



RÉPONSE DE L'ASSOCIATION TRANS EUROPE EXPERTS¹ À LA CONSULTATION DE LA COMMISSION EUROPÉENNE SUR L'AVENIR DE LA LÉGISLATION EUROPÉENNE EN MATIÈRE D'INSOLVABILITÉ

SOUS LA COORDINATION DE :

LAURA SAUTONIE-LAGUIONIE, Professeur à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV, membre des pôles droit des sociétés et droit des contrats de Trans Europe Experts (TEE)

JEAN-LUC VALLENS, magistrat, Professeur associé à l'Université de Strasbourg

AVEC LA PARTICIPATION DE :

LAURENCE-CAROLINE HENRY, Professeur à l'Université de Bourgogne

GERARD JAZOTTES, Professeur à l'Université de Toulouse 1, membre du pôle sociétés de Trans Europe Experts (TEE)

MARIE-HELENE MONSERIE-BON, Professeur à l'Université de Toulouse 1, membre du pôle sociétés de Trans Europe Experts (TEE)

PAULINE PAILLER, Professeur à l'Université de Reims Champagne Ardenne, membre du pôle sociétés de Trans Europe Experts (TEE)

PAOLA NABET, Maître de conférences à l'Université de Bourgogne

EUGENIE FABRIES-LECEA, Docteur en droit de l'Université de Toulouse 1

Membres universitaires ou magistrats - Pas d'expérience pratique des procédures d'insolvabilité

¹ V. Annexe pour une présentation du réseau Trans Europe Experts.



RÉPONSE PRÉSENTÉE PAR TRANS EUROPE EXPERTS À LA CONSULTATION PUBLIQUE DE LA
COMMISSION EUROPÉENNE SUR L'AVENIR DE LA LÉGISLATION EUROPÉENNE EN MATIÈRE
D'INSOLVABILITÉ

Pays : France



II - APPRÉCIATION GÉNÉRALE

Q1 - Selon vous, le règlement sur l'insolvabilité est-il efficace et efficient pour coordonner les procédures d'insolvabilité transfrontalières ?

Oui

Q2 - Quels changements principaux, le cas échéant, pourriez vous suggérer pour améliorer le cadre actuel de l'insolvabilité transfrontalière dans l'UE ?

Les changements suggérés s'appuient d'une part, sur la correction de quelques insuffisances ou imprécisions du Règlement, et, d'autre part, sur la création de nouvelles dispositions sur les manques recensés depuis l'entrée en vigueur du Règlement.

1. Modifications et précisions nécessaires

- Modifier la notion de procédure collective au sens du règlement, afin d'assurer la cohérence entre la définition de l'article 1 et l'annexe A. Décider s'il faut ou non intégrer les procédures de prévention et les procédures provisoires dans le champ du Règlement.
- Préciser le critère du centre des intérêts principaux pour intégrer les apports de la jurisprudence.
- Modifier la procédure secondaire afin qu'elle puisse mettre en place un redressement de l'entreprise, et non seulement une liquidation judiciaire.
- Clarifier le passage d'une procédure territoriale à une procédure secondaire en cas d'ouverture subséquente d'une procédure principale.

2. Dispositions nouvelles

- Prévoir des dispositions propres à la survenance d'une procédure d'insolvabilité dans un groupe de société
- Régler l'hypothèse où le centre des intérêts principaux est déplacé peu avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.
- Lutter contre le *forum shopping*: il reste présent, les créanciers ou le débiteur, en s'appuyant sur l'interprétation de la notion de centre des intérêts principaux et de la présomption choisissent le tribunal de l'Etat membre dont la loi applicable (loi du concours) leur paraît la plus protectrice de leurs intérêts. Cela se retrouve également pour les salariés, qui cherchent la garantie de paiements la plus intéressante. Une révision de la directive 2008/94 du 22 oct. 2008 est sans doute ici souhaitable.
- Assurer une meilleure information : D'une part, elle devrait s'appliquer plus fortement dans le cadre de la collaboration entre les organes des différentes procédures, principales et secondaires.



RÉPONSE PRÉSENTÉE PAR TRANS EUROPE EXPERTS À LA CONSULTATION PUBLIQUE DE LA COMMISSION EUROPÉENNE SUR L'AVENIR DE LA LÉGISLATION EUROPÉENNE EN MATIÈRE D'INSOLVABILITÉ

Sur un plan technique, la coordination entre les différentes procédures pourrait être accentuée. D'autre part, la création d'un registre permettant une publicité des procédures d'insolvabilité ouvertes est essentielle. La centralisation des informations permettra seule une réelle efficacité du Règlement, en garantissant une meilleure protection de l'égalité des créanciers et une discipline collective efficace. L'absence de centralisation est en effet problématique, car le créancier doit se soumettre à la loi du centre des intérêts principaux du débiteur alors même qu'il est étranger ; sa protection implique donc qu'il puisse s'informer.

- Améliorer la coordination entre le règlement n°44/2001 (en cours de révision) et le règlement n°1346/2000. A ce titre il est souhaitable de tenir compte des évolutions prévisibles du règlement de Bruxelles I en cours de révision dans l'article 25. Il convient également de clarifier le critère de répartition des compétences du considérant 6, repris de la jurisprudence de la CJCE Gourdain c/ Nadler, 22 février 1979.
- Améliorer la coordination et la coopération des organes de la procédure (syndic, et juridiction). Plusieurs pistes sont possibles : créer un réseau des organes de la procédure ; inciter à la signature d'accords interprofessionnels sur le modèle du code de bonne conduite franco-italien de Rome de mai 2010 ; renforcer les échanges entre les juridictions.



III - CHAMP D'APPLICATION DU RÈGLEMENT SUR L'INSOLVABILITÉ

1. Types de procédures concernées

Q 3 - Selon vous, le fait que le règlement sur l'insolvabilité ne s'applique pas, en principe, aux procédures de pré-insolvabilité ou aux procédures hybrides et que les effets de ces procédures ne sont par conséquent pas reconnus dans l'ensemble de l'UE crée-t-il des problèmes ?

Oui.

On pense notamment aux procédures allemandes provisoires particulièrement importantes. On pense aussi au risque d'ouverture d'une procédure collective alors qu'une procédure préventive est en cours.

Q 4 - Le règlement sur l'insolvabilité devrait-il tenir compte des procédures légales nationales qui prévoient la restructuration d'une société au stade de la pré-insolvabilité ou qui maintiennent en place la direction existante ?

Oui.

1. Fondements des modifications

Plusieurs raisons justifient une modification en ce sens du Règlement.

Il importe tout d'abord de remédier à l'actuelle incohérence existant entre la liste de l'Annexe A et la définition de l'article 1. 1, même si, en pratique, la CJUE semble faire prévaloir l'annexe A (CJUE, 21 janv. 2010, n° 444/07). L'inscription des procédures nationales dans les annexes est laissée à la discrétion des Etats membres, il en résulte une discrimination entre les procédures intervenant largement en amont et les autres. Or la jurisprudence Eurofood (CJ.CE, 2 mai 2006 C-341/04) donne une prime à la première juridiction saisie qui ouvre la procédure principale. Cette interprétation du règlement favorise donc les procédures préventives. Si cela est conforme à un objectif de sauvetage des entreprises, des distorsions sont possibles et pour les éviter, il convient de définir plus précisément la notion de procédure d'insolvabilité au sens du règlement.

Une nouvelle définition de la procédure d'insolvabilité est également nécessaire pour rendre compte de la mutation profonde qu'ont connu la plupart des droits nationaux : plutôt que de demeurer un droit de l'insolvabilité, le Règlement pourrait se transformer en un droit des entreprises en difficulté, déplaçant en amont le curseur permettant la prise en compte des difficultés financières et économiques de l'entreprise, dès lors que celles-ci sont suffisamment graves.



Le législateur européen ne devrait donc pas se contenter de modifier le contenu de l'Annexe A, mais procéder à une réforme plus ambitieuse, en étendant le champ d'application du règlement. Cette dernière solution permettrait de clarifier et d'harmoniser le domaine du règlement, au-delà d'arbitrages nationaux nécessairement insatisfaisants.

2. Contenu de la modification

Reste à préciser les moyens et la portée de cette modification du règlement.

Il faut modifier en ce sens la définition de la procédure collective au sein de l'article 1 du Règlement, en abandonnant la référence au dessaisissement du débiteur. D'abord, cette condition ne reflète pas le droit positif, dès lors que par exemple la procédure française de sauvegarde, qui n'entraîne aucun dessaisissement, figure bien dans l'annexe A au titre des procédures d'insolvabilité. Ensuite, il convient d'associer le débiteur au redressement de son entreprise afin qu'il intervienne au commencement des difficultés et n'attende pas l'insolvabilité.

