Directive 2002/447/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière, JOCE n° L 168 du 27 juin 2002, p. 43.

¹⁸⁵ Règl. Rome I, art. 3 § 1.

issu¹⁸⁶. La loi du contrat est alors d'application marginale, puisqu'elle n'a vocation qu'à régir les rapports personnels entre les parties. Les effets de la sûreté réelle seront, eux, déterminés par la *lex rei sitae*, c'est-à-dire la loi du lieu de situation du bien grevé. Ce rattachement est sûr et efficace s'agissant de sûreté immobilière, même si le caractère strictement territorial de la publicité est regrettable. Ainsi, concernant l'hypothèque, les droits du créancier bénéficiaire et leur opposabilité aux tiers sont régis par la loi du lieu de situation de l'immeuble. En outre, il faut relever qu'en vertu de l'article 2417 du Code civil, les notaires bénéficient d'un monopole quasi-absolu pour rédiger l'acte constitutif des hypothèques portant sur des immeubles situés en France. Le rattachement de la sûreté réelle à la loi du lieu de situation du bien est, en revanche, beaucoup moins prévisible pour le créancier lorsque la sûreté porte sur un meuble, susceptible, par là même, d'être déplacé d'un État à l'autre. La solution de ce conflit mobile sera alors tranchée par le juge saisi, ce qui est toujours source d'insécurité. La jurisprudence française semble opter pour la loi de lieu de la situation actuelle du bien¹⁸⁷.

S'agissant des sûretés personnelles, dont le cautionnement est la forme la plus typique, le Règlement Rome 1 prévoit que la loi applicable au contrat, si elle n'a pas été choisie par les parties, est la loi du lieu où réside le débiteur de la prestation caractéristique, en l'occurrence, la loi du pays où réside le garant¹⁸⁸. Il n'en sera autrement que s'il apparaît que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec une autre loi, en l'occurrence, celle de l'obligation garantie¹⁸⁹. Si la loi applicable au contrat jouit d'une compétence générale, elle n'est pas absolue. Ainsi, la question de la capacité du garant pour souscrire cet engagement est réglée par la loi nationale de celle-ci. De même, la question parfois délicate des pouvoirs du

¹⁸⁶ Cf. J.-M. Jacquet, Ph. Delebecque, S. Corneloup, *Droit du commerce international*, Précis Dalloz, 2010, Paris, 2e édition, § 804.

¹⁸⁷ Cass. 1re civ., 8 juill. 1969, « DIAC », JCP G 1970, II, 16182, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 1970, p. 916, note J. Derruppé – Cass. 1re civ., 3 mai 1973 : *RcDIP* 1974, p. 100, note E. Mezger ; *JDI* 1975, p. 74, note Ph. Fouchard.

¹⁸⁸ J. Falin, « La détermination de la loi applicable aux sûretés personnelles depuis le Règlement « Rome 1 » », *Dr. et pat.* juin 2009, p. 46.

¹⁸⁹ Sous l'empire de la Convention de Rome, la jurisprudence et la doctrine étaient partagées sur le point de savoir si le caractère accessoire du cautionnement justifiait la mise à l'écart systématique de la loi de la résidence habituelle de la caution au profit de la loi de l'obligation principale avec lesquelles le cautionnement entretiendrait naturellement « les liens les plus étroits » : Cf. en faveur de la loi de la résidence habituelle de la caution : Cass. com. 8 mars 2011, n°09-11.751, *JDI* 2011, n°3, p. 579, note J. Morel-Maroger ; *Droit et pat.* 2011, n° 209, p. 89, chron. M.-E. Ancel ; *Rev. dr. banc. et fin.* 2011, n° 3, p. 55, note D. Legeais. Cf. en faveur de l'application de l'obligation principale : Cass. civ. 1^{ère} 12 oct. 2011, n° 10-19.517, *L'essentiel Droit bancaire*, 01 déc. 2011, n° 11, p. 5, note M. Mignot ; *Gaz. Pal.* 06 janv. 2012, n° 6-7, p. 46, A. Devers. Le Règlement Rome 1 imposant un caractère restrictif au recours à la clause d'exception, devrait dorénavant conduire – sauf circonstances particulières de la cause – à l'application générale de la loi de la résidence de la caution.

dirigeant pour souscrire la garantie au nom de sa société est réglée par la *lex societatis*.

Si la détermination de la loi applicable au contrat et du domaine de celle-ci peuvent être circonscrits, d'autres difficultés surgissent au moment de la réalisation de la sûreté, dès lors que la sûreté doit être mise en œuvre dans un autre État que celui de la loi à laquelle elle est soumise. Tout d'abord, des lois de police vont parfois réclamer leur application, particulièrement pour les sûretés personnelles. Dans mon article de 2012, j'écrivais que les règles protectrices de la caution, comme l'article 2293 du Code civil sur l'information annuelle ou les articles L. 331-1 et L. 331-2 du Code de la consommation sur la mention manuscrite, devaient être des lois de police¹⁹⁰. La Cour de cassation a cependant jugé en sens inverse dans un arrêt du 16 septembre 2015. Dans cet arrêt, elle décide en effet que « ni l'article 1326 du code civil, qui fait obligation à la partie qui s'engage seule envers une autre à lui payer une somme d'argent de porter sur le titre constatant cet engagement sa signature ainsi qu'une mention écrite par elle-même de la somme en toutes lettres et en chiffres, ni les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation [devenus les articles L. 331-1 et L. 331-2 depuis l'Ordonnance de 2016], lesquels imposent à la personne physique qui se porte caution envers un créancier professionnel de faire précéder sa signature d'une mention manuscrite (...) ne sont des lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays au point de régir impérativement la situation, quelle que soit la loi applicable, et de constituer une loi de police »¹⁹¹. Les autres dispositions relatives au cautionnement, telles que l'article L. 341-4 du Code de la consommation sur le cautionnement disproportionné, ne devraient, dès lors, pas non plus être qualifiées de lois de police. Toutefois, cette solution ne vaut qu'en droit français et n'empêche pas que les juridictions d'autres États puissent qualifier les dispositions protectrices des cautions de lois de police.

Un autre risque pour l'efficacité transfrontalière des sûretés est celui de la non-reconnaissance pure et simple de la sûreté étrangère par le juge. Concernant ce point précis, les sûretés personnelles semblent mieux loties que les sûretés réelles, en tout

¹⁹⁰ En ce sens, Cf. M. Attal, « Les incidences internationales de la réforme du droit français des sûretés réelles », *D.* 2006, p. 1738 et M.-C. Lambertye-Autrand, « Sûretés mobilières », *Rép. internat. Dalloz*, août 2008, § 20.

¹⁹¹ Cass. 1^{re} civ., 16 sept. 2015, n° 14-10.373 : *RcDIP 2016*, n° 1, p. 132, note D. Bureau et H. Muir Watt ; *JDI* 2016, 11, note F.-X. Morisset ; *Dr. et pat.* 2015, n° 253, p. 74, note M.-E. Ancel ; *RTD com.* 2016, n° 3, p. 590, note Ph. Delebecque ; *JCP E* 2016, n° 11, p. 35, note G. Bourdeaux ; *Revue des contrats* 2016/1, p. 129, note F. Marchadier ; *D.* 2015, n° 40, p. 2356, note L. Abadie et J. Lasserre Capdeville.

cas lorsqu'une sûreté étrangère doit être réalisée en France. En effet, pendant des décennies la Cour de cassation a refusé de reconnaître les sûretés réelles étrangères constituées sans dépossession, considérant celles-ci comme incompatibles avec les principes fondamentaux de l'ordre juridique français¹⁹². La réforme des sûretés de 2006, qui a consacré, en droit français, la validité du gage sans dépossession devrait assouplir l'hostilité de principe de la Cour de cassation aux sûretés réelles sans dépossession étrangères¹⁹³. Reste que cette consécration ne suffit pas, à elle seule, à garantir au créancier l'efficacité de sa sûreté réelle étrangère en France, faute, pour celle-ci, d'y avoir été publiée. En effet, le registre spécial des gages sans dépossession¹⁹⁴ créée en application de l'Ordonnance de 2006 n'admet pas, à l'heure actuelle, l'inscription des sûretés constituées sous l'empire d'un droit étranger. Espérons qu'un fichier électronique international (ou à tout le moins européen) existera un jour, à l'instar de celui qui existe pour les sûretés de biens d'équipements mobiles. En attendant, les sûretés mobilières étrangères portant sur un bien situé en France sont inopposables aux créanciers. Les sûretés personnelles, n'ayant pas à être publiées, sont donc, sous cet angle, plus sûres.

En revanche, lorsque le débiteur est en procédure collective, les sûretés réelles sont plus efficaces pour le créancier, si tant est que le bien grevé soit dans un autre État que l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Elles nuisent cependant aux principes fondamentaux des procédures collectives tels que l'égalité des créanciers ou le respect de la discipline collective. Si la procédure a été ouverte dans un État membre de l'Union européenne, l'article 8 du Règlement (UE) n° 2015/848 prévoit que les droits réels des créanciers portant sur un bien du débiteur situé dans un autre État membre que l'État d'ouverture ne sont pas affectés par l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Ainsi, dans cette hypothèse, le créancier peut réaliser sa sûreté sans être soumis à la discipline collective. Lorsque le Règlement insolvabilité n'est pas applicable, la situation est également favorable au créancier titulaire de droits réels portant sur des biens situés en dehors de l'État d'ouverture. En effet, même si l'État d'ouverture déclare, à l'instar de la France, que la procédure collective

¹⁹² V. par exemple : Cass. 1re civ., 8 juill. 1969, « *DIAC* », précité – Cass. 1re civ., 3 mai 1973, précité.

¹⁹³ En ce sens, Cf. M. Attal, « Les incidences internationales de la réforme du droit français des sûretés réelles », *D.* 2006, p. 1738 et M.-C. Lambertye-Autrand, « Sûretés mobilières », *Rép. internat. Dalloz*, août 2008, § 20.

¹⁹⁴ Décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006 pris pour l'application de l'article 2338 du Code civil et relatif à la publicité du gage sans dépossession.

ouverte à l'égard d'un créancier a un effet universel¹⁹⁵, elle ne pourra produire ses effets dans les autres États qu'à condition d'y avoir reçu l'*exequatur*. Tant que cela n'est pas le cas, rien n'empêche le créancier de faire réaliser sa sûreté réelle dans l'État du lieu de situation du bien, en vertu de la *lex rei sitae*.

Ainsi, que le débiteur soit *in bonis* ou en procédure collective, les sûretés traditionnelles soulèvent, en droit international privé commun, de nombreuses difficultés. C'est pourquoi les opérateurs économiques ont mis en place de nouveaux types de sûretés, qui, indépendantes du contrat principal, sont plus adaptées au commerce international. Il s'agit de la garantie autonome et de la lettre d'intention. Elles ont toutes deux fait l'objet d'une consécration législative en droit français. La garantie autonome consacrée en 2006¹⁹⁶ à l'article 2321 al. 1 du Code civil, se définit comme « l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues ». Lorsqu'elle est stipulée à première demande, le garant, généralement une banque s'engage à payer dès que le créancier le lui demande, sans que celui-ci ait à prouver la défaillance du débiteur du contrat principal.

Dans l'ordre international, les avantages de la garantie autonome par rapport au cautionnement sont multiples. Tout d'abord, la garantie étant autonome par rapport au contrat principal, le banquier garant ne pourra opposer aucune exception tirée du contrat de base. Ensuite, la garantie autonome peut être accompagnée d'une contre-garantie, qui va limiter grandement les risques liés au caractère international du contrat pour le créancier bénéficiaire de la garantie. En effet, le garant est généralement une banque située dans l'État du créancier, tandis que le contre-garant est établi dans le même État que le débiteur. Enfin, la garantie autonome peut être stipulée glissante, c'est-à-dire que le montant de la garantie – et donc son coût – diminue au fur et à mesure que le débiteur remplit l'obligation principale.

