

Réforme du droit européen de l'insolvabilité



Les procédures secondaires sous l'empire du nouveau Règlement insolvabilité

Patrick Wautelet (ULiège)

Charles-Antoine Leunen (Linklaters)

Prémises



- Les racines
 - Artt. 16-28 Convention Istanbul 1990 sur certains aspects internationaux de la faillite
 - Procédure concurrente Loi type Cnudci 1997 (art 28 es)
 - Droits nationaux - ex. droit suisse

Prémisses



- Procédure secondaire → pièce importante du compromis européen
- Pluralité objectifs (cons. 19)
 - Protection intérêts locaux (créanciers)
 - Gestion plus efficace du patrimoine du débiteur
 - Nécessité de tenir compte des différences importantes entre systèmes juridiques
- Quel bilan?

Procédures secondaires : le bilan



- 1°) Définition établissement
 - Consensus sur seuil minimum - présence de biens isolés ou de comptes bancaires insuffisante (*Interedil* § 62)
 - Appréciation sur base d'éléments objectifs et vérifiables par les tiers (*Interedil* § 63)
 - Etablissement "requiert la présence d'une structure comportant un minimum d'organisation et une certaine stabilité en vue de l'exercice d'une activité économique" (*Interedil*)

Procédures secondaires : le bilan



- Quid de la requalification du siège social d'une personne morale comme établissement ('second prize')?
- CJUE *Illochroma* : „dans le cadre de la mise en liquidation d'une société dans un EM autre que celui dans lequel elle a son siège social, cette société peut également faire l'objet d'une procédure secondaire dans l'autre EM, où elle a son siège social et où elle est dotée d'une personnalité juridique” → élargissement périmètre procédures secondaires

Procédures secondaires : le bilan



- 2°) *Instrumentalisation* procédure secondaire
- Demande d'ouverture opportuniste par créancier – ex. :
 - Pression sur syndic principal
 - Bénéfice de la loi de l'EM de l'établissement (*Illochroma* : nouveau délai de déclaration de créance)
- → possibilité de contrôle?

Procédures secondaires : le bilan



- Silence du texte
- Jurisprudence nationale : contrôle opportunité – ex. :
Rover : “l’ouverture d’une procédure d’insolvabilité secondaire n’est souhaitable que si elle présente une utilité que le demandeur doit démontrer” (CA Versailles 15.12.2005)
- Confirmation CJUE *Illochroma* :
 - Possibilité pour le juge saisi d'une demande tendant à l’ouverture d’une procédure secondaire de prendre en compte les critères d'opportunité de son droit national
 - Nécessité de respecter effet utile du Règlement

Procédures secondaires : le bilan



- 3°) Quel type de procédure?
- Art. 3(3) *in fine* : „Cette procédure *doit* être une procédure de liquidation” / Art. 27 : “Cette procédure *doit* être une des procédures mentionnées à l'annexe B”
- Carcan – peut nuire au projet de redressement (surtout si actifs du débiteur principalement dans procédure secondaire)
- CJUE : „Ouverture d’une procédure secondaire de liquidation peut aller à l’encontre de la finalité poursuivie par une procédure principale de nature protectrice (*Bank Handlowy* § 59)

Procédures secondaires : le bilan



- Début de réponse (*Bank Handlowy*)
 - Règles impératives de coordination – emprise du syndic de la procédure principale sur procédure secondaire
 - ▢ Suspension des opérations de liquidation (art. 33)
 - ▢ Clôture de la procédure secondaire (art. 34)
 - Principe de coopération loyale (TFUE)

Procédures secondaires : le bilan



- 4°) Examen de l'insolvabilité? Art. 27 : „... sans que l'insolvabilité du débiteur soit examinée...”
- CJUE aff C-116/11, *Bank Handlowy*: juridiction saisie d'une demande d'ouverture d'une procédure secondaire “ne peut pas examiner l’insolvabilité du débiteur à l’encontre duquel une procédure principale a été ouverte dans un autre État membre, même si cette dernière poursuit une finalité protectrice”
- Mais examen des autres exigences posées par droit national de l'Etat de l'établissement (ex. : validité de la requête, etc.)