En revanche, le caractère judiciaire de la procédure collective paraît déterminant : les principes de confiance mutuelle et d'universalité, de même que la protection des droits des tiers, supposent en effet au moins un contrôle du juge. La prise en compte du rôle du juge est alors déterminante de l'élargissement du champ d'application du Règlement, et deux voies sont possibles.

Soit l'on considère qu'il importe de ne viser que des procédures judiciaires ou assimilées, qui sont celles où le rôle de la juridiction (au sens large l'autorité judiciaire, cons. 10) est essentiel, ne serait-ce que pour ouvrir la procédure. Sont alors intégrées les procédures qui laissent le débiteur en possession de ses biens, sous réserve de modifier en ce sens l'article 1-1 du règlement. Cela pourrait concerner, s'agissant de la France, la sauvegarde financière accélérée, qui repose sur une préparation et des négociations pour une solution pendant une procédure de conciliation de type contractuel, mais bascule vers le judiciaire dès son ouverture étant une forme particulière de sauvegarde. Sont en revanche ici exclues les procédures purement contractuelles car leur souplesse et leur confidentialité ne les prédisposent pas à figurer dans un règlement traitant (entre autre) de la compétence judiciaire internationale (art. 3 et cons. 15).

Soit l'on considère qu'un contrôle judiciaire peut suffire à légitimer l'application du Règlement. Cela permet alors d'intégrer les procédures contractuelles dont l'issue est vérifiée par le juge, notamment au titre d'une homologation. En droit français, tel est le cas de la procédure de conciliation, qui, lorsqu'elle donne lieu à un accord homologué, devrait être reconnue par les autres Etats membres, à la différence de celle qui donne seulement lieu à un accord simplement constaté.

En effet, cette procédure produit des effets importants, en donnant par exemple naissance à un privilège de new money au profit des créanciers ayant consenti un nouvel apport de trésorerie



RÉPONSE PRÉSENTÉE PAR TRANS EUROPE EXPERTS À LA CONSULTATION PUBLIQUE DE LA COMMISSION EUROPÉENNE SUR L'AVENIR DE LA LÉGISLATION EUROPÉENNE EN MATIÈRE D'INSOLVABILITÉ

ou un nouveau bien ou service², qui devrait être reconnu dès lors qu'elle a fait l'objet d'un contrôle judiciaire³ ; ses effets seraient sinon ruinés par l'ouverture d'une procédure concurrente dans un autre Etat membre.

D'autant plus que ses conditions se rapprochent de celles prévues en droit anglais pour la CVA, qui figure à l'Annexe A⁴.

Les membres de notre groupe restent partagés sur ce point.

Au-delà de la problématique particulière aux procédures contractuelles, il importe que la nouvelle définition permette d'intégrer les procédures de pré-insolvabilité, comme le préconise le Parlement européen, dans sa résolution du 15 novembre 2011⁵. La procédure doit pouvoir être lancée en temps utile pour permettre le sauvetage de l'entreprise en difficultés. Ces propositions rejoignent une tendance générale qui tend à l'application extensive des procédures d'insolvabilité, mais posent plusieurs questions. D'une part, quel est le critère de déclenchement de la procédure d'insolvabilité qu'il convient de retenir pour que celle-ci soit ouverte « *en temps utile* », voire quand l'insolvabilité est seulement imminente ou temporaire ? D'autre part, quelle est la procédure éligible au règlement ?

Pour que la procédure soit ouverte « en temps utile », voire quand l'insolvabilité est seulement imminente ou temporaire, le règlement doit prendre en compte les difficultés juridiques, économiques ou financières subies par le débiteur, dès lors que celles-ci sont avérées ou prévisibles.

La définition proposée par certains auteurs français, et proche de celle élaborée par Unidroit en 2009⁶, nous semble aller dans le bon sens : les procédures d'insolvabilité correspondraient aux « *procédures fondées sur l'existence de difficultés économiques nécessitant le contrôle d'une juridiction ou d'une autorité habilitée par la loi, entraînant une surveillance des affaires du débiteur ou le transfert de ses pouvoirs à un administrateur désigné à cette fin et destinée à permettre un redressement de l'entreprise ou la liquidation de ses biens* »⁷.

² Article L. 611-11 du Code de commerce.

³ L'homologation de l'accord par le tribunal suppose que trois conditions soient réunies : le débiteur n'est pas en cessation des paiements ou l'accord conclu y met fin ; les termes de l'accord sont de nature à assurer la pérennité de l'activité de l'entreprise ; l'accord ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers non signataires : V. art. L. 611-8 du Code de commerce. En droit français, le Garde des Sceaux écarte, à la suite de cette jurisprudence, la procédure de conciliation, se fondant sur son caractère non judiciaire : Question écrite, JOAN Q 13 mars 2007.

⁴ R. Dammann, « La question de l'application du règlement européen aux procédures sans dessaisissement », Bull. Joly Entreprises en difficulté 2012, §24, p. 53.

⁵ Résolution du Parlement européen du 15 novembre 2011 contenant des recommandations à la Commission sur les procédures d'insolvabilité dans le cadre du droit européen des sociétés (2011/2006(INI)), Partie 1, point 1.1.

⁶ Convention de Genève Unidroit, sur les titres intermédiés, 9 octobre 2009, article 1er.

⁷ J.-L. Vallens, « Réviser le règlement communautaire CE 1346/2000 sur les procédures d'insolvabilité », RPC 2010, étude 13, spéc. n°9. Adde, D. Fasquelle, « Raisons et contours d'une refonte nécessaire », article cité ; F. Mélin, « La réforme du règlement du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité », RLDA avril 2012, n°70, p. 73, spéc. p. 74 et suivantes. Mais ces auteurs ne se prononcent pas clairement en faveur de l'insertion de la procédure de conciliation dans le champ d'application du règlement.



Q 5 - Le règlement sur l'insolvabilité devrait-il s'appliquer aux particuliers et aux travailleurs indépendants surendettés ?

Non.

Les avis du groupe sont partagés sur ce point.

Pour certains, l'intégration des procédures civiles de surendettement est possible, selon les termes actuels du règlement. Conformément au considérant 9 du règlement « *le présent règlement devrait s'appliquer aux procédures d'insolvabilité, que le débiteur soit une personne physique ou morale, un commerçant ou un particulier* ». De plus, le considérant 10 précise que « *les procédures d'insolvabilité n'impliquent pas nécessairement l'intervention d'une autorité judiciaire, l'expression « juridiction », utilisée dans le présent règlement devrait être prise au sens large et comprendre une personne ou un organe habilités par le droit national à ouvrir la procédure d'insolvabilité* ». Cette solution permettrait en outre un alignement avec la position retenue par la Belgique (Procédure de règlement collectif des dettes, qui vise les procédures applicables aux consommateurs (loi du 5 juillet 1998)), et par l'Allemagne, qui ne distingue pas entre les procédures applicables aux commerçants et celles applicables aux particuliers (Procédure d'insolvabilité (loi du 5 octobre 1994)).

Mais chacun s'accorde à reconnaître qu'une telle intégration pourrait être défavorable aux débiteurs particuliers, en ce sens qu'un droit conçu pour les entreprises et pour satisfaire aux exigences du commerce, est par essence moins protecteur que le droit de la consommation. C'est pourquoi certains membres du groupe préconisent de ne pas intégrer les procédures de surendettement dans le domaine du Règlement.

[2. Dimension internationale des procédures d'insolvabilité](#)

Q 6 - Selon vous, le fait que le règlement sur l'insolvabilité ne contienne aucune disposition pour la reconnaissance des procédures d'insolvabilité qui ont lieu en dehors de l'UE ou pour les coordination entre les procédures menées à l'intérieur et à l'extérieur de l'UE a-t-il créé des problèmes ?

Oui.

Pour autant, il n'est pas facile de remédier à ces problèmes.

Etendre la portée du règlement hors UE revient à en faire un règlement dit « universel ». Il convient de réfléchir au véritable impact d'une telle solution. Pour ce qui est des conflits de lois, elle n'apporte rien car la règle de conflit « *Lex concursus* » est quasi universelle. Pour ce qui est des conflits de juridictions, les différents Etats membres disposeraient tous de la même compétence judiciaire dans leurs relations intra-UE ou extra-UE.