Les contrats de garantie et de contre-garantie doivent être rédigés de manière très précautionneuse. L'acte de garantie doit nécessairement faire référence au contrat principal, mais cette référence doit être faite de manière prudente. Si les références

¹⁹⁵ Cass. Civ. 1ère, 19 novembre 2002, “*Banque Worms*”, *D.* 2002, p. 3341, obs. A. Lienhard ; *RcDIP* 2003, p. 631, note H. Muir-Watt ; *JCP G* 2002, II, n°10201, concl. J. Sainte Rose, note S. Chaillé de Néré ; *Act. proc. coll.*, 17 janv. 2003, obs. M. Menjucq ; *BJS*, 2003, p. 276, § 59, note E. Garaud ; *D.* 2003, p. 1625, note C. Henry ; *D.* 2003, p. 797, note G. Khairallah ; *Gaz. Pal.*, 26 juin 2003, p. 29, note M.-L. Niboyet ; *JDI* 2003, p. 132, note Ph. Roussel Galle ; *JCP E* 2003, n° 1470, p. 1675, note M. Menjucq ; *LPA*, 20 oct. 2003, p. 7, note C. Legros ; *RcDIP* 2003, p. 631, note H. Muir-Watt.

¹⁹⁶ Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés.

aux modalités du contrat principal sont trop précises et le caractère indépendant de la garantie insuffisamment mis en avant alors l'acte risque d'être requalifié en cautionnement¹⁹⁷.

Les clauses de ce type de contrat sont très complètes, les parties usant de la liberté contractuelle pour réduire les incertitudes liées à la détermination de la loi applicable. En outre, la crise économique mondiale a eu une incidence directe sur les précautions prises pour la rédaction des actes de garantie autonome. Aujourd'hui, les créanciers de telles garanties ne se bornent plus à exiger que le garant soit un établissement bancaire de premier ordre, mais précisent dans l'acte que si la banque garante voit sa note dégradée, le débiteur s'engage à substituer immédiatement le garant décoté par un autre établissement mieux évalué par les agences de notation.

Tout est donc fait pour que la garantie autonome soit très efficace. C'est pourquoi c'est la sûreté qui rencontre aujourd'hui le plus de succès en droit international. Cette primauté est telle que le droit de la commande publique français a retenu la garantie à première demande (qui est une forme de garantie autonome) comme sûreté pouvant – et parfois même devant – être fournie par le titulaire du marché public, à la place de la retenue de garantie¹⁹⁸.

Les garanties autonomes sont intéressantes pour garantir le paiement d'une somme d'argent. En revanche, lorsqu'il s'agit de garantir la bonne exécution d'une prestation, les opérateurs économiques internationaux ont régulièrement recouru à « la lettre d'intention » ou « lettre de garantie ». L'émetteur de la lettre, souvent une société mère, garantit la bonne et complète exécution du contrat par sa filiale et s'engage, le cas échéant, à remplir à sa place ses obligations.

Comme ce fut le cas pour la garantie autonome, le législateur français a consacré la validité des lettres d'intention en droit interne, au détour de l'ordonnance de 2006 sur les sûretés. L'article 2322 du Code civil tel qu'issu de cette ordonnance définit la lettre d'intention comme « l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier ». Contrairement à la garantie autonome, le garant est donc lié par une obligation de faire et non de payer. Elle se résoudra donc en dommages-intérêts en

¹⁹⁷ Sur les critères de distinction entre la garantie autonome et le cautionnement, cf. : M. Bourassin, V. Brémond et M.-N. Jobard-Bachelier, *Droit des sûretés*, Sirey, 5e édition, 2016, § 505 et s.

¹⁹⁸ Article L. 2191-7 de la Commande publique, (ex article 101 du Code des marchés publics).

cas d'inexécution. Cette obligation peut être une obligation de moyen (l'émetteur s'engageant à faire « tout son possible » pour que le débiteur exécute ses obligations) ou de résultat (l'émetteur s'engageant à faire « tout le nécessaire » pour que le débiteur exécute ses engagements). Cette souplesse de la lettre d'intention en fait une garantie très intéressante pour les opérateurs du commerce international.

Ainsi, dans les rapports internationaux, mieux vaut opter pour une sûreté personnelle, mais une sûreté personnelle indépendante de l'obligation principale, et donc particulièrement adaptée aux échanges économiques transfrontaliers.

Le second article que j'ai écrit en droit des sûretés avait également pour objet la recherche de l'efficacité, non plus de la sûreté elle-même, mais d'une personne chargée de constituer, inscrire, gérer et réaliser les sûretés réelles pour le compte de créanciers d'une obligation principale. L'agent des sûretés est une figure que j'avais rencontrée à l'occasion de mon commentaire d'arrêt sur la déclaration de créance. La loi sur la fiducie de 2007 ayant institué cet agent des sûretés en droit français, j'ai eu envie de m'intéresser à son statut juridique.

b. L'agent des sûretés

Quel que soit le domaine d'activité, la concrétisation d'un projet ambitieux nécessite souvent des sommes d'argent considérables. Une banque ne peut prendre le risque de financer seule un projet très important, aussi prometteur soit-il. Elle préfère généralement réunir un "syndicat bancaire", autrement dénommé "*pool* bancaire", *via* un contrat de crédit syndiqué¹⁹⁹. Le principe est simple : la banque, chef de file du *pool*, s'associe avec d'autres banques, chacune prêtant au débiteur une partie plus ou moins importante de la somme totale. L'avantage de ce système est double : permettre au débiteur d'obtenir plus d'argent pour financer son projet et partager les risques entre les banques. De nombreuses sûretés viendront garantir le prêt, lesquelles sont généralement constituées et gérées par une seule personne : l'agent des sûretés. Cependant, jusqu'en 2007, le droit français ne comprenait pas d'instrument juridique particulier permettant à une personne de constituer, gérer et

¹⁹⁹ Cf. sur la notion de syndicat bancaire : Y. Zein, *Les pools bancaires : aspects juridiques*, Economica, 1998.

réaliser des sûretés pour le compte de plusieurs créanciers. Les techniques du mandat, ou de la solidarité active, jusqu'alors utilisées n'étaient pas satisfaisantes.

Cette lacune contraignait les acteurs économiques à soumettre leurs contrats de crédit syndiqué à des droits étrangers connaissant des institutions telles que le *trust* anglo-saxon ou la technique de la *parallel debt*, qui permet la création, au profit de l'agent des sûretés, d'une dette miroir, créée artificiellement, identique en tous points à la dette principale. Si, la Cour de cassation a décidé, dans l'affaire *Belvédère*²⁰⁰, que cette dette parallèle n'est pas contraire à l'ordre public international, et pouvait donc être reconnue en France, elle ne peut pas, pour autant, être constituée sous l'empire du droit français qui ne connaît pas ce mécanisme²⁰¹.

Pour mettre fin à cette délocalisation forcée d'importants contrats de financement²⁰², la loi de 2007 sur la fiducie²⁰³ avait introduit dans le Code civil l'article 2328-1 selon lequel : « Toute sûreté réelle peut être constituée, inscrite, gérée et réalisée pour le compte des créanciers de l'obligation garantie par une personne qu'ils désignent à cette fin dans l'acte qui constate cette obligation ».

Cinq ans après l'entrée en vigueur de cette disposition, cet article unique, comportant une seule phrase, n'avait pas convaincu les banques de soumettre leurs contrats de financement syndiqués au droit français. L'agent des sûretés "à la française" n'avait pas rencontré le succès escompté et les banques françaises continuaient de délaisser notre droit pour les opérations importantes de financement international²⁰⁴. La

²⁰⁰ Cass. com., 13 sept. 2011, « *Belvédère* », n° 10-25.533, *Rev. Proc. Coll.* 2011, nov. 2011, n° 6, comm. 173, note M. Menjucq et Th. Mastrullo ; *Rev. dr. bancaire et fin.* 2011, comm. 201, note D. Legeais ; *Dr. et pat.* 2011, n° 209, p. 95, note M.-E. Ancel ; *BMIS* 2011, n° 12, p. 987, note R. Libchaber ; *JCP E* 2011, n° 38, p. 11 ; *Act. proc. coll.* 2011-17, comm. 259, F. Jault-Seseke et D. Robine ; *Rev. Lamy dr. aff.* 2011, n° 66, p. 19, note F. Jault-Seseke et D. Robine ; *JCP E* 2011, act. 484 ; *JCP N* 2011, act. 753 ; *D.* 2011, p. 2518, obs. L. d'Avout et N. Borga ; *Dict. perm. diff. entr.* 2011, *Bull.* 320, p. 1, obs. Ph. Roussel Galle ; *BJE*, déc. 2011, n° 5, p. 305, note L.-C. Henry et C. Houin-Bressand ; *RTD com.* 2011, p. 801, obs. J.-L. Vallens ; *LEDEN* oct. 2011, p. 1, obs. F.-X. Lucas ; *Gaz. Pal.* 20-21 janv. 2012, p. 12, obs. F. Mélin ; *JCP E* 2011, 1803, R. Dammann et A. Albertini ; *Revue droit bancaire et financier* 2011, n° 6, étude 32, note E. Fiszelson ; *RJDA* 2011, n° 11, p. 827, note J.-P. Rémerly ; *D.* 2011, p. 2272, note A. Lienhard ; *Dr. et Pat.* 2012, n° 213, p. 91, note R. Dammann.

²⁰¹ M. Menjucq et Th. Mastrullo, « Affaire *Belvédère* : qualité de créancier, trust et dette parallèle », *Rev. Proc. coll.* nov. 2011, n° 6, commerce. 173, *in fine* ; Ph. Dupichot, « L'actualité des sûretés vue du *Belvédère* », *Dr. et pat.* 2012, n° 211, p. 76.

²⁰² Cf. Les rapports parlementaires relatifs à la loi sur la fiducie du 21 février 2007.

²⁰³ Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie, *JORF* n° 44, 21 fév. 2007, p. 3052.

²⁰⁴ P. Stoffel-Munck, « Premier bilan de la réforme des sûretés en droit français », *Dr. et pat.* 2012, n° 213, p. 56 ; E. Gentil et J. Delbard, « L'agent des sûretés : pour une modification de l'article 2328-1 du Code civil », *Droit et expertise*, 28 oct. 2009, p. 10 ; J. Bertran de Balanda et A. Sorensen, « La fiducie : un enfer pavé de bonnes intentions ? Essai d'analyse critique de la loi de février 2007 du point de vue des sûretés », *Rev. Lamy droit des affaires* 2007, p. 17 ; R. Dammann et G. Podeur, « La Cour de cassation sauvegarde l'efficacité de la dette parallèle et du *trust* », *Bull. Joly Entreprises en Difficultés*, nov. 2011, n° 5, p. 297.

raison de cet échec résidait sans aucun doute dans l'imprécision de l'article 2328-1 du Code civil qui, s'il a effectivement institué l'agent des sûretés en droit français, l'a cantonné à un rôle trop limité et ne déterminait pas sa nature, ce qui rendait son régime incertain et ne permettait pas de concurrencer le *Security Agent* de droit anglais ou encore l'agent des sûretés OHADA. Heureusement, par une Ordonnance du 4 mai 2017²⁰⁵, le législateur délégué a nettement amélioré le régime de l'agent des sûretés en lui consacrant tout un titre au sein du Code civil²⁰⁶. Ce mémoire est l'occasion de revenir sur l'analyse de la disposition initiale que j'avais faite dans mon article²⁰⁷ et sur les améliorations apportées au statut de l'agent des sûretés par l'Ordonnance de 2017.

