

RECHTSLEER

DOCTRINE

INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT / DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Le règlement n° 2015/848 relatif aux procédures d'insolvabilité: les principales innovations en matière d'insolvabilité communautaire

Vanessa Marquette¹

Section I. Introduction	9
Section II. Principales modifications par rapport au règlement n° 1346/2000	12
A. Champ d'application territorial du Règlement 2015/848	12
B. Extension du champ d'application matériel du règlement n° 2015/848.	12
<i>a) Une définition plus large des procédures d'insolvabilité visées (art. 1 et 2)</i>	12
i. Plus d'exigence d'insolvabilité avérée	13
ii. Plus d'exigence de dessaisissement	14
iii. Plus de nécessité de désigner un « syndic »	15
iv. Procédures collectives, publiques et intervention d'une « juridiction »	15
v. Procédures de décharge ou d'ajustement des dettes	17
vi. Procédures intérimaires ou provisoires	17
<i>b) Liste exhaustive des procédures d'insolvabilité (annexe A)</i>	18
C. Règles de compétence (art. 3 à 6)	19
<i>a) Clarification de la notion de COMI</i>	19
<i>b) « Forum shopping »</i>	20
<i>c) Actions connexes</i>	22
D. Conflits de lois (art. 7 à 18) et localisation des actifs	23
E. Procédures d'insolvabilité secondaires (art. 34 à 52)	24
<i>a) Refus ou suspension de l'ouverture d'une procédure secondaire</i>	26
i. Engagement du praticien de l'insolvabilité	26
ii. Suspension provisoire des poursuites individuelles dans la procédure principale	27
<i>b) Procédures secondaires de sauvegarde</i>	27
<i>c) Coopération entre procédure principale et procédure(s) secondaire(s)</i>	28
F. Publicité des décisions liées à la procédure d'insolvabilité (art. 24 à 30), information des créanciers et production des créances (art. 53 à 55)	28
<i>a) Publicité des décisions – Registre électronique de l'insolvabilité.</i>	28
<i>b) Production des créances</i>	29
G. Insolvabilité des groupes de sociétés (art. 56 à 77)	30
<i>a) Coopération et communication</i>	31
<i>b) Coordination</i>	31
i. Coordinateur	31
ii. Intervention dans une autre procédure d'insolvabilité	31
iii. Procédure de coordination collective (art. 61 à 77)	31
Section III. Conclusion	32

¹ Maître de conférences à l'ULB, avocat Simont Braun.
L'auteur remercie monsieur Pierre Antoine pour ses recherches et sa relecture attentive.

RÉSUMÉ

Un nouveau règlement européen relatif aux procédures d'insolvabilité est entré en vigueur le 26 juin 2015. Il remplacera le règlement n° 1346/2000 à partir du 26 juin 2017.

Les grands axes de la modernisation du droit européen de l'insolvabilité mis en œuvre par le nouveau règlement n° 2015/848 portent sur:

- *la préservation des entreprises en difficulté et de l'emploi;*
- *une meilleure protection des créanciers et une meilleure information sur les procédures d'insolvabilité par la mise en place de registres électroniques d'insolvabilité au sein de chaque Etat membre et par la mise à disposition d'informations standardisées et de formulaires uniformisés de production des créances;*
- *la lutte contre le « forum shopping », notamment grâce à la clarification de la notion de centre des intérêts principaux du débiteur insolvable; et*
- *l'organisation de règles particulières pour régir l'insolvabilité des groupes multinationaux de sociétés.*

La première partie de la contribution est consacrée à l'analyse de la nouvelle définition, beaucoup plus large, de « procédure d'insolvabilité ». Cette nouvelle définition englobe désormais une série de procédures de sauvegarde organisées par le droit de l'insolvabilité des différents Etats membres. Il en résulte une extension significative du champ d'application matériel des règles en matière d'insolvabilité paneuropéennes.

C'est ensuite la nouvelle définition de « centre des intérêts principaux » (« COMI ») du débiteur insolvable qui est examinée. Cette notion est et demeure essentielle dans le cadre du règlement n° 2015/848 en ce qu'elle fonde la compétence des juridictions des Etats membres pour l'ouverture d'une procédure principale d'insolvabilité. La clarification de la notion de « centre des intérêts principaux » vise essentiellement à limiter la possibilité pour le débiteur insolvable d'opter pour la juridiction qui lui est la plus favorable (forum shopping). L'absence de définition légale dans le texte du règlement n° 1346/2000 avait suscité de nombreuses critiques et une abondante jurisprudence, jurisprudence qui est désormais transposée à l'article 3, 1., du règlement n° 2015/848.

Les dispositions du règlement n° 2015/848 qui organisent les relations entre procédures principale et secondaire(s) sont également analysées, notamment la possibilité désormais offerte de refuser ou de suspendre l'ouverture d'une procédure secondaire dans un Etat membre lorsque certaines conditions visant à assurer la protection des créanciers locaux sont réunies.

La meilleure publicité réservée à l'ouverture des procédures d'insolvabilité européennes par le biais des registres électroniques de l'insolvabilité à constituer au sein de tous les Etats membres et par la mise à disposition d'informations et de documents standardisés afin de permettre aux créanciers de déclarer plus facilement et plus efficacement leurs créances est également examinée.

La dernière partie de la contribution concerne l'insolvabilité des groupes de sociétés. Un chapitre entier du règlement n° 2015/848 est consacré à cette question qui constitue une des nouveautés attendues du nouveau texte. Le règlement n° 2015/848 n'organise pas de super procédure d'insolvabilité qui engloberait toutes les sociétés d'un groupe international en difficulté mais, au contraire, confirme le principe de procédures d'insolvabilité distinctes pour chacune des sociétés membres du groupe, tout en prévoyant cependant des mesures de coordination et de coopération entre les différentes procédures d'insolvabilité ouvertes au sein des différents Etats membres. Le règlement n° 2015/848 organise toutefois une procédure de coordination collective volontariste afin de faciliter la gestion efficace des procédures ouvertes à l'égard des différents membres du groupe.

Enfin, la contribution examine brièvement les modifications qui sont nécessaires en droit positif belge, notamment en vue de la création d'un registre électronique de l'insolvabilité dont la mise en œuvre est annoncée aux environs du mois d'avril 2017.

SAMENVATTING

Een nieuwe verordening betreffende insolventieprocedures is in werking getreden op 26 juni 2015. Vanaf 26 juni 2017 zal zij de verordening nr. 1346/2000 vervangen.

De grote lijnen van de modernisering van het Europees insolventierecht die ten uitvoer gelegd worden door de nieuwe verordening nr. 2015/848 hebben betrekking op:

- *de instandhouding van ondernemingen in moeilijkheden en van de tewerkstelling;*
- *een betere bescherming van de schuldeisers en betere informatie over de insolventieprocedures door het opzetten*

- van elektronische insolventieregisters binnen iedere lidstaat en door de terbeschikkingstelling van gestandaardiseerde informatie en geuniformiseerde formulieren voor het indienen van schuldvorderingen;
- de strijd tegen het “forum shoppen”, m.n. dankzij de verduidelijking van de notie van centrum van voornaamste belangen van de insolvente schuldenaar; en
- het invoeren van bijzondere regels inzake de insolventie van internationale vennootschapsgroepen.

Het eerste deel van de bijdrage is gewijd aan de analyse van de nieuwe, veel bredere definitie van “insolventieprocedure”. Deze nieuwe definitie omvat voortaan een reeks procedures met redding tot doel, beheerst door het insolventierecht van verschillende lidstaten. Ze brengt een aanzienlijke uitbreiding met zich mee van het materiële toepassingsgebied van de regels inzake de pan-Europese insolventie.

Vervolgens wordt de nieuwe definitie van “centrum van de voornaamste belangen” (“COMI”) van de insolvente schuldenaar onderzocht. Deze notie is en blijft essentieel in het kader van de verordening nr. 2015/848 in de zin dat zij de basis legt voor de bevoegdheid van de jurisdicties van de lidstaten voor het openen van de insolventieprocedure. De verduidelijking van de notie “centrum van de voornaamste belangen” beoogt voornamelijk de beperking van de mogelijkheid voor de insolvente schuldenaar om de jurisdictie te kiezen die hem het meest voordelig is (forum shopping). De afwezigheid van wettelijke definitie in de tekst van de verordening nr. 1346/2000 is veelvuldig bekritiseerd en heeft een omvangrijke rechtspraak met zich mee gebracht, rechtspraak die voortaan omgezet is in artikel 3, 1. van de verordening nr. 2015/848.

De bepalingen van de verordening nr. 2015/848 inzake de verhoudingen tussen hoofd- en secundaire procedure(s) worden eveneens geanalyseerd, in het bijzonder de mogelijkheid die voortaan geboden wordt om de opening van een secundaire procedure in een lidstaat te weigeren of te schorsen als bepaalde voorwaarden om de bescherming van lokale schuldeisers te verzekeren vervuld zijn.

De betere bekendmaking voorbehouden aan de opening van de Europese insolventieprocedures door middel van binnen elke lidstaat op te richten elektronische insolventieregisters en door de terbeschikkingstelling van informatie en gestandaardiseerde documenten teneinde de schuldeisers toe te laten hun schuldvorderingen sneller en efficiënter aan te geven wordt eveneens onderzocht.

Het laatste deel van de bijdrage is gewijd aan de insolventie van vennootschapsgroepen. Een volledig hoofdstuk van de verordening nr. 2015/848 is gewijd aan deze vraag die een van de meest verwachte nieuwigheden is van de nieuwe tekst. De verordening nr. 2015/848 voert geen super insolventieprocedure in die alle vennootschappen van een internationale groep in moeilijkheden omvat. In tegendeel, zij bevestigt het principe van afzonderlijke insolventieprocedures voor iedere vennootschap die lid is van de groep, dit alles terwijl ze maatregelen van coördinatie en coöperatie voorziet tussen de verschillende geopende insolventieprocedures binnen verschillende lidstaten. De verordening nr. 2015/848 voorziet niettemin in een collectieve, vrijwillige coördinatieprocedure met als doel het faciliteren van het efficiënt beheer van geopende procedures met betrekking tot verschillende leden van de groep.

Ten slotte onderzoekt de bijdrage kort de wijzigingen die nodig zijn in het Belgisch positief recht, in het bijzonder met betrekking tot de oprichting van een elektronisch register waarvan de tenuitvoerlegging voorzien is rond april 2017.

SECTION I. INTRODUCTION

1. Le règlement communautaire n° 1346/2000 relatif aux procédures d’insolvabilité (le « règlement n° 1346/2000 ») est en vigueur dans tous les Etats membres de l’Union européenne (à l’exception du Danemark)² depuis le 31 mai 2002. Il organise des règles communes qui régissent les procédures d’insolvabilité transfrontalières au sein de l’Union européenne, qu’elles impliquent des entreprises, des commer-

cants ou des particuliers. Malgré le succès de cet instrument, il était temps de lui offrir un nouvel élan et de remédier à certaines lacunes et difficultés. Une réforme était d’ailleurs attendue depuis 2012 car le règlement n° 1346/2000 prévoyait un processus de révision 10 ans après son entrée en vigueur.

² Art. 1^{er} et 2 du protocole (n° 22) sur la position du Danemark (1992), annexé au traité sur l’Union européenne, au traité sur le fonctionnement de l’Union européenne ainsi qu’au traité instituant la Communauté européenne.

Un nouveau règlement européen relatif aux procédures d'insolvabilité a été adopté au terme d'un processus législatif initié fin 2011 (le « règlement n° 2015/848 »)³.

2. La Commission a présenté, le 12 décembre 2012, une proposition de modernisation du règlement n° 1346/2000 dans le cadre de la procédure législative ordinaire organisée par l'article 294 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (la « proposition » et le « TFUE »)⁴.

Le 5 février 2014, le Parlement adopta une résolution sur la proposition de règlement modifiant le règlement n° 1346/2000.

Le règlement n° 2015/848 fut finalement adopté le 20 mai 2015 pour entrer en vigueur le 26 juin 2015, soit le 20^e jour suivant sa publication au *Journal officiel de l'Union européenne*. Il ne sera cependant applicable qu'à partir du 26 juin 2017⁵. Jusqu'à cette date, le règlement n° 1346/2000, abrogé⁶, continuera à s'appliquer. Par ailleurs, des dates spécifiques d'application sont prévues pour certaines dispositions du règlement n° 2015/848⁷:

- le 26 juin 2016: pour la mise à disposition de l'information sur le droit national et le droit de l'Union européenne en matière d'insolvabilité (art. 86);
- le 26 juin 2018: pour la création des registres publics d'insolvabilité dans chacun des Etats membres (art. 24, 1.); et
- le 26 juin 2019: pour l'interconnexion des registres nationaux d'insolvabilité (art. 25).

Le Royaume-Uni et l'Irlande ayant notifié leur souhait de participer à l'adoption et à l'application du règlement n° 2015/848⁸, celui-ci devait en principe être applicable dans tous les Etats membres, à l'exception du Danemark. Les incertitudes actuelles entourant le processus de sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne ne permettent cependant pas de déterminer à ce stade si et dans quelle mesure le règlement n° 2015/848 y sera applicable.

3. Les études juridiques et empiriques menées par la Commission ont mis en évidence des lacunes et des difficultés d'application du règlement n° 1346/2000 qui concernent principalement⁹:

- l'exclusion du champ d'application du règlement n° 1346/2000 de certaines procédures d'insolvabilité visant à privilégier la restructuration du débiteur en difficulté plutôt que sa liquidation;
- les difficultés liées à la désignation des juridictions compétentes pour ouvrir une procédure d'insolvabilité, soit parce que le centre des intérêts principaux (le fameux « COMI ») du débiteur n'est pas aisément localisable, soit en raison d'un déplacement abusif du COMI par le débiteur en vue de favoriser la compétence de la juridiction la plus favorable (« *forum shopping* »);
- la difficulté de parvenir à restructurer une entreprise (et donc d'assurer la continuité de ses activités) en cas d'ouverture de procédures secondaires qui privent le syndic de la procédure principale de la possibilité de céder les actifs englobés dans ces procédures secondaires (qui sont nécessairement des procédures de liquidation dans le cadre du règlement n° 1346/2000);
- l'impossibilité pour les créanciers et pour les juridictions saisies de savoir si une procédure d'insolvabilité a déjà été ouverte à l'encontre du débiteur au sein de l'Union, ce qui entraîne des risques d'ouverture de procédures parallèles;
- le coût et les difficultés rencontrées par les créanciers pour produire leurs créances dans une procédure d'insolvabilité ouverte dans un autre Etat membre; et
- l'absence de règle spécifique applicable à l'insolvabilité des groupes multinationaux d'entreprises, ce qui compromet les chances de restructuration de tels groupes.

4. Le processus législatif ayant mené à l'adoption du

³ Règlement (UE) n° 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, *J.O.U.E.*, 5 juin 2015, L. 141/19; C. ALTER et A. LEVY MORELLE, « Financière reglementering – Actualiteit / Réglementation financière – Actualité », *D.B.F.-B.F.R.*, 2015/5, pp. 346-350; N. GALLUS, V. WYART, A. MAETERLINCK, L. COENJAERTS, L. COENJAERTS, M. GRÉGOIRE, M. GRÉGOIRE, M. GRÉGOIRE, X. TATON, A. GHILAIN, P. CAMPOLINI, J. CABAY, M. BERWETTE, J. BIART et J. TORO, « Chronique de législation en droit privé (1^{er} janvier-30 juin 2015) », *J.T.*, 2015/35-36, n° 6621, pp. 753-754; G. MINNE et F. FAYOT, « Les principales innovations du nouveau règlement relatif aux procédures d'insolvabilité », *J.D.E.*, 2016/1, n° 225, pp. 2-7; C. VAN BUGGENHOUT et C. SAS, « Nieuwe Europese regelgeving in rechtspraak inzake grensoverschrijdende insolventieprocedures », in *Le DIP au quotidien / IPR in het dagelijkse leven*, Bruxelles, Editions Larcier, 2015, pp. 105-119; A. VAN HOE, « Verordening (EU) nr. 2015/848 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures (herschikking) », *Pb.L.* 5 juni 2015, 141/19 », *R.D.C.*, 2015, p. 750; NKGB – CNHB, « Verordening (EU) van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures », *GDW*, 2015/4, p. 4.

⁴ L'article 46 du règlement n° 1346/2000 prévoit que la Commission fasse rapport sur l'application du règlement au plus tard le 1^{er} juin 2012 et ensuite tous les 5 ans, ce rapport étant accompagné, le cas échéant, d'une proposition de modification du texte du règlement. En novembre 2011, le Parlement européen a ainsi adopté une résolution sur les procédures d'insolvabilité dans laquelle il appelait notamment à la révision du règlement n° 1346/2000 (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 (Doc. « P7_TA(2011)0484 ») et proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil relatif aux procédures d'insolvabilité (Doc. « COM(2012) 744 final »).

⁵ Art. 92 du règlement n° 2015/848.

⁶ Art. 91 du règlement n° 2015/848.

⁷ Art. 92 du règlement n° 2015/848.

⁸ Doc. « 6106/13 JUSTCIV 81 CODEC 811 » et « 8325/13 JUSTCIV 79 CODEC 777 ».

⁹ *Exposé des motifs* de la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 1346/2000, *o.c.*, pp. 2-3, point 1.2.

règlement n° 2015/848 a été jalonné d'intenses débats suscités par les objectifs *a priori* antagonistes qui étaient poursuivis.

