



Le Master 2 Opérations et Fiscalité Internationales des Sociétés est fier de vous présenter :

La procédure d'évitement communautaire à l'épreuve du droit français Étude de l'adaptation en demi-teinte de la procédure d'évitement d'une procédure secondaire en droit interne



Maxime Peru

Étudiant du Master 2 Opérations et Fiscalité Internationales des Sociétés



Titouan Le Gall

Étudiant du Master 2 Opérations et Fiscalité Internationales des Sociétés

Bien qu'une entreprise fasse l'objet d'une procédure principale dans l'État membre où se situe son COMI¹, le règlement 2015/848, de la même manière que le règlement °1346/2000, consacre la possibilité d'ouvrir des procédures secondaires dans les États où se situe un établissement² du débiteur. Plus encore, le règlement d'insolvabilité insiste sur la nécessité de garantir l'existence d'une telle procédure tant son utilité pratique n'est plus à démontrer. En effet, dans son considérant 40³, il réaffirme la finalité de la procédure secondaire comme un moyen de protection des créanciers locaux et d'administration efficace du patrimoine du débiteur. Une position que les États membres soutiennent en raison de leur volonté de pouvoir appliquer le droit interne par l'ouverture d'une procédure secondaire à l'encontre d'entreprises disposant d'un établissement sur leur territoire, aux seules fins de protéger les intérêts des créanciers locaux, et notamment des titulaires de créances fiscales et sociales⁴. La procédure secondaire, aux effets strictement territoriaux, demeure ainsi considérée comme une procédure à part entière, caractérisée par sa grande autonomie⁵.

Pour autant, le législateur européen reste prudent et mesuré dans son approche. Il est conscient des difficultés susceptibles d'apparaître en pratique, et notamment que *« les procédures d'insolvabilité secondaires peuvent également entraver la gestion efficace de la masse*

*d'insolvabilité »*⁶. En d'autres termes, l'autonomie de la procédure secondaire ne peut justifier son application absolue sous peine de rendre la procédure principale partiellement inefficace, alors qu'en raison de son objet et de ses effets, elle doit occuper une place prédominante⁷. Telle est l'approche qui semble avoir été retenue par la Cour dans l'affaire *Bank Handlowy*⁸, qui, après avoir refusé de faire droit au moyen du gouvernement français qui refusait l'ouverture d'une procédure secondaire de liquidation judiciaire en Pologne en raison de sa contrariété à la finalité de la procédure principale de sauvegarde de droit français, affirme dans le point 61⁹, que le règlement permet au praticien d'insolvabilité de la procédure principale, *« d'influer sur la procédure secondaire de façon à ce que cette dernière ne mette pas en péril la finalité de protection de la procédure principale »*. Enfin, elle rappelle la nécessité du principe de coopération loyale entre le praticien d'insolvabilité et la juridiction compétente pour ouvrir une procédure secondaire en vertu duquel il incombe à cette dernière *« de prendre en considération les objectifs de la procédure principale et de tenir compte de l'économie du règlement, lequel vise (...) à assurer un fonctionnement efficace et effectif des procédures d'insolvabilité transfrontalières »*¹⁰.

Dans le but d'endiguer cette problématique, le règlement d'insolvabilité est venu instaurer un cadre concourant à une

¹ Le "COMI" ou centre des intérêts principaux est défini à l'article 3 alinéa 1 du règlement d'insolvabilité

² Article 3 alinéa 2 du règlement d'insolvabilité

³ Considérant 19 du règlement n°1346/2000

⁴ M.MENJUCQ, *Droit International et Européen des Sociétés*, 6^e édition, Précis Domat, §640, p.587.

⁵ Selon le professeur M. MENJUCQ, le règlement d'insolvabilité vient autonomiser la procédure secondaire ; voir conclusion du colloque CEDACE/-DANTE du 8 avril 2015, *BJE* Juillet 2015, p.259

⁶ Considérant 41 du règlement d'insolvabilité

⁷ Le considérant 48 du règlement d'insolvabilité fait prévaloir expressément la procédure principale en octroyant un pouvoir

d'intervention des praticiens d'insolvabilité dans la procédure secondaire : *« Pour garantir le rôle prédominant de la procédure d'insolvabilité principale, il convient d'accorder au praticien de l'insolvabilité de cette procédure plusieurs possibilités d'intervention dans les procédures d'insolvabilité secondaires en cours au même moment (...) »*

⁸ CJUE, 22 novembre 2012, *Bank Handlowy et Adamiak*; aff.C-116/11

⁹ CJUE, 22 novembre 2012, *Bank Handlowy et Adamiak*; aff.C-116/11, point 61.

¹⁰ CJUE, 22 novembre 2012, *Bank Handlowy et Adamiak*; aff.C-116/11, point 62.

meilleure coordination entre procédures principales et secondaires. A cet effet, à l'occasion de la conclusion d'un plan de cession, la mise en place d'une procédure d'évitement ou procédure secondaire « synthétique » trouve son intérêt. Ce mécanisme est emprunté à la pratique qui a vu le jour dans la célèbre affaire *Rover*¹¹. Face à la problématique de la localisation du COMI afin de demander l'ouverture des procédures principales à l'encontre des filiales et des sociétés mères d'un groupe, où il était question de le situer pour chacune d'elle en Angleterre, et la volonté des créanciers locaux privilégiés de ne pas se voir lésés en menaçant de procéder à une demande d'ouverture de procédure secondaire, le praticien d'insolvabilité de la procédure principale a pris l'engagement de les traiter de la même façon que si une procédure secondaire avait été ouverte dans l'État membre de l'établissement, soit de conserver les droits de répartition issus de *la lex fori concursus secundari*.