Cette harmonie est un avantage, elle simplifie le droit international privé en posant une seule règle de compétence pour tous les Etats membres y compris à l'international, bannissant la cohabitation règles de compétence intra UE et règles de compétence extra-UE. Elle éviterait les conflits de compétence entre Etats membres de l'UE en cas de faillite internationale non



RÉPONSE PRÉSENTÉE PAR TRANS EUROPE EXPERTS À LA CONSULTATION PUBLIQUE DE LA
COMMISSION EUROPÉENNE SUR L'AVENIR DE LA LÉGISLATION EUROPÉENNE EN MATIÈRE
D'INSOLVABILITÉ

européenne. Il reste qu'elle ne permettra pas d'exporter la coordination entre procédure principale et secondaire à l'international. Elle ne devrait pas permettre d'assurer un caractère universel à la procédure principale ouverte dans l'UE car les décisions liées à la procédure (jugement d'ouverture et jugements s'inscrivant étroitement dans la procédure) devront pour être exécutées en dehors de l'UE recevoir l'exequatur de l'Etat, non membre de l'UE, où se situent les avoirs, les actifs du débiteur.

Par conséquent, une extension aux procédures internationales aurait semble-t-il un impact limité, même si la simplification du droit international privé ne doit pas être négligée.



IV - JURIDICTION COMPÉTENTE POUR OUVRIR LA PROCÉDURE D'INSOLVABILITÉ

Q 7 - Selon vous, est-il approprié que la compétence pour l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité principale soit déterminée par le lieu où se situe le centre des intérêts principaux du débiteur ?

Oui.

Un tel choix correspond à la réalité économique de la situation du débiteur, et se retrouve d'ailleurs dans diverses législations nationales.

Q 8 - L'interprétation du terme « centre des intérêts principaux » par la jurisprudence soulève-t-elle de quelconques problèmes pratiques ?

Oui.

L'interprétation de ce critère laisse sans doute aux juges nationaux une marge d'appréciation trop importante, qui s'avère gênante en raison du principe selon lequel la compétence de la juridiction qui a ouvert la première une procédure collective n'est pas contrôlée et ne peut être contestée que par le biais des voies de recours internes. Une solution semble difficile à trouver. Il est normal, compte tenu du principe de confiance mutuelle posé par le considérant 22, de prévoir une reconnaissance immédiate des décisions relatives à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, mais il faudrait s'assurer d'une meilleure harmonisation des conditions d'ouverture dans les différents Etats membres, afin notamment d'éviter de donner une prime aux Etats disposant de procédures ouvertes très en amont des difficultés du débiteur.

A minima, il paraît souhaitable d'intégrer au sein de la définition du centre des intérêts principaux à l'article 3, les éléments du considérant 3 et de la jurisprudence de la Cour de Justice (Eurofood, 2006).

Proposition de rédaction de l'article 3 : « *Les juridictions de l'Etat membre sur le territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur sont compétentes pour ouvrir la procédure d'insolvabilité. Le centre des intérêts principaux du débiteur correspond au lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers. Pour les sociétés et les personnes morales, le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve contraire, être le lieu du siège statutaire. Cette présomption au bénéfice du siège statutaire ne peut être écartée que si des éléments objectifs et vérifiables par les tiers permettent d'établir l'existence d'une situation réelle différente de celle que la localisation audit siège statutaire est censée refléter.* »



Une autre difficulté, liée à l'interprétation de l'article 3.1 du règlement, apparaît suite à l'arrêt du 15 décembre 2011 de la CJUE⁸. La CJUE y décide qu'une juridiction ayant ouvert une procédure d'insolvabilité ne peut étendre cette procédure à une autre entreprise, pour confusion des patrimoines, que si elle satisfait au critère de l'article 3.1, autrement dit que si ladite entreprise a le centre de ses intérêts principaux sur son sol, ou si elle peut renverser la présomption. Cette solution, cohérente avec l'article 3.1, conduit dans les faits à rendre très hypothétique la possibilité d'étendre la procédure collective d'un débiteur pour confusion des patrimoines, alors même que celle-ci n'est que l'expression particulière d'une fraude, et que le résultat de l'action permettrait de récupérer de l'actif utile à la procédure collective. Il serait alors utile de créer une dérogation à l'article 3.1 pour permettre à une juridiction ayant ouvert une procédure collective d'étendre celle-ci à une autre entreprise, plusieurs droits nationaux connaissant une telle action⁹. Une alternative serait la réglementation substantielle de cette action par une disposition spécifique et commune (V. *infra* question 27).

Q 9 - Avez-vous une quelconque preuve d'une délocalisation abusive du centre des intérêts principaux d'un débiteur dans le but d'obtenir un régime d'insolvabilité plus favorable ?

Oui.

La délocalisation du centre des intérêts principaux avant l'ouverture d'une procédure collective se rencontre en pratique, pour les personnes morales, mais aussi pour les personnes physiques, chacune cherchant à bénéficier d'une loi du concours apparemment plus favorable (notamment celle du Royaume-Uni, et dans une moindre mesure, celle de l'Alsace et la Moselle).

Le problème ne vient pas seulement de la notion de centre des intérêts principaux ou de la jurisprudence favorable au premier juge saisi, elle vient aussi du fait que l'appréciation du centre des intérêts principaux se fait au jour du jugement d'ouverture sans tenir compte d'un déplacement de dernière minute de ce dernier.

L'exemple le plus patent de ce problème est sans doute l'affaire Interedil (préc.). La société italienne dont le siège social a été déplacé à Londres est radiée du registre du commerce italien, puis du registre anglais après une opération de fusion absorption. Certes aucune délocalisation abusive ne sous tendait ces modifications, il n'en demeure pas moins que dans de telles circonstances, le principe de l'appréciation du centre des intérêts principaux lors de la demande d'ouverture de la procédure (aff. Staubitz 17 janv. 2006, n° C-1/04,) sans correctif aucun ne donne pas toujours des solutions satisfaisantes.

L'une des pistes pourrait être de retenir la localisation du centre des intérêts principaux, telle qu'elle existait un an avant l'ouverture de la procédure collective (V. en ce sens la proposition de Insol).

⁸ CJUE, 15 déc. 2011, aff. C-191/10, Rastelli c/Hidoux : D. 2012, p. 403, note J.-L. Vallens ; p. 406, note R. Dammann et F. Muller ; RPC 2012, étude 2, M. Menjucq.

⁹ Pour le droit français, V. art. L. 621-2 du code de commerce.



Q 10 - L'interaction entre le règlement sur l'insolvabilité et le règlement de Bruxelles 1 pose-t-elle des problèmes qui n'ont pu être résolus de manière satisfaisante par la jurisprudence ?

Oui.

Le critère de répartition entre la compétence du règlement insolvabilité et du règlement Bruxelles I repose sur la jurisprudence Gourdain c/ Nadler, 22 février 1979 reprise par le considérant 6 du règlement insolvabilité. Son interprétation par la Cour repose sur le postulat que le règlement de Bruxelles est le texte de principe et le règlement insolvabilité le texte d'exception. Par conséquent, c'est une analyse restrictive du critère qui est faite et peu d'actions dérivent directement et s'insèrent étroitement dans la procédure d'insolvabilité.

L'action en revendication reposant sur une clause de réserve de propriété (aff. German graphics), l'action paulienne (CJUE C-213/10 F-Tex) relèvent de la compétence du règlement de Bruxelles I.

Pour qu'une action s'insère dans la procédure, il semble qu'elle doive en être l'issue directe (action révocatoire, aff. Seagon, 12 fév. 2009 C-339/07, action en nullité de cession de parts sociales, aff. C-111/08, 2 juill. 2009, SCT industri, encore action en comblement, aff. Gourdain préc.).

Cette approche paraît restrictive car certaines actions placées sous le domaine du règlement Bruxelles I sont déterminantes pour la procédure d'insolvabilité. Ainsi le jeu ou non d'une clause de réserve de propriété est déterminant pour définir l'étendue de l'actif du débiteur saisi par la procédure collective au titre de son effet réel. Il serait souhaitable non pas de modifier le texte, mais d'avoir une jurisprudence plus souple et prenant davantage en considération l'emprise patrimoniale de la procédure. L'enjeu est important si, comme le souligne le rapport du Parlement (rapport du 17 oct. 2011, n° A7-0355/2011), l'objectif affiché dans l'UE est le sauvetage des entreprises en difficultés. Dans une telle hypothèse, il est souhaitable que le droit des entreprises en difficulté s'applique dès lors qu'une action a un impact patrimonial significatif pour le débiteur. La reconstitution de l'actif est un gage de réussite du redressement des entreprises en difficulté.

