

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

LES NOUVEAUX MOYENS PROCÉDURAUX

JULIEN THÉRON

Référence de publication : Revue des procédures collectives n° 4, Juillet 2017, dossier 11

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

LES NOUVEAUX MOYENS PROCÉDURAUX

- 1. Les nouveaux moyens procéduraux.** - Ce sujet pourrait de prime abord rebuter, tant par certains aspects la procédure paraît englober un univers étranger au droit substantiel. Traiter de procédure en droit des entreprises en difficulté semble à bien des égards être nécessaire mais peu attrayant. Au fond, ce qui importe est le traitement de l'entreprise ou le paiement des créanciers. La procédure – particulièrement en droit des entreprises en difficulté – semble parfois être faite par des spécialistes pour des spécialistes.
- 2. Droit substantiel et processuel.** - Cette vision un peu « obscurantiste » de la procédure doit à tout prix être chassée. D'abord parce que comme toute matière juridique, il importe qu'elle soit claire et intelligible. Ensuite, parce qu'il y a erreur à ne pas corrélérer la procédure au droit substantiel. La procédure n'a aucune raison d'être indépendamment du droit substantiel. La procédure sert à régir la période qui part de la saisine du juge jusqu'au jugement. Elle doit être dessinée de manière à s'assurer que tout soit mis en œuvre pour que le juge puisse rendre la meilleure la décision qu'il soit.
- 3. Ambiguïté en procédure collective.** - La procédure revêt une nature quelque peu ambiguë en droit des entreprises en difficulté. Initialement intitulé procédure collective, il s'agit d'un droit fortement judiciaire à propos duquel il est souvent affirmé que le juge n'exerce pas la fonction de juger. En somme, il s'agit pour beaucoup d'une forme de tutelle judiciaire sur les entreprises. Il est extrêmement important d'analyser ce sentiment. Une telle vision distord la notion de procédure entendue au sens de procédure devant un juge. En effet, si le juge n'a plus vocation à trancher, alors la procédure n'a plus comme vocation celle d'encadrer les parties et le juge pour que celui-ci remplisse le rôle qui lui est naturel. Mais alors à quoi sert cette procédure ? Elle servirait directement les finalités du droit des entreprises en difficulté : sauver les entreprises, les emplois, régler les créanciers... Par procédure, on entend alors tous les moyens pour parvenir à sauver l'entreprise et régler les créanciers et plus spécifiquement les règles allant de la saisine du juge au jugement. Le sujet serait alors extrêmement vague tant le nombre de procédures – au sens large – se sont multipliées. Convaincu que le juge remplit une mission exclusivement juridictionnelle en la matière, le terme de procédure sera entendu comme le cheminement menant au jugement.