En droit français, ce dispositif a fait l'objet d'une adaptation par l'ordonnance du 2 novembre 2017¹² prise en application de l'article 110 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle. Il figure aux articles L.692-7 et suivants du code de commerce, dans le neuvième titre consacré aux dispositions des procédures d'insolvabilité. Mais, l'ordonnance s'est écartée d'une adaptation analogue, en tentant de concilier l'article 36 du règlement d'insolvabilité et les dispositions relatives à l'adoption d'un plan de restructuration du droit interne afin de préserver au mieux les intérêts des créanciers locaux. Cette liberté dont se sont arrogés les rédacteurs de l'ordonnance, soulève des interrogations au vu des conditions davantage restrictives qu'elle pose pour former un engagement.

¹¹ High Court of Justice of Birmingham, 18 avril 2005, *Rover*

¹² Ordonnance n° 2017-1519 du 2 novembre 2017 portant adaptation du droit français au règlement du Parlement européen

Cette approche extensive tend, semble-t-il, à s'éloigner de l'objectif du règlement d'insolvabilité qui est de favoriser l'adoption de l'engagement proposé par le praticien de l'insolvabilité. Pourtant, depuis son entrée en vigueur en 2017, seule la doctrine s'est penchée sur la conformité de la législation française, en avançant des moyens concourant à la déclarer pour partie conventionnelle.

Ainsi, l'ordonnance de 2017 portant adaptation du droit français au règlement d'insolvabilité quant au mécanisme d'évitement de l'ouverture d'une procédure secondaire à l'encontre d'un établissement établi sur le territoire français est-elle conventionnelle, notamment en ce qu'elle nuit à l'articulation des procédures principales et secondaires telle qu'envisagée par le législateur européen ? Le cas échéant, un recours contre le défaut de conformité de l'ordonnance serait-il opportun ?

Une fois les dispositions du règlement relatives à l'évitement d'une procédure secondaire présentées (I), les choix opérés par le législateur français pour adapter le droit interne à ces dispositions seront analysés. Sources de réelles confusions (II), leur conformité au droit communautaire pourrait être contestée, jusqu'à mettre en cause la responsabilité de l'État (III).

I. La procédure d'évitement issue du droit communautaire comme réponse à une coordination lacunaire entre procédure principale et secondaire

Au cœur de l'article 36§1, le règlement d'insolvabilité consacre cette procédure novatrice. Dans le but d'éviter l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité secondaire, il prévoit que le praticien de la procédure

et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité

d'insolvabilité principale « *peut prendre un engagement unilatéral (ci-après dénommé «engagement») en ce qui concerne les actifs se trouvant dans l'État membre dans lequel une procédure d'insolvabilité secondaire pourrait être ouverte, selon lequel, lors de la répartition de ces actifs ou des produits provenant de leur réalisation, il respectera les droits de répartition et de priorité prévus par le droit national, qui auraient été conférés aux créanciers si une procédure d'insolvabilité secondaire avait été ouverte dans cet État membre (...)* ». Le dispositif suppose ainsi un engagement unilatéral de la part du praticien d'insolvabilité, dont l'objet est de distribuer les actifs ou les produits issus de leur réalisation au profit des créanciers qui auraient pu se déclarer comme tels, dans l'hypothèse de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité secondaire. A cet effet, le praticien devra être à même de le justifier en indiquant « *les circonstances factuelles sur lesquelles il repose, notamment en ce qui concerne la valeur des actifs se trouvant dans l'État membre concerné et les différentes options disponibles pour réaliser ces actifs* »¹³.

Pour que cet engagement soit valable, l'article 36 du règlement d'insolvabilité établit un certain nombre de conditions, plus ou moins exigeantes. La plus importante d'entre elles étant, compte tenu de son caractère substantiel, l'approbation de l'engagement par les créanciers locaux, l'article en fera l'étude approfondie. Ne seront cependant pas abordés ici les questions de la loi applicable à la répartition des actifs, les exigences de formes de l'engagement, les modalités de publicité quant à l'information des créanciers locaux de l'engagement, les recours du contribuable ou encore la responsabilité du praticien de l'insolvabilité.

¹³ Article 36 §1 du règlement d'insolvabilité

¹⁴ L'article 2 §10 du règlement d'insolvabilité définit les créanciers locaux comme ceux titulaires de créances nées de l'exploitation d'un établissement ou sont liées à celle-ci. Cette définition est étendue par l'article 36 §11 dudit règlement, dans

Selon le §5 de l'article 36, « *l'engagement doit être approuvé par tous les créanciers locaux connus* ». Une approbation dont la mise en œuvre doit s'effectuer eu égard aux règles relatives à la majorité qualifiée s'appliquant « *à l'adoption de plans de restructuration, en vertu de la loi de l'État membre dans lequel une procédure d'insolvabilité secondaire aurait pu être ouverte (...)* ». Face à l'hypothèse d'une pluralité de procédures prévues par le droit interne pour l'adoption d'un plan de restructuration, le législateur européen s'est montré attentif en prenant les devants. En effet, le considérant 44 énonce que « *les États membres devraient désigner la procédure spécifique qui devrait être pertinente dans ce contexte* », ce qui leur octroie une certaine latitude. Enfin, l'approbation d'un tel engagement suppose avant tout, la participation active du praticien d'insolvabilité, chose que le règlement consacre sans équivoque au moyen de diverses contraintes. Outre l'initiative de l'engagement, il fait peser sur ce dernier le devoir d'informer les créanciers locaux connus de son existence ainsi que des règles et modalités pour l'approuver, mais aussi des effets de son approbation ou de son refus. Cette condition, d'apparence explicite, soulève en réalité plusieurs difficultés.