Une autre question délicate, apparemment résolue par la jurisprudence de la Cour, consiste dans le renvoi opéré par l'article 25 à la convention de Bruxelles pour ce qui est de la reconnaissance et du caractère exécutoire des décisions autres que le jugement d'ouverture. Fort heureusement, la jurisprudence de la Cour de justice est venue préciser que le règlement n°44/2001 remplace la convention assouplissant encore les conditions de circulation des jugements relatifs à l'insolvabilité dans l'UE. En effet, toutes les dispositions de ces deux textes ne sont pas équivalentes et notamment celles qui sont visées à l'article 25 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions de justice. Pour écarter ce genre de difficulté d'interprétation dans le nouveau texte, il faudra prendre soin de viser expressément la nouvelle version du règlement de Bruxelles I en cours de préparation puisque ce texte vise la suppression de toutes les formalités intermédiaires et notamment l'exequatur au sein de l'UE. Si



RÉPONSE PRÉSENTÉE PAR TRANS EUROPE EXPERTS À LA CONSULTATION PUBLIQUE DE LA
COMMISSION EUROPÉENNE SUR L'AVENIR DE LA LÉGISLATION EUROPÉENNE EN MATIÈRE
D'INSOLVABILITÉ

une telle liberté dans la libre circulation des jugements ne semblait pas opportune dans le cadre des procédures d'insolvabilité, il faudrait le préciser. *A priori*, tel ne devrait pas être le cas, le libéralisme est un gage d'efficacité du règlement insolvabilité.



V - GROUPES DE SOCIÉTÉS

Q 11- Selon vous, le règlement sur l'insolvabilité est-il efficace et efficient en cas d'insolvabilité d'un groupe multinational de sociétés ?

Non.

Il est clair que le règlement ne contenant aucune disposition propre aux groupes de sociétés, il ne peut pas être adapté à l'insolvabilité des groupes. Il reste que le règlement, tel que mis en œuvre par la jurisprudence, en se servant de la plasticité de la notion de centre des intérêts principaux et en estimant qu'un établissement peut être une filiale dotée de la personnalité morale, permet d'adapter le règlement au traitement de l'insolvabilité des groupes. Deux types de réformes peuvent donc être envisagés : l'une, *a minima*, qui poursuivrait l'effort de la jurisprudence en adaptant les notions d'établissement et de procédure secondaire, l'autre, plus ambitieuse, qui créerait des dispositions nouvelles, propres au groupe de société.

1. Une réforme *a minima*

Ce type de réforme pourrait être choisi en raison de l'absence d'existence juridique du groupe de sociétés, en tant que tel. S'il existe des approches en droit du travail et en droit fiscal notamment, le groupe ne possède pas la personnalité juridique, ce qui pose une réelle difficulté pour lui appliquer les critères d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

Confrontée à cette difficulté, la jurisprudence a d'ores et déjà posé des solutions pour traiter l'insolvabilité affectant les composantes d'un groupe de sociétés.

Pour parfaire ces solutions, trois modifications sont souhaitables :

- Revoir la notion d'établissement qui, pour l'heure, paraît exclusive de la personnalité morale¹⁰, en dépit d'une pratique judiciaire contraire. Il importe donc de préciser qu'un établissement peut être doté de la personnalité morale, et de prendre garde aux répercussions que cela engendrerait.
- Redéfinir les effets d'une procédure secondaire, pour permettre qu'elle ne soit pas seulement liquidative¹¹.
- Permettre la coopération et la coordination des juridictions en présence d'un groupe de sociétés.

¹⁰ En droit français, V. Circulaire n°2006-9 de la DACS du 15 décembre 2006 relative au règlement n°1346/2000, point 1.2.2, refusant qu'une société filiale puisse être qualifiée d'établissement éligible à une procédure secondaire.

¹¹ Cependant, il faut rappeler que l'article 34, §1 dispose que « Lorsque la loi applicable à la procédure secondaire prévoit la possibilité de clôturer cette procédure sans liquidation par un plan de redressement, un **concordat ou une** mesure comparable, une telle mesure peut être proposée par le syndic de la procédure principale ». Le fait que la procédure doive être exclusivement liquidative doit être nuancé.



2. Une réforme par la création de dispositions spécifiques

La structure du groupe de sociétés étant particulièrement exploitée au sein de l'UE, afin de répartir les risques entre des sociétés situées dans des Etats distincts, une réforme plus ambitieuse du règlement mérite d'être discutée.

Telle est l'orientation choisie par le Parlement européen. Dans sa résolution du 15 novembre 2011¹², il distingue selon que « *la structure fonctionnelle ou que la structure du capital social* » permet de fixer le centre des intérêts principaux au lieu du « *siège social du groupe* » ou que le « *groupe est décentralisé* », ce qui impliquerait des procédures distinctes, dans un cadre général de coopération et de coordination. La terminologie utilisée suscite une incompréhension immédiate en droit français. D'abord, on voit mal comment déterminer le siège social du groupe qui, et c'est là tout le problème, n'a pas la personnalité juridique. Ensuite, comment distinguer selon que la structure du groupe est centralisée ou non ? Deux questions successives doivent donc être examinées : d'une part, celle de la définition du groupe de sociétés ; d'autre part, celle de son régime en cas de procédures collectives.

S'agissant de la définition du groupe de sociétés, il semble impossible de fixer un critère clair de définition. Le droit interne est à ce titre assez révélateur. Pour prendre en compte l'existence d'un groupe de sociétés, auquel est pour le moment refusée la personnalité juridique, le législateur français utilise la notion de contrôle, qui est d'ailleurs plurielle. Cette solution permet de respecter l'autonomie des sociétés, tout en prenant en compte leur lien capitalistique. L'existence d'un lien de contrôle entre sociétés permet d'appliquer un régime spécifique, sans toutefois nier la spécificité des différentes sociétés.

Il semble contestable de réduire le groupe de sociétés à la société mère, qui pourra n'être qu'une simple holding, mais il ne faut pour autant pas nier le lien entre toutes les sociétés d'un même groupe et, en cela, « *la structure du capital social* » comme la vise la résolution du Parlement peut être un bon indice. La détermination d'un seuil de contrôle serait dans ce cas nécessaire. Cependant, plusieurs obstacles se heurtent à la détermination d'une telle règle. D'abord, quel seuil retenir ? En droit interne, ces seuils diffèrent selon les domaines (droit des sociétés, droit des marchés financiers, droit fiscal, etc.). Ensuite, la notion de groupe de sociétés ne se résume pas à un contrôle capitalistique ; elle peut prendre d'autres formes et se fonder ainsi sur un contrat de coopération, sur le contrôle de la politique de la filiale. Seule une appréciation *in concreto* par le juge, telle qu'elle est mise en œuvre actuellement à partir du faisceau d'indices, peut résoudre cette difficulté, qui se justifie par la nature économique de la notion¹³. Au-delà de ces problèmes très concrets de définition, la délocalisation des procédures d'insolvabilité par rapport à l'Etat du siège social des filiales n'est pas forcément, à supposer

¹² Résolution du Parlement européen du 15 novembre 2011 contenant des recommandations à la Commission sur les procédures d'insolvabilité dans le cadre du droit européen des sociétés (2011/2006(INI)), Partie 3.

¹³ D. Fasquelle, « Les faillites des groupes de sociétés dans l'Union européenne : la difficile conciliation entre approches économique et juridique », Bull. Joly sociétés 2006, §30, p. 151.

Le groupe de sociétés est ainsi saisi en droit de la concurrence par le concept économique d'« entreprise ».



qu'une définition unitaire se dégage, opportune, pour assurer la protection des intérêts locaux (créanciers, salariés, etc.).

S'agissant du régime applicable au groupe de sociétés, il faut distinguer. Soit la filiale n'exerce, aux yeux des tiers, aucune activité économique réelle ou de gestion au lieu de son siège statutaire : dans ce cas, la procédure ouverte à son encontre pourra être délocalisée au lieu du siège social de sa mère. Soit la filiale exerce une activité réelle au lieu de son siège social, ce qui sera le plus fréquent, et le maintien de la jurisprudence *Eurofood* semble le plus opportun¹⁴. Plusieurs procédures peuvent alors être ouvertes à l'encontre de diverses sociétés. Mais la coordination de ces différentes procédures devrait être renforcée¹⁵, pour favoriser une solution globale¹⁶. La procédure ouverte au lieu du siège social de la société mère devrait ainsi jouer le rôle de procédure pilote, pour éviter la fragmentation du groupe¹⁷. En pratique, cette coordination pourrait s'inspirer du modèle de la coordination imposée en cas d'ouverture de procédures d'insolvabilité principale et secondaires. Dans ce cas, les procédures secondaires, qui sont territoriales, sont subordonnées à la procédure principale, qui est universelle. L'article 31 du Règlement prévoit un devoir d'information et de coopération réciproques entre les syndicats des différentes procédures¹⁸, qu'il faudrait étendre aux juridictions¹⁹.

Ce principe de coordination et de coopération, qui repose sur un principe de hiérarchie entre les procédures, pourrait inspirer une articulation nouvelle entre les différentes procédures au sein d'un groupe²⁰. Il serait ainsi possible de créer une structuration des procédures, propre aux groupes de sociétés, telle celle d'une procédure pilote couplée avec des procédures parallèles (et non pas seulement secondaires). Pour éviter tout conflit, le règlement devrait prévoir que la procédure d'insolvabilité ouverte auprès d'une filiale devrait être automatiquement convertie en procédure parallèle, dès lors qu'une procédure pilote s'ouvre pour la société mère.