4. **Nouveaux moyens procéduraux.** - Existe-t-il de nouveaux moyens procéduraux ? Telle est la question soulevée par le sujet. En parcourant les récentes réformes : justice XXIe siècle Note 2, loi du 6 août 2015 et réforme du 12 mars 2014 plusieurs éléments sont apparus.
5. **Si l'on remonte le temps.** D'abord, dans le cadre la loi Justice du XXIe siècle, il apparaît qu'aux termes de l'article L. 621-1 du Code de commerce le tribunal de commerce invite le débiteur qui ne remplit pas les conditions de la sauvegarde à recourir à la conciliation. Mais il n'y a pas là à proprement parler un moyen procédural . À moins que l'on considère que le tribunal saisi d'une demande de sauvegarde doive se prononcer sur la procédure idoine pour aider l'entreprise, ce « moyen » ne participe pas à la procédure qui mène au jugement. La question que doit trancher le juge lorsqu'il est saisi d'une demande d'ouverture de sauvegarde consiste à déterminer si les conditions en sont réunies ou pas. Ici, le tribunal sait qu'il n'ouvrira pas de sauvegarde car les conditions ne sont pas réunies. Il va au-delà de ce qui lui est demandé pour proposer une solution alternative au débiteur Note 3. Le législateur utilise le média du juge pour s'assurer que le débiteur sait qu'il peut demander une conciliation plutôt que d'attendre que ses difficultés s'accroissent au détriment de tous. Il y a fort à parier que son conseil porte ses fruits. Le débiteur n'obtenant pas la sauvegarde et faisant face à des difficultés, il est vraisemblable qu'il se tourne vers la conciliation. Le droit des entreprises en difficulté innove ici avec la figure du juge conseil. S'il n'y a pas de décision à proprement parler, c'est en recourant tout de même à son autorité que l'on essaie d'orienter le débiteur. C'est une forme de soft law très particulière. Elle ne repose pas sur la convention comme bien souvent, mais sur une forme de paternalisme judiciaire. Mais, ne constituant pas un moyen procédural il ne sera pas étudié plus avant.
6. Ensuite, il importe de souligner que les organisateurs de ce colloque souhaitaient initialement que soit abordée la problématique des groupes, c'est-à-dire de tous les moyens « procéduraux » destinés à traiter les groupes de sociétés. Il y a là un thème passionnant. On peut en effet se demander dans quelle mesure le législateur ne fait pas appel aux règles de procédure en matière de groupes, faute d'être apte à les traiter, à les appréhender de manière substantielle. Il y a là peut-être une justification des règles de compétence en matière de groupe. Comme cela a été souligné en amont, l'efficacité substantielle du traitement du groupe serait obtenue par le biais de règles de compétence Note 4 et de coordination.
7. **Enfin, la loi du 6 août 2015 a créé les tribunaux de commerce spécialisés.** - Il y a là un sujet déjà talentueusement abordé Note 5. Pour autant, il soulève directement une problématique relative aux moyens procéduraux. On peut en effet entendre moyen au sens strict du terme en procédure comme « moyen de défense », c'est-à-dire comme argument de lutte dans le cadre d'un procès. Ici,

il s'agit de déterminer la nature du moyen invoqué par une partie lorsqu'elle soulève l'incompétence d'un tribunal parce qu'il n'est pas spécialisé. Ce moyen de défense s'analyse-t-il comme une exception de compétence ou une fin de non-recevoir ? Si l'on fait le parallèle avec la compétence des tribunaux de commerce en matière de pratique restrictive, il s'agirait d'une fin de non-recevoir et non d'un moyen de défense.

8. Cette problématique rappelle celle soulevée par l'ordonnance du 12 mars 2014 relative au défaut de pouvoir juridictionnel du juge-commissaire pour statuer sur les contestations sérieuses dans le cadre de l'admission des créances . Ici encore la qualification d'exception de compétence ou de fin de non-recevoir a été posée.
9. En somme, il apparaît dans un premier temps que les nouvelles règles de procédures viennent supplanter l'absence de disposition d'ordre substantiel (1), et dans un deuxième temps que les nouvelles règles de procédure font naître de nouvelles difficultés de qualifications (2).

1. Nouveaux moyens procéduraux, faute de règles d'ordre substantiel

10. **La problématique des groupes est passionnante.** - Si en terme substantiel le droit n'a fait que peu de progrès pour appréhender les groupes, il apparaît en revanche que récemment le groupe est traité en matière procédurale, qu'il s'agisse de proposer des coopérations entre les organes ou de mettre en œuvre de nouvelles règles de procédure. Ainsi, il importe tout d'abord d'observer les raisons de cette appréhension procédurale du groupe (A) avant de voir le contenu de ces règles (B).

A. - Raisons d'une appréhension procédurale du groupe

11. Faute de pouvoir ou de vouloir traiter le groupe ab initio (1°), le législateur demande aux acteurs (juges et organes) d'y procéder concrètement en instaurant des règles d'ordre procédural (2°).

1° Manque de conceptualisation

12. **Amalgame entreprise/débiteur.** - En droit des entreprises en difficulté, l'amalgame entre entreprise et débiteur continue indéniablement d'être opéré. Le principe reste celui d'une procédure

par débiteur, et donc par société. En somme, on ne voit pas l'orchestre mais des musiciens isolés. Il importe peu que les différentes sociétés participent à la réalisation d'une seule et même activité économique ou d'un ensemble d'activités très complémentaires. Pourtant, cet ensemble de sociétés répond ici à la notion d'entreprise puisqu'il s'agit bien d'un ensemble de moyens humains et matériels destinés à exploiter une activité économique. Et lorsque le droit des entreprises en difficulté essaie de passer outre l'étanchéité des personnalités morales c'est dans le but de rechercher de l'actif, d'imputer des dettes à une société qui *prima facie* n'était pas débitrice^{Note 6}. C'est la notion de débiteur et non pas celle d'entreprise qui est centrale dans le mécanisme de l'extension de procédure. En somme, pour continuer à filer la métaphore, on cherche à atteindre un autre musicien, mais on ne prend pas en compte l'orchestre.

