

Le volet européen de la faillite internationale de Nortel

Les enseignements de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 11 juin 2015

par Reinhard Dammann, Avocat à la Cour, Clifford Chance,
Chargé de cours à l'Institut d'études politiques de Paris (Sciences Po)
et Mylène Boché-Robinet, Avocat à la Cour, Clifford Chance

Sommaire de la décision > Les articles 3, § 2, et 27 du règlement n° 1346/2000 du Conseil, du 29 mai 2000, relatif aux procédures d'insolvabilité, doivent être interprétés en ce sens que les juridictions de l'État membre d'ouverture d'une procédure secondaire d'insolvabilité sont compétentes, alternativement avec les juridictions de l'État membre d'ouverture de la procédure principale, pour statuer sur la détermination des biens du débiteur entrant dans le périmètre des effets de cette procédure secondaire.

La détermination des biens du débiteur entrant dans le périmètre des effets d'une procédure secondaire d'insolvabilité doit être effectuée conformément aux dispositions de l'article 2, sous g), du règlement n° 1346/2000.

1514

Cour de justice de l'Union européenne (1^{re} ch.), 11 juin 2015

Le texte intégral de cet arrêt est disponible sur le site www.dalloz.fr et sera intégré à la prochaine mise à jour du CD-Rom du *Recueil Dalloz*.

C-649/13 - *Demandeur*: Comité d'entreprise de Nortel Networks SA e.a.

Mots-clés: SAUVEGARDE DES ENTREPRISES * Procédure d'insolvabilité * Procédure secondaire * Ouverture en France * Compétence * Périmètre des biens

Note

La faillite du groupe de télécommunication Nortel est décidément une affaire hors norme ¹.

Depuis plus de quatre ans, les liquidateurs des différentes procédures d'insolvabilité ouvertes outre-Atlantique et en Europe et les principaux créanciers du groupe se sont affrontés sur la répartition du produit de vente des différentes *business divisions* et du portefeuille des brevets, qui s'élève à 7,5 milliards de

dollars, actuellement séquestré aux États-Unis. À ce jour, un montant faramineux de 1,3 milliard de dollars en frais et honoraires de conseil a été englouti. Finalement, le 12 mai 2015, le tribunal de faillite de l'État de Delaware et la Cour suprême de l'Ontario ont rendu deux « jugements de Salomon », statuant en équité et ne retenant aucun des arguments en présence pour départager les protagonistes, incapables de s'entendre sur une clé de répartition à l'amiable en dépit de nombreuses séances de médiation ².

En Europe, se posait la question de savoir si la quote-part du prix global de cession revenant à la filiale française Nortel Networks SA (NNSA) devait être encaissée par la procédure principale d'insolvabilité anglaise ou par la procédure secondaire française.

Dans son arrêt du 11 juin 2015 ³, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) précise d'abord que le tribunal en charge de la procédure secondaire d'insolvabilité a compétence pour statuer sur la détermination des biens du débiteur entrant dans le périmètre de sa procédure. Il s'agit d'une compétence alternative et non pas exclusive.

(1) Les auteurs de cette note ont représenté le comité d'entreprise de Nortel Networks SA devant la CJUE. (2) Superior Court of Justice - Ontario, 12 mai 2015, *Nortel Networks Corporation (RE)*, 2015 ONSC 2987 ; United States Bankruptcy Court for the District of Delaware, 12 mai 2015, *In re: Nortel Networks, Inc., et al. debtors*, Case n° 09-10138 (KG), Re Dkt. N° 13208. (3) Aff. C-649/13, concl. av. gén. P. Mengozzi, 29 janv. 2015.

Une fois la compétence définie, se posaient deux questions : en application de quel droit doit-on déterminer les biens du débiteur entrant dans le périmètre des effets de la procédure secondaire d'insolvabilité et à quel moment convient-il de se placer en cas de déplacement d'actifs dans un autre État postérieurement au jugement d'ouverture ?

La CJUE considère que la localisation des actifs relève de l'article 2, sous *g*), du règlement n° 1346/2000, sans procéder à un quelconque renvoi au droit national. La Cour précise que cet article s'applique même si les actifs sont situés dans un État tiers. Ainsi, sur ce point, le règlement déploie un effet extraterritorial.

La Cour confirme également qu'il convient de se placer au jour du jugement d'ouverture pour déterminer le périmètre de la procédure secondaire. Tout déplacement ultérieur d'actifs dans un autre État est inopposable à la procédure.

S'agissant de l'interprétation de l'article 2, sous *g*), la CJUE se contente de rappeler la grille de lecture traditionnelle de cet article, sans répondre à la problématique de la localisation des actifs incorporels non expressément visés dans cette liste, tels que le droit réel incorporel de *beneficial ownership* de droit canadien portant sur des brevets.

Enfin, la Cour semble admettre qu'un protocole de coordination entre praticiens de l'insolvabilité peut préciser, voire déroger aux règles de localisation de l'article, sous *g*), du règlement n° 1346/2000.

Pour mieux saisir les enseignements pratiques de cet arrêt (II), un rappel des faits saillants de cette affaire hors norme est indispensable (I).

I - Les faits

Nortel Networks Corporation (NNC) est venue aux droits de la Bell Telephone Company, créée en 1883 au Canada. Il s'agissait d'un fleuron de l'industrie canadienne avec 130 filiales dans le monde. Ses principales sociétés opérationnelles étaient Nortel Networks Limited (NNL) au Canada, Nortel Networks Inc. (NNI) aux États-Unis, Nortel Networks UK (NNUK), filiale anglaise du groupe, Nortel Networks Ireland (NN Ireland), filiale établie en Irlande et NNSA située en France. NNC avait une valeur boursière dépassant 100 milliards de dollars au début des années 2000. Mais neuf ans plus tard, le groupe s'est trouvé dans une situation financière catastrophique.

