

Procédure d'insolvabilité - Le nouvel article L. 692-1 du Code de commerce : précisions sur les modalités d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité secondaire en France - Etude par Mylène BOCHÉ-ROBINET

Document: Revue des procédures collectives n° 2, Mars 2018, étude 4

Revue des procédures collectives n° 2, Mars 2018, étude 4

Le nouvel article L. 692-1 du Code de commerce : précisions sur les modalités d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité secondaire en France

Etude par Mylène BOCHÉ-ROBINET avocat, Counsel, August Debouzy

[Accès au sommaire](#)

Le règlement (UE) n° 2015/848, relatif aux procédures d'insolvabilité est entré en application le 26 juin 2017. Le texte est d'effet direct mais certaines adaptations législatives devaient être apportées, ce qui a été l'objet de l'ordonnance du 2 novembre 2017^{Note 1}. Des précisions s'imposaient notamment s'agissant des modalités d'ouverture des procédures secondaires, dont la liste, figurant à l'annexe A du règlement, s'est allongée. Ainsi, le nouvel article L. 692-1 du Code de commerce détermine les personnes ayant qualité pour solliciter l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité secondaire (1) et règle la question de la fixation de la date de cessation des paiements en fonction de la nature de la procédure secondaire en cause (2).

1. - Sous l'égide du règlement n° 1346/2000, la procédure d'insolvabilité secondaire était nécessairement, en France, une procédure de liquidation judiciaire. Cette limitation n'était pas sans poser certaines difficultés lorsque la continuation de l'activité était envisagée, voire même en cas de cession des actifs. Le dossier Nortel en donne une illustration. En l'espèce, la procédure d'insolvabilité principale ouverte à Londres était une procédure dite d'administration (procédure de sauvetage dont l'objectif prioritaire est en principe de permettre au débiteur la continuation de son activité). Cela étant, un plan de continuation a rapidement été écarté au profit d'une cession des actifs du groupe Nortel au niveau mondial. En France, le régime de la liquidation judiciaire se prêtait mal à un processus de vente des activités coordonné au Canada, aux États-Unis et en Europe. En effet, si les cessions ont pu intervenir très rapidement au regard de l'ampleur du dossier, le délai nécessaire pour de telles opérations n'était pas compatible en France avec la période de maintien d'activité en liquidation judiciaire, d'une durée limitée à 3 mois renouvelable une fois (*C. com.*, art. L. 641-10 et R. 641-15). La solution consistait alors à solliciter une suspension des opérations de liquidation, en application de l'article 33 du règlement n° 1346/2000. La suspension avait pour effet de « prolonger » la période de maintien de l'activité et a permis, dans l'affaire Nortel, d'adopter un plan de cession près d'un an après l'ouverture de la procédure secondaire de liquidation judiciaire^{Note 2}.

2. - Avec le nouveau règlement n° 2015/848, un tel scénario ne devrait plus se produire. Les procédures secondaires ne sont plus exclusivement liquidatives. L'annexe A du règlement fait désormais référence aux procédures de sauvegarde (ainsi qu'à ses « variantes », les procédures de sauvegarde financière accélérée et de sauvegarde accélérée), de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire. Il s'agit d'une avancée significative, qui facilitera l'adoption coordonnée de solutions de restructuration dans les procédures d'insolvabilité transfrontalières. Cela étant, le choix de la nature de la procédure secondaire et les conséquences pratiques qui en découlent soulèvent de nouvelles interrogations.

1. Qualité pour solliciter l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité secondaire

3. - L'article 37, 1 du nouveau règlement prévoit que « l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité secondaire peut être demandée par : a) le praticien de la procédure d'insolvabilité principale ; b) toute autre personne ou autorité habilitée à demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité en vertu de la loi de l'État membre sur le territoire duquel l'ouverture de la procédure secondaire est demandée » (*lex fori concursus secundarii*). En apparence, il n'y a pas de changement avec l'article 29 du règlement n° 1346/2000. Mais la diversité des procédures secondaires pouvant désormais être ouvertes en France change la donne. Sous l'empire du règlement n° 1346/2000, l'ouverture d'une procédure secondaire de liquidation judiciaire pouvait être sollicitée par le praticien de la procédure principale (désigné alors « syndic »). Elle pouvait alternativement être sollicitée en France par un créancier, le procureur de la République ou encore le débiteur, sous réserve que celui-ci n'ait pas été dessaisi en application de la loi applicable à la procédure d'insolvabilité principale (*lex fori concursus principalis*).