13. Droit des « entreprises » en difficulté. - Pourtant aucune définition d'entreprise ne se réfère à la notion de débiteur. Les deux concepts sont étrangers l'un à l'autre. Si le droit des entreprises en difficulté a réellement pour finalité de traiter les difficultés de l'entreprise – et non du débiteur – et de régler les créanciers liés à l'entreprise alors on aurait pu imaginer une procédure unique pour toutes les sociétés constituant l'entreprise indépendamment de la confusion ou de la fictivité. Mais une telle hypothèse doit à l'évidence être consacrée par le législateur. Elle ne peut résulter de la seule pratique. À ce titre, la Cour de cassation avait condamné la technique de mise sous patrimoine commun de plusieurs sociétés^{Note 7}.

14. Inspiration du droit social. - Mais si la loi venait à innover, peut-être pourrait-elle s'inspirer du génie du droit du travail en matière de reclassement et considérer qu'un groupe de sociétés pourrait être appréhendé de manière particulière indépendamment des liens capitalistiques. En cette matière en effet, le reclassement doit se faire dans « les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel ». Autrement dit, il ne suffit pas qu'il y ait des liens capitalistiques...

15. Proposition. - Adapté en droit des entreprises en difficulté on pourrait distinguer deux catégories de groupes qui pourraient être traités différemment :

ceux qui n'ont que des liens capitalistiques pour lesquels l'approche classique est adaptée. Il s'agit ici d'atteindre l'associé en tant que personne s'étant engagée à prendre des risques au sens de l'article 1832 du Code civil ;

ceux dont les sociétés, outre les liens capitalistiques, concourent à la réalisation d'une seule et même activité ou à des activités très complémentaires. Il s'agit alors d'appréhender les différentes

sociétés comme composantes de l'entreprise.

2° Intérêt des règles procédurales

- 16. Le traitement procédural.** - En l'état actuel des choses, mise à part l'extension de procédure, il n'y a pas à proprement parler d'appréhension substantielle des groupes de sociétés. En revanche, sur un plan procédural on peut noter deux éléments relatifs au traitement des groupes. L'un découle du règlement insolvabilité, et l'autre de la rédaction de l'article L. 662-8 du Code de commerce spécifiquement dédiée à l'hypothèse des groupes.
- 17.** D'abord, il est acquis que le règlement insolvabilité 2015/848 accorde un traitement particulier au groupe de sociétés. Sont instaurées notamment des mesures de coopération entre praticiens, entre juridictions et entre praticiens et juridiction. Est également mise en œuvre une mesure de coordination dans laquelle le praticien coordinateur sera chargé de tenter de permettre un traitement global. Chaque société sera soumise à sa propre procédure avec ses propres praticiens mais les praticiens ayant accepté de participer à la procédure coordonnée s'engagent à respecter les mesures proposées par le coordinateur^{Note 8}. Il importe de souligner que le droit se garde bien ici d'indiquer qu'une solution unique devra être dégagée, ou encore que les directives de coordination s'imposent. Il y a là des éléments ressemblant par certains aspects à de la soft law^{Note 9}. Les tribunaux ne seront nullement tenus dans leurs solutions par les directives de coordination. En revanche, tout est fait pour laisser prospérer le génie des praticiens et des juridictions dans la recherche d'une solution la plus harmonieuse possible.
- 18.** Ensuite, en droit français, l'article L. 662-8 du Code de commerce consacre la possibilité de désigner un mandataire et un administrateur unique. Surtout, depuis la loi du 6 août 2015, il met en œuvre des règles de compétences destinées à ce qu'une seule juridiction traite de toutes les procédures des sociétés d'un groupe. Chaque procédure est indépendante, mais traitée par un seul tribunal et s'il le souhaite par les mêmes auxiliaires de justice. Il est donc manifeste que le législateur compte sur leur savoir-faire pour trouver une solution équilibrée pour l'ensemble du groupe. On le voit, la procédure loin d'être un ordre parallèle au droit substantiel, vient ici le suppléer pour tenter de trouver les bonnes solutions pratiques.