Entre-temps, le groupe Nortel s'est lancé dans des manipulations comptables aux fins d'optimisation fiscale, destinées à minorer les résultats imposables aux États-Unis et en France

au profit de NNL et de NNUK. Ainsi, NNSA a transféré 335 millions de dollars au profit de NNL et NNUK. La clé de voûte de ce système a consisté, pour les filiales de recherche et développement (R&D) du groupe Nortel, dont NNSA faisait partie, à transférer à NNL la propriété juridique (« *legal ownership* ») des droits de propriété intellectuelle qu'elles développaient en France (des brevets). NNSA conservait la propriété économique (« *beneficial ownership* ») sur ces droits sous la forme de licences exclusives, perpétuelles et gratuites de brevets consentis par NNL au profit de NNSA. Ainsi, au titre d'un *trust* de droit canadien, NNSA était titulaire de droits réels incorporels.

Ces manipulations comptables et des redressements fiscaux qui ont suivi ont précipité la chute du groupe. Le 14 janvier 2009, les dirigeants de Nortel ont sollicité l'ouverture simultanée de procédures de redressement de droit américain (*Chapter 11*) et de droit canadien (*Companies'Creditors Arrangement Act*) à l'égard des sociétés nord-américaines du groupe. De manière concomitante, ils ont sollicité l'ouverture de procédures principales d'insolvabilité d'*Administration* à l'égard de 19 filiales européennes du groupe par la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division de Londres, dont une à l'égard de NNSA, alors même que NNSA n'employait aucun salarié et n'avait aucun actif au Royaume-Uni. Pour reprendre une expression de Michel Menjucq, la procédure principale anglaise de NNSA était « extraterritoriale »⁴.

Ce regroupement des procédures en Europe sous la houlette de la juridiction anglaise faisait sens pour favoriser l'émergence d'une solution de restructuration globale et cohérente pour le groupe. À cet égard, il est intéressant de noter que les *Joint Administrators* nommés dans le cadre de la procédure principale anglaise voulaient éviter l'ouverture d'une procédure secondaire d'insolvabilité pour NNSA en proposant à ses créanciers locaux de leur réserver l'ordre de paiement dont ils auraient bénéficié en cas d'ouverture d'une telle procédure⁵. En effet, le plan de restructuration de NNSA prévoyait initialement le licenciement d'environ 500 salariés en France et la prise en charge d'un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) par le groupe, comprenant notamment le versement d'une indemnité supra-légale pouvant atteindre 200 000 € par salarié licencié, et la vente d'une des branches d'activité (*business divisions*) du groupe.

Pourtant, quelques mois plus tard, les dirigeants du groupe ont fait volte-face. Il n'était plus question de subventionner le PSE de NNSA. Les *Joint Administrators* ont alors transféré de France vers l'Angleterre les liquidités générées par l'activité de NNSA. Peu de temps après, le 28 mai 2009, ils ont sollicité l'ouverture d'une procédure secondaire française à l'égard de NNSA, évacuant ainsi leur obligation de financement d'un PSE. Puisque la procédure secondaire était privée de liquidités, le coût des licenciements a été pris en charge par l'AGS.

(4) M. Menjucq, note ss Versailles, 4 sept. 2003, JCP 2005. II. 10116, et note ss T. com., 19 mai 2005, JCP 2005. II. 10116. (5) Le mécanisme de la procédure secondaire « synthétique » a été consacré dans l'art. 36 du nouveau Règl. n° 2015/848 du 20 mai 2015.

Les *Joint Administrators* ont finalement accepté de retransférer les liquidités de NNSA entre les mains du liquidateur de la procédure secondaire. Par la suite, des négociations se sont engagées avec le liquidateur de la procédure secondaire et les *Joint Administrators*, aboutissant à un accord sur le fait qu'une partie du produit de cession des actifs de NNSA serait affectée au PSE pour améliorer son volet financier. Ainsi, chaque salarié licencié était susceptible de recevoir une indemnité d'aide au départ différée pouvant atteindre 100 000 €, dont 86 000 € à titre privilégié au sens de l'article L. 641-13 du code de commerce.

L'ouverture d'une procédure secondaire à l'égard de NNSA était susceptible d'avoir des effets négatifs sur le processus de cession des actifs du groupe, qui devait se faire de manière coordonnée au niveau mondial sous le contrôle du Tribunal de la faillite du Delaware. Il était dès lors nécessaire d'associer la juridiction française et les organes français, seuls compétents pour céder les actifs de NNSA localisés en France, à ce processus. À cet effet, les praticiens des procédures principale et secondaire de NNSA ont conclu un protocole de coordination.

Ainsi, l'ensemble des *business divisions* de Nortel a été cédé via un mécanisme de vente aux enchères pilotée aux États-Unis. S'agissant de l'activité GSM/GSM-R, le fonds de commerce appartenant à NNSA a fait l'objet d'un plan de cession, arrêté par le tribunal de commerce de Versailles par un jugement du 30 mars 2010. Ce fonds de commerce comprenait notamment, outre la clientèle, les droits de propriété intellectuelle liés à l'activité GSM/GSM-R. Le jugement prévoyait que le prix de cession du fonds de commerce GSM/GSM-R revenant à NNSA devait être versé entre les mains d'un séquestre localisé à New York, en attendant la répartition finale du produit de cession globale du groupe entre les différentes procédures collectives. Les actes de cession du fonds de commerce ont été signés par le liquidateur de la procédure secondaire de NNSA, et non par les *Joint Administrators* de la procédure principale.