Les travaux de la Commission, du Parlement et du Conseil ont été guidés par l'objectif commun d'améliorer l'efficacité des procédures d'insolvabilité transfrontalières pour permettre au marché intérieur de mieux résister en cas de crise en privilégiant la survie des débiteurs et la préservation de l'emploi plutôt que la liquidation des entreprises en difficulté¹⁰. Cette culture du sauvetage des entreprises en difficulté, présente depuis des années dans les droits nationaux de l'insolvabilité de plusieurs Etats membres, se retrouve désormais au cœur des préoccupations du législateur européen.

Une des principales modifications consiste ainsi en l'extension du champ d'application matériel du règlement afin d'englober les procédures de sauvegarde actuellement exclues du règlement n° 1346/2000 (comme p. ex. les procédures de pré-insolvabilité, les procédures dites « hybrides » ou encore les procédures de décharge ou d'ajustement de dettes). Aussi, les procédures secondaires peuvent, sous l'égide du règlement n° 2015/848, être des procédures de sauvegarde ou de liquidation alors que le règlement n° 1346/2000 n'autorise que l'ouverture de procédures secondaires de liquidation.

Cet objectif de sauvetage se heurte à une autre priorité, qui a également orienté les travaux de modernisation du règlement n° 1346/2000, s'agissant de la préservation des droits des créanciers. Le règlement n° 2015/848 organise notamment à cette fin un accès plus aisé aux procédures d'insolvabilité ouvertes dans un Etat membre, grâce à (i) la publicité des décisions d'ouverture des procédures d'insolvabilité via la création de registres électroniques d'insolvabilité au sein de chacun des Etats membres et (ii) la mise à disposition des créanciers d'informations standardisées sur les procédures d'insolvabilité de chaque Etat membre et de formulaires uniformisés de production des créances.

La clarification de la notion de COMI, qui demeure la notion centrale permettant d'établir la compétence des juridictions des Etats membres pour l'ouverture d'une procédure principale d'insolvabilité, participe également à la protection des créanciers dans la mesure où elle vise à limiter les possibilités de *forum shopping* d'un débiteur insolvable qui cherche-

rait à déplacer son COMI dans la juridiction la moins favorable à ses créanciers.

Les autres grands axes de modernisation du règlement n° 2015/848 portent sur:

- l'amélioration de la coopération entre procédure principale et procédure(s) secondaire(s) avec, comme objectif prioritaire, une efficacité accrue de la procédure principale malgré l'ouverture d'une ou plusieurs procédure(s) secondaire(s);
- la reconnaissance de la notion de « groupe de sociétés » et l'adoption de dispositions particulières pour régir l'insolvabilité des groupes multinationaux de sociétés.

Comme nous le verrons, de nombreuses dispositions du règlement n° 2015/848 sont le résultat d'un compromis entre les objectifs *a priori* antagonistes poursuivis par le législateur européen.

5. La présente contribution se concentre essentiellement sur les principales innovations du nouveau texte sans fournir une analyse détaillée de l'ensemble des dispositions. Le chapitre A de la Section II traite de l'extension du champ d'application matériel du règlement par le biais de l'adoption d'une définition plus large des procédures d'insolvabilité soumises au règlement n° 2015/848. Le chapitre B décrit les principales avancées en matière de compétence (clarification de la notion de COMI, lutte contre le forum shopping et compétence en matière d'actions connexes). Le chapitre C décrit brièvement les légères modifications en matière de conflits de lois. Les nouveautés applicables aux procédures secondaires sont décrites au chapitre D. Le chapitre E est consacré à la publicité des décisions, à l'information des créanciers et à la production des créances. Enfin, c'est au chapitre F que sont décrites les nouveautés en matière d'insolvabilité des groupes de sociétés.

La conclusion aborde brièvement les modifications nécessaires en droit belge de l'insolvabilité pour créer un registre électronique de l'insolvabilité, permettre l'ouverture de procédures de coordination collectives en Belgique et pour répondre aux exigences du règlement n° 2015/848 en matière de coopération, d'information et de coordination entre les procédures principale et secondaire(s) et entre les intervenants aux diverses procédures ouvertes à l'égard des membres d'un même groupe de sociétés.

¹⁰. *Exposé des motifs* de la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le Règlement (CE) n° 1346/2000, *o.c.*, p. 4, point 1.2., *in fine*; Commission européenne, 12 décembre 2012, « Questions and Answers: 'Towards a new European approach to business failure and insolvency' » MEMO, 12/959, disponible sur [http://europa.eu/rapid/press-release MEMO-12-969_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-12-969_en.htm).

SECTION II. PRINCIPALES MODIFICATIONS PAR RAPPORT AU RÈGLEMENT N° 1346/2000

A. Champ d'application territorial du Règlement 2015/848

6. Aucune modification n'a été apportée aux dispositions qui définissent le champ d'application territorial du règlement. Comme actuellement le règlement n° 1346/2000, le règlement n° 2015/848 s'appliquera aux procédures d'insolvabilité intracommunautaires, c'est-à-dire ouvertes dans un Etat membre, à l'encontre d'un débiteur dont le COMI est situé dans un Etat membre, et dont on poursuit les effets dans un autre Etat membre¹¹.

Les procédures d'insolvabilité purement nationales demeurent ainsi exclues.

En maintenant une stricte exigence d'extranéité au moment de la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité, le texte du règlement n° 2015/848 semble condamner la jurisprudence Schmid de la Cour de justice donnant une interprétation large du caractère international de la procédure¹².

B. Extension du champ d'application matériel du règlement n° 2015/848

a) Une définition plus large des procédures d'insolvabilité visées (art. 1 et 2)

7. Le règlement n° 2015/848 bénéficie d'un champ d'application matériel significativement plus étendu que le règlement n° 1346/2000, qui a été conçu à l'origine principalement dans une optique de liquidation des sociétés en situation d'insolvabilité. Pour rappel, le règlement n° 1346/2000 est applicable uniquement « 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 »¹³. L'exigence de dessaisissement du débiteur, même partiel, et celle de désignation d'un syndic ont pour effet d'exclure de nombreuses procédures de sauvegarde du champ d'application du règlement n° 1346/2000, avec pour conséquence l'absence de reconnaissance automatique de ces procédures dans les autres Etats membres. Ainsi, si les réorganisations judiciaires par transfert sous autorité de justice et par accord collectif organisées par

la loi relative à la continuité des entreprises du 31 janvier 2009 répondent aux conditions du règlement n° 1346/2000, tel n'est pas le cas de la réorganisation judiciaire par accord amiable¹⁴. Bien qu'elle ne respecte pas les exigences de l'article 1^{er}, 1., cette dernière procédure est cependant reprise à l'Annexe A du règlement n° 1346/2000 qui contient la liste des procédures nationales d'insolvabilité qui entrent dans son champ d'application.

En outre, il existe des procédures pour lesquelles il n'est pas facile de déterminer si elles organisent ou non le dessaisissement, même partiel, du débiteur.

Vu l'objectif poursuivi d'élaborer un règlement n° 2015/848 qui réponde efficacement au souci de sauvetage des entreprises en difficulté et de la préservation de l'emploi, un consensus général se dégageait au sein des instances européennes pour considérer que le règlement n° 2015/848 ne devait pas se limiter aux procédures ouvertes à l'égard de débiteurs en situation d'insolvabilité avérée dont la restructuration est nécessairement plus aléatoire. Des discussions ont cependant eu lieu pour déterminer jusqu'où étendre le champ d'application du règlement n° 2015/848.

8. L'article 1^{er}, 1., du règlement n° 2015/848 vise toutes les « procédures collectives publiques, y compris les procédures provisoires, qui sont fondées sur des législations relatives à l'insolvabilité et au cours desquelles, aux fins d'un redressement, un ajustement de dettes, d'une réorganisation ou d'une liquidation :

- a) un débiteur est totalement ou partiellement dessaisi de ses actifs et un praticien de l'insolvabilité est désigné;
- b) les actifs et les affaires d'un débiteur sont soumis au contrôle ou à la surveillance d'une juridiction¹⁵; **ou**
- c) une suspension provisoire des poursuites individuelles est accordée par une juridiction ou de plein droit pour permettre des négociations entre le débiteur et ses créanciers, pour autant que la procédure pour laquelle la suspension est accordée prévoit des mesures adéquates pour protéger la masse des créanciers et, si aucun accord n'est dégagé, qu'elle soit préalable à l'une des procédures visées au point a) ou b).

Lorsque les procédures visées au présent paragraphe peu-

¹¹. Considérant 14 du règlement n° 1346/2000 et considérant 25 du règlement n° 2015/848.

¹². La C.J.U.E. a initié cette jurisprudence dans l'arrêt Schmid du 16 janvier 2014 et l'a confirmée dans un arrêt du 4 décembre 2014 (C.J.U.E., 16 janvier 2014, C-328/12, *Ralph Schmid / Lilly Hertel*, ECLI:EU:C:2014:6; C.J.U.E., 4 décembre 2014, C-295/13, *H / K*, ECLI:EU:C:2014:2410). Voy. sur cette question, L.-C. HENRY, « Le champ d'application territorial du Règlement », in F. JAULT-SESEKE et D. ROBINE (dirs), *Le nouveau règlement insolvabilité: quelles évolutions?*, Joly Editions, 2015, pp. 7 et s.

¹³. Art. 1^{er}, 1., du règlement n° 1346/2000. Nous soulignons.

¹⁴. V. MARQUETTE, « La loi sur la continuité des entreprises. Réflexions sur les aspects d'extranéité », in *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité. Etats généraux de la continuité des entreprises*, Larquier, 2012, pp. 585 et s., spéc. n° 10. Voy. à cet égard le règlement d'exécution (UE) n° 663/2014 du 5 juin 2014 remplaçant les annexes A, B et C du règlement n° 1346/2000 qui fait désormais figurer à l'annexe A du règlement n° 1346/2000 la négociation judiciaire par transfert sous autorité de justice et par accord amiable.

¹⁵. Aux termes de l'article 2, 6), du règlement n° 2015/848, le terme « juridiction » mentionné à l'article 1^{er}, 1., b) et c) vise uniquement une juridiction judiciaire.

vent être engagées dans des situations où il n'existe qu'une **probabilité d'insolvabilité**, leur objectif doit être d'éviter l'insolvabilité du débiteur ou la cessation de ses activités commerciales.

La liste des procédures visées au présent paragraphe figure à l'annexe A. »¹⁶

9. Le professeur B. Wessels se fondant sur une analyse des considérants 10 à 17 du règlement n° 2015/848 propose un intéressant catalogue des 8 types de procédure de sauvegarde et de réorganisation qui entrent dans son champ d'application¹⁷.

Cette nouvelle définition des procédures visées abandonne la triple exigence que la procédure d'insolvabilité soit *fondée* sur l'insolvabilité du débiteur et qu'elle mène nécessairement à son *dessaisissement* total ou partiel et à la désignation d'un « *syndic* »¹⁸ (dénommé « praticien de l'insolvabilité » dans le règlement n° 2015/848¹⁹).

i. Plus d'exigence d'insolvabilité avérée

10. Le règlement n° 1346/2000 ne concerne que les procédures « *fondées sur l'insolvabilité du débiteur* »²⁰ ce qui suppose, selon une interprétation textuelle stricte, une insolvabilité avérée du débiteur au moment de l'ouverture de la procédure. Le règlement n° 1346/2000 n'exige pas que la procédure d'insolvabilité soit susceptible d'entraîner la liquidation du débiteur. Néanmoins, l'exigence que la procédure soit fondée sur l'insolvabilité du débiteur ne permet pas de conclure avec certitude que le règlement s'applique aux procédures d'assainissement des entreprises en difficulté qui sont en réalité fondées sur une *menace* d'insolvabilité du débiteur plutôt que sur son insolvabilité avérée.

Bien que de nombreuses procédures de restructuration, de réorganisation, de concordat ou de sauvetage soient actuellement reprises à l'annexe A du règlement n° 1346/2000, une réelle question se pose quant à leur conformité à l'article 1^{er}, 1., de celui-ci.

Il ne fait aucun doute que les procédures de pré-insolvabilité soient couvertes par l'article 1^{er}, 1., du règlement n° 2015/848 qui vise expressément les procédures introduites alors qu'il n'existe qu'une probabilité d'insolvabilité, à condition qu'elles aient pour objectif d'éviter la liquidation du débiteur

ou la cessation de ses activités commerciales. Le considérant 10 du règlement n° 2015/848 indique que le champ d'application du règlement « *devrait, en particulier, être étendu aux procédures qui prévoient la restructuration d'un débiteur à un stade où il n'existe qu'une probabilité d'insolvabilité (...)* ». Le règlement est ainsi étendu aux procédures qui favorisent le redressement d'entreprises économiquement viables mais en difficulté, et qui donnent une seconde chance aux entrepreneurs.

L'article 1^{er}, 1., du règlement n° 2015/848 exige toutefois que les procédures concernées relèvent d'une législation ayant trait à l'insolvabilité. Ceci permet de retomber sur la définition consacrée par le droit national de chaque Etat membre. A ce titre, une procédure fondée sur une disposition générale du droit des sociétés ne serait pas visée²¹. Ceci expliquerait que le « *scheme of arrangement* » anglais ne soit pas qualifié de procédure d'insolvabilité au sens du règlement n° 2015/848 car il est fondé sur des dispositions du droit des sociétés et susceptible de s'appliquer à des sociétés solvables²². Par contre, la liquidation volontaire de droit belge est listée à l'annexe A du règlement n° 1346/2000 parmi les procédures d'insolvabilité de droit belge et est maintenue à l'annexe A modifiée du règlement n° 2015/848 quand bien même une telle liquidation peut concerner des sociétés solvables. Il semble donc que le règlement d'exécution communautaire n° 663/2014 du 5 juin 2014 qui remplace les annexes A, B et C du règlement n° 1346/2000 soit amené à évoluer.

La notion d'insolvabilité ne peut, à notre avis, être limitée à la notion de « faillite » consacrée par la Cour de justice dans l'arrêt *Gourdain* du 22 février 1979²³, c'est-à-dire une procédure fondée sur l'état de cessation des paiements, l'insolvabilité ou l'ébranlement du crédit, impliquant une intervention de l'autorité judiciaire et aboutissant à une liquidation forcée et collective des biens, ou à tout le moins à un contrôle de cette autorité. En l'absence de définition dans le règlement n° 1346/2000 et dans la jurisprudence de la Cour de justice, il est nécessaire de recourir au droit national des Etats membres pour interpréter la notion d'insolvabilité. Or, ceux-ci adoptent des définitions variables: certains exigent une cessation générale des paiements, d'autres que celle-ci s'accompagne d'un ébranlement du crédit, d'autres encore réclament un surendettement du débiteur. Ce flou laisse donc la place à une réelle insécurité juridique.

La Cour de justice pourrait être amenée à préciser la notion d'insolvabilité dans le futur.

¹⁶. Nous soulignons.

¹⁷. B. WESSELS, « The EU Regulation on Insolvency Proceedings (Recast) », disponible sur www.bobwessels.nl/wp/wp-content/uploads/2015/09/EIR-Recast-Aug-2015-Technical-note.pdf; G. MINNE et F. FAYOT, « Les principales innovations du nouveau règlement relatif aux procédures d'insolvabilité », *J.D.E.*, 2016, p. 2.

¹⁸. Nous soulignons.

¹⁹. Art. 2, 5), du règlement n° 2015/848.

²⁰. Nous soulignons.

²¹. Considérant 16 du règlement n° 2015/848.

²². Y. BRULARD, « Les procédures nationales entrant dans le champ d'application du règlement », in *Le nouveau règlement insolvabilité: quelles évolutions?*, o.c., p. 35.

²³. C.J.C.E., 22 février 1979, n° 133/78, *Gourdain / Nadier*, *Rec.*, 1979, p. 733.

Les quelques indications relatives à la notion d'insolvabilité qui sont reprises dans les considérants du règlement n° 2015/848 l'ont été à l'initiative du Conseil.

11. L'objectif de la Commission était de favoriser le redressement du débiteur économiquement viable. Elle n'avait donc logiquement pas réservé les procédures de pré-insolvabilité à des débiteurs au bord de la faillite pour lesquels le succès d'une procédure de sauvetage serait plus aléatoire. Une divergence de vue a opposé la Commission et le Parlement à cet égard, ce dernier ayant introduit un amendement exigeant que le débiteur concerné par la procédure de pré-insolvabilité soit en grave difficulté financière²⁴. Le texte tel qu'adopté se limite à indiquer que le débiteur doit être en difficulté mais sans que ces difficultés doivent nécessairement être financières. Le considérant 17 du règlement n° 2015/848 envisage ainsi le cas de difficultés non financières qui engendrent une menace réelle et grave pour la capacité actuelle ou future du débiteur à payer ses dettes et cite l'exemple de la perte d'un contrat d'une importance capitale pour le débiteur. Ceci est particulièrement important pour la reconnaissance des procédures « *debtor in possession* » qui peuvent être entamées bien avant qu'une insolvabilité avérée ne frappe le débiteur (voy. *infra*, n° 12).

Ce faisant le règlement n° 2015/848 s'écarte de la définition d'insolvabilité consacrée par la loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité qui s'applique uniquement aux débiteurs insolubles ou connaissant de graves difficultés financières²⁵.

ii. Plus d'exigence de dessaisissement

12. Le règlement n° 1346/2000 prévoit que toute procédure d'insolvabilité visée par le règlement doit nécessairement mener à la désignation d'un syndic ou d'un administrateur équivalent, le « *syndic* » étant défini comme « *toute personne ou tout organisme dont la fonction est d'administrer ou de liquider les biens dont le débiteur est dessaisi ou de surveiller la gestion de ses affaires* »²⁶. Le dessaisissement, même partiel, du débiteur est donc exigé.