L'objectif de la consécration de l'agent des sûretés dans le Code civil était de rendre le droit français attractif pour la conclusion de contrats de syndication bancaire. Or, pour être efficace, l'agent des sûretés doit pouvoir s'occuper de toutes les sûretés et garanties, qu'elles soient réelles ou personnelles, ce qui n'était pas le cas en l'état initial du texte, puisque l'article 2328-1 du Code civil limitait la compétence de l'agent des sûretés aux seules sûretés réelles, ce qui était facteur d'incertitudes. Les causes de cette limitation du rôle de l'agent des sûretés aux sûretés réelles étaient mystérieuses, les rapports parlementaires n'en faisant point état, et rien ne semblant la justifier. Il ne s'agissait pas d'une limite inhérente à la pratique, puisque les crédits syndiqués utilisent tous les types de sûretés existantes et non les seules sûretés réelles. Certes, contrairement aux sûretés réelles, les sûretés personnelles n'ont pas à être publiées, ce qui pouvait peut-être, aux yeux du législateur, justifier l'absence de nécessité d'un agent des sûretés. Cependant, celui-ci est utile même s'agissant des sûretés personnelles, notamment en matière de cautionnement, par exemple pour accomplir l'obligation d'information annuelle des cautions en lieu et place des membres du *pool* bancaire. Cette limitation du rôle de l'agent des sûretés était, en pratique, facteur de complexité. En effet, il pouvait gérer l'ensemble des sûretés réelles des membres du *pool*, alors que ceux-ci restaient seuls compétents pour gérer leurs sûretés personnelles, sauf à donner mandat pour ce faire à l'agent des sûretés. Le cas échéant, il fallait alors dissocier les pouvoirs et le régime propre à l'agent des sûretés, de ceux

²⁰⁵ Ord. n° 2017-748 du 4 mai 2017 relative à l'agent des sûretés, *JORF* n° 0106 du 5 mai 2017, texte n° 91, NOR : JUSC1706282R.

²⁰⁶ C. civ. art. 2488-6 à 2488-12.

²⁰⁷ P. Nabet, « Pour un agent des sûretés efficace en droit français ou comment donner un effet utile à l'article 2328-1 du Code civil », *D.* 2012, n° 29, p. 1901 (annexe 10).

du simple mandataire, agissant au nom et pour le compte des membres du *pool* afin de gérer leurs sûretés personnelles. Cela engendrait des difficultés pratiques inutiles, qu'il aurait été facile d'éviter, en donnant à l'agent des sûretés une compétence élargie à « toute sûreté et garantie ». À cet égard il faut noter que l'acte uniforme OHADA sur les sûretés adopté le 15 décembre 2010²⁰⁸ prévoyait que l'agent des sûretés était compétent pour gérer n'importe quel type de sûreté ou garantie, ce qui le rendait beaucoup plus attractif que l'agent des sûretés français²⁰⁹.

L'Ordonnance de 2017 remédie à cette lacune, puisque l'article 2488-6 du Code civil permet désormais à l'agent des sûretés de prendre, inscrire, gérer ou réaliser « toute sûreté ou garantie ». Il peut donc désormais s'agir non seulement des sûretés réelles, mais également des sûretés personnelles ou plus largement des garanties, c'est-à-dire des mécanismes fondés sur le droit des obligations ou le droit des biens ayant pour effet, non exclusif, de faciliter le recouvrement de sa créance par le créancier²¹⁰ (telles que la délégation, les sûretés négatives ou les engagements de domiciliation)²¹¹.

Si, sous l'empire de la loi de 2007, l'agent des sûretés n'était compétent qu'en ce qui concernait les sûretés réelles, il avait cependant sur celles-ci des pouvoirs très étendus, puisqu'il pouvait les constituer, les inscrire, les gérer et les réaliser, pour le compte des créanciers. Tel est toujours le cas depuis l'Ordonnance de 2017, même si, afin de s'adapter à l'extension à tout type de garanties, l'article 2488-6 du Code civil n'utilise plus le terme de constitution de la sûreté, mais de « prise » de celle-ci.

Lorsque le montant du crédit accordé est tel qu'il a nécessité la réunion d'un *pool* bancaire, le choix des sûretés qui vont le garantir est fondamental. Ce choix n'est évidemment pas effectué par l'agent des sûretés seul, quand bien même celui-ci aurait la participation la plus importante dans le crédit. Les prises de sûretés auront été décidées en amont, au moment de la négociation du crédit en concertation avec les membres du *pool* et le débiteur. L'agent des sûretés, nommé dans l'acte de crédit, est seul compétent pour prendre et – le cas échéant pour inscrire – les sûretés accordées par le débiteur, à l'exclusion de tout autre membre du *pool*. Cela évite ainsi tout risque

²⁰⁸ Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés du 15 décembre 2010, *JO OHADA* du 15 fév. 2011, p. 4.

²⁰⁹ *Ibid.*, art. 5.

²¹⁰ M. Bourassin, V. Brémond et M.-N. Jobard-Bachelier, *Droit des sûretés*, Sirey, 5e édition, 2016, § 9.

²¹¹ D. Legeais, « Un nouveau droit pour l'agent des sûretés : une bonne nouvelle pour les notaires », *JCP N* 2017, n° 41, act. 863.

de prise de sûretés concurrentes. L'agent des sûretés est garant de la validité et de l'efficacité des sûretés qu'il prend. Ainsi, s'agissant par exemple de la constitution d'un gage, l'agent des sûretés signe avec le débiteur l'écrit contenant la désignation de la dette garantie, ainsi que celle du bien objet du gage. Si le gage ainsi constitué est un gage traditionnel (c'est-à-dire avec dépossession), l'agent des sûretés saisit le bien gagé entre les mains du constituant et est chargé de sa conservation. Il peut également, si le débiteur est d'accord, décider de l'*entiercement* de la chose, c'est-à-dire qu'il peut décider de confier le bien gagé à un tiers, afin que celui-ci le conserve en son nom²¹² et pour le compte des créanciers. Cela lui permet de se décharger de sa responsabilité civile en cas de perte du bien grevé. Si le gage est constitué sans dépossession, il appartient à l'agent des sûretés de le rendre opposable aux tiers en procédant à son inscription sur le registre spécial. S'il n'y procède pas ou s'il y procède tardivement et que celle-ci perd son rang, il engage sa responsabilité envers les créanciers.

Une fois les sûretés prises et inscrites si nécessaire, l'agent des sûretés est chargé de les gérer et, en cas de non-paiement du débiteur, de les réaliser.

La gestion des sûretés consiste essentiellement, pour l'agent, à vérifier que les sûretés qu'il a prises restent efficaces. Il doit ainsi procéder notamment au renouvellement des inscriptions avant que celles-ci n'arrivent à échéance afin qu'elles ne perdent pas leur rang. S'agissant de cautionnements, il doit procéder à l'information annuelle des cautions. Il doit également pouvoir agir en justice afin de préserver les sûretés qu'il a constituées au profit du *pool* bancaire et déclarer les créances en cas de procédure collective du débiteur. J'écrivais à l'époque que son seul statut d'agent des sûretés devait lui permettre d'y procéder sans avoir à demander aux membres du *pool* bancaire un mandat exprès d'ester en justice, mais qu'en l'absence de consécration législative en ce sens, mieux valait sans doute être prudent et prévoir un mandat des membres du *pool* bancaire autorisant l'agent des sûretés à agir en justice afin d'engager toute action nécessaire à l'exercice de sa mission ou déclarer les créances. Cette précaution n'est désormais plus nécessaire puisque l'article 2488-9 du Code civil, tel qu'issu de l'Ordonnance de 2017 dispose expressément que « l'agent des sûretés peut, sans avoir à justifier d'un mandat spécial, exercer toute action pour

²¹² Cf. *Infra*.

défendre les intérêts des créanciers de l'obligation garantie et procéder à toute déclaration de créance ».

En cas de défaut de paiement du débiteur, l'agent des sûretés consulte les membres du *pool* pour savoir s'il convient ou non de procéder à la réalisation des sûretés réelles ou d'actionner les garanties personnelles. Si celle-ci est votée, il réalise les sûretés, généralement en recourant à la vente forcée des biens grevés ou met en demeure le garant de payer.

Si la sûreté réelle est réalisée par voie d'attribution judiciaire ou conventionnelle du bien grevé, l'agent des sûretés doit réunir les membres du *pool* afin qu'ils décident du sort à donner au bien. Il répartit ensuite l'argent entre les créanciers bénéficiaires, au *prorata* des droits de chacun.

L'ancien article 2328-1 du Code civil ne déterminait pas à quel titre l'agent devait accomplir sa mission. Tout juste indiquait-t-il que l'agent des sûretés agissait « pour le compte des créanciers ». En revanche, le texte ne précisait pas la nature de l'agent des sûretés, laquelle restait donc incertaine. Le législateur de 2007 avait sans doute voulu laisser plus de latitude à la pratique bancaire. Cependant, loin d'apprécier cette liberté, les praticiens se détournèrent de l'institution proposée par l'article 2328-1 du Code civil, faute de connaître le régime juridique auquel devait être soumis l'agent des sûretés français. Leur erreur était peut-être de chercher à faire entrer absolument l'agent des sûretés dans une des qualifications traditionnelles du pouvoir d'agir pour autrui, à savoir le contrat de mandat ou de commissionnaire. Pourtant, ces deux régimes classiques de représentation me paraissaient inadaptés à l'agent des sûretés et il m'avait semblé que c'était justement pour pallier cette inadaptation que le législateur de 2007 avait consacré un article particulier à l'agent des sûretés.

En droit anglais, le *Security Agent* est un *trustee*²¹³, c'est-à-dire un fiduciaire. Avant la loi de 2007, le droit français ne connaissant pas d'équivalent à cette institution, les praticiens utilisaient généralement la technique du mandat pour remplir les fonctions d'agent des sûretés. Le contrat de mandat, soumis aux articles 1984 et suivants du Code civil, devait donc déterminer précisément les pouvoirs du mandataire. Considéré comme un mandat d'intérêt commun – le mandataire étant souvent une

²¹³ A-M. Toledo-Wolfsohn, « Le *trust* et la gestion des sûretés », *Rev. Lamy droit civ.* 2006, p. 25.

des banques créancières – le mandat était généralement stipulé exclusif et irrévocable. Ainsi, seul le mandataire avait le pouvoir de réaliser les sûretés, ce qui évitait qu'une des banques créancières ne poursuive individuellement la réalisation d'une sûreté consentie à l'ensemble des membres du *pool*. Il faut relever ici, en effet, que le *pool* bancaire n'ayant pas la personnalité morale, il ne peut conclure d'acte juridique et ne peut donc avoir la qualité de mandant. C'est donc chacun des créanciers membres du *pool* qui avait cette qualité. C'était précisément la raison pour laquelle le recours à la technique du mandat était inadapté au crédit syndiqué. En effet, le mandataire agissant "au nom et pour le compte" des mandants, chacune des sûretés prises par ledit mandataire devait l'être au nom de chacune des banques membres du syndicat, et c'est également en leurs noms qu'elles devaient être inscrites. Or, dans un contrat de syndication bancaire, les membres du *pool* varient souvent dans le temps, *via* des cessions de créances d'une banque à une autre. Les sûretés étant prises et inscrites par le mandataire au nom de chaque banque, il fallait signifier la cession de créance au débiteur et procéder aux inscriptions modificatives des sûretés réelles soumises à publicité. Il convenait d'effectuer cela à chaque cession de participation. Les cessions pouvant être fréquentes, cela pouvait se révéler très lourd pour l'agent des sûretés mandataire chargé d'effectuer les modifications. Cela représentait en outre un risque pour le cessionnaire (si ces formalités n'étaient pas accomplies), et un coût plus ou moins important selon la nature des sûretés cédées²¹⁴. Il était exclu de soumettre l'agent des sûretés à de telles contraintes et d'imposer de tels risques et surcoût aux membres du *pool* bancaire. Le seul moyen de donner plein effet à l'article 2328-1 du Code civil était de permettre à l'agent des sûretés d'accomplir toutes les opérations afférentes aux sûretés en son nom personnel, afin que les changements de créanciers membres du *pool* n'aient pas d'incidence sur les sûretés. La technique du mandat ne permettant pas à l'agent des sûretés d'agir en son nom propre, il était possible de considérer l'agent des sûretés comme étant un commissionnaire. Toutefois, cette qualification, si elle ne soulevait pas de difficulté dirimante, n'était pas non plus exempte de toute critique.