¹⁴ Dans le cas contraire, la présomption de l'art. 3, §1 pourrait être renversée, comme le prévoit l'arrêt *Eurofood*.

¹⁵ F. Mélin, « La réforme du règlement du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité », RLDA avril 2012, n°70, p. 73, spéc. p. 79.

¹⁶ Reprise des actifs, restructuration de la dette, etc.

¹⁷ M. Menjucq, « La question de l'application du règlement aux groupes de sociétés », Bull. Joly Entreprises en difficulté 2012, §13, p. 56.

¹⁸ Sur un renforcement de cette coopération sur le modèle des travaux de la CNUDCI sur la loi type sur l'insolvabilité internationale élaborée et diffusée en 1997, art. 26 et 27 : V. F. Mélin, « La réforme du règlement du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité », article cité, p. 84.

¹⁹ L.-C. Henry, « La coopération entre professionnels et entre juridictions », Bull. Joly Entreprises en difficulté 2012, §12, p. 58.

²⁰ M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n°531 ; F. Mélin, « La réforme du règlement du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité », article cité, p. 84. Adde, R. Dammann, « Droit européen des procédures d'insolvabilité : problématique des conflits de juridiction et de forum chopping », D. 2005, p. 1779, spéc. p. 1785.



VI - COORDINATION ENTRE LES PROCÉDURES PRINCIPALE ET SECONDAIRE

Q 12 - De manière générale, le dispositif de procédure secondaire a-t-il permis de protéger les intérêts des créanciers locaux et de faciliter la gestion des cas complexes ?

Non.

Le principal reproche adressé aux procédures secondaires vise leur caractère nécessairement liquidatif. En ce qui concerne l'ouverture d'une procédure secondaire, la conjugaison de l'absence de vérification de l'insolvabilité du débiteur (art. 27) et de la nature liquidative de la procédure inscrit le règlement dans une logique liquidative de satisfaction prioritaire des créanciers en rupture avec l'objectif de sauvetage des entreprises qui s'impose toujours davantage dans les droits des Etats membres et dans le droit de l'UE²¹. Il faut envisager une procédure secondaire non liquidative à coordonner avec la procédure principale. Il faudra alors coordonner un plan de restructuration principal avec éventuellement, non plus une simple liquidation, mais un autre plan de restructuration secondaire. Cela suppose une plus grande coordination des syndicats, et une coopération entre les juridictions. De telles modifications seraient d'autant plus nécessaires s'il était choisi de ne pas créer de dispositions spécifiques aux groupes de sociétés (V. *supra* question 11).

Q 13 - La coordination entre les procédures principale et secondaire est-elle globalement satisfaisante ?

Non.

Trois points au moins peuvent être améliorés, outre le point évoqué à la question précédente et qui suppose de permettre qu'une procédure secondaire soit une procédure tendant au redressement de l'activité du débiteur.

Tout d'abord, les conditions d'ouverture des procédures secondaires, notamment en cas d'ouverture préalable d'une procédure seulement territoriale, peuvent paraître complexes. Cela s'explique notamment par les différences des droits nationaux et le champ d'application du règlement. Si la procédure principale, devant être ouverte au lieu du siège social du débiteur, est une procédure provisoire qui ne figure pas à l'annexe A et n'implique pas le dessaisissement, même partiel du débiteur, la question se pose de savoir si la procédure, potentiellement secondaire²² dès l'ouverture d'une procédure principale définitive dans la foulée de la procédure provisoire, reste au non territoriale en attendant l'ouverture de cette procédure définitive. Une application conforme à l'esprit du règlement veut que la procédure ouverte au lieu de l'établissement soit d'ores et déjà considérée comme la procédure secondaire de la procédure principale en devenir²³.

²¹ V. aussi en ce sens, le rapport du Parlement européen du 15 novembre 2011, préc.

²² art. 36 et 37 du règlement sur la conversion d'une territoriale en secondaire si cela est utile aux créanciers.

²³ Tribunal de commerce de Nanterre (5e ch.), 30 nov. 2011, D. 2012, J, p. 596, note L C H.



Il serait souhaitable de le dire ou de s'accorder pour étendre le champ d'application (en modifiant l'article 1 et l'annexe A) du règlement aux procédures provisoires ayant vocation à devenir définitive et organisant en amont le sauvetage du débiteur.

Ensuite, il serait souhaitable de clarifier l'interprétation du règlement sur la date de cessation des paiements de la procédure secondaire. L'article 29 prévoit que son ouverture peut être demandée par le syndic de la procédure principale ou par « toute personne ou autorité habilitée à demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité en vertu de la loi de l'Etat membre sur le territoire duquel l'ouverture de la procédure secondaire est demandée. ». L'article 28 précise que la loi applicable est la *lex concursus*. Par suite, la combinaison des deux articles suggère que les conditions d'ouverture de la procédure secondaire sont celles de la *lex concursus*, ce qui suppose d'envisager une date de cessation des paiements propre à la procédure secondaire. Or l'article 27 précise que l'insolvabilité du débiteur n'a pas à être examinée dans l'Etat de la procédure secondaire. Une telle disposition écarte l'application de certaines dispositions protectrices des créanciers. Par exemple, il faut fixer une date de cessation des paiements pour permettre d'engager une action en nullité de la période suspecte en droit français contre des prises de garantie disproportionnées et pendant la période suspecte de l'un des créanciers du débiteur²⁴.

Enfin, il faudrait permettre, outre la coopération existante entre les syndics²⁵, une coopération entre les juridictions concernées, d'une part, pendant le déroulement de chacune des procédures, mais aussi avant l'ouverture des procédures subséquentes à la procédure initiale.

Q 14 - Le devoir de coopération entre les syndics fonctionne-t-il de manière efficiente et efficace ?

Oui et non.

La réponse est nuancée, car le règlement contient, en son article 31, une disposition utile à partir de laquelle les professionnels ont su trouver des méthodes pragmatiques de coopération, mais une marge de progression est encore possible.

Outre le code de bonne conduite Franco-italien de mai 2010, la négociation de nouveaux accords entre des professionnels de différents Etats membres montrent que les syndics ont su utiliser les directives générales de l'article 31 pour s'organiser en fonction de leur besoin²⁶. Cette marge de liberté doit demeurer. Le règlement pourrait néanmoins inciter à l'adoption de protocoles d'accord entre les syndics, et prévoir, sans la rendre obligatoire, l'homologation d'un tel protocole par les juridictions concernées.

²⁴ V. Tribunal de commerce de Nanterre, 30 nov. 2011, préc.

²⁵ Art. 31 du Règlement. Adde question suivante.

²⁶ V. notamment le protocole SENDO, l'accord EMTEC... le protocole SENDO, très complet, a donné lieu à une homologation judiciaire au Tribunal de NANTERRE, le 1er juin 2006



Par ailleurs, la grande variété de la situation des syndicats dans les Etats membres est une entrave à leur coopération professionnelle. En effet, la signature de tels accords suppose un minimum d'organisation professionnelle et la présence d'une institution représentative de la profession de syndicats à l'échelle nationale (en France, le CNAJMJ). Il faut une telle représentation pour négocier et signer des accords professionnels. Ainsi loin d'être critiquable, la présence d'organisations professionnelles est à promouvoir (en dépit des réticences connues en raison des dispositions du droit de la concurrence de l'UE) dans les différents Etats membres pour donner une assise solide au devoir de coopération et d'information entre les syndicats.

Q 15 - Le fait que le règlement sur l'insolvabilité ne prévoit aucun devoir de coopération entre les syndicats et la juridiction étrangère ni entre les juridictions concernées elles-mêmes a-t-il créé des problèmes ?

Oui.

Ce manque de coopération favorise les distorsions entre les procédures principale et secondaire. Elles ne facilitent pas le sauvetage des entreprises alors même que l'ensemble des droits nationaux et le droit de l'UE entendent favoriser le redressement des entreprises en difficulté. Il importe donc de favoriser la communication et la coopération. Toutefois, il faut se garder de prévoir des dispositions trop précises et impératives dans le règlement pour laisser aux magistrats comme aux syndicats la possibilité, de manière pragmatique de trouver les bons systèmes de coopération. De ce point de vue, le règlement, s'inspirant de l'article 31, devrait donner des objectifs de coopération en laissant toute liberté sur les moyens de leur réalisation.

La coopération et surtout la coordination des juridictions est souhaitable mais s'il faut prendre garde de respecter l'indépendance et l'impartialité des juges nationaux. Ces mesures deviennent incontournables si la procédure secondaire devenait une procédure permettant le redressement de l'entreprise (V. supra).