Le liquidateur de la procédure secondaire a également participé à la vente des autres *business divisions* du groupe Nortel. En effet, NNSA était titulaire de licences exclusives, perpétuelles et gratuites sur des droits de propriété intellectuelle (des brevets), qui s'analysent comme des contrats en cours, faisant partie du fonds de commerce de NNSA. Dès lors, le juge-commissaire a autorisé le liquidateur de la procédure secondaire à accepter la résiliation de ces licences, contre le versement d'une certaine somme. À défaut, les brevets, dont>NNL était le propriétaire légal, n'auraient eu aucune valeur et n'auraient pu être cédés. Là encore, les actes de résiliation des licences ont été signés par le seul liquidateur de la procédure secondaire de NNSA. Comme pour la cession du fonds de commerce, les ordonnances du juge-commissaire autorisant la résiliation des licences prévoyaient que l'indemnité de résiliation revenant à NNSA devait être versée entre les mains d'un séquestre localisé à New York, en attendant la répartition finale du produit des cessions globales entre les différentes procédures.

À la fin de ce processus, un dernier portefeuille de brevets résiduels de>NNL a été mis aux enchères, et a suscité bien des convoitises. Nortel a pu négocier un prix de cession de 4,5 milliards de dollars. Comme pour la vente des *business divisions*, le juge-commissaire a autorisé le liquidateur à participer au processus de vente aux enchères aux États-Unis et à signer, pour le compte de NNSA, les contrats de résiliation. Pour la première fois, les *Joint Administrators* ont souhaité contresigner ces contrats de résiliation.

Ainsi, la cession des différentes *business divisions* du groupe Nortel et de son portefeuille des brevets résiduels a généré un prix global de 7,5 milliards de dollars. L'extraordinaire succès des ventes a aiguisé les appétits du Fonds de pension anglais, le principal créancier chirographaire de>NNUK et de la procédure principale anglaise de NNSA à hauteur d'environ 2,5 milliards d'euros (représentant plus de 90 % du passif).

Contre toute attente, les *Joint Administrators* de la procédure principale ont alors soutenu que l'ensemble des actifs (notamment les actifs incorporels) de NNSA, en raison d'une créance contre l'établissement de crédit américain agissant en tant que séquestre (dont le centre des intérêts principaux - *center of main interests* « COMI » - était localisé aux États-Unis), étaient situés à l'extérieur de l'Union européenne, et appartenaient, par conséquent, au patrimoine de la procédure principale anglaise de NNSA. En d'autres termes, la procédure principale devait, selon eux, recevoir l'intégralité du prix de cession de tous les actifs de NNSA. Ils estimaient également que les tribunaux français devaient se déclarer incompétents en faveur de la *High Court of Justice* de Londres ayant ouvert la procédure principale pour se prononcer sur la localisation des actifs.

Cette position était susceptible de favoriser le Fonds de pensions anglais au détriment des autres créanciers de NNSA, notamment l'ensemble des créanciers privilégiés, dont les anciens salariés, le Trésor public et l'AGS. En effet, ces créances n'ont pas de caractère privilégié dans le cadre de la procédure principale d'*Administration*, conformément au droit anglais, et les *Joint Administrators* ont refusé d'appliquer l'ordre de préférence du droit français dans le cadre de la procédure principale anglaise.

Cette prise de position était d'autant plus incompréhensible qu'au titre du protocole de coopération, les *Joint Administrators* devaient assister le liquidateur de la procédure française pour faire valoir ses droits de recouvrer les sommes séquestrées dans le cadre des procédures outre-Atlantique et, à ce titre, les *Joint Administrators* ont reçu une somme très conséquente de la part de la procédure secondaire, en rémunération de cette assistance.

On comprend dès lors les enjeux du litige devant le tribunal de commerce de Versailles sur la problématique de la localisation des actifs appartenant à la procédure secondaire de NNSA et les conséquences pratiques de l'arrêt *Nortel* de la CJUE.

II - Les enseignements pratiques de l'arrêt *Nortel*

L'affaire *Nortel* pose plusieurs questions relatives à l'interprétation du règlement n° 1346/2000 :

- Le tribunal de commerce de Versailles, qui a ouvert la procédure secondaire, est-il compétent pour déterminer le périmètre de la procédure secondaire ou doit-il se dessaisir au profit de la juridiction anglaise ayant ouvert la procédure principale ?
- À quel moment faut-il se placer pour déterminer la localisation des actifs de la procédure secondaire et *quid* des effets d'un déplacement d'actifs dans un État tiers après l'ouverture d'une procédure secondaire ?
- Le règlement n° 1346/2000 est-il applicable pour déterminer les actifs se trouvant dans un État tiers ?
- Comment faut-il interpréter l'article 2, sous g), du règlement n° 1346/2000, s'agissant des biens incorporels qui ne sont pas expressément visés par cet article ? Faut-il procéder à une interprétation autonome ou préconiser un renvoi au droit national des États membres ? Enfin, un protocole de coordination entre praticiens de l'insolvabilité peut-il préciser et, le cas échéant, déroger aux règles de localisation du règlement ?
- *Quid*, enfin, de la compétence des praticiens de l'insolvabilité des procédures principale et secondaire(s) pour procéder à la résiliation des contrats en cours ?

À la lumière de ces enjeux, l'arrêt *Nortel* du 11 juin 2015 de la CJUE est riche d'enseignements.