Selon l'article L. 132-1, alinéa 1 du Code de commerce, « Le commissionnaire est celui qui agit en son propre nom ou sous un nom social pour le compte d'un commettant ». L'alinéa 2 de ce texte prévoit que les droits et devoirs du commissionnaire sont régis

²¹⁴ Cf. P. Larroumet et J.-L. Michaud, « La cotitularité des sûretés », *Droit et pat.* 2008, p. 173.

par les articles du Code civil sur le mandataire. Considérer l'agent des sûretés comme étant le commissionnaire des créanciers membres du *pool* était tentant à au moins deux égards. Le premier intérêt consistait dans ce que le commissionnaire agissant en son nom propre, les cessions de participations effectuées par les créanciers pouvaient avoir lieu sans qu'aucune modification n'ait à être accomplie, ces derniers n'étant pas nommés dans les actes constitutifs des sûretés, ni dans les inscriptions. L'agent des sûretés agissait alors non seulement pour le compte des créanciers initiaux, mais également pour le compte de leurs cessionnaires, à qui les sûretés étaient cédées par voie d'accessoire. Et c'était là le deuxième intérêt qu'il pouvait y avoir à qualifier l'agent des sûretés de commissionnaire : le propriétaire de la sûreté est le commettant est non le commissionnaire.

En effet, le commissionnaire n'étant qu'un représentant intermédiaire, la sûreté réelle constituée appartient directement au commettant, sans passer par le patrimoine du commissionnaire. L'intermédiaire ne reçoit pas la propriété de la sûreté²¹⁵. Certains auteurs ont fait remarquer, à juste titre, que ce régime était particulièrement sécurisant pour les créanciers commettants au cas où une procédure collective était ouverte à l'encontre de l'agent des sûretés, notamment concernant les sûretés constituées avec droit de rétention prises par l'agent commissionnaire²¹⁶. Dans l'hypothèse – somme toute exceptionnelle²¹⁷ – où l'agent des sûretés aurait fait faillite, les créanciers commettants auraient pu revendiquer les biens retenus entre les mains de l'agent. Cependant, qualifier l'agent des sûretés de commissionnaire n'était pas entièrement satisfaisant. Outre que cela s'éloignait de l'esprit de l'article 2328-1 du Code civil (le législateur ayant voulu éviter de soumettre l'agent des sûretés à un régime préexistant de simple représentant²¹⁸), la qualification de commissionnaire²¹⁹ soulevait quelques difficultés. Pour bien les comprendre, il convient de se pencher sur le mécanisme des contrats syndiqués. Dans ce type de contrats, les sûretés ne sont pas prises individuellement par chacun des créanciers membres du *pool*, pas plus qu'elles ne sont réparties entre ses membres. Le contrat de crédit prévoit généralement que chacune des sûretés garantit le paiement de toutes

²¹⁵ M.-P. Dumont-Lefrand, « Contrat de commission – régime », *J-Cl. Commercial*, fasc. n° 59, spé. § 89.

²¹⁶ J.-F. Adelle, « L'agent des sûretés en droit français : pour une clarification des régimes de l'article 2328-1 du Code civil et de la fiducie de sûretés », précité, spé. § 55.

²¹⁷ L'agent des sûretés étant généralement une banque importante, il est le plus souvent solvable.

²¹⁸ G. Ansoloni et I. Dursun, « L'agent des sûretés : une fiducie spéciale au service de la prise de garantie pour le compte d'un pool bancaire », *JCP E* 2009, n° 27, p. 1671.

²¹⁹ Comme celle, d'ailleurs, de mandataire.

les sommes dues par l'emprunteur au titre du crédit syndiqué²²⁰. Il ne précise pas quel créancier est le bénéficiaire de quelle sûreté ; celles-ci sont consenties de manière globale en garantie du crédit. Si l'agent des sûretés était un commissionnaire, alors chaque membre du *pool* bancaire serait, en tant que commettant, propriétaire indivis de chacune des sûretés réelles prises en son nom par l'agent commissionnaire. Comme toute indivision, celle-ci peut être source de nombreuses difficultés, notamment en cas de désaccord entre les créanciers sur la nécessité de réaliser une sûreté. En outre, le contrat de commission n'est pas adapté à une opération de longue durée telle que celle liée à la gestion des sûretés d'un crédit syndiqué, mais convient mieux à la réalisation d'opérations à exécution instantanée. En effet, le contrat de commission crée une situation apparente différente de la situation réelle. Ainsi, si l'agent des sûretés était qualifié de commissionnaire, il devrait inscrire les sûretés à son nom, alors même qu'il n'en serait pas le titulaire. Or le remboursement du crédit syndiqué par le débiteur peut durer de nombreuses années. Lorsqu'il est stipulé à durée indéterminée, le contrat de commission est toujours révocable, sans que la partie à l'origine de la révocation n'ait à démontrer l'existence d'un motif légitime. En effet, la jurisprudence a toujours refusé d'étendre la théorie du mandat d'intérêt commun au contrat de commission²²¹. Dès lors, en cas de désaccord entre les membres du *pool*, rien n'empêcherait un des commettants de résilier le contrat de commission qui le lie à l'agent des sûretés. Les conséquences de cette résiliation seraient alors complexes, non seulement parce que les sûretés étaient prises et inscrites au nom de l'agent – il faudrait alors procéder à toutes les modifications –, mais aussi parce qu'elles appartenaient toutes en indivision aux membres du *pool*. Or, chaque sûreté réelle étant indivisible²²², chacun des créanciers co-titulaires de la sûreté, même s'il ne détenait qu'une portion de celle-ci, pourrait poursuivre la totalité du bien grevé. Pour éviter d'en arriver à cette éventualité, il convenait de rédiger le contrat de commission à durée déterminée (équivalente à celle de la durée du crédit), renouvelable et de manière très précise, afin de faciliter, si nécessaire, le

²²⁰ Cf. A. Danis-Fatôme, « L'efficacité des sûretés consenties dans le cadre d'opérations de syndication », *LPA*, 5 mai 2004, n° 90, p. 4.

²²¹ Cass. com. 2 mars 1993, *Bull. civ.* IV, n° 90, *JCP G* 1993, II, 22 176, note M. Behar-Touchais ; *Contrats, concurrence, consommation*, juin 1993, 3, obs. Leveneur – Cass. com. 20 fév. 2000, *JCP G* 2000, II, 10355, note E. Cadou.

²²² Cf. Code civ. art. 2349 concernant le gage.

rétablissement de la situation apparente (l'agent des sûretés est le titulaire de celles-ci) à la situation réelle (les titulaires des sûretés sont les membres du *pool*).

S'il semblait donc possible, avec une grande habileté contractuelle, de qualifier l'agent des sûretés de commissionnaire, cela m'apparaissait inadapté. En outre, quel aurait été l'apport de l'article 2328-1 du Code civil si l'agent des sûretés ne devait être, encore, que le commissionnaire des banques ? C'est pourquoi je suggérais dans mon article que l'agent des sûretés devait être considéré comme une institution *sui generis*, proche du fiduciaire, mais à la constitution bien plus souple que le contrat de fiducie.

La fiducie, dont le nom vient du latin *fiducia* qui signifie confiance, semble particulièrement adaptée à la gestion des sûretés par un agent, dans le cadre d'un crédit syndiqué. L'agent des sûretés a été institué par la loi sur la fiducie de 2007. Il ne pouvait, me semblait-il, s'agir d'un hasard. L'agent des sûretés poursuivant le même objectif que la fiducie, il devait procéder du même mécanisme. Concernant l'objectif commun tout d'abord, l'agent des sûretés a, comme la fiducie, été institué afin que les acteurs économiques français ne soient plus contraints de soumettre leurs contrats de crédit syndiqué à des droits étrangers reconnaissant le *trust* anglo-saxon²²³. Sur la similarité du mécanisme ensuite, la lecture de l'article 2011 du Code civil suffit à convaincre. Cet article dispose, en effet, que « la fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires ». Cette définition convient parfaitement à l'opération dans laquelle intervient l'agent des sûretés et ce, même si son champ de compétence dépasse largement le cadre de la fiducie (raison pour laquelle l'article sur l'agent des sûretés n'avait pas été inséré dans le titre du Code civil sur la fiducie, mais dans celui, plus général, sur les sûretés réelles). D'ailleurs, rien ne s'oppose à faire de l'agent des sûretés un fiduciaire *stricto sensu* : un contrat de fiducie pouvait être constitué entre les parties au contrat de crédit syndiqué afin d'assurer la gestion des sûretés. En effet, il résulte de l'article 2011 du Code civil, des sûretés peuvent faire partie d'un patrimoine fiduciaire. Le constituant est le débiteur du crédit et les bénéficiaires en sont les créanciers membres du *pool* bancaire. Il s'agit

²²³ Cf. le rapport de la commission du Sénat sur l'article 16 de la loi sur la fiducie.

alors d'une fiducie-gestion (et non d'une fiducie-sûreté dans laquelle des biens sont transférés dans le patrimoine fiduciaire à titre de garantie) : les sûretés sont transférées dans le patrimoine fiduciaire, et sont gérées par le fiduciaire dans l'intérêt des bénéficiaires. Cependant, le régime de la fiducie tel qu'il découle des articles 2012 et suivants du Code civil est bien trop lourd pour y enfermer l'agent des sûretés. Là encore, cela aurait ôté tout intérêt à l'agent des sûretés. S'il n'y avait pas d'obstacle théorique à y recourir, les règles régissant la fiducie sont bien trop contraignantes pour permettre à l'agent des sûretés de remplir de manière satisfaisante son rôle dans le cadre d'un crédit syndiqué. Il en est ainsi, par exemple, de la règle selon laquelle le contrat de fiducie doit, à peine de nullité, déterminer l'identité des bénéficiaires ou, à défaut, les règles permettant leur désignation²²⁴. Soumettre l'agent des sûretés à une telle obligation était inenvisageable. En effet, comme il l'a été vu, les bénéficiaires des contrats syndiqués varient souvent dans le temps, par voie de cession de participation. Il était impensable, au regard des coûts élevés que cela aurait engendré et de la lourdeur de la sanction (la nullité), d'exiger de l'agent des sûretés qu'il enregistre des avenants au contrat de fiducie auprès des services fiscaux²²⁵ à chaque changement de bénéficiaire²²⁶.

C'était précisément pour éviter de le contraindre au régime strict de la fiducie que le texte sur l'agent des sûretés ne renvoyait pas aux articles 2012 et suivants du Code civil régissant celle-ci. Pourtant, débarrassée de toutes les contraintes techniques, notamment celle de l'enregistrement auprès des services fiscaux, qui n'ont pas lieu d'être s'agissant de gestion de sûretés, la fiducie présente des caractéristiques fondamentales permettant à l'agent des sûretés de remplir son rôle le plus efficacement possible²²⁷. Il relève alors d'une fiducie *sui generis* bénéficiant d'un formalisme allégé, comme le législateur en a déjà consacré plusieurs en droit français, notamment au profit des établissements de crédit²²⁸. Cependant, contrairement aux fiducies spéciales consacrées antérieurement à la loi de 2007, j'affirmais dans mon article que l'agent des sûretés devait conformément à la définition de la fiducie de

²²⁴ C. civ. art. 2018 5°.

²²⁵ Conformément à l'article 2019 du Code civil.

²²⁶ En ce sens, Cf. J. Leavy, « En droit français, l'agent des sûretés n'est pas un fiduciaire », *Banque et droit* 2011, n° 136, p. 11.

²²⁷ Cf. *Infra*.