D'abord, quant à la détermination des créanciers pouvant approuver ou contester cet engagement, une distinction est faite entre les créanciers locaux connus et ceux qui ne le sont pas : seuls les créanciers locaux sont en mesure de voter. Selon la doctrine, le praticien de l'insolvabilité doit pouvoir disposer d'une comptabilité analytique afin d'identifier les créanciers locaux¹⁴ au sens dudit article¹⁵. A priori, d'après l'interprétation du règlement

l'hypothèse d'une procédure d'évitement, aux organismes en charge de la garantie du paiement des créances salariés (ex : AGS)

¹⁵ R. DAMMANN et M. SENECHAL, Le droit de l'insolvabilité internationale, édition Joly, p.290, § 833

d'insolvabilité, seraient concernées par ce vote les créanciers locaux titulaires d'une créance antérieure à l'ouverture de la procédure principale. A contrario, les créanciers locaux, chirographaires ou privilégiés, dont la créance serait née postérieurement à l'ouverture d'une procédure principale, ne devraient pas pouvoir voter. Le cas échéant, il appartiendrait toutefois au praticien de l'insolvabilité d'intégrer leur situation dans le cadre de la simulation de leur traitement comme si une procédure secondaire avait été ouverte.¹⁶

Cette circonscription de la notion de « *créancier local* » est importante, puisque l'engagement bénéficie à l'ensemble des créanciers de la procédure secondaire. Ainsi, les créanciers qui ne revêtiraient pas cette qualité, c'est-à-dire, ceux n'ayant pas été identifiés ou dont la naissance de la créance serait postérieure à l'ouverture de la procédure secondaire, pourraient alors se voir imposer un engagement sur lequel ils n'ont pu se prononcer et contre lequel ils ne disposeraient pas de recours.¹⁷ Devant cette discrimination non justifiée par une différence de situation objective, il serait légitime d'élargir ce droit d'approuver ou de contester à l'ensemble des créanciers bénéficiaires de l'engagement. Néanmoins, ce n'est pas dépourvu de toute conséquence, puisque le risque est d'observer un rejet systématique de l'engagement, de la part principalement des créanciers chirographaires, ces derniers n'ayant peu ou pas d'intérêt à voter en faveur d'un tel engagement.

Ensuite, à propos des modalités d'acceptation de l'engagement par les créanciers locaux, une contradiction apparaît. Si le mécanisme de l'engagement tend à trancher la répartition des actifs et s'inscrit dans un objectif de distribution du produit de la réalisation des actifs en tenant

¹⁶ R. DAMMANN et M. SENECHAL, *Le droit de l'insolvabilité internationale*, édition Joly, p.290, § 834

compte du rang des créanciers, et ce, en vertu du droit national, le §5 renvoie aux règles relatives à la majorité qualifiée et au vote qui s'appliquent dans le cadre de l'adoption de plans de restructuration. En d'autres termes, il est fait application des règles d'adoption de plan de restructuration pour l'adoption d'un plan de cession, ce qui est quelque peu antinomique, au regard des finalités poursuivies par ces deux procédures.

Par ailleurs, une autre interrogation se pose dans l'hypothèse où la loi de l'État membre a instauré des procédures diverses propres à la nature de chaque plan, pour lesquelles les règles de majorité varient. Le considérant 44 du règlement d'insolvabilité semble apporter une réponse en renvoyant aux États membres, le pouvoir de désigner la procédure spécifique parmi les procédures existantes en droit interne qui serait la plus pertinente dans ce contexte. Toujours est-il qu'en octroyant cette marge de manœuvre, les États pourraient être tentés de choisir la procédure qui implique un plus large consensus des créanciers locaux afin de préserver le droit d'ouvrir des procédures secondaires sur leur territoire. In fine, cette conduite serait susceptible de nuire à la volonté du législateur européen de démocratiser cette pratique aux fins d'une meilleure articulation des procédures principales et secondaires. De plus, quid si l'État membre en question s'écarterait des dispositions des procédures existantes en droit interne ?

Une fois ces conditions remplies, l'engagement est valablement formé et le praticien de l'insolvabilité est tenu de respecter son contenu. Mais, peut-il faire l'objet d'une modification, voire d'être retiré ? En l'absence de précision du règlement d'insolvabilité sur ce point, il semble possible d'y procéder en vertu du principe de liberté contractuelle, à condition

¹⁷ Sur ce point, les recours prévus aux paragraphes 7,8,9 de l'article 36 du règlement d'insolvabilité ne seraient ouverts qu'aux créanciers locaux connus.

d'obtenir l'accord de tous les créanciers locaux comme susmentionné.