Le règlement n° 1346/2000 ne définit par contre pas la notion de « dessaisissement ». La Convention d'Istanbul du

5 juin 1990 (qui a précédé le règlement n° 1346/2000) le définissait comme le « *transfert à un syndic des pouvoirs d'administrer, de contrôler et de disposer du patrimoine* » du débiteur. Le règlement n° 1346/2000 ne précise ni le contenu juridique du transfert, ni l'étendue du dessaisissement. Or, les législations nationales varient sur ces questions. Certaines organisent une simple indisponibilité, d'autres une interdiction générale du droit de disposer du débiteur, ou encore un véritable transfert de propriété au syndic. Il en résulte une véritable insécurité juridique. Si la doctrine considère que le dessaisissement n'est pas nécessairement incompatible avec toutes les procédures de sauvegarde ou de restructuration²⁷, certaines de ces procédures de sauvegarde laissent le débiteur aux commandes de son entreprise moyennant un contrôle marginal de l'administrateur, si bien qu'il n'est pas certain que la condition de dessaisissement (même partiel) prévue à l'article 1^{er}, 1., du règlement n° 1346/2000 soit remplie. C'est le cas notamment de la réorganisation par accord collectif des créanciers en droit belge pourtant mentionnée à l'annexe A du règlement n° 1346/2000 malgré cette incertitude²⁸.

13. Le règlement n° 2015/848 innove en autorisant le débiteur à conserver la gestion de tous ses actifs moyennant le contrôle ou la surveillance d'une juridiction judiciaire (art. 1^{er}, 1., b), du règlement n° 2015/848) ou dans le cadre d'une procédure qui organise la suspension provisoire des actions en exécution forcée individuelles pour permettre des négociations entre le débiteur et ses créanciers (art. 1^{er}, 1., c), du règlement n° 2015/848). Le Parlement a donc logiquement proposé d'insérer à l'article 2, 3), du règlement n° 2015/848 une définition du « débiteur non dessaisi » s'agissant d'un débiteur qui continue à contrôler en totalité ou au moins en partie ses affaires et ses actifs. Il s'agit d'une des modifications les plus importantes par rapport au règlement n° 1346/2000.

Les procédures qui permettent au débiteur de maintenir son contrôle sur la gestion de tout ou partie de son entreprise ou de ses actifs, malgré la désignation d'un praticien de l'insolvabilité et/ou le contrôle ou la surveillance par une autorité judiciaire, sont parfois qualifiées en doctrine de procédures « hybrides » ou de procédure « *debtor in possession* »²⁹. Il ne fait pas de doute que ces procédures soient couvertes par

²⁴ Amendement 3 du Parlement européen.

²⁵ Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (première et deuxième parties), 2004, publié sur le site internet de la CNUDCI. Pour plus d'informations sur la loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité de 1997, voy. le site internet de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI): www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/insolvency/1997Model.html.

²⁶ Art. 2, b), du règlement n° 1346/2000.

²⁷ Voy. le règlement d'exécution (UE) n° 210/2010 du Conseil du 25 février 2010 modifiant les listes des procédures d'insolvabilité, des procédures de liquidation et des syndics figurant aux annexes A, B et C du règlement (CE) n° 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité et codifiant les annexes A, B et C de ce règlement, *J.O.U.E.*, 13 mars 2010, L. 65/1.

²⁸ V. MARQUETTE, « La loi sur la continuité des entreprises. Réflexions sur les aspects d'extranéité », in *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité. Etats généraux de la continuité des entreprises, o.c.*, n° 10.

²⁹ Un autre sens était donné aux procédures « hybrides » au début des travaux de modernisation du règlement n° 1346/2000: il s'agissait d'arrangements obligatoires de pré-insolvabilité en vue de prévenir l'insolvabilité. Ces arrangements d'abord confidentiels étaient ensuite rendus publics. Ce type de procédure est selon nous désormais englobé dans la catégorie des procédures de pré-insolvabilité. R.F. ABELN et T.G. ABELN, « The future of the European Insolvency Regulation », *E.R.P.L.*, 2011/5, pp. 697-706, spéc. p. 702.

le règlement n° 2015/848 dont l'article 1^{er}, 1., vise en effet, sous les points b) et c), des procédures qui n'entraînent pas nécessairement le dessaisissement total ou partiel du débiteur. Ceci vaut notamment pour les procédures de réorganisation judiciaire organisées par le droit belge lorsqu'elles sont mises en œuvre sans dessaisissement.

iii. Plus de nécessité de désigner un « syndic »

14. La question du dessaisissement du débiteur est liée à celle de la désignation d'un « praticien de l'insolvabilité » qui est généralement la personne en charge de la gestion ou de la supervision des actifs du débiteur une fois la procédure ouverte. En l'absence de dessaisissement obligatoire, il n'est plus requis que toutes les procédures visées par le règlement n° 2015/848 mènent à la désignation d'un « syndic » comme exigé par le règlement n° 1346/2000.

Le terme de « syndic » utilisé dans le règlement n° 1346/2000 est remplacé par celui de « praticien de l'insolvabilité » dans le règlement n° 2015/848. La raison de ce changement de terminologie est double: s'aligner sur le texte de la loi-type de la CNUDCI sur l'insolvabilité et mieux correspondre aux procédures de sauvegarde. Le concept de « praticien de l'insolvabilité » est d'ailleurs bien plus large que celui de « syndic » puisqu'il s'agit de « toute personne ou tout organe dont la fonction, y compris à titre intérimaire, consiste à:

- (i) vérifier et admettre les créances soumises dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité;
- (ii) représenter l'intérêt collectif des créanciers;
- (iii) administrer, en tout ou en partie, les actifs dont le débiteur est dessaisi;
- (iv) liquider les actifs visés au point iii); ou
- (v) surveiller la gestion des affaires du débiteur »³⁰.

Le considérant 21 du règlement n° 2015/848 précise que les praticiens qui sont désignés sans l'intervention d'une instance judiciaire devraient faire l'objet d'une réglementation appropriée et être dûment autorisés à agir dans le cadre des procédures d'insolvabilité, et que le cadre réglementaire national devrait comporter des dispositions appropriées pour traiter d'éventuels conflits d'intérêts.

En vue de faciliter la mise en œuvre du règlement, les Etats membres ont désigné dans l'annexe C du règlement n° 1346/2000 les personnes ou autorités qui remplissent la fonction de syndic. Le règlement n° 2015/848 maintient le système de cette annexe qui devient l'annexe B³¹.

Pour la Belgique, les praticiens de l'insolvabilité mentionnés à l'annexe B du règlement n° 2015/848 sont:

- le curateur;
- le juge-délégué;
- le mandataire de justice;
- le médiateur de dettes;
- le liquidateur;
- l'administrateur provisoire.

iv. Procédures collectives, publiques et intervention d'une « juridiction »

15. Seules les procédures d'insolvabilité qui présentent un caractère collectif et qui sont publiques répondent au prescrit du nouvel article 1^{er}. On retrouve la même exigence dans le cadre du règlement n° 1346/2000. Le règlement n° 2015/848 n'innove donc pas en l'espèce, mais apporte des précisions sur ces notions. Le caractère collectif et public de la procédure étant intimement lié à l'exigence de l'intervention d'une juridiction, nous examinons ces trois notions ensemble.

(i) Procédures collectives

16. Tant le règlement n° 1346/2000 que le texte du règlement n° 2015/848 exigent que les procédures d'insolvabilité soient des procédures « collectives ». En l'absence de définition du caractère collectif dans le règlement n° 1346/2000, on peut raisonnablement considérer qu'il s'agit des procédures qui ne sont pas « abandonnées à l'initiative individuelle de chaque créancier mais organisées de manière à ce que tous les créanciers puissent faire valoir leurs droits »³².

Les procédures collectives sont désormais définies à l'article 2, 1), du règlement n° 2015/848 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 ». C'est le Conseil qui a insisté pour insérer une définition des procédures collectives dans le texte du règlement, ce que la Commission ne souhaitait pas.

Le considérant 14 du règlement n° 2015/848 précise qu'une procédure collective devrait se dérouler avec la participation de la totalité ou d'une partie importante des créanciers à qui le débiteur doit la totalité ou une part importante de ses dettes sans indiquer cependant comment déterminer si une partie importante des dettes ou des créanciers est concernée. Il indique par contre qu'est bien collective la procédure à laquelle participent uniquement l'ensemble des créanciers financiers du débiteur sans préciser si ces dettes financières doivent représenter une partie importante ou non du passif³³.

^{30.} Art. 2, 5), du règlement n° 2015/848.

^{31.} L'ancienne annexe B au règlement n° 1346/2000 qui listait les procédures d'insolvabilité de liquidation est en effet abandonnée.

^{32.} N. WATTÉ et V. MARQUETTE, « Le règlement communautaire du 29 mai 2000, relatif aux procédures d'insolvabilité », *R.D.C.*, 2001, p. 567, n° 6; Art. 2, d), du règlement n° 1346/2000.

^{33.} Y. BRULARD, « Les groupes et les procédures de pré-insolvency: le signe d'un changement de nature du nouveau règlement insolvabilité? », *Revue des procédures collectives*, janvier/février 2015, pp. 40 et s. spéc. p. 41.

Par ailleurs, si tous les créanciers du débiteur ne participent pas à la procédure, il ne peut pas s'agir d'une procédure de liquidation ou qui mène à la cessation des activités du débiteur. A nouveau, on s'étonnera de voir listée à l'annexe A du règlement n° 2015/848 la réorganisation judiciaire par accord amiable qui peut ne concerner que deux créanciers ce qui l'empêche de répondre pleinement à la définition de procédure collective au sens du règlement n° 2015/848³⁴.

L'élaboration de la loi-type de l'UNCITRAL a également démontré la difficulté d'aboutir à une définition claire du caractère collectif de la procédure d'insolvabilité³⁵.

(ii) Procédures sans intervention d'une autorité judiciaire

17. Dans le cadre du règlement n° 1346/2000, une procédure peut être collective même en dehors de l'intervention d'une autorité judiciaire. Il suffit qu'en vertu de son droit national, un organe (p. ex. une autorité administrative), soit habilité à ouvrir la procédure³⁶. Suivant cette même approche, la proposition de la Commission précisait expressément que les procédures d'insolvabilité visées pouvaient être judiciaires ou administratives³⁷. Un nouveau considérant 10 mentionnait à cet égard que « *les procédures d'insolvabilité n'impliquent pas nécessairement l'intervention d'une autorité judiciaire; le terme 'juridiction' utilisé dans le présent règlement devrait être pris au sens large et comprendre une personne ou un organe habilité par la législation nationale à ouvrir la procédure d'insolvabilité* ».

Laisser la place à des procédures non judiciaires répondait logiquement à l'objectif poursuivi par la Commission puisque ces procédures sont généralement plus rapides et moins coûteuses que les procédures judiciaires et peuvent se révéler efficaces pour permettre au débiteur d'assainir sa situation tout en continuant son activité.

Le Parlement, au contraire, a estimé qu'un minimum de contrôle juridictionnel était nécessaire notamment au motif qu'il serait inapproprié que la question de la compétence pour ouvrir la procédure soit tranchée par un praticien de l'insolvabilité et non par une juridiction³⁸. Il proposa, parmi ses amendements, d'omettre le considérant 10 de la proposition de la Commission et de supprimer, dans le texte même de l'article 1^{er}, toute référence à des procédures administrati-

ves. La Commission a indiqué que ces amendements sont inacceptables car ils constituent un retour en arrière par rapport à la situation actuelle et sont inconciliables avec l'objectif de la Commission de favoriser les procédures de redressement. Elle cite notamment le cas de procédures extrajudiciaires reprises à l'annexe A du règlement depuis des années sans que ceci ne cause aucune difficulté. Le règlement d'exécution communautaire n° 663/2014 du 5 juin 2014 qui remplace les annexes A, B et C du règlement n° 1346/2000 maintient ainsi à l'annexe A des procédures telles que la procédure de « *voluntary arrangements under insolvency legislation* » du droit du Royaume-Uni.

Le texte du règlement n° 2015/848 ne réintroduit ni le considérant 10, ni la référence expresse dans le texte de l'article 1^{er} à la possibilité qu'une procédure d'insolvabilité soit une procédure administrative. Cependant, le considérant 20 du règlement n° 2015/848 précise que « *les procédures d'insolvabilité n'impliquent pas nécessairement l'intervention d'une autorité judiciaire* ». Le terme « *juridiction* » reçoit donc une interprétation large. Conformément à l'article 2, 6), ii), du règlement n° 2015/848, il s'agit de tout organe judiciaire « *ou tout autre organe* » habilité à ouvrir une procédure d'insolvabilité, à confirmer l'ouverture d'une telle procédure ou à prendre des décisions au cours de la procédure. Toutefois, l'article 2, 6), i) prévoit par exception que le terme « *juridiction* » désigne uniquement l'organe judiciaire d'un Etat membre lorsqu'il est utilisé dans certains articles du règlement n° 2015/848³⁹.

18. L'intervention nécessaire d'une juridiction, même au sens large, a pour effet de maintenir en dehors du champ d'application du règlement n° 2015/848 les procédures de nature purement contractuelle comme les procédures d'accord amiables avec les créanciers ou certaines procédures dites « *out of court* » (c.-à-d. des procédures informelles sans intervention nécessaire d'une autorité judiciaire dont l'objectif est de promouvoir l'efficacité, la confidentialité et les coûts limités) que l'on rencontre principalement dans les droits anglo-saxons⁴⁰. La Commission tente de promouvoir les accords « *out of court* », moins coûteux et plus rapides que les procédures judiciaires. Ceux-ci ne peuvent pas cependant s'insérer dans le règlement n° 2015/848 dans l'état actuel du texte sauf lorsqu'ils supposent l'intervention d'une juridiction au sens large⁴¹.

³⁴. Dans le même sens, *o.c.*, p. 45.

³⁵. *O.c.*, p. 44.

³⁶. N. WATTÉ et V. MARQUETTE, *o.c.*, p. 567, n° 6; G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, P.U.F., 2016, p. 147.

³⁷. Texte amendé de l'article 1^{er}, 1., du règlement n° 2015/848: « *Le présent règlement s'applique aux procédures judiciaires ou administratives collectives (...)* ».

³⁸. Le Parlement européen a supprimé l'article 3b, § 2, de la proposition qui prévoyait que le praticien de l'insolvabilité déterminait le COMI lorsque la procédure d'insolvabilité n'était pas ouverte par une décision judiciaire.

³⁹. Art. 1, 1., b) et c); Art. 4, 2.; Art. 5 et 6; Art. 21, 3.; Art. 24, 2., j); Art. 36 et 39 et Art. 61 à 77 du règlement n° 2015/848.

⁴⁰. Voy., sur la notion de procédures « *out-of-court* », Y. BRULARD, « *Prepack insolvency* dans la pratique anglo-saxonne au regard de la loi sur la continuité des entreprises », in *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité. Etats généraux de la continuité des entreprises*, *o.c.*, pp. 699 et s.

⁴¹. Recommandation de la Commission européenne du 12 mars 2014 relative à une nouvelle approche en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises (Doc. « *COM (2014) 1500 final* »).

(iii) Procédures publiques

19. Les procédures purement confidentielles demeurent exclues du bénéfice des dispositions du règlement n° 2015/848, ce que ne prévoyait pas expressément la proposition de la Commission. Certaines procédures de pré-insolvabilité de nature confidentielle peuvent cependant s'avérer efficaces. Il peut s'agir, en France par exemple, du mandat *ad hoc*, ou encore, en Belgique, de la désignation d'un médiateur ou d'un mandataire comme prévu aux articles 13 et 14 de la loi sur la continuité des entreprises⁴². C'est le Conseil qui a amendé le texte de la Commission dans son orientation générale afin d'exclure ces procédures.

L'article 1^{er}, 1., prévoit donc finalement que le règlement n° 2015/848 s'applique uniquement aux procédures publiques et pour autant qu'elles ne portent pas atteinte aux créances des autres créanciers qui ne sont pas concernés par cette procédure⁴³. L'objectif est de permettre à l'ensemble des créanciers d'avoir connaissance de l'ouverture de la procédure et d'y présenter leurs créances. Ceci garantit d'ailleurs le caractère collectif de la procédure⁴⁴. L'exigence de publicité vise également à lutter plus efficacement contre les abus de « *forum shopping* » en assurant une meilleure information des créanciers susceptibles d'intervenir à la procédure afin de contester la localisation du COMI du débiteur. Enfin, la publicité répond également au souci d'une coopération efficace entre procédure principale et procédure(s) secondaire(s) ou entre des procédures d'insolvabilité qui concernent les sociétés d'un même groupe. Dans les deux cas, il est en effet essentiel que les praticiens de l'insolvabilité soient informés des procédures d'insolvabilité ouvertes dans d'autres Etats membres.

Le texte du règlement n° 2015/848 ne précise pas suffisamment ce qu'il faut entendre par une procédure « publique ». Il est mentionné que c'est leur ouverture qui doit être rendue publique afin de permettre aux créanciers de faire valoir leurs créances et d'en contester l'ouverture⁴⁵. Ceci risque de soulever des difficultés, même si le règlement n° 2015/848 donne à la Commission la possibilité de contrôler le fait qu'une procédure qu'un Etat membre souhaite voir mentionnée à l'annexe A réponde bien aux conditions fixées à l'article 1^{er} du règlement n° 2015/848 (voy. *infra*, n° 22). En effet, le règlement n° 2015/848 ne précise pas dans quel délai la publicité doit intervenir. Or, certains Etats membres organisent des procédures dont la publicité n'intervient qu'en cours ou en fin de procédure. Il nous semble que l'exigence de publicité devrait être rencontrée dès le dépôt de la demande ou au plus tard lors de l'ouverture de la procédure

d'insolvabilité, si un recours contre cette décision est possible, afin de rencontrer les objectifs du règlement n° 2015/848.