A - La compétence du tribunal ayant ouvert la procédure secondaire

L'arrêt *Nortel* confirme la compétence alternative du tribunal de commerce de Versailles pour statuer sur la localisation des actifs de la procédure secondaire de NNSA. La Cour considère, en effet, que la juridiction ayant ouvert une procédure secondaire d'insolvabilité est compétente pour toute action qui dérive directement d'une procédure secondaire et qui s'y insère étroitement (les « actions annexes »). En d'autres termes, le principe *vis attractiva concursus*, posé par la jurisprudence *Seagon*⁶ dans le cadre d'une procédure principale, s'applique également dans le cadre d'une procédure secondaire concernant une action visant à déterminer la localisation des biens de la procédure secondaire et de l'interprétation d'un accord de coopération en relation avec cette problématique. La Cour justifie cette solution par l'effet utile du règlement n° 1346/2000⁷.

(6) CJUE 12 févr. 2009, aff. C-339/07, *Seagon*, D. 2009. 1311, note J.-L. Vallens, et 2384, obs. S. Bollée ; RTD com. 2010. 211, obs. J.-L. Vallens ; JCP E 2009, n° 1482, 31-32, obs. F. Mélin. Selon ce principe toutes les actions dérivant de la procédure d'insolvabilité relèvent de la compétence exclusive du tribunal qui a ouvert la procédure d'insolvabilité. (7) Arrêt commenté, pts 32 et 33. (8) Règl. n° 2015/848, art. 21, § 2. (9) Il peut aussi exercer toute action révocatoire utile aux intérêts des créanciers, V. K. Pannen (Herchen), Art. 27 EulnsVO, n° 63 s. (10) K. Pannen (Herchen), Art. 27 EulnsVO, n° 62. Avec la réforme du règlement par le Règl. n° 2015/848 du 20 mai 2015, qui a élargi son champ d'application aux pré-procédures, la problématique de la détermination de la date d'ouverture de la procédure se trouve résolue. Une partie de la doctrine n'avait pas appliqué la jurisprudence *Eurofood* en considérant que cet arrêt n'avait pour but que de trancher la question de la priorité de l'ouverture de la procédure en application de l'art. 16 du Règl. n° 1346/2000, V. par ex. MüKo-InsO (Reinhart), Art. 27 EulnsVO, n° 23. (11) Règl. n° 2015/848, art. 21. (12) En ce sens, concl. av. gén. P. Mengozzi, n° 66. (13) Arrêt commenté, pt 53.

B - La photographie des biens au moment de l'ouverture de la procédure secondaire et les effets d'un déplacement d'actifs dans un État tiers après l'ouverture d'une procédure secondaire

L'affaire *Nortel* pose la problématique de l'effet du non-caissement par le liquidateur de la procédure secondaire du prix de cession des actifs appartenant à la procédure secondaire, ledit prix de cession s'étant ainsi transformé en une créance sur le séquestre américain, localisée à New York, État tiers. S'agissait-il d'un transfert d'actifs opposable à la procédure secondaire ? À quel moment faut-il se placer pour déterminer les actifs de la procédure secondaire ?

L'article 18, § 2, du règlement n° 1346/2000⁸ énonce le principe selon lequel le praticien de l'insolvabilité d'une procédure secondaire peut faire valoir dans tout autre État membre, par voie judiciaire ou extrajudiciaire, qu'un bien mobilier a été transféré du territoire de l'État d'ouverture sur le territoire de cet autre État membre après l'ouverture de la procédure secondaire⁹. Cette disposition confirme le principe selon lequel la photographie des actifs de la procédure secondaire doit être faite à la date de son ouverture¹⁰. Par conséquent, un éventuel déplacement ultérieur d'actifs serait inopposable à la procédure secondaire. Mais, l'article 18, § 2, du règlement n° 1346/2000¹¹ ne vise que les actifs déplacés dans « un autre État membre » après l'ouverture de la procédure secondaire. *Quid* si les actifs sont déplacés dans un État tiers à l'Union européenne après l'ouverture de la procédure secondaire comme dans l'affaire *Nortel* ?

Il semble logique de conférer à la règle énoncée dans l'article 18, § 2, du règlement n° 1346/2000 une portée générale et extraterritoriale, même si l'actif en question a été déplacé dans un État tiers¹². La CJUE partage cette analyse. Selon la Cour, il convient de se placer au jour de l'ouverture de la procédure secondaire « sans que la question de savoir, le cas échéant, dans quel autre État se sont trouvés ces biens à un stade ultérieur ait une incidence à cet égard ». Il est d'ailleurs intéressant de noter que la Cour évite toute référence à l'article 18, § 2, et à la notion de « l'État membre ». Elle utilise le terme « autre État » qui englobe ainsi, non seulement les États membres, mais aussi les États tiers¹³. On voit dès lors que la CJUE opte en faveur d'une interprétation extensive de l'effet extraterritorial, au-delà du texte du règlement.

Qu'en est-il si les actifs ont été déplacés immédiatement avant l'ouverture d'une procédure secondaire ? Dans l'affaire *Nortel*, les *Joint Administrators* de la procédure principale anglaise

avaient appréhendé la totalité des liquidités résultant de l'exploitation de NNSA en les transférant à Londres avant l'ouverture de la procédure secondaire. L'article 18, § 2, du règlement n° 1346/2000 ne permettait pas au liquidateur français de demander la restitution de ces sommes, le transfert n'étant pas intervenu postérieurement à l'ouverture de la procédure secondaire. Tirant les conclusions de l'affaire *Nortel*, le nouveau considérant 46 du règlement n° 2015/848 donne à l'avenir une base légale au praticien de l'insolvabilité de la procédure secondaire pour lutter contre des transferts abusifs d'actifs effectués par le syndic de la procédure principale préalablement à l'ouverture de la procédure secondaire.