Procédures secondaires : le bilan



- 5°) Etendue compétence juge procédure secondaire
- ex. : procédure principale en Belgique relative à une personne morale de droit français; procédure secondaire en France
- Juridictions françaises compétentes pour prononcer une interdiction de gestion à l'égard d'un administrateur de la personne morale?
- Cass. fr. comm. 22.01.2013 : non

Procédures secondaires : le bilan



- Bilan:
 - Régime des procédures secondaires clarifié par jurisprudence
 - Régime faible de coordination - emprise limitée de la procédure principale sur procédure secondaire; pas de règles de coopération entre tribunaux
 - Régime permet comportements opportunistes
 - Plus gros défaut : procédure secondaire = procédure de liquidation

Le Règlement révisé



- Evolution et non révolution
 - 1°) Définition établissement - à quel moment?
 - 2°) Définition établissement - établissement et siège social
 - 3°) Procédure secondaire liquidative ou non?
 - 4°) Examen de l'insolvabilité du débiteur?
 - 5°) Rôle accru du juge
 - 6°) Extension ouverture procédure territoriale
 - 7°) Effets de la procédure secondaire?
 - 8°) Contrôle de la procédure secondaire par procédure principale
 - 9°) Engagement – procédure synthétique
 - 10°) Coopération

Le Règlement révisé



- 1°) Définition de l'établissement : précision dans le temps
- “tout lieu d'opérations où le débiteur exerce *ou a exercé dans les 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 biens” (art. 2-10)
- Vise 2 hypothèses:
 - Déplacement établissement
 - Fermeture établissement
- Effet de la règle : *perpetuatio fori*, neutralisation de la fermeture (n'affecte pas une présomption, mais la règle en tant que telle)

Le Règlement révisé



- 2°) Définition de l'établissement : consécration de la jurisprudence *Burgo / Illochroma*
- Nouveau considérant 23 : si procédure principale ouverte dans EM autre que celui du siège social, procédure secondaire possible dans EM du siège social s'il y a établissement (activité économique avec des moyens humains et actifs)
- Deux possibilités:
 - Etablissement est une *succursale* (couple: succursale / siège principal)
 - Etablissement est le *siège social* (couple : siège social / COMI)
- Filiale ne peut en soi être un établissement d'une maison mère

Le Règlement révisé



- 3°) Procédure secondaire : liquidative *ou* de redressement
- Nouvel art. 3(3) : „Lorsqu'une procédure d'insolvabilité est ouverte en application du paragraphe 1, toute procédure ouverte ultérieurement en application du paragraphe 2 est une procédure secondaire.”
- Combinaison avec règles de contrôle par praticien insolvabilité de la procédure principale (ex. : art. 38(1) : information du praticien de l'insolvabilité de la procédure principale si juridiction saisie d'une demande d'ouverture d'une procédure secondaire)

Le Règlement révisé



- 4°) Examen de l'insolvabilité?
- Art. 34 révisé : “...Si la procédure principale exigeait que le débiteur soit insolvable, l'insolvabilité de ce dernier n'est pas réexaminée dans l'État membre où la procédure secondaire peut être ouverte” → droit national de l'EM de l'établissement neutralisé
- Si procédure principale sans exigence d'insolvabilité (ex. : sauvegarde) : examen de l'insolvabilité de l'établissement possible si procédure secondaire liquidative et droit national exige insolvabilité

Le Règlement révisé



- 5°) Rôle accru du juge
- Vérification d'office de la compétence (art. 4) : s'applique *aussi* aux procédures secondaire
 - Examen d'initiative de la compétence
 - Jugement indique fondement de la compétence
 - Jugement précise que compétence fondée sur art. 3 par. 2

Le Règlement révisé



- 6°) Procédure territoriale
- Extension des personnes pouvant solliciter procédure territoriale:
 - Créanciers dont la créance a son origine dans, ou est liée à, l'exploitation de l'établissement (art. 3(4)(b)(i))
 - Autorité publique qui selon sa loi nationale, a le droit de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité (art. 3(4)(b)(ii) – renversement de la jurisprudence *Zaza* aff. C-112/10)

Le Règlement révisé



- 7°) Effets de la procédure?
- Pas de changement :
 - Limités aux actifs du débiteur se trouvant sur le territoire de l'Etat d'ouverture (art. 34)
 - Loi applicable → loi locale (art. 35)
- Art. 2(9) : nouvelles règles localisation actifs
 - *Brevets européens* : Etat membre pour lequel le brevet est délivré
 - *Droits d'auteur* : EM de la résidence habituelle/siège statutaire du propriétaire des droits
 - *Instruments financiers inscrits en compte* : Etat du registre ou du compte où figure inscription
 - Etc.