L'article 54 du règlement n° 2015/848 requiert que la publicité soit effectuée par la juridiction ayant décidé d'ouvrir la procédure d'insolvabilité ou par le praticien de l'insolvabilité désigné par celle-ci. Il exige que tous les créanciers étrangers connus soient individuellement informés, sans délai, par le biais d'une note standardisée qui doit être disponible dans toutes les langues officielles des institutions de l'Union européenne et publiée sur le portail européen e-justice.

v. Procédures de décharge ou d'ajustement des dettes

20. Ces procédures entrent dans le champ d'application du règlement n° 2015/848, ce qui constitue une innovation.

Il s'agit des procédures prévoyant la décharge ou l'ajustement des dettes du débiteur via la réduction du montant dû par le débiteur à ses créanciers ou l'allongement du délai de paiement accordé au débiteur⁴⁶. Sont en particulier visées les procédures de décharge relatives aux consommateurs et aux indépendants⁴⁷.

Nombre de ces procédures ne donnent pas lieu à la désignation d'un praticien de l'insolvabilité. Pour répondre à la définition de l'article 1^{er}, 1., du règlement n° 2015/848, il faut donc nécessairement que la procédure de décharge ou d'ajustement des dettes soit soumise au contrôle d'une juridiction judiciaire. Le considérant 10 du règlement n° 2015/848 donne une définition très large du « contrôle » puisqu'il suffit que la juridiction concernée intervienne sur recours d'un créancier ou d'autres parties intéressées.

vi. Procédures intérimaires ou provisoires

21. Le texte même de l'article 1^{er} du règlement n° 2015/848 précise que sont bien visées par le règlement n° 2015/848 les procédures qui ne sont ouvertes que pendant une certaine période, à titre intérimaire ou provisoire, avant qu'une juridiction ne rende une décision confirmant l'ouverture de ces procédures⁴⁸. Pour être visées, ces procédures doivent répondre à toutes les autres conditions de l'article 1^{er} examinées ci-dessus⁴⁹. Elles ne peuvent donc pas être confidentielles, ce qui suppose qu'en principe il ne pourra pas s'agir de

42. Y. BRULARD, « Les groupes et les procédures de pré-insolvabilité: le signe d'un changement de nature du nouveau règlement insolvabilité? », *o.c.*, p. 41.

43. Amendement 14 du Parlement européen.

44. Considérant 12 du règlement n° 2015/848.

45. Considérant 12 du règlement n° 2015/848.

46. Considérant 10 du règlement n° 2015/848.

47. Voy. le considérant 3 de la proposition et le considérant 10 du règlement n° 2015/848.

48. Considérant 15 du règlement n° 2015/848.

49. *O.c.*, *in fine*.

procédures initiées avant l'intervention de toute juridiction au sens large.

b) Liste exhaustive des procédures d'insolvabilité (annexe A)

22. Le nouveau texte maintient le système de l'annexe A dans laquelle doivent être listées, pays par pays, toutes les procédures d'insolvabilité reconnues comme telles par chaque Etat membre⁵⁰. La Cour de justice a eu l'occasion de confirmer que la mention de la procédure à l'annexe A et la conformité de la procédure à la définition de l'article 1^{er}, 1., sont des conditions cumulatives pour que la procédure entre dans le champ d'application du règlement n° 1346/2000⁵¹.

Dans le cadre du règlement n° 1346/2000, la modification des annexes relève du Conseil à l'initiative d'un Etat membre ou de la Commission⁵². Ce système a donné lieu à des abus de la part de certains Etats membres qui n'ont pas hésité à y insérer des procédures n'ayant qu'un lien lointain avec une procédure d'insolvabilité.

Dans sa proposition, la Commission s'est de ce fait réservée la possibilité de procéder à un examen minutieux des procédures d'insolvabilité notifiées par les Etats membres en vue d'être listées à l'annexe A afin qu'elle puisse s'assurer que celles-ci répondent bien aux conditions prévues à l'article 1^{er}, 1., du règlement n° 2015/848⁵³. La Commission a également prévu de se voir confier une habilitation pour adopter les actes délégués nécessaires en vue de modifier les annexes du Règlement 2015/848. Pour toute modification à l'annexe A, les Etats membres devront notifier à la Commission les règles nationales en matière d'insolvabilité dont ils souhaitent l'insertion accompagnées d'une brève description et la Commission examinera si la procédure notifiée remplit les conditions de l'article 1^{er}, 1., avant de procéder à la modification de l'annexe A⁵⁴.

Moyennant quelques modifications au texte, le Parlement a confirmé le pouvoir de contrôle de la Commission sur l'annexe A et a ajouté l'obligation pour les Etats membres de notifier à la Commission toute modification notable à leurs règles nationales en matière de procédure d'insolvabilité⁵⁵.

Par contre, la Commission ne se voit finalement pas reconnaître, comme elle le souhaitait, un véritable pouvoir législatif lui permettant d'adopter les actes délégués nécessaires pour modifier les annexes.

Le contrôle de la Commission sur les procédures visées à l'annexe A mettra fin à une insécurité juridique suscitée par le pouvoir discrétionnaire des Etats membres en ce qui concerne la modification des annexes. En effet, dans le système actuel du règlement n° 1346/2000, il n'est pas exclu qu'une juridiction d'un Etat membre puisse tenter de refuser de reconnaître une procédure qui figure à l'annexe A mais dont elle conteste la conformité avec l'article 1^{er}, 1., du règlement n° 1346/2000⁵⁶. Le considérant 9 du règlement n° 2015/848 met un terme à ces pratiques en ce qu'il prévoit que lorsqu'une procédure nationale figure à l'annexe A, le règlement n° 2015/848 s'applique sans que les juridictions des autres Etats membres n'examinent si les conditions fixées dans le règlement n° 2015/848 sont respectées. Par contre, si la procédure ne figure pas à l'annexe A, elle ne devrait pas relever du règlement n° 2015/848. La liste des procédures d'insolvabilité qui figure à l'annexe A est donc exhaustive. Les débats qui ont animé la doctrine et la jurisprudence sur le caractère exhaustif ou exemplatif de la liste de l'annexe A au règlement n° 1346/2000 sont donc définitivement dépassés⁵⁷. Ceci confirme la jurisprudence de la Cour de justice telle qu'elle résulte notamment de son arrêt *Radziejewski*⁵⁸.

23. La question s'est également posée de la révision des annexes au regard des nouvelles dispositions adoptées, l'élargissement du champ d'application matériel aux procédures hybrides, de pré-insolvabilité et de décharge de dettes devant nécessairement avoir pour conséquence que des procédures additionnelles soient inscrites aux annexes. Il a finalement été décidé que les annexes seraient révisées dans le cadre de la procédure législative ordinaire pour entrer en vigueur en même temps que le règlement n° 2015/848. Un travail de vérification et de mise à jour sérieux serait le bienvenu. Certains Etats membres ont en effet inscrit un grand nombre de procédures, dont certaines ne répondent clairement pas aux conditions de l'article 1^{er}, 1. et d'autres n'ont

⁵⁰. Art. 2, a), du règlement n° 1346/2000.

⁵¹. I. VEROUSTRATE *et al.*, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Kluwer, 2011, p. 914; V. MARQUETTE « La loi sur la continuité des entreprises – réflexions sur les aspects d'extranéité », in *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité. Etats généraux de la continuité des entreprises, o.c.*, pp. 589-591, n° 5.

⁵². Art. 45 du règlement n° 1346/2000.

⁵³. Art. 45 de la proposition.

⁵⁴. *Ibid.*

⁵⁵. Amendements 66 et 67 du Parlement européen.

⁵⁶. Dans son arrêt *Christianopol*, la C.J.U.E a en effet jugé que si une procédure est inscrite à l'annexe A du règlement, elle doit être considérée comme relevant du champ d'application du règlement sans exclure cependant la possibilité d'une question préjudicielle sur le bien-fondé de cette inscription (C.J.U.E., 22 novembre 2012, C-116/11, *Bank Handlowy w Warszawie SA et PPHU « ADAX » / Ryszard Adamiak / Christianopol sp. z o.o.*, ECLI:EU:C:2012:739, spéc. considérants 33 à 35).

⁵⁷. Voy. à cet égard Y. BRULARD, « Les procédures nationales entrant dans le champ d'application du règlement », in *Le nouveau règlement insolvabilité: quelles évolutions?*, o.c., pp. 25 et s. et les références citées.

⁵⁸. C.J.U.E., 8 novembre 2012, C-461/11, *Ulf Kazimierz Radziejewski / Kronofogdemyndigheten i Stockholm*, ECLI:EU:C:2012:704, spéc. considérant 23.

jamais veillé à faire radier des procédures qui n'existent plus dans leur droit national⁵⁹.

La seule voie qui reste ouverte pour contester qu'une procédure d'insolvabilité soit reprise à l'annexe A ou n'y soit pas reprise, est la question préjudicielle en interprétation de validité.

Il faut espérer que lors de la future révision de l'annexe A, tant les Etats membres que la Commission seront particulièrement attentifs à ne pas maintenir des procédures qui ne répondent à l'évidence pas aux conditions de l'article 1^{er}, 1., du règlement n° 2015/848. Seule cette attitude permettra de lutter efficacement contre le « *forum shopping* » abusif.

C. Règles de compétence (art. 3 à 6)

24. Le règlement n° 2015/848 confirme les règles en matière de compétence: la procédure principale peut être ouverte par les juridictions de l'Etat membre sur le territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux (« COMI ») du débiteur et une ou plusieurs procédures secondaires peuvent être ouvertes dans tous les Etats membres dans lesquels le débiteur possède un établissement.

Trois avancées sont cependant à souligner par rapport au texte du règlement n° 1346/2000:

- la portée de la notion de COMI, qui a donné lieu à une abondante jurisprudence des juridictions nationales et de la Cour de justice, est clarifiée;
- des dispositions ont été adoptées en vue de diminuer les possibilités de « *forum shopping* » par le biais du déplacement abusif du COMI; et
- le texte adopté codifie la jurisprudence de la Cour de justice selon laquelle les juridictions qui ouvrent des procédures d'insolvabilité sont également compétentes pour les actions qui dérivent directement de procédures d'insolvabilité et qui s'y insèrent étroitement, comme les actions révocatoires.

a) Clarification de la notion de COMI

25. La notion de COMI est primordiale dans le règlement n° 1346/2000. Non seulement elle fonde la compétence pour l'ouverture de la procédure principale, et, de ce fait, elle désigne de la loi applicable à cette procédure⁶⁰, mais elle

détermine aussi le champ d'application territorial du règlement n° 1346/2000 (hormis dans le considérant 25) qui ne concerne que les débiteurs qui ont leur COMI au sein d'un Etat membre⁶¹. Le choix de ce critère aux contours flous et l'absence de définition légale dans le texte du règlement n° 1346/2000 (la définition du COMI étant donnée dans le considérant 13 du règlement n° 1346/2000) a suscité une abondante jurisprudence et de nombreuses critiques, notamment en raison des possibilités de « *forum shopping* » qu'il suscite. Une autre critique repose sur le fait que ce critère, appliqué aux personnes morales, est la consécration de l'application de la théorie du siège réel alors que la jurisprudence de la Cour de justice dans ses fameux arrêts *Centros*⁶², *Überseering*⁶³, *Inspire Art*⁶⁴ et *Cartesio*⁶⁵ privilégie la théorie de l'incorporation dans la matière du droit des sociétés. Ceci conduit, dans un certain nombre de cas, à une déconnexion entre le COMI et le siège statutaire et donc à l'application d'une *lex societatis* différente de la loi qui régit l'insolvabilité. Ceci constitue un incitant au « *forum shopping* » et soulève d'épineuses questions en matière de respect des droits des créanciers⁶⁶.

Le règlement n° 2015/848 confirme le rôle du COMI en tant que facteur de rattachement afin que soient compétentes pour ouvrir la procédure principale d'insolvabilité les juridictions d'un Etat avec lequel le débiteur a un lien véritable et qui répond aux attentes légitimes des tiers. Cette solution nous semble justifiée. Le siège statutaire n'offrant d'ailleurs pas plus de garantie en matière de prévention du « *forum shopping* » que le COMI.

Les nouvelles dispositions consacrées par le règlement en la matière visent essentiellement à transposer dans le règlement la jurisprudence de la Cour de justice relative à la notion de COMI.

26. Le règlement n° 1346/2000 définit le COMI comme le « *lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers* »⁶⁷. Cette définition floue reprise dans un des considérants du règlement n° 1346/2000 et non pas dans un article laisse une part importante à l'interprétation.

Les juridictions des Etats membres et la Cour de justice ont abondamment interprété la notion du COMI. En l'occurrence, celle-ci doit recevoir une interprétation autonome et indépendante des droits nationaux⁶⁸.

⁵⁹. Tel est notamment le cas de l'Allemagne dont les procédures d'insolvabilité listées à l'annexe A sont totalement dépassées.

⁶⁰. Art. 3, 1. et 4, 1., du règlement n° 1346/2000.

⁶¹. Considérant 14 du règlement n° 1346/2000.

⁶². C.J.C.E., 9 mars 1999, C-212/97, *Centros Ltd / Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, Rec.*, 1999, p. I-1459.

⁶³. C.J.C.E., 5 novembre 2002, C-208/00, *Überseering BV / Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC), Rec.*, 2002, p. I-9919.

⁶⁴. C.J.C.E., 30 septembre 2003, C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam / Inspire Art Ltd., Rec.*, 2003, p. I-10155.

⁶⁵. C.J.C.E., 16 décembre 2008, C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt., Rec.*, 2008, p. I-9641.

⁶⁶. L. CARBALLO PINEIRO, « Towards the reform of the European Insolvency Regulation: codification rather than modification », *N.I.P.R.*, 2014/2, pp. 207 et s., spéc. p. 209.

⁶⁷. Considérant 13 du règlement n° 1346/2000.

⁶⁸. Voy. not. le point 31 de l'arrêt *Eurofood* du 2 mai 2006 de la C.J.C.E. (C-341/04, *Eurofood IFSC Ltd, Rec.*, 2006, p. I-3813).

La définition du COMI est désormais insérée à l'article 3, 1., du règlement n° 2015/848, ce qui en renforce le caractère normatif. Cet article dispose que « *le centre des intérêts principaux correspond au lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est vérifiable par les tiers*⁶⁹ ». Le texte même de la définition est quasiment identique à celui qui est repris dans le considérant 13 du règlement n° 1346/2000, seule la conjonction « donc » est supprimée⁷⁰.

Cette rédaction est directement inspirée de la jurisprudence de la Cour de justice qui a considéré, à l'occasion de plusieurs de ses arrêts, que le COMI doit être identifié en fonction de critères objectifs et vérifiables par les tiers⁷¹.

Il est rappelé à l'article 3, 1., du règlement n° 2015/848 que pour les personnes morales et les entreprises, le COMI est présumé, jusqu'à preuve contraire, être le lieu du siège statutaire. Cette présomption est reprise de l'article 3, 1., du règlement n° 1346/2000.

La proposition de la Commission indiquait dans le considérant 13*bis* qu'il convenait d'exclure toute possibilité de renverser la présomption selon laquelle le COMI correspond au siège statutaire lorsque les organes de direction et de contrôle d'une entreprise sont situés au même endroit que son siège statutaire et que les décisions de gestion y sont prises, de manière vérifiable par les tiers. Le Parlement n'a pas suivi la Commission et a supprimé ce passage du considérant 13*bis* aux motifs que d'autres facteurs, tels que la situation des actifs principaux, sont également pertinents pour la recherche du COMI⁷². Le considérant 30 du règlement n° 2015/848 précise que le renversement de la présomption ne saurait résulter que d'une analyse poussée de tous les facteurs pertinents conduisant, d'une manière vérifiable par les tiers, à la conclusion que le centre effectif de direction et de contrôle de la société et la gestion de ses intérêts sont situés dans un autre Etat membre.

Cette appréciation globale correspond à la jurisprudence de la Cour de justice en matière de recherche du COMI⁷³.

Une nouvelle définition du COMI lorsque le débiteur est une personne physique exerçant une activité d'indépendant ou une profession libérale est insérée à l'article 3, 1., alinéa 3, du règlement n° 2015/848. Il s'agit, jusqu'à preuve contraire, du lieu principal d'activité de cette personne. Pour toute autre personne physique (consommateur), le COMI est présumé être au lieu de résidence habituelle de cette personne physique (art. 3, 1., al. 4, du règlement n° 2015/848). Le règlement n° 2015/848 ne contient pas de définition du

lieu principal d'activités, ni de la résidence habituelle. Aucune référence n'est même prévue dans le texte de l'article 3, 1., quant au fait que le lieu principal d'activité et la résidence habituelle doivent être vérifiables par les tiers. Le Conseil souhaitait indiquer dans le règlement les critères auxquels les juridictions devaient avoir égard en cherchant à déterminer la résidence habituelle d'une personne physique (durée et régularité de la présence dans l'Etat membre, raisons, majeure partie des actifs, etc.). Ceci n'a finalement pas été intégré. Il appartiendra aux tribunaux des Etats membres et à la Cour de justice de construire une interprétation autonome de ces matières. Les présomptions prévues à l'article 3, 1., alinéa 3, du règlement n° 2015/848 sont réfragables⁷⁴.

b) « *Forum shopping* »

27. La clarification de la notion de COMI souhaitée par la Commission et par le Parlement a également pour but de limiter la possibilité pour le débiteur d'opter pour la juridiction la plus favorable (« *forum shopping* »). Selon la Commission, il était nécessaire que les débiteurs ne soient pas incités à déplacer leurs actifs ou les procédures judiciaires d'un Etat membre à un autre en vue de nuire à la masse des créanciers⁷⁵. La question du « *forum shopping* » est particulièrement sensible en raison des divergences importantes des droits nationaux de l'insolvabilité et de la convergence entre le for et la loi applicable. Il suffit en effet d'obtenir l'ouverture de la procédure principale dans un Etat membre pour que la loi de cet Etat régitte l'insolvabilité du débiteur concerné.