C - L'application extraterritoriale de l'article 2, sous g), du règlement n° 1346/2000

Dans le cadre de l'affaire *Nortel* s'est également posée la question de savoir si l'article 2, sous g), du règlement n° 1346/2000, qui vise l'« État membre dans lequel se trouve » un bien, un droit ou une créance, s'applique également aux actifs localisés dans un État tiers. À nouveau, la CJUE procède à une interprétation large du champ d'application du règlement et donne ainsi à l'article 2, sous g), une portée extraterritoriale : « il ne saurait en être déduit que cette disposition n'est pas applicable dans l'hypothèse où le bien, le droit ou la créance en question doivent être considérés comme étant dans un État tiers »¹⁴.

D - La localisation des biens incorporels qui ne sont pas expressément visés par l'article 2, sous g), du règlement n° 1346/2000

L'affaire *Nortel* a mis en évidence la problématique de la localisation de certains types d'actifs incorporels qui ne sont pas explicitement visés dans l'article 2, sous g), du règlement n° 1346/2000 : NNSA était titulaire d'un « *beneficial ownership* » portant sur ses droits de propriété intellectuelle, matérialisé sous la forme de licences exclusives, perpétuelles et gratuites. Il s'agissait d'un droit réel incorporel de droit canadien (et non pas un droit de créance) qui n'est pas visé dans la liste des biens de l'article 2, sous g), du règlement n° 1346/2000.

En effet, l'article 2, sous g), ne distingue qu'entre trois catégories de biens, en s'inspirant d'ailleurs des solutions retenues en matière de droit international privé par la plupart des États membres¹⁵. Ainsi, les biens corporels sont localisés dans l'État membre sur le territoire duquel ils sont situés. La question de

savoir si des biens en transit (*res in transitu*) doivent être localisés dans l'État de leur départ ou de destination est discutée¹⁶. La majorité des commentateurs n'est pas favorable à une dérogation et souhaite appliquer le critère de la date d'ouverture de la procédure d'insolvabilité pour déterminer leur localisation¹⁷. Les titres au porteur, établis sous la forme de certificats, sont assimilés à des biens corporels et sont localisés dans l'État membre sur le territoire duquel ils sont situés¹⁸.

Les biens ou les droits que le propriétaire ou le titulaire doit faire inscrire dans un registre public sont localisés dans l'État membre sous l'autorité duquel ce registre est tenu (*lex registrata*)¹⁹. Le registre doit être accessible au public et l'inscription des droits doit avoir un effet *erga omnes* à l'égard des tiers²⁰. C'est le cas, par exemple, de l'enregistrement de navires, aéronefs, marques et brevets²¹. En revanche, un enregistrement administratif d'un véhicule auprès de la préfecture en France n'entre pas dans le champ d'application de l'article 2, sous g), du règlement n° 1346/2000.

Les créances sont localisées dans l'État où se trouve le centre des intérêts principaux du tiers débiteur²², même si elles sont incorporées dans un titre (négociable) comme par exemple les lettres de change ou les billets à ordre²³. Des billets de banque sont des créances au sens de l'article 2, sous g)²⁴. Cette règle de localisation de l'article 2, sous g), du règlement n° 1346/2000 s'applique également pour les créances commerciales résultant de l'activité de l'établissement contre un débiteur, dont le COMI est localisé dans un autre État membre ou un État tiers. Elles doivent être recouvrées par le praticien de l'insolvabilité de la procédure principale²⁵. En revanche, les créances nées postérieurement au jugement d'ouverture de la procédure secondaire en relation avec la poursuite de l'activité de l'établissement font partie du patrimoine de la procédure secondaire, même si le centre des intérêts principaux d'un débiteur est localisé dans un autre État.

Cet article ne mentionne donc pas d'autres droits incorporels, comme, par exemple, le fonds de commerce, la clientèle (« *goodwill* »), le savoir-faire, les droits d'auteur et droits voisins, et des autorisations administratives, qui ne font pas l'objet d'un enregistrement dans un registre public. Le nouveau règlement n° 2015/848 du 20 mai 2015, qui s'applique à partir du 26 juin 2017, a complété la liste des actifs, en y incluant notamment les droits d'auteur et les droits voisins, mais cette nouvelle liste n'est pas exhaustive non plus²⁶.

(14) Arrêt commenté, pt 52. (15) Virgos/Schmit, n° 69. (16) FK-InsO (Wenner/Schuster), Art. 2 EulnsVO, n° 15. (17) B. Wessels, n° 10527; Virgos et Garcimartin, n° 310. (18) B. Wessels, n° 10529a qui explique cette localisation par la nature du titre qui peut faire objet d'un gage avec dépossession, assorti d'un droit de rétention. (19) Ainsi, un bateau, qui fait l'objet d'un enregistrement à Guernesey, n'est pas localisé dans un État membre au sens du règlement mais dans un État tiers, C. Paulus, Art. 2, n° 22. (20) Virgos/Schmit, n° 69; Pannen (Riedemann), Art. 2 EulnsVO, n° 38; C. Paulus, Art. 2 EulnsVO, n° 20. (21) FK-InsO (Wenner/Schuster), Art. 2 EulnsVO, n° 16; Duursma/Kepplinger, Art. 2 EulnsVO, n° 16. (22) A. Canto et E. Priser, Du bon usage par les créanciers de la directive n° 2001/14/C concernant l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit pour minimiser l'impact des faillites bancaires, in Dr. banc. et fin. au Luxembourg, 2014, n° 40, regrettent le maintien de cette règle de rattachement en faveur du COMI qui est source d'incertitude. (23) FK-InsO (Wenner/Schuster), Art. 2 EulnsVO, n° 14, 18; MüKo-InsO (Reinhart), Art. 2 EulnsVO, n° 22; contra: Pannen (Riedemann), Art. 2 EulnsVO, n° 34; C. Paulus, Art. 2 EulnsVO, n° 34. (24) C. Paulus, Art. 2 EulnsVO, n° 23. (25) MüKo-InsO (Reinhart), Art. 27 EulnsVO, n° 22. (26) Les droits d'auteur et droits voisins se situent sur le territoire de l'État membre où le titulaire de ce droit a sa résidence habituelle ou son siège statutaire. L'art. 2, § 9, précise également la localisation des actions nominatives, les instruments financiers et les espèces détenues sur un compte bancaire. Pour une analyse exhaustive du nouveau règlement, V. R. Dammann et M. Kohmann, Le nouvel attelage entre procédures principale et secondaires, Lextenso (à paraître).