²²⁸ Cf. La cession Dailly à titre de garantie (Code mon. fin. art. L.313-24) ou encore les garanties des obligations financières (Code mon. fin. art. L. 211-38 et s.).

droit commun, engendrer la création d'un patrimoine d'affectation. C'était, selon moi, le seul moyen pour faire l'agent des sûretés français un acteur économique capable de concurrencer le *Security Trustee* de droit anglais.

Mon article énumère tous les avantages de la qualification de l'agent des sûretés en fiduciaire *sui generis* doté d'un patrimoine d'affectation. Tout d'abord, il agit en son nom propre. Il peut ainsi intervenir non seulement pour les créanciers d'origine, mais également pour tous les créanciers cessionnaires de la créance, entrés dans le *pool* bancaire au cours du prêt, sans qu'il y ait lieu de procéder à une modification des inscriptions. Les droits de chacun des créanciers sur le patrimoine fiduciaire de l'agent des sûretés étant un accessoire de la créance, ceux-ci se transmettaient de plein droit avec la créance principale. Ensuite, l'agent des sûretés fiduciaire agit en son nom, mais au profit des bénéficiaires. Il devient titulaire des sûretés qu'il prend, ce qui évite leur indivision dans le patrimoine des bénéficiaires. En outre, la fiducie, contrairement au mandat ou au contrat de commission, est irrévocable après acceptation par les bénéficiaires, sauf leur commun accord ou décision de justice. C'est, là encore, un gage de sécurité important eu égard au montant des sommes en jeu. De même, l'existence d'un patrimoine fiduciaire distinct du patrimoine personnel de l'agent permet de sauvegarder les droits des bénéficiaires en cas de procédure collective de l'agent des sûretés.

J'étais donc convaincue que l'agent des sûretés devait être un fiduciaire. Cependant, j'écrivais dans mon article qu'en l'absence d'une confirmation légale, il paraissait risqué d'admettre que l'agent des sûretés soit un mécanisme fiduciaire entraînant la création d'un patrimoine d'affectation *ad hoc*. Tout d'abord, l'article 2328-1 du Code civil prévoyait que l'agent des sûretés agissait « pour le compte des créanciers à l'obligation garantie » et non « à leur profit », comme c'est le cas pour la fiducie de l'article 2011 du Code civil. Ensuite, le patrimoine d'affectation est contraire à la règle traditionnelle de l'unité du patrimoine consacrée à l'article 2284 du Code civil, selon lequel : « Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir ». J'affirmais donc que seule la loi pouvait permettre de contourner cette règle en prévoyant la création d'un patrimoine d'affectation et j'appelais de mes vœux que le législateur français le consacre.

Mon souhait a été réalisé par l'Ordonnance de 2017 puisque l'article 2288-6 al. 3 du Code civil dispose que « les droits et biens acquis par l'agent des sûretés dans l'exercice de sa mission forment un patrimoine affecté à celle-ci, distinct de son patrimoine propre ». En outre, si l'Ordonnance ne qualifie pas expressément l'agent des sûretés de fiduciaire, le rapport au Président de la République²²⁹ affirme clairement que : « l'agent des sûretés se voit reconnaître les pouvoirs d'un fiduciaire puisqu'il devient titulaire des sûretés et garanties, qui sont transférées dans un patrimoine d'affectation distinct de son patrimoine propre, qu'il gèrera dans l'intérêt des créanciers bénéficiaires » et que « la logique fiduciaire et le fait que l'agent agisse en son propre nom lui permettent, contrairement au mandataire, d'intervenir non seulement pour les créanciers originaires, mais également au profit des créanciers qui seront entrés dans la composition du « *pool* » postérieurement à sa désignation, sans avoir à renouveler les formalités effectuées notamment pour l'inscription des sûretés, à chaque transfert de créance ». Il retient même que « L'agent de sûretés est toutefois un fiduciaire spécial, soumis à des dispositions spécifiques prévues dans les articles qui suivent. Il n'y a donc pas lieu à application des formalités de la fiducie de droit commun des articles 2011 et suivants du Code civil, qui s'avèreraient excessivement lourdes pour la seule gestion de sûretés ». Ainsi, c'est toute mon analyse qui paraît ici confortée, presque mot pour mot par le législateur délégué.

Avec l'Ordonnance de 2017, le droit français se voit donc doté d'un agent des sûretés qui dispose de tous les outils juridiques pour être efficace. La création d'un patrimoine d'affectation, distinct du patrimoine de l'agent des sûretés a pour conséquence que seuls les titulaires des créances dont les sûretés sont gérées par l'agent pourront saisir les biens et droits acquis par le titulaire dans le cadre de sa mission. Ils seront donc, sauf fraude, protégés des créanciers personnels de l'agent des sûretés, y compris si celui-ci venait à faire l'objet d'une procédure collective²³⁰.

L'Ordonnance améliore également la sécurité juridique et donc l'efficacité de la relation entre l'agent des sûretés et les créanciers qui lui ont confié sa mission. Ainsi, l'article 2488-11 du Code civil précise les conditions du remplacement de l'agent des sûretés. Il dispose qu'en l'absence de clause dans la convention prévoyant les modalités du remplacement de l'agent des sûretés, tout créancier bénéficiaire peut

²²⁹ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-748 du 4 mai 2017 relative à l'agent des sûretés, *JORF* du 5 mai 2017, n° 106, NOR : JUSC1706282P.

²³⁰ C. civ., art. 2488-10.

demander en justice la désignation d'un agent des sûretés provisoire ou le remplacement de l'agent des sûretés en cas de manquement à ses devoirs ou d'ouverture à son encontre d'une procédure collective ou de rétablissement professionnel prévues au livre VI du code de commerce.

Ainsi, désormais, en droit français, le régime de l'agent des sûretés est clarifié et doté des outils nécessaires à l'accomplissement de sa mission de manière efficace.

Les aspects concernant le droit international et les créanciers du débiteur traités, reste à envisager la question du rebond du débiteur afin d'apprécier pleinement l'efficacité du droit des procédures collectives.

B. Le rebond du débiteur

Le droit au rebond du débiteur ou « droit à une seconde chance » vise à permettre à un entrepreneur de prendre un nouveau départ après avoir connu une procédure collective, libéré de ses dettes passées, et sans être stigmatisé. Il trouve son origine dans le droit américain et anglais de la fin du XIXe siècle. Il a cependant fallu attendre la fin du XXe siècle pour que de nombreux États réforment leur droit des entreprises en difficulté et cessent d'exclure purement et simplement le débiteur failli du monde économique²³¹. À partir de cette époque, l'idée se fait jour que le débiteur défaillant n'est pas nécessairement malhonnête ou incapable, mais qu'il a pu simplement être malchanceux ou victime des circonstances économiques. La philosophie du droit des procédures d'insolvabilité change alors progressivement et, aujourd'hui, le paradigme originel, qui traitait le débiteur comme un voyou à ostraciser tend à s'inverser puisque, suivant le modèle américain, l'Union européenne et de nombreux États, conscients qu'un entrepreneur apprend de ses échecs, cherchent à favoriser le droit au rebond du débiteur.

J'ai récemment travaillé en profondeur sur le droit au rebond du débiteur, en droit interne, mais également en droit comparé et européen²³². L'objet de mes recherches

²³¹ On peut citer par exemple, les lois françaises de 1967 et 1985 ; le code de la banqueroute américain de 1978 modifié en 1994, la loi anglaise sur l'insolvabilité de 1986 ou encore le code allemand de l'insolvabilité de 1994.

²³² P. Nabet, « Rebondir de la terre au ciel ? Etude sur le droit au rebond de l'entrepreneur après une liquidation judiciaire », in *De la terre au ciel, Mélanges à la mémoire de Laurence Ravillon*, à paraître, (annexe 11).

étant d'étudier l'efficacité des différentes mesures favorisant le droit à une seconde chance du débiteur.

1. Le droit au rebond en droit français

En France, le rebond du débiteur est une préoccupation du législateur depuis la loi de 1985. Au fil des réformes, de nombreuses autres mesures ont été mises en place afin de favoriser le rebond de l'entrepreneur, qu'il ait fait faillite en son nom personnel ou que ce soit la société qu'il dirigeait qui a été liquidée.

Le législateur français s'efforce de favoriser le droit au rebond du débiteur sur trois plans différents. Tout d'abord grâce à des procédures spécifiques (liquidation judiciaire simplifiée et rétablissement professionnel), ensuite en s'assurant que le débiteur ne soit pas totalement démuné financièrement à l'issue d'une procédure de liquidation judiciaire et enfin, en luttant contre la stigmatisation du débiteur ayant fait l'objet d'une procédure collective.

a. Les procédures françaises favorisant le droit au rebond

Les spécialistes estiment qu'en France près de 40 % des procédures collectives seraient ouvertes à l'encontre de débiteurs « impécunieux », c'est-à-dire des débiteurs dont l'actif déclaré ne permet même pas de couvrir les frais de procédure. La procédure traditionnelle de liquidation judiciaire est à leur encontre particulièrement inadaptée, car inutilement longue et complexe. Or, tant qu'une procédure de liquidation judiciaire est en cours, le rebond du débiteur personne physique est impossible. Déjà parce que celui-ci est dessaisi : il ne peut pas disposer de ses biens et tous ses droits et actions concernant son patrimoine sont exercés par le liquidateur. Ensuite parce que le débiteur personne physique a interdiction d'exercer une quelconque activité indépendante tant que la procédure n'est pas clôturée. Depuis plusieurs années, le législateur français s'efforce d'imaginer des procédures permettant de limiter dans le temps l'impact de la liquidation judiciaire sur le débiteur personne physique. La liquidation judiciaire simplifiée et le rétablissement

professionnel vont dans ce sens²³³. Sans en modifier le fonctionnement général, la loi PACTE²³⁴ favorise l'accès à ces deux procédures²³⁵.

S'agissant, tout d'abord, de la liquidation judiciaire simplifiée, la loi de 2019 en généralise l'ouverture dès lors que le débiteur ne dépasse pas certains seuils. Depuis l'Ordonnance de 2008 coexistaient une procédure de liquidation judiciaire simplifiée obligatoire pour les plus petits débiteurs²³⁶ et une liquidation judiciaire simplifiée facultative ouverte au débiteur qui n'avait pas employé plus de cinq salariés durant les six mois précédents l'ouverture de la procédure, et dont le chiffre d'affaires hors taxes ne dépassait pas 750 000 € à la clôture du dernier exercice comptable. La loi nouvelle et son décret d'application accroissent le champ de la liquidation judiciaire simplifiée en la rendant systématiquement obligatoire en deçà de ces seuils²³⁷. Il n'y a donc plus aujourd'hui qu'une seule liquidation judiciaire simplifiée, toujours obligatoire.

La durée de la procédure n'a pas changé par rapport au droit antérieur, malgré la réécriture de l'article L. 644-5 du Code de commerce. Jusqu'à présent la durée de la procédure de liquidation simplifiée était de six mois pour la version obligatoire et d'un an pour la version facultative. Le texte dispose désormais que la durée de la procédure est de six mois à compter de la décision d'ouverture de la procédure simplifiée, mais que ce délai est porté à un an au-delà de certains seuils. Or, le décret d'application a retenu les seuils de l'ancienne liquidation judiciaire simplifiée obligatoire. La procédure est alors, comme auparavant, d'un an dès lors que le débiteur emploie plus d'un salarié et réalise plus de 300 000 € de chiffre d'affaires hors taxes. Certes, la loi PACTE n'a donc pas pour effet d'accélérer la procédure²³⁸, mais cette solution a le mérite de la rationalité. Pour réaliser une liquidation judiciaire, même simplifiée, dans un laps de temps aussi court, il faut vraiment qu'aucun grain de sable ne vienne bloquer les rouages de la procédure. Exiger que ce délai soit tenu même lorsque l'entreprise emploie plusieurs salariés serait contreproductif.