Selon la jurisprudence de la Cour de justice, le COMI doit s'apprécier à la date de la demande d'ouverture de la procédure⁷⁶. Pour limiter les risques de « *forum shopping* », l'article 3, 1., du règlement n° 2015/848 précise que les présomptions selon lesquelles le COMI d'une personne morale ou d'une société est situé au lieu de son siège statutaire et la présomption selon laquelle le COMI d'une personne physique exerçant une activité indépendante ou une profession libérale est situé à son lieu principal d'activité, ne s'appliquent pas lorsque le siège statutaire ou le lieu principal d'activité a été transféré d'un Etat membre à un autre au cours des 3 mois précédant la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. La même règle est prévue en ce qui concerne le transfert dans un autre Etat membre du lieu de résidence habituelle d'une personne physique qui n'exerce pas une activité indépendante ou une profession libérale mais avec une période de 6 mois. Ceci signifie que

⁶⁹. Souligné par l'auteur.

⁷⁰. J.-L. VALLENS, « La localisation du centre des intérêts principaux », in *Le nouveau règlement insolvabilité: quelles solutions?*, o.c., p. 80.

⁷¹. C.J.C.E., 2 mai 2006, C-341/04, *Eurofood*, o.c., points 29, 33 et 37; C.J.C.E., 20 octobre 2011, C-396/09, *Interdil Srl (en liquidation) / Fallimento Interdil Srl et Intesa Gestione Crediti SpA, Rec.*, 2011, p. I-9915, point 43.

⁷². Amendement 6 du Parlement européen.

⁷³. C.J.C.E., 2 mai 2006, C-341/04, *Eurofood*, précité et C.J.C.E., 20 octobre 2011, C-396/09, *Interdil*, également précité.

⁷⁴. Considérant 30 du règlement n° 2015/848.

⁷⁵. Considérant 4 de la proposition.

⁷⁶. C.J.C.E., 17 janvier 2006, C-1/04, *Staubitz-Schreiber*, ECLI:EU:C:2006:39, *Rec.*, 2006, p. I-701.

la présomption sera neutralisée. Le juge saisi reste cependant libre de localiser le COMI d'une personne morale au lieu du siège statutaire et celui d'une personne physique au lieu principal d'activité si son analyse des facteurs pertinents l'amène à cette conclusion. Il s'agit d'un renversement de la charge de la preuve, la réalité du transfert du COMI pouvant être démontrée⁷⁷.

Pour les débiteurs personnes physiques qui n'exercent pas une activité indépendante ou une profession libérale, le considérant 30 du règlement n° 2015/848 indique que le renversement de la présomption pourra intervenir s'il peut être établi que la majeure partie des actifs du débiteur se situe en dehors de l'Etat membre de la résidence habituelle ou si la raison principale du transfert était d'ouvrir la procédure dans une nouvelle juridiction, ce qui affecte les droits des créanciers. Dans ces circonstances, il serait en effet inapproprié de tenir compte de la nouvelle résidence principale.

Le considérant 28 insiste quant à lui sur l'importance du caractère vérifiable par les tiers. A cet égard, le fait que le débiteur ait informé les tiers suffisamment à temps du déplacement du COMI ou qu'il ait donné une certaine publicité au déménagement sont des éléments essentiels.

La solution retenue à l'article 3, 1., du règlement n° 2015/848 rendra plus difficiles les transferts de siège abusifs. Certains auteurs considèrent qu'une période de 6 mois aurait dû être retenue dans tous les cas⁷⁸.

28. La Cour de justice avait indiqué dans son arrêt *Interedil* qu'en cas de transfert du siège statutaire d'un débiteur personne morale avant l'introduction de la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, le COMI de cette société est présumé se trouver au nouveau siège statutaire, sauf si la présomption selon laquelle le COMI se situe au lieu du siège statutaire peut être renversée par la preuve que le COMI n'a pas suivi le siège statutaire⁷⁹. Si le règlement n° 2015/848 s'écarte de la jurisprudence de la Cour de justice, il s'en rapproche néanmoins en ce que le transfert du COMI, peu de temps avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, doit être examiné avec attention par le juge saisi de la demande d'ouverture, cette période préalable étant suspecte.

29. La Cour de justice a en outre également confirmé dans son arrêt *Staubitz-Schreiber* que la juridiction de l'Etat membre où est situé le COMI au moment de la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité conserve sa compétence, même en cas de déplacement du COMI dans un

autre Etat membre entre la date de la demande d'ouverture et l'ouverture de la procédure d'insolvabilité⁸⁰. Un déplacement du COMI après la demande d'ouverture de la procédure est donc inefficace. Ceci rend plus sensible, bien entendu, le risque de déplacement avant l'ouverture.

L'amendement 27 du Parlement allait cependant encore plus loin en prévoyant une véritable « période suspecte » de 3 mois avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité durant laquelle la compétence pour l'ouverture de procédures restait du ressort de l'Etat où la société était préalablement établie alors qu'actuellement le facteur de rattachement retenu est le lieu de situation du COMI au jour de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. La Commission s'est fermement opposée à cet amendement et a avancé différents arguments pour tenter de convaincre de son caractère inapproprié. Les arguments les plus convaincants, à notre opinion, sont d'abord le fait que cette période suspecte aurait augmenté l'insécurité juridique, liée à la difficulté de localiser un COMI dans le passé qui a depuis lors été transféré dans un autre Etat membre. Ensuite, tout déplacement du COMI n'est pas nécessairement abusif, en particulier lorsqu'il intervient avec l'accord (voire à l'initiative) des créanciers qui espèrent bénéficier d'une législation plus favorable ou d'une plus grande chance de maintenir l'activité⁸¹. Il faudrait éviter que les dispositions visant à lutter contre le « *forum shopping* » empêchent un débiteur en difficulté de relocaliser son COMI dans un autre Etat membre afin de bénéficier par exemple d'une procédure de sauvegarde disponible dans cet Etat. Ni la Commission, ni le Parlement n'ont cependant souhaité nuancer les dispositions préventives du « *forum shopping* » pour tenir compte de cette possibilité qui répond à un des objectifs essentiels poursuivis dans le cadre de la modernisation du règlement n° 1346/2000. Il ne nous semble pas, par contre, comme cela a parfois été invoqué, que la position soutenue par le Parlement était contraire à la liberté d'établissement dans la mesure où le but poursuivi consistait en la protection des créanciers⁸².

30. Dans le même objectif de lutte contre le « *forum shopping* », la définition d'établissement qui figure à l'article 2, 10), du règlement n° 2015/848 a par ailleurs été modifiée suite à un amendement du Parlement pour y insérer également une référence à une période de 3 mois précédant la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité, ce qui clarifie l'exigence qui existait déjà dans le cadre du règlement n° 1346/2000 selon laquelle l'activité doit être exercée de manière non transitoire⁸³.

77. J.-L. VALLENS, *o.c.*, p. 83.

78. L. CARBALLO PINEIRO, *o.c.*, p. 210.

79. C.J.C.E., 20 octobre 2011, C-396/09, *Interedil*, précité, points 56 et 59.

80. C.J.C.E., 17 janvier 2006, C-1/04, *Staubitz-Schreiber*, précité, point 29.

81. Position de la Commission européenne du 20 mai 2014 sur les amendements du Parlement européen en première lecture sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil relatif aux procédures d'insolvabilité, point 3.

82. L. CARBALLO PINEIRO, *o.c.*, p. 210.

83. Amendement 21 du Parlement européen.

31. Le règlement n° 2015/848 introduit également une garantie procédurale pour lutter contre le « *forum shopping* ». Elle consiste à imposer à la juridiction compétente d'examiner d'office si le COMI ou l'établissement du débiteur est réellement situé dans son ressort et d'exposer le fondement de sa compétence dans sa décision d'ouverture de la procédure, en précisant si celle-ci est fondée sur la localisation du COMI ou d'un établissement dans l'Etat membre et donc si la procédure est une procédure principale ou territoriale (art. 4, 1. et considérant 27 du règlement n° 2015/848). En cas de doute sur sa compétence, la juridiction exigera du débiteur des preuves supplémentaires à l'appui de ses allégations⁸⁴. Le Conseil souhaitait aller beaucoup plus loin en détaillant les critères à vérifier par la juridiction. Il nous paraît néanmoins opportun de laisser une certaine flexibilité aux juridictions compétentes.

La proposition de la Commission précise également qu'il faut donner l'occasion aux créanciers de présenter leur point de vue sur la question de la localisation du COMI. Cette Proposition de la Commission visait à offrir aux créanciers un moyen d'action à l'encontre de décisions tendancieuses de certaines juridictions qui n'ont pas hésité à localiser le COMI de filiales étrangères dans l'Etat membre du siège de la société mère sans aucune motivation quant à la localisation du COMI des filiales dans cet Etat membre⁸⁵. Le texte adopté précise que, si la législation locale le permet, la juridiction compétente devrait donner aux créanciers l'occasion de présenter leur point de vue sur la compétence⁸⁶.

La Commission a en outre souhaité octroyer aux créanciers (et à toute partie intéressée en général) un droit de recours effectif contre la décision d'ouverture de la procédure d'insolvabilité sur base de la compétence internationale⁸⁷. Cette possibilité fait l'objet du considérant 34 du règlement n° 2015/848. Un amendement du Parlement visait à ne permettre la contestation de la validité de la procédure d'ouverture que dans les 3 semaines qui suivent la publication des informations relatives à l'ouverture de cette procédure dans le registre d'insolvabilité. Cette modification ne figure pas dans le texte finalement adopté. L'article 5, 1., du règlement n° 2015/848 se limite à octroyer aux créanciers et à toutes parties intéressées (c.-à-d. notamment les tiers présumés lésés par l'ouverture de la procédure) le droit d'attaquer devant une juridiction la décision d'ouverture de la procédure principale en vertu de la compétence internationale. Une telle action, même si le texte ne le mentionne pas expressément, ne peut s'envisager que devant les juridictions de l'Etat membre où la procédure en cause a été

ouverte. Les juridictions des autres Etats membres ne pouvant en aucun cas exercer un contrôle de compétence, tous les Etats membres devront veiller, le cas échéant, à adapter leur législation interne pour organiser un tel recours, en ce compris en faveur du tiers non partie à la procédure, dans leur ordre judiciaire⁸⁸.

c) Actions connexes

32. Le règlement n° 1346/2000 ne précise pas si les juridictions d'un Etat membre qui sont compétentes pour ouvrir une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'un débiteur possédant son COMI sur le territoire de cet Etat membre peuvent aussi connaître des actions dérivées de l'insolvabilité. Ceci constitue clairement une lacune d'autant que les dispositions du règlement n° 1346/2000 organisant la reconnaissance automatique immédiate dans tous les Etats membres des décisions relatives à l'ouverture, au déroulement ou à la clôture d'une procédure d'insolvabilité visent expressément les décisions qui dérivent directement de la procédure d'insolvabilité et qui s'y insèrent étroitement, même si elles ont été rendues par une autre juridiction⁸⁹.

33. Le règlement n° 2015/848 prévoit en son article 6 des règles particulières de compétence en la matière pour l'ouverture des procédures qui dérivent directement des procédures d'insolvabilité et qui s'y insèrent étroitement. Le Parlement a suivi la Commission sur l'importance de disposer de règles spécifiques en la matière, confirmant la compétence des juridictions ayant ouvert une procédure d'insolvabilité principale ou secondaire pour connaître de ces actions. Il a amendé le texte de la proposition de manière à aborder plus en détail le sort de certaines actions dans les considérants.

Selon l'article 6, 1., du règlement n° 2015/848, les juridictions de l'Etat membre sur le territoire duquel la procédure d'insolvabilité a été ouverte en application de l'article 3 sont compétentes pour connaître de toute action qui découle directement de la procédure d'insolvabilité et y est étroitement liée.

Le Parlement proposait d'insérer dans le règlement une définition assez restrictive de l'action dérivant directement de procédures d'insolvabilité et qui y est étroitement liée puisqu'il visait uniquement « *une action destinée à obtenir une décision qui, en substance, ne peut pas, ou n'aurait pas pu, être obtenue en dehors d'une procédure d'insolvabilité ou indépendamment de celle-ci, et qui est uniquement admissible dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité pendante* »⁹⁰. La Com-

⁸⁴. Considérant 32 du règlement n° 2015/848.

⁸⁵. L. CARBALLO PINEIRO, *o.c.*, p. 210 et G. MOSS, I.F. FLETCHER et S. ISAACS (eds.), *The EC Regulation Regulation on insolvency proceedings. A commentary and annotated guide*, Oxford, Oxford university Press, 2002, pp. 40-41.

⁸⁶. Considérant 32 du règlement n° 2015/848.

⁸⁷. Considérant 12bis de la proposition.

⁸⁸. Considérant 34 du règlement n° 2015/848.

⁸⁹. Art. 16 et 25 du règlement n° 1346/2000.

⁹⁰. Amendement 22 du Parlement européen.

mission était opposée à l'introduction d'une telle définition dans le règlement n° 2015/848 en raison de la difficulté à dégager une définition compte tenu des divergences importantes au sein des droits nationaux⁹¹.

Aucune définition ne figure finalement dans le texte de l'article 6, 1. L'article 6, 3., du règlement n° 2015/848 se limite à préciser, sans innover, que sont réputées connexes les actions qui sont à ce point étroitement liées qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger ensemble pour éviter des décisions inconciliables⁹².

Les actions révocatoires sont expressément citées à l'article 6, 1., comme un exemple de procédures qui découlent directement d'une procédure d'insolvabilité et qui s'y insèrent étroitement⁹³.

La proposition de la Commission et le texte adopté codifient la jurisprudence de la Cour de justice qui a consacré, à plusieurs reprises, la compétence des juridictions de l'Etat membre sur le territoire duquel la procédure d'insolvabilité a été ouverte pour statuer sur une action révocatoire fondée sur l'insolvabilité et dirigée contre un défendeur ayant son siège statutaire dans un autre Etat membre⁹⁴. Le considérant 35 précise que sont concernées les actions en nullité de la période suspecte engagées contre un défendeur établi dans un Etat membre et les obligations qui naissent dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité comme le paiement anticipé des frais de procédure. Par contre, les actions relatives à l'exécution des obligations résultant d'un contrat conclu par le débiteur avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ne découlent pas directement de la procédure.

Il est important de relever que l'article 6, 1., du règlement n° 2015/848 ne distingue pas les juridictions selon qu'elles soient compétentes pour ouvrir une procédure principale ou secondaire. Ceci signifie qu'une juridiction compétente sur la base de l'article 3, 2., pour ouvrir une procédure secondaire est également compétente pour connaître de toute action qui en découle directement et y est étroitement liée.

Nous partageons l'avis du professeur Robine qui considère que rien ne s'oppose à transposer la position adoptée par la Cour de justice dans son arrêt *Nortel* à cette situation⁹⁵. La juridiction compétente pour ouvrir une procédure secondaire

dans un Etat membre ne serait dès lors compétente pour connaître des actions connexes que dans la mesure où ces actions portent sur les biens du débiteur qui se trouvent sur le territoire de cet Etat membre, les effets d'une procédure secondaire étant limités aux biens du débiteur se trouvant sur le territoire de l'Etat membre d'ouverture de la procédure (art. 3, 2., du règlement n° 2015/848)⁹⁶.

Les actions prévues par le droit civil ou le droit des sociétés peuvent dériver directement de l'insolvabilité et s'y insérer étroitement lorsqu'elles sont fondées sur l'insolvabilité du débiteur. Tel est le cas par exemple d'une action fondée sur la responsabilité des fondateurs ou des administrateurs ouverte aux tiers en cas de faillite de la société. Ce type d'action visera généralement à engager plus largement la responsabilité des administrateurs en recherchant leur responsabilité sur la base de fondements dérivant du droit civil ou du droit des sociétés. L'article 6, 2., du règlement n° 2015/848 autorise dans ce cas le praticien de l'insolvabilité ou le débiteur non dessaisi à porter les deux recours devant les juridictions de l'Etat membre sur le territoire duquel le défendeur (ou l'un d'eux) est domicilié, à condition que ces juridictions soient compétentes en vertu des dispositions du Règlement Bruxelles *Ibis*. Ce faisant, l'article 6, 2., institue un nouveau critère de compétence qui s'ajoute à celui de l'article 6, 1., et qui permet d'y déroger pour autant que l'action connexe soit une action prévue par le droit civil ou le droit des sociétés au sens du Règlement Bruxelles *Ibis*. Cette option laissée au praticien de l'insolvabilité avait été évoquée par l'avocat général dans ses conclusions dans l'affaire *Seagon* et par la doctrine⁹⁷.

D. Conflits de lois (art. 7 à 18) et localisation des actifs

34. Le règlement n° 2015/848 n'apporte aucune innovation en ce qui concerne les règles de conflits de lois.

Les dispositions relatives aux droits des salariés restent très largement similaires à celles du règlement n° 1346/2000, sans amélioration ni changement notable. Il s'agit pour la doctrine de l'une des principales lacunes du nouveau texte⁹⁸.

^{91.} Position de la Commission, *o.c.*, point 5.