Se pose dès lors la question de savoir comment il convient d'interpréter l'article 2, sous *g*), du règlement n° 1346/2000 et, à l'avenir, l'article 2, § 9, du règlement n° 2015/848? À cet égard, plusieurs questions se posent.

D'abord, pour localiser les biens énumérés à l'article 2, sous *g*), faut-il procéder à une interprétation autonome afin d'assurer une application uniforme des critères de localisation des actifs dans l'Union européenne, ou plutôt opérer un renvoi au droit national des États membres? Dans ses conclusions dans l'affaire *Nortel*, l'avocat général Paolo Mengozzi s'est prononcé en faveur d'une interprétation autonome du règlement²⁷, rejoignant ainsi la doctrine majoritaire²⁸. La Cour de justice consacre cette interprétation: « (...) s'agissant de la question de savoir si, aux fins de l'application du règlement n° 1346/2000, un bien doit être considéré comme étant trouvé sur le territoire d'un État membre à la date de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, il y a lieu de constater que ce règlement prévoit effectivement des règles uniformes, excluant, dans cette mesure, tout recours au droit national »²⁹.

À cet égard, deux observations doivent être faites. La question de la qualification du bien en question - c'est-à-dire la question de savoir s'il s'agit d'un droit réel corporel ou incorporel ou d'un droit de créance, devant faire l'objet d'un enregistrement ou pas - relève de la *lex causae*.

Ensuite, il faut distinguer entre les contrats, qui ne peuvent pas faire l'objet d'une « localisation », et les créances résultant d'un contrat, qui doivent être localisées en application de l'article 2, sous *g*), du règlement n° 1346/2000. Par exemple, la créance de prix résultant d'un contrat de vente commerciale est localisée au lieu du COMI de l'acheteur. La question de savoir si le praticien de l'insolvabilité de la procédure principale ou secondaire a le pouvoir de résilier un contrat en cours est indépendante de la question d'une localisation des créances résultant d'un tel contrat (et fera l'objet d'une discussion sous le point F de cet article).

Dans l'affaire *Nortel*, se pose la question de savoir où est localisé le « *beneficial ownership* » de NNSA au titre des licences exclusives, perpétuelles et gratuites de propriété intellectuelle, qui s'analysent comme un droit réel en droit canadien. Dans son jugement arrêtant le plan de cession de l'activité GSM/GSM-R, le tribunal de commerce a considéré que la propriété intellectuelle se rapportant à cette activité faisait partie du fonds de commerce qui a été transféré à un repreneur par ledit jugement. Les juges consulaires ont donc nécessairement considéré que l'ensemble des actifs cédés, y compris la propriété intellectuelle, était localisé en France. Leur compé-

tence pour ordonner cette cession n'a d'ailleurs fait l'objet d'aucune contestation de la part des *Joint Administrators* de la procédure principale.

Constatant le caractère incomplet de la liste des catégories d'actifs énumérés à l'article 2, sous *g*), du règlement n° 1346/2000, l'avocat général Paolo Mengozzi a conclu qu'il convenait d'interpréter cette disposition à la lumière de l'économie générale des principes de localisation retenus par le règlement n° 1346/2000 et son projet de révision³⁰. Ainsi, il a considéré qu'une licence exclusive, perpétuelle et gratuite de propriété intellectuelle ne pouvait pas être réduite à un simple droit de créance³¹, mais devait être rattachée au territoire de l'État membre avec lequel il existait les liens les plus étroits³². En l'espèce, il conviendrait donc de localiser le « *beneficial ownership* » de NNSA sur le territoire de l'État membre « où se trouvait le pôle d'activité du débiteur qui a contribué à ladite activité de R&D et qui a utilisé les résultats de celle-ci pour son déploiement »³³, c'est-à-dire en France.

Dans l'arrêt *Nortel*, la CJUE ne reprend pas cette argumentation. La Cour se contente d'affirmer que les licences exclusives gratuites perpétuelles de NNSA « n'apparaissent pas pouvoir être considérées comme des biens corporels ». La CJUE donne ensuite au tribunal de commerce de Versailles une grille de lecture de l'article 2, sous *g*), du règlement. Elle invite le tribunal français de renvoi à « vérifier d'abord si les biens en cause constituent des biens ou des droits que le propriétaire ou le titulaire doit faire inscrire dans un registre public, ou s'ils doivent être considérés comme étant des créances »³⁴. Ensuite, il convient de vérifier, respectivement, si le registre ou le COMI du tiers débiteur est localisé en France. La Cour termine son raisonnement en considérant que « c'est seulement au cas où l'une des vérifications aboutirait à un résultat positif que les biens en cause relèveront de la procédure secondaire d'insolvabilité ouverte en France »³⁵. *A contrario*, si le tribunal de renvoi devait arriver à la conclusion que les biens en question ne sont ni des biens devant faire l'objet d'un enregistrement ni des créances, il semble que l'argumentation de l'avocat général reste pertinente pour appliquer par analogie les règles de rattachement édictées par l'article 2, sous *g*), du règlement n° 1346/2000. La prudence de la CJUE semble s'expliquer par le fait que la question préjudicielle ne portait pas sur la nature des droits en cause mais uniquement sur la compétence internationale et la loi applicable, et que la nature des biens n'a fait l'objet que d'un débat oral relativement succinct à l'audience de plaidoirie. Toute autre interprétation de l'arrêt *Nortel* aboutirait à un « forçage » de l'article 2, sous *g*), qui, à la lumière de la révision du règlement, ne semble pas se justifier.