Le Règlement révisé



- 8°) Contrôle renforcé de la procédure secondaire par le syndic de la procédure principale:
 - *Information* syndic procédure principale de la demande d'ouverture (art. 38(1))
 - Engagement du syndic principal comme *bouclier* protégeant contre ouverture procédure secondaire (art. 38(2))
 - *Suspension de l'ouverture* d'une procédure secondaire si négociations entre débiteur et créanciers (pour 3 mois) (art. 38(3)) (<> suspension opérations liquidation - art. 33 Règl. 1346/2000)
 - *Recours* syndic procédure principale contre ouverture procédure secondaire si méconnaissance exigences art. 38 (art. 39)

Le Règlement révisé



- 9°) Nouveau mécanisme de contrôle : engagement de ne pas ouvrir procédure secondaire (art. 36)
 - Antécédents en pratique de cette nouveauté - '*as if undertaking*' (ex. : EMTEC)
 - Principe:
 - ▢ Engagement du syndic procédure principale
 - ▢ Obligation de respecter droits de répartition et de priorité de la loi de l'EM de l'établissement
 - ▢ Contrepartie : pas d'ouverture d'une procédure secondaire - syndic procédure principale seul maître à bord

Le Règlement révisé



- Encadrement détaillé de l'engagement:
 - Obligation de recenser les actifs et d'apprécier leur valeur
 - Engagement par écrit - respect exigences linguistiques locales
 - Approbation par créanciers locaux connus - majorité qualifiée pour les plans de restructuration selon loi locale (ex. : art. 54 Loi continuité : majorité des créances non contestées représentant la moitié des sommes dues en principal?)

Le Règlement révisé



- Effets de l'engagement
 - Syndic procédure principale:
 - Protection contre ouverture procédure secondaire
 - Protection *relative* : uniquement si la juridiction considère que l'engagement „protège correctement l'intérêt général des créanciers locaux” (art. 38(2))
 - Créanciers locaux:
 - Actifs de la procédure secondaire → sous-catégorie de la masse soumise à la loi locale
 - Quid 'hold out'? Bénéficiaire de l'engagement

Le Règlement révisé



- Nature de l'engagement
 - Convention d'adhésion dont le contenu est dicté par Règlement?
 - Ou mécanisme contractuel entre syndic et créanciers, qui peut contenir autres engagements (ex. : subordination, etc.)?
 - Quid d'un '*undertaking*' en dehors du mécanisme mis en place par le Règlement?

Le Règlement révisé



- Quid pouvoir d'appréciation par juge établissement de l'opportunité d'ouvrir procédure secondaire?
- Aucune confirmation – texte/préambule
- Question moins pertinente puisque syndic procédure principale peut s'opposer à ouverture proc. secondaire
- Pouvoir absorbé par possibilité pour juridiction de l'établissement de *refuser* (art. 38(2)) / *reporter* (art. 38(3)) ouverture procédure secondaire?
- Si pouvoir d'appréciation en opportunité : quels critères pour appréciation? Utilité pour les créanciers locaux?

Le Règlement révisé



- 10°) Coopération?
- Règl. initial très pauvre - art. 31 : coopération esquissée entre syndics
- Rôle important de la pratique - ex. : *European Cooperation and Communication Guidelines for Cross-Border Insolvency* (CoCo Guidelines)
- Nouvelles règles :
 - Coopération entre praticiens de l'insolvabilité (art. 41)
 - Coopération entre juridictions (art. 42)
 - Coopération entre praticiens et juridictions (art. 43)

Conclusion



- Evolution et non révolution
- Innovations majeures : 'engagement' et disparition du carcan des procédures de liquidation
- Pouvoir de 'nuisance' des procédures secondaires limité
- Prix à payer :
 - complexité des règles (engagement)
 - pari sur l'avenir de la coopération → au-delà des règles, dépend des personnes (et des structures dans lesquelles elles fonctionnent)