²³³ Sur ces deux procédures, Cf. P. Nabet, « Le droit au rebond du débiteur : la liquidation judiciaire simplifiée et la nouvelle procédure de rétablissement professionnel », in *Le droit des entreprises en difficulté à l'heure des réformes : regards croisés entre la France, la Tunisie, l'Algérie et le Maroc*, sous la dir. de Ph Roussel Galle, P. Nabet et N. Rachdi, CEJJ, p. 177.

²³⁴ Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite « loi PACTE », précitée.

²³⁵ Cf. P. Nabet, « les entreprises en difficulté dans la loi PACTE », *LPA*, 2020, à paraître, (annexe 12).

²³⁶ Débiteurs dont le chiffre d'affaires hors taxes n'excédait pas 300 000 € à la clôture du dernier exercice comptable et qui n'avait pas employé plus d'un salarié durant les six derniers mois.

²³⁷ C.com. D. 641-20 tel qu'issu du Décret n° 2020-101 du 7 février 2020, art. 10.

²³⁸ V. Martineau-Bourgninaud, « Le rebond du débiteur dans la loi PACTE », *BJE* 2019, n° 4, 117c2, p. 50.

Toujours dans l'objectif de favoriser le rebond du débiteur, la loi PACTE facilite l'accès à la procédure de rétablissement professionnel, sans pour autant en assouplir les conditions d'éligibilité. Ainsi, les conditions d'accès à cette procédure simple et rapide, qui permet l'effacement des dettes du débiteur, sont toujours aussi restrictives. Comment s'y est alors pris le législateur pour favoriser le rétablissement professionnel sans en étendre le champ d'application ? Tout simplement en confiant au tribunal le soin de proposer cette mesure. En effet, faute d'être connue des entrepreneurs individuels, l'ouverture d'une procédure de rétablissement professionnel est rarement demandée. C'est pourquoi la loi nouvelle prévoit qu'en présence d'une demande d'ouverture de liquidation judiciaire, le tribunal saisi doit examiner si les conditions du rétablissement professionnel sont réunies et la proposer à l'entrepreneur individuel.

En outre, en cas de résolution d'un plan de sauvegarde ou de redressement, le tribunal peut désormais proposer au débiteur l'ouverture d'une procédure de rétablissement professionnel comme alternative à la liquidation judiciaire, dès lors, bien entendu, que les conditions de celles-ci sont remplies. Dans tous les cas, le débiteur reste toujours en droit de refuser. La loi PACTE donne ici l'élan nécessaire à l'essor du rétablissement professionnel et, partant, au rebond du débiteur. Il faut relever, en outre, que, même si elle conduit à l'effacement des dettes du débiteur, le rétablissement professionnel ne lèse pas l'intérêt des créanciers. Vu la faiblesse des actifs des débiteurs concernés, la procédure de rétablissement professionnel vise des hypothèses où les créanciers ne récupèreraient rien même si une procédure de liquidation judiciaire était ouverte. Aussi, cette procédure pragmatique permet aux créanciers d'obtenir rapidement le certificat d'irrecouvrabilité qui leur permet d'enregistrer leur perte comptablement.

b. L'aide financière aux débiteurs après une procédure collective

En droit français, sauf exceptions clairement délimitées, « le jugement de clôture de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actifs ne fait pas recouvrer aux créanciers l'exercice individuel de leurs actions contre le débiteur »²³⁹. Ainsi, en principe, le débiteur personne physique est libéré de ses dettes, faute pour ses créanciers de

²³⁹ C.com., art. L. 643-11.

pouvoir le poursuivre en paiement. Le rebond du dirigeant d'une société ayant fait l'objet d'une liquidation judiciaire est également assuré. En effet, s'il était – comme c'est très souvent le cas – caution de certaines dettes de la société qu'il dirigeait, il pourra si nécessaire bénéficier des procédures de surendettement. En effet, il résulte de l'article L. 711-11 al. 3 du Code de la consommation que « l'impossibilité de faire face à un engagement de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société caractérise également une situation de surendettement ». La Cour de cassation a rappelé récemment que cette règle s'appliquait à toutes les cautions personnes physiques, y compris au dirigeant de la société cautionnée²⁴⁰.

De plus, deux mesures permettent à l'entrepreneur de ne pas être totalement démuné financièrement à l'issue de sa liquidation judiciaire. Tout d'abord, l'article L. 132-23 du Code des assurances permet de débloquent par anticipation le capital versé en cas de cessation d'activité non salariée à la suite d'un jugement de liquidation judiciaire. Le chef d'entreprise pourra se servir de ce capital, en franchise de charges sociales et d'impôts sur le revenu, pour prendre un nouveau départ. Cette possibilité est offerte aux entrepreneurs individuels et aux gérants majoritaires. Ensuite, l'article L. 5424-25 du Code du travail, issu de la loi du 5 septembre 2018²⁴¹ ouvre le bénéfice d'une allocation chômage aux travailleurs indépendants ayant cessé leur activité en raison d'une procédure collective.

Cependant, le droit au rebond n'est pas seulement le droit d'être libéré de ses dettes passées. C'est aussi le droit pour un entrepreneur de pouvoir se lancer dans une nouvelle activité sans être stigmatisé.

c. La lutte contre la stigmatisation du débiteur

Si le droit à une seconde chance fait partie depuis toujours de la culture américaine, en France la route est encore longue. Il s'agit, en effet, de faire changer les mentalités.

²⁴⁰ Cass. civ. 2^e, 20 avril 2017, n° 16-15.143, *Rev. proc. coll.* 2017, n°4, p. 17, note S. Gjidara-Decaix – Cass. civ. 2^e, 6 juin 2019, n° 18-16.228, *RLDA* 2019, n° 151, p. 49, note B. Ghandour.

²⁴¹ Loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel.

Pour ce faire, il est indispensable qu'une fois la procédure collective terminée, celle-ci soit effacée des différents registres ou fichiers.

Le décret du 7 décembre 2011²⁴², que j'ai eu l'occasion de commenter brièvement²⁴³, a constitué un pas important en ce sens. Ce décret prévoyait la radiation d'office des mentions relatives à la procédure collective et à l'exécution du plan du registre du commerce et des sociétés. Cette radiation d'office, qui n'existait pas auparavant, devait s'opérer pour les plans de sauvegarde en cours depuis trois ans et pour les plans de redressement, à l'expiration d'un délai de cinq ans. Je m'étonnais à l'époque que la mesure de radiation d'office ne soit prévue que du registre du commerce et des sociétés et non des autres registres tels que, pour les artisans, du Répertoire des métiers ou, en Alsace-Moselle du Répertoire des entreprises. Cette différence de traitement n'ayant absolument aucune justification, il me semblait qu'il ne pouvait s'agir que d'un oubli du législateur. En effet, l'article R. 626-20 al. 2 du Code de commerce, qui prévoit la possibilité pour le débiteur de demander lui-même la radiation des mentions relatives à la procédure collective et à l'exécution du plan de sauvegarde²⁴⁴ permet cette radiation de tout « registre[s] ou répertoire[s] sur lesquels elles ont été portées » et non pas uniquement du registre du commerce et des sociétés. Je pensais que cela serait sans doute corrigé à l'occasion d'un décret ultérieur. Tel n'a pourtant pas été le cas. Ainsi, les artisans pour lesquels un plan de redressement judiciaire est en cours depuis deux ans sont – de manière injustifiée – dans une position nettement plus défavorable que les commerçants dans la même situation. Non seulement ils ne bénéficient pas de la radiation d'office, mais ils ne peuvent pas non plus la demander ! En effet, l'article R. 631-35 du Code de commerce exclut expressément l'application de l'article R. 626-20 al. 2 à la procédure de redressement judiciaire.

Outre ce problème de limitation de la radiation d'office au registre du commerce et des sociétés, cette mesure du décret de 2011 était donc très positive. Elle favorise le rebond du débiteur « qui a montré de sa capacité à se réorganiser »²⁴⁵ puisque,

²⁴² Décret n° 2011-1836 du 7 décembre 2011 relatif aux radiations d'office du registre du commerce et des sociétés en matière de plans de sauvegarde et de redressement, NOR : JUSC1107458D, *JORF* du 9 déc. 2011, p. 20878. F. Pérochon, *BJED*, n° 1/2012, éditorial, p. 1 ; F.-X. Lucas, *LEDEN* 1/2012, p. 1 ; *Dr.sociétés*, févr. 2012, comm. 33, J.-P. Legros ; *Rev.sociétés*, mars 2012, p. 188, comm. Ph. Roussel Galle.

²⁴³ P. Nabet, « Une radiation d'office qui fait plaisir », à propos du décret n° 2011-1836 du 7 décembre 2011 », le bloc-notes du faillitiste, *LPA*, 15 mars 2012, n° 54, p. 6, (annexe 13).

²⁴⁴ Lorsque le plan de sauvegarde est en cours depuis au moins deux ans.

²⁴⁵ Cf. notice du Décret n° 2011-1836, *ibid.*

débarrassé de ces mentions, il peut poursuivre son rétablissement sans craindre que l'existence du plan n'effraie d'éventuels nouveaux partenaires. Le décret du 10 février 2020²⁴⁶ l'a améliorée en unifiant et en raccourcissant le délai au terme duquel les mentions relatives à la procédure collective sont radiées d'office du registre du commerce et des sociétés (et toujours uniquement de ce registre...). Désormais, la radiation a lieu dès lors que le plan de sauvegarde ou de redressement est encore en cours à l'expiration d'un délai de deux ans à compter de son arrêté²⁴⁷. Ce délai unique est une bonne chose. En effet, comme l'avait souligné le Professeur Roussel Galle, le plan de continuation obéissant aux mêmes modalités en sauvegarde et en redressement judiciaire, et le débiteur recouvrant dans les deux cas tous ses droits dès l'adoption du plan, la différence de délai pour la radiation entre les deux n'était pas justifiée. La seule raison pour laquelle le délai pour obtenir la radiation d'office était plus long en redressement qu'en sauvegarde était la volonté du législateur de rendre la sauvegarde plus attrayante²⁴⁸. Or, force est de constater que la prime à la sauvegarde n'est plus, depuis la loi PACTE, une priorité du législateur. En effet, deux mesures de cette loi – concernant respectivement la rémunération du débiteur et la possibilité de proposer le nom d'un administrateur judiciaire – étendent au redressement judiciaire les dispositifs mis en place au départ uniquement en sauvegarde pour inciter les dirigeants à anticiper leurs difficultés²⁴⁹. Ces dispositions ont pu être critiquées comme n'envoyant pas « de bons signaux au débiteur pour l'inciter à utiliser la sauvegarde »²⁵⁰. Elles vont néanmoins dans le sens du rebond du débiteur. En effet, rien n'indique que les mesures incitant le débiteur à recourir à la sauvegarde étaient réellement efficaces (les petits entrepreneurs en avaient-ils seulement connaissance ?) et la priorité du législateur semble aujourd'hui être d'assurer le rebond du débiteur.

Deux autres mesures de la loi PACTE, dans le prolongement du décret de 2011 visent à éviter la stigmatisation du débiteur. D'une part, l'inscription de la liquidation judiciaire du casier du débiteur est supprimée. Cette mention figurait jusqu'alors sur

²⁴⁶ Décret n° 2020-106 du 10 février 2020 relatif à des formalités de publicité légale en matière de droit commercial, NOR : JUSC1925760D, *JORF* du 11 février 2020, texte n° 3.

²⁴⁷ C. com. art. R. 123-135.

²⁴⁸ Pour un exemple de cette prime à l'anticipation, cf. P. Nabet, « Le sort du dirigeant-caution », *Droit des sociétés*, février 2010, n° 2, p. 5.

²⁴⁹ Cf. P. Nabet, « Les entreprises en difficulté dans la loi PACTE », précité, (annexe 12).