Les échanges entre les juridictions pourraient porter notamment sur le dépôt des demandes, la détermination de la procédure principale, la coordination des décisions approuvant les protocoles, la préparation et la réalisation des ventes d'actifs, et l'adoption des plans.

Pour faciliter de tels échanges, il serait souhaitable de favoriser la connaissance des différents droits nationaux par les magistrats amenés à statuer en matière d'insolvabilité, au moyen d'une formation en droit comparé. Il serait aussi envisageable de créer un réseau en ligne sécurisé entre les magistrats en charge des procédures principale et secondaire concernant un même débiteur.

S'agissant de la coopération entre les syndicats et les juridictions, les échanges devraient prioritairement concerner : l'inventaire ; l'évaluation de la situation du débiteur, surtout de son passif, pour trouver la meilleure solution de sauvetage pour l'entreprise ; la déclaration et la vérification des créances enfin le règlement collectif coordonné des créanciers dans le cadre de plans négociés.



VII - DROIT APPLICABLE

Q 16 - Considérez-vous que les dispositions du règlement sur l'insolvabilité en ce qui concerne le droit applicable sont globalement satisfaisantes ?

Oui.

Q 17 - Plus particulièrement, les exceptions à la règle générale sont-elles justifiées par la nécessité de protéger la confiance légitime et la sécurité juridique des transactions ?

Non.

Les différentes exceptions ont toutes une justification qui ne peut être, sur le principe, critiquée. Il reste qu'elles ne suffisent pas à régler toutes les difficultés, et perturbent par ailleurs le déroulement de la procédure principale.

On en prendra un seul exemple, le plus significatif : celui de l'article 10, relatif au contrat de travail.

Selon ce texte, les effets de la procédure d'insolvabilité sur le contrat de travail et sur le rapport de travail sont régis exclusivement par la loi de l'Etat membre applicable au contrat de travail.

En dépit de sa rédaction impérative et générale, la règle énoncée par le texte connaît de nombreuses dérogations.

Tout d'abord, la règle posée par l'article 10, peut se révéler fautive si, comme le permet le Règlement Rome 1, les parties au contrat de travail choisissent comme loi applicable, la loi d'un Etat tiers. Ce n'est alors pas « la loi de l'Etat membre » qui est applicable au contrat de travail. Il faudrait donc sans doute supprimer cette référence, pour se référer à la loi applicable au contrat (cette remarque peut être transposée pour les autres articles qui se réfèrent à la loi de l'Etat membre applicable au contrat : V. art. 4, 6 et 8 à 15).

Ensuite, la loi de l'Etat d'ouverture n'est pas complètement évincée, puisqu'elle définit les rangs des créances salariales, la représentation des salariés dans la procédure ou encore les règles de production des créances salariales pour leur prise en compte dans le passif. La question des licenciements cristallise ces difficultés, liées à l'absence de coordination entre la loi de la procédure d'insolvabilité et la loi applicable au contrat de travail. Par exemple, la première définit les pouvoirs du débiteur et du syndic. Quid si la loi du contrat de travail impose une autorisation judiciaire pour procéder au licenciement tandis que la loi de la procédure permet au syndic de procéder seul au licenciement ?

Il importe donc de créer des règles de coordination entre les lois applicables.

Il paraît également souhaitable d'harmoniser sur le plan substantiel certaines règles, telles celles relatives à l'audition des salariés, ou à leur protection dans les procédures de licenciement. A défaut les distorsions entre les lois applicables favorisent le *law shopping*, comme le montre la question de la garantie des salaires.

Cette garantie de salaires reste très différente selon les Etats. La CJUE (CJUE, 10 mars 2011, aff. C-477/09 Defossez) permet aux salariés travaillant dans un autre Etat membre que celui de



l'ouverture de la procédure de choisir le système de garantie qui leur est le plus favorable. Si la France est concernée, l'AGS française particulièrement protectrice sera ainsi toujours préférée. Or si la loi applicable à la procédure n'est pas la loi française, l'AGS subrogée dans les droits des salariés à la procédure risquera ne pas venir en rang utile pour obtenir le remboursement de ses avances. Ces distorsions témoignent de la nécessité d'une harmonisation.

Q 18 - La disposition relative aux droits réels fonctionne-t-elle de manière satisfaisante dans la pratique ?

Non.

La mise en œuvre de l'article 5 ne semble pas satisfaisante. Cette disposition, lorsqu'elle est appliquée, remet en cause le principe de l'universalité de la procédure principale. Si les biens du débiteur affectés d'un droit réel se trouvent sur le territoire d'un autre Etat membre que l'Etat du lieu d'ouverture de la procédure, les créanciers détenteurs des droits réels échappent totalement aux contraintes de la loi du concours. Par suite, une partie plus ou moins importante de l'actif échappe à la procédure, à la saisie et au paiement collectif. Le seul moyen pour rétablir l'emprise du droit des procédures collectives consiste en l'ouverture d'une procédure secondaire, coordonnée à la procédure principale²⁷. S'il est important de garantir la confiance légitime et la sécurité juridique aux titulaires de droit réel, il reste que par l'article 5 certains créanciers échappent à la discipline collective. Ils pourraient anticiper cet avantage en déplaçant les biens du débiteur avant le jugement d'ouverture (sous réserve certes des nullités protectrices des créanciers) dans un autre Etat membre que l'Etat d'ouverture de la procédure, rompant ainsi l'égalité entre les créanciers (alors que ce principe est posé comme essentiel par le règlement lui-même).

On peut donc proposer une alternative dans le cadre de la révision du règlement.

Soit l'ouverture d'une procédure secondaire serait imposée, en la limitant éventuellement aux seuls créanciers garantis par des droits réels dispersés dans différents Etat membres, et en leur laissant la possibilité d'une procédure contractuelle pour offrir plus de souplesse et limiter les coûts. Dans ce cas, les créanciers locaux bénéficiant de garanties réelles ne seraient pas confrontés à une loi du concours étrangère qu'ils ignorent.

Soit une règle matérielle européenne est créée pour préserver les droits réels en leur donnant une place privilégiée dans la loi du concours. Cependant une telle solution se heurte aux grandes différences existant entre les lois nationales tant en ce qui concerne les droits réels que le droit des procédures d'insolvabilité (voir considérant 25).

²⁷ L. C. Henry, L'approche des sûretés réelles dans le droit de l'Union européenne des entreprises en difficulté, LPA 11 février 2011 n° 30, P. 31.



Q 19 - La disposition relative aux actes préjudiciables fonctionne-t-elle de manière satisfaisante dans la pratique ?

Non.

Le sort des actes préjudiciables est essentiel pour assurer une bonne protection des tiers et permettre de récupérer l'actif de l'entreprise qui en a été frauduleusement privée. Or, les dispositions actuelles ne sont pas satisfaisantes.

A minima, il faut clarifier la loi applicable, qui reste pour l'heure incertaine. La protection des tiers est donc insuffisante.

Une réforme plus ambitieuse, mais qui semble nécessaire au vu de l'importance de la question pour les intérêts en présence, serait d'élaborer une règle substantielle. Cela permettrait de dresser la liste des actes préjudiciables et d'en définir la sanction. Dès lors que le fondement guidant la définition des actes préjudiciables serait la fraude aux droits des créanciers de la procédure, la règle substantielle pourrait être définie sans heurter les droits nationaux.



VIII - RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION

Q 20 - La reconnaissance de la décision ouvrant la procédure ou la reconnaissance et l'exécution d'autres décisions pendant la procédure posent-elles problèmes ?

Oui.

Ce principe est indispensable à l'effet universel de la procédure principale. Pour autant, il faut assurer le respect des droits fondamentaux en garantissant l'effectivité des voies de recours offertes aux parties insatisfaites de la décision d'ouverture (notamment en ce qui concerne l'application et l'interprétation de l'article 3-1 du règlement). Le principe de confiance mutuelle justifie l'absence de tout contrôle de la compétence du tribunal saisi qui ouvre la procédure. L'effectivité des voies de recours passe donc nécessairement par les droits nationaux. Or le propre du droit de l'insolvabilité est souvent la célérité et donc la stricte limitation des voies de recours. Il convient donc de veiller à ce que les droits nationaux assurent l'effectivité des voies de recours. A titre d'exemple, en ce qui concerne la compétence du tribunal prononçant l'ouverture de la procédure, la jurisprudence de la Cour de cassation française, interprétant les textes français avec souplesse, assure l'effectivité des recours pour les créanciers désapprouvant l'interprétation de l'article 3-1 du règlement, en leur ouvrant largement la tierce-opposition²⁸.