(27) Arrêt commenté, concl. av. gén. P. Mengozzi, pt 65. (28) FK-InsO (Wenner/Schuster), Art. 2 EulnsVO, n° 14. *Contra*: en faveur d'une qualification selon la *lex fori concursus*, e.g. Pannen (Riedemann), Art. 2 EulnsVO, n° 31 pour la notion de bien corporel. (29) Arrêt commenté, pt 50. (30) Concl. av. gén. P. Mengozzi, pt 71. Le nouvel art. 2, § 9, du Règl. n° 2015/848, concernant les actions nominatives d'entreprises, les instruments financiers dont la propriété est prouvée par une inscription dans un registre et les espèces détenues sur un compte bancaire, énonce des critères qui privilégient le rattachement d'un bien au territoire de l'État membre avec lequel il maintient les liens les plus proches. (31) Concl. av. gén. P. Mengozzi, pt 70. (32) Concl. av. gén. P. Mengozzi, pt 71. (33) Concl. av. gén. P. Mengozzi, pt 72. (34) Arrêt commenté, pt 54. (35) *Ibid.*

E - La dérogation contractuelle aux règles de localisation de l'article 2, sous g), du règlement n° 1346/2000

À la lumière des difficultés d'interprétation de l'article 2, sous g), du règlement n° 1346/2000, se pose la question de savoir si les praticiens de l'insolvabilité des procédures principale et secondaire(s) disposent de moyens pour clarifier la localisation des actifs, voire pour déroger aux règles de localisation de l'article 2, sous g), du règlement n° 1346/2000. En d'autres termes, l'article 2, sous g), est-il d'ordre public ?

La doctrine s'est montrée favorable à la pratique des protocoles conclus entre les praticiens de l'insolvabilité pour déterminer le rattachement des actifs aux procédures principale et secondaire(s)³⁶. Dans son arrêt *Nortel*, la CJUE semble également y être favorable³⁷.

F - La résiliation des contrats en cours

Un débiteur qui fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité principale et d'une procédure secondaire est en général cocontractant de multiples contrats en cours, par exemple des contrats de bail, des contrats de travail ou des contrats de fourniture de biens et de services. La question du régime des contrats en cours et donc de leur résiliation relève de la *lex fori concursus* (en application de l'art. 4 et 28 Règl. n° 1346/2000), c'est-à-dire de la *lex fori concursus universalis* de la procédure principale et de la *lex fori concursus secundarii* de la procédure secondaire. Se pose donc la question de savoir quel praticien de l'insolvabilité a le pouvoir de résilier des contrats en cours, celui de la procédure principale et/ou celui de la procédure secondaire ? Le règlement n° 1346/2000 est muet sur ce point. Il ne prévoit que des règles de conflit de lois en ce qui concerne la résiliation de contrats de travail en application de l'article 10 et en ce qui concerne la résiliation de bail portant sur un bien immobilier en application de l'article 8.

Pourtant, il s'agit d'une problématique importante puisque le droit local édicte des règles spécifiques, notamment en ce qui concerne les conditions de la continuation des contrats en cours et leur régime de résiliation, notamment en matière de responsabilité du praticien de l'insolvabilité. Qui supporte les indemnités de résiliation : la procédure principale ou la procédure secondaire ? De même, on peut s'interroger sur le point de savoir s'il s'agit de créances antérieures ou postérieures, privilégiées ou non. Dans un même ordre d'idées, une indemnité de résiliation peut être perçue soit par la procédure principale, soit par la procédure secondaire.

L'affaire *Nortel* permet de comprendre les enjeux pratiques de cette problématique. S'agissant des contrats de travail, l'ouverture de la procédure secondaire a permis aux *Joint Administrators* de ne pas avoir à licencier eux-mêmes les sala-

riés et ainsi supporter les conséquences financières du PSE. De la même manière, le contrat de bail des locaux de NNSA a été résilié par le liquidateur de la procédure secondaire sans aucune intervention des *Joint Administrators*. Dans les deux cas de figure, en vertu des articles 8 et 10 du règlement n° 1346/2000, la résiliation a été faite en application de la *lex fori concursus secundarii*. Le pouvoir de procéder aux résiliations relève nécessairement du liquidateur de la procédure secondaire, puisque ces contrats se rattachaient exclusivement à l'activité de l'établissement français.

Par exemple, en droit français, les créances résultant de la résiliation notifiée par le bailleur sont traitées comme des créances antérieures chirographaires. Les créances salariales peuvent être antérieures ou postérieures, mais elles sont assorties d'un privilège en application du droit français. C'est ainsi que la créance au titre de IAD différé est une créance postérieure méritante à hauteur de 86 000 € par salarié licencié en application de l'article L. 641-13 du code de commerce, et simplement chirographaire pour le solde de 14 000 €. Ces créanciers peuvent déclarer leurs créances dans le cadre de la procédure principale, mais les conditions de déclaration de créances et leur vérification, de même que leur rang, dépendront de la *lex fori concursus universalis*.