²⁵⁰ P. M. Le Corre, « L'incidence de la loi PACTE sur le droit des entreprises en difficulté », *Gaz. Pal.*, 9 juill. 2019, n° 25, 355x9, p. 35.

les bulletins n° 1 et n° 2 accessibles à l'autorité judiciaire et aux administrations publiques durant cinq ans. D'autre part, les chefs d'entreprise ayant fait l'objet d'une procédure collective ne sont plus inéligibles pour être juges au tribunal de commerce. Seuls les débiteurs ayant fait l'objet d'une sanction telle que la responsabilité pour insuffisance d'actif ou de faillite personnelle restent inéligibles. En outre, le législateur français a fait supprimer du fichier bancaire des entreprises (FIBEN), la mention des débiteurs ayant fait l'objet d'une ou de deux procédures de liquidation judiciaire dans les cinq ans²⁵¹. Cette suppression permet aux dirigeants faillis d'obtenir plus facilement un crédit bancaire, s'ils souhaitent créer une nouvelle entreprise.

Grâce à tout cet arsenal, le droit français est un pionnier en Europe pour le rebond du débiteur. Même si la plupart des États reconnaissent aujourd'hui que l'entrepreneur qui a fait l'objet d'une procédure collective devrait avoir le droit à une seconde chance, ils ne l'autorisent souvent qu'après une période de mise à l'épreuve.

2. Le rebond du débiteur en droit comparé

De nos jours, la grande majorité des pays admettent que les débiteurs ayant fait faillite devraient pouvoir bénéficier d'une seconde chance. L'outil alors privilégié pour ce faire est la remise de dettes ou la non-reprise des poursuites individuelles. Toutefois, à part la France, les États-Unis ou les États membres de l'OHADA²⁵², rares sont les États qui prévoient que cette libération est immédiatement octroyée au débiteur à l'issue de la procédure d'insolvabilité, lui assurant – s'il n'a pas fait l'objet d'une interdiction par ailleurs – un véritable droit au rebond tout de suite après la clôture de sa liquidation judiciaire.

Dans la plupart des États, la remise de dettes n'est pas automatique. Elle n'intervient que sous conditions, après une période de « mise à l'épreuve du débiteur », qui peut être plus ou moins longue. Plusieurs explications sont avancées au soutien de cette

²⁵¹ CMF, art. D. 144-12 tels que modifiés par les Décrets n° 2013-799 du 2 septembre 2013 et n° 2018-834 du 1er octobre 2018.

²⁵² D. Takafo-Kenack, « Le jeu de funambule dans la réglementation du rebond en droit OHADA des entreprises en difficulté », *BJE* 2017, n° 1, p. 45.

politique. La première d'entre elles est que ce n'est pas aux créanciers d'assumer l'échec de l'entrepreneur qui a fait faillite et qu'il ne devrait pas exister de « droit à ne pas payer ses dettes ». Le maintien de l'obligation de payer du débiteur après la liquidation permettrait dès lors de « discipliner le comportement financier de ce dernier ». Une autre est liée à une défiance persistante à l'égard de l'entrepreneur failli, c'est l'idée selon laquelle celui qui a fait faillite est nécessairement fautif, si ce n'est par malhonnêteté, au moins par incompétence ou par imprudence.

C'est apparemment la position du Luxembourg. Le droit au rebond du débiteur ne fait pas du tout partie de la culture de cet État membre de l'Union européenne. L'article 586 du Code de commerce, toujours en vigueur, le montre de manière assez symptomatique en disposant que « le failli qui aura intégralement acquitté, en principal, intérêts et frais, toutes les sommes par lui dues, pourra obtenir sa réhabilitation ». Certes, depuis la loi du 8 janvier 2013, l'article 536 du Code de commerce permet au failli qui n'a pas été déclaré banqueroutier²⁵³ « simple » ou « frauduleux » de ne plus être poursuivi par ses créanciers, sauf retour de celui-ci à meilleure fortune dans les sept années qui suivent le jugement de clôture pour insuffisance d'actif. Si cet article est favorable au débiteur en le libérant automatiquement de ses dettes à l'issue de la procédure, il n'ouvre pas pour autant le droit à une seconde chance. En effet, au Luxembourg, un dirigeant de société ou un entrepreneur individuel perd son « honorabilité professionnelle » dès lors qu'il n'a pas réglé toutes les dettes publiques de son entreprise. La conséquence de cette déchéance est la révocation pure et simple de son autorisation d'établissement (et donc de son droit d'exercer le commerce), sauf s'il prouve qu'il a obtenu un arrangement transactionnel avec les créanciers publics fixant un plan de remboursement. Cette sanction est fondée sur les dispositions de la loi du 2 septembre 2011 sur le droit d'établissement, et plus particulièrement, sur ses articles 4 et 6 selon lesquels le dirigeant a l'obligation de « ne pas se soustraire aux charges sociales et fiscales soit en son nom propre, soit par l'intermédiaire d'une société qu'il dirige ou qu'il a dirigé » et qu'il doit « veiller au règlement de toutes les dettes

²⁵³ Au Luxembourg, la banqueroute n'est pas une sanction pénale. Est déclaré d'office banqueroutier « simple », tout commerçant failli qui se trouve dans un des cas mentionnés par l'article 573 du Code de commerce luxembourgeois, parmi lesquels des dépenses personnelles jugées excessives, des dépenses de fortes sommes aux jeux d'argent ou le paiement d'un créancier après la cessation des paiements, au préjudice de la masse. L'article 574 du Code de commerce luxembourgeois prévoit également des cas de banqueroute laissés à l'appréciation du juge, par exemple le défaut de comptabilité ou d'inventaire, ou le retard dans l'aveu de la cessation des paiements.

publiques ». Le fait que cette sanction ne figure pas expressément dans la loi sur l'insolvabilité, mais ne soit que la conséquence d'une obligation générale prévue dans la loi sur le droit d'établissement ne permet pas d'assurer la transparence et la prévisibilité pour le débiteur. Elle empêche également l'entrepreneur failli de prendre véritablement un nouveau départ en se relançant dans une activité commerciale.

En outre, au Luxembourg, la responsabilité fiscale du dirigeant est très aisément et fréquemment engagée²⁵⁴. Cette responsabilité ne peut, en principe, être engagée qu'en cas de faute du dirigeant²⁵⁵. Cependant, l'administration fiscale considère que dès lors que la société débitrice a manqué à une obligation fiscale, notamment au paiement de l'impôt, la faute du dirigeant est nécessairement constituée. De même l'analyse de la jurisprudence administrative luxembourgeoise montre que même si les juges rappellent systématiquement la nécessité d'une faute du dirigeant, ils concluent la plupart du temps à l'existence de cette faute. Ainsi, si les juges administratifs de Luxembourg affirment pour règle que : « dans des circonstances particulières, l'insuffisance de liquidités pour des raisons indépendantes de la volonté des représentants, responsables de la gestion de la société, combinée à des tentatives sérieuses d'apurer les dettes fiscales compte tenu des moyens à la disposition, sont susceptibles d'anéantir le constat d'une violation fautive des obligations d'un dirigeant »²⁵⁶, ils considèrent la plupart du temps que le dirigeant ne rapporte pas la preuve de ces circonstances particulières et le condamne au paiement des dettes fiscales de la société débitrice sur le patrimoine personnel²⁵⁷. Difficile dans ces conditions de prendre un nouveau départ...

En Allemagne, après la clôture de la procédure d'insolvabilité, les créanciers peuvent faire valoir leurs créances résiduelles à l'encontre du débiteur sans restriction puisque la créance ne s'éteint qu'à hauteur du dividende versé. Pour l'exécution de la part de la créance non satisfaite, l'article 201 § 2, du Code allemand de l'insolvabilité (*InsO*) prévoit que les créanciers chirographaires peuvent réclamer le paiement de leurs créances au débiteur sur la base juridique de leur inscription sur la liste des créanciers, comme s'il s'agissait d'un jugement exécutoire, à condition que les créances aient été déterminées et n'aient pas été contestées par le débiteur lors de

²⁵⁴ AO, art. 103.

²⁵⁵ Le § 109 de l'AO vise une « schuldhafte Verletzung der ihnen in den § 103 bis 108 auferlegten Pflichten ». Cf également avis du Conseil d'État luxembourgeois n° 51.790, dossier 7020.

²⁵⁶ Cf. par exemple, TA Luxembourg, 5 févr. 2018, n° 38743.

²⁵⁷ *Ibid.*

l'audience de vérification. Cependant, les personnes physiques ont la possibilité de demander une libération de la dette résiduelle²⁵⁸. La libération de la dette résiduelle peut être accordée après une période de bonne conduite de cinq ans (dite période de cession), au cours de laquelle le débiteur doit céder à un administrateur fiduciaire désigné par le tribunal la part saisissable de ses salaires²⁵⁹ et la moitié de la valeur des biens qu'il pourrait acquérir par succession²⁶⁰. Cependant, si, au bout de trois ans, l'administrateur a reçu un montant qui a permis de payer au moins 35 % des créances ainsi que les frais de justice, l'effacement des dettes subsistantes peut être demandé au tribunal²⁶¹. Durant toute cette période, le débiteur est soumis à de nombreuses obligations visées à l'article 295 InSO et, en cas de manquement, l'effacement des dettes résiduelles peut être refusé par le tribunal.

En Espagne, une loi de 2015 a introduit en droit de la faillite un mécanisme connu sous le nom de deuxième chance (« *Segunda oportunidad* »), introduit à l'article 178 bis de la *Ley Concursal*. Ce mécanisme déroge à la règle générale suivant laquelle, en droit espagnol, en cas de clôture de la procédure collective pour insuffisance d'actifs, les créanciers recouvrent leur droit de poursuites individuelles. Cette seconde chance est ouverte au débiteur de bonne foi qui respecte certaines conditions. Il doit notamment avoir payé intégralement les frais de procédure et les créances privilégiées, ainsi qu'au moins 25 % du montant des créances ordinaires. Si cette condition n'est pas remplie, des conditions supplémentaires peuvent s'y substituer.

La plupart des États membres connaissent aujourd'hui des dispositions similaires, permettant une remise de dettes du débiteur à l'issue d'une mise à l'épreuve dont les modalités et la durée varient. La Directive du 6 juin 2019 sur les restructurations préventives vise notamment à fixer un cadre minimal dans tous les États membres pour le droit au rebond du débiteur.

3. Le droit au rebond dans la Directive européenne sur les restructurations préventives

Le 6 juin 2019, le Conseil de l'Union européenne a adopté la Directive « relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux

²⁵⁸ *InsO*, art. 201 § 3 et 286 et s.

²⁵⁹ *InsO*, art. 287.

²⁶⁰ *InsO*, art. 295.

²⁶¹ *InsO*, art. 300.

mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes » (ci-après Directive « Restructuration et insolvabilité »)²⁶². Cette Directive prévoit des mesures visant à favoriser le rebond du débiteur, mais elle les assortit de nombreuses dérogations qui risquent de les priver de toute efficacité.

a. Les mesures de la Directive encourageant le rebond

La Directive « restructuration et insolvabilité » fait du droit au rebond du débiteur un de ses objectifs. Elle considère qu'il relève du bon fonctionnement du marché intérieur que les entrepreneurs honnêtes insolvable ou surendettés puissent bénéficier d'une seconde chance²⁶³. Pour atteindre cet objectif, la Directive prévoit que : « Les États membres veillent à ce que les entrepreneurs insolvable aient accès à au moins une procédure pouvant conduire à une remise de dettes totale conformément à la présente directive »²⁶⁴. La remise de dettes totale prévue par le texte doit être entendue au sens large, c'est-à-dire qu'à l'issue du délai prévu, le débiteur ne doit plus être tenu de payer ses dettes, peu importe le fondement juridique choisi par les États membres pour parvenir à ce résultat. Ainsi, il pourra s'agir d'exclure l'exécution forcée de ces dettes ou de procéder à leur « annulation »²⁶⁵.