19. Pour autant, est-ce suffisant pour traiter le groupe comme une entreprise ? – Il ne semble pas, les professionnels désignés risquent de faire face à de véritables conflits d'intérêts. Devant respecter la personnalité morale de chacune des sociétés, ils s'engagent à tout faire pour régler au mieux les créanciers de chacune des sociétés. Cela peut obliger à actionner des garanties consenties par d'autres sociétés du groupe. Inversement, s'ils cherchent la meilleure solution pour sauvegarder le groupe, alors ils pourraient être tentés de ne pas le faire. Ici, plus qu'ailleurs la différence entre l'intérêt de l'entreprise et l'intérêt des créanciers se manifeste.

B. - Traitement procédural du groupe

20. Coopération et compétence. - En droit européen, outre les mesures de coordination, de coopération et la possibilité de désigner un administrateur judiciaire et un mandataire judiciaire communs à l'ensemble des procédures, il n'y a pas à proprement parlé de règles procédurales. En effet, le principe est que chacun des membres du groupe voit sa procédure ouverte devant le tribunal de son centre des intérêts principaux. Il n'y a que dans les groupes très fortement intégrés que la procédure d'une filiale pourra être ouverte devant le tribunal du siège social de la société mère (cons. 53). Le droit français va plus loin puisqu'il impose le traitement de différentes sociétés devant un seul et même tribunal. L'article L. 662-8 du Code de commerce pose un principe libéral pour la détermination de celui-ci (1°). Ce principe est tempéré en son alinéa 2 en cas de compétence d'un tribunal de commerce spécialisé (2°).

1° Principe

21. Exception au siège social. - En principe, en droit français (C. com., art. R. 600-1), le tribunal territorialement compétent pour connaître des procédures collectives est celui dans le ressort duquel le débiteur personne morale a son siège social. Chaque société du groupe – sauf demande de renvoi « lorsque les intérêts le justifient » (C. com., art. L. 662-2) – devrait donc voir sa procédure ouverte devant le tribunal du lieu de son siège social. Mais la loi du 6 août 2015 a introduit à l'alinéa 1er de l'article L. 662-8 du Code de commerce une dérogation à ce principe. Il instaure un système « libéral »^{Note 10} selon lequel c'est le tribunal qui sera le premier saisi de la procédure d'une société du groupe qui sera par la suite compétent pour traiter de la procédure qui viendrait affecter une autre société du groupe. Il est intéressant de noter que la première société

faisant l'objet d'une procédure peut être aussi bien une filiale qu'une holding. On comprend que ce ne soit pas nécessairement le tribunal saisi de la société « contrôlant » qui doit attirer les procédures ouvertes relativement aux sociétés contrôlées. Les enjeux en termes d'emplois notamment peuvent être plus importants et la procédure plus lourde dans le cadre de la procédure d'une filiale. En revanche, on aurait pu penser à un critère tenant au nombre de salariés^{Note 11}. Comme cela a pu être souligné, c'est un véritable forum shopping qui devient alors possible^{Note 12}. Il suffit demander en premier lieu l'ouverture d'une procédure devant le tribunal du siège social de n'importe quelle société du groupe pour s'assurer qu'il sera compétent pour les autres. On remarque qu'avec l'instauration de ce forum shopping on s'éloigne de la philosophie de l'article R. 600-1 du Code de commerce. Celui-ci avait vocation à lutter contre le forum shopping^{Note 13}. L'alinéa 2 en est la marque. Pour mémoire, il indique qu'en cas de changement de siège de la personne morale dans les 6 mois ayant précédé la saisine du tribunal, le tribunal dans le ressort duquel se trouve le siège initial demeure seul compétent. La compétence du tribunal du siège réel était d'ailleurs considérée comme une règle d'ordre public^{Note 14} pouvant être invoquée par tout intéressé^{Note 15}. La nouvelle règle issue de l'article L. 662-8 du Code de commerce ne perturbe-t-elle pas cette qualification ? En effet, à condition que la première procédure soit ouverte conformément à l'article R. 600-1 du Code de commerce, c'est-à-dire devant le tribunal de son siège réel, les procédures affectant les autres sociétés pourront être ouvertes loin de leur.