4. - Avec le nouveau règlement, la question s'est d'abord posée de savoir si le praticien de la procédure d'insolvabilité principale avait également qualité pour solliciter l'ouverture d'une procédure de sauvegarde (dont l'initiative est, en droit français, exclusivement réservée au débiteur). En d'autres termes, pour reprendre ceux utilisés par une doctrine avisée^{Note 3}, le « droit autonome » pour le praticien de la procédure principale de solliciter l'ouverture d'une procédure secondaire, prévu au point a), a-t-il vocation à s'appliquer quelle que soit la nature de la procédure secondaire ouverte ? La réponse apportée par le législateur est négative. L'article L. 692-1 réserve l'initiative de la demande d'ouverture d'une procédure de sauvegarde au seul débiteur, excluant toute intervention du praticien de la procédure principale à cet effet. Cette position est certes conforme à l'article L. 620-1, selon lequel seul le débiteur a qualité pour demander l'ouverture d'une procédure de sauvegarde. Cela étant, on s'éloigne de la *ratio legis* du règlement : une procédure secondaire a aussi pour but de permettre une meilleure administration du patrimoine par le praticien de l'insolvabilité. Souvent, la complexité de la gestion d'une société ayant des établissements dans plusieurs États membres rend indispensable l'ouverture de procédures secondaires permettant à l'administrateur « principal » de s'adjoindre l'aide d'homologues spécialisés dans les différents États membres^{Note 4}.

5. - En pratique, il n'est pas dit que le débiteur s'opposera systématiquement à l'ouverture d'une procédure secondaire de sauvegarde. Mais l'initiative devrait aussi être aux mains du praticien d'une procédure principale, lorsque celle-ci est ouverte à l'encontre d'un débiteur qui n'est certes pas en état de cessation des paiements au sens du droit français mais qui est recevable à faire l'objet d'une procédure d'insolvabilité principale au sens du droit de l'État où est situé son COMI (et potentiellement dessaisi). Ainsi, comme souligné par la doctrine, « le praticien de l'insolvabilité de la procédure principale devient alors le chef d'orchestre et le règlement lui confère des pouvoirs propres que le droit matériel des États membres ne peut restreindre »^{Note 5}. Une difficulté surviendra lorsque le débiteur sera dessaisi en application de la *lex fori*

concurus principalis et qu'il n'y aura pas de cessation des paiements de la personne morale au sens du droit français. En Allemagne par exemple, la procédure d'insolvabilité (*Insolvenzverfahren*), dans laquelle un dessaisissement du débiteur est généralement prononcé, peut être ouverte en cas de simple menace de cessation des paiements (*drohende Zahlungsunfähigkeit*) ou de surendettement bilanciel (*Überschuldung*).

6. - Il aurait donc été conforme à l'effet utile du règlement que, dans le cas particulier d'une procédure transfrontalière, le praticien de la procédure principale ait (aussi) qualité pour solliciter l'ouverture d'une procédure secondaire de sauvegarde. D'autant que l'article 47 du règlement n° 848/2015 prévoit bien que ce dernier peut proposer le plan de restructuration (et donc, en cas de sauvegarde, le plan de sauvegarde)^{Note 6}.