L'engagement ainsi formé a pour effet d'éviter l'ouverture d'une procédure secondaire¹⁸. Toutefois, le règlement n'est pas véritablement contraignant sur ce point, laissant le refus d'ouverture d'une procédure secondaire au pouvoir d'appréciation des juridictions internes. Selon l'article 38 §2 du règlement d'insolvabilité, la juridiction « *n'ouvre pas de procédure d'insolvabilité secondaire si elle considère que l'engagement protège correctement l'intérêt général des créanciers locaux* »¹⁹. Cette disposition est complétée par le considérant 42, qui indique que « *la juridiction devrait tenir compte du fait que l'engagement a été approuvé par une majorité qualifiée de créanciers locaux* » dans l'évaluation de cet intérêt collectif. Pour apprécier le refus d'ouverture, elle devrait prendre en considération les éléments avancés par le praticien de l'insolvabilité de la procédure principale justifiant la prise d'un engagement, comme exigés par l'article 36 §1²⁰. Selon la doctrine²¹, il serait indispensable de démontrer que l'engagement assure aux créanciers locaux d'obtenir un traitement au moins équivalent à ce qu'ils auraient obtenu si la procédure secondaire s'était ouverte, voire un meilleur traitement.

Des critiques peuvent être légitimement émises, mais l'initiative du législateur européen au moyen du règlement n°2015-848 mérite d'être saluée. L'articulation des procédures d'insolvabilité principales et secondaires se dessine plus facilement, pour aboutir à une efficacité certaine des procédures collectives transfrontalières, à

charge pour les États membres d'établir des mesures qui y concourent. La France, via l'ordonnance du 2 novembre 2017, a fait évoluer sa législation pour se conformer au droit européen. Une adaptation dont le caractère conventionnel peut être questionné.

II. L'introduction confuse en droit français de la procédure d'évitement

Au moyen de l'ordonnance n°17-15-2019 du 2 novembre 2017 portant adaptation du droit français au règlement (UE) n° 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, ratifiée par la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises (article 206), le législateur intègre pleinement dans le droit national les dispositions dudit règlement. Les dispositions de l'article 36 du règlement sont retranscrites dans l'article L.692-7 du code de commerce. Dans cet article, la Chancellerie confortée par le législateur ne se borne pas à reprendre l'article du règlement de manière brute, mais s'attribue une certaine liberté, souhaitant mettre en conformité le droit national vis-à-vis du droit communautaire tout en protégeant de manière effective les créanciers locaux.

Diverses incohérences émanent pourtant de la lettre et de l'esprit de cet article, de nature à remettre en cause la mise en conformité entreprise par le législateur. Contrairement au règlement, le législateur français a décidé de recourir à une décision unanime des créanciers afin d'autoriser un engagement et donc de renoncer à l'ouverture d'une procédure principale.

¹⁸ Article 36 du règlement d'insolvabilité

¹⁹ Considérant 42 du règlement d'insolvabilité reprend également cette règle « Lorsqu'un tel engagement a été pris, la juridiction saisie d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité secondaire devrait être en mesure de refuser cette demande si elle a l'assurance que l'engagement protège correctement l'intérêt collectif des créanciers locaux. »

²⁰ « L'engagement précise les circonstances factuelles sur lesquelles il repose, notamment en ce qui concerne la valeur des actifs se trouvant dans l'État membre concerné et les différentes options disponibles pour réaliser ces actifs. »

²¹ DAMMANN et M. SENECHAL, Le droit de l'insolvabilité internationale, édition Joly, p.290, § 856 ; Voir BORK/VAN ZWIETEN (MANGANO), N°38.09 ; voir BORK/MANGANO, N°7.39, note 114

L'article dispose en effet que : « *Le praticien de l'insolvabilité de la procédure d'insolvabilité principale qui se propose de prendre un engagement en application de l'article 36 du règlement (UE) n° 2015/848 précité recueille l'accord de tous les créanciers locaux concernés par cet engagement* ». Ce faisant, le législateur met un terme aux débats liés aux modalités de vote requises par le règlement conformément au §5 de l'article 36 et au considérant 44 susmentionnés.

En premier lieu, le règlement insiste à plusieurs reprises sur la nécessité d'une approbation par les créanciers locaux à la majorité qualifiée, et ce, telle que prévue par le droit interne de l'État membre en question. Or, la majorité qualifiée n'étant codifiée ni en droit français ni en droit européen qui se borne à renvoyer aux règles de majorité en vigueur en droit interne, les rédacteurs français auraient dû naturellement opter pour la règle interne s'y rapprochant le plus en vertu d'une interprétation téléologique, c'est à dire, la règle de la majorité significative aux 2/3. Aussi, devant la coexistence de procédures prévues en cas d'adoption de plans de restructurations et le devoir pour l'État de procéder à la désignation de la procédure spécifique qui serait pertinente, le choix de l'unanimité implique que l'ordonnance n'a pas respecté les prescriptions réglementaires. Assurément, le règlement d'insolvabilité semble contraindre l'État à désigner une procédure parmi celles existantes en droit interne, pas à en déterminer une nouvelle. L'unanimité, presque nécessairement impossible à obtenir en la matière, éloigne alors le droit français du règlement.