2° Exception

- 22. Contenu.** - Le principe posé par l'alinéa 1er de l'article L. 662-8 du Code de commerce connaît une exception énoncée à l'alinéa 3. Aux termes de ce dernier, lorsqu'une procédure a été ouverte pour une société contrôlée au sens du Code de commerce (C. com., art. L. 233-1 et L. 233-3), et que par la suite une procédure est ouverte contre la société la contrôlant devant un tribunal de commerce spécialisé, alors la première procédure doit être renvoyée devant ce dernier pour y être traitée.
- 23. Siège du groupe.** - Il semble alors que l'on renoue avec le caractère d'ordre public de la compétence du tribunal du siège réel. Dans ces cas en effet, si un tribunal de commerce spécialisé est compétent pour la société contrôlante, cela signifie vraisemblablement que c'est à son siège que se trouve le centre névralgique du groupe. De là à penser qu'il s'agit du siège réel du groupe, il n'y a qu'un pas...

24. Sanction ? – Il reste à présent à se demander quelle est la sanction en cas de non-respect de ces règles de compétence. De prime abord la réponse est simple, il ne s'agit que de violation de règles de compétence territoriale. Cela paraît assez évident pour ce qui est du non-respect de l'alinéa 1er. En d'autres termes, lorsque d'autres juridictions que la juridiction initialement saisie pour une société du groupe traitent d'autres sociétés du groupe, seule une exception d'incompétence peut être soulevée. Mais la réponse n'est pas si évidente lorsque c'est la compétence du tribunal de commerce spécialisé qui est violée... Ne s'agit-il pas dans ce cas d'un défaut de pouvoir, domaine de la fin de non-recevoir ? Cette nouvelle règle procédurale fait ainsi naître une nouvelle difficulté de qualification.

2. Nouvelles règles procédurales, nouvelles difficultés de qualification

25. Pouvoir ou compétence ? – Les nouvelles règles procédurales en droit des entreprises en difficulté font apparaître des nouvelles difficultés de qualification. L'ordonnance du 12 mars 2014 en limitant la compétence du juge-commissaire à l'absence de contestation sérieuse avait soulevé une problématique nouvelle. La partie souhaitant soulever ce défaut de pouvoir doit-il invoquer une fin de non-recevoir ou une exception de compétence ? De quel moyen de défense s'agit-il ? La même question se pose lorsqu'une partie souhaite invoquer l'incompétence d'un tribunal de commerce non spécialisé au profit d'un tribunal de commerce spécialisé. En matière de pratiques restrictives, la jurisprudence a considéré que les parties invoquaient une fin de non-recevoir lorsqu'elles contestaient la compétence d'un tribunal de commerce non spécialisé. On est alors tenté de considérer qu'il en va de même ici. Il ne s'agirait pas non plus d'une exception de compétence. Les conséquences de cette qualification sont extrêmement importantes. La fin de non-recevoir peut être invoquée à tout moment, alors que l'exception de procédure doit être soulevée in limine litis et ne pourra l'être pour la première fois devant la cour d'appel. À l'étude il apparaît tout d'abord que si la contestation du pouvoir du juge-commissaire dans le cadre de la procédure d'admission constitue bien une fin de non-recevoir (A), celle de la compétence du tribunal de commerce non spécialisé est une exception de compétence (B).

A. - Défaut de pouvoir du juge-commissaire, véritable fin de non-recevoir

26. Définitions. - La fin de non-recevoir a pour finalité de sanctionner le défaut de droit d'agir d'une partie. Cela signifie que l'on nie son pouvoir d'être entendu sur le fond de la contestation afin que le juge la dise bien ou mal fondée. En somme il n'a pas le droit de demander au juge de trancher la contestation qu'il lui soumet. L'exception de compétence quant à elle consiste à considérer qu'un autre juge ou tribunal que celui saisi devrait trancher. Elle a pour objet l'instance^{Note 16}. Il s'agit de paralyser l'instance pour qu'elle se poursuive devant une autre juridiction.