^{92.} Cette définition est celle visée à l'article 30, 3., du règlement (UE) n° 1215/2012 concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Règlement « Bruxelles *Ibis* »). Pour un examen de la notion d'actions connexes, voy. D. ROBINE, « Les actions connexes », in *Le nouveau règlement insolvabilité: quelles évolutions?*, *o.c.*, pp. 72 et s.

^{93.} Considérants 6 et 13ter de la proposition.

^{94.} C.J.U.E., 16 janvier 2004, C-328/12, *Schmid*, *o.c.*, cité en note 12, point 39, qui retient une conception extensive du champ d'application géographique du règlement n° 1346/2000 en le déclarant applicable aux hypothèses où le seul élément d'extranéité consiste en une action liée à la procédure exercée contre un défendeur situé dans un Etat tiers. Cette jurisprudence nous semble condamnée.

^{95.} C.J.U.E., 11 juin 2015, C-649/13, *Comité d'entreprise de Nortel Networks SA e.a.*, J.O.U.E., 17 août 2015, C-270/04; K. VERBIEST, « NORTEL – Race naar de rechtbank? », *R.A.B.G.*, 2015/16, pp. 1138-1144.

^{96.} D. ROBINE, *o.c.*, p. 69.

^{97.} C.J.C.E., 12 février 2009, C-339/07, *Christopher Seagon / Deko Marty Belgium NV*, ECLI:EU:C:2009:83, *Rec.*, 2009, p. I-767, points 20-21 et 28; C. LEGROS, « Les actions connexes », in *Le droit européen des procédures d'insolvabilité à la croisée des chemins*, Montchrestien, 2013, p. 15, spéc. n° 31.

^{98.} M. MENJUNCO, « Rapport de synthèse », in F. JAULT-SESEKE et D. ROBINE (dirs.), *Le nouveau règlement insolvabilité: quelles évolutions?*, Joly Editions, 2015, p. 229.

Le règlement reprend par ailleurs à l'identique (dans ses art. 8 et 10) les articles 5 et 7 du règlement n° 1346/2000 relatifs aux sûretés. Alors que la consultation insistait sur l'opportunité de clarifier les textes des articles 5, 6 et 13 du règlement n° 1346/2000, ni la proposition de la Commission, ni le règlement n° 2015/848 ne clarifient ces dispositions (à l'exception d'un nouvel art. 15 sur les brevets européens et les marques communautaires).

35. Certains auteurs insistaient également sur l'importance de repenser l'immunité organisée par l'article 5 du règlement n° 1346/2000 en faveur des créanciers titulaires de droits réels sur des biens situés dans un autre Etat membre au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Celle-ci constitue en effet un véritable frein aux procédures de réorganisation puisque les mesures prises au sein de la procédure, comme un moratorium par exemple, n'affectent pas le droit pour les créanciers titulaires des droits réels de réaliser les actifs concernés⁹⁹. La protection octroyée à ces créanciers paraît excessive en ce que leurs droits réels échappent à la réglementation en matière d'insolvabilité tant de l'Etat d'ouverture (*lex fori concursus*) que de l'Etat où ils sont situés (*lex rei sitae*), sauf en cas d'ouverture d'une procédure secondaire¹⁰⁰.

D'autres motifs d'insécurité juridique concernent l'article 5 du règlement n° 1346/2000, comme par exemple la difficulté de localisation de certains actifs, tel que le compte bancaire. Un consensus assez large était en faveur d'une refonte de l'article 2, g), du règlement n° 1346/2000. Le nouvel article 2, 9., du règlement n° 2015/848 reprend les termes de l'article 2, g), du règlement n° 1346/2000 en ce qui concerne les trois catégories d'actifs qui y étaient précédemment visées: les biens corporels sont localisés dans l'Etat membre où ils sont situés, les biens et les droits faisant l'objet d'une inscription dans un registre public sont localisés dans l'Etat membre où ce registre est tenu et enfin, les créances sont toujours localisées sur le territoire de l'Etat membre où se trouve le COMI du tiers débiteur. Le règlement n° 2015/848 ajoute en outre 5 nouveaux types d'actifs dont il détermine la localisation sur la base de critères objectifs:

- les actions nominatives de sociétés (autres que les instruments financiers inscrits en compte) sont situées sur le territoire de l'Etat membre où la société a son siège social statutaire (art. 2, 9., i));
- les instruments financiers inscrits en compte sont situés dans l'Etat membre où est situé le compte ou le registre (art. 2, 9., ii));
- les espèces détenues sur un compte ouvert auprès d'un établissement de crédit sont localisées dans l'Etat

membre du code IBAN et, à défaut, dans l'Etat membre où est situé l'administration centrale de l'établissement de crédit. Enfin, si le compte est ouvert auprès d'une succursale, d'une agence ou d'un établissement, les espèces sont localisés dans cet Etat membre (art. 2, 9., iii));

- les brevets européens sont situés dans l'Etat membre qui a délivré le brevet (art. 2, 9., v)); et
- les droits d'auteurs et les droits voisins sont désormais localisés dans l'Etat membre où leur titulaire a son siège statutaire ou sa résidence habituelle (art. 2, 9., vi)).

La modernisation du règlement n° 1346/2000 apparaît certainement comme une occasion ratée en ce qui concerne ces questions. Il est vrai cependant qu'elles ne sauraient être entièrement résolues sans harmonisation des législations nationales en matière d'insolvabilité. Suite au rapport d'INSOL Europe, une organisation qui regroupe des praticiens et des spécialistes de l'insolvabilité, le Parlement a adopté une résolution invitant la Commission à rédiger une proposition pour l'harmonisation et la révision de certaines questions en matière d'insolvabilité.

E. Procédures d'insolvabilité secondaires (art. 34 à 52)

36. Le critère consacré à l'article 3, 2., du règlement n° 2015/848 pour autoriser la juridiction d'un Etat membre à ouvrir une procédure secondaire est identique à celui retenu par le règlement n° 1346/2000: une procédure secondaire peut être ouverte à l'égard d'un débiteur dont le COMI est situé dans un Etat membre par les juridictions de tout autre Etat membre où le débiteur dispose d'un établissement. L'article 2, 10), du règlement n° 2015/848 définit l'établissement comme étant « *tout lieu d'opérations où un débiteur exerce ou a exercé au cours de la période de trois mois précédant la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité principale, de façon non transitoire, une activité économique avec des moyens humains et des actifs* »¹⁰¹.

La seule nouveauté de cette définition est la clarification de la notion d'activité non transitoire déjà exigée par le règlement n° 1346/2000. Le règlement n° 2015/848 précise en effet qu'il faut que l'activité ait été exercée par le débiteur pendant au moins 3 mois avant la demande d'ouverture de la procédure principale pour pouvoir être qualifiée d'établissement¹⁰².

Il eut été opportun de prévoir en outre une période de 3 mois préalable à la demande d'ouverture de la procédure territo-

⁹⁹. L. CABARELLO PINEIRO, *o.c.*, p. 212.

¹⁰⁰. R.F. ABELN et T.G. ABELN, *o.c.*, pp. 697-706, spéc. p. 702.

¹⁰¹. On ne peut s'attarder dans cette contribution sur la notion d'établissement. Nous renvoyons à cet égard à la jurisprudence de la Cour de justice dans son arrêt *Interedil* (cité à la note 71) et aux observations et références citées dans l'étude de R. DAMMANN: « Le nouvel attelage entre procédures principale et secondaire(s) », in *Le nouveau règlement insolvabilité: quelles évolutions?*, *o.c.*, p. 95.

¹⁰². Art. 2, 10), du règlement n° 2015/848.

riale pour les cas où une procédure territoriale est ouverte avant toute procédure principale dans les conditions prévues à l'article 3, 4., du règlement n° 2015/848.

37. Pareillement, la portée d'une procédure secondaire demeure strictement territoriale comme prévu dans le règlement n° 1346/2000, ses effets étant limités aux biens du débiteur se trouvant sur le territoire de l'Etat membre d'ouverture (art. 3, 3., règlement n° 2015/848).

38. Le règlement n° 2015/848 maintient également la règle selon laquelle une procédure d'insolvabilité territoriale ne peut être ouverte avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité principale (art. 3, 4.). Il étend toutefois les exceptions à cette règle. La première exception (à savoir le cas dans lequel une procédure d'insolvabilité ne peut pas être ouverte en raison des conditions établies par le droit de l'Etat membre sur le territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur) demeure inchangée. La seconde exception offre désormais la possibilité de demander l'ouverture d'une procédure territoriale à tout créancier dont la créance est née de l'exploitation d'un établissement situé sur le territoire de l'Etat membre dans lequel l'ouverture de la procédure territoriale est demandée, ou est liée à celle-ci, tandis que le règlement n° 1346/2000 ne prévoyait cette faculté qu'au profit des créanciers établis dans l'Etat membre de la procédure territoriale. Enfin, le règlement n° 2015/848 instaure une nouvelle exception permettant à une autorité publique qui, en vertu du droit de l'Etat membre sur le territoire duquel l'établissement est situé, a le droit de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

39. La question des relations entre procédures principale et secondaire(s) revient à discuter du compromis entre la thèse universaliste et territorialiste dont est issu l'équilibre consacré par le règlement n° 1346/2000 entre une procédure principale universaliste et des procédures secondaires territoriales. L'ouverture de ces dernières entraîne la perte de contrôle du représentant de la procédure principale sur les actifs situés dans l'Etat membre où sont ouvertes les procédures secondaires, ceci rendant difficile, voire impossible, la cession de l'activité de l'entreprise en bloc et relativement inefficaces les mesures de redressement de l'activité dans son ensemble puisque, dans le règlement n° 1346/2000, toute procédure secondaire est nécessairement une procédure de liquidation.

Outre l'entrave à la sauvegarde des entreprises en difficulté, la mauvaise coordination entre procédures principale et procédure(s) secondaire(s), le coût de cette coopération, la mul-

tiplication des intervenants et les efforts qu'elle suppose sont des reproches récurrents fait au règlement n° 1346/2000. La coordination entre procédures principale et secondaire(s) dépend par ailleurs trop des facultés offertes par le droit national.

Afin de répondre à ces griefs, le règlement n° 2015/848 organise trois mesures novatrices visant à:

- permettre aux juridictions de refuser ou de suspendre l'ouverture de procédures secondaires lorsqu'elles ne sont pas nécessaires pour assurer la défense des intérêts des créanciers locaux;
- supprimer la condition exigeant que les procédures secondaires soient des procédures de liquidation (et par voie de conséquence, supprimer l'annexe B); et
- améliorer la coopération entre procédures principale et secondaire(s).

L'objectif poursuivi par ces mesures est essentiellement de favoriser la restructuration d'entreprises en difficulté qui s'avère plus efficace lorsqu'elle est gérée par un seul praticien de l'insolvabilité.

Le Conseil a proposé, en outre, de préciser que lorsqu'une procédure principale était ouverte à l'encontre d'une personne morale dans un Etat membre autre que celui où se trouve son siège social, il devrait être possible d'ouvrir une procédure secondaire dans l'Etat membre du siège statutaire, pour autant que le débiteur y exerce une activité économique, avec des moyens humains et des actifs. Ceci est repris dans le considérant 24 du règlement n° 2015/848. Bien que ceci ne constitue pas en soi une nouveauté, il est utile d'en faire une mention expresse dans les considérants. L'ouverture d'une procédure secondaire dans l'Etat du siège statutaire ruinerait les efforts de déplacement abusif du COMI dans un autre Etat membre si de nombreux actifs du débiteur sont situés dans l'Etat membre du siège statutaire¹⁰³. On remarquera à cet égard que le considérant 24 ne renvoie pas à la définition d'établissement de l'article 2, 10), du règlement n° 2015/848. Il fait référence à une activité économique avec des moyens humains et des actifs mais sans préciser qu'elle doit être non transitoire, ni même présente depuis au moins 3 mois dans l'Etat membre du siège statutaire. En cela, nous pensons que le règlement n° 2015/848 ne se limite pas à une transposition de la jurisprudence *Burgo Group* de la Cour de justice. Dans cet arrêt, la Cour avait en effet considéré que la définition d'établissement consacrée par le règlement n° 1346/2000 n'exclut pas que cet établissement soit doté d'une personnalité juridique et se trouve dans l'Etat membre où la société dispose de son siège statutaire¹⁰⁴. Une filiale ne peut par contre jamais constituer un établissement¹⁰⁵.

¹⁰³ Y. BRULARD, « Revised Regulation on Insolvency Proceedings », *IIC the newsletter*, novembre 2014, p. 5, n° 3, disponible sur www.internationalinsolvency2014.eu/iic-the-newsletterrevised-regulation-on-insolvency-proceedings/.

¹⁰⁴ C.J.U.E., 4 septembre 2014, C-327/13, *Burgo Group SpA / Illochroma SA et Jérôme Theetten*, ECLI:EU:C:2014:2158, point 32. *Contra*, R. DAMMANN, *o.c.*, p. 99.

¹⁰⁵ R. DAMMANN, *o.c.*, p. 99 et les références citées.

a) Refus ou suspension de l'ouverture d'une procédure secondaire

40. Si la faculté d'ouvrir une procédure secondaire n'a jamais été réellement contestée en raison de l'importance qu'elle revêt pour protéger les intérêts des créanciers locaux, il s'avérait nécessaire de refuser l'ouverture ou de permettre de suspendre l'ouverture d'une procédure secondaire dans certaines hypothèses afin de donner plus de chances à la restructuration du débiteur.

La Cour de justice était restée fermée aux arguments avancés par les juridictions de certains Etats membres afin de contester l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité secondaire susceptible de gêner une procédure principale de sauvetage¹⁰⁶.

Conformément aux articles 36 à 39 du règlement n° 2015/848, les juridictions saisies d'une demande d'ouverture d'une procédure secondaire peuvent refuser cette demande dans deux hypothèses: i) si le praticien de l'insolvabilité de la procédure principale s'est engagé envers les créanciers locaux à les traiter comme si une procédure secondaire avait été ouverte en terme de répartition et de droits de priorité, ou ii) en cas de suspension provisoire des droits de poursuite individuelle dans le cadre de la procédure principale.

i. Engagement du praticien de l'insolvabilité

41. L'article 36 du règlement n° 2015/848 autorise le praticien de l'insolvabilité de la procédure principale à prendre un engagement unilatéral envers les créanciers locaux, moyennant leur renonciation à demander l'ouverture d'une procédure secondaire.

La proposition de la Commission élaborait un mécanisme de procédures secondaires virtuelles (ou encore appelées « synthétiques ») qui permettait au praticien de l'insolvabilité de la procédure principale d'empêcher l'ouverture d'une procédure secondaire moyennant l'engagement du praticien de traiter les créanciers locaux comme si la procédure secondaire avait été ouverte en ce qui concerne les droits de répartition et de priorité. La Commission souhaitait également renforcer les pouvoirs du syndic principal dans le cadre de la procédure secondaire. Cette proposition étant inspirée des affaires *Rover*, *Collins & Aikman II* et *Nortel* dans lesquelles le syndic anglais de la procédure principale s'était engagé à traiter les créanciers locaux français et allemands comme si une procédure territoriale avait été ouverte en France et en

Allemagne en ce qui concernait le traitement de leurs créanciers. Moyennant cet engagement, les créanciers locaux avaient renoncé à demander l'ouverture de procédures secondaires qui auraient entravé la cession en bloc des actifs du débiteur par le syndic anglais¹⁰⁷.

42. Le système finalement mis en place dans le règlement n° 2015/848 autorise la juridiction saisie d'une demande d'ouverture d'une procédure secondaire à la refuser si elle considère que l'engagement pris par le praticien de l'insolvabilité de la procédure principale protège correctement l'intérêt général des créanciers locaux¹⁰⁸. L'engagement du praticien de l'insolvabilité de la procédure principale, doit pour ce faire, respecter toutes les conditions imposées à l'article 36 du règlement 2015/848 et en particulier:

- l'engagement porte sur les actifs situés dans l'Etat membre de l'établissement où une procédure secondaire aurait pu être ouverte et confirme que lors de la répartition de ses actifs ou des produits de leur réalisation, le praticien de l'insolvabilité respectera les règles de répartition et de priorité prévues par le droit national de l'Etat de l'établissement (art. 36, 1.). Les actifs et les droits se situant dans l'Etat membre de l'établissement doivent être recensés au moment de l'engagement et ils devraient constituer une sous-catégorie dans la masse de l'insolvabilité qui bénéficie des droits de priorité qui auraient été conférés aux créanciers si une procédure secondaire avait été ouverte (art. 36, 1.)¹⁰⁹;
- l'engagement est écrit et doit être rédigé dans une langue officielle de l'Etat membre où la procédure secondaire aurait pu être ouverte (art. 36, 3. et 4.);
- l'engagement doit être approuvé par la majorité des créanciers locaux connus aux mêmes conditions de quorum et de majorité que celles qui s'appliquent pour l'adoption de plans de restructuration en vertu de la législation de l'Etat membre dans lequel la procédure secondaire aurait pu être ouverte (art. 36, 5.)¹¹⁰;
- l'engagement est contraignant (art. 36, 6.). Si une procédure secondaire est ensuite ouverte conformément aux articles 37 et 38, le praticien de la procédure d'insolvabilité principale doit transférer tous les actifs déplacés après l'engagement dans l'Etat membre de la procédure secondaire ou le produit de leur réalisation (art. 36, 6.).

Le praticien de l'insolvabilité est tenu d'informer les créanciers locaux préalablement à toute répartition des actifs afin qu'ils puissent contester cette répartition devant les juridic-

¹⁰⁶. C.J.C.E., 22 septembre 2012, C-116/11, *Bank Handlowy*, précité et C.J.U.E., 4 septembre 2014, C-327/13, *Burgo Group*, cité à la note 104, points 61 à 63.