En second lieu, s'il est fait une application littérale de l'article L.692-7 du Code de

Commerce, il est possible de considérer l'expression « *recueillir l'accord* », non comme une règle de vote mais un mode de consultation des créanciers²². Cette interprétation, qui ne fait pas consensus, se tient au regard de la volonté formelle du législateur européen d'encourager les praticiens de l'insolvabilité à recourir à cette procédure d'évitement au moyen de la majorité qualifiée. Cette interprétation pourrait être confortée puisque, du fait du principe d'applicabilité directe, quel serait l'intérêt de déroger la majorité qualifiée prévue par le règlement en instaurant une unanimité lorsque les créanciers locaux pourraient directement se prévaloir du règlement ? D'autant plus que l'article L.692-8, I du Code de Commerce, établit que le praticien de la procédure d'insolvabilité principale est contraint de saisir le président du tribunal de commerce dans le ressort duquel est situé l'établissement dans le but de vérifier les conditions d'approbation de l'engagement, et non aux fins de vérifier que les créanciers locaux auraient tous donné leur accord. Autrement dit, il s'agirait de « vérifier » les réponses fournies par les créanciers locaux puisque le droit français ne prévoit pas de vote, ni de consultation des créanciers locaux. Ainsi, la volonté du législateur français est de reprendre l'esprit du règlement d'insolvabilité, et lorsque le praticien de l'insolvabilité doit consulter les créanciers locaux, le tribunal compétent du lieu de l'établissement doit simplement procéder à l'analyse des avis²³. Le décret n°2018-452 du 5 juin 2018 instaurant l'article R.692-7 semble annihiler cette interprétation en réaffirmant le principe de l'unanimité, puisque le II indique que « *l'accord de chaque créancier est recueilli par écrit par le praticien d'insolvabilité* ».

²² P.NABET, invoque l'interprétation alternative d'un mode de consultation ; « L'évitement d'une procédure secondaire par un engagement unilatéral » ; Bulletin Joly Entreprises en difficulté • Mars-Avril 2018

²³ Approche soutenue par le professeur J-L. VALLENS ; *L'adaptation du droit français des entreprises en difficulté au droit européen de l'insolvabilité et de la restructuration* - Table ronde - Revue des procédures collectives n° 3, Mai 2018, entretien 2.

Par ailleurs, le champ d'application de l'article L.692-7 du Code Commerce se détache également du contenu du droit communautaire. En effet, le texte français impose au praticien de l'insolvabilité de recueillir l'accord de « *tous les créanciers concernés* » par l'engagement. De son côté, le règlement impose un champ de votants plus restrictif à raison du standard utilisé des « *créanciers locaux connus* ». Si la notion de créanciers locaux n'est pas sujette à débat eu égard à sa détermination par l'article 2-11 du règlement d'insolvabilité, il apparaît que la précision « *concernés* » est particulièrement confuse, si ce n'est vague.

De prime abord, il ne fait pas de doute sur l'inclusion des institutions publiques prévues par le Code du Travail, à l'instar de l'AGS visée à l'article L.3253-14 du Code du Travail, l'article L.692-7 du Code de Commerce les mentionnant.

Néanmoins, pour le reste, qu'est-il entendu par « *les créanciers concernés* » ? En l'absence de définition, pourraient être considérés comme tels les titulaires d'une créance dont l'intégrité de cette dernière serait susceptible d'être impactée par l'ouverture d'une procédure secondaire à l'encontre de l'établissement situé en France. Par conséquent, il irait de droit que l'initiative d'un engagement au sens de l'article 36 du règlement d'insolvabilité visant à éviter l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, les concerne et exige *in fine*, leur accord. Cette notion relativement imprécise, favoriserait ainsi toutes personnes à disposer d'un droit de regard sur le déploiement d'une procédure secondaire, dans l'hypothèse où elles estimeraient que leurs droits, dans une petite ou grande mesure, risqueraient d'être remis en cause. Selon l'objectif de protection de l'intérêt des créanciers locaux avancé par le législateur français, cette extension du champ d'application du règlement se justifie alors. A l'inverse, elle a pour conséquence que les créanciers qui ne seraient pas "concernés" au sens dudit

article, ne pourraient donner leur accord, quand bien même l'engagement leur serait opposable. Ainsi, cette notion d'une grande subjectivité fera l'objet, sans l'ombre d'un doute, d'interprétations diverses et variées de la part des praticiens et juridictions, ce qui nécessiterait *a fortiori*, une intervention réglementaire apportant des précisions.

En outre, l'article L.692-7 du code de commerce n'exige pas des créanciers locaux qu'ils soient connus, cette précision communautaire n'ayant pas été reprise en droit interne. Par déduction, les *créanciers locaux concernés* peuvent *de facto* être connus comme inconnus. Agissant de la sorte, le droit français vient introduire en amont, une protection supplémentaire au règlement dans le but de sécuriser le dispositif de l'engagement. Effectivement, la notion du créancier local connu entendue au sens de l'article 36 a pour finalité de paralyser toute tentative d'annulation de l'engagement une fois formé, par des créanciers qui n'auraient pas été avertis. La critique qui peut être émise est qu'un créancier local inconnu se verrait dans l'impossibilité de se défendre, alors que ses intérêts seraient atteints. Le choix d'opter pour une définition plus vaste a pour objectif d'intégrer à la procédure toutes personnes concernées par l'évitement d'une procédure secondaire, ce qui astreint le praticien de l'insolvabilité à adopter une posture proactive dans la détermination des créanciers locaux concernés, sous peine que le tribunal local compétent remette en cause son engagement. La conséquence positive est que la mise en place d'un recours ultérieur à la formation de l'engagement est inopportune, sauf dans l'hypothèse où les dispositions prévues par l'engagement ne sont pas respectées, ce qui d'une part, assure au praticien de la procédure principale une sécurité juridique étant donné le maintien de l'engagement, et d'autre part, permet de préserver les intérêts des créanciers locaux concernés compte tenu de leur accord qui a normalement été recueilli.