2. Fixation de la date de cessation des paiements

7. - Le nouvel article L. 692-1 du Code de commerce précise également que le tribunal doit fixer la date de cessation des paiements dans le jugement statuant sur l'ouverture de la procédure secondaire de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire. La question de la fixation de la date de cessation des paiements dans le cadre de la procédure d'insolvabilité secondaire avait déjà fait débat sous l'égide de l'ancien règlement, notamment dans le dossier Alkor Venilia^{Note 7}. En l'espèce, le tribunal allemand avait prononcé l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité principale et le syndic provisoire avait immédiatement sollicité l'ouverture d'une procédure secondaire en France. Le tribunal de commerce de Nanterre avait, dès l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire, fait « remonter » la date de cessation des paiements plusieurs mois avant celle du jugement d'ouverture, conformément au droit français. Cela étant, à la suite de diverses actions en nullité de la période suspecte et en responsabilité, initiées par le liquidateur français, il avait été soutenu que la procédure secondaire n'était pas autonome et devait être liée par la date de cessation des paiements à fixer par la juridiction ayant ouvert la procédure principale. C'était faire fausse route, ce que le tribunal de commerce de Nanterre a d'ailleurs reconnu.

8. - Comment fallait-il raisonner ? L'article 27 du règlement n° 1346/2000 prévoyait que la procédure d'insolvabilité secondaire était ouverte « *sans que l'insolvabilité du débiteur soit examinée dans cet autre État* ». En d'autres termes, l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité principale dans un État membre était suffisante pour ouvrir une procédure secondaire dans un autre État, sous réserve de la localisation dans cet autre État d'un ou plusieurs établissements^{Note 8}. Mais cette disposition devait être appliquée en accord avec le principe selon lequel la loi applicable à la procédure secondaire est celle de l'État membre sur le territoire duquel la procédure secondaire est ouverte (*lex fori concursus secundarii*). Or, le droit français impose la fixation de la date de cessation des paiements en cas de procédure de liquidation judiciaire. Dès lors, lorsque le débiteur était insolvable, le tribunal français ouvrant la procédure secondaire de liquidation judiciaire devait fixer la date de cessation des paiements, conformément au droit français. Cette spécificité pouvait être source de difficulté si la procédure principale était ouverte en l'absence d'insolvabilité du débiteur (au sens du droit français). Certains États, à l'instar de l'Allemagne, autorisent en effet l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sans qu'une cessation des paiements soit constatée. Avec le nouveau règlement, cette difficulté sera évitée puisque, en l'absence de cessation des paiements du débiteur au sens du droit français, une procédure secondaire de sauvegarde pourra être sollicitée.

9. - Une seconde remarque s'impose. La date de cessation des paiements est celle de la personne morale (et non de l'établissement situé sur le territoire français). La règle selon laquelle les effets de la procédure secondaire sont limités aux actifs situés sur le territoire de l'État membre concerné n'a pas vocation à déterminer, d'une quelconque manière que ce soit, une cessation des paiements limitée au niveau d'un ou plusieurs établissements en France. Il conviendra donc de veiller à rassembler les justificatifs de la situation de trésorerie et à « consolider » les données de façon à calculer, le cas échéant, la date de cessation des paiements de la société dans son ensemble, ce qui en pratique pourra se révéler complexe.

10. - Enfin, la date de cessation des paiements fixée par la juridiction française pourra être distincte de celle retenue dans un autre État membre, puisque les règles de calcul peuvent varier d'un État membre à l'autre. Nul besoin donc, pour le tribunal de la procédure secondaire, d'attendre que la juridiction principale ait fixé la date de cessation des paiements (comme cela avait pourtant été soutenu dans le dossier Alkor)^{Note 9}.

11. - Ainsi, il n'est pas certain qu'une date de cessation des paiements unique puisse être retenue par l'ensemble des juridictions des procédures principale et secondaire(s). Pour autant, cela ne doit pas être source de complexité en cas de contentieux en responsabilité. En France, seule la date de cessation des paiements fixée par le tribunal de la procédure secondaire française doit fonder d'éventuelles actions en nullité et en responsabilité. ▪