Q 21 – Avez-vous connaissance de cas où un Etat membre a refusé de reconnaître une procédure d'insolvabilité ou d'exécuter une décision pour des raisons de politique publique ?

Non.

Q 22- La définition de la décision « ouvrant une procédure d'insolvabilité » devrait-elle être modifiée pour tenir compte des régimes juridiques nationaux lorsqu'il n'y a pas ou pas toujours une décision de justice à l'origine de la procédure ?

Oui.

Il serait souhaitable d'intégrer l'hypothèse des décisions provisoires prises avant l'ouverture d'une procédure collective, entendue au sens du Règlement.

Il serait de même souhaitable de préciser la définition de la « décision de clôture ».

²⁸ Cass. com. 30 juin 2009, aff. Eurotunnel, n° 08-11902 : Bull. civ. IV n° 88.



IX - PUBLICATION DE LA PROCÉDURE D'INSOLVABILITÉ ET PRODUCTION DES CRÉANCES

Q 23 - Etes-vous d'accord avec l'affirmation selon laquelle l'absence de publication obligatoire de la décision d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité pose problème ?

Oui.

L'absence de publication obligatoire est un problème. Les articles 21 et 22 du règlement en la matière sont insuffisants. Pour y remédier, il faut mettre en place un registre à l'échelle de l'UE, disponible en ligne, et assurant la publicité des décisions d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Les modalités doivent être précisées. Le registre pourrait diffuser les informations publiées dans chaque Etat membre, ce qui imposerait sans doute à ces derniers de disposer d'un registre national uniquement consacré aux procédures d'insolvabilité et aux défaillances des entreprises afin de permettre une collecte facilitée des informations en la matière.

Les informations à publier seraient notamment : la date du jugement d'ouverture, le type de procédure ouverte, le nom et l'adresse du syndic, les délais de production des créances, les démarches à effectuer pour préserver les garanties des créanciers, les dates d'audience, les droits à l'information.

Q 24 - De manière générale, la production des créanciers dans un autre Etat membre ou le traitement des créanciers étrangers pose-t-il problèmes ?

Oui.

En l'absence d'une procédure secondaire, la production des créances en application d'une loi inconnue des créanciers et dans une langue étrangère pose toujours difficultés. Ces dernières sont moins graves pour des créanciers institutionnels, habitués aux échanges internationaux et dotés d'un service juridique efficace.

Le silence relatif du règlement quant aux modalités de la déclaration des créances laisse largement la place à l'application de la loi du concours²⁹. Cette dernière peut être difficile à connaître et mettre en œuvre pour les créanciers étrangers notamment pour des raisons de langue. Le simple avertissement dans le titre du document dans toutes les langues de l'UE prévu par l'article 42-1 est insuffisant. Cet article ne résout pas le problème des langues et de la traduction. Un élément important se trouve dans l'article 40 prévoyant l'avertissement des créanciers connus sans délai par le syndic de la procédure. Cette disposition doit être préservée.

Pour protéger davantage les créanciers étrangers, il faudrait prévoir un rallongement des délais de déclaration des créances, à leur bénéfice, et réfléchir à un formulaire unique de déclaration des créances, qui serait simplifié, et qui figurerait en annexe du règlement, dans toutes les langues des Etats membres.

²⁹ L. C. Henry, La procédure et le règlement communautaire, LPA, 28 novembre 2008 n° 239, p. 39.



En revanche, il ne paraît pas nécessaire d'intervenir sur le risque de double déclaration en cas de procédure principale et de procédure secondaire ou le risque d'un double paiement (dans l'Etat du lieu d'ouverture au titre de la procédure principale ou dans l'Etat de la procédure secondaire ou plus difficile à contrôler dans un Etat qui doit seulement respecter l'effet universel de la procédure principale). Les syndics par les accords mis en place croisent en effet leurs informations sur les productions de créances pour traquer les doubles déclarations et se répartissent strictement le paiement pour éviter les doublons. De ce point de vue la pratique semble avoir apporté les réponses permettant de dépasser ces difficultés.

Q 25 - Le dispositif du règlement sur l'insolvabilité en ce qui concerne les langues à utiliser pour l'information des créanciers et la production des créances pose-t-il difficultés ?

Oui.

Comme il l'a été suggéré à la question 23, ce dispositif est insuffisant. La traduction pose problème. Le droit français, par une jurisprudence relative aux procédures d'insolvabilité internationales, répond en partie en prévoyant au nom des droits fondamentaux, la nécessité d'une traduction de l'information adressée au créancier³⁰. Il reste qu'il faut, si une telle traduction dans la langue du créancier était prévue et vice versa la traduction dans la langue de la procédure, prévoir qui en supporte le coût souvent assez élevé. Pour l'heure, lorsque la traduction doit intervenir, le support du coût dépend de chaque loi nationale. Il reste à décider si le coût devrait peser sur la procédure.

En outre, les délais tenant à la traduction devraient être fixés et ils devraient être assez brefs et précis pour ne pas retarder le déroulement de la procédure. Enfin, à défaut de traduction dans les délais, la procédure devrait se poursuivre en passant outre en raison, une nouvelle fois, de la célérité, indispensable à la réussite de la procédure.

³⁰ Cass. com., 21 février 2006, pourvoi n° 04-19.149, inédit.



X - DIFFÉRENCES ENTRE LES LÉGISLATIONS NATIONALES EN MATIÈRE D'INSOLVABILITÉ

Q 26 – Selon vous, les différences entre les législations nationales en matière d'insolvabilité créent-elles des obstacles à la bonne administration des procédures d'insolvabilité transfrontalières, ou des difficultés pour les sociétés menant des activités transfrontalières ou détenant des actifs dans différents Etats membres ?

Oui.

Les différences entre les législations nationales présentent notamment des dangers pour les créanciers, qui pourraient être réduits par l'adoption de règles harmonisées.

Des règles communes seraient ainsi souhaitables pour les modalités et les délais de déclaration des créances, ce qui aiderait à la simplification des démarches des créanciers étrangers (Adde supra question n° 23).

Les règles du droit des procédures collectives fondées sur la fraude devraient elles aussi être harmonisées pour davantage d'efficacité. A déjà été signalée la nécessité d'harmoniser les règles relatives aux actes préjudiciables. L'exemple de l'arrêt du 15 décembre 2011 de la CJUE³¹ met en évidence la nécessité de réglementer plus largement toutes les formes de fraude. Le droit français connaît la possibilité d'étendre la procédure collective d'un débiteur à l'encontre d'un autre débiteur, en cas de confusion de leurs patrimoines ou de fictivité, lesquelles ne sont que des hypothèses particulières de fraudes, destinées à faire échapper une partie de l'actif aux recours des créanciers. La CJUE a décidé que la juridiction de l'Etat d'ouverture ne peut étendre la procédure collective que si elle établit qu'elle est compétente au sens de l'article 3. 1 du règlement. On en déduit qu'il suffit par exemple, de constituer deux sociétés dans deux Etats différents, et de confondre leurs patrimoines, pour priver de toute efficacité l'action en extension, dès lors que chaque société aura une activité réelle au lieu de son siège. L'absence de règle matérielle et unifiée sur ce point conduit à faire échapper une partie de l'actif qui devrait figurer dans le patrimoine du débiteur soumis à la procédure collective, et qui n'en est sorti que frauduleusement. La révision du Règlement pourrait être l'occasion d'adopter une telle règle substantielle, ou, à défaut, d'instituer une exception à l'article 3.1, s'agissant de la compétence pour une action en extension de la procédure collective (V. *supra* question n° 8).

Q 27 – Selon vous, existe-t-il d'importantes sources d'inefficacité dans votre droit national en matière d'insolvabilité ?

Non.

³¹ CJUE, 15 déc. 2011, aff. C-191/10, Rastelli c/Hidoux : D. 2012, p. 403, note J.-L. Vallens ; p. 406, note R. Dammann et F. Muller ; RPC 2012, étude 2, M. Menjucq.



Q28 - Considérez-vous que votre législation nationale en matière d'insolvabilité présente un bon équilibre entre la nécessité d'une procédure efficiente et le droit des parties à un recours effectif ?

Non.

Dans la mesure où la compétence de la juridiction ayant ouvert la procédure d'insolvabilité en application de l'article 3.1 du règlement, ne peut être contestée que par le biais des voies de recours de droit interne, il apparaît nécessaire d'étendre le délai de contestation du jugement d'ouverture au profit des créanciers étrangers en ce cas. L'impératif de célérité qui doit prévaloir lorsque la procédure est purement interne, doit être ici conjugué avec les difficultés liées à l'activité transfrontalière du débiteur. Une règle commune fixant au sein du règlement ce délai de contestation apparaît donc nécessaire.



XI - COÛT DE LA PROCÉDURE

Q 29 – Selon vous, les coûts d'une procédure d'insolvabilité transfrontalière sont-ils disproportionnés par rapport à la dette ?