En pratique, des imperfections pourront apparaître, notamment la situation du créancier local concerné qui n'a pas été informé de l'engagement, et *de facto*, n'a pu mettre en œuvre son pouvoir de vote. Dans ce cas, la mise en place d'un recours postérieur jouirait d'une certaine légitimité. Or, selon la doctrine, il semblerait qu'il ne puisse bénéficier d'un droit à contester.

Les largesses du législateur ne seraient-elles pas purement terminologiques ? En effet, puisqu'un engagement adopté semble condamner les créanciers locaux non concernés par l'engagement à ne pouvoir agir en ouverture à une procédure secondaire dès le délai de 30 jours écoulés²⁴, alors, tous les créanciers, même ceux qui ne sont pas connus, sont concernés par cet engagement, ce dernier ayant des conséquences sur leur droit à demander l'ouverture d'une procédure secondaire. Si les *créanciers locaux connus* pourraient s'apparenter à une sous-catégorie des *créanciers locaux concernés*, le standard interne est *in fine* plus exigeant que celui de droit communautaire concernant le champ d'application de l'unanimité requise, parce qu'il englobe des créanciers locaux inconnus. Cependant, exiger du praticien la consultation des créanciers locaux inconnus concernés par l'engagement n'est pas réaliste. Le juge qui se prononcera sur la validité de l'engagement ne peut prétendre du praticien qu'il consulte des créanciers locaux que ni lui, ni le praticien, connaissent. Par conséquent, les deux critères, terminologiquement différents, recouvrent plus ou moins une même réalité de créanciers.

Si l'on va plus loin, l'ordonnance s'intéresse également aux effets de l'absence de réponse à la proposition d'engagement. A l'article L.692-7 alinéa 3, il est prévu une distinction que le règlement n'appréhende pas entre d'une part, les créanciers privés, d'autre part, les

créanciers publics et salariés. Face au silence du législateur européen, les États membres peuvent ainsi librement encadrer la mise en œuvre de la notification de la proposition d'engagement, ce que la France s'est empressée de faire. Pour les premiers, l'absence de réponse vaut acceptation ; pour les seconds, l'absence de réponse vaut refus. Quant au délai de 60 jours pour répondre, il bénéficie à l'ensemble des créanciers.

De prime abord, cette différence de traitement dont les motifs n'ont pas été évoqués, serait susceptible de constituer une atteinte au principe d'égalité des créanciers étant donné l'absence d'une différence de situation objective. Néanmoins, elle peut s'expliquer à bien des égards.

Pour les salariés, qui méconnaissent pour la plupart le fonctionnement des procédures collectives, et encore moins, l'existence d'un engagement visant à éviter l'ouverture d'une procédure secondaire, il est normal de ne pas leur imposer une convention, quand bien même, il ne peut en principe leur porter préjudice.

Pour les créanciers publics, en raison de leur nature qui leur réserve des prérogatives et un traitement qui leur est propre, on ne peut leur imposer un tel engagement. Encore une fois, compte tenu de la protection de l'intérêt général, qui met en jeu le recouvrement de créances sociales et fiscales, soit une quotité de ressources publiques, un traitement similaire au créancier privé ne peut pas être accordé.

Pour les créanciers privés, la différence de traitement peine à s'expliquer principalement à l'égard des créanciers chirographaires, dont la majeure partie dispose de créances peu significatives constituant un véritable ensemble de petits porteurs. En réalité, une comparaison avec les salariés pourrait être effectuée, tant ces

²⁴ Article L.692-8, II du Code de Commerce

deux catégories sont sensiblement dans la même situation. Il est vrai que le créancier chirographaire n'a rarement connaissance de la procédure d'évitement et ce qu'elle implique, mais également à moins accès aux conseils d'un professionnel. A contrario, il est plus difficile de reprocher aux créanciers privilégiés de ne pas mesurer l'existence d'une procédure synthétique et plus généralement, le fonctionnement des procédures d'insolvabilités, car il s'agit du premier des créanciers qu'elles s'efforcent de protéger.

Afin de ne pas rencontrer cette problématique de rupture d'égalité à même de causer du tort à certains créanciers privés, il aurait été intéressant d'appliquer pour tous, le principe selon lequel le silence vaut refus. Pour l'instant, cette solution n'a pas véritablement été envisagée, si ce n'est que par la doctrine.

Pour finir, à partir de son adoption à la majorité des créanciers, l'article 38 §2 du règlement d'insolvabilité subordonne l'entrée en vigueur de l'engagement à un contrôle opéré par le tribunal local compétent pour l'ouverture de la procédure secondaire. Il porte sur le contenu de l'engagement en ce qu'il doit garantir une protection suffisante de l'intérêt général des créanciers locaux. Par principe, il s'agit d'un contrôle éventuel intervenant postérieurement à la conclusion de l'engagement. Son adaptation en droit français a été effectuée au moyen de l'article L.692, I, du Code de Commerce. Toutefois, il revêt une nature bien différente, puisqu'il se déroule de manière concomitante à la mise en place de l'engagement sur requête du praticien de l'insolvabilité, c'est à dire, a priori, et qu'il est obligatoire. Une fois saisi, le tribunal vérifie les conditions d'approbation de l'engagement et rend à cette fin une ordonnance, qui conditionne l'exécution de

l'engagement. Cette mesure instituée par l'ordonnance du 2 novembre 2017, outrepassa l'esprit du législateur européen. Il est vrai que l'objectif du règlement d'insolvabilité est d'assortir la mise en œuvre de l'engagement d'un contrôle purement éventuel, et qui ne doit pas se révéler être relativement coercitif. Or, le législateur français n'a pas manqué de surinterpréter, en adoptant un contrôle judiciaire a priori et obligatoire. Cette adaptation au demeurant. Au contraire, elle vient élaborer un deuxième filtre consécutif à l'adoption de l'engagement par tous les créanciers locaux concernés, dont le juge est le vérificateur, et ce, dans le seul but de verrouiller l'engagement contre toute tentative de remise en cause par des créanciers locaux lésés. A la lumière du règlement qui érige la protection des intérêts locaux au premier rang, l'instauration d'un contrôle judiciaire préalable paraît vraisemblablement compatible. Cependant, la crainte est que la réglementation française conduise la procédure d'évitement à ne pas être exploitée.