27. Apparence d'exception de compétence. - Avant l'ordonnance du 12 mars 2014, la Cour de cassation avait considéré que le défaut de pouvoir du juge-commissaire constituait une fin de non-recevoir d'ordre public devant être soulevée d'office par le juge-commissaire^{Note 17}. Une telle qualification peut paraître étonnante. Lorsque le défaut de pouvoir juridictionnel est invoqué, cela n'implique pas que nulle juridiction ne peut trancher le litige. Simplement il est affirmé que le demandeur a saisi le mauvais juge. Le demandeur pouvant agir devant une autre juridiction, on peut avoir le sentiment qu'il n'est pas dépourvu du droit d'agir, mais s'est simplement égaré dans le choix de la juridiction. Pourquoi dès lors ne pas considérer qu'il s'agit d'une exception de compétence ? Cela ressemble à une forme d'incompétence matérielle.

28. Véritable fin de non-recevoir. - En réalité l'expression « défaut de pouvoir juridictionnel » est trompeuse car elle tend à se focaliser sur le défaut d'aptitude du juge en cause à trancher. Cela fait alors songer à une forme d'incompétence matérielle. Pourtant, c'est l'action du demandeur qui n'est pas recevable. Lorsque l'on évoque le défaut de pouvoir du juge-commissaire on ne remet pas en cause l'aptitude du juge à trancher, on indique au créancier que les conditions de son action en admission ne sont pas réunies. La procédure d'admission a pour objet de faire constater que, d'un point de vue passif, la créance déclarée grève le patrimoine du débiteur au moment du jugement d'ouverture, qu'elle existe dans toutes ses composantes avant son intervention. Or, tel n'est le cas que si la créance déclarée est certaine dans son principe et dans son montant. Le créancier demande donc à ce que le juge constate que sa créance est déjà constituée dans tous ses éléments, oblige déjà le débiteur. Si le débiteur était in bonis il obtiendrait l'exécution de sa créance sans avoir besoin de recourir à la justice. L'objet de l'action en admission n'est pas de rendre pas la créance plus efficace qu'elle ne l'était. Or, s'il existe une contestation sérieuse, c'est que la créance est incertaine dans son principe ou dans son montant. Le créancier ne demande pas seulement à ce que le juge constate que la créance existe déjà. Il demande à ce que la créance soit consacrée dans tous ses éléments. Il veut que la justice lève le voile sur cette incertitude et lui permette par là

même d'obtenir son exécution forcée. Alors que dans l'action en admission, il est demandé au juge de « constater » l'existant, en présence d'une contestation sérieuse, il lui est demandé un jugement en quelque sorte constitutif. Dans ce dernier cas l'action en admission de créance est donc irrecevable car les conditions ne sont pas réunies. C'est la raison pour laquelle il doit alors agir devant la juridiction idoine pour faire reconnaître l'existence de sa créance. Ce n'est pas la même action qui est exercée. Pour preuve une fois que la créance aura été reconnue comme fondée, la procédure d'admission devra reprendre son cours^{Note 18}. Il n'y a donc pas de concurrence entre deux juridictions également compétentes.

B. - Incompétence du tribunal de commerce non spécialisé, véritable exception

29. Pratiques restrictives. - Lorsqu'un tribunal de commerce non spécialisé traite d'une procédure relevant d'un tribunal de commerce spécialisé, il semble de prime abord qu'il s'agisse d'une question de compétence. Pourtant, dans un domaine proche, en matière de pratique restrictive ou encore en matière de pratique anticoncurrentielle la jurisprudence considère que la juridiction saisie à tort à la place d'un tribunal de commerce spécialisé commet un excès de pouvoir sanctionné par une fin de non-recevoir^{Note 19}. Il est alors tentant d'appliquer ici cette même solution^{Note 20}. Il faut en tirer la conséquence qu'elle peut être invoquée à tout moment.