Non.

Q 30 – Selon vous, les coûts d'une restructuration ou réorganisation transfrontalière sont-ils disproportionnés ?

Non.

Q 31 – Devrait-on mettre en place des régimes d'insolvabilité simplifiés à coûts réduits pour certains débiteurs, notamment pour les travailleurs indépendants et les PME ?

Oui.

Il importe pour ce type de débiteur de maîtriser les coûts de la procédure, sous peine qu'ils n'épuisent les ressources subsistantes de l'entreprise, écartant toute possibilité de redressement et ne permettant qu'un apurement résiduel du passif. La simplification paraît même s'imposer lorsque la situation de l'entreprise conduit à sa liquidation. En ce cas, il faudrait nommer un liquidateur unique, réduire la vérification du passif aux seules créances privilégiées (sauf l'hypothèse d'une action en responsabilité permettant de récupérer de l'actif), permettre la cession simplifiée des biens de l'entreprise.



XII – AUTRES QUESTIONS

Q 32 – D'autres questions devraient-elles être abordées dans le cadre de la révision du règlement sur l'insolvabilité ?

Non.

Spécialement, il ne doit pas être question de supprimer la réserve de l'ordre public national posée par l'article 26 du règlement.



ANNEXE

I. PRÉSENTATION DU RÉSEAU TRANS EUROPE EXPERTS

Trans Europe Experts (TEE) est une association créée en 2009 par cinq universitaires français, agrégés des facultés de droit et particulièrement investis en Europe : Bénédicte Fauvarque-Cosson, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) et présidente de TEE ; Judith Rochfeld, professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I) et présidente de TEE ; Denis Mazeaud, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) et vice-président de TEE ; Carole Aubert de Vincelles, professeur à l'Université de Cergy-Pontoise et secrétaire générale de TEE ; Olivier Deshayes, professeur à l'Université de Cergy-Pontoise et secrétaire général adjoint de TEE ; Catherine Prieto, professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I) et trésorière de TEE.

Trans Europe Experts a pour vocation de constituer un réseau, fédérant de nombreux universitaires français et étrangers, des professionnels du droit, de la politique, de l'économie ainsi que des représentants des mondes social et associatif. Ce réseau a pour objet la participation effective de tous à l'élaboration du droit européen.

NOS MISSIONS

Trans Europe Experts entend promouvoir la participation active des experts français, en lien avec leurs collègues et partenaires européens, aux discussions qui se déroulent en Europe, au sein d'une structure fédératrice permettant de mener une action coordonnée, réactive et dynamique. Ainsi, Trans Europe Experts permettra à chacun de s'informer et d'être identifié comme personne intéressée et impliquée dans les discussions juridiques européennes, tout en offrant une plus grande visibilité aux instances de décisions nationales (ministères impliqués dans les discussions de textes juridiques européens), ou européennes (Commission et Parlement européens).

Possédant un vivier d'experts visible et identifiable, Trans Europe Experts constitue également un réseau d'influence donnant à ces experts les moyens de peser efficacement sur les orientations juridiques prises en Europe.



RÉPONSE PRÉSENTÉE PAR TRANS EUROPE EXPERTS À LA CONSULTATION PUBLIQUE DE LA COMMISSION EUROPÉENNE SUR L'AVENIR DE LA LÉGISLATION EUROPÉENNE EN MATIÈRE D'INSOLVABILITÉ

La tâche de Trans Europe Experts s'articule autour des trois missions suivantes :

1° - L'expertise par la mise à disposition d'un vivier d'experts. Le vivier d'experts est organisé en pôles de compétence réunissant universitaires et professionnels, en lien avec des représentants des mondes politiques, économiques, sociaux et associatifs. Il est prêt à répondre aux demandes d'expertises et appels d'offres lancés en Europe mais également par les instances nationales.

2° - La sensibilisation des milieux juridiques, sociaux, économiques et politiques, aux enjeux européens. Le vivier d'experts et les membres qui le constituent peuvent être sollicités pour toutes entreprises d'information, de sensibilisation et d'approfondissement des enjeux juridiques européens. Ses actions sont à destination de tous les intéressés, que ce soient les personnels politiques impliqués dans les discussions européennes, les pouvoirs publics en charge de questions européennes (ministères notamment) ou les représentants de groupes économiques, professionnels ou associatifs de tous ordres. Cette entreprise se concrétise, en outre, annuellement, de façon formelle et stable, avec l'organisation et la tenue du Forum des enjeux juridiques européens. Les enjeux juridiques contemporains y sont présentés en session plénière et en ateliers, organisés autour des pôles de compétence.

3° - L'organisation d'un réseau d'influence. TEE se propose de fédérer les acteurs français et européens d'ores et déjà actifs en Europe, afin de constituer un réseau d'influence plus apte à accroître la présence des juristes de tous horizons sur la scène européenne. Ainsi, TEE leur permet de travailler ensemble, dans des commissions composées d'universitaires, de professionnels et de représentants d'institutions diverses ou d'associations.

NOTRE ORGANISATION

Trans Europe Experts est administrée par un Conseil de direction actuellement constitué des cinq membres fondateurs de l'association, élus par son assemblée générale, ainsi que de deux membres nommés par le Conseil.

Elle est organisée et structurée en une vingtaine de pôles de compétence réunissant universitaires, français et étrangers, ainsi que des professionnels et représentants des mondes politiques, économiques, sociaux et associatifs. Chaque pôle est dirigé par un universitaire français spécialiste de la matière et investi en Europe.



LES PÔLES DE COMPÉTENCE

Droit de l'agro-alimentaire, dirigé par François Collart Dutilleul, professeur à l'Université de Nantes, et Cécile Moiroud, Maître de conférences à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Droit de la concurrence, dirigé par Catherine Prieto, professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I) et David Bosco, professeur à l'Université de Nice Droit de l'environnement, dirigé par François-Guy Trébulle, professeur à l'Université Paris Descartes (Paris V)

Droit de la propriété intellectuelle, dirigé par Célia Zolynski, professeur à l'Université de Rennes 1

Droit de la responsabilité, dirigé par Jean-Sébastien Borghetti, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Droit de la santé, dirigé par Anne Laude, professeur à l'Université Paris Descartes (Paris V)

Droit des contrats, de la consommation, du commerce électronique, dirigé par Martine Béhar-Touchais, professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Droit des étrangers, dirigé par Karine Parrot, professeur à l'Université de Valenciennes et Jean Matringe, professeur à l'Université de Versailles-Saint-Quentin

Droit des services financiers, dirigé par Luc Grynbaum, professeur à l'Université Paris Descartes (Paris V)

Droit des sociétés, dirigé par Bruno Dondero, professeur à l'Université de Picardie et Bernard Saintourens, professeur à l'Université Bordeaux IV

Droit des sûretés, dirigé par Pierre Crocq, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Droit immobilier, dirigé par Hugues Périnet-Marquet, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Droit international privé, dirigé par Sylvaine Poillot-Peruzzetto, professeur à l'Université de Toulouse et Etienne Pataut, professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Droit pénal, dirigé par David Chilstein, professeur à l'Université d'Artois

Droit social, dirigé par Etienne Pataut, professeur l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Droits fondamentaux et droit de la famille, dirigé par Estelle Gallant, Maître de Conférences à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Justice civile, dirigé par Soraya Amrani-Mekki, professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre-La Défense (Paris X)

Libertés de circulation, dirigé par Jean-Sylvestre Bergé, professeur à l'Université Lyon III, et Loïc Azoulaï, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) et à l'Institut universitaire de Florence



II. PRÉSENTATION DU PÔLE DROIT DES SOCIÉTÉS

Le pôle Droit des sociétés du réseau Trans Europe Experts vise à constituer un lieu d'échanges et d'expertise afin de réfléchir aux évolutions souhaitables de la législation communautaire relative à ce droit.

Ce groupe d'experts est pour l'essentiel composé d'universitaires ayant une fine connaissance du droit des sociétés et plus généralement du droit des affaires. Il s'appuie également de façon permanente ou ponctuelle sur l'expertise de divers praticiens, spécialistes des questions soulevées par les consultations.

Il est particulièrement actif au sein de Trans Europe Experts. Sa dernière publication est intervenue en mars 2012 et s'intitule « Le cadre de la gouvernance d'entreprise dans l'Union Européenne - Réponse à la Consultation publique de la Commission Européenne », collection SLC-TEE (*voir la présentation de l'ouvrage dans la rubrique « Evènements en 2012 » du site de TEE*). Elle est bilingue français-anglais et est issue d'une réponse du pôle à la consultation publique de la Commission européenne relative « au cadre de la gouvernance d'entreprise dans l'Union européenne », de juillet 2011.