Partant du constat que, même dans les États où une remise de dettes est possible, les délais aux termes desquels l'entrepreneur peut être libéré sont parfois trop longs²⁶⁶, la Directive limite cette durée à trois ans et fixe le point de départ du délai selon que la procédure comprend ou non un plan de remboursement pour l'entrepreneur²⁶⁷. Cette remise de dettes devra être l'issue logique de la procédure initiale, c'est-à-dire que le débiteur personne physique devra pouvoir en bénéficier sans avoir à demander l'ouverture d'une nouvelle procédure²⁶⁸. En revanche, cette remise de dettes n'aura pas nécessairement à être automatique, la Directive laissant la possibilité aux États membres de permettre à l'autorité ayant ouvert la procédure de vérifier si les

²⁶² Directive (UE) 2019/1023 du Parlement européen et du conseil du 20 juin 2019, précitée.

²⁶³ Directive (UE) 2019/1023, considérant 1.

²⁶⁴ Directive (UE) 2019/1023, article 20 § 1.

²⁶⁵ Directive (UE) 2019/1023, article 2 § 9.

²⁶⁶ Directive (UE) 2019/1023, considérant 5.

²⁶⁷ Directive (UE) 2019/1023, article 21 § 1.

²⁶⁸ Directive (UE) 2019/1023, article 21 § 2 al. 1.

entrepreneurs ont « satisfait aux obligations à remplir pour obtenir une remise de dettes »²⁶⁹.

Afin d'assurer l'effectivité du droit au rebond, la Directive prévoit que la remise de dettes s'accompagne de la levée de toute déchéance du droit d'exercer une activité indépendante²⁷⁰. Évidemment, cela ne vaudra que pour les déchéances prononcées – selon le droit de certains États membres – du seul fait de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et non pour celles prononcées à titre de sanction contre un débiteur fautif ou malhonnête. Là encore, cette levée des déchéances devra pouvoir être obtenue par le débiteur dans le cadre de la première procédure, sans qu'il ait à saisir une autorité judiciaire ou administrative de l'ouverture d'une procédure *ad hoc*²⁷¹.

Aux yeux d'un juriste issu d'un pays où les entrepreneurs bénéficient d'un droit automatique à être délivré de ses dettes, ces mesures peuvent paraître minimalistes, voire insuffisantes. Le droit français, notamment, va déjà plus loin que la Directive et n'aura donc sur ces points aucun besoin d'adapter son droit des entreprises en difficulté²⁷². Cependant, dans les États membres qui ne connaissent, pour l'instant, pas ou peu de mesures de faveur pour l'entrepreneur honnête, la transposition de ces dispositions pourrait constituer une énorme avancée. Le problème est que la Directive assortit ces mesures de tant de dérogations que le risque est grand de voir les États membres réfractaires (à savoir ceux dont la législation est dans une logique de sanction de l'entrepreneur défaillant, même de bonne foi, ou qui ont une politique largement pro-créanciers) - éluder ce droit à une seconde chance.

b. Les dérogations au droit au rebond prévues par la Directive

Si les articles 20 à 22 de la Directive « Restructurations et insolvabilité » visent à assurer que chaque État membre ouvre un droit au rebond au débiteur en leur octroyant une remise de dettes à l'issue d'un délai raisonnable, l'article 23 prévoit une longue liste de dérogations.

L'article 23 § 1 prévoit tout d'abord une dérogation classique, connue y compris des droits des États membres favorables au rebond : pour bénéficier de la remise de dettes

²⁶⁹ Directive (UE) 2019/1023, article 21 § 2 al. 2.

²⁷⁰ Directive (UE) 2019/1023, article 22 § 1.

²⁷¹ Directive (UE) 2019/1023, article 22 § 2.

²⁷² Cf. *infra*.

le débiteur doit avoir été honnête. Ainsi, s'il a été de mauvaise foi ou a agi de manière malhonnête, il peut être privé du droit à être délivré de ses dettes ou, à tout le moins, le délai pour bénéficier de la remise peut être allongé. Peu importe à cet égard à quel moment l'entrepreneur a fait preuve de malhonnêteté : cela peut-être alors qu'il gérait son entreprise, durant la procédure d'insolvabilité, voire postérieurement à celle-ci, au moment des remboursements. Les types de comportements pouvant remettre en cause la remise de dettes comme les moyens de preuve de ces comportements ne sont pas définis par la Directive, mais sont laissés à l'appréciation des droits nationaux.

Cette première dérogation est absolument nécessaire et devra, si ce n'est déjà le cas, exister dans tous les États membres²⁷³. Elle permet d'écarter les dirigeants de mauvaise foi ou les dirigeants spécialistes de la déconfiture. Cette catégorie d'entrepreneurs indécents qui font de la faillite une « profession » est, en réalité, relativement peu nombreuse. Pourtant, elle est extrêmement néfaste et pollue l'imaginaire collectif. Dès qu'il est question de droit au rebond, la même objection arrive de toutes parts : les entrepreneurs profiteraient du régime favorable des procédures collectives, qui leur permet d'abandonner leur activité en laissant une énorme ardoise après s'être enrichis au détriment de leurs entreprises. S'il n'est pas possible de nier l'existence de ce type d'individus, il n'est absolument pas représentatif. Dans la grande majorité des cas, les entrepreneurs ressortent d'une procédure d'insolvabilité ruinés, souvent lourdement endettés et psychologiquement très affectés. Faire en sorte que seul le dirigeant de bonne foi puisse bénéficier du droit au rebond est donc indispensable pour combattre à la fois la minorité d'entrepreneurs qui instrumentalisent le droit des procédures collectives et l'opinion publique qui généralise ce phénomène. En France, le livre VI du Code de commerce prévoit déjà de nombreuses dispositions empêchant le débiteur malhonnête ou de mauvaise foi de bénéficier des mesures de faveur telles que le rétablissement professionnel²⁷⁴ ou la non-reprise des poursuites individuelles²⁷⁵ et les empêchant de

²⁷³ En effet, la Directive prévoit que les États membres « maintiennent » ou « adoptent » cette dérogation au droit au rebond.

²⁷⁴ Par exemple, l'article L. 645-2 du Code de commerce dispose que « La procédure de rétablissement ne peut être ouverte à l'égard d'un débiteur qui a fait l'objet, depuis moins de cinq ans, au titre de l'un quelconque de ses patrimoines, d'une procédure de liquidation judiciaire clôturée pour insuffisance d'actif ou d'une décision de clôture d'une procédure de rétablissement professionnel ».

²⁷⁵ Cf. *infra*.

se rétablir, *via* des interdictions de gérer. Encore faut-il que ces sanctions puissent être prononcées, ce qui n'est parfois pas le cas, faute de moyens.

Pour en revenir à la Directive, le problème est sans doute l'appréciation de la malhonnêteté du débiteur, qui est laissée à la discrétion des États membres. Le Considérant 79 de la Directive propose, en effet, des critères très subjectifs, qui touchent pour certains plus à l'incompétence, voire à des éléments conjoncturels qu'à la véritable mauvaise foi ou malhonnêteté du débiteur. Ainsi, il est indiqué que « pour établir si un entrepreneur a été malhonnête, les autorités judiciaires ou administratives peuvent prendre en compte des éléments tels que : la nature et l'ampleur des dettes ; le moment où la dette a été contractée ; les efforts de l'entrepreneur pour les rembourser et respecter les obligations juridiques, y compris les exigences publiques en matière de licences et de bonne comptabilité ; les actions qu'il entreprend pour faire obstacle aux recours des créanciers ; le respect des obligations qui incombent aux entrepreneurs qui sont dirigeants d'une entreprise lorsqu'il existe une probabilité d'insolvabilité ; et le respect du droit de l'Union et du droit national en matière de concurrence et de droit du travail ». Cette liste est bien trop générale. Il semble que la malhonnêteté du débiteur devrait être fondée sur des critères beaucoup plus objectifs, sous peine de laisser certains États membres considérer que le simple fait pour l'entrepreneur d'être en difficulté soit une preuve de malhonnêteté justifiant qu'il ne bénéficie pas de la remise de dettes...

La Directive prévoit également que les États membres puissent exclure les remises de dettes pour les dettes issues de sanctions pénales ou liées à de telles sanctions²⁷⁶, des dettes issues de la responsabilité délictuelle²⁷⁷ ou encore des dettes issues d'obligations alimentaires découlant de relations de famille, de parenté, de mariage ou d'alliance²⁷⁸. Là encore, ces exceptions sont tout à fait justifiées et existent déjà dans les droits prévoyant la libération du débiteur, notamment en droit français.

En revanche, la Directive prévoit d'autres dérogations à l'obligation pour les États membres de prévoir une remise de dettes rapide en faveur du débiteur qui, si elles sont adoptées dans leur ensemble par certains États membres, pourraient clairement faire obstacle à ce qu'un droit au rebond effectif existe dans toute l'Union européenne.

²⁷⁶ Directive « restructuration et insolvabilité », art. 23 § 4 c).

²⁷⁷ Directive « restructuration et insolvabilité », art. 23 § 4 d).

²⁷⁸ Directive « restructuration et insolvabilité », art. 23 § 4 e).

C'est le cas notamment de certaines dérogations très générales comme le fait qu'un État membre pourrait exclure de la remise de dettes des classes spécifiques de créances telles que les dettes garanties²⁷⁹. Il en va de même de la possibilité laissée aux États de refuser l'accès aux remises de dettes lorsqu' « une dérogation est nécessaire pour garantir l'équilibre entre les droits du débiteur et les droits d'un ou plusieurs créanciers ». Certes, le considérant 79 donne l'exemple pertinent du cas où le créancier « est une personne physique qui a besoin d'une plus grande protection que le débiteur ». Cependant, il ne s'agit que d'un exemple, figurant qui plus est uniquement dans le préambule, les États membres seront libres de décider quels créanciers pourront être protégés contre les remises de dettes du débiteur.

Il faudra donc attendre les lois de transpositions dans les différents États membres pour apprécier l'effet réel de la Directive européenne sur le droit au rebond du débiteur en Europe.

²⁷⁹ Directive « restructuration et insolvabilité », art. 23 § 4 a).

Table des matières

Sommaire	3
INTRODUCTION	5
I. L'efficacité du Règlement européen sur l'insolvabilité	9
A. Le champ d'application du Règlement insolvabilité	9
1. Le champ d'application <i>ratione materiae</i> du Règlement insolvabilité	10
2. Le champ d'application <i>ratione loci</i> du Règlement insolvabilité	16
a. La nécessité d'un élément d'extranéité	18
b. La nature de l'élément d'extranéité	23
c. La localisation de l'élément d'extranéité	25
3. Le champ d'application <i>ratione personae</i> du Règlement insolvabilité	29
4. Le champ d'application <i>ratione temporis</i>	32
B. Le traitement efficace de l'insolvabilité transfrontalière du débiteur en présence d'un établissement situé dans un autre État membre	35
1. L'encadrement de l'ouverture des procédures secondaires	37
a. L'évitement d'une procédure secondaire lorsque la procédure principale a été ouverte en France	39
b. L'évitement de l'ouverture d'une procédure secondaire en France	40
2. Le choix de la nature de la procédure secondaire	43
3. La coordination des procédures par la coopération des organes des procédures	49
II. L'efficacité des procédures collectives	53
A. Le sort des créanciers	54
1. Déclaration de créances	54
2. Maximisation du patrimoine du débiteur	58
3. Les sûretés	68
a. Les sûretés en droit international privé	68
b. L'agent des sûretés	75
B. Le rebond du débiteur	88
1. Le droit au rebond en droit français	89
a. Les procédures françaises favorisant le droit au rebond	89
b. L'aide financière aux débiteurs après une procédure collective	91
c. La lutte contre la stigmatisation du débiteur	92
2. Le rebond du débiteur en droit comparé	95
3. Le droit au rebond dans la Directive européenne sur les restructurations préventives	98
a. Les mesures de la Directive encourageant le rebond	99
b. Les dérogations au droit au rebond prévues par la Directive	100
Table des matières	104