30. Véritable exception. - Pourtant, cette qualification est contestable. Il apparaît qu'elle est erronée – comme elle semble l'être en matière de pratiques restrictives et en matière anticoncurrentielle. La situation est ici fort distincte de celle qui existe en matière de défaut de pouvoir dans le cadre du contentieux d'admission. Dans ce dernier cadre, il s'agissait d'une fin de non-recevoir en ce que c'était l'action du créancier qui était critiquée. En raison de l'existence d'une contestation sérieuse, les conditions n'en n'étaient pas réunies. C'est alors une action d'un autre type qui est exercée au fond. Un tel raisonnement ne peut être tenu lorsqu'une juridiction non spécialisée est saisie à la place d'une juridiction spécialisée. Il n'est pas possible de considérer que c'est l'action qui est en cause. Pour preuve, c'est bien la même action qui sera en cause devant le tribunal de commerce spécialisé... L'instance sera poursuivie devant cette dernière. La juridiction non spécialisée est donc en concurrence pour la même action avec le tribunal de commerce spécialisé. Cette concurrence n'est-elle pas la marque même d'une difficulté de compétence ?

31. Conséquences. - Quelles conséquences tirer de cette qualification ? Les articles R. 611-23-1 du Code de commerce et R. 662-18 règlent un certain nombre de points dans l'hypothèse d'une

demande de conciliation ou encore en cas de procédure affectant un groupe de sociétés. En matière de conciliation le renvoi peut être fait d'office par le président du tribunal non spécialisé, ou encore sur requête du débiteur, de l'administrateur, du mandataire judiciaire ou du ministère public. En matière de groupe, le renvoi semble s'imposer. Il est indiqué que le renvoi « est prononcé d'office » par le président du tribunal et non « peut décider d'office. S'il n'a pas le choix, pourquoi devoir entendre le débiteur et le ministère public ? Il est étonnant de ne pas entendre les organes... Ce qui est pour le moins étonnant résulte du fait que ces articles indiquent que la décision rendue en application de cet article constitue une mesure d'administration judiciaire. Elle ne peut ainsi pas faire l'objet de voie de recours et échappe à l'appel désormais ouvert au jugement statuant sur la compétence (CPC, art. 83 et s.). Le président du tribunal pourrait donc arbitrairement décider de ne pas renvoyer, sans que cela puisse être remis en cause... Dans les autres hypothèses, c'est-à-dire dans le cadre de procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires, le régime doit encore être dessiné. Puisqu'il s'agit d'une exception de compétence, faute de texte spécial elle ne devrait pouvoir être soulevée qu'in limine litis. La décision quant à la compétence devrait pouvoir faire l'objet d'un appel. Surtout, il faudra déterminer si cette compétence est une compétence d'ordre public pouvant ou non être soulevée d'office... L'efficacité du système en dépend.

Notes de bas de page

Note 1 Intervention au colloque organisé sous l'égide de l'université de Caen Normandie par la faculté de droit et l'institut Demolombe (EA 967), le 9 juin 2017, sur le thème « Le droit des entreprises en difficulté : le renouvellement des enjeux », sous la direction scientifique de Laurence Fin-Langer et Florent Petit.

Note 2 L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016.

Note 3 F. Macorig-Venier, quant à elle, indique qu'il est dommage que n'ait pas été indiqué le même type de faculté dès lors qu'une cessation des paiements récente est constatée (F. Macorig-Venier, Loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle : incidence sur le dispositif de prévention des difficultés des entreprises : RTD com. 2017, p. 175). Pour autant dans ce cas, il est sans doute délicat pour le tribunal d'orienter vers la conciliation plutôt que vers le redressement judiciaire. On peut aussi se demander pourquoi seule la conciliation est visée et non le mandat ad hoc. La raison résulte peut-être du fait que la situation

décrite répond parfaitement à la définition des conditions d'ouverture d'une conciliation. Pour mémoire aux termes de L. 611-4 du Code de commerce : « Il est institué, devant le tribunal de commerce, une procédure de conciliation dont peuvent bénéficier les débiteurs exerçant une activité commerciale ou artisanale qui éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible ». Or, indéniablement le débiteur demandant l'ouverture d'une sauvegarde fait part de telles difficultés. En outre, en demandant la sauvegarde, il réclamait un traitement collectif de sa situation. Ici encore il y a une finalité commune avec la procédure de conciliation.