Si le professeur M. MENJUCQ²⁵ estime qu'il existait déjà en pratique, une propension des praticiens étrangers à contourner les juridictions et les praticiens d'insolvabilité français, par le renversement de la présomption de localisation du COMI au lieu du siège de l'entreprise – situé en France –, la procédure d'évitement telle qu'adaptée par le législateur français ne contribuera pas à endiguer cette problématique, au contraire. L'échappatoire qui risque d'être emprunté par les praticiens de la procédure principale ou les créanciers privilégiés est de recourir à l'application directe du règlement.

²⁵ *L'adaptation du droit français des entreprises en difficulté au droit européen de l'insolvabilité et de la restructuration* - Table

ronde - Revue des procédures collectives n° 3, Mai 2018, entretien 2.

III. Les différents moyens de contournement de la procédure d'évitement de droit français

Sur l'ensemble de ces points, l'article L.692-7 du code de commerce s'écarter des dispositions du règlement UE 2015/848, désireux d'atteindre l'équilibre optimal entre le bon déroulé des procédures transfrontalières, facilité par l'articulation des procédures principale et secondaire, et l'impératif de protection des créanciers locaux en restreignant l'accès à l'engagement d'évitement qui pourrait potentiellement atteindre à leurs droits en cette qualité.

En modifiant les standards qualitatifs (par un critère plus abstrait) et quantitatifs (à la hausse par l'unanimité) pourtant prévus par le règlement UE 2015/848, le législateur complique ardemment la tâche du praticien de l'insolvabilité chargé de mettre en œuvre la procédure d'évitement.

Si l'on s'attache aux conséquences pratiques des dispositions de l'article L.692-7 du code de commerce, aussi bien sur l'inégalité entre créanciers qu'il instaure au moins à deux endroits que sur l'unanimité requise, la conventionnalité de la loi peut légitimement faire doute.

D'abord, en ce qu'elle impose l'unanimité dans une matière où elle n'est jamais observée en pratique, la loi prive d'effet utile les dispositions du règlement ouvrant la possibilité aux créanciers locaux d'éviter l'ouverture d'une procédure secondaire.

Ensuite, le principe général d'égalité entre les créanciers²⁶ défendu par le droit communautaire ne semble pas être respecté dès lors que certains créanciers locaux peuvent ne pas être consultés par le praticien, alors même qu'ils ne pourront pas

demander l'ouverture d'une procédure secondaire du fait de l'existence de l'engagement pour lequel ils n'auront justement pas été consultés. L'inégalité réside ici davantage dans les effets de la disposition que dans le texte légal, contrairement à celle grossièrement instaurée dans l'alinéa 3 de l'article L.692-7 du code de commerce, où les créanciers publics sont plus favorablement traités que les créanciers privés.

Si la conventionnalité de l'article L.692-7 du code de commerce semble être actée à propos de l'inégalité textuellement instaurée entre créanciers publics et créanciers privés²⁷, la conventionnalité du texte semble plus difficile à admettre concernant l'unanimité requise.

A propos de cette dernière, les créanciers locaux souhaitant recourir à l'évitement d'une procédure secondaire sont-ils tenus par ces dispositions litigieuses ? Peuvent-ils les contester ? les contourner ?

Deux séries de questions se posent alors, une relative à l'invocabilité directe du règlement, l'autre relative à la reconnaissance de l'inconventionnalité de la loi et ses conséquences dans l'ordre interne.

Les créanciers locaux désireux d'éviter l'ouverture d'une procédure secondaire peuvent-ils se prévaloir directement des dispositions du règlement ?

Si l'invocabilité directe du droit communautaire dérivé varie en fonction de la nature du texte normatif et de son contenu, l'invocabilité directe par les particuliers des règlements dont le contenu est clair n'est plus sujet à débat. L'article 288 alinéa 2 du TFUE, précisé par les arrêts *Politi*²⁸ et *Van Duyn*²⁹ ont inscrit dans le

²⁶ Principe de l'égalité de traitement des créanciers présent dans les règlements (CE) n° 1346/2000 et (UE) 2015/848

²⁷ Voir supra

²⁸ CJCE 14 déc. 1971, *Politi*, aff. 43/71, Rec. 1039

²⁹ CJCE 4 déc. 1974, *Van Duyn*

marbre ce principe d'invocabilité directe des règlements au profit des ressortissants assujettis au droit communautaire. Le 8ème considérant du règlement (UE) 2015/848 du 20 mai 2015 et son article 92, relatif à son entrée en vigueur, ne contredisent pas ce principe, ces derniers prévoyant uniformément l'applicabilité directe des dispositions dudit règlement.