¹⁰⁷. High Court of London, 9 juin 2006, *Collins & Aikman II*, N.Z.I., 2006, p. 654. Voy. également K. PANNEN (HERCHEN), *EulnsVO*, article 27, n° 8. Voy., pour l'arrêt *Nortel*, précité, la décision du juge PATTEN du 11 février 2009, *E.W.H.C.*, 2009, p. 206 (CH) et E.J. JANGER, « Virtual territoriality », 48 *Colum. Journ. Transnat'l Law*, 2010, pp. 401 et s. Certains auteurs ont également pu parler d'une « simulation contractuelle » de la territorialité.

¹⁰⁸. Art. 38, 2. et considérant 42 du règlement n° 2015/848.

¹⁰⁹. Considérant 43 du règlement n° 2015/848.

¹¹⁰. Considérants 42 et 44 du règlement n° 2015/848.

tions ayant ouvert la procédure principale si elle n'est pas conforme à l'engagement ou à la loi applicable (art. 36, 7.).

Le praticien de l'insolvabilité est responsable de tout dommage causé aux créanciers locaux suite au non-respect dans son chef de l'article 36 (art. 36, 10.).

43. C'est le Parlement qui a été soucieux de formuler des critères minimaux concernant l'engagement pris par le praticien de l'insolvabilité envers les créanciers locaux afin d'éviter les comportements abusifs et d'offrir une plus grande sécurité juridique en la matière¹¹¹. Les amendements du Parlement prévoyaient également la désignation d'un « syndic » par la juridiction saisie de la demande d'ouverture de la procédure secondaire pour protéger les intérêts des créanciers locaux¹¹². Cette dernière mesure a été critiquée par la Commission qui craignait des interférences avec les efforts menés par le praticien de la procédure principale (surtout s'il a pour objectif de restructurer le groupe) et qui a mis en avant le coût supplémentaire d'une telle nomination¹¹³. Le texte adopté ne prévoit pas de nommer un tel « syndic ». Le Parlement a également souhaité prévoir les conséquences du non-respect par le praticien de son engagement à l'égard des créanciers locaux. Le texte adopté leur permet de demander aux juridictions de l'Etat membre dans lequel la procédure principale a été ouverte et à celles de l'Etat membre où la procédure secondaire aurait pu être ouverte de prendre des mesures pour assurer le respect des termes de l'engagement (art. 36, 8. et 36, 9.).

On pourrait *a priori* s'étonner de ce que la mesure visant à empêcher l'ouverture d'une procédure secondaire soit dépeinte comme visant à favoriser les restructurations alors que les conditions de l'engagement du praticien concernent essentiellement les priorités et droits de répartition en cas de réalisation des actifs déplacés. Cela n'est finalement pas paradoxal. Certaines réalisations d'actifs peuvent, par exemple, intervenir dans le cadre du cours normal des affaires du débiteur ou en vue de sa sauvegarde.

44. Le droit de demander l'ouverture de la procédure secondaire reste effectif pendant un délai de 30 jours à compter de la réception de la décision d'approbation de l'engagement pour s'assurer de son efficacité¹¹⁴.

ii. Suspension provisoire des poursuites individuelles dans la procédure principale

45. Si une suspension provisoire des poursuites individuel-

les a été accordée dans la procédure principale (p. ex. pour négocier un plan global avec l'ensemble des créanciers), la juridiction de l'Etat où le débiteur a un établissement peut suspendre, à la demande du praticien de l'insolvabilité, l'ouverture d'une procédure secondaire pour une période ne dépassant pas 3 mois afin de préserver l'efficacité de la procédure principale pour autant qu'elle soit convaincue que des mesures appropriées protègent les droits des créanciers locaux¹¹⁵. Les considérants 45 et 46 prévoient ainsi que:

- les créanciers dont les droits pourraient être affectés par le résultat des négociations relatives à un plan de restructuration devraient être informés des négociations et pouvoir y participer;
- afin de préserver les droits des créanciers locaux en cas d'ouverture ultérieure d'une procédure secondaire, le praticien de l'insolvabilité de la procédure principale ne devrait pas pouvoir déplacer des actifs situés dans l'Etat de l'établissement.

Le Parlement souhaitait préciser que toute décision de reporter ou de refuser l'ouverture de la procédure secondaire devrait pouvoir être attaquée par les créanciers locaux¹¹⁶. Ce droit n'est pas expressément repris dans le texte de l'article 36 du règlement n° 2015/848.

b) Procédures secondaires de sauvegarde

46. Actuellement l'article 3, 3., du règlement n° 1346/2000 impose que les procédures secondaires soient des procédures de liquidation uniquement. Tant la Commission que le Parlement ont défendu l'idée que les procédures secondaires devaient pouvoir également être des procédures de sauvegarde afin de faciliter les restructurations. Le texte adopté a donc supprimé la dernière ligne de l'article 3, 3., du règlement n° 1346/2000. En conséquence, l'annexe B disparaît car il n'est plus nécessaire de distinguer quelles sont les procédures de liquidation au sein de chaque Etat membre.

Cette modification, *a priori* novatrice, ne l'est pas tellement au regard de la jurisprudence de la Cour de justice dans l'affaire *Christianopol*. La Cour y interprète en effet l'article 27 du règlement n° 1346/2000 comme permettant l'ouverture d'une procédure secondaire quand bien même la procédure principale poursuit une finalité protectrice, en précisant qu'il incombe à la juridiction saisie de prendre en considération les objectifs de la procédure principale et de tenir compte de l'économie du règlement dans le respect du principe de coopération¹¹⁷.

¹¹¹. Amendement 35 du Parlement européen.

¹¹². Amendements 43 à 46 du Parlement européen.

¹¹³. Position de la Commission, *o.c.*, point 2.

¹¹⁴. Art. 37, 2., du règlement n° 2015/848.

¹¹⁵. Art. 38, 3. et considérant 45 du règlement n° 2015/848.

¹¹⁶. Amendement 44 du Parlement européen.

¹¹⁷. C.J.C.E., 22 novembre 2012, C-116/11, *Bank Handlowy*, précité, n°s 63, 70 et 74.

Le praticien de l'insolvabilité de la procédure principale peut demander à la juridiction ayant ouvert la procédure secondaire un autre type de procédure mentionné à l'annexe A¹¹⁸.

c) Coopération entre procédure principale et procédure(s) secondaire(s)

47. Le règlement n° 2015/848 impose et organise l'échange d'information et la coopération entre:

- le praticien de la procédure principale et celui de toute procédure secondaire ouverte à l'égard d'un même débiteur (art. 41);
- les juridictions de la procédure principale et celles ayant ouvert des procédures secondaires à l'égard d'un même débiteur (art. 42);
- les praticiens et les juridictions (art. 43).

Le Parlement souhaitait renforcer les obligations de coopération entre le praticien de l'insolvabilité de la procédure principale et ceux des procédures secondaires en donnant la primauté à celui de la procédure principale. L'article 41 du règlement n° 2015/848 détaille les obligations d'information et de coopération entre praticiens de l'insolvabilité de procédures qui concernent un même débiteur. Les différents praticiens se communiquent toute information utile, explorent ensemble la possibilité de restructurer la dette et, le cas échéant, coordonnent la mise en œuvre d'un plan de restructuration¹¹⁹. Hormis l'exigence que le praticien de la procédure secondaire permette, en temps utile, au praticien de la procédure principale de présenter des propositions relatives à la réalisation ou à l'utilisation des actifs dans les procédures secondaires, l'article 41 ne confère aucune possibilité d'intervention du praticien de l'insolvabilité de la procédure principale dans les procédures secondaires¹²⁰. Néanmoins le considérant 48 insiste sur l'importance de garantir le rôle prédominant de la procédure principale en accordant au praticien de cette procédure la possibilité d'intervenir dans les procédures secondaires ouvertes à l'encontre du même débiteur. Il est dit qu'il devrait pouvoir proposer un plan de restructuration ou un concordat ou demander la suspension de la réalisation des actifs dans les procédures secondaires.

La coopération entre la juridiction de la procédure principale et les juridictions des procédures secondaires ouvertes à l'encontre d'un même débiteur est organisée à l'article 42. Pour faciliter la coordination, les juridictions peuvent nommer une personne ou un organe indépendant agissant sur leur instruction pour autant que ce soit conforme avec la législa-

tion locale applicable. La coopération peut notamment porter sur la coordination de la désignation de praticiens de l'insolvabilité, ce qui devrait permettre aux juridictions de désigner un seul praticien de l'insolvabilité pour plusieurs procédures concernant le même débiteur à condition que ce praticien remplisse les conditions éventuelles prévues par le droit local, en particulier en matière de qualification et d'agrément¹²¹.

De manière générale, les bonnes pratiques prévues dans les lignes directrices de l'UNCITRAL devraient être suivies¹²².

La possibilité pour les praticiens de l'insolvabilité et les juridictions de recourir à des accords et des protocoles, écrits ou oraux, génériques ou spécifiques, est de surcroît expressément prévue¹²³.

F. Publicité des décisions liées à la procédure d'insolvabilité (art. 24 à 30), information des créanciers et production des créances (art. 53 à 55)

a) Publicité des décisions – Registre électronique de l'insolvabilité

48. Il n'existe à ce jour aucun registre européen de l'insolvabilité et le règlement n° 1346/2000 n'impose aucune mesure de publicité des décisions d'ouverture des procédures d'insolvabilité. Or, cette publicité est essentielle non seulement pour permettre aux créanciers (en particulier étrangers) de participer à la procédure, mais aussi pour que les juridictions saisies soient informées de l'ouverture de procédure(s) dans un autre Etat membre afin d'éviter les procédures principales parallèles comme ce fut le cas dans l'affaire à l'origine de l'arrêt *ISA Daisytek*¹²⁴. Il est important aussi pour les juges de pouvoir déterminer de quel type de procédure il s'agit et quelles conséquences s'attachent à son ouverture.

Afin de faire face à cette lacune stigmatisée par les praticiens, le règlement n° 2015/848 impose à chaque Etat membre de mettre en place, avant le 26 juin 2018, un registre électronique des décisions d'insolvabilité accessible à tous gratuitement et interconnecté avec les registres nationaux de tous les autres Etats membres via le portail e-justice (art. 24, 1.)¹²⁵, avec une exception pour les procédures d'insolvabilité concernant des consommateurs (c.-à-d. des personnes physiques qui n'exercent pas une activité d'indépendant ni une

¹¹⁸. Art. 51 du règlement n° 2015/848.

¹¹⁹. Art. 41, 2., a) et b), du règlement n° 2015/848.

¹²⁰. Art. 41, 2., c), du règlement n° 2015/848.

¹²¹. Considérant 50 du règlement n° 2015/848.

¹²². Considérant 48 du règlement n° 2015/848.

¹²³. Considérant 49 du règlement n° 2015/848.

¹²⁴. Voy. High Court of Justice, 16 mai 2003, *ISA Daisytek Ltd., B.C.C.*, 2003, p. 562 et Versailles (13^e ch.), 15 décembre 2005, *Dalloz*, 2006, p. 379 ainsi que le considérant 76 du règlement n° 2015/848.

¹²⁵. En ce qui concerne la date d'entrée en vigueur de cette obligation, voyez l'article 92 du Règlement 2015/848.

profession libérale)¹²⁶. Le Parlement a suivi la Commission et détaillé les obligations concernant les registres. Il a aussi défendu l'inclusion des procédures concernant les consommateurs dans les registres¹²⁷. La Commission a quant à elle attiré l'attention sur l'importance de parvenir à un équilibre entre la nécessité de transparence et la protection des données à caractère personnel¹²⁸. En conséquence, le Conseil a organisé dans un nouveau Chapitre VI (art. 78 à 83) la protection des données à caractère personnel qui figureront dans les registres d'insolvabilité interconnectés.

Les informations obligatoires à publier dans le registre sont listées à l'article 24, 2., du règlement n° 2015/848. Il s'agit notamment de la date d'ouverture de la procédure, du type de procédure, de l'identité du débiteur, des coordonnées du praticien désigné et des délais fixés pour la production des créances et pour attaquer des décisions, étant entendu qu'il sera suffisant de publier des liens vers des informations explicites sur les critères pour calculer ces délais¹²⁹. Les Etats membres sont libres de publier des informations complémentaires dans leur registre¹³⁰. Ils pourront également prévoir certaines contraintes à l'accès au registre telles que l'obligation de faire une demande préalable à l'autorité compétente ou la vérification d'un intérêt légitime et auront même la possibilité d'éviter de rendre publiques des informations concernant des personnes physiques n'exerçant pas une activité indépendante ou une profession libérale, pour autant que les créanciers étrangers soient informés de la juridiction devant laquelle un recours peut être introduit contre la décision d'ouverture et du délai d'un tel recours¹³¹.

L'interconnexion des registres des Etats membres est organisée par les articles 25 à 27 du règlement n° 2015/848 et devrait permettre, au plus tard le 26 juin 2019, de faire une recherche sur certaines données relatives aux procédures et aux débiteurs dans toutes les langues officielles de l'Union¹³².

En prévision des difficultés de mise en œuvre, une version-test a déjà été lancée au sein de 7 pays dont les registres ont été interconnectés (République tchèque, Slovaquie, Allemagne, Pays-Bas, Estonie, Autriche et Roumanie)¹³³.

49. Tant que le système d'interconnexion entre les registres nationaux n'est pas effectif, le représentant de l'insolvabilité demandera à ce que la décision d'ouverture et celle qui le nomme soient publiées dans tout Etat membre dans lequel

le débiteur dispose d'un établissement, conformément aux modalités prévues dans cet Etat¹³⁴.

Le Parlement a amendé le texte pour exclure expressément l'application du règlement n° 1393/2007 relatif à la signification et à la notification dans les Etats membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale lorsqu'il s'agit d'informer les créanciers¹³⁵. Cette exclusion se retrouve finalement dans le considérant 64.

Le Parlement avait également amendé le texte de la proposition pour demander aux Etats membres de prévoir des procédures de radiation des registres¹³⁶. Ceci ne se retrouve finalement pas dans le texte adopté.

b) Production des créances

50. La Commission souhaitait faciliter la production des créances en particulier pour les petits créanciers et les PME. A cette fin, la proposition de la Commission:

- organise l'information des créanciers étrangers via l'envoi d'une note standardisée concernant la procédure d'insolvabilité qui doit être disponible dans toutes les langues officielles de l'Union européenne;
- demande la création d'un formulaire uniformisé également disponible dans toutes les langues officielles de l'Union européenne pour la production des créances;
- donne aux créanciers étrangers un délai de 45 jours à compter de la publication dans le registre de l'ouverture de la procédure pour produire leurs créances même si la législation nationale prévoit un délai plus court;
- organise l'information des créanciers en cas de contestation de leur créance et leur permet d'apporter des éléments d'information supplémentaires pour établir leur créance; et
- supprime l'obligation de se faire représenter en justice pour produire une créance devant une juridiction étrangère afin de diminuer les coûts à charge des créanciers.

Ces mesures sont mises en œuvre aux articles 53 à 55 du règlement n° 2015/848. Les créanciers étrangers pourront produire leurs créances par tous les moyens acceptés par le droit de l'Etat membre d'ouverture et non plus nécessairement par écrit¹³⁷. En ce qui concerne le délai pour la produc-

¹²⁶. Considérants 29 et 29bis de la proposition.

¹²⁷. Amendement 37 du Parlement européen.

¹²⁸. Position de la Commission, *o.c.*, point 7.

¹²⁹. Art. 24, 2., h) et considérants 77 et 78 du règlement n° 2015/848.

¹³⁰. Art. 24, 3. et considérant 77 du règlement n° 2015/848.

¹³¹. Art. 24, 4. et considérant 80 du règlement n° 2015/848.

¹³². Art. 25, 1. et considérant 76 du règlement n° 2015/848.

¹³³. Communiqué de presse de la Commission européenne du 7 juillet 2014, « Pour un encadrement moderne de l'insolvabilité: la Commission européenne lance l'interconnexion des registres d'insolvabilité à l'échelle de l'UE », disponible sur www.europa.eu/rapid/press-release_IP-14-774_fr.htm.

¹³⁴. Art. 28, 1., du règlement n° 2015/848.

¹³⁵. Point 15 de la proposition du Parlement européen contenant les divers amendements à la proposition.

¹³⁶. Amendement 37 du Parlement européen.

¹³⁷. Art. 53 du règlement n° 2015/848.

tion des créances, l'article 55, 6., prévoit l'application du délai prévu par la législation de l'Etat d'ouverture de la procédure d'insolvabilité, sans que ce délai ne puisse être inférieur à 30 jours à compter de la publication de la décision d'ouverture de la procédure d'insolvabilité au registre d'insolvabilité.

G. Insolvabilité des groupes de sociétés (art. 56 à 77)

51. Une des lacunes du règlement n° 1346/2000 que les professionnels de l'insolvabilité ont fustigé à maintes reprises est l'absence de dispositions spécifiques concernant l'insolvabilité des groupes de sociétés. Le texte du règlement n° 1346/2000, tel qu'interprété par la Cour de justice, impose d'ouvrir une procédure indépendante pour chaque membre du groupe, ce qui rend quasiment impossible la restructuration d'un groupe de sociétés¹³⁸.