On voit dès lors que le liquidateur de la procédure secondaire est exclusivement compétent pour procéder aux résiliations des contrats en cours, qui sont objectivement rattachés à l'activité de sa procédure. Cette analyse est confirmée par Axel Herchen³⁸. Cette idée de rattachement objectif des contrats en cours à l'activité de l'établissement d'une procédure secondaire est confirmée par la révision du règlement n° 1346/2000, s'agissant des contrats portant sur un bien immobilier, comme le montre l'article 11, § 2, du règlement n° 2015/848. Cet article prévoit que la juridiction qui a ouvert la procédure principale est compétente pour approuver la résiliation ou la modification des contrats portant sur un bien immobilier, sauf si une procédure secondaire a été ouverte dans l'État membre où se trouve l'immeuble.

Si un contrat en cours se rattache à la fois à l'activité des procédures principale et secondaire(s), il convient de rechercher le caractère prépondérant³⁹. On pourrait également envisager dans ce cas de figure une compétence alternative des praticiens de l'insolvabilité des procédures principale et secondaire(s) pour procéder à la résiliation des contrats en cours. En pratique, il découle de l'obligation de coopération entre les procédures principale et secondaire(s) de trouver une solution pragmatique dans l'intérêt des créanciers des deux procédures.

En application de ces principes, le liquidateur de la procédure secondaire de NNSA a pu valablement résilier les contrats de licence exclusive, perpétuelle et gratuite dans le cadre

(36) MüKo-InsO (Reinhart), Art. 27 EulnsVO, n° 22; FK-InsO (Wenner/Schuster), Art. 27 EulnsVO, n° 14. (37) Arrêt commenté, pt 30. *Contra* concl. av. gén. P. Mengozzi, pt 65. (38) Pannen (Herchen), Art. 27, n° 75 s. (39) B. Wessels, n° 10528, souhaite alors rattacher ce contrat à la procédure principale.

des ventes des différentes *business divisions*. De même, le juge-commissaire avait compétence pour autoriser ces résiliations. En tout état de cause, cette compétence n'a jamais été contestée, et la décision du juge-commissaire est désormais insusceptible de recours. Par conséquent, la procédure secondaire doit recevoir les indemnités de résiliation correspondantes, dont l'effet générateur est postérieur à l'ouverture de la procédure secondaire. Reste la résiliation du portefeuille des brevets résiduels. Celle-ci a été contresignée par les praticiens de la procédure principale, aux côtés de ceux de la procédure secondaire. Néanmoins, les contrats de licences se rattachent objectivement et exclusivement au territoire de la procédure secondaire dès lors que NNSA exploitait son activité de R&D exclusivement en France et que la procédure principale était extraterritoriale, c'est-à-dire sans actif et sans salarié : l'indemnité de résiliation devrait donc, là encore, revenir à la procédure secondaire.



L'arrêt *Nortel* s'inscrit dans la continuité de la jurisprudence *Schmid*⁴⁰ de la CJUE qui préconise une interprétation extraterritoriale du champ d'application du règlement n° 1346/2000, repoussant par conséquent le champ d'application du droit international privé des États membres. Dans l'arrêt *Schmid*, la CJUE a expressément exclu un effet extraterritorial de l'article 5 du règlement n° 1346/2000 qui vise spécifiquement un lien avec le territoire d'un autre État membre. Cela étant, dans

l'affaire *Nortel*, elle donne un effet extraterritorial à l'article 2, sous g), et, implicitement, à l'article 18, § 2, du règlement n° 1346/2000, quand bien même le texte du règlement limite le champ d'application de ces dispositions à une procédure d'insolvabilité intracommunautaire.

Ainsi, le droit de l'Union européenne devient progressivement le droit commun de la faillite internationale des États membres. Une réflexion pourrait dès lors être engagée pour codifier le droit international privé de droit commun en France dans un souci de simplification et de lisibilité.

Le deuxième enseignement à tirer de l'arrêt *Nortel* est le renforcement du caractère autonome de la procédure secondaire, qui se trouve d'ailleurs amplifié dans le cadre du nouveau règlement n° 2015/848. Sur ce point, l'harmonisation du droit international privé avec le droit de l'Union européenne permettrait de généraliser la distinction entre procédure principale et procédure secondaire en droit international privé de la faillite. Ainsi, il serait possible d'ouvrir une procédure secondaire en France, même si une procédure (principale) de faillite étrangère est exécutoire en France.

Enfin, s'agissant de l'interprétation de l'article 2, sous g), du règlement n° 1346/2000, l'arrêt *Nortel* de la CJUE reste en retrait par rapport aux conclusions de l'avocat général, qui gardent toutefois leur pertinence pour compléter les lacunes de l'article 2, sous g), du règlement n° 1346/2000 et, à l'avenir, de l'article 2, § 9, du règlement n° 2015/848.

(40) CJUE 16 janv. 2014, aff. C-328/12, *Schmid*, D. 2014. 915, note F. Jault-Seseke et D. Robine, 1708, chron. R. Dammann et V. Bleicher, et 1967, obs. L. d'Avout; Rev. crit. DIP 2014. 670, note D. Bureau; JCP 2014. 253, note F. Mélin; BJE mars 2014, p. 108, note L.-C. Henry; RJ com. mai-juin 2014, p. 204, note J.-P. Sortais, et note critique de J.-L. Vallens; Rev. proc. coll. 2014. Étude 16, obs. J.-L. Vallens.