Note 1 *Ord. n° 2017-1519, 2 nov. 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. Ces dispositions font notamment l'objet d'un nouveau titre (titre IX), créé à la fin du livre VI. V. *Th. Mastrullo et M. Menjucq, Commentaire de l'ordonnance n° 2017-1519 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 : Rev. proc. coll. 2017, étude 19.* – *R. Dammann et M. Guernonprez, Le nouvel équilibre entre procédure principale et secondaire : adaptation du Code de commerce au règlement UE 2015/848 du 20 mai 2015 : D. 2017, p. 2435.* – *Ph. Roussel Galle et A. Tabeling, Adaptation du droit français des entreprises en difficulté au règlement insolvabilité du 20 mai 2015 à propos de l'ordonnance n° 2017-1519 du 2 novembre 2017 : JCP G 2017, 1217.*

Note 2 *T. com. Versailles, 1er oct. 2009, n° 2009L01920*. V. également sur l'affaire Nortel : *CJUE, 11 juin 2015, aff. C-649/13 : D. 2015, p. 1514, note R. Dammann et M. Boché-Robinet ; D. 2015, p. 1718, point de vue C. Dupoirier ; D. 2015, p. 2031, obs. S. Bollée.* – *R. Dammann et M. Boché-Robinet : GlobetTurnaround, July 2015.* – V. aussi *M. Menjucq, La localisation des actifs dans les procédures d'insolvabilité : analyse de l'article 2 sous g du règlement n° 1346/2000 : Rev. proc. coll. 2015, étude 19.* – V. également *Cass. soc., 10 janv. 2017, n° 15-12.284, Sté Nortel Networks UK limited NNUK c/ M. : JurisData n° 2017-000220 ; Act. proc. coll. 2017, comm. 61, note A. Gosselin-Gorand ; Rev. proc. coll. 2017, comm. 61, note M. Menjucq ; D. 2017, p. 1287, note D. Robine et F. Jault-Seseke ; Th. Mastrullo : Rev. sociétés 2017, p. 507 ; JSL, n° 428, 24 mars 2017, note H. Tissandier.*

Note 3 *R. Dammann et M. Guernonprez, art. préc. note 1.*

Note 4 Le considérant 19 du règlement n° 1346/2000 (transposé presque à l'identique au considérant 40 du règlement n° 2015/848) fait d'ailleurs bien référence à l'utilité de la procédure secondaire lorsque « *le patrimoine du débiteur est trop complexe pour être administré en bloc, ou lorsque les différences entre les systèmes juridiques concernés sont à ce point importantes que des difficultés peuvent résulter de l'extension des effets de la loi de l'État d'ouverture aux autres États où se trouvent les actifs* ».

Note 5 *R. Dammann et M. Guernonprez, art. préc. note 1.*

Note 6 Le nouvel article L. 692-5, I précise ainsi : « *Le praticien de l'insolvabilité de la procédure d'insolvabilité principale peut proposer*

dans la procédure d'insolvabilité secondaire un projet de plan de sauvegarde ou de redressement élaboré selon les dispositions de l'article L. 626-2 ».

Note 7 *T. com. Nanterre, 30 nov. 2011, n° 2011L02302 : D. 2012, p. 596, note L.-C. Henry ; D. 2012, p. 1228, obs. F. Jault-Seseke. – V. également T. com. Nanterre, 24 oct. 2013, n° 2011F04794 : Rev. proc. coll. 2014, comm. 12, note M. Menjucq ; D. 2013, p. 2641, obs. A. Lienhard ; BJS 2014, n° 2, p. 110, note N. Borga.*

Note 8 Cette disposition est reprise et précisée à l'article 34 du règlement n° 2015/848 : « [...] Lorsque la procédure d'insolvabilité principale exigeait que le débiteur soit insolvable, l'insolvabilité de ce dernier n'est pas réexaminée dans l'État membre dans lequel la procédure d'insolvabilité secondaire peut être ouverte ».

Note 9 La procédure d'insolvabilité allemande peut en effet être précédée d'une phase dite « provisoire » (*Vorverfahren*), d'une durée de 3 mois, permettant une analyse de la situation économique et financière (et la détermination de la cessation des paiements ou du surendettement, le cas échéant).

© LexisNexis SA