Étant interprétées une à une lors de l'examen de l'invocabilité directe d'un règlement, ses dispositions doivent cependant être claires et assez précises pour créer des droits sans laisser de marge de manœuvre aux Etats membres pour leur conférer un effet utile. Sans cela et conformément à la jurisprudence *Eridania*³⁰, le règlement nécessiterait un acte interne d'intégration du droit européen dérivé dans le droit national. La lecture de l'article 36 du règlement UE 2015/848 permet de couper court à cet argument, tant son contenu, clair et empreint d'une forte normativité, n'offre aucune marge de manœuvre aux États membres.

L'invocabilité directe du règlement et notamment celle de son article 36 ne fait guère doute au terme de cette analyse. Un créancier local désireux d'éviter l'ouverture d'une procédure secondaire pourra vraisemblablement se prévaloir directement de l'article 36 du règlement, plus favorable que la loi ne l'est.

La loi française, in conventionnelle par ses dispositions, et privant d'effet utile le règlement, engage-t-elle la responsabilité de l'État à ce titre ?

La possibilité de recueillir l'accord des créanciers pour éviter une procédure secondaire pourtant ouverte par le

règlement se trouve obscurcie, voire condamnée par l'approfondissement légale des conditions de mise en œuvre. De ce fait, la loi qui se doit d'être conforme au droit dérivé (arrêt *Nicolo*³¹), donc aux règlements européens (arrêt *Boisdet*³²), pourrait pleinement être contestée sur le terrain de sa conventionnalité.

Cela est d'autant plus vrai que, depuis les arrêts *Molénat*³³ et *Mme Gonzalez-Gomez*³⁴ rendus par le Conseil d'État, le contrôle de conventionnalité de la loi est opéré *in concreto* devant les juridictions, c'est-à-dire que la compatibilité théorique de la loi avec la convention ne suffit pas pour conclure à sa conventionnalité.

Si, comme peut le souligner la doctrine, ces recours ne donnent très peu satisfaction au requérant³⁵, le recours en in conventionnalité de la loi française sur ce point, qui s'observe à l'examen *in concreto* de ses dispositions devrait pouvoir aboutir.

Cette in conventionnalité de la loi devrait tomber sous le coup des jurisprudences *Francovitch*³⁶ et *Brasserie du pêcheur et Factortame*³⁷ prévoyant la responsabilité de l'État membre ayant fait obstacle à l'application effective du droit dérivé de l'Union. Les juges du Conseil d'État se faisant les relais de la CJUE sur ce point depuis l'arrêt *Gardedieu*³⁸, ils pourraient conclure à la responsabilité (sans faute du fait de la réserve qu'on leur connaît) du fait du législateur.

La question de la responsabilité du législateur lui-même mérite tout de même d'être soulevée. L'article étant le fruit d'une ordonnance, il émane en fait du gouvernement et plus particulièrement de la Chancellerie, et non du législateur. Ce

³⁰ CJCE 27 sept. 1979, *Eridania*, aff. 230/78, Rec. 2749

³¹ CE, Ass, 20 octobre 1989, *Nicolo*

³² CE, 24 septembre 1990, *Boisdet*

³³ CE, 28 décembre 2017, *Molénat*, req. n° 396571.

³⁴ CE, Ass, 31 mai 2016, *Mme Gonzalez-Gomez* req. n° 396848.

³⁵ Droit administratif, vol 1, Les sources et le juge, Bertrand Seiller, 7^e édition aux Champs Université.

³⁶ CJCE du 19 novembre 1991, *Francovitch*

³⁷ CJCE du 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur et Factortame*

³⁸ CE Ass, 8 février 2007, *Gardedieu*

dernier, en se bornant à ratifier cette ordonnance, endosse-t-il la responsabilité d'un texte dont il n'en est ni le rédacteur ni l'investigateur ? Le caractère fourre-tout de la loi de ratification en cause invite davantage à questionner la responsabilité à engager, et plus largement le rôle (déchu ?) du Parlement légiférant.

En tout état de cause, les créanciers locaux impactés faisant face à l'impossibilité de recourir à l'évitement d'une procédure secondaire seraient alors recevables, en cas de dommage, à agir en responsabilité de l'État du fait de l'inconventionnalité de cette loi. Plus largement, dans le cas où il aurait été empêché de conclure des engagements d'évitement de la procédure secondaire du fait de ces dispositions, le

praticien de l'insolvabilité pourrait lui aussi agir en responsabilité.

Le juge français, en tant que juge de droit commun de l'union européenne, serait alors dans l'obligation de sanctionner l'État conformément à la jurisprudence de la CJUE³⁹ selon laquelle « *pour toute hypothèse de violation du droit de l'Union par un État membre, quel que soit l'organe de l'État membre dont l'action ou l'omission est à l'origine de cette violation, y compris le législateur national, et quelle que soit l'autorité publique à laquelle incombe en principe, selon le droit de l'État membre concerné, la charge de la réparation desdits dommages* ».

³⁹ CJUE, gde ch., 28 juin 2022, aff. C-278/20, Comm. c/ Espagne, pt 30 : ECLI :EU :C :2022 :503

CONTACTS



École de Droit, Université Paris I Panthéon-Sorbonne

Adresse : 12 place du Panthéon, 75231 Paris cedex 05
Téléphone : 01 44 07 80 00



Master 2 Opérations et Fiscalité Internationales des Sociétés

Email : m2ofis2024@gmail.com
Linkedin : <https://www.linkedin.com/in/m2ofis/>



Maxime Peru

Email : maximeperu.pro@gmail.com
Linkedin : Maxime Peru



Titouan Le Gall

Email : titouan.legall00@gmail.com
Linkedin : Titouan Le Gall