La manière de traiter l'insolvabilité des groupes de sociétés a suscité de vives discussions. La consultation envisageait différentes solutions parmi lesquelles autoriser le praticien de l'insolvabilité de la procédure principale à intervenir dans les procédures secondaires ou désigner un seul praticien aidé de praticiens locaux. Une autre proposition était de n'ouvrir qu'une seule procédure d'insolvabilité pour tous les membres du groupe ou une par membre mais au lieu du COMI du groupe. Il a été proposé de localiser le COMI du groupe au lieu du COMI de la société mère. Cette option a cependant été critiquée car elle aurait permis trop aisément au débiteur de transférer son COMI en changeant la société mère du groupe par un transfert d'actions. Une partie des intéressés considérait même que rédiger des dispositions propres à l'insolvabilité des groupes de sociétés serait préjudiciable à la flexibilité et qu'il vaudrait mieux s'abstenir.

Le règlement n° 2015/848 consacre un chapitre entier composé de 21 articles (art. 56 à 77) à la question de l'insolvabilité des groupes de sociétés. Le groupe de sociétés y est défini comme une entreprise mère et l'ensemble de ses filiales et l'entreprise mère est elle-même définie comme celle

qui exerce le contrôle sur une ou plusieurs filiales¹³⁹. La notion de contrôle retenue par le règlement est celle consacrée par la directive comptable n° 2013/34/UE¹⁴⁰.

52. Le règlement n° 2015/848 n'organise pas de super-procédure d'insolvabilité qui engloberait l'ensemble des sociétés du groupe en difficulté. Au contraire, il confirme le principe de procédures d'insolvabilité distinctes pour chacun des membres du groupe, principe qui est indissociable du respect de la personnalité morale distincte de chaque membre du groupe et qui a été clarifié par la Cour de justice dans l'arrêt *Eurofood*¹⁴¹. La gestion de l'insolvabilité des groupes de sociétés se concrétise dans le cadre du règlement n° 2015/848 par des mesures de coordination ainsi que de coopération et d'information entre les différentes procédures d'insolvabilité concernant les différents membres d'un groupe de sociétés et entre les représentants de l'insolvabilité de chacune des procédures qui sont fort similaires à ce qui est prévu en matière de coopération entre la procédure principale et les procédures secondaires (voy. à cet égard *supra*, nos 36 et s.)¹⁴². Les dispositions du règlement n° 2015/848 consacrées au groupe de sociétés ne s'appliqueront donc que lorsque plusieurs membres d'un même groupe font l'objet de procédures d'insolvabilité nécessairement distinctes ouvertes dans différents Etats membres ou dans un même Etat membre lorsque les COMI des sociétés du groupe y sont tous localisés, pour autant que l'on poursuive les effets de ces procédures dans un autre Etat membre¹⁴³. Or, dans de nombreux cas, les actionnaires, voire les créanciers, tentent de préserver les entités opérationnelles du groupe de l'insolvabilité ce qui empêchera les dispositions en matière d'insolvabilité des groupes de sociétés de s'appliquer. De plus, lorsque l'insolvabilité est prévisible, le débiteur peut anticiper et déplacer le COMI de plusieurs sociétés du groupe dans un seul Etat membre. C'est ce qu'avaient fait les sociétés des groupes Collins & Aikman pour faciliter la coordination entre les procédures¹⁴⁴. Les dispositions relatives à l'insolvabilité des groupes de sociétés trouveront dès lors vraisemblablement à s'appliquer surtout lorsque l'insolvabilité interviendra de manière imprévue.

¹³⁸. C.J.C.E., 2 mai 2006, C-341/04, *Eurofood*, précité.

¹³⁹. Art. 2, 13) et 14), du règlement n° 2015/848.

¹⁴⁰. Art. 2, 14), du règlement n° 2015/848.

¹⁴¹. Considérant 54 du règlement n° 2015/848.

¹⁴². Art. 56 et s. et considérant 52 du règlement n° 2015/848.

¹⁴³. Le considérant 62 du règlement n° 2015/848 indique que les règles en matière de groupes de sociétés ne devraient s'appliquer que dans la mesure où les procédures concernant différents membres d'un même groupe de sociétés ont été ouvertes dans plusieurs Etats membres. Ceci paraît *a priori* contradictoire avec le considérant 53 qui précise qu'une juridiction devrait pouvoir exercer sa compétence en tant que juridiction unique lorsque le COMI de plusieurs membres d'un groupe de sociétés est situé sur le territoire d'un seul Etat membre (bien que le considérant 52 pourrait se lire comme s'appliquant pour autant qu'au moins une autre procédure soit ouverte dans un autre Etat membre à l'égard d'un membre du groupe).

¹⁴⁴. High Court of Justice, 15 juillet 2003, *Collins & Aikman Corporation Group, E.W.H.C.*, 2005, p. 1754 (Ch); F. KORKMAZER, « Grensoverschrijdende aspecten van internationale insolventieprocedures voor rechtspersonen in een notendop », *Cah. jur.*, 2008/3, p. 53; H. EIDENMÜLLER, « A New Framework for Business Restructuring in Europe: The EU Commission's Proposals for a Reform of the European Insolvency Regulation and Beyond », *Maastricht Journ.*, 2013/1, pp. 133-150; Y. BRULARD, F.-J. GARCIA MARTIN et N. HOOD, *I.I. – Foreword: Why a Network? New challenges and new professional opportunities in International insolvency convention*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 5-13; V. MARQUETTE, « Insolvabilité transfrontalière des groupes de sociétés: le rappel à l'ordre de la C.J.C.E. en faveur d'une interprétation stricte de la notion de centre des intérêts principaux du débiteur », *R.D.C.*, 2006/8, pp. 804-809.

a) *Coopération et communication*

53. Le règlement n° 2015/848 impose et organise l'échange d'information et la coopération entre:

- les praticiens de toutes les procédures ouvertes à l'égard des sociétés membres du groupe (art. 56);
- les juridictions des différentes procédures ouvertes à l'égard des sociétés membres du groupe (art. 57);
- les praticiens et les juridictions (art. 58).

La coopération peut revêtir différentes formes dont la pratique des protocoles entre juridictions, qui s'étaient fort développés¹⁴⁵.

b) *Coordination*

i. *Coordinateur*

54. Lorsque différentes sociétés du groupe ont leur COMI dans un même Etat membre, la juridiction compétente est habilitée à désigner un coordinateur, c'est-à-dire le même praticien de l'insolvabilité dans toutes les procédures en cause pour autant que ce soit compatible avec les règles prévues par son droit national¹⁴⁶.

ii. *Intervention dans une autre procédure d'insolvabilité*

55. L'article 60 décrit les pouvoirs d'intervention du praticien à l'égard des autres procédures ouvertes contre les membres d'un groupe. Le règlement n° 2015/848 permet notamment à un représentant d'une des procédures de demander la suspension des autres procédures qui y sont liées. En aucun cas la suspension ne peut avoir pour effet de porter atteinte aux droits réels des créanciers ou des tiers¹⁴⁷. La proposition de la Commission prévoyait initialement de permettre au praticien de l'insolvabilité d'une procédure ouverte à l'encontre d'un membre d'un groupe de proposer un plan de redressement, un concordat ou toute mesure comparable pour tous les membres du groupe ou pour certains d'entre eux¹⁴⁸. Le Parlement s'est opposé à cette mesure en la supprimant du texte¹⁴⁹. La possibilité pour le praticien de demander la suspension de la procédure ouverte à l'égard du débiteur (et donc des mesures de réalisation qui peuvent en découler) souhaitée par la Commission avait quant à elle été limitée par le Parlement à une suspension de 2 mois¹⁵⁰. L'article 60, 1., b), du règlement n° 2015/848 ne fait en fin de compte état d'aucune limite temporelle à la suspension

mais prévoit d'autres conditions (une telle mesure ne peut p. ex. être demandée que si un plan de restructuration est proposé pour tous les membres du groupe ou certains d'entre eux et si la suspension est nécessaire pour assurer l'application correcte du plan qui doit par ailleurs être dans l'intérêt des créanciers concernés).

iii. *Procédure de coordination collective (art. 61 à 77)*

56. Le règlement n° 2015/848 organise un système de coordination volontariste qui est le résultat d'un compromis entre les solutions proposées respectivement par le Parlement et la Commission. Le Parlement soutenait la désignation d'un coordinateur indépendant des membres du groupe et de leurs créanciers chargé¹⁵¹:

- de définir et de décrire des recommandations en vue d'exécuter de manière coordonnée les procédures d'insolvabilité;
- d'arbitrer les litiges qui pourraient survenir entre deux ou plusieurs représentants de l'insolvabilité des membres du groupe; et
- de présenter un programme de coordination collective qui définirait, détaillerait et recommanderait une série complète de mesures sur la résolution des insolvabilités des membres du groupe.

57. Le système retenu est moins ambitieux. Le règlement n° 2015/848 permet à tout praticien de l'insolvabilité désigné dans une des procédures ouvertes à l'encontre d'un membre du groupe (ou au débiteur lui-même s'il n'est pas dessaisi) de demander l'ouverture d'une procédure de coordination collective dont l'objectif est de faciliter la gestion efficace des procédures ouvertes à l'égard des différents membres du groupe¹⁵². Le praticien ne doit pas nécessairement saisir les juridictions dont il relève mais peut formuler sa demande devant la juridiction de son choix ayant ouvert une procédure à l'encontre d'un membre du groupe ou compétente pour le faire. Si l'on envisage un groupe de sociétés composé d'une société holding de droit français et de quatre filiales dont les COMI respectifs sont établis en Belgique, en France, en Espagne et aux Pays-Bas, le praticien d'une procédure ouverte en Belgique à l'égard de la société belge du groupe pourrait demander aux juridictions françaises d'ouvrir une procédure de coordination collective même si aucune procédure d'insolvabilité n'est ouverte en France à l'égard de la société holding. Les juridictions françaises peu-

¹⁴⁵. Art. 56, 1. et 57, 3., e) et considérant 49 du règlement n° 2015/848.

¹⁴⁶. Considérant 53 du règlement n° 2015/848.

¹⁴⁷. Art. 60, 1., b) et considérant 69 du règlement n° 2015/848.

¹⁴⁸. Art. 42quinquies, 1., c), de la proposition.

¹⁴⁹. Amendement 57 du Parlement européen.

¹⁵⁰. Art. 42quinquies, 1., b), de la proposition et amendement 56 du Parlement européen.

¹⁵¹. Voy. les amendements 60 et s. du Parlement européen.

¹⁵². Art. 60, 1., c) et considérants 55 et s. du règlement n° 2015/848.

vent-elles être saisies de la demande d'ouverture de la procédure de coordination collective même si elles ne sont compétentes que pour l'ouverture d'une procédure secondaire, par exemple dans l'hypothèse où la société de droit français ne dispose que d'un établissement en France alors que son COMI est effectivement établi dans un autre Etat membre? A défaut d'indication contraire dans le texte de l'article 61 du règlement 2015/848, il nous semble que oui. Tant que la procédure de coordination n'est pas ouverte, les praticiens désignés dans les procédures d'insolvabilité concernant les membres du groupe peuvent à une majorité des 2/3 et sur la base d'un simple accord écrit entre eux contraindre la juridiction saisie à se déclarer incompétente si ils estiment que la juridiction d'un autre Etat membre est plus appropriée pour ouvrir la procédure de coordination collective¹⁵³.

Toute juridiction saisie en second lieu doit se déclarer incompétente au profit de la première saisie¹⁵⁴.

Si la juridiction saisie estime i) que l'ouverture de la procédure de coordination facilitera la gestion efficace des procédures d'insolvabilité des différents membres du groupe et ii) qu'aucun créancier ne sera financièrement lésé par la participation de la société membre du groupe à la coordination¹⁵⁵, elle:

- désigne un coordinateur qui remplit les exigences prévues à l'article 71 (il ne peut notamment pas être un des praticiens déjà désignés et ne doit avoir aucun conflit d'intérêts à l'égard des membres du groupe);
- établit les grandes lignes de la coordination; et
- répartit les coûts de la coordination entre les différents membres du groupe.

Les coûts importants qui peuvent découler de la mise en

place d'une procédure de coordination collective (voyage des praticiens, traductions, etc.) sont à partager entre les membres du groupe. Ils doivent être adéquats, raisonnables et proportionnels et les avantages de la coordination doivent être plus importants que les coûts qui en découlent¹⁵⁶.

Le coordinateur dispose de prérogatives importantes listées à l'article 72 du règlement n° 2015/848 dont proposer un programme de coordination, régler les différends entre les membres du groupe, prendre des mesures pour rétablir la solidité financière du groupe, demander pour une période de 6 mois maximum la suspension d'une procédure d'insolvabilité ouverte à l'égard d'un membre du groupe, etc.

Les praticiens désignés dans le cadre des procédures ouvertes à l'égard des membres du groupe peuvent refuser de participer à la coordination. Dans ce cas, le coordinateur désigné n'aura aucune compétence dans ces procédures et celles-ci ne supporteront pas les coûts de la coordination¹⁵⁷. Le règlement autorise le praticien récalcitrant à demander une admission ultérieure au bénéfice de la coordination qui suppose toutefois l'accord de tous les autres praticiens concernés¹⁵⁸.

Le règlement autorise également ces praticiens récalcitrants à demander la suspension de toute mesure liée à la réalisation des actifs dans le cadre d'une procédure ouverte à l'égard d'un autre membre du groupe qui ne fait pas l'objet de la procédure de coordination collective à condition: i) qu'un plan de restructuration soit présenté pour les membres du groupe concernés, ii) que ce plan soit dans l'intérêt des créanciers concernés par la procédure pour laquelle la suspension est demandée, et iii) que la suspension soit nécessaire pour garantir la bonne application du plan¹⁵⁹.

SECTION III. CONCLUSION

58. Un travail conséquent de modernisation a été effectué dont les effets ne seront cependant pas tangibles avant fin 2017 (et même fin 2019 en ce qui concerne l'interconnexion des registres d'insolvabilité).

Il était évident que le règlement n° 2015/848 ne pouvait échapper à la nécessité d'aborder l'insolvabilité en premier lieu sous l'angle de la sauvegarde, suivant en cela la tendance présente au niveau des droits nationaux depuis de nombreuses années.

On ne peut que noter des avancées conséquentes dans des domaines où les praticiens pressaient le législateur européen d'intervenir:

- la reconnaissance de la notion de « groupe de sociétés » et la gestion plus efficace des procédures d'insolvabilité frappant les groupes de sociétés, notamment par la création de la procédure de coordination collective;
- l'amélioration de la coopération entre procédure principale et procédure(s) secondaire(s); et

¹⁵³. Art. 66 du règlement n° 2015/848.

¹⁵⁴. Art. 62 du règlement n° 2015/848.

¹⁵⁵. Art. 63 et 68 du règlement n° 2015/848.

¹⁵⁶. Considérant 58 du règlement n° 2015/848.

¹⁵⁷. Art. 64 et 65 du règlement n° 2015/848.

¹⁵⁸. Art. 69 du règlement n° 2015/848.

¹⁵⁹. Considérant 60 du règlement n° 2015/848.

- la garantie d'un accès plus aisé aux procédures d'insolvabilité ouvertes dans un Etat membre, tant pour les créanciers que pour les juridictions des autres Etats membres, grâce à une meilleure publicité des décisions d'ouverture des procédures d'insolvabilité via la création de registres électroniques d'insolvabilité au sein de chaque Etat membre et à la mise à disposition des créanciers d'informations standardisées sur les procédures d'insolvabilité de chaque Etat membre et de formulaires uniformisés de production des créances.

La confirmation de la jurisprudence de la Cour de justice sur de nombreuses questions, principalement en ce qui concerne le COMI, est également à accueillir favorablement, le législateur européen offrant ainsi une garantie de continuité aux acteurs concernés.

Nous verrons à cette échéance, à l'épreuve de la mise en œuvre pratique, si les options suivies étaient les bonnes. La Cour de justice pourrait toutefois anticiper sur certaines avancées à l'image de sa jurisprudence pour le moins novatrice de l'arrêt *Bank Handlowy*¹⁶⁰.

59. Le droit belge de l'insolvabilité devra être modifié à bref délai pour permettre la création d'un registre de l'insol-

vabilité et la mise en œuvre d'une procédure de coordination ouverte en Belgique. En particulier en ce qui concerne la procédure de coordination collective, il convient de lui donner une base légale et de déterminer la juridiction belge qui sera compétente pour prononcer son ouverture. Les dispositions en matière de coopération, d'information et de coordination entre les procédures principale et secondaire(s) et entre les intervenants aux diverses procédures ouvertes à l'égard des membres d'un même groupe de sociétés requièrent également des aménagements du droit positif.

A cet égard, il convient de noter qu'un projet de loi « modifiant le Code judiciaire et la loi du 8 août 1997 sur les faillites en vue d'introduire le Registre Central de la Solvabilité » (proposition 54-1779/009) visant à créer un Registre Central de la Solvabilité, c'est-à-dire une base de données informatisée qui centralise les documents et/ou données qui sont relatifs à la procédure de faillite (p. ex. déclaration de créance, rapports du curateur, etc.) a été adopté à la Chambre le 17 novembre 2016¹⁶¹. La loi devrait entrer en vigueur aux environs du mois d'avril 2017 et s'appliquera aux faillites ouvertes après son entrée en vigueur. Ce registre ne concernera dans un premier temps que les faillites au sens étroit et sera géré par les Ordres d'avocats.

^{160.} C.J.U.E., 22 novembre 2012, C-116/11, *Bank Handlowy*, précité.

^{161.} J-Ph. LEBEAU, « Le nouveau droit de l'insolvabilité: la prévention », in *Séminaire Vanham & Vanham. Le nouveau droit de l'insolvabilité*, 20 septembre 2016 et I. VEROUGSTRAETE, « Genèse et origine de la réforme », in *Séminaire Vanham & Vanham. Le nouveau droit de l'insolvabilité*, 20 septembre 2016.