Note 4 Sur cette question, V. J. Vallansan, La compétence des tribunaux de commerce dans le cadre du droit des sociétés : Rev. proc. coll. 2016, étude 22.

Note 5 P. Cagnoli et J.-L. Adda, Le renouveau des juridictions : Rev. proc. coll. 2017, dossier 2.

Note 6 N. Pelletier, La responsabilité au sein des groupes de sociétés en cas de procédure collective : LGDJ, 2013.

Note 7 P.-M. Le Corre, Halte à la jonction de procédures avec poursuite sous patrimoine commun : Gaz. Pal. 5 mai 2015, n° 125, p. 3.

Note 8 Sur tous ces éléments, des spécialistes du règlement insolvabilité seront beaucoup plus à même de vous éclairer.

Note 9 G. C. Giorgini, Les protocoles entre autorités de la procédure d'insolvabilité : BJE 2016, n° 1, p. 69.

Note 10 Selon les termes de R. Damman et M. Pigot, Loi Macron : l'introduction du forum shopping à la française : BJE 2016, p. 158.

Note 11 Idem.

Note 12 Idem.

Note 13 O. Staes, Procédures collectives et droit judiciaire privé : th. Toulouse, 1995, n° 46 et s. – Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaire, Règles générales de compétences : JCl. Procédures collectives, fasc. 2200, n° 42, par A. Martin-Serf.

Note 14 Cass. 1re civ., 21 juill. 1987, n° 85-18.504 : Bull. civ. I, n° 242 ; D. 1988, p. 169 ; D. 1988, somm. p. 142, obs. A. Honorat ; Rev. sociétés 1988, p. 97, note A. Honorat. – V. également Cass. com., 8 mars 1988, n° 86-19.668 : JurisData n° 1988-000410 ; JCP E 1988, II, 15335, n° 3, obs. M. Cabrillac et M. Vivant ; D. 1988, somm. p. 339, obs. A. Honorat ; RTD com. 1989, obs. P. Merle. – CA Paris, ch. 1, sect. A, 26 juill. 1991 : JurisData n° 1991-022683 ; Rev. proc. coll. 1992, p. 149, obs. A. Lienard. – Outre les auteurs précités, en ce sens également, B. Saintourens, Siège social : Rép. Dalloz, n° 29.

Note 15 Cass. 1re civ., 21 juill. 1987, préc. note n° 14.

Note 16 L. Cadiet et E. Jeuland, Droit judiciaire privé : LexisNexis, 2016, n° 481.

Note 17 Cass. com., 27 mai 2008, n° 06-20.357 : JurisData n° 2008-044162 ; Act. proc. coll. 2008, comm. 173. – Cass. com., 20 oct. 2009, n° 08-20.192 : JurisData n° 2009-050042. – Cass. com., 9 avr. 2013, n° 12-15.414 : JurisData n° 2013-006733 ; Act. proc. coll. 2013, comm. 114, J. Théron ; LEDEN 2014-3, p. 3, obs. P. Rubellin.

Note 18 Déclaration et admission des créances : JCl. Procédures collectives, fasc. 2352, n° 224, par J. Vallansan.

Note 19 En matière de pratiques restrictives (Cass. com., 31 janv. 2012, n° 10-25.693 : JurisData n° 2012-0013334. – Cass. com., 24 sept. 2013, n° 12-21.089 : RDC 2014, n° 1, p. 84. – Cass. com., 20 oct. 2015, n° 14-15.851 : JurisData n° 2015-023448) ou encore en matière de pratiques anticoncurrentielles (Cass. 2e civ., 9 juill. 2009, n° 06-46.220, 08-40.541 et 04-41.465 : JurisData n° 2009-049086 ; Bull. civ. II, n° 186 à 188. – Cass. com., 21 févr. 2012, n° 11-13.276 : JurisData n° 2012-002929 ; Gaz. Pal. 26 mai 2012, obs. L. Mayer).

Note 20 Sur cette question, V. J. Vallansan, préc